Information and Privacy Commissioner of Alberta *Appellant*

v.

United Food and Commercial Workers, Local 401 *Respondent*

- and -

Attorney General of Alberta *Appellant*

v.

United Food and Commercial Workers, Local 401 *Respondent*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Privacy Commissioner of Canada, Canadian Civil Liberties Association, British Columbia Civil Liberties Association, Information and Privacy Commissioner of Ontario, Coalition of British Columbia Businesses, Merit Canada, Information and Privacy Commissioner of British Columbia, and Alberta Federation of Labour *Interveners*

Information and Privacy Commissioner of Alberta *Appelant*

c.

Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401 *Intimé*

- et -

Procureur général de l'Alberta *Appelant*

c.

Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401 *Intimé*

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, commissaire à la protection de la vie privée du Canada, Association canadienne des libertés civiles, Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario, Coalition of British Columbia Businesses, Merit Canada, Information and Privacy Commissioner of British Columbia, et Alberta Federation of Labour *Intervenants*

INDEXED AS: ALBERTA (INFORMATION AND PRIVACY COMMISSIONER) *v.* UNITED FOOD AND COMMERCIAL WORKERS, LOCAL 401

2013 SCC 62

File No.: 34890.

2013: June 11; 2013: November 15.

RÉPERTORIÉ : ALBERTA (INFORMATION AND PRIVACY COMMISSIONER) *c.* TRAVAILLEURS ET TRAVAILLEUSES UNIS DE L'ALIMENTATION ET DU COMMERCE, SECTION LOCALE 401

2013 CSC 62

N° du greffe : 34890.

2013 : 11 juin; 2013 : 15 novembre.

2013 SCC 62 (CanLII)

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of rights — Freedom of expression — Labour relations — Privacy — Union video-taping and photographing individuals crossing its picket line for use in its labour dispute — Whether legislation restricting the collection, use and disclosure of personal information violates union's expressive right under s. 2(b) of Charter and, if so, whether violation is justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Personal Information Protection Act, S.A. 2003, c. P-6.5 — Personal Information Protection Act Regulation, Alta. Reg. 366/2003.

During a lawful strike lasting 305 days, both the Union and the employer video-taped and photographed individuals crossing the picketline. The Union posted signs in the area of the picketing stating that images of persons crossing the picketline might be placed on a website. Several individuals who were recorded crossing the picketline filed complaints with the Alberta Information and Privacy Commissioner. The Commissioner appointed an Adjudicator to decide whether the Union had contravened the *Personal Information Protection Act* (*PIPA*). The Adjudicator concluded that the Union's collection, use and disclosure of the information was not authorized by *PIPA*. On judicial review, *PIPA* was found to violate the Union's rights under s. 2(*b*) of the *Charter*. The Court of Appeal agreed and granted the Union a constitutional exemption from the application of *PIPA*.

Held: The appeal is substantially dismissed.

PIPA establishes a general rule that organizations cannot collect, use or disclose personal information without consent. None of *PIPA*'s exemptions permit the Union to collect, use and disclose personal information for the purpose of advancing its interests in a labour dispute. The central issue is whether *PIPA* achieves a constitutionally acceptable balance between the interests of individuals in controlling the collection, use and disclosure of their personal information and a union's freedom of expression.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Relations de travail — Droit à la vie privée — Syndicat filme et photographie des personnes franchissant sa ligne de piquetage pour se servir des enregistrements dans le cadre du conflit de travail en cours — La loi qui restreint la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels porte-t-elle atteinte au droit à la liberté d'expression du syndicat protégé par l'art. 2b) de la Charte et, dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Personal Information Protection Act, S.A. 2003, ch. P-6.5 — Personal Information Protection Act Regulation, Alta. Reg. 366/2003.

À l'occasion d'une grève légale qui a duré 305 jours, tant le syndicat que l'employeur ont enregistré des vidéos et pris des photos de personnes en train de franchir la ligne de piquetage. Le syndicat a installé des affiches à l'intérieur de la zone de piquetage annonçant que les images des personnes qui franchissaient la ligne étaient susceptibles d'être publiées sur un site Web. Plusieurs des personnes filmées ou photographiées en train de franchir la ligne de piquetage ont déposé une plainte auprès du commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Alberta. Ce dernier a désigné une arbitre chargée de décider si le syndicat avait contrevenu à la *Personal Information Protection Act* (*PIPA*). L'arbitre a conclu que la collecte, l'utilisation et la communication des renseignements par le syndicat n'étaient pas autorisées par la *PIPA*. Lors d'un contrôle judiciaire, il a été jugé que la *PIPA* portait atteinte aux droits du syndicat protégés par l'al. 2*b*) de la *Charte*. La Cour d'appel s'est dite d'accord et a accordé au syndicat une exemption constitutionnelle quant à l'application de la *PIPA*.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté en grande partie.

La *PIPA* pose comme règle générale que les organisations ne peuvent recueillir, utiliser ou communiquer des renseignements personnels sans le consentement des intéressés. Aucune des exceptions prévues par la *PIPA* ne permet au syndicat de recueillir, d'utiliser ou de communiquer des renseignements personnels en vue de faire valoir ses intérêts dans le cadre d'un conflit de travail. La question principale est celle de savoir si la *PIPA* atteint un équilibre acceptable sur le plan constitutionnel entre,

2013 SCC 62 (CanLII)

To the extent that *PIPA* restricts collection for legitimate labour relations purposes, it is in breach of s. 2(*b*) of the *Charter* and cannot be justified under s. 1.

The purpose of *PIPA* is to enhance an individual's control over his or her personal information by restricting the collection, use and disclosure of personal information without that individual's consent. The objective of providing an individual with this measure of control is intimately connected to individual autonomy, dignity and privacy, self-evidently significant social values.

But the *Act* does not include any mechanisms by which a union's constitutional right to freedom of expression may be balanced with the interests protected by the legislation. This Court has long recognized the fundamental importance of freedom of expression in the context of labour disputes. *PIPA* prohibits the collection, use, or disclosure of personal information for many legitimate, expressive purposes related to labour relations. Picketing represents a particularly crucial form of expression with strong historical roots. *PIPA* imposes restrictions on a union's ability to communicate and persuade the public of its cause, impairing its ability to use one of its most effective bargaining strategies in the course of a lawful strike. This infringement of the right to freedom of expression is disproportionate to the government's objective of providing individuals with control over the personal information that they expose by crossing a picketline. It is therefore not justified under s. 1 of the *Charter*.

Given the comprehensive and integrated structure of the statute, the Government of Alberta and the Information and Privacy Commissioner requested that the Court not select specific amendments, requesting instead that the entire statute be declared invalid so that the legislature can consider the *Act* as a whole. The declaration of invalidity is therefore granted but is suspended for a period of 12 months to give the legislature the opportunity to decide how best to make the legislation constitutionally compliant.

Cases Cited

Referred to: *Order P2010-003; Synergen Housing Co-op Ltd.*, 2010 CanLII 98626; *Lavigne v. Canada*

d'une part, le droit des personnes d'exercer un droit de regard sur la collecte, l'utilisation et la communication des renseignements personnels les concernant et, d'autre part, la liberté d'expression d'un syndicat. Dans la mesure où la *PIPA* empêche la collecte de renseignements personnels à des fins légitimes de relations du travail, elle viole l'al. 2*b*) de la *Charte* et cette violation ne saurait se justifier au sens de l'article premier.

La *PIPA* vise à renforcer le droit de regard d'une personne sur les renseignements personnels la concernant en restreignant leur collecte, leur utilisation et leur communication sans son consentement. L'objectif de fournir à une personne ce droit de regard est intimement lié à son autonomie, à sa dignité et à son droit à la vie privée, des valeurs sociales dont l'importance va de soi.

Mais la *Loi* ne prévoit aucun mécanisme permettant de trouver un équilibre entre les intérêts qu'elle protège et le droit constitutionnel du syndicat à la liberté d'expression. La Cour reconnaît depuis longtemps l'importance fondamentale que revêt la liberté d'expression dans le contexte des conflits de travail. La *PIPA* interdit la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels qui serviraient de nombreux objectifs expressifs légitimes relatifs aux relations de travail. Le piquetage constitue une forme d'expression particulièrement vitale et fermement ancrée dans l'histoire. La *PIPA* restreint la faculté du syndicat de communiquer avec le public et de le convaincre du bien-fondé de sa cause, compromettant ainsi sa capacité de recourir à une de ses stratégies de négociation les plus efficaces au cours d'une grève légale. Cette atteinte au droit à la liberté d'expression est disproportionnée par rapport à l'objectif du gouvernement d'accorder aux personnes un droit de regard sur les renseignements personnels qu'elles exposent en franchissant une ligne de piquetage. Cette atteinte n'est donc pas justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*.

Compte tenu de l'économie exhaustive et intégrée de la *Loi*, le gouvernement de l'Alberta et le commissaire à l'information et à la protection de la vie privée ont demandé à ce que la Cour ne fasse pas un tri parmi des modifications précises, mais qu'elle déclare plutôt l'invalidité de la totalité de la *Loi* de sorte que la législature puisse en traiter comme d'un tout. La déclaration d'invalidité est donc prononcée, mais suspendue pendant 12 mois afin de donner à la législature le temps nécessaire pour décider de la meilleure façon de rendre la loi constitutionnelle.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Order P2010-003; Synergen Housing Co-op Ltd.*, 2010 CanLII 98626; *Lavigne*

2013 SCC 62 (CanLII)

(Office of the Commissioner of Official Languages), 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; *H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2006 SCC 13, [2006] 1 S.C.R. 441; *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 SCC 8, [2002] 1 S.C.R. 156; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Great Atlantic & Pacific Co. of Canada*, [1994] O.L.R.B. Rep. March 303; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

Statutes and Regulations Cited

Administrative Procedures and Jurisdiction Act, R.S.A. 2000, c. A-3.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*b*).

Personal Information Protection Act, S.A. 2003, c. P-6.5, ss. 1(1)(i) "organization", (k) "personal information", 3, 4(1), (3)(a), (b), (c), 7(1), 14(d), (e), 17(d), (e), 20(f), (j), (m), 56(2), (3).

Personal Information Protection Act Regulation, Alta. Reg. 366/2003, s. 7.

Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5, s. 26(2)(*b*).

Authors Cited

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed., vol. 1. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated June 2013, release 46).

Canada. Report of a Task Force established jointly by Department of Communications/Department of Justice. *Privacy and Computers*. Ottawa: Information Canada, 1972.

Craig, John D. R. "Invasion of Privacy and *Charter* Values: The Common-Law Tort Awakens" (1997), 42 *McGill L.J.* 355.

Drapeau, Michel W., and Marc-Aurèle Racicot. *Protection of Privacy in the Canadian Private and Health Sectors 2013*. Toronto: Carswell, 2012.

Gratton, Éloïse. *Understanding Personal Information: Managing Privacy Risks*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2013.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Toronto: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2012, release 1).

Hunt, Chris D. L. "Conceptualizing Privacy and Elucidating its Importance: Foundational Considerations for the Development of Canada's Fledgling Privacy Tort" (2011), 37 *Queen's L.J.* 167.

c. Canada (Commissariat aux langues officielles), 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; *Cie H.J. Heinz du Canada ltée c. Canada (Procureur général)*, 2006 CSC 13, [2006] 1 R.C.S. 441; *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 CSC 8, [2002] 1 R.C.S. 156; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Great Atlantic & Pacific Co. of Canada*, [1994] O.L.R.B. Rep. March 303; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

Lois et règlements cités

Administrative Procedures and Jurisdiction Act, R.S.A. 2000, ch. A-3.

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*b*).

Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, ch. 5, art. 26(2)*b*).

Personal Information Protection Act, S.A. 2003, ch. P-6.5, art. 1(1)i) « *organization* », k) « *personal information* », 3, 4(1), (3)a), b), c), 7(1), 14d), e), 17d), e), 20f), j), m), 56(2), (3).

Personal Information Protection Act Regulation, Alta. Reg. 366/2003, art. 7.

Doctrine et autres documents cités

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed., vol. 1. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated June 2013, release 46).

Canada. Rapport du Groupe d'étude établi conjointement par le ministère des Communications et le ministère de la Justice. *L'ordinateur et la vie privée*. Ottawa : Information Canada, 1972.

Craig, John D. R. « Invasion of Privacy and *Charter* Values : The Common-Law Tort Awakens » (1997), 42 *R.D. McGill* 355.

Drapeau, Michel W., and Marc-Aurèle Racicot. *Protection of Privacy in the Canadian Private and Health Sectors 2013*. Toronto : Carswell, 2012.

Gratton, Éloïse. *Understanding Personal Information : Managing Privacy Risks*. Markham, Ont. : LexisNexis, 2013.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Toronto : Thomson/Carswell, 2007 (updated 2012, release 1).

Hunt, Chris D. L. « Conceptualizing Privacy and Elucidating its Importance : Foundational Considerations for the Development of Canada's Fledgling Privacy Tort » (2011), 37 *Queen's L.J.* 167.

2013 SCC 62 (CanLII)

International Labour Organization. *Report of the Director-General: Freedom of association in practice: Lessons learned*. Geneva: International Labour Office, 2008 (online:http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/publication/wcms_096122.pdf).

MacNeil, Michael. "Unions and the *Charter*: The Supreme Court of Canada and Democratic Values" (2003), 10 *C.L.E.L.J.* 3.

Rayner, Wesley B. *Canadian Collective Bargaining Law*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2007.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Slatter and McDonald JJ.A. and Read J. (*ad hoc*)), 2012 ABCA 130, 57 Alta. L.R. (5th) 249, 522 A.R. 197, 544 W.A.C. 197, 349 D.L.R. (4th) 654, 258 C.R.R. (2d) 110, 33 Admin. L.R. (5th) 321, [2012] 6 W.W.R. 211, 2012 CLLC ¶210-025, [2012] A.J. No. 427 (QL), 2012 CarswellAlta 760, allowing in part (only to the extent the remedy was varied) a decision of Goss J., 2011 ABQB 415, 53 Alta. L.R. (5th) 235, 509 A.R. 150, 339 D.L.R. (4th) 279, 32 Admin. L.R. (5th) 107, [2012] 4 W.W.R. 324, 2011 CLLC ¶210-055, [2011] A.J. No. 940 (QL), 2011 CarswellAlta 1486, setting aside a decision of the Information and Privacy Commissioner, Order P2008-008, 2009 CanLII 90942. Appeal substantially dismissed.

Glenn Solomon, *Q.C.*, and *Robert W. Armstrong*, for the appellant the Information and Privacy Commissioner of Alberta.

Roderick Wiltshire, for the appellant the Attorney General of Alberta.

Gwen J. Gray, *Q.C.*, and *Vanessa Cosco*, for the respondent.

Sean Gaudet, for the intervener the Attorney General of Canada.

Rochelle S. Fox and *Sara Weinrib*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Mahmud Jamal, *Patricia Kosseim*, *Regan Morris* and *Kirk Shannon*, for the intervener the Privacy Commissioner of Canada.

MacNeil, Michael. « Unions and the *Charter* : The Supreme Court of Canada and Democratic Values » (2003), 10 *C.L.E.L.J.* 3.

Organisation internationale du travail. *Rapport du directeur général : Liberté d'association : enseignements tirés de la pratique*. Genève : Bureau international du Travail, 2008 (en ligne : http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/publication/wcms_096123.pdf).

Rayner, Wesley B. *Canadian Collective Bargaining Law*, 2nd ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2007.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Slatter, McDonald et Read (*ad hoc*)), 2012 ABCA 130, 57 Alta. L.R. (5th) 249, 522 A.R. 197, 544 W.A.C. 197, 349 D.L.R. (4th) 654, 258 C.R.R. (2d) 110, 33 Admin. L.R. (5th) 321, [2012] 6 W.W.R. 211, 2012 CLLC ¶210-025, [2012] A.J. No. 427 (QL), 2012 CarswellAlta 760, qui a accueilli en partie (seulement dans la mesure où la réparation a été modifiée) une décision de la juge Goss, 2011 ABQB 415, 53 Alta. L.R. (5th) 235, 509 A.R. 150, 339 D.L.R. (4th) 279, 32 Admin. L.R. (5th) 107, [2012] 4 W.W.R. 324, 2011 CLLC ¶210-055, [2011] A.J. No. 940 (QL), 2011 CarswellAlta 1486, qui a infirmé une décision de l'Information and Privacy Commissioner, Order P2008-008, 2009 CanLII 90942. Pourvoi rejeté en grande partie.

Glenn Solomon, *c.r.*, et *Robert W. Armstrong*, pour l'appelant Information and Privacy Commissioner of Alberta.

Roderick Wiltshire, pour l'appelant le procureur général de l'Alberta.

Gwen J. Gray, *c.r.*, et *Vanessa Cosco*, pour l'intimé.

Sean Gaudet, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Rochelle S. Fox et *Sara Weinrib*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Mahmud Jamal, *Patricia Kosseim*, *Regan Morris* et *Kirk Shannon*, pour l'intervenant le commissaire à la protection de la vie privée du Canada.

2013 SCC 62 (CanLII)

Patricia D. S. Jackson and *Sarah Whitmore*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Lindsay M. Lyster, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

William S. Challis, for the intervener the Information and Privacy Commissioner of Ontario.

Simon Ruel, for the interveners the Coalition of British Columbia Businesses and Merit Canada.

Written submissions only by *Nitya Iyer*, for the intervener the Information and Privacy Commissioner of British Columbia.

David Williams and *Kristan McLeod*, for the intervener the Alberta Federation of Labour.

The judgment of the Court was delivered by

ABELLA AND CROMWELL JJ. —

Overview

[1] This appeal requires the Court to determine whether Alberta's *Personal Information Protection Act* unjustifiably limits a union's right to freedom of expression in the context of a lawful strike. At issue is whether the *Act* achieves a constitutionally acceptable balance between the interests of individuals in controlling the collection, use and disclosure of their personal information and a union's freedom of expression.

[2] The dispute in this case arose when the United Food and Commercial Workers, Local 401 recorded and photographed individuals crossing its picketline for use in its labour dispute. Several individuals whose images were captured complained to the Information and Privacy Commissioner of Alberta that the Union's activities contravened the *Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, c. P-6.5

Patricia D. S. Jackson et *Sarah Whitmore*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Lindsay M. Lyster, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

William S. Challis, pour l'intervenant le commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario.

Simon Ruel, pour les intervenantes Coalition of British Columbia Businesses et Merit Canada.

Argumentation écrite seulement par *Nitya Iyer*, pour l'intervenant Information and Privacy Commissioner of British Columbia.

David Williams et *Kristan McLeod*, pour l'intervenante Alberta Federation of Labour.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES ABELLA ET CROMWELL —

Vue d'ensemble

[1] Dans le présent pourvoi, la Cour doit déterminer si la *Personal Information Protection Act* de l'Alberta restreint indûment le droit d'un syndicat à la liberté d'expression dans le cadre d'une grève légale. Il s'agit de savoir si la *Loi* atteint un équilibre acceptable sur le plan constitutionnel entre, d'une part, le droit des personnes d'exercer un droit de regard sur la collecte, l'utilisation et la communication des renseignements personnels les concernant et, d'autre part, la liberté d'expression d'un syndicat.

[2] Le litige dont il est question en l'espèce a pris naissance lorsque le syndicat des Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401 (« syndicat ») a enregistré des vidéos et pris des photos de personnes en train de franchir sa ligne de piquetage, en vue de s'en servir par la suite dans le cadre de son conflit de travail. Plusieurs des personnes dont les images

2013 SCC 62 (CanLII)

("*PIPA*"), which restricts the collection, use and disclosure of personal information by a range of organizations. Those individuals were successful, prompting an application for judicial review on the basis that the legislation infringed the Union's right to freedom of expression under s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that this infringement was not justified under s. 1.

[3] In our view, the legislation violates s. 2(*b*) because its impact on freedom of expression in the labour context is disproportionate and the infringement is not justified under s. 1.

Facts

[4] The Union represents employees at the Palace Casino at West Edmonton Mall in Alberta. In 2006, during a lawful strike which lasted 305 days, both the Union and a security company hired by the employer video-taped and photographed the picketline near the main entrance to the Casino. The Union posted signs in the area of the picketing stating that images of persons crossing the picketline might be placed on a website called www.casinoscabs.ca.

[5] Several individuals who were recorded crossing the picketline filed complaints with the Alberta Information and Privacy Commissioner under *PIPA*. The Vice-President of the Casino complained that he was photographed or video-taped and that two pictures of him were used on a poster displayed at the picketline with the text: "This is [x's] Police Mugshot." Images of his head were also used in union newsletters and strike leaflets with captions intended to be humorous. Another complainant, a member of the public, testified that cameras were trained on the entrance to the Casino where he would regularly

avaient été captées se sont plaintes au commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Alberta (« commissaire ») que les activités du syndicat contrevenaient à la *Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, ch. P-6.5 (« *PIPA* » ou « *Loi* »), qui restreint la faculté d'un certain nombre d'organismes de recueillir, d'utiliser et de communiquer des renseignements personnels. Ces personnes ayant obtenu gain de cause, le syndicat a formulé une demande de contrôle judiciaire dans laquelle il a allégué que la loi en question portait atteinte à la liberté d'expression que lui garantit l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que cette atteinte n'était pas justifiée au sens de l'article premier.

[3] À notre avis, non seulement la *Loi* viole-t-elle l'al. 2*b*) parce que ses répercussions sur la liberté d'expression dans le contexte du travail sont démesurées, mais l'atteinte qu'elle cause n'est pas justifiée au sens de l'article premier.

Les faits

[4] Le syndicat représente les employés du Palace Casino du West Edmonton Mall, situé en Alberta. En 2006, à l'occasion d'une grève légale qui a duré 305 jours, tant le syndicat qu'une agence de sécurité engagée par l'employeur ont enregistré des vidéos et pris des photos de la ligne de piquetage dressée près de l'entrée principale du casino. Le syndicat a installé des affiches à l'intérieur de la zone de piquetage annonçant que les images des personnes qui franchissaient la ligne étaient susceptibles d'être publiées sur le site Web www.casinoscabs.ca.

[5] Plusieurs des personnes filmées ou photographiées en train de franchir la ligne de piquetage ont déposé une plainte, en application de la *PIPA*, auprès du commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Alberta. Le vice-président du casino s'est plaint d'avoir été photographié ou filmé sur bande vidéo, et du fait que deux photos de lui s'étaient retrouvées sur une affiche exhibée à la ligne de piquetage et portant la mention : [TRADUCTION] « Photos signalétiques de la police de [x] ». Des images de son visage se sont également retrouvées sur des tracts et des

2013 SCC 62 (CanLII)

meet friends. A third complainant testified that she had been photographed and video-taped while working near the Casino entrance. No recordings of the complainants were placed on the website.

bulletins d'information du syndicat avec des légendes qui se voulaient humoristiques. Un autre plaignant, un simple citoyen, a expliqué qu'il y avait des caméras à l'entrée du casino, là où il rencontrait fréquemment des amis. Une troisième plaignante a affirmé avoir été photographiée et filmée sur bande vidéo alors qu'elle travaillait près de l'entrée du casino. Aucune image des plaignants n'a été publiée sur le site Web.

[6] The Commissioner appointed an Adjudicator to decide whether the Union, in collecting, using and disclosing personal information about individuals without their consent had contravened *PIPA*. In Alberta, the *Administrative Procedures and Jurisdiction Act*, R.S.A. 2000, c. A-3, and accompanying regulations prevent the Commissioner from deciding questions of constitutional law. As a result, the Adjudicator lacked jurisdiction to consider the Union's arguments on the constitutionality of *PIPA* or its application to the Union's activities. The Adjudicator accepted the Union's evidence that it is common practice in Alberta for both employers and unions to video-tape and photograph picketlines and that the Union did so for the following reasons:

[6] Le commissaire a désigné une arbitre chargée de décider si le syndicat avait contrevenu à la *PIPA* en recueillant, utilisant et communiquant des renseignements personnels sans le consentement des personnes à qui ils se rapportent. En Alberta, l'*Administrative Procedures and Jurisdiction Act*, R.S.A. 2000, ch. A-3, et ses règlements d'application empêchent le commissaire de trancher des questions de droit constitutionnel. L'arbitre n'avait donc pas compétence pour examiner les arguments du syndicat quant à la constitutionnalité de la *PIPA* ou quant à son application aux activités du syndicat. L'arbitre a accepté les éléments de preuve du syndicat suivant lesquels il est courant en Alberta que les employeurs et les syndicats enregistrent sur bande vidéo et photographient ce qui se passe sur les lignes de piquetage. Elle a ajouté que le syndicat l'avait fait pour les raisons suivantes :

- informing the public about the strike, including through pamphlets, newsletters and a website;
- informing picketing Union members about the strike, including through pamphlets, newsletters and a website;
- dissuading people from crossing the picketline;
- acting as a deterrent to violence from non-picketers;
- gathering evidence should it become relevant to an investigation or legal proceeding (both of

- informer le public au sujet de la grève, notamment au moyen de tracts, de bulletins d'information et d'un site Web;
- informer les membres du syndicat qui faisaient du piquetage au sujet de la grève, notamment au moyen de tracts, de bulletins d'information et d'un site Web;
- dissuader quiconque de franchir la ligne de piquetage;
- s'en servir comme moyen pour dissuader les personnes ne faisant pas de piquetage de recourir à la violence;
- recueillir des éléments de preuve qui pourraient s'avérer utiles lors d'une enquête ou d'une

2013 SCC 62 (CanLII)

altercations as well as to show long periods of peaceful picketing);

- creating material for use as a training tool for Union members;
- providing material to other unions for educational purposes;
- supporting morale on the picket line with the use of humour;
- responding to similar activity on the part of the employer; and
- deterring theft of Union property.

(*Order P2008-008; United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2009 CanLII 90942 (AB OIPC), at para. 20)

The Adjudicator concluded that "many of these purposes also promoted the underlying purpose of the strike — that of achieving a resolution to the labour dispute [in favour] of the Union": para. 20. The Adjudicator concluded that the Union's collection, use and disclosure of private information was for an expressive purpose. As she put it, "one of the primary purposes of the Union's information collection was to dissuade people from crossing the picket line": para. 51. She also concluded that she was not aware of, and had not been referred to, any provisions of *PIPA* that would authorize collection, use and disclosure of personal information for that purpose: para. 67. She rejected the Union's claim that it was covered by the "journalistic purposes" exemption because its activities were also aimed at resolving the labour dispute in its favour. The "journalistic purposes" exemption in the *Act* therefore did not apply to the extent that the information was collected, used or disclosed for other purposes. The Union's ancillary argument — that the collection, use and disclosure of personal information was authorized under another exemption — a possible investigation or legal proceeding — was accepted, but was not

instance judiciaire (tant en ce qui concerne les altercations que pour faire la preuve des longues périodes de piquetage paisible);

- créer du matériel didactique pouvant servir à la formation des membres du syndicat;
- offrir du matériel éducatif aux autres syndicats;
- appuyer le moral des syndiqués sur la ligne de piquetage en recourant à l'humour;
- réagir aux mesures semblables prises par l'employeur;
- dissuader le vol de biens appartenant au syndicat.

(*Order P2008-008; United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2009 CanLII 90942 (OIPC Alb.), par. 20)

L'arbitre a conclu que [TRADUCTION] « bon nombre des objectifs en question favorisaient également l'atteinte de l'objectif fondamental de la grève, soit celui de parvenir à un règlement du conflit de travail en faveur du syndicat » (par. 20). L'arbitre a aussi conclu que la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels par le syndicat visaient un objectif de nature expressive. À cet égard, elle a affirmé qu'« en recueillant les renseignements en question, le syndicat visait notamment à dissuader les gens de franchir la ligne de piquetage » (par. 51). L'arbitre a également conclu qu'elle ne connaissait, et qu'on ne lui avait cité, aucune disposition de la *PIPA* autorisant la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels à cette fin (par. 67). Elle a rejeté l'argument du syndicat suivant lequel ce dernier était protégé par l'exception relative aux « fins journalistiques », puisque ses activités visaient également à résoudre le conflit de travail en sa faveur. Pour elle, l'exception relative aux « fins journalistiques » prévue par la *Loi* ne s'appliquait donc pas, dès lors que les renseignements avaient été recueillis, utilisés ou communiqués à d'autres fins. L'argument accessoire du syndicat suivant lequel la collecte,

2013 SCC 62 (CanLII)

sufficient to exempt the Union's activity from *PIPA* for any other purpose. The Union was ordered to stop collecting the personal information for any purposes other than a possible investigation or legal proceeding and to destroy any personal information it had in its possession that had been obtained in contravention of the *Act*.

[7] On judicial review, the Union argued that the provisions of *PIPA* that prevent it from collecting, using and disclosing personal information obtained from its lawful picketline infringed s. 2(*b*) of the *Charter* (2011 ABQB 415, 53 Alta. L.R. (5th) 235). The chambers judge found that the Union's activity had expressive content and that there was no reason to exclude it from the protection of s. 2(*b*). She found that *PIPA*, as interpreted by the Adjudicator, directly limited the Union's freedom of expression by preventing the Union from collecting, using, and disclosing personal information obtained about individuals while they were in public view. She also concluded that the breach could not be justified under s. 1.

[8] The Court of Appeal was of the view that the real issue in the case was whether it was justifiable to restrain expression in support of labour relations and collective bargaining activities (2012 ABCA 130, 57 Alta. L.R. (5th) 249). It concluded that *PIPA* was overbroad. The privacy interest at stake was minor since the complainants were in a public place, crossing a picketline, and had notice that images were being collected. On the other side of the balance was the right of workers to engage in collective bargaining and of the Union to communicate with the public: para. 74. The Court of Appeal agreed with the chambers judge that there was a breach of s. 2(*b*) that could not be saved under s. 1

l'utilisation et la communication des renseignements personnels étaient autorisées par une autre exception — soit celle relative à la tenue d'une éventuelle enquête ou à l'introduction d'une éventuelle instance judiciaire — a été accepté, mais cela n'était pas suffisant pour soustraire ses activités à l'application de la *PIPA* à toute autre fin. Le syndicat a donc reçu l'ordre de cesser de recueillir des renseignements personnels à toute autre fin qu'une éventuelle enquête ou instance judiciaire ainsi que de détruire tout renseignement personnel qu'il avait en sa possession et qui avait été obtenu en contravention de la *Loi*.

[7] Lors du contrôle judiciaire, le syndicat a fait valoir que les dispositions de la *PIPA* qui l'empêchaient de recueillir, d'utiliser et de communiquer des renseignements personnels obtenus sur sa ligne de piquetage licite contrevenaient à l'alinéa 2*b*) de la *Charte* (2011 ABQB 415, 53 Alta. L.R. (5th) 235). La juge en son cabinet a conclu que les activités du syndicat comportaient un contenu expressif et qu'il n'y avait aucune raison de les soustraire à la protection de l'al. 2*b*). Elle a affirmé que, selon l'interprétation que l'arbitre lui en avait donnée, la *PIPA* restreignait directement la liberté d'expression du syndicat en lui interdisant de recueillir, d'utiliser et de communiquer des renseignements personnels concernant des personnes alors qu'elles étaient à la vue du public. Elle a également conclu que cette violation ne pouvait se justifier au sens de l'article premier.

[8] La Cour d'appel s'est dite d'avis que la véritable question en litige était celle de savoir s'il était justifié de restreindre l'expression favorable aux activités se rapportant à des relations de travail et à une négociation collective (2012 ABCA 130, 57 Alta. L.R. (5th) 249). Elle a conclu que la *PIPA* avait une portée trop large. En effet, d'une part, le droit au respect de la vie privée en jeu était mineur, puisque les plaignants se trouvaient dans un lieu public, qu'ils franchissaient une ligne de piquetage et qu'ils étaient avisés que des images étaient recueillies. D'autre part, il fallait tenir compte du droit des travailleurs de négocier collectivement et de celui du syndicat de communiquer avec le public

2013 SCC 62 (CanLII)

and it therefore granted the Union a constitutional exemption from the application of *PIPA*.

Analysis

[9] The stated constitutional questions in this case are:

1. Do the *Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, c. P-6.5, and the *Personal Information Protection Act Regulation*, Alta. Reg. 366/2003, violate s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* insofar as they restrict a union's ability to collect, use or disclose personal information during the course of a lawful strike?

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law, which can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

[10] We turn first to the question of whether *PIPA* limits freedom of expression. This case arises in the specific factual context that was before the Adjudicator, but the challenge is to *PIPA* as a whole. While there was some debate about whether particular aspects of the conduct engaged in by the Union were protected by s. 2(*b*), there can be no doubt, in our view, that *PIPA* limits expressive activity that is so protected. The reviewing judge and the Court of Appeal both recognized that the collection, use and disclosure of personal information by the Union in the context of picketing during a lawful strike is inherently expressive. We agree.

[11] As the parties conceded, freedom of expression under s. 2(*b*) is clearly engaged by the Union's activities. The Union collected personal information by recording the picketline. One of the primary

(par. 74). La Cour d'appel s'est aussi dite d'accord avec la juge en son cabinet pour conclure que la violation de l'al. 2*b*) ne pouvait être justifiée au sens de l'article premier et elle a donc accordé au syndicat une exemption constitutionnelle quant à l'application de la *PIPA*.

Analyse

[9] Les questions constitutionnelles énoncées en l'espèce sont les suivantes :

1. La *Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, ch. P-6.5, et le *Personal Information Protection Act Regulation*, Alta. Reg. 366/2003, portent-ils atteinte aux droits protégés par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où ils limitent la capacité d'un syndicat de recueillir, d'utiliser ou de communiquer des renseignements personnels pendant une grève légale?

2. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable, prescrite par une règle de droit, dont la justification peut être démontrée dans une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

[10] Examinons d'abord la question de savoir si la *PIPA* restreint la liberté d'expression. La présente affaire est survenue dans le contexte factuel précis qui a été soumis à l'arbitre, mais c'est la *PIPA* dans son ensemble qui est contestée. Bien qu'il y ait eu un certain débat quant à la question de savoir si des aspects particuliers des agissements du syndicat étaient protégés par l'al. 2*b*), il nous apparaît incontestable que la *PIPA* restreint les activités expressives ainsi protégées. La juge saisie de la demande de contrôle judiciaire ainsi que la Cour d'appel ont toutes deux reconnu que la collecte, l'utilisation et la communication, par le syndicat, de renseignements personnels dans le contexte d'un piquetage au cours d'une grève légale constituaient intrinsèquement des activités expressives. Nous sommes du même avis.

[11] Comme l'ont admis les parties, les activités du syndicat font manifestement intervenir la liberté d'expression protégée par l'al. 2*b*). Le syndicat a recueilli des renseignements personnels en filmant

2013 SCC 62 (CanLII)

purposes for the Union's *collection* of personal information was, as the Adjudicator recognized, to dissuade people from crossing the picketline: para. 51; Goss J., at paras. 31-34; Court of Appeal, at para. 64. Recording conduct related to picketing and, in particular, recording a lawful picketline and any individuals who crossed it, is expressive activity: its purpose was to persuade individuals to support the Union. So too is recording and potentially using or distributing recordings of persons crossing the picketline for deterring people from crossing the picketline and informing the public about the strike.

et photographiant la ligne de piquetage. Comme l'a reconnu l'arbitre, en *recueillant* des renseignements personnels, le syndicat visait notamment à dissuader quiconque de franchir la ligne de piquetage (par. 51; motifs de la juge Goss, par. 31-34; motifs de la Cour d'appel, par. 64). Le fait de filmer et de photographier des actes relatifs au piquetage, plus particulièrement relatifs à une ligne de piquetage légale et à toute personne qui la franchit, est une activité expressive : il s'agit de persuader des personnes d'appuyer le syndicat. Il en est de même du fait de filmer ou de prendre des photos ainsi que de potentiellement utiliser ou distribuer les enregistrements montrant des personnes en train de franchir la ligne de piquetage : dans ce cas, il s'agit de dissuader quiconque de faire de même et de renseigner le public sur la grève.

[12] To understand how *PIPA* limited the Union's expressive activities, it is helpful to review the legislation in some detail.

[12] Pour comprendre comment la *PIPA* restreint les activités expressives du syndicat, il est utile d'examiner la loi en question de façon assez détaillée.

[13] Alberta's *PIPA* was inspired by the federal *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5 ("*PIPEDA*"). Both pieces of legislation are part of an international movement towards giving individuals better control over their personal information: Éloïse Gratton, *Understanding Personal Information: Managing Privacy Risks* (2013), at pp. 6 ff. *PIPEDA* generally applies to private sector organizations engaged in commercial activities in any province. It does not apply, however, if the Governor in Council determines that there is comparable protection in place in the province, as is the case with respect to *PIPA* in Alberta: *PIPEDA*, s. 26(2)(*b*); Michel W. Drapeau and Marc-Aurèle Racicot, *Protection of Privacy in the Canadian Private and Health Sectors 2013* (2012), at p. AB-3.

[13] La *PIPA* de l'Alberta s'inspire d'une loi fédérale, la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5 (« *LPRPDÉ* »). Ces deux lois s'inscrivent dans une tendance internationale vers la reconnaissance d'un plus grand droit de regard des personnes sur les renseignements personnels les concernant (Éloïse Gratton, *Understanding Personal Information : Managing Privacy Risks* (2013), p. 6 et suiv.). La *LPRPDÉ* s'applique de manière générale aux organisations du secteur privé qui se livrent à des activités commerciales dans une province. Elle ne s'applique toutefois pas si le gouverneur en conseil estime qu'il existe déjà une protection comparable dans la province en question, comme c'est le cas avec la *PIPA* en Alberta (*LPRPDÉ*, al. 26(2)*b*); Michel W. Drapeau et Marc-Aurèle Racicot, *Protection of Privacy in the Canadian Private and Health Sectors 2013* (2012), p. AB-3).

[14] *PIPA*'s stated purpose is almost identical to that of the *PIPEDA*. *PIPA*'s purpose is explicitly set out in s. 3, which states that it is

[14] L'objectif déclaré de la *PIPA* est presque identique à celui de la *LPRPDÉ* et est explicitement énoncé à son art. 3 :

to govern the collection, use and disclosure of personal information by organizations in a manner that recognizes

[TRADUCTION] . . . régir la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels d'une

2013 SCC 62 (CanLII)

both the right of an individual to have his or her personal information protected and the need of organizations to collect, use or disclose personal information for purposes that are reasonable.

[15] The scope of *PIPA* is, however, considerably broader than that of *PIPEDA*. Unlike *PIPEDA*, *PIPA*'s limitations on the collection, use and disclosure of personal information are not restricted to those activities undertaken for commercial purposes. Instead, *PIPA* establishes a general rule that organizations cannot collect, use or disclose personal information without consent: s. 7(1). Except as provided for by *PIPA*, it "applies to every organization and in respect of all personal information": s. 4(1). The term "organization" includes a corporation, an unincorporated association, a trade union, a partnership, or an individual acting in a commercial capacity: s. 1(1)(i). The term "personal information" is defined broadly to mean "information about an identifiable individual": s. 1(1)(k). The Commissioner has made it clear that personal information includes information that is not "private", so that "personal information does not lose its character as personal information if the information is widely or publicly known": *Order P2010-003; Synergen Housing Co-op Ltd.*, 2010 CanLII 98626 (AB OIPC), at para. 17.

[16] The breadth of *PIPA* is mitigated by a series of exemptions. The most relevant include the following. First, through a restriction on the definition of "organization", *PIPA* excludes from its application individuals acting in a "personal or domestic capacity": ss. 1(1)(i) and 4(3)(a). Second, s. 56(2) and (3) operate together so that *PIPA* does not apply to a non-profit organization unless that organization collects, uses, or discloses information in connection with a commercial activity. Third, the application provision indicates that *PIPA* does

manière qui tient compte à la fois du droit des individus à la protection des renseignements personnels qui les concernent et du besoin des organisations de recueillir, d'utiliser ou de communiquer des renseignements personnels à des fins raisonnables.

[15] La *PIPA* a toutefois une portée beaucoup plus large que la *LPRPDÉ*. En effet, contrairement aux mesures prévues par cette dernière, les restrictions que prévoit la *PIPA* quant à la collecte, à l'utilisation et à la communication des renseignements personnels ne visent pas uniquement les activités ayant des fins commerciales. La *PIPA* pose plutôt comme règle générale que les organisations ne peuvent recueillir, utiliser ou communiquer des renseignements personnels sans le consentement des intéressés (par. 7(1)). Sauf dans la mesure prévue par la *PIPA*, celle-ci [TRADUCTION] « s'applique à toute organisation et à l'égard de tout renseignement personnel » (par. 4(1)). Le mot « organisation » s'entend notamment des personnes morales, des associations non constituées en personne morale, des organisations syndicales, des sociétés de personnes et des personnes physiques agissant dans le cadre d'une activité commerciale (al. 1(1)i)). L'expression « renseignements personnels » est définie de façon large comme « tout renseignement concernant une personne identifiable » (al. 1(1)k)). Le commissaire a bien précisé que les renseignements personnels comprennent ceux qui ne sont pas « privés », de sorte que [TRADUCTION] « les renseignements ne perdent pas leur caractère de renseignements personnels s'ils sont largement diffusés ou connus du public » (*Order P2010-003; Synergen Housing Co-op Ltd.*, 2010 CanLII 98626 (OIPC Alb.), par. 17).

[16] Une série d'exceptions limite cependant la portée de la *PIPA*. En voici certaines des plus pertinentes. Premièrement, en limitant la portée de la définition du mot « organisation », la *Loi* exclut de son champ d'application les personnes qui agissent [TRADUCTION] « à titre personnel ou familial » (al. 1(1)i) et al. 4(3)a)). Deuxièmement, compte tenu de l'effet combiné des par. 56(2) et (3), la *PIPA* ne s'applique pas aux organismes sans but lucratif à moins que ceux-ci ne recueillent, utilisent ou communiquent des renseignements dans le cadre

2013 SCC 62 (CanLII)

not apply in certain circumstances, including when information is collected, used, or disclosed for "artistic or literary purposes and for no other purpose" (s. 4(3)(b)) or when it is collected, used or disclosed for "journalistic purposes *and for no other purpose*" (s. 4(3)(c)). Finally, *PIPA* creates an exception to the consent requirement where the collection, use or disclosure of the information is reasonable for the purposes of an investigation or a legal proceeding (ss. 14(d), 17(d), 20(f) and (m)) or the information is "publicly available as prescribed or otherwise determined by the regulations" (ss. 14(e), 17(e) and 20(j)). The term "publicly available" is narrowly defined in s. 7 of the *Personal Information Protection Act Regulation*, Alta. Reg. 366/2003, to mean information that is available: in a telephone or business directory (or other similar registry); in a record of a quasi-judicial body; or in a magazine, book, or newspaper.

d'une activité commerciale. Troisièmement, les dispositions de la *Loi* relatives à son champ d'application précisent qu'elle ne s'applique pas dans certaines circonstances, notamment lorsque les renseignements sont recueillis, utilisés ou communiqués « à des fins artistiques ou littéraires et à aucune autre fin » (al. 4(3)b)) ou « à des fins journalistiques *et à aucune autre fin* » (al. 4(3)c)). Enfin, la *PIPA* prévoit une exception à l'exigence du consentement lorsque la collecte, l'utilisation ou la communication des renseignements est raisonnable à des fins relatives à une enquête ou à une instance judiciaire (al. 14d), 17d), 20f) et 20m)) ou lorsque les renseignements sont « accessibles au public selon ce qui est prescrit ou autrement prévu par règlement » (al. 14e), 17e) et 20j)). L'article 7 du *Personal Information Protection Act Regulation*, Alta. Reg. 366/2003, donne une définition étroite de l'expression [TRADUCTION] « accessibles au public », en précisant qu'il s'agit de renseignements que l'on peut obtenir en consultant un annuaire téléphonique ou commercial (ou tout autre répertoire semblable), les registres d'un organisme quasi judiciaire ou encore un magazine, un livre ou un journal.

[17] Given the Adjudicator's finding that none of these exemptions applied to allow the Union to collect, use and disclose personal information for the purpose of advancing its interests in a labour dispute, we conclude without difficulty that it restricts freedom of expression.

[17] Vu la conclusion de l'arbitre suivant laquelle aucune des exceptions susmentionnées ne s'appliquait de manière à permettre au syndicat de recueillir, d'utiliser et de communiquer des renseignements personnels en vue de faire valoir ses intérêts dans le cadre d'un conflit de travail, nous n'avons aucune difficulté à conclure que la *Loi* restreint la liberté d'expression du syndicat.

[18] This brings us to the s. 1 analysis. At this stage, we must determine whether *PIPA* serves a pressing and substantial objective and, if so, whether its provisions are rationally connected to that objective, whether it impairs the right to freedom of expression no more than is necessary, and whether its effects are proportionate to the government's objective. While *PIPA* is rationally connected to a pressing and substantial objective, its broad limitations on freedom of expression are not demonstrably justified because its limitations on expression are disproportionate to the benefits the legislation seeks to promote.

[18] Cela nous amène à l'analyse fondée sur l'article premier. À cette étape-ci, il nous faut déterminer si la *PIPA* vise un objectif urgent et réel et, dans l'affirmative, si ses dispositions sont rationnellement liées à cet objectif, si cet objectif porte atteinte au droit à la liberté d'expression au-delà de ce qui est nécessaire et si ses effets sont proportionnels à l'objectif du gouvernement. Bien que la *PIPA* soit rationnellement liée à un objectif urgent et réel, la justification des restrictions considérables qu'elle impose à la liberté d'expression ne peut se démontrer parce que ces restrictions sont disproportionnées par rapport aux bienfaits qu'elle cherche à promouvoir.

2013 SCC 62 (CanLII)

[19] There is no dispute that *PIPA* has a pressing and substantial objective. The purpose of *PIPA* is explicitly set out in s. 3, as previously noted, which states:

3 The purpose of this Act is to govern the collection, use and disclosure of personal information by organizations in a manner that recognizes both the right of an individual to have his or her personal information protected and the need of organizations to collect, use or disclose personal information for purposes that are reasonable.

The focus is on providing an individual with some measure of control over his or her personal information: Gratton, at pp. 6 ff. The ability of individuals to control their personal information is intimately connected to their individual autonomy, dignity and privacy. These are fundamental values that lie at the heart of a democracy. As this Court has previously recognized, legislation which aims to protect control over personal information should be characterized as "quasi-constitutional" because of the fundamental role privacy plays in the preservation of a free and democratic society: *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, [2002] 2 S.C.R. 773, at para. 24; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at paras. 65-66; *H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [2006] 1 S.C.R. 441, at para. 28.

[20] *PIPA*'s objective is increasingly significant in the modern context, where new technologies give organizations an almost unlimited capacity to collect personal information, analyze it, use it and communicate it to others for their own purposes. There is also no serious question that *PIPA* is rationally connected to this important objective. As the Union acknowledges, *PIPA* directly addresses the objective by imposing broad restrictions on the collection, use and disclosure of personal information. However, in our view, these broad restrictions are not justified because they are disproportionate to the benefits the legislation seeks to promote. In other words, "the *Charter* infringement is too high a price to pay for the benefit of the law":

[19] Il est acquis aux débats que la *PIPA* vise un objectif urgent et réel. Son objet est explicitement énoncé à l'art. 3 qui, comme nous l'avons déjà signalé, prévoit que :

[TRADUCTION] **3** La présente loi a pour objet de régir la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels d'une manière qui tient compte à la fois du droit des individus à la protection des renseignements personnels qui les concernent et du besoin des organisations de recueillir, d'utiliser ou de communiquer des renseignements personnels à des fins raisonnables.

La *Loi* cherche d'abord et avant tout à conférer aux personnes un certain droit de regard sur les renseignements personnels les concernant (Gratton, p. 6 et suiv.). Or, la faculté d'une personne d'exercer un tel droit est intimement liée à son autonomie, à sa dignité et à son droit à la vie privée. Il s'agit de valeurs fondamentales qui se situent au cœur de toute démocratie. Ainsi que la Cour l'a déjà reconnu, une loi qui vise à protéger un droit de regard sur des renseignements personnels devrait être qualifiée de « quasi constitutionnelle » en raison du rôle fondamental que joue le respect de la vie privée dans le maintien d'une société libre et démocratique (*Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, [2002] 2 R.C.S. 773, par. 24; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, par. 65-66; *Cie H.J. Heinz du Canada ltée c. Canada (Procureur général)*, [2006] 1 R.C.S. 441, par. 28).

[20] L'objectif visé par la *PIPA* gagne en importance à l'ère moderne, où les nouvelles technologies fournissent aux organisations une capacité quasi illimitée de recueillir des renseignements personnels, de les analyser, de les utiliser et de les communiquer à autrui pour leurs propres fins. En outre, on ne peut sérieusement mettre en doute l'existence d'un lien rationnel entre la *PIPA* et cet objectif important. Comme le reconnaît le syndicat, la *Loi* aborde de front cet objectif en restreignant considérablement la collecte, l'utilisation et la communication des renseignements personnels. Ces restrictions considérables nous paraissent toutefois injustifiées parce qu'elles sont disproportionnées par rapport aux bienfaits que la loi cherche à

2013 SCC 62 (CanLII)

Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), vol. 2, at p. 38-43.

promouvoir. Autrement dit, [TRADUCTION] « la violation de la *Charte* constitue un prix trop élevé à payer pour avoir droit au bénéfice de la loi » (Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5e éd. suppl.), vol. 2, p. 38-43).

[21] The beneficial effects of *PIPA*'s goal are demonstrable. *PIPA* seeks to enhance an individual's control over his or her personal information by restricting who can collect, use and disclose personal information without that individual's consent and the scope of such collection, use and disclosure. *PIPA* and legislation like it reflect an emerging recognition that the list of those who may access and use personal information has expanded dramatically and now includes many private sector actors. *PIPA* seeks to regulate the use of personal information and thereby to protect informational privacy, the foundational principle of which is that "all information about a person is in a fundamental way his own, for him to communicate or retain . . . as he sees fit": Report of a Task Force established jointly by the Department of Communications/ Department of Justice, *Privacy and Computers* (1972), at p. 13.

[21] Les effets bénéfiques de l'objet visé par la *PIPA* peuvent être démontrés. En effet, la *PIPA* vise à renforcer le droit de regard d'une personne sur les renseignements personnels la concernant, en précisant qui peut les recueillir, les utiliser et les communiquer sans son consentement, et en limitant la portée de leur collecte, de leur utilisation et de leur communication. La *PIPA* et les lois similaires témoignent de la nouvelle reconnaissance du fait que le nombre de personnes et d'entités susceptibles de consulter et d'utiliser des renseignements personnels a considérablement augmenté et que de nombreux acteurs du secteur privé figurent aujourd'hui parmi elles. La *PIPA* vise à réglementer l'utilisation des renseignements personnels et à protéger par le fait même leur caractère privé, un objectif fondé sur le principe selon lequel « l'information de caractère personnel est propre à l'intéressé, qui est libre de la communiquer ou de la taire comme il l'entend » (Rapport du Groupe d'étude établi conjointement par le ministère des Communications et le ministère de la Justice, *L'ordinateur et la vie privée* (1972), p. 13).

[22] Insofar as *PIPA* seeks to safeguard informational privacy, it is "quasi-constitutional" in nature: *Lavigne*, at para. 24; *Dagg*, at paras. 65-66; *H.J. Heinz*, at para. 28. The importance of the protection of privacy in a vibrant democracy cannot be overstated: see John D. R. Craig, "Invasion of Privacy and *Charter* Values: The Common-Law Tort Awakens" (1997), 42 *McGill L.J.* 355, at pp. 360-61. As Chris D. L. Hunt writes in "Conceptualizing Privacy and Elucidating its Importance: Foundational Considerations for the Development of Canada's Fledgling Privacy Tort" (2011), 37 *Queen's L.J.* 167, at p. 217, "[d]emocracy depends on an autonomous, self-actualized citizenry that is free to formulate and express unconventional views. If invasions of privacy inhibit individuality and produce conformity, democracy itself suffers."

[22] Dans la mesure où elle vise à faire respecter le caractère privé des renseignements personnels, la *PIPA* est de nature « quasi constitutionnelle » (*Lavigne*, par. 24; *Dagg*, par. 65-66; *H.J. Heinz*, par. 28). On ne saurait trop insister sur l'importance de protéger la vie privée dans une démocratie dynamique (voir John D. R. Craig, « Invasion of Privacy and *Charter* Values : The Common-Law Tort Awakens » (1997), 42 *R.D. McGill* 355, p. 360-361). Comme l'affirme Chris D. L. Hunt dans « Conceptualizing Privacy and Elucidating its Importance : Foundational Considerations for the Development of Canada's Fledgling Privacy Tort » (2011), 37 *Queen's L.J.* 167, p. 217, [TRADUCTION] « [l]a démocratie a besoin de citoyens autonomes qui se réalisent et qui sont libres de formuler et d'exprimer des opinions non conformistes. Si les atteintes à la vie privée gênent l'individualité et entraînent le conformisme, c'est la démocratie elle-même qui en souffre. »

2013 SCC 62 (CanLII)

[23] *PIPA* also seeks to avoid the potential harm that flows from the permanent storage or unlimited dissemination of personal information through the Internet or other forms of technology without an individual's consent.

[24] Finally, as discussed above, the objective of providing an individual with some measure of control over his or her personal information is intimately connected to individual autonomy, dignity and privacy, self-evidently significant social values.

[25] The price *PIPA* exacts, however, is disproportionate to the benefits it promotes. *PIPA* limits the collection, use and disclosure of personal information other than with consent without regard for the nature of the personal information, the purpose for which it is collected, used or disclosed, and the situational context for that information. As the Adjudicator recognized in her decision, *PIPA* does not provide any way to accommodate the expressive purposes of unions engaged in lawful strikes. Indeed, the *Act* does not include any mechanisms by which a union's constitutional right to freedom of expression may be balanced with the interests protected by the legislation. As counsel for the Commissioner conceded during oral submissions, *PIPA* contains a general prohibition of the Union's use of personal information (absent consent or deemed consent) to further its collective bargaining objectives. As a result, *PIPA* deems virtually all personal information to be protected regardless of context.

[26] But the extent to which significant values were actually impaired in the context of this case must be kept in context. The personal information was collected by the Union at an open political demonstration where it was readily and publicly observable. Those crossing the picketline would reasonably expect that their image could be caught and disseminated by others such as journalists, for example. Moreover, the personal information collected, used and disclosed by the Union was

[23] La *PIPA* vise également à éviter la survenance du préjudice pouvant découler de la conservation permanente ou de la diffusion illimitée de renseignements personnels par Internet ou d'autres technologies sans le consentement de l'intéressé.

[24] Enfin, comme nous l'avons vu, l'objectif de fournir à une personne un certain droit de regard sur les renseignements personnels la concernant est intimement lié à son autonomie, à sa dignité et à son droit à la vie privée, des valeurs sociales dont l'importance va de soi.

[25] En revanche, la *PIPA* a des conséquences disproportionnées par rapport aux bienfaits qu'elle promeut. En effet, elle restreint la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels effectuées en l'absence du consentement de l'intéressé sans égard à la nature de ces renseignements, à l'objectif de leur collecte, utilisation ou communication et au contexte dans lequel ils se situent. Ainsi que l'arbitre l'a reconnu dans sa décision, la *PIPA* ne prévoit aucune façon de tenir compte des objectifs expressifs visés par les syndicats qui se livrent à des grèves légales. En effet, elle ne prévoit aucun mécanisme permettant de trouver un équilibre entre le droit constitutionnel du syndicat à la liberté d'expression et les intérêts qu'elle protège. Ainsi que l'avocat du commissaire l'a admis au cours de son plaidoyer, la *PIPA* interdit globalement au syndicat d'utiliser des renseignements personnels — à défaut de consentement réel ou présumé — pour favoriser la réalisation de ses objectifs en matière de négociation collective. Par conséquent, selon la *PIPA*, pratiquement tous les renseignements personnels méritent d'être protégés, peu importe le contexte.

[26] Il faut toutefois situer dans son contexte la mesure dans laquelle on a effectivement porté atteinte à des valeurs importantes en l'espèce. Le syndicat a recueilli les renseignements personnels lors d'une manifestation politique publique au cours de laquelle le public pouvait facilement les observer. Les personnes franchissant la ligne de piquetage pouvaient raisonnablement s'attendre à être filmées ou photographiées et à ce que leur image soit diffusée par autrui, notamment des journalistes. En

2013 SCC 62 (CanLII)

limited to images of individuals crossing a picketline and did not include intimate biographical details. No intimate details of the lifestyle or personal choices of the individuals were revealed.

[27] It goes without saying that by appearing in public, an individual does not automatically forfeit his or her interest in retaining control over the personal information which is thereby exposed. This is especially true given the developments in technology that make it possible for personal information to be recorded with ease, distributed to an almost infinite audience, and stored indefinitely. Nevertheless, *PIPA*'s restrictions operate in the context of a case like this one to impede the formulation and expression of views on matters of significant public interest and importance.

[28] *PIPA*'s deleterious effects weigh heavily in the balance. What is of the utmost significance in our view is that *PIPA* prohibits the collection, use, or disclosure of personal information for many legitimate, expressive purposes related to labour relations. These purposes include ensuring the safety of union members, attempting to persuade the public not to do business with an employer and bringing debate on the labour conditions with an employer into the public realm. These objectives are at the core of protected expressive activity under s. 2(*b*).

[29] This Court has long recognized the fundamental importance of freedom of expression in the context of labour disputes: *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 156 ("*Pepsi*"), at para. 33. In *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083 ("*KMart*"), Cory J., writing for the Court, held that "[f]or employees, freedom of expression becomes not only an important but an *essential* component of labour relations": para. 25 (emphasis added).

outre, les seuls renseignements personnels recueillis, utilisés et communiqués par le syndicat étaient des images de personnes franchissant une ligne de piquetage et ne comprenaient aucune information biographique intime. Aucun détail intime concernant le mode de vie ou les choix personnels des intéressés n'a été dévoilé.

[27] Il va sans dire qu'en apparaissant en public, une personne ne renonce pas nécessairement à son droit de regard sur les renseignements personnels ainsi exposés. Cela est particulièrement vrai compte tenu des avancées technologiques permettant d'enregistrer aisément des renseignements personnels, de les diffuser à un auditoire presque illimité et de les conserver indéfiniment. Malgré cela, les restrictions prévues par la *PIPA* s'appliquent, dans le contexte d'un cas comme celui qui nous occupe, pour entraver la formulation et l'expression d'opinions sur d'importantes questions d'intérêt public majeur.

[28] Les effets néfastes de la *PIPA* pèsent fortement dans la balance. Ce qui importe le plus, selon nous, c'est que la *PIPA* interdit la collecte, l'utilisation ou la communication de renseignements personnels qui serviraient de nombreux objectifs expressifs légitimes relatifs aux relations de travail. Parmi ces objectifs, mentionnons ceux consistant à assurer la sécurité des membres du syndicat, la tentative de convaincre le public de s'abstenir de faire affaire avec un employeur donné et le fait de transporter sur la place publique le débat sur les conditions de travail imposées par un employeur. Ces objectifs se situent au cœur même des activités expressives protégées par l'al. 2*b*).

[29] La Cour reconnaît depuis longtemps l'importance fondamentale que revêt la liberté d'expression dans le contexte des conflits de travail (*S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156 (« *Pepsi* »), par. 33). Dans l'arrêt *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083 (« *KMart* »), le juge Cory a affirmé, au nom de la Cour, que « [p]our les employés, la liberté d'expression devient une composante non seulement importante, mais *essentielle* des relations du travail » (par. 25 (nous soulignons)).

2013 SCC 62 (CanLII)

[30] Expressive activity in the labour context is directly related to the *Charter* protected right of workers to associate to further common workplace goals under s. 2(*d*) of the *Charter*: *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, [2011] 2 S.C.R. 3, at para. 38. As the International Labour Organization observed, "[t]he exercise of freedom of association and collective bargaining is dependent on the maintenance of fundamental civil liberties, in particular, . . . freedom of opinion and expression": *Report of the Director-General: Freedom of association in practice: Lessons learned* (2008), at para. 34.

[31] A person's employment and the conditions of their workplace can inform their identity, emotional health, and sense of self-worth: *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 368. As McLachlin C.J. and LeBel J. recognized in *Pepsi*, free expression on these issues therefore "contributes to self-understanding, as well as to the ability to influence one's working and non-working life": para. 34.

[32] Free expression in the labour context can also play a significant role in redressing or alleviating the presumptive imbalance between the employer's economic power and the relative vulnerability of the individual worker: *Pepsi*, at para. 34. It is through their expressive activities that unions are able to articulate and promote their common interests, and, in the event of a labour dispute, to attempt to persuade the employer.

[33] Finally, in the labour context, freedom of expression can enhance broader societal interests. As this Court found in *Pepsi*, the free flow of expression by unions and their members during a labour dispute plays an important role in bringing issues relating to labour conditions into the public arena for discussion and debate: paras. 34-35. As this Court emphasized in *Pepsi*, free expression provides "an avenue for unions to promote collective bargaining issues as public ones to be played out in civic society, rather than being confined to a narrow realm of individualized economic disputes": Michael MacNeil, "Unions

[30] Les activités expressives dans le contexte du travail se rattachent directement au droit des travailleurs, protégé par l'al. 2*d*) de la *Charte*, de s'associer pour atteindre des objectifs communs liés au travail (*Ontario (Procureur général) c. Fraser*, [2011] 2 R.C.S. 3, par. 38). Ainsi que l'a fait observer l'Organisation internationale du travail; « [l]'exercice de la liberté d'association et du droit de négociation collective repose sur la défense des libertés civiles fondamentales et notamment des suivantes : droit à [. . .] la liberté d'opinion, d'expression » (*Rapport du directeur général : Liberté d'association : enseignements tirés de la pratique* (2008), par. 34).

[31] L'emploi d'une personne et ses conditions de travail sont susceptibles de façonner son identité, sa santé psychologique et sa perception de sa valeur personnelle (*Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 368)). Ainsi que la juge en chef McLachlin et le juge LeBel l'ont reconnu dans l'arrêt *Pepsi*, la libre expression d'opinions sur ces questions « contribue [donc] à la compréhension de soi ainsi qu'à la capacité d'influencer sa vie au travail et sa vie en dehors du travail » (par. 34).

[32] Dans le contexte du travail, la liberté d'expression peut également jouer un rôle important pour éliminer ou atténuer l'inégalité présumée entre le pouvoir économique de l'employeur et la vulnérabilité relative du travailleur (*Pepsi*, par. 34). C'est grâce à leurs activités expressives que les syndicats sont en mesure de formuler et de promouvoir leurs intérêts communs et, en cas de conflit de travail, de tenter d'infléchir l'employeur.

[33] Enfin, dans le contexte du travail, la liberté d'expression est susceptible de favoriser des intérêts collectifs plus larges. Ainsi que l'a jugé la Cour dans l'arrêt *Pepsi*, la liberté d'expression des syndicats et de leurs membres durant un conflit de travail contribue largement à transporter sur la place publique le débat sur les conditions de travail (par. 34-35). Comme l'a souligné la Cour dans le même arrêt, la liberté d'expression [TRADUCTION] « offre aux syndicats un moyen de favoriser un débat public sur des questions de négociation collective au sein de la société civile en faisant en sorte que

2013 SCC 62 (CanLII)

and the *Charter*: The Supreme Court of Canada and Democratic Values" (2003), 10 *C.L.E.L.J.* 3, at p. 24.

[34] Since the Second World War, the Canadian government has recognized that unions have a role to play in the Canadian economy and society more broadly: George W. Adams, *Canadian Labour Law* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 1, at pp. 1-11 to 1-16. This recognition includes a general acceptance that workers have the right to associate and bargain collectively and that when collective bargaining breaks down, unions and employers may, in certain circumstances, legitimately exert economic sanctions in order to facilitate resolution of the dispute in their favour: Wesley B. Rayner, *Canadian Collective Bargaining Law* (2nd ed. 2007), at pp. 2 and 457.

[35] Within the labour context, picketing represents a particularly crucial form of expression with strong historical roots. Strikes and picketlines have been used by Canadian unions to exert economic pressure and bargain with employers for over a century: affidavit of Dr. Jeffery M. Taylor, A.R., vol. IV, at p. 35. The use of picketlines is an invaluable tool in the economic arsenal of workers in the collective bargaining process: Rayner, at p. 483. As Judith McCormack, then Chair of the Ontario Labour Relations Board, explained in *Great Atlantic & Pacific Co. of Canada*, [1994] O.L.R.B. Rep. March 303:

> Picketing is . . . part of a group of economic sanctions which are considered key to the scheme of collective bargaining as a whole. While such sanctions are not frequently resorted to in the overall landscape of collective bargaining, it is axiomatic that the underlying threat of such economic conflict is what drives the vast majority of uneventful negotiations and contract settlements. [para. 35]

[36] The effectiveness of picketlines is dependent on the ability of the union to try to convince the

ces questions ne soient plus confinées au domaine étroit des conflits économiques individualisés » (Michael MacNeil, « Unions and the *Charter* : The Supreme Court of Canada and Democratic Values » (2003), 10 *C.L.E.L.J.* 3, p. 24).

[34] Depuis la Seconde Guerre mondiale, le gouvernement canadien reconnaît que les syndicats ont un rôle à jouer au sein de l'économie canadienne et de la société en général (George W. Adams, *Canadian Labour Law* (2e éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, p. 1-11 à 1-16). On en est ainsi venu à accepter de façon générale que les travailleurs ont le droit de s'associer et de négocier collectivement et que, en cas de rupture des négociations collectives, les syndicats et les employeurs peuvent, dans certains cas, exercer légitimement des sanctions économiques pour faciliter le règlement du différend en leur faveur (Wesley B. Rayner, *Canadian Collective Bargaining Law* (2e éd. 2007), p. 2 et 457).

[35] Dans le contexte du travail, le piquetage constitue une forme d'expression particulièrement vitale et fermement ancrée dans l'histoire. Les syndicats canadiens recourent aux grèves et aux lignes de piquetage pour exercer des pressions économiques et négocier avec les employeurs depuis plus d'un siècle (affidavit de Jeffery M. Taylor, d.a., vol. IV, p. 35). Le recours aux lignes de piquetage constitue un outil d'une valeur inestimable dans l'arsenal économique des travailleurs au cours des négociations collectives (Rayner, p. 483). Ainsi que Judith McCormack, qui était alors présidente de la Commission des relations de travail de l'Ontario, l'a expliqué dans la décision *Great Atlantic & Pacific Co. of Canada*, [1994] O.L.R.B. Rep. March 303 :

> [TRADUCTION] La mise en place de piquets de grève fait [. . .] partie d'une série de sanctions économiques qui sont considérées comme un élément essentiel du régime de négociations collectives dans son ensemble. Bien qu'on ne recoure pas fréquemment à ce type de sanctions en matière de négociation collective, il est évident que c'est la menace sous-jacente des conflits économiques qui explique le dénouement sans histoire de la grande majorité des négociations ainsi que la conclusion également sans histoire des conventions collectives. [par. 35]

[36] L'efficacité des lignes de piquetage dépend de la capacité du syndicat de convaincre le public

2013 SCC 62 (CanLII)

public not to cross the picketline and do business with the employer. Cory J. recognized the significance of the role of public opinion in *KMart*, where he observed that "it is often the weight of public opinion which will determine the outcome of the dispute": para. 46. In some cases, this goal may be achieved simply by making others aware of the labour dispute. In others, however, a union may achieve its goal by putting pressure on those who intend to cross the picketline. The imposition of public or economic pressure has come to be accepted as a legitimate price to pay to encourage the parties to resolve their dispute. As McLachlin C.J. and LeBel J. observed in *Pepsi*, strikes are not tea parties: para. 90. This Court has acknowledged that such pressure is permissible as long as it does not rise to the level of a tortious or criminal act: *Pepsi*, at paras. 96 and 101-7.

de ne pas les franchir et de s'abstenir de faire affaire avec l'employeur. Le juge Cory a reconnu l'importance de l'opinion publique dans l'arrêt *KMart*, où il a fait observer que « c'est souvent le poids de l'opinion publique qui détermine l'issue [du] conflit » (par. 46). Dans certains cas, on peut atteindre cet objectif simplement en faisant connaître l'existence du conflit de travail. Dans d'autres, toutefois, le syndicat peut atteindre son objectif en exerçant des pressions sur les personnes qui ont l'intention de franchir la ligne de piquetage. On en est venu à accepter que l'exercice de pressions publiques ou économiques constitue un prix légitime à payer pour inciter les parties à régler leur différend. Comme la juge en chef McLachlin et le juge LeBel l'ont fait observer dans l'arrêt *Pepsi*, une grève n'est pas une partie de plaisir (par. 90). La Cour a reconnu que cette pression était permise dès lors qu'elle ne dégénère pas au point de donner lieu à un acte délictueux ou criminel (*Pepsi*, par. 96 et 101-107).

[37] *PIPA* imposes restrictions on a union's ability to communicate and persuade the public of its cause, impairing its ability to use one of its most effective bargaining strategies in the course of a lawful strike. In our view, this infringement of the right to freedom of expression is disproportionate to the government's objective of providing individuals with control over personal information that they expose by crossing a picketline.

[37] La *PIPA* restreint la faculté du syndicat de communiquer avec le public et de le convaincre du bien-fondé de sa cause, compromettant ainsi sa capacité de recourir à une de ses stratégies de négociation les plus efficaces au cours d'une grève légale. À notre avis, cette atteinte au droit à la liberté d'expression est disproportionnée par rapport à l'objectif du gouvernement d'accorder aux personnes un droit de regard sur les renseignements personnels qu'elles exposent en franchissant une ligne de piquetage.

[38] This conclusion does not require that we condone all of the Union's activities. The breadth of *PIPA*'s restrictions makes it unnecessary to examine the precise expressive activity at issue in this case. It is enough to note that, like privacy, freedom of expression is not an absolute value and both the nature of the privacy interests implicated and the nature of the expression must be considered in striking an appropriate balance. To the extent that *PIPA* restricted the Union's collection, use and disclosure of personal information for legitimate labour relations purposes, the *Act* violates s. 2(*b*) of the *Charter* and cannot be justified under s. 1.

[38] Cette conclusion ne nous oblige pas à cautionner toutes les activités du syndicat. Vu l'ampleur des restrictions imposées par la *Loi*, il n'est pas nécessaire d'examiner l'activité expressive précise en litige dans la présente affaire. Il suffit de souligner qu'à l'instar de la protection de la vie privée, la liberté d'expression n'est pas une valeur absolue et qu'on doit tenir compte à la fois de la nature des droits à la vie privée en jeu et de celle de l'expression pour atteindre un juste équilibre entre eux. Dans la mesure où la *PIPA* empêchait le syndicat de recueillir, d'utiliser et de communiquer des renseignements personnels à des fins légitimes de relations du travail, la *Loi* viole l'al. 2*b*) de la *Charte* et cette violation ne saurait se justifier au sens de l'article premier.

2013 SCC 62 (CanLII)

[39] Accordingly, we would answer the constitutional questions as follows:

1. Do the *Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, c. P-6.5, and the *Personal Information Protection Act Regulation*, Alta. Reg. 366/2003, violate s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* insofar as they restrict a union's ability to collect, use or disclose personal information during the course of a lawful strike?

Answer: Yes.

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law, which can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

[40] Both the Information and Privacy Commissioner of Alberta and the Attorney General of Alberta stated in oral argument that if they were unsuccessful, they would prefer that *PIPA* be struck down in its entirety. We agree. Given the comprehensive and integrated structure of the statute, we do not think it is appropriate to pick and choose among the various amendments that would make *PIPA* constitutionally compliant: *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 80; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 707.

[41] We would therefore declare *PIPA* to be invalid but suspend the declaration of invalidity for a period of 12 months to give the legislature time to decide how best to make the legislation constitutional. Rather than sustain the constitutional exemption ordered by the Court of Appeal, we would simply quash the Adjudicator's order.

[42] The Union is entitled to its costs.

[39] Par conséquent, nous sommes d'avis de répondre comme suit aux questions constitutionnelles :

1. La *Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, ch. P-6.5, et le *Personal Information Protection Act Regulation*, Alta. Reg. 366/2003, portent-ils atteinte aux droits protégés par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où ils limitent la capacité d'un syndicat de recueillir, d'utiliser ou de communiquer des renseignements personnels pendant une grève légale?

Réponse : Oui.

2. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable, prescrite par une règle de droit, dont la justification peut être démontrée dans une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

[40] Tant le commissaire à l'information et à la protection de la vie privée que le procureur général de l'Alberta ont affirmé lors des débats que s'ils n'obtenaient pas gain de cause, ils préféreraient que la *PIPA* soit invalidée en entier. Nous sommes du même avis. Compte tenu de l'économie exhaustive et intégrée de la *Loi*, il ne nous paraît pas approprié de faire un tri parmi les diverses modifications qui rendraient la *PIPA* conforme à la Constitution (*R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, p. 80; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, p. 707).

[41] Nous sommes par conséquent d'avis de déclarer la *PIPA* invalide, mais de suspendre cette déclaration d'invalidité pendant 12 mois afin de donner à la législature albertaine le temps nécessaire pour décider de la meilleure façon de rendre la loi constitutionnelle. Nous sommes en outre d'avis d'annuler simplement l'ordonnance de l'arbitre plutôt que de confirmer l'exemption constitutionnelle décrétée par la Cour d'appel.

[42] Le syndicat a droit à ses dépens devant toutes les cours.

2013 SCC 62 (CanLII)

Appeal substantially dismissed with costs.

Solicitors for the appellant the Information and Privacy Commissioner of Alberta: Jensen Shawa Solomon Duguid Hawkes, Calgary.

Solicitor for the appellant the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the respondent: Chivers Carpenter, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener the Privacy Commissioner of Canada: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto; Office of the Privacy Commissioner of Canada, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Torys, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Moore, Edgar, Lyster, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Information and Privacy Commissioner of Ontario: Information and Privacy Commissioner of Ontario, Toronto.

Solicitors for the interveners the Coalition of British Columbia Businesses and Merit Canada: Heenan Blaikie, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Information and Privacy Commissioner of British Columbia: Lovett Westmacott, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Alberta Federation of Labour: Chivers Carpenter, Edmonton.

Pourvoi rejeté en grande partie avec dépens.

Procureurs de l'appelant Information and Privacy Commissioner of Alberta : Jensen Shawa Solomon Duguid Hawkes, Calgary.

Procureur de l'appelant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intimé : Chivers Carpenter, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le commissaire à la protection de la vie privée du Canada : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto; Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Torys, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Moore, Edgar, Lyster, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario : Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario, Toronto.

Procureurs des intervenantes Coalition of British Columbia Businesses et Merit Canada : Heenan Blaikie, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant Information and Privacy Commissioner of British Columbia : Lovett Westmacott, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Alberta Federation of Labour : Chivers Carpenter, Edmonton.

2013 SCC 62 (CanLII)

The Law Society of British Columbia

and

The Attorney General of British Columbia *Appellants*

and

The Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Nova Scotia, the Attorney General for Saskatchewan, the Attorney General for Alberta and the Federation of Law Societies of Canada *Interveners*

v.

Mark David Andrews

and

Gorel Elizabeth Kinersly *Respondents*

and

The Women's Legal Education and Action Fund, the Coalition of Provincial Organizations of the Handicapped, the Canadian Association of University Teachers and the Ontario Confederation of University Faculty Associations *Interveners*

INDEXED AS: ANDREWS *v.* LAW SOCIETY OF BRITISH COLUMBIA

File Nos.: 19955, 19956.

1987: October 5, 6; 1989: February 2.

Present: Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Equality before and under the law and equal protection and benefit of law — Citizenship required for call to bar — Whether or not requirement discriminatory with respect to qualified Canadian residents who are not citizens — Whether or not requirement justified under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1)

* Le Dain J. took no part in the judgment.

The Law Society of British Columbia

et

Le procureur général de la Colombie-Britannique *Appelants*

et

Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta et la Fédération des professions juridiques du Canada *Intervenants*

c.

Mark David Andrews

et

Gorel Elizabeth Kinersly *Intimés*

et

Le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, la Coalition des organisations provinciales, ombudsman des handicapés, l'Association canadienne des professeurs d'université et l'Union des associations des professeurs des universités de l'Ontario *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: ANDREWS *c.* LAW SOCIETY OF BRITISH COLUMBIA

N^os^ du greffe: 19955, 19956.

1987: 5, 6 octobre; 1989: 2 février.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Égalité devant la loi, égalité dans la loi et égalité de protection et de bénéfice de la loi — Citoyenneté exigée pour l'inscription au barreau — L'obligation d'être citoyen est-elle discriminatoire à l'égard des résidents canadiens qualifiés qui n'ont pas la citoyenneté? — L'obligation est-elle justifiée en vertu de l'article premier —

* Le juge Le Dain n'a pas pris part au jugement.

1989 CanLII 2 (SCC)

— Barristers and Solicitors Act, R.S.B.C. 1979, c. 26, s. 42.

The respondent Andrews, a British subject permanently resident in Canada met all the requirements for admission to the British Columbia bar except that of Canadian citizenship. His action for a declaration that that requirement violated s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was dismissed at trial but allowed on appeal. Kinersly, an American citizen who was at the time a permanent resident of Canada articling in the Province of British Columbia, was added as a co-respondent by order of this Court. The constitutional questions before this Court dealt with: (1) whether the Canadian citizenship requirement for admission to the British Columbia bar infringed or denied the equality rights guaranteed by s. 15(1) of the *Charter*; (2) if so, whether that infringement was justified by s. 1.

Held:

Section 15(1) of the *Charter*

Per Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Wilson and L'Heureux-Dubé JJ.: Section 15(1) of the *Charter* provides for every individual a guarantee of equality before and under the law, as well as the equal protection and equal benefit of the law without discrimination. This is not a general guarantee of equality; its focus is on the application of the law. No problem regarding the scope of the word "law" arose in this case because legislation was under attack.

The "similarly situated should be similarly treated" approach will not necessarily result in equality nor will every distinction or differentiation in treatment necessarily result in inequality. The words "without discrimination" in s. 15 are crucial.

Discrimination is a distinction which, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, has an effect which imposes disadvantages not imposed upon others or which withholds or limits access to advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Barristers and Solicitors Act, R.S.B.C. 1979, chap. 26, art. 42.

L'intimé Andrews, un sujet britannique qui était résident permanent du Canada, remplissait toutes les conditions d'admission au barreau de la Colombie-Britannique à l'exception de celle relative à la citoyenneté canadienne. Son action visant à obtenir un jugement déclaratoire portant que cette condition violait le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* a été rejetée en première instance, mais accueillie en appel. Kinersly, une citoyenne américaine qui, à l'époque, était une résidente permanente du Canada qui faisait son stage dans la province de la Colombie-Britannique, a été ajoutée à titre de coïntimée suite à une ordonnance de cette Cour. Les questions constitutionnelles auxquelles doit répondre la Cour sont de savoir (1) si l'obligation d'être citoyen canadien pour être admis au barreau de la Colombie-Britannique porte atteinte aux droits à l'égalité garantis par le par. 15(1) de la *Charte*, et (2) dans l'affirmative, si cette atteinte est justifiée par l'article premier.

Arrêt:

Le paragraphe 15(1) de la *Charte*

Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, Wilson et L'Heureux-Dubé: Le paragraphe 15(1) de la *Charte* prévoit que la loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et que tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination. Il ne s'agit pas d'une garantie générale d'égalité; la disposition porte sur l'application de la loi. La portée du terme «loi» ne soulève aucun problème en l'espèce puisque c'est une mesure législative qui est attaquée.

Le point de vue selon lequel «les personnes qui se trouvent dans une situation analogue doivent être traitées de façon analogue» n'entraînera pas nécessairement l'égalité, pas plus que toute distinction ou différence de traitement ne produira forcément une inégalité. L'expression «indépendamment de toute discrimination» que l'on trouve à l'art. 15 a une importance cruciale.

La discrimination est une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer des désavantages non imposés à d'autres, ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours

individual's merits and capacities will rarely be so classed.

Generally, the principles applied under the Human Rights Acts are equally applicable to questions of discrimination under s. 15(1). However, the *Charter* requires a two-step approach to s. 15(1). The first step is to determine whether or not an infringement of a guaranteed right has occurred. The second step is to determine whether, if there has been an infringement, it can be justified under s. 1. The two steps must be kept analytically distinct because of the different attribution of the burden of proof; the citizen must establish the infringement of his or her *Charter* right and the state must justify the infringement.

The grounds of discrimination enumerated in s. 15(1) are not exhaustive. Grounds analogous to those enumerated are also covered and the section may be even broader than that although it is not necessary to answer that question in this case since the ground advanced in this case falls into the analogous category.

The words "without discrimination" require more than a mere finding of distinction between the treatment of groups or individuals. These words are a form of qualifier built into s. 15 itself and limit those distinctions which are forbidden by the section to those which involve prejudice or disadvantage. The effect of the impugned distinction or classification on the complainant must be considered. Given that not all distinctions and differentiations created by law are discriminatory, a complainant under s. 15(1) must show not only that he or she is not receiving equal treatment before and under the law or that the law has a differential impact on him or her in the protection or benefit of the law but must show in addition that the law is discriminatory.

A rule which bars an entire class of persons from certain forms of employment, solely on the grounds of a lack of citizenship status and without consideration of educational and professional qualifications or the other attributes or merits of individuals in the group, infringes s. 15 equality rights. Section 42 of the *Barristers and Solicitors Act* is such a rule.

Per La Forest J.: The views of McIntyre J. as to the meaning of s. 15(1) were substantially agreed with in so far as relevant to the question of whether or not the impugned provision amounted to discrimination based on "irrelevant personal differences" such as those listed

taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.

De façon générale, les principes appliqués en vertu des lois sur les droits de la personne s'appliquent également aux questions de discrimination au sens du par. 15(1). Cependant, la *Charte* exige que l'examen fondé sur le par. 15(1) se fasse en deux étapes. La première étape consiste à déterminer s'il y a eu atteinte à un droit garanti. La deuxième étape consiste à déterminer, le cas échéant, si cette atteinte peut être justifiée en vertu de l'article premier. Les deux étapes doivent être maintenues analytiquement distinctes en raison de la différente attribution du fardeau de la preuve: le citoyen doit prouver qu'il y a eu violation du droit que lui garantit la *Charte* et l'État doit justifier cette violation.

Les motifs de discrimination énumérés au par. 15(1) ne sont pas exhaustifs. Les motifs analogues à ceux énumérés sont également visés et il se peut même que la disposition soit plus générale que cela, bien qu'il ne soit pas nécessaire, en l'espèce, de répondre à cette question étant donné que le motif invoqué tombe dans la catégorie des motifs analogues.

L'expression «indépendamment de toute discrimination» exige davantage qu'une simple constatation de distinction dans le traitement de groupes ou d'individus. Cette expression est une forme de réserve incorporée dans l'art. 15 lui-même qui limite les distinctions prohibées par la disposition à celles qui entraînent un préjudice ou un désavantage. L'examen doit également porter sur l'effet de la distinction ou de la classification attaquée sur le plaignant. Puisque ce ne sont pas toutes les distinctions et différenciations créées par la loi qui sont discriminatoires, un plaignant en vertu du par. 15(1) doit démontrer non seulement qu'il ne bénéficie pas d'un traitement égal devant la loi et dans la loi, ou encore que la loi a un effet particulier sur lui en ce qui concerne la protection ou le bénéfice qu'elle offre, mais encore que la loi est discriminatoire.

Une règle qui exclut toute une catégorie de personnes de certains types d'emplois pour le seul motif qu'elles n'ont pas la citoyenneté et sans égard à leur diplômes et à leurs compétences professionnelles ou sans égard aux autres qualités ou mérites d'individus faisant partie du groupe, porte atteinte aux droits à l'égalité de l'art. 15. L'article 42 de la *Barristers and Solicitors Act* constitue une règle de ce genre.

Le juge La Forest: L'opinion du juge McIntyre quant à la signification du par. 15(1) est essentiellement retenue dans la mesure où elle est pertinente à la question de savoir si la disposition contestée constitue de la discrimination fondée sur des «différences personnelles non perti-

1989 CanLII 2 (SCC)

in s. 15 and, traditionally, in human rights legislation. The opening words of s. 15 referring more generally to equality, however, may have a significance that extends beyond protection from discrimination through the application of law. Nevertheless, all legislative classifications need not be rationally supportable before the courts; s. 15 was not intended to be a tool for the wholesale subjection of legislation to judicial scrutiny.

The impugned legislation distinguished the respondents from other persons on the basis of a personal characteristic which shares many similarities with those enumerated in s. 15. Citizenship is typically not within the control of the individual and is, at least temporarily, a characteristic of personhood which is not alterable by conscious action and which in some cases is not alterable except on the basis of unacceptable costs. Non-citizens are a group of persons who are relatively powerless politically and whose interests are likely to be compromised by legislative decisions.

Citizenship, while properly required for certain types of legitimate governmental objectives, is generally irrelevant to the legitimate work of government in all but a limited number of areas. Legislating citizenship as a basis for distinguishing between persons, here for conditioning access to the practice of a profession, harbours the potential for undermining the essential or underlying values of a free and democratic society embodied in s. 15. Legislative conditioning on the basis of citizenship may, in certain circumstances, be acceptable in the free and democratic society that is Canada, but that legislation must be justified by the government under s. 1 of the *Charter*.

Section 1 of the *Charter*

Per Dickson C.J. and Wilson and L'Heureux-Dubé JJ.: The legislation at issue was not justified under s. 1.

The objective of the legislation was not sufficiently pressing and substantial to warrant overcoming the rights protected by s. 15. Given that s. 15 is designed to protect those groups who suffer social, political and legal disadvantage in our society, the burden resting on government to justify the type of discrimination against such groups is appropriately an onerous one.

nentes» comme celles qui sont énumérées à l'art. 15 et qui se retrouvent traditionnellement dans les lois sur les droits de la personne. Les termes préliminaires de l'art. 15 qui se rapportent plus généralement à l'égalité peuvent cependant avoir un sens qui va au-delà de la protection contre la discrimination résultant de l'application de la loi. Néanmoins, ce ne sont pas toutes les classifications législatives qui doivent être rationnellement défendables devant les tribunaux; on n'a pas voulu que l'art. 15 serve à assujettir systématiquement les lois à l'examen judiciaire.

La mesure législative attaquée distingue les intimés d'autres personnes en fonction d'une caractéristique personnelle qui comporte plusieurs traits communs avec celles énumérées à l'art. 15. La citoyenneté est une caractéristique qui, normalement, ne relève pas du contrôle de l'individu et est, temporairement du moins, une caractéristique personnelle qu'on ne peut modifier par un acte volontaire et qu'on ne peut, dans certains cas, modifier qu'à un prix inacceptable. Les gens qui n'ont pas la citoyenneté constituent un groupe de personnes qui sont relativement dépourvues de pouvoir politique et dont les intérêts risquent d'être compromis par des décisions législatives.

Bien que la citoyenneté puisse être exigée à bon droit relativement à certains types d'objectifs légitimes du gouvernement, elle n'a généralement rien à voir avec les activités légitimes d'un gouvernement, si ce n'est dans un nombre restreint de domaines. L'emploi dans une mesure législative de la citoyenneté comme motif de distinction entre individus, en l'espèce pour conditionner l'accès à l'exercice d'une profession, comporte le risque de miner les valeurs essentielles ou fondamentales d'une société libre et démocratique qui sont enchâssées à l'art. 15. Une mesure législative qui pose la citoyenneté comme condition peut, dans certains cas, être acceptable dans la société libre et démocratique qu'est le Canada, mais le gouvernement doit justifier une telle mesure en vertu de l'article premier de la *Charte*.

L'article premier de la *Charte*

Le juge en chef Dickson et les juges Wilson et L'Heureux-Dubé: La mesure législative en cause n'est pas justifiée en vertu de l'article premier.

L'objectif de la loi ne se rapporte pas à des préoccupations suffisamment urgentes et réelles pour justifier la suppression des droits protégés par l'art. 15. Étant donné que l'art. 15 est conçu pour protéger les groupes défavorisés sur les plans social, politique et juridique dans notre société, la responsabilité qui incombe au gouvernement de justifier le type de discrimination dont sont victimes ces groupes est à juste titre lourde.

1989 CanLII 2 (SCC)

The proportionality test was not met. The requirement of citizenship is not carefully tailored to achieve the objective that lawyers be familiar with Canadian institutions and customs and may not even be rationally connected to it. Most citizens, natural-born or otherwise, are committed to Canadian society but that commitment is not ensured by citizenship. Conversely, non-citizens may be deeply committed to our country. Even if lawyers do perform a governmental function, citizenship does not guarantee that they will honourably and conscientiously carry out their public duties: that is a function of their being good lawyers, not of citizenship.

Per La Forest J.: While in general agreement with McIntyre J. about how the legislation must be approached under s. 1 in balancing the right infringed by the legislation against its objectives, the legislation fails to meet the test of proportionality.

Citizenship neither ensures the objectives of familiarity with Canadian institutions and customs nor of commitment to Canadian society. Restriction of access to the profession to citizens is over-inclusive. Less drastic methods for achieving the desired objectives are available.

While certain state activities may, for both symbolic and practical reasons, be confined to those who are full members of our political society, such restriction should not apply to the legal profession as a whole. The practice of law is primarily a private profession. A lawyer working for a private client does not play a role in the administration of justice requiring citizenship. Ordinary lawyers are not privy to government information and there are rules to restrict lawyers from obtaining confidential governmental information. Their situation differs from those involved in government policy-making or administration.

Per McIntyre and Lamer JJ. (dissenting): The citizenship requirement is reasonable and sustainable under s. 1 given the importance of the legal profession in the government of the country. The measure was not disproportionate to the object to be attained. Non-citizens are encouraged to become citizens and the maximum delay imposed upon the non-citizen from the date of acquisition of permanent resident status is three years. It is reasonable to expect that the newcomer who seeks to

Le critère de proportionnalité n'est pas respecté. L'obligation d'être citoyen n'est pas bien adaptée pour atteindre l'objectif que les avocats connaissent les institutions et coutumes canadiennes et peut même être sans lien rationnel avec celui-ci. La plupart des citoyens, originaires ou non du Canada, sont engagés envers la société canadienne, mais la citoyenneté ne garantit pas cet engagement. Inversement, ceux qui n'ont pas la citoyenneté peuvent être profondément engagés envers notre pays. Même si les avocats exécutent une fonction gouvernementale, la citoyenneté ne garantit pas qu'ils vont s'acquitter de leurs fonctions publiques honorablement et consciencieusement; ils vont le faire parce qu'ils sont des avocats compétents et non parce qu'ils sont citoyens canadiens.

Le juge La Forest: Bien que le juge partage, d'une manière générale, l'opinion du juge McIntyre quant à la manière dont il faut aborder la mesure législative en vertu de l'article premier, en soupesant le droit violé par cette mesure en fonction des objectifs qu'elle vise, la mesure législative en cause ne respecte pas le critère de proportionnalité.

La citoyenneté ne garantit pas la réalisation des objectifs de familiarité avec les institutions et les coutumes canadiennes, ou d'engagement envers la société canadienne. La restriction aux citoyens canadiens de l'accès à la profession d'avocat est excessive. Il existe des moyens moins draconiens de réaliser ces objectifs.

Même si l'exercice de certaines activités de l'État devrait, pour des raisons à la fois symboliques et pratiques, être limité aux membres à part entière de notre société politique, une telle restriction ne devrait pas s'appliquer à l'ensemble de la profession juridique. La pratique du droit est d'abord et avant tout une profession de nature privée. Un avocat qui représente un particulier ne joue dans l'administration de la justice aucun rôle qui l'oblige à avoir la citoyenneté. Les avocats ordinaires ne sont pas au courant de renseignements gouvernementaux et il existe des règles visant à les empêcher d'obtenir des renseignements gouvernementaux confidentiels. Leur situation diffère de celle des avocats qui prennent part à la formulation ou à la mise en œuvre de politiques.

Les juges McIntyre et Lamer (dissidents): L'obligation d'être citoyen est raisonnable et défendable en vertu de l'article premier étant donné l'importance de la profession juridique dans le gouvernement du pays. La mesure n'est pas disproportionnée à l'objectif à atteindre. Ceux qui n'ont pas la citoyenneté sont encouragés à l'obtenir et le délai maximal imparti à celui qui n'a pas la citoyenneté pour devenir citoyen canadien est de trois ans à compter de la date où il acquiert son statut de

1989 CanLII 2 (SCC)

gain the privileges and status within the land and the right to exercise the great powers that admission to the practice of law will give should accept citizenship and its obligations as well as its advantages and benefits.

Cases Cited

By Wilson J.

Referred to: *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938); *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Re Dickenson and Law Society of Alberta* (1978), 84 D.L.R. (3d) 189.

By La Forest J.

Referred to: *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927); *Union Colliery Company of British Columbia v. Bryden*, [1899] A.C. 580; *Kask v. Shimizu*, [1986] 4 W.W.R. 154; *Fontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973); *Re Howard*, [1976] 1 N.S.W.L.R. 641; *In re Griffiths*, 413 U.S. 717 (1973); *Reyners v. The Belgian State*, [1974] 2 Common Market Law R. 305.

By McIntyre J. (dissenting as to the application of s. 1)

Referred to: *Dennis v. United States*, 339 U.S. 162 (1950); *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Reference Re Family Benefits Act* (1986), 75 N.S.R. (2d) 338; *Reference Re Use of French in Criminal Proceedings in Saskatchewan* (1987), 44 D.L.R. (4th) 16; *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1987] 2 F.C. 359; *R. v. Ertel* (1987), 35 C.C.C. (3d) 398; *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896); *R. v. Gonzales* (1962), 132 C.C.C. 237; *R. v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282; *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183; *Mahe v. Alta. (Gov't)* (1987), 54 Alta. L.R. (2d) 212; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Attorney General of Canada v. Lavell*, [1974] S.C.R. 1349; *Reference re an Act to Amend the Education Act* (1986), 53 O.R. (2d) 513; *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561; *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370; *Belgian Linguistic Case (No. 2)* (1968), 1 E.H.R.R. 252; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *United States v. Caro-*

résident permanent. Il est raisonnable de s'attendre à ce que les nouveaux arrivants, qui cherchent à obtenir les privilèges et le statut propres au pays et le droit d'exercer les vastes pouvoirs que confère l'admission à la pratique du droit, acceptent la citoyenneté et ses obligations au même titre que ses avantages et bénéfices.

Jurisprudence

Citée par le juge Wilson

Arrêts mentionnés: *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938); *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Re Dickenson and Law Society of Alberta* (1978), 84 D.L.R. (3d) 189.

Citée par le juge La Forest

Arrêts mentionnés: *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927); *Union Colliery Company of British Columbia v. Bryden*, [1899] A.C. 580; *Kask v. Shimizu*, [1986] 4 W.W.R. 154; *Fontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973); *Re Howard*, [1976] 1 N.S.W.L.R. 641; *In re Griffiths*, 413 U.S. 717 (1973); *Reyners v. The Belgian State*, [1974] 2 Common Market Law R. 305.

Citée par le juge McIntyre (dissident quant à l'application de l'article premier)

Arrêts mentionnés: *Dennis v. United States*, 339 U.S. 162 (1950); *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Reference Re Family Benefits Act* (1986), 75 N.S.R. (2d) 338; *Reference Re Use of French in Criminal Proceedings in Saskatchewan* (1987), 44 D.L.R. (4th) 16; *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (procureur général)*, [1987] 2 C.F. 359; *R. v. Ertel* (1987), 35 C.C.C. (3d) 398; *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896); *R. v. Gonzales* (1962), 132 C.C.C. 237; *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282; *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183; *Mahe v. Alta. (Gov't)* (1987), 54 Alta. L.R. (2d) 212; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349; *Reference re an Act to Amend the Education Act* (1986), 53 O.R. (2d) 513; *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561; *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370; *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique* (1968), 11 *Annuaire de la convention européenne des droits de l'homme* 833; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *United States v.*

1989 CanLII 25

lene Products Co., 304 U.S. 144 (1938); *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971).

Statutes and Regulations Cited

Barristers and Solicitors Act, R.S.B.C. 1979, c. 26, s. 42.
Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 1(*b*).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*a*), 7, 15(1), (2), 25, 27, 32.
Canadian Citizenship Act, S.C. 1946, c. 15.
Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, s. 10.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Constitution of the United States of America, 14th Amendment.
Human Rights Act, S.M. 1974, c. 65, s. 6(7).
Human Rights Code, 1981, S.O. 1981, c. 53, s. 17.
Human Rights Code, R.S.B.C. 1979, c. 186, ss. 1, 22.
Immigration Act, S.C. 1910, c. 27.
Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 12(1)(*b*).
Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2, s. 38.
Racial Discrimination Act, 1944, S.O. 1944, c. 51.
Saskatchewan Bill of Rights Act, 1947, S.S. 1947, c. 35.
Solicitors (Amendment) Act 1974 (U.K.), 1974, c. 26, s. 1.
Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48.

Authors Cited

Ely, John Hart. *Democracy and Distrust*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1980.
Ethica Nichomacea, trans. W. Ross, Book V3, at p. 1131a-6 (1925).
European Convention on Human Rights, 23 U.N.T.S. 222, art. 14.
Head, Ivan L. "The Stranger in Our Midst: A Sketch of the Legal Status of the Alien in Canada", [1964] *Can. Yearbook of International Law* 107.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
Lenoir, Robert L. "Citizenship as a Requirement for the Practice of Law in Ontario" (1981), 13 *Ottawa Law Rev.* 527.
Lepofsky, M. David and Hart Schwartz. "Case Note" (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 115.
Mill, John Stuart. *On Liberty and Considerations on Representative Government*. Edited by R. B. McCallum. Oxford: B. Blackwell, 1946.
Schaar, John H. "Equality of Opportunity and Beyond," in J. Roland Pennock and John W. Chapman, eds.,

Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938); *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971).

Lois et règlements cités

Barristers and Solicitors Act, R.S.B.C. 1979, chap. 26, art. 42.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*a*), 7, 15(1), (2), 25, 27, 32.
Code des droits de la personne, L.O. 1981, chap. 53, art. 17.
Constitution des États-Unis d'Amérique, 14e Amendement.
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III, art. 1*b*).
Human Rights Act, S.M. 1974, chap. 65, art. 6(7).
Human Rights Code, R.S.B.C. 1979, chap. 186, art. 1, 22.
Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, chap. I-2, art. 38.
Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, chap. 33, art. 10.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi de l'immigration, S.C. 1910, chap. 27.
Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, chap. 48.
Loi sur la citoyenneté canadienne, S.C. 1946, chap. 15.
Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 12(1)*b*).
Racial Discrimination Act, 1944, S.O. 1944, chap. 51.
Saskatchewan Bill of Rights Act, 1947, S.S. 1947, chap. 35.
Solicitors (Amendment) Act 1974 (R.-U.), 1974, chap. 26, art. 1.

Doctrine citée

Convention européenne des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 223, art. 14.
Ely, John Hart. *Democracy and Distrust*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1980.
Éthique de Nicomaque, trad. J. Voilquin, livre V, chap. III, p. 129, art. 6. Garnier Flammarion, 1965.
Head, Ivan L. «The Stranger in Our Midst: A Sketch of the Legal Status of the Alien in Canada», [1964] *Can. Yearbook of International Law* 107.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
Lenoir, Robert L. «Citizenship as a Requirement for the Practice of Law in Ontario» (1981), 13 *Ottawa Law Rev.* 527.
Lepofsky, M. David et Hart Schwartz. «Commentaire d'arrêt» (1988), 67 *R. du B. can.* 115.
Mill, John Stuart. *On Liberty and Considerations on Representative Government*. Edited by R. B. McCallum. Oxford: B. Blackwell, 1946.
Schaar, John H. «Equality of Opportunity and Beyond,» in J. Roland Pennock and John W. Chapman, eds.,

1989 CanLII 2 (SCC)

Nomos IX: Equality. New York: Atherton Press, 1967.

Tarnopolsky, Walter Surma. *Discrimination and the Law*, 2nd ed. Revised by William F. Pentney. Don Mills, Ont.: De Boo, 1985.

Tussman, Joseph T. and Jacobus tenBroek. «The Equal Protection of Laws» (1949), 37 *Calif. L. Rev.* 341.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1986), 2 B.C.L.R. 305, 27 D.L.R. (4th) 600, [1986] 4 W.W.R. 474, allowing an appeal from a judgment of Taylor J. (1985), 66 B.C.L.R. 363, 22 D.L.R. (4th) 9, [1986] 1 W.W.R. 252. Appeal dismissed, McIntyre and Lamer JJ. dissenting. The first constitutional question should be answered in the affirmative; the second in the negative.

Irwin Nathanson, *Q.C.*, and *Rhys Davies*, for the appellant the Law Society of British Columbia.

Joseph Arvay, for the appellant the Attorney General of British Columbia.

Elizabeth C. Goldberg and *David Lepofsky*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Jean-Yves Bernard and *Julie Hudon*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Alison Scott, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Robert G. Richards, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Richard F. Taylor, for the intervener the Attorney General for Alberta.

P. B. C. Pepper, *Q.C.*, for the intervener the Federation of Law Societies of Canada.

D. G. Cowper and *W. S. Martin*, for the respondents.

Mary Eberts and *Gwen Brodsky*, for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund.

J. David Baker, for the intervener the Coalition of Provincial Organizations of the Handicapped.

Steven Barrett, for the interveners the Canadian Association of University Teachers and the

Nomos IX: Equality. New York: Atherton Press, 1967.

Tarnopolsky, Walter Surma. *Discrimination and the Law*, 2nd ed. Revised by William F. Pentney. Don Mills, Ont.: De Boo, 1985.

Tussman, Joseph T. and Jacobus tenBroek. "The Equal Protection of Laws" (1949), 37 *Calif. L. Rev.* 341.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1986), 2 B.C.L.R. 305, 27 D.L.R. (4th) 600, [1986] 4 W.W.R. 474, qui a accueilli l'appel d'une décision du juge Taylor (1985), 66 B.C.L.R. 363, 22 D.L.R. (4th) 9, [1986] 1 W.W.R. 252. Pourvoi rejeté, les juges McIntyre et Lamer sont dissidents. La première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative et la seconde, une réponse négative.

Irwin Nathanson, *c.r.*, et *Rhys Davies*, pour l'appelante la Law Society of British Columbia.

Joseph Arvay, pour l'appelant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Elizabeth C. Goldberg et *David Lepofsky*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jean-Yves Bernard et *Julie Hudon*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Alison Scott, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Robert G. Richards, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Richard F. Taylor, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

P. B. C. Pepper, *c.r.*, pour l'intervenante la Fédération des professions juridiques du Canada.

D. G. Cowper et *W. S. Martin*, pour les intimés.

Mary Eberts et *Gwen Brodsky*, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes.

J. David Baker, pour l'intervenante la Coalition des organisations provinciales, ombudsman des handicapés.

Steven Barrett, pour les intervenantes l'Association canadienne des professeurs d'université et

1989 CanLII 29 (SCC)

Ontario Confederation of University Faculty Associations.

The judgment of Dickson C.J. and Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. was delivered by

WILSON J.—I have had the benefit of the reasons of my colleague, Justice McIntyre, and I am in complete agreement with him as to the way in which s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* should be interpreted and applied. I also agree with my colleague as to the way in which s. 15(1) and s. 1 of the *Charter* interact. I differ from him, however, on the application of s. 1 to this particular case.

As my colleague points out, s. 42 of the *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, c. 26, differentiates between citizens and non-citizens with respect to admission to the practice of law. The distinction denies admission to non-citizens who are in all other respects qualified. While the citizenship requirement applies only to those non-citizens who are permanent residents, it has the effect of requiring those permanent residents to wait for a minimum of three years from the date of establishing their permanent residence before they can be considered for admission to the Bar. It imposes a burden, in the form of some delay in obtaining admission, on permanent residents who have acquired all or some of their legal training abroad.

I agree with my colleague that a rule which bars an entire class of persons from certain forms of employment solely on the ground that they are not Canadian citizens violates the equality rights of that class. I agree with him also that it discriminates against them on the ground of their personal characteristics, i.e., their non-citizen status. I believe, therefore, that they are entitled to the protection of s. 15.

Before turning to s. 1, I would like to add a brief comment to what my colleague has said concern-

l'Union des associations des professeurs des universités de l'Ontario.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Wilson et L'Heureux-Dubé rendu par

LE JUGE WILSON—J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs de mon collègue le juge McIntyre et je partage entièrement son avis quant à la façon dont le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* devrait être interprété et appliqué. Je partage également son avis quant à la façon dont le par. 15(1) et l'article premier de la *Charte* interagissent. Je diverge cependant d'opinion quant à l'application de l'article premier en l'espèce.

Comme le souligne mon collègue, l'art. 42 de la *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 26, établit une distinction entre ceux qui ont la citoyenneté canadienne et ceux qui ne l'ont pas en ce qui concerne l'admission à la pratique du droit. Cette distinction empêche ceux qui n'ont pas la citoyenneté d'être admis à la pratique du droit bien qu'ils se qualifient à tous autres égards. Bien que l'obligation d'être citoyen s'applique seulement à ceux qui n'ont pas la citoyenneté et qui sont résidents permanents, elle a pour effet de les obliger à attendre un minimum de trois ans à compter de la date où ils établissent leur résidence permanente avant que leur admission au barreau puisse être considérée. La distinction impose un fardeau, sous la forme d'un délai d'admission, aux résidents permanents qui ont reçu, en totalité ou en partie, leur formation juridique à l'étranger.

Je suis d'accord avec mon collègue pour dire qu'une règle qui exclut toute une catégorie de personnes de certains types d'emplois pour le seul motif qu'elles n'ont pas la citoyenneté canadienne viole les droits à l'égalité de cette catégorie. Je partage également son avis qu'une telle règle établit à leur détriment une distinction fondée sur leurs caractéristiques personnelles, c'est-à-dire leur statut de personnes qui n'ont pas la citoyenneté. Je crois donc qu'elles ont droit à la protection de l'art. 15.

Avant de passer à l'article premier, j'aimerais ajouter quelques mots à ce que mon collègue a dit

1989 CanLII 2 (SCC)

ing non-citizens permanently resident in Canada forming the kind of "discrete and insular minority" to which the Supreme Court of the United States referred in *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), at pp. 152-53, n. 4.

Relative to citizens, non-citizens are a group lacking in political power and as such vulnerable to having their interests overlooked and their rights to equal concern and respect violated. They are among "those groups in society to whose needs and wishes elected officials have no apparent interest in attending": see J. H. Ely, *Democracy and Distrust* (1980), at p. 151. Non-citizens, to take only the most obvious example, do not have the right to vote. Their vulnerability to becoming a disadvantaged group in our society is captured by John Stuart Mill's observation in Book III of *Considerations on Representative Government* that "in the absence of its natural defenders, the interests of the excluded is always in danger of being overlooked . . . ." I would conclude therefore that non-citizens fall into an analogous category to those specifically enumerated in s. 15. I emphasize, moreover, that this is a determination which is not to be made only in the context of the law which is subject to challenge but rather in the context of the place of the group in the entire social, political and legal fabric of our society. While legislatures must inevitably draw distinctions among the governed, such distinctions should not bring about or reinforce the disadvantage of certain groups and individuals by denying them the rights freely accorded to others.

I believe also that it is important to note that the range of discrete and insular minorities has changed and will continue to change with changing political and social circumstances. For example, Stone J. writing in 1938, was concerned with religious, national and racial minorities. In enumerating the specific grounds in s. 15, the framers of the *Charter* embraced these concerns in 1982 but

au sujet des résidents permanents qui n'ont pas la citoyenneté canadienne et qui forment le genre de [TRADUCTION] «minorité discrète et isolée» dont parle la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), aux pp. 152 et 153, n. 4.

Comparativement aux citoyens, les personnes qui n'ont pas la citoyenneté constituent un groupe dépourvu de pouvoir politique et sont, à ce titre, susceptibles de voir leurs intérêts négligés et leur droit d'être considéré et respecté également violé. Ils font partie de [TRADUCTION] «ces groupes de la société dont les besoins et les aspirations ne suscitent apparemment pas l'intérêt des représentants élus»: voir J. H. Ely, *Democracy and Distrust* (1980), à la p. 151. Pour ne citer que l'exemple le plus évident, ceux qui n'ont pas la citoyenneté n'ont pas le droit de vote. Le risque qu'ils deviennent un groupe défavorisé dans notre société est illustré par l'observation de John Stuart Mill dans le livre troisième des *Considerations on Representative Government* selon laquelle [TRADUCTION] «en l'absence de leurs défenseurs naturels, les intérêts des exclus risquent toujours d'être négligés . . . « Par conséquent, je suis d'avis de conclure que les personnes qui n'ont pas la citoyenneté font partie d'une catégorie analogue à celles qui sont expressément énumérées à l'art. 15. Je tiens en outre à souligner qu'il s'agit là d'une conclusion qui ne peut pas être tirée seulement dans le contexte de la loi qui est contestée mais plutôt en fonction de la place occupée par le groupe dans les contextes social, politique et juridique de notre société. Bien que les législatures doivent inévitablement établir des distinctions entre les gouvernés, ces distinctions ne devraient pas causer des désavantages à certains groupes ou individus, ni renforcer les désavantages dont ils sont victimes, en les privant des droits consentis librement aux autres.

Je crois également qu'il importe de souligner que l'éventail des minorités discrètes et isolées a changé et va continuer à changer avec l'évolution des circonstances politiques et sociales. Par exemple, en 1938, le juge Stone se disait préoccupé par les minorités religieuses, nationales et raciales. En énumérant des motifs précis à l'art. 15., les rédacteurs de la *Charte* ont envisagé ces préoccupations

CanLII 2018

also addressed themselves to the difficulties experienced by the disadvantaged on the grounds of ethnic origin, colour, sex, age and physical and mental disability. It can be anticipated that the discrete and insular minorities of tomorrow will include groups not recognized as such today. It is consistent with the constitutional status of s. 15 that it be interpreted with sufficient flexibility to ensure the "unremitting protection" of equality rights in the years to come.

en 1982, mais ils se sont aussi attardés aux difficultés que connaissent les gens défavorisés en raison de leur origine ethnique, de leur couleur, de leur sexe, de leur âge et de déficiences mentales ou physiques. On peut prévoir que les minorités discrètes et isolées de demain vont comprendre des groupes qui ne sont pas reconnus comme tels aujourd'hui. Il est conforme au statut constitutionnel de l'art. 15 qu'il soit interprété avec suffisamment de souplesse pour assurer la «protection constante» des droits à l'égalité dans les années à venir.

While I have emphasized that non-citizens are, in my view, an analogous group to those specifically enumerated in s. 15 and, as such, are entitled to the protection of the section, I agree with my colleague that it is not necessary in this case to determine what limit, if any, there is on the grounds covered by s. 15 and I do not do so.

Bien que j'aie souligné que les personnes qui n'ont pas la citoyenneté constituent, à mon avis, un groupe analogue à ceux qui sont expressément énumérés à l'art. 15 et qu'à ce titre elles ont droit à la protection de l'article, je suis d'accord avec mon collègue pour dire qu'il n'est pas nécessaire en l'espèce de fixer la limite, s'il y a lieu, des motifs visés par l'art. 15 et m'abstiendrai de le faire.

Section 1

Having found an infringement of s. 15 of the *Charter*, I turn now to the question whether the citizenship requirement for entry into the legal profession in British Columbia constitutes a reasonable limit which can be "demonstrably justified in a free and democratic society" under s. 1.

L'article premier

Ayant conclu à l'existence d'une violation de l'art. 15 de la *Charte*, je vais maintenant examiner la question de savoir si l'obligation d'être citoyen pour être admis à l'exercice de la profession juridique en Colombie-Britannique constitue une limite raisonnable dont «la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique», au sens de l'article premier.

As my colleague has pointed out, the onus of justifying the infringement rests upon those seeking to uphold the legislation, in this case the Attorney General of British Columbia and the Law Society of British Columbia, and the analysis to be conducted is that set forth by Chief Justice Dickson in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

Comme l'a fait remarquer mon collègue, la responsabilité de justifier la violation incombe à ceux qui cherchent à maintenir la mesure législative, savoir en l'espèce le procureur général de la Colombie-Britannique et la Law Society of British Columbia, et l'analyse qui doit être faite est celle que mentionne le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

The first hurdle to be crossed in order to override a right guaranteed in the *Charter* is that the objective sought to be achieved by the impugned law must relate to concerns which are "pressing and substantial" in a free and democratic society. The Chief Justice stated at pp. 138-39:

Le premier obstacle à franchir en vue de supprimer un droit garanti dans la *Charte* est que l'objectif visé par la mesure législative contestée doit se rapporter à des préoccupations «urgentes et réelles» dans une société libre et démocratique. Le Juge en chef affirme, aux pp. 138 et 139:

To establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society, two central criteria must be satisfied. First, the objective, which the measures responsible for a limit on a *Charter*

Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux critères fondamentaux. En premier lieu, l'objectif que

1989 CanLII 2 (SCC)

right or freedom are designed to serve, must be "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom": *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. The standard must be high in order to ensure that objectives which are trivial or discordant with the principles integral to a free and democratic society do not gain s. 1 protection. It is necessary, at a minimum, that an objective relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society before it can be characterized as sufficiently important.

This, in my view, remains an appropriate standard when it is recognized that not every distinction between individuals and groups will violate s. 15. If every distinction between individuals and groups gave rise to a violation of s. 15, then this standard might well be too stringent for application in all cases and might deny the community at large the benefits associated with sound and desirable social and economic legislation. This is not a concern, however, once the position that every distinction drawn by law constitutes discrimination is rejected as indeed it is in the judgment of my colleague, McIntyre J. Given that s. 15 is designed to protect those groups who suffer social, political and legal disadvantage in our society, the burden resting on government to justify the type of discrimination against such groups is appropriately an onerous one.

The second step in a s. 1 inquiry involves the application of a proportionality test which requires the Court to balance a number of factors. The Court must consider the nature of the right, the extent of its infringement, and the degree to which the limitation furthers the attainment of the legitimate goal reflected in the legislation. As the Chief Justice stated in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 768:

> Second, the means chosen to attain those objectives must be proportional or appropriate to the ends. The proportionality requirement, in turn, normally has three aspects: the limiting measures must be carefully designed, or rationally connected, to the objective; they must impair the right as little as possible; and their

visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*, doit être «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution»: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. La norme doit être sévère afin que les objectifs peu importants ou contraires aux principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique ne bénéficient pas de la protection de l'article premier. Il faut à tout le moins qu'un objectif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important.

À mon avis, il s'agit toujours d'une norme appropriée lorsqu'on reconnaît que ce ne sont pas toutes les distinctions entre des individus et des groupes qui violent l'art. 15. Si toutes les distinctions entre des individus et des groupes avaient pour effet de violer l'art. 15, cette norme pourrait alors fort bien se révéler trop stricte pour s'appliquer dans tous les cas et avoir pour effet de priver l'ensemble de la collectivité des bénéfices liés à des lois socio-économiques justes et souhaitables. Toutefois, cela devient sans intérêt si l'on rejette le point de vue selon lequel toute distinction établie par la loi constitue de la discrimination, comme l'a fait d'ailleurs mon collègue le juge McIntyre dans ses motifs. Étant donné que l'art. 15 est conçu pour protéger les groupes défavorisés sur les plans social, politique et juridique dans notre société, la responsabilité qui incombe au gouvernement de justifier le type de discrimination dont sont victimes ces groupes est à juste titre lourde.

La deuxième étape d'un examen fondé sur l'article premier comporte l'application d'un critère de proportionnalité, en vertu duquel la Cour doit soupeser un certain nombre de facteurs. La Cour doit examiner la nature du droit, l'étendue de sa violation et jusqu'à quel point la restriction permet d'atteindre l'objectif légitime contenu dans la mesure législative. Comme l'affirme le Juge en chef dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la p. 768:

> En second lieu, les moyens choisis pour atteindre ces objectifs doivent être proportionnels ou appropriés à ces fins. La proportionnalité requise, à son tour, comporte normalement trois aspects: les mesures restrictives doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question, ou avoir un lien rationnel avec cet objectif;

QuickLaw (SCC)

effects must not so severely trench on individual or group rights that the legislative objective, albeit important, is nevertheless outweighed by the abridgment of rights.

The appellant Law Society submitted that the Court of Appeal erred in its consideration of the citizenship requirement by failing to accord proper recognition to the role of the legal profession in the governmental process of the country and in failing to consider that Canadian citizenship could reasonably be regarded by the legislature as a requirement for the practice of law. The respondents, on the other hand, argued that the Court of Appeal was right in concluding that there was not a sufficiently rational connection between the required personal characteristic of citizenship and the governmental interest in ensuring that lawyers in British Columbia are familiar with Canadian institutions, are committed to Canadian society, and are capable of playing a role in our system of democratic government. I am in general agreement with the reasoning of the Court of Appeal on this aspect of the case for the following reasons.

The trial judge in this case concluded that the discrimination against non-citizens in s. 42 of the *Barristers and Solicitors Act* was justified under s. 1 of the *Charter*. He said ((1985), 22 D.L.R. (4th) 9), at p. 21:

> I find citizenship to be a personal characteristic which is relevant to the practice of law on account of the special commitment to the community which citizenship involves and not merely because the practical familiarity with the country necessary for that occupation can generally be expected in the case of citizens.

On appeal McLachlin J.A., as she then was, found that the exclusion of non-citizens was not rationally connected to the governmental interest in ensuring that lawyers had a sufficient knowledge of local affairs and institutions for the competent practice of law. She stated ((1986), 27 D.L.R. (4th) 600), at p. 612:

elles doivent être de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question et leurs effets ne doivent pas empiéter sur les droits individuels ou collectifs au point que l'objectif législatif, si important soit-il, soit néanmoins supplanté par l'atteinte aux droits.

La Law Society appelante a soutenu que la Cour d'appel a commis une erreur dans son examen de l'obligation d'être citoyen, en ne reconnaissant pas toute l'importance du rôle de la profession juridique dans le processus gouvernemental du pays et en ne considérant pas que la citoyenneté canadienne pouvait raisonnablement être perçue par la législature comme une condition de la pratique du droit. D'autre part, les intimés ont fait valoir que la Cour d'appel a eu raison de conclure qu'il n'y avait pas de lien rationnel suffisant entre la caractéristique personnelle requise qui est d'être citoyen et l'intérêt qu'a le gouvernement à garantir que les avocats de la Colombie-Britannique connaissent bien les institutions canadiennes, qu'ils sont engagés envers la société canadienne et qu'ils sont capables de jouer un rôle dans notre système de gouvernement démocratique. De façon générale, je suis d'accord avec le raisonnement de la Cour d'appel sur cet aspect de l'affaire pour les raisons suivantes.

Le juge de première instance, en l'espèce, a conclu que la discrimination dont sont victimes, en vertu de l'art. 42 de la *Barristers and Solicitors Act*, les personnes qui n'ont pas la citoyenneté était justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. Voici ce qu'il dit ((1985), 22 D.L.R. (4th) 9), à la p. 21:

> [TRADUCTION] J'estime que la citoyenneté est une caractéristique personnelle qui est pertinente relativement à la pratique du droit en raison de l'engagement particulier qu'elle implique envers la société et pas simplement parce qu'on peut généralement s'attendre à ce que les citoyens aient la familiarité pratique avec le pays nécessaire à l'exercice de cette profession.

En appel, le juge McLachlin (tel était alors son titre) a conclu que l'exclusion de ceux qui n'ont pas la citoyenneté n'avait pas de lien rationnel avec l'intérêt qu'a le gouvernement à garantir que les avocats connaissent suffisamment les affaires et les institutions locales pour pratiquer le droit avec compétence. Elle affirme ceci ((1986), 27 D.L.R. (4th) 600), à la p. 612:

1989 CanLII 2 (SCC)

Citizenship does not ensure familiarity with Canadian institutions and customs. Only citizens who are not natural-born Canadians are required to have resided in Canada for a period of time. Natural-born Canadians may reside in whatever country they wish and still retain their citizenship. In short, citizenship offers no assurance that a person is conscious of the fundamental traditions and rights of our society. The requirement of citizenship is not an effective means of ensuring that the persons admitted to the bar are familiar with this country's institutions and customs: see *Re Dickenson and Law Society of Alberta* (1978), 84 D.L.R. (3d) 189 at p. 195, 5 Alta. L.R. (2d) 136, 10 A.R. 120.

I appreciate the desirability of lawyers being familiar with Canadian institutions and customs but I agree with McLachlin J.A. that the requirement of citizenship is not carefully tailored to achieve that objective and may not even be rationally connected to it. McDonald J. pointed out in *Re Dickenson and Law Society of Alberta* (1978), 84 D.L.R. (3d) 189, at p. 195 that such a requirement affords no assurance that citizens who want to become lawyers are sufficiently familiar with Canadian institutions and "it could be better achieved by an examination of the particular qualifications of the applicant, whether he is a Canadian citizen, a British subject, or something else".

The second justification advanced by the appellants in support of the citizenship requirement is that citizenship evidences a real attachment to Canada. Once again I find myself in agreement with the following observations of McLachlin J.A., at pp. 612-13:

> The second reason for the distinction — that citizenship implies a commitment to Canadian society — fares little better upon close examination. Only those citizens who are not natural-born Canadians can be said to have made a conscious choice to establish themselves here permanently and to opt for full participation in the Canadian social process, including the right to vote and run for public office. While no doubt most citizens, natural-born or otherwise, are committed to Canadian society, citizenship does not ensure that that is the case. Conversely, non-citizens may be deeply commited [*sic*] to our country.

[TRADUCTION] La citoyenneté ne garantit pas la familiarité avec les institutions et les coutumes canadiennes. Seuls les citoyens qui ne sont pas nés au Canada doivent avoir résidé ici pendant un certain temps. Les Canadiens nés au Canada peuvent résider dans n'importe quel pays de leur choix et conserver leur citoyenneté. Bref, la citoyenneté n'offre aucune garantie qu'une personne est consciente des traditions et droits fondamentaux de notre société. L'exigence en matière de citoyenneté ne constitue pas un moyen efficace de s'assurer que les personnes admises au barreau connaissent bien les institutions et les coutumes de ce pays: voir *Re Dickenson and Law Society of Alberta* (1978), 84 D.L.R. (3d) 189, à la p. 195, 5 Alta. L.R. (2d) 136, 10 A.R. 120.

Je comprends qu'il est souhaitable que les avocats connaissent les institutions et coutumes canadiennes, mais je partage l'avis du juge McLachlin que l'obligation d'être citoyen n'est pas bien adaptée pour atteindre cet objectif et peut même être sans lien rationnel avec celui-ci. Le juge McDonald a souligné à la p. 195 de la décision *Re Dickenson and Law Society of Alberta* (1978), 84 D.L.R. (3d) 189, qu'une telle exigence ne permet pas de garantir que les citoyens désireux de devenir avocats connaissent suffisamment bien les institutions canadiennes et [TRADUCTION] «qu'on pourrait mieux y parvenir en faisant subir au requérant un examen concernant ses compétences particulières, qu'il soit citoyen canadien, sujet britannique ou autre».

Comme deuxième justification à l'appui de l'obligation d'être citoyen, les appelants ont soutenu que la citoyenneté traduit un véritable attachement au Canada. Encore une fois, je souscris aux observations suivantes du juge McLachlin, aux pp. 612 et 613:

> [TRADUCTION] La deuxième raison de la distinction, savoir que la citoyenneté implique un engagement envers la société canadienne, ne résiste guère mieux à un examen attentif. On peut affirmer que seuls les citoyens qui ne sont pas nés au Canada ont délibérément choisi de s'établir ici de façon permanente et de participer pleinement au processus social canadien, ce qui comprend le droit de vote et le droit de se porter candidat à une charge publique. Bien qu'il ne fasse pas de doute que la plupart des citoyens, originaires ou non du Canada, sont engagés envers la société canadienne, la citoyenneté ne garantit pas cela. Inversement, ceux qui n'ont pas la citoyenneté peuvent être profondément engagés envers notre pays.

1989 CanLII 2 (SCC)

The third ground advanced to justify the requirement relates to the role lawyers are said to play in the governance of our country. McLachlin J.A. disputed the extent to which the practice of law involves the performance of a governmental function. She stated at p. 614:

> While lawyers clearly play an important role in our society, it cannot be contended that the practice of law involves performing a state or government function. In this respect, the role of lawyers may be distinguished from that of legislators, judges, civil servants and policemen. The practice of law is first and foremost a private profession. Some lawyers work in the courts, some do not. Those who work in the courts may represent the Crown or act against it. It is true that all lawyers are officers of the court. That term, in my mind, implies allegiance and certain responsibilities to the institution of the court. But it does not mean that lawyers are part of the process of government.

Although I am in general agreement with her characterization of the role of lawyers *qua* lawyers in our society, my problem with this basis of justification is more fundamental. To my mind, even if lawyers do perform a governmental function, I do not think the requirement that they be citizens provides any guarantee that they will honourably and conscientiously carry out their public duties. They will carry them out, I believe, because they are good lawyers and not because they are Canadian citizens.

In my view, the reasoning advanced in support of the citizenship requirement simply does not meet the tests in *Oakes* for overriding a constitutional right particularly, as in this case, a right designed to protect "discrete and insular minorities" in our society. I would respectfully concur in the view expressed by McLachlin J.A. at p. 617 that the citizenship requirement does not "appear to relate closely to those ends, much less to have been carefully designed to achieve them with minimum impairment of individual rights".

Le troisième moyen invoqué à l'appui de l'obligation d'être citoyen porte sur ce que l'on décrit comme le rôle des avocats dans l'administration du pays. Le juge McLachlin a mis en doute la mesure dans laquelle la pratique du droit comporte l'exercice d'une fonction gouvernementale. Voici ce qu'elle affirme, à la p. 614:

> [TRADUCTION] Bien que les avocats jouent clairement un rôle important dans notre société, on ne peut prétendre que la pratique du droit comporte l'exercice d'une fonction d'État ou d'une fonction gouvernementale. À cet égard, le rôle des avocats peut être distingué de celui des législateurs, des juges, des fonctionnaires et des policiers. La pratique du droit est d'abord et avant tout une profession de nature privée. Certains avocats plaident devant les tribunaux, d'autres ne le font pas. Ceux qui plaident devant les tribunaux peuvent représenter le ministère public ou agir contre lui. Il est vrai que tous les avocats sont des officiers de justice. Dans mon esprit, cette expression implique un devoir d'allégeance et certaines responsabilités envers les tribunaux en tant qu'institution. Mais cela ne signifie pas que les avocats font partie du processus gouvernemental.

Bien que je sois généralement d'accord avec sa qualification du rôle des avocats en tant qu'avocats dans notre société, le problème que ce moyen de justification me pose est plus fondamental. Dans mon esprit, même si les avocats exécutent une fonction gouvernementale, je ne crois pas que l'obligation qu'ils soient citoyens garantisse de quelque manière que ce soit qu'ils vont s'acquitter de leurs fonctions publiques honorablement et consciencieusement. J'estime qu'ils vont les exécuter parce que ce sont des avocats compétents et non parce que ce sont des citoyens canadiens.

À mon avis, le raisonnement invoqué à l'appui de l'obligation d'être citoyen ne satisfait tout simplement pas aux critères posés dans l'arrêt *Oakes* pour supprimer un droit constitutionnel et particulièrement, comme en l'espèce, un droit conçu pour protéger des «minorités discrètes et isolées» dans notre société. En toute déférence, je suis d'avis de souscrire à l'opinion exprimée par le juge McLachlin, à la p. 617, selon laquelle l'obligation d'être citoyen ne [TRADUCTION] «semble [pas] avoir un rapport étroit avec ces fins et semble encore moins avoir été soigneusement conçue pour les réaliser de façon à porter le moins possible atteinte aux droits individuels».

1989 CanLII 2 (SCC)

Disposition

I would dismiss the appeal with costs. I would answer the constitutional questions as follows:

Q. (1) Does the Canadian citizenship requirement to be a lawyer in the province of British Columbia as set out in s. 42 of the *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, c. 26 infringe or deny the rights guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A. Yes.

Q. (2) If the Canadian citizenship requirement to be a lawyer in the province of British Columbia as set out in s. 42 of the *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, c. 26 infringes or denies the rights guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is it justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A. No.

The reasons of McIntyre and Lamer JJ. were delivered by

MCINTYRE J. (dissenting in part)—This appeal raises only one question. Does the citizenship requirement for entry into the legal profession contained in s. 42 of the *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, c. 26, (the "Act") contravene s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? Section 42 provides:

42. The benchers may call to the Bar of the Province and admit as a solicitor of the Supreme Court

(*a*) a Canadian citizen with respect to whom they are satisfied that he . . .

and s. 15 of the *Charter* states:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

Q. (1) L'obligation d'être citoyen canadien pour être avocat dans la province de la Colombie-Britannique, prévue à l'art. 42 de la *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 26, porte-t-elle atteinte aux droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

R. Oui.

Q. (2) Si l'obligation d'être citoyen canadien pour être avocat dans la province de la Colombie-Britannique, prévue à l'art. 42 de la *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 26, porte atteinte aux droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, est-elle justifiée par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

R. Non.

Version française des motifs des juges McIntyre et Lamer rendus par

LE JUGE MCINTYRE (dissident en partie)—Ce pourvoi soulève une seule question. L'obligation d'être citoyen pour être admis à la profession juridique, établie à l'art. 42 de la *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 26 (la «Loi»), est-elle contraire au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*? L'article 42 prévoit:

[TRADUCTION] **42.** Les membres du conseil du barreau peuvent inscrire au barreau de la province et admettre à titre de procureur de la Cour suprême

a) un citoyen canadien dont ils sont convaincus qu'il . . .

et l'art. 15 de la *Charte* se lit ainsi:

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

1989 CanLII 2 (SCC)

The respondent, Andrews, was a British subject permanently resident in Canada at the time these proceedings were commenced. He had taken law degrees at Oxford and had fulfilled all the requirements for admission to the practice of law in British Columbia, except that of Canadian citizenship. He commenced proceedings for a declaration that s. 42 of the Act violates the *Charter*. He also sought an order in the nature of mandamus requiring the benchers of the Law Society of British Columbia to consider his application for call to the Bar and admission as a solicitor. His action was dismissed at trial before Taylor J. in the Supreme Court of British Columbia in a judgment reported at (1985), 22 D.L.R. (4th) 9. An appeal was allowed in the Court of Appeal (Hinkson, Craig and McLachlin JJ.A., at (1986), 27 D.L.R. (4th) 600), and this appeal is taken by the Law Society of British Columbia, by leave granted November 27, 1986. Pursuant to an order of this Court on January 28, 1987, Gorel Elizabeth Kinersly, an American citizen who was at the time a permanent resident of Canada articling in the province of British Columbia, was added as a co-respondent in this appeal. On January 28, 1987, the Chief Justice stated constitutional questions in the following terms:

(1) Does the Canadian citizenship requirement to be a lawyer in the province of British Columbia as set out in s. 42 of the *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, c. 26 infringe or deny the rights guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

(2) If the Canadian citizenship requirement to be a lawyer in the province of British Columbia as set out in s. 42 of the *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, c. 26 infringes or denies the rights guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is it justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Following the judgment in his favour, the respondent Andrews was called to the Bar and admitted as a solicitor in the province of British Columbia and is now a Canadian citizen. The co-respondent,

L'intimé Andrews était un sujet britannique qui était résident permanent du Canada au moment où les présentes procédures ont été entamées. Il avait obtenu un diplôme en droit à Oxford et avait rempli toutes les conditions d'admission à la pratique du droit en Colombie-Britannique, à l'exception de celle relative à la citoyenneté canadienne. Il a entamé des procédures en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant que l'art. 42 de la Loi viole la *Charte*. Il a également cherché à obtenir une ordonnance tenant d'un bref de *mandamus* qui aurait obligé les membres du conseil de la Law Society of British Columbia à examiner sa demande d'inscription au barreau et d'admission à titre de procureur. Le juge Taylor de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté son action dans une décision publiée à (1985), 22 D.L.R. (4th) 9. La Cour d'appel, composée des juges Hinkson, Craig et McLachlin, a accueilli l'appel interjeté (publié à (1986), 27 D.L.R. (4th) 600) et le présent pourvoi, formé par la Law Society of British Columbia, a été autorisé le 27 novembre 1986. Conformément à une ordonnance rendue par cette Cour le 28 janvier 1987, Gorel Elizabeth Kinersly, une citoyenne américaine qui, à l'époque, était une résidente permanente du Canada qui faisait son stage dans la province de la Colombie-Britannique, a été ajoutée à titre de coïntimée dans ce pourvoi. Le 18 janvier 1987, le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

(1) L'obligation d'être citoyen canadien pour être avocat dans la province de la Colombie-Britannique, prévue à l'art. 42 de la *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 26, porte-t-elle atteinte aux droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

(2) Si l'obligation d'être citoyen canadien pour être avocat dans la province de la Colombie-Britannique, prévue à l'art. 42 de la *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 26, porte atteinte aux droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, est-elle justifiée par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Suite au jugement rendu en sa faveur, l'intimé Andrews a été inscrit au barreau et admis à titre de procureur dans la province de la Colombie-Britannique et est maintenant citoyen canadien. La

1989 CanLII 2 (SCC)

Kinersly, who had expressed an intention to become a Canadian citizen, became eligible to do so on March 15, 1988.

Disposition in the Courts Below

Taylor J., at trial, defined discrimination under s. 15(1) of the *Charter* as the drawing of an irrational distinction between people based on some irrelevant personal characteristic for the purpose, or having the effect, of imposing upon the victim of the discrimination some penalty, disadvantage or indignity, or denying some advantage. He did not consider that the enumerated heads of discrimination in s. 15(1), race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability, were a complete listing of the proscribed bases of discrimination, and said, at p. 16:

> Thus, in order to amount to discrimination under s. 15(1), the personal characteristic on which a distinction is based must either be one which is entirely irrelevant in the context in which the distinction is made or one which is given a significance clearly beyond that which could reasonably be justified in such a context — the distinction must in this sense be irrational.

He said that the test would be the same whether or not the discrimination was on the basis of a characteristic enumerated in s. 15(1) of the *Charter*. Citizenship, in his view, while not within the term, national origin, is nonetheless a characteristic which could form a basis for discrimination under s. 15(1). He adopted a broad view of the concept of citizenship. He said, at p. 20:

> Citizenship is, I think, a privilege which is understood to carry with it commitments to promote the security and welfare of the country, and to protect the way of life in which Canadians have come to believe, which are not expected of a permanent resident, even a resident sworn to allegiance. A citizen is a part of the country, a resident non-citizen never really more than an attachment to it.

coïntimée Kinersly, qui avait exprimé l'intention de devenir citoyenne canadienne, est devenue admissible à ce titre le 15 mars 1988.

Décisions des tribunaux d'instance inférieure

En première instance, le juge Taylor a défini la discrimination au sens du par. 15(1) de la *Charte* comme l'établissement entre les individus d'une distinction irrationnelle fondée sur certaines caractéristiques personnelles non pertinentes et ayant pour but ou pour effet d'imposer à la victime de la discrimination une sanction, un désavantage, ou de lui faire subir une certaine indignité ou de la priver d'un certain avantage. Selon lui, les motifs de discrimination énumérés au par. 15(1), savoir la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques, ne constituent pas une liste exhaustive des motifs prohibés de discrimination, et d'ajouter, à la p. 16:

> [TRADUCTION] Par conséquent, pour qu'il y ait discrimination au sens du par. 15(1), la caractéristique personnelle sur laquelle se fonde une distinction doit être tout à fait sans pertinence dans le contexte où la distinction est établie ou revêtir une importance qui va clairement au-delà de ce qui pourrait être raisonnablement justifié dans ce contexte — à cet égard, la distinction doit être irrationnelle.

Il a affirmé que le critère serait identique peu importe que la distinction soit fondée ou non sur une caractéristique énumérée au par. 15(1) de la *Charte*. À son avis, la citoyenneté, bien que non visée par l'expression origine nationale, est néanmoins une caractéristique qui pourrait constituer un motif de discrimination au sens du par. 15(1). Il a adopté une interprétation large du concept de la citoyenneté. Il dit, à la p. 20:

> [TRADUCTION] La citoyenneté est, je pense, un privilège qui comporte implicitement des engagements à promouvoir la sécurité et le bien-être du pays et à protéger le mode de vie qu'en sont venus à adopter les Canadiens, ce à quoi on ne s'attend pas de la part d'un résident permanent, même de la part d'un résident qui a prêté le serment d'allégeance. Un citoyen représente une partie du pays alors qu'un résident qui n'a pas la citoyenneté ne pourra jamais vraiment en représenter davantage qu'un élément accessoire.

In determining the relevance of citizenship to entry into the legal profession, he referred to the wide powers accorded to lawyers in the administration of justice and the judicial process which give rise to a duty to protect the system from abuse and to respect the laws of the land. He said, at pp. 20-21:

> It cannot in my view be said that there is anything irrational in the view which has been taken by the Legislature that only Canadian citizens ought to exercise such powers in this province and be entrusted with such responsibilities.

He did not consider that any burden imposed on non-citizens by the citizenship requirement was disproportionate to the relevance of citizenship in view of the nature of the duties and responsibilities of members of the legal profession. He concluded that neither s. 15(1) nor s. 7 of the *Charter* were infringed by the Canadian citizenship requirement in s. 42 of the Act.

McLachlin J.A. wrote the judgment for a unanimous Court of Appeal. She expressed the view, at p. 605, that the real meaning of the concept of equal protection and benefit before and under the law is that:

> ... persons who are "similarly situated be similarly treated" and conversely, that persons who are "differently situated be differently treated".

She referred to two competing approaches which have been adopted in dealing with discrimination under s. 15(1). One view is that any distinction is sufficient to establish discrimination, and when discrimination is found the courts should immediately turn to s. 1 of the *Charter* for a determination of its constitutional validity. The other view is that discrimination under s. 15(1) must be "invidious or pejorative" in nature, in that it must result from an unreasonable classification or unjustifiable differentiation. The second view, then, incorporates principles of justification and reasonableness into s. 15(1) independently of s. 1. She adopted essentially the second view rejecting the

En se prononçant sur la pertinence de la citoyenneté au regard de l'admission à la profession juridique, il a mentionné les vastes pouvoirs conférés aux avocats dans l'administration de la justice et le processus judiciaire qui sont à l'origine d'un devoir de protéger le système contre les abus et de respecter les lois du pays. Voici ce qu'il affirme, aux pp. 20 et 21:

> [TRADUCTION] À mon avis, on ne peut affirmer qu'il y a quelque chose d'irrationnel dans le point de vue adopté par la législature selon lequel seuls les citoyens canadiens devraient exercer de tels pouvoirs dans cette province et se voir confier de telles responsabilités.

Selon lui, le fardeau que l'obligation d'être citoyen impose aux individus qui n'ont pas la citoyenneté n'est pas disproportionné avec la pertinence de la citoyenneté compte tenu de la nature des devoirs et des responsabilités des membres de la profession juridique. Il a conclu que l'obligation d'être citoyen canadien contenue à l'art. 42 de la Loi ne contrevenait ni au par. 15(1) ni à l'art. 7 de la *Charte*.

Le juge McLachlin a rédigé le jugement unanime de la Cour d'appel. À la page 605, elle se dit d'avis que le véritable sens du concept selon lequel la loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, est que:

> [TRADUCTION] ... les personnes qui se trouvent dans une «situation analogue doivent être traitées de façon analogue» et, inversement, que les personnes qui se trouvent dans des «situations différentes doivent être traitées différemment» ...

Elle a mentionné deux interprétations divergentes qui ont été adoptées en matière de discrimination au sens du par. 15(1). Selon une interprétation, toute distinction suffit à établir l'existence d'une discrimination et, en cas de conclusion à l'existence de discrimination, les tribunaux devraient recourir immédiatement à l'article premier de la *Charte* pour en déterminer la constitutionnalité. L'autre interprétation porte que la discrimination au sens du par. 15(1) doit être de nature [TRADUCTION] «injuste ou défavorable» en ce sens qu'elle doit découler d'une classification déraisonnable ou d'une différenciation injustifiable. Le second point de vue fait donc entrer dans le par. 15(1) des

1989 CanLII 2 (SCC)

proposition that any differentiation would result in a resort to s. 1 of the *Charter*, arguing that it could not have been intended to give a guarantee in s. 15(1) against every legislative classification. To do so, she asserted, would be to trivialize the fundamental rights guaranteed by the *Charter* and deprive the words "without discrimination" in s. 15(1) of any content and, in effect, to replace s. 15(1) with s. 1. This approach, in her opinion, would mean that many important and socially accepted distinctions, such as restrictions on drunken driving and special provisions for the care, protection, and education of children, would be subject to automatic review under s. 1. To equate the provisions of s. 15(1) with a guarantee against all distinction would, in effect, "elevate s. 15 to the position of subsuming the other rights and freedoms defined by the *Charter*". She said that there must be an initial determination of the reasonableness and fairness of the impugned legislation under s. 15(1). Therefore, she saw two questions emerge: what degree of evaluation of the legislation should be done under s. 15(1), and what role, if any, remained for s. 1 when legislation is attacked under s. 15(1)?

In dealing with the first question, she said that the court should determine whether the impugned distinction is reasonable or fair, having regard to its purposes and aims and to its effect on the person concerned. She said, at pp. 609-10:

> My response to the first question is that the question to be answered under s. 15 should be whether the impugned distinction is reasonable or fair, having regard to the purposes and aims and its effect on persons adversely affected. I include the word "fair" as well as "reasonable" to emphasize that the test is not one of pure rationality but one connoting the treatment of persons in ways which are not unduly prejudicial to

principes de justification et de caractère raisonnable sans égard à l'article premier. Elle a adopté essentiellement la seconde interprétation et a rejeté la proposition selon laquelle toute différenciation entraînerait le recours à l'article premier de la *Charte*, en faisant valoir qu'au par. 15(1) on n'a pas pu avoir l'intention d'accorder une garantie contre toute classification législative. Elle a affirmé que recourir à l'article premier reviendrait à banaliser les droits fondamentaux garantis par la *Charte* et à dépouiller de tout contenu l'expression «indépendamment de toute discrimination» figurant au par. 15(1) et, en fait, à remplacer le par. 15(1) par l'article premier. À son avis, cette interprétation signifierait que plusieurs distinctions importantes et socialement acceptées, comme les restrictions portant sur la conduite en état d'ébriété et les dispositions spéciales relatives au soin, à la protection et à l'éducation des enfants, seraient assujetties automatiquement à un examen fondé sur l'article premier. Assimiler les dispositions du par. 15(1) à une garantie contre toute distinction reviendrait, en fait, à [TRADUCTION] «donner à l'art. 15 une importance telle qu'il subsumerait les autres droits et libertés définis par la *Charte*». Elle a affirmé qu'il fallait d'abord déterminer le caractère raisonnable et juste de la mesure législative contestée en vertu du par. 15(1). En conséquence, deux questions se posaient selon elle: quelle évaluation de la mesure législative devrait être faite en vertu du par. 15(1) et quel rôle, le cas échéant, resterait-il à l'article premier lorsqu'une mesure législative est attaquée en vertu du par. 15(1)?

En ce qui concerne la première question, elle a affirmé que le tribunal devrait décider si la distinction attaquée est raisonnable ou juste compte tenu de ses objectifs et buts et de son effet sur la personne concernée. Voici ce qu'elle affirme, aux pp. 609 et 610:

> [TRADUCTION] Ma réponse à la première question est que la question à laquelle il faut répondre en vertu de l'art. 15 devrait être de savoir si la distinction attaquée est raisonnable ou juste compte tenu de ses objectifs et buts et de son effet sur les personnes touchées. J'emploie le mot «juste» en plus du mot «raisonnable» pour bien montrer que le critère applicable n'en est pas un de pure rationalité mais qu'il implique le traitement de person-

them. The test must be objective, and the discrimination must be proved on a balance of probabilities: *R. v. Oakes*, *supra*, (applying this test to s. 1.) The ultimate question is whether a fair-minded person, weighing the purposes of legislation against its effects on the individuals adversely affected, and giving due weight to the right of the Legislature to pass laws for the good of all, would conclude that the legislative means adopted are unreasonable or unfair.

She went on to state that s. 1 would apply to permit discrimination in extraordinary circumstances, such as the internment of enemy aliens in wartime which would create discrimination not to be tolerated in peacetime.

She concluded that the citizenship requirement in the Act discriminated against the respondent. She rejected the Law Society's argument that the importance of the legal profession in the general scheme of the administration of the legal system justified the citizenship requirement. She reached the conclusion that the distinction deprived the respondent of the equal benefit of the law guaranteed under s. 15, and she concluded on this point by saying, at p. 616:

> In summary, none of the reasons offered for the requirement of citizenship for the practice of law offer a convincing justification for it. On the other hand, the requirement is clearly prejudicial to the appellant and those similarly placed. Having met all the other requirements for the admission to the bar, the appellant is nevertheless unable to gain admission to practise because he is not yet a Canadian citizen. I find that the appellant has discharged the onus upon him of showing that the requirement of citizenship for admission to the practice of law is unreasonable or unfair.

The Concept of Equality

Section 15(1) of the *Charter* provides for every individual a guarantee of equality before and under the law, as well as the equal protection and equal benefit of the law without discrimination. This is not a general guarantee of equality; it does not provide for equality between individuals or groups within society in a general or abstract sense, nor does it impose on individuals or groups

nes de façons qui ne leur causent pas de préjudice indu. Le critère doit être objectif et l'existence de la discrimination doit être établie selon la prépondérance des probabilités: *R. c. Oakes*, précité, (appliquant ce critère à l'article premier). La question ultime est de savoir si une personne impartiale, qui soupèse les objets de la loi en fonction de ses effets sur les personnes lésées et qui accorde l'importance voulue au droit de la législature d'adopter des lois pour le bien de tous, conclurait que les moyens législatifs adoptés sont déraisonnables ou injustes.

Elle a poursuivi en déclarant que l'article premier s'appliquerait pour autoriser la discrimination dans des circonstances exceptionnelles, comme l'internement d'étrangers ennemis en temps de guerre qui constituerait de la discrimination intolérable en temps de paix.

Elle a conclu que l'obligation d'être citoyen contenue dans la Loi établissait une distinction illicite au détriment de l'intimé. Elle a rejeté l'argument de la Law Society selon lequel l'importance de la profession juridique dans le contexte général de l'administration de la justice justifiait l'obligation d'être citoyen. Elle est parvenue à la conclusion que la distinction privait l'intimé de son droit au même bénéfice de la loi garanti à l'art. 15 et a conclu à cet égard, à la p. 616:

> [TRADUCTION] En résumé, aucune des raisons invoquées à l'appui de l'obligation d'être citoyen pour pratiquer le droit ne la justifie de façon convaincante. D'autre part, l'obligation est certainement préjudiciable à l'appelant et à ceux qui se trouvent dans la même situation. Ayant rempli toutes les autres conditions relatives à l'admission au barreau, l'appelant n'en demeure pas moins incapable d'être admis à la pratique parce qu'il n'est pas encore citoyen canadien. J'estime que l'appelant s'est acquitté du fardeau qui lui incombait d'établir que l'obligation d'être citoyen pour être admis à la pratique du droit est déraisonnable ou injuste.

Le concept d'égalité

Le paragraphe 15(1) de la *Charte* prévoit que la loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et que tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination. Il ne s'agit pas d'une garantie générale d'égalité; la disposition ne prescrit pas l'égalité entre les individus ou les groupes d'une société dans un sens général ou

1989 CanLII 2 (SCC)

an obligation to accord equal treatment to others. It is concerned with the application of the law. No problem regarding the scope of the word "law", as employed in s. 15(1), can arise in this case because it is an Act of the Legislature which is under attack. Whether other governmental or *quasi*-governmental regulations, rules, or requirements may be termed laws under s. 15(1) should be left for cases in which the issue arises.

abstrait, pas plus qu'elle n'impose à ceux-ci l'obligation de traiter les autres également. Elle porte sur l'application de la loi. La portée du terme «loi» utilisé au par. 15(1) ne saurait soulever aucun problème en l'espèce puisque c'est une loi de la législature qui est attaquée. La question de savoir si d'autres exigences, règles et règlements gouvernementaux ou quasi gouvernementaux peuvent être qualifiés de lois au sens du par. 15(1), devrait être débattue dans les affaires où elle sera soulevée.

The concept of equality has long been a feature of Western thought. As embodied in s. 15(1) of the *Charter*, it is an elusive concept and, more than any of the other rights and freedoms guaranteed in the *Charter*, it lacks precise definition. As has been stated by John H. Schaar, "Equality of Opportunity and Beyond", in *Nomos IX: Equality*, eds. J. Roland Pennock and John W. Chapman (1967), at p. 228:

> Equality is a protean word. It is one of those political symbols — liberty and fraternity are others — into which men have poured the deepest urgings of their heart. Every strongly held theory or conception of equality is at once a psychology, an ethic, a theory of social relations, and a vision of the good society.

Le concept d'égalité fait partie de la pensée occidentale depuis longtemps. Enchâssé au par. 15(1) de la *Charte*, c'est un concept difficile à saisir qui, plus que tous les autres droits et libertés garantis dans la *Charte*, ne comporte pas de définition précise. Comme le déclarait John H. Schaar, «Equality of Opportunity and Beyond», dans *Nomos IX: Equality*, éd. J. Roland Pennock et John W. Chapman (1967), à la p. 228:

> [TRADUCTION] L'égalité est un terme changeant. Elle constitue l'un de ces symboles politiques — liberté et fraternité en sont d'autres — dans lesquels les hommes ont enfoui les désirs les plus profonds de leur cœur. Chaque théorie ou conception ardemment défendue de l'égalité relève à la fois de la psychologie, de l'éthique, d'une conception des relations sociales et d'une vision de la société juste.

It is a comparative concept, the condition of which may only be attained or discerned by comparison with the condition of others in the social and political setting in which the question arises. It must be recognized at once, however, that every difference in treatment between individuals under the law will not necessarily result in inequality and, as well, that identical treatment may frequently produce serious inequality. This proposition has found frequent expression in the literature on the subject but, as I have noted on a previous occasion, nowhere more aptly than in the well-known words of Frankfurter J. in *Dennis v. United States*, 339 U.S. 162 (1950), at p. 184:

> It was a wise man who said that there is no greater inequality than the equal treatment of unequals.

C'est un concept comparatif dont la matérialisation ne peut être atteinte ou perçue que par comparaison avec la situation des autres dans le contexte socio-politique où la question est soulevée. Il faut cependant reconnaître dès le départ que toute différence de traitement entre des individus dans la loi ne produira pas forcément une inégalité et, aussi, qu'un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités. Cette proposition a souvent été exprimée dans la documentation sur le sujet mais, comme je l'ai déjà souligné à une autre occasion, nulle part n'a-t-elle été formulée plus justement que dans la fameuse phrase du juge Frankfurter dans l'arrêt *Dennis v. United States*, 339 U.S. 162 (1950), à la p. 184:

> [TRADUCTION] C'était un homme sage celui qui a dit qu'il n'y avait pas de plus grande inégalité que l'égalité de traitement entre individus inégaux.

1989 CanLII 2 (SCC)

The same thought has been expressed in this Court in the context of s. 2(*b*) of the *Charter* in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, where Dickson C.J. said at p. 347:

> The equality necessary to support religious freedom does not require identical treatment of all religions. In fact, the interests of true equality may well require differentiation in treatment.

In simple terms, then, it may be said that a law which treats all identically and which provides equality of treatment between "A" and "B" might well cause inequality for "C", depending on differences in personal characteristics and situations. To approach the ideal of full equality before and under the law — and in human affairs an approach is all that can be expected — the main consideration must be the impact of the law on the individual or the group concerned. Recognizing that there will always be an infinite variety of personal characteristics, capacities, entitlements and merits among those subject to a law, there must be accorded, as nearly as may be possible, an equality of benefit and protection and no more of the restrictions, penalties or burdens imposed upon one than another. In other words, the admittedly unattainable ideal should be that a law expressed to bind all should not because of irrelevant personal differences have a more burdensome or less beneficial impact on one than another.

McLachlin J.A. in the Court of Appeal expressed the view, at p. 605, that:

> . . . the essential meaning of the constitutional requirement of equal protection and equal benefit is that persons who are "similarly situated be similarly treated" and conversely, that persons who are "differently situated be differently treated" . . . .

In this, she was adopting and applying as a test a proposition which seems to have been widely accepted with some modifications in both trial and appeal court decisions throughout the country on s. 15(1) of the *Charter*. See, for example, *Reference Re Family Benefits Act* (1986), 75 N.S.R. (2d) 338 (N.S.S.C.A.D.), at p. 351; *Reference Re Use*

Cette même pensée a été exprimée en cette Cour au sujet de l'al. 2*b*) de la *Charte* dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, où le juge en chef Dickson affirme, à la p. 347:

> L'égalité nécessaire pour soutenir la liberté de religion n'exige pas que toutes les religions reçoivent un traitement identique. En fait, la véritable égalité peut fort bien exiger qu'elles soient traitées différemment.

Donc, en termes simples, on peut affirmer qu'une loi qui prévoit un traitement identique pour tous et l'égalité de traitement entre «A» et «B» pourrait fort bien causer une inégalité à «C», selon les différences de caractéristiques personnelles et de situations. Pour s'approcher de l'idéal d'une égalité complète et entière devant la loi et dans la loi — et dans les affaires humaines une approche est tout ce à quoi on peut s'attendre — la principale considération doit être l'effet de la loi sur l'individu ou le groupe concerné. Tout en reconnaissant qu'il y aura toujours une variété infinie de caractéristiques personnelles, d'aptitudes, de droits et de mérites chez ceux qui sont assujettis à une loi, il faut atteindre le plus possible l'égalité de bénéfice et de protection et éviter d'imposer plus de restrictions, de sanctions ou de fardeaux à l'un qu'à l'autre. En d'autres termes, selon cet idéal qui est certes impossible à atteindre, une loi destinée à s'appliquer à tous ne devrait pas, en raison de différences personnelles non pertinentes, avoir un effet plus contraignant ou moins favorable sur l'un que sur l'autre.

Le juge McLachlin de la Cour d'appel exprime, à la p. 605, l'opinion que:

> [TRADUCTION] . . . le sens fondamental de l'obligation constitutionnelle d'une égalité de protection et de bénéfice est que les personnes qui se trouvent dans une «situation analogue doivent être traitées de façon analogue» et, inversement, que les personnes qui se trouvent dans des «situations différentes doivent être traitées différemment» . . .

En affirmant cela, elle adoptait et appliquait comme critère une proposition qui semble avoir été généralement acceptée, sous réserve de certaines modifications, dans les décisions des tribunaux de première instance et d'appel du pays relatives au par. 15(1) de la *Charte*. Voir, par exemple, les décisions *Reference Re Family Benefits Act*

1989 CanLII 2 (SCC)

of French in Criminal Proceedings in Saskatchewan (1987), 44 D.L.R. (4th) 16 (Sask. C.A.), at p. 46; *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1987] 2 F.C. 359, at p. 366; *R. v. Ertel* (1987), 35 C.C.C. (3d) 398, at p. 419. The reliance on this concept appears to have derived, at least in recent times, from J. T. Tussman and J. tenBroek, "The Equal Protection of Laws" (1949), 37 *Calif. L. Rev.* 341. The similarly situated test is a restatement of the Aristotelian principle of formal equality — that "things that are alike should be treated alike, while things that are unalike should be treated unalike in proportion to their unalikeness" (*Ethica Nichomacea,* trans. W. Ross, Book V3, at p. 1131a-6 (1925)).

The test as stated, however, is seriously deficient in that it excludes any consideration of the nature of the law. If it were to be applied literally, it could be used to justify the Nuremberg laws of Adolf Hitler. Similar treatment was contemplated for all Jews. The similarly situated test would have justified the formalistic separate but equal doctrine of *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), a doctrine that incidentally was still the law in the United States at the time that Professor Tussman and J. tenBroek wrote their much cited article: see M. David Lepofsky and H. Schwartz "Case Note" (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 115, at pp. 119-20. The test, somewhat differently phrased, was applied in the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Gonzales* (1962), 132 C.C.C. 237. The Court upheld, under s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III, a section of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6, which made it an offence for an Indian to have intoxicants in his possession off a reserve. In his locality there were no reserves. Tysoe J.A. said that equality before the law could not mean "the same laws for all

(1986), 75 N.S.R. (2d) 338 (C.S.N.-É., div. d'appel), à la p. 351; *Reference Re Use of French in Criminal Proceedings in Saskatchewan* (1987), 44 D.L.R. (4th) 16 (C.A. Sask.), à la p. 46; *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (procureur général)*, [1987] 2 C.F. 359, à la p. 366, et *R. v. Ertel* (1987), 35 C.C.C. (3d) 398, à la p. 419. Le recours à ce concept paraît avoir découlé, récemment du moins, de J. T. Tussman et J. tenBroek, «The Equal Protection of Laws» (1949), 37 *Calif. L. Rev.* 341. Le critère de la situation analogue est une reformulation du principe aristotélicien de l'égalité formelle: «Il en sera de même de l'égalité, si l'on examine les personnes et les choses. Le rapport qui existe entre les objets se retrouvera entre les personnes. Si les personnes ne sont pas égales, elles n'obtiendront pas dans la façon dont elles seront traitées l'égalité. De là viennent les disputes et les contestations, quand des personnes sur le pied d'égalité n'obtiennent pas des parts égales, ou quand des personnes, sur le pied d'inégalité, ont et obtiennent un traitement égal» (*Éthique de Nicomaque*, trad. J. Voilquin, livre V, chap. III, p. 129, art. 6, Garnier Flammarion, 1965).

Le critère formulé comporte cependant un grave défaut en ce qu'il exclut toute considération de la nature de la loi. Appliqué au pied de la lettre, il pourrait servir à justifier les lois de Nuremberg d'Adolf Hitler. Un traitement analogue était prévu pour tous les Juifs. Le critère de la situation analogue aurait justifié le principe formaliste du «séparé mais équivalent» de l'arrêt *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), qui, soit dit en passant, s'appliquait toujours aux États-Unis à l'époque où le professeur Tussman et J. tenBroek ont rédigé leur article souvent cité: voir M. David Lepofsky et H. Schwartz, «Commentaire d'arrêt» (1988), 67 *R. du B. can.* 115, aux pp. 119 et 120. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a appliqué ce critère, formulé quelque peu différemment, dans l'arrêt *R. v. Gonzales* (1962), 132 C.C.C. 237. La cour a confirmé, en application de l'al. 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III, un article de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, chap. I-6, qui prévoyait qu'un Indien était coupable d'une infraction s'il avait des spiritueux en sa possession hors d'une

persons", and defined the right in these words, at p. 243:

> ... in its context s. 1(*b*) means in a general sense that there has existed and there shall continue to exist in Canada a right in every person *to whom a particular law relates or extends* no matter what may be a person's race, national origin, colour, religion or sex to stand on an equal footing with every other person to whom that particular law relates or extends and a right to the protection of the law.

This approach was rejected in this Court by Ritchie J. in *R. v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282, in a similar case involving a provision of the *Indian Act* making it an offence for an Indian to be intoxicated off a reserve. He said, at p. 297:

> ... I cannot agree with this interpretation pursuant to which it seems to me that the most glaring discriminatory legislation against a racial group would have to be construed as recognizing the right of each of its individual members "to equality before the law", so long as all the other members are being discriminated against in the same way.

Thus, mere equality of application to similarly situated groups or individuals does not afford a realistic test for a violation of equality rights. For, as has been said, a bad law will not be saved merely because it operates equally upon those to whom it has application. Nor will a law necessarily be bad because it makes distinctions.

A similarly situated test focussing on the equal application of the law to those to whom it has application could lead to results akin to those in *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183. In *Bliss*, a pregnant woman was denied unemployment benefits to which she would have been entitled had she not been pregnant. She claimed that the *Unemployment Insurance Act, 1971*, violated the equality guarantees of the *Canadian Bill of Rights* because it discriminated against her on the basis of her sex. Her claim was dismissed by this Court on the grounds that there

réserve. Dans sa localité, il n'y avait pas de réserve. Le juge Tysoe de la Cour d'appel a affirmé que l'égalité devant la loi ne pouvait signifier [TRADUCTION] «les mêmes lois pour tout le monde», et il a défini le droit ainsi, à la p. 243:

> [TRADUCTION] ... dans son contexte, l'al. 1*b*) signifie, de façon générale, qu'il a existé et qu'il continuera d'exister au Canada un droit pour tout individu *touché ou visé par une loi particulière*, quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe, d'être sur un pied d'égalité avec toute autre personne touchée ou visée par cette loi, et le droit à la protection de la loi.

Le juge Ritchie de cette Cour a rejeté cette interprétation dans l'arrêt *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282, une affaire semblable portant sur une disposition de la *Loi sur les Indiens* qui prévoyait qu'un Indien était coupable d'une infraction s'il était ivre hors d'une réserve. Il a dit, à la p. 297:

> ... je ne puis admettre cette interprétation. Elle aurait pour conséquence, il me semble, qu'il faudrait considérer que la loi la plus manifestement discriminatoire envers un groupe ethnique reconnaît à chacun des membres de ce groupe «l'égalité devant la loi» si elle est également discriminatoire à l'égard de tous les autres membres du même groupe.

Ainsi, la simple égalité d'application de la loi à des groupes ou à des individus qui se trouvent dans une situation analogue ne peut constituer un critère réaliste en ce qui concerne la violation des droits à l'égalité. En effet, comme on l'a déjà dit, une mauvaise loi ne peut être sauvegardée pour la simple raison qu'elle s'applique également à ceux qu'elle vise. Pas plus qu'une loi sera nécessairement mauvaise parce qu'elle établit des distinctions.

Un critère de la situation analogue axé sur l'égalité d'application de la loi à ceux qu'elle vise pourrait entraîner des résultats semblables à ce qui s'est produit dans l'arrêt *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183. Dans l'affaire *Bliss*, une femme enceinte s'était vu refuser les prestations d'assurance-chômage auxquelles elle aurait eu droit si elle n'avait pas été enceinte. Elle a fait valoir que la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* violait les garanties d'égalité contenues dans la *Déclaration canadienne des droits* pour le motif qu'elle établissait à son détriment une dis-

1989 CanLII 2 (SCC)

was no discrimination on the basis of sex, since the class into which she fell under the Act was that of pregnant persons, and within that class, all persons were treated equally. This case, of course, was decided before the advent of the *Charter*.

I would also agree with the following criticism of the similarly situated test made by Kerans J.A. in *Mahe v. Alta. (Gov't)* (1987), 54 Alta. L.R. (2d) 212, at p. 244:

> . . . the test accepts an idea of equality which is almost mechanical, with no scope for considering the reason for the distinction. In consequence, subtleties are found to justify a finding of dissimilarity which reduces the test to a categorization game. Moreover, the test is not helpful. After all, most laws are enacted for the specific purpose of offering a benefit or imposing a burden on some persons and not on others. The test catches every conceivable difference in legal treatment.

For the reasons outlined above, the test cannot be accepted as a fixed rule or formula for the resolution of equality questions arising under the *Charter*. Consideration must be given to the content of the law, to its purpose, and its impact upon those to whom it applies, and also upon those whom it excludes from its application. The issues which will arise from case to case are such that it would be wrong to attempt to confine these considerations within such a fixed and limited formula.

It is not every distinction or differentiation in treatment at law which will transgress the equality guarantees of s. 15 of the *Charter*. It is, of course, obvious that legislatures may — and to govern effectively — must treat different individuals and groups in different ways. Indeed, such distinctions are one of the main preoccupations of legislatures. The classifying of individuals and groups, the making of different provisions respecting such groups, the application of different rules, regulations, requirements and qualifications to different persons is necessary for the governance of modern

tinction illicite fondée sur le sexe. Sa demande a été rejetée par cette Cour pour le motif qu'il n'y avait pas de distinction illicite fondée sur le sexe puisque la catégorie dans laquelle elle tombait en vertu de la Loi était celle des personnes enceintes et que toutes les personnes dans cette catégorie étaient traitées également. Il va sans dire que cette affaire a été tranchée avant l'avènement de la *Charte*.

Je suis également d'accord avec la critique suivante que le juge Kerans de la Cour d'appel a formulé à l'égard du critère de la situation analogue dans l'arrêt *Mahe v. Alta. (Gov't)* (1987), 54 Alta. L.R. (2d) 212, à la p. 244:

> [TRADUCTION] . . . le critère adopte une idée d'égalité qui est presque automatique, sans aucune possibilité d'examiner la raison à l'origine de la distinction. Par conséquent, on recourt à des nuances pour justifier une constatation de différence, ce qui réduit le critère à un jeu de classement par catégories. De plus, le critère est sans utilité. Après tout, la plupart des lois sont adoptées dans le but précis de procurer un avantage ou d'imposer une contrainte à certaines personnes et non à d'autres. Le critère décèle toutes les différences imaginables de traitement par la loi.

Pour les motifs qui précèdent, le critère ne peut être accepté comme règle ou formule figée applicable en vue de trancher les questions d'égalité soulevées en vertu de la *Charte*. Il faut tenir compte du contenu de la loi, de son objet et de son effet sur ceux qu'elle vise, de même que sur ceux qu'elle exclut de son champ d'application. Les questions qui seront soulevées d'un cas à l'autre sont telles que ce serait une erreur que de tenter de restreindre ces considérations à une formule limitée et figée.

Ce ne sont pas toutes les distinctions ou différences de traitement devant la loi qui portent atteinte aux garanties d'égalité de l'art. 15 de la *Charte*. Il est certes évident que les législatures peuvent et, pour gouverner efficacement, doivent traiter des individus ou des groupes différents de façons différentes. En effet, de telles distinctions représentent l'une des principales préoccupations des législatures. La classification des individus et des groupes, la rédaction de différentes dispositions concernant de tels groupes, l'application de règles, de règlements, d'exigences et de qualifica-

1988CanLII2(SCC)

society. As noted above, for the accommodation of differences, which is the essence of true equality, it will frequently be necessary to make distinctions. What kinds of distinctions will be acceptable under s. 15(1) and what kinds will violate its provisions?

In seeking an answer to these questions, the provisions of the *Charter* must have their full effect. In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, this Court emphasized this point at p. 344, where Dickson C.J. stated:

> This Court has already, in some measure, set out the basic approach to be taken in interpreting the *Charter*. In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, this Court expressed the view that the proper approach to the definition of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* was a purposive one. The meaning of a right or freedom guaranteed by the *Charter* was to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee; it was to be understood, in other words, in the light of the interests it was meant to protect.
>
> In my view this analysis is to be undertaken, and the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*. The interpretation should be, as the judgment in *Southam* emphasizes, a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter*'s protection. At the same time it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question, but to recall that the *Charter* was not enacted in a vacuum, and must therefore, as this Court's decision in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, illustrates, be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts. [Emphasis in original.]

These words are not inconsistent with the view I expressed in *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313.

tions différents à des personnes différentes sont nécessaires pour gouverner la société moderne. Comme je l'ai déjà souligné, le respect des différences, qui est l'essence d'une véritable égalité, exige souvent que des distinctions soient faites. Quelles seront les distinctions acceptables en vertu du par. 15(1) et quelles seront celles qui violeront ses dispositions?

Pour tenter de répondre à ces questions, les dispositions de la *Charte* doivent être appliquées intégralement. Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, cette Cour insiste sur ce point à la p. 344 où le juge Dickson, maintenant Juge en chef, affirme:

> Cette Cour a déjà, dans une certaine mesure, énoncé la façon fondamentale d'aborder l'interprétation de la *Charte*. Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, la Cour a exprimé l'avis que la façon d'aborder la définition des droits et des libertés garantis par la *Charte* consiste à examiner l'objet visé. Le sens d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie; en d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger.
>
> À mon avis, il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*. En même temps, il importe de ne pas aller au delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question et de se rappeler que la *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et que, par conséquent, comme l'illustre l'arrêt de cette Cour *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés. [Souligné dans l'original.]

Ces mots ne sont pas incompatibles avec l'opinion que j'ai exprimée dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313.

© 1989 CanLII (CC)

The principle of equality before the law has long been recognized as a feature of our constitutional tradition and it found statutory recognition in the *Canadian Bill of Rights*. However, unlike the *Canadian Bill of Rights*, which spoke only of equality before the law, s. 15(1) of the *Charter* provides a much broader protection. Section 15 spells out four basic rights: (1) the right to equality before the law; (2) the right to equality under the law; (3) the right to equal protection of the law; and (4) the right to equal benefit of the law. The inclusion of these last three additional rights in s. 15 of the *Charter* was an attempt to remedy some of the shortcomings of the right to equality in the *Canadian Bill of Rights*. It also reflected the expanded concept of discrimination being developed under the various Human Rights Codes since the enactment of the *Canadian Bill of Rights*. The shortcomings of the *Canadian Bill of Rights* as far as the right to equality is concerned are well known. In *Attorney General of Canada v. Lavell*, [1974] S.C.R. 1349, for example, this Court upheld s. 12(1)(*b*) of the *Indian Act* which deprived women, but not men, of their membership in Indian Bands if they married non-Indians. The provision was held not to violate equality before the law although it might, the Court said, violate equality under the law if such were protected. In *Bliss*, *supra*, this Court held that the denial of unemployment insurance benefits to women because they were pregnant did not violate the guarantee of equality before the law, because any inequality in the protection and benefit of the law was "not created by legislation but by nature" (p. 190). The case was distinguished from the Court's earlier decision in *Drybones*, *supra*, as not involving (pp. 191-92) the imposition of a penalty on a racial group to which other citizens are not subjected, but as involving rather "a definition of the qualifications required for entitlement to benefits". It is readily apparent that the language of s. 15 was deliberately chosen in order to remedy some of the perceived defects under the *Canadian Bill of Rights*. The antecedent statute is part of the "lin-

Le principe de l'égalité devant la loi est reconnu depuis longtemps comme un élément de notre tradition constitutionnelle et il a été consacré sous forme législative dans la *Déclaration canadienne des droits*. Cependant, contrairement à la *Déclaration canadienne des droits* qui ne parle que de l'égalité devant la loi, le par. 15(1) de la *Charte* offre une protection beaucoup plus large. L'article 15 énonce quatre droits fondamentaux: 1) le droit à ce que la loi s'applique également à tous; 2) le droit à ce que la loi ne fasse acception de personne, ou droit à l'égalité dans la loi; 3) le droit à la même protection de la loi, et 4) le droit au même bénéfice de la loi. L'inclusion de ces trois derniers droits supplémentaires à l'art. 15 de la *Charte* constituait une tentative de remédier à certaines faiblesses du droit à l'égalité contenu dans la *Déclaration canadienne des droits*. Elle reflétait également le concept élargi de discrimination qui s'était développé sous le régime des divers codes des droits de la personne depuis l'adoption de la *Déclaration canadienne des droits*. Les faiblesses de la *Déclaration canadienne des droits*, sur le plan du droit à l'égalité, sont bien connues. Par exemple, dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349, cette Cour a confirmé la validité de l'al. 12(1)*b*) de la *Loi sur les Indiens* qui dépouillait les femmes, mais non les hommes, de leur appartenance à une bande indienne si elles épousaient un non-Indien. On a statué que la disposition ne violait pas l'égalité devant la loi quoiqu'elle serait susceptible, d'affirmer la Cour, de violer l'égalité dans la loi, si une telle égalité était protégée. Dans l'arrêt *Bliss*, précité, la Cour a conclu que le refus d'accorder des prestations d'assurance-chômage à des femmes parce qu'elles étaient enceintes ne violait pas la garantie d'égalité devant la loi puisque toute inégalité dans la protection et le bénéfice de la loi n'était «pas le fait de la législation, mais bien de la nature» (p. 190). Cette affaire a été distinguée d'avec l'arrêt *Drybones*, précité, rendu antérieurement par cette Cour, en ce qu'elle n'imposait pas un désavantage à un groupe racial par rapport aux autres citoyens mais ne faisait plutôt que «définir les conditions à remplir pour bénéficier des prestations» (pp. 191 et 192). On constate facilement que l'art. 15 a été délibérément formulé de manière à

guistic, philosophic and historical context" of s. 15 of the *Charter*.

It is clear that the purpose of s. 15 is to ensure equality in the formulation and application of the law. The promotion of equality entails the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern, respect and consideration. It has a large remedial component. Howland C.J. and Robins J.A. (dissenting in the result but not with respect to this comment) in *Reference re an Act to Amend the Education Act* (1986), 53 O.R. (2d) 513, attempt to articulate the broad range of values embraced by s. 15. They state at p. 554:

> In our view, s. 15(1) read as a whole constitutes a compendious expression of a positive right to equality in both the substance and the administration of the law. It is an all-encompassing right governing all legislative action. Like the ideals of "equal justice" and "equal access to the law", the right to equal protection and equal benefit of the law now enshrined in the Charter rests on the moral and ethical principle fundamental to a truly free and democratic society that all persons should be treated by the law on a footing of equality with equal concern and respect.

It must be recognized, however, as well that the promotion of equality under s. 15 has a much more specific goal than the mere elimination of distinctions. If the *Charter* was intended to eliminate all distinctions, then there would be no place for sections such as 27 (multicultural heritage); 2(*a*) (freedom of conscience and religion); 25 (aboriginal rights and freedoms); and other such provisions designed to safeguard certain distinctions. Moreover, the fact that identical treatment may frequently produce serious inequality is recognized in s. 15(2), which states that the equality rights in s. 15(1) do "not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups . . . ."

remédier à certains défauts perçus dans la *Déclaration canadienne des droits*. La loi antérieure fait partie des «contextes linguistique, philosophique et historique» de l'art. 15 de la *Charte*.

Il est clair que l'art. 15 a pour objet de garantir l'égalité dans la formulation et l'application de la loi. Favoriser l'égalité emporte favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération. Il comporte un aspect réparateur important. Dans l'arrêt *Reference re an Act to Amend the Education Act* (1986), 53 O.R. (2d) 513, le juge en chef Howland ainsi que le juge Robins (dissident quant au résultat mais non quant à cette observation) tentent d'énoncer la vaste gamme des valeurs englobées par l'art. 15. Voici ce qu'ils affirment, à la p. 554:

> [TRADUCTION] À notre avis, pris dans son ensemble, le par. 15(1) est une formulation concise d'un droit positif à l'égalité sur le plan du fond et de l'application de la loi. C'est un droit général qui régit toute l'action législative. Au même titre que les idéaux de «justice égalitaire» et «d'égalité d'accès à la loi», le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, maintenant enchâssé dans la Charte, repose sur le principe moral et éthique, fondamental dans une société vraiment libre et démocratique, que tous devraient être traités sur un pied d'égalité par la loi et avec le même respect.

Cependant, il faut reconnaître que favoriser l'égalité au sens de l'art. 15 vise un but plus précis que la simple élimination de distinctions. Si la *Charte* avait pour objet d'éliminer toutes les distinctions, des dispositions comme l'art. 27 (maintien du patrimoine multiculturel), l'al. 2*a*) (liberté de conscience et de religion), l'art. 25 (maintien des droits et libertés des autochtones) et les autres dispositions destinées à sauvegarder certaines distinctions n'auraient plus alors leur place. De plus, le fait qu'un traitement identique puisse souvent engendrer de graves inégalités est reconnu par le par. 15(2) qui stipule que les droits à l'égalité contenus au par. 15(1) n'ont «pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés . . .»

1989 CanLII 23 (SCC)

Discrimination

The right to equality before and under the law, and the rights to the equal protection and benefit of the law contained in s. 15, are granted with the direction contained in s. 15 itself that they be without discrimination. Discrimination is unacceptable in a democratic society because it epitomizes the worst effects of the denial of equality, and discrimination reinforced by law is particularly repugnant. The worst oppression will result from discriminatory measures having the force of law. It is against this evil that s. 15 provides a guarantee.

Discrimination as referred to in s. 15 of the *Charter* must be understood in the context of pre-*Charter* history. Prior to the enactment of s. 15(1), the Legislatures of the various provinces and the federal Parliament had passed during the previous fifty years what may be generally referred to as Human Rights Acts. With the steady increase in population from the earliest days of European emigration into Canada and with the consequential growth of industry, agriculture and commerce and the vast increase in national wealth which followed, many social problems developed. The contact of the European immigrant with the indigenous population, the steady increase in immigration bringing those of neither French nor British background, and in more recent years the greatly expanded role of women in all forms of industrial, commercial and professional activity led to much inequality and many forms of discrimination. In great part these developments, in the absence of any significant legislative protection for the victims of discrimination, called into being the Human Rights Acts. In 1944, the *Racial Discrimination Act, 1944*, S.O. 1944, c. 51, was passed, to be followed in 1947 by *The Saskatchewan Bill of Rights Act, 1947*, S.S. 1947, c. 35, and in 1960 by the *Canadian Bill of Rights*. Since then every jurisdiction in Canada has enacted broad-ranging Human Rights Acts which have attacked most of the more common forms of discrimination found in society. This development has been recorded and discussed by Walter Tarnopolsky,

La discrimination

L'article 15 prévoit lui-même que le droit à l'égalité devant la loi et dans la loi ainsi que les droits à la même protection et au même bénéfice de la loi qu'il confère doivent exister indépendamment de toute discrimination. La discrimination est inacceptable dans une société démocratique parce qu'elle incarne les pires effets de la dénégation de l'égalité et la discrimination consacrée par la loi est particulièrement répugnante. La pire forme d'oppression résulte de mesures discriminatoires ayant force de loi. C'est une garantie contre ce mal que fournit l'art. 15.

La discrimination au sens de l'art. 15 de la *Charte* doit être interprétée en fonction du contexte antérieur à la *Charte*. Avant l'adoption de l'art. 15, les législatures des diverses provinces et le Parlement fédéral avaient adopté au cours des cinquante dernières années ce que l'on peut généralement appeler les lois sur les droits de la personne. Avec l'accroissement régulier de la population depuis les tout débuts de l'émigration européenne au Canada et avec l'essor qui en a résulté dans l'industrie, l'agriculture et le commerce ainsi que l'augmentation importante de la richesse nationale qui a suivi, de nombreux problèmes sociaux ont vu le jour. Les rapports entre les immigrants européens et la population autochtone, l'accroissement régulier du nombre d'immigrants d'origine autre que française ou britannique et, plus récemment, la très grande place qu'en sont venues à occuper les femmes au sein de toutes les formes d'activités industrielles, commerciales et professionnelles ont engendré beaucoup d'inégalités et de nombreuses formes de discrimination. Cette évolution est en grande partie à l'origine des lois sur les droits de la personne puisqu'il n'existait alors aucune protection législative réelle offerte aux victimes de discrimination. En 1944, la *Racial Discrimination Act, 1944*, S.O. 1944, chap. 51, était adoptée, suivie en 1947 du *Saskatchewan Bill of Rights Act, 1947*, S.S. 1947, chap. 35, et en 1960, de la *Déclaration canadienne des droits*. Depuis lors, tous les ressorts canadiens ont adopté des lois sur les droits de la personne de vaste portée afin de combattre la plupart des formes plus courantes de discrimination rencontrées dans la société. Walter Tarnopolsky, maintenant juge, fait état de cette évolution et l'analyse dans l'ouvrage

CanLII 2 (SCC)

now Tarnopolsky J.A., in *Discrimination and the Law* (2nd ed. 1985).

What does discrimination mean? The question has arisen most commonly in a consideration of the Human Rights Acts and the general concept of discrimination under those enactments has been fairly well settled. There is little difficulty, drawing upon the cases in this Court, in isolating an acceptable definition. In *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at p. 551, discrimination (in that case adverse effect discrimination) was described in these terms: "It arises where an employer ... adopts a rule or standard ... which has a discriminatory effect upon a prohibited ground on one employee or group of employees in that it imposes, because of some special characteristic of the employee or group, obligations, penalties, or restrictive conditions not imposed on other members of the work force". It was held in that case, as well, that no intent was required as an element of discrimination, for it is in essence the impact of the discriminatory act or provision upon the person affected which is decisive in considering any complaint. At page 547, this proposition was expressed in these terms:

> The Code aims at the removal of discrimination. This is to state the obvious. Its main approach, however, is not to punish the discriminator, but rather to provide relief for the victims of discrimination. It is the result or the effect of the action complained of which is significant. If it does, in fact, cause discrimination; if its effect is to impose on one person or group of persons obligations, penalties, or restrictive conditions not imposed on other members of the community, it is discriminatory.

In *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, better known as the *Action Travail des Femmes* case, where it was alleged that the Canadian National Railway was guilty of discriminatory hiring and promotion practices contrary to s. 10 of the *Canadian Human Rights Act*,

intitulé *Discrimination and the Law* (2nd ed. 1985).

Que signifie le terme discrimination? C'est le plus souvent dans l'examen des lois sur les droits de la personne que cette question s'est posée et le concept général de discrimination en vertu de ces lois a été assez bien circonscrit. Vu les arrêts rendus par cette Cour, identifier une définition acceptable présente peu de difficulté. Dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, à la p. 551, voici comment est décrit le terme «discrimination» (dans cette affaire, il s'agissait de discrimination par suite d'un effet préjudiciable): «Ce genre de discrimination se produit lorsqu'un employeur adopte ... une règle ou une norme ... qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d'employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés». Dans cette affaire, la Cour a également conclu que l'intention n'était pas requise comme élément de la discrimination puisque c'est essentiellement l'effet de la disposition ou de la mesure discriminatoire sur la personne touchée qui est déterminant dans l'examen de toute plainte. À la page 547, cette proposition a été formulée de la façon suivante:

> Le Code vise la suppression de la discrimination. C'est là l'évidence. Toutefois, sa façon principale de procéder consiste non pas à punir l'auteur de la discrimination, mais plutôt à offrir une voie de recours aux victimes de la discrimination. C'est le résultat ou l'effet de la mesure dont on se plaint qui importe. Si elle crée effectivement de la discrimination, si elle a pour effet d'imposer à une personne ou à un groupe de personnes des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres membres de la société, elle est discriminatoire.

Dans l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, mieux connu sous le nom de l'affaire *Action Travail des Femmes*, où l'on prétendait que la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada s'était rendue coupable d'actes discrimina-

1989 CanLII 2 (SCC)

S.C. 1976-77, c. 33, in denying employment to women in certain unskilled positions, Dickson C.J. in giving the judgment of the Court said, at pp. 1138-39:

> A thorough study of "systemic discrimination" in Canada is to be found in the Abella Report on equality in employment. The terms of reference of the Royal Commission instructed it "to inquire into the most efficient, effective and equitable means of promoting employment opportunities, eliminating systemic discrimination and assisting individuals to compete for employment opportunities on an equal basis." (Order in Council P.C. 1983-1924 of 24 June 1983). Although Judge Abella chose not to offer a precise definition of systemic discrimination, the essentials may be gleaned from the following comments, found at p. 2 of the Abella Report.
>
> > Discrimination . . . means practices or attitudes that have, whether by design or impact, the effect of limiting an individual's or a group's right to the opportunities generally available because of attributed rather than actual characteristics . . . .
> >
> > It is not a question of whether this discrimination is motivated by an intentional desire to obstruct someone's potential, or whether it is the accidental by-product of innocently motivated practices or systems. If the barrier is affecting certain groups in a disproportionately negative way, it is a signal that the practices that lead to this adverse impact may be discriminatory.

There are many other statements which have aimed at a short definition of the term discrimination. In general, they are in accord with the statements referred to above. I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those

toires en matière d'embauche et de promotions, contrairement à l'art. 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, chap. 33, en refusant aux femmes la possibilité d'occuper certains emplois non spécialisés, le juge en chef Dickson affirme ceci en rendant le jugement de la Cour, aux pp. 1138 et 1139:

> On trouve une étude exhaustive de la «discrimination systémique» au Canada dans le rapport Abella sur l'égalité en matière d'emploi. La Commission royale avait pour mandat «d'enquêter sur les moyens les plus efficaces et équitables de promouvoir les chances d'emploi, d'éliminer la discrimination systémique et d'assurer à tous les mêmes possibilités de prétendre à un emploi . . .» (Décret C.P. 1983-1924 du 24 juin 1983.) Quoique le juge Abella ait choisi de ne pas donner une définition précise de la discrimination systémique, on peut en glaner l'essentiel dans les commentaires suivants, que l'on trouve à la p. 2 de son rapport:
>
> > . . . la discrimination s'entend des pratiques ou des attitudes qui, de par leur conception ou par voie de conséquence, gênent l'accès des particuliers ou des groupes à des possibilités d'emplois, en raison de caractéristiques qui leur sont prêtées à tort . . .
> >
> > La question n'est pas de savoir si la discrimination est intentionnelle ou si elle est simplement involontaire, c'est-à-dire découlant du système lui-même. Si des pratiques occasionnent des répercussions néfastes pour certains groupes, c'est une indication qu'elles sont peut-être discriminatoires.

Il existe plusieurs autres énoncés où l'on a tenté de définir succinctement le terme «discrimination». Ils sont généralement conformes aux descriptions mentionnées auparavant. J'affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont

based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed.

The Court in the case at bar must address the issue of discrimination as the term is used in s. 15(1) of the *Charter*. In general, it may be said that the principles which have been applied under the Human Rights Acts are equally applicable in considering questions of discrimination under s. 15(1). Certain differences arising from the difference between the *Charter* and the Human Rights Acts must, however, be considered. To begin with, discrimination in s. 15(1) is limited to discrimination caused by the application or operation of law, whereas the Human Rights Acts apply also to private activities. Furthermore, and this is a distinction of more importance, all the Human Rights Acts passed in Canada specifically designate a certain limited number of grounds upon which discrimination is forbidden. Section 15(1) of the *Charter* is not so limited. The enumerated grounds in s. 15(1) are not exclusive and the limits, if any, on grounds for discrimination which may be established in future cases await definition. The enumerated grounds do, however, reflect the most common and probably the most socially destructive and historically practised bases of discrimination and must, in the words of s. 15(1), receive particular attention. Both the enumerated grounds themselves and other possible grounds of discrimination recognized under s. 15(1) must be interpreted in a broad and generous manner, reflecting the fact that they are constitutional provisions not easily repealed or amended but intended to provide a "continuing framework for the legitimate exercise of governmental power" and, at the same time, for "the unremitting protection" of equality rights: see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 155.

It should be noted as well that when the Human Rights Acts create exemptions or defences, such as a *bona fide* occupational requirement, an exemption for religious and political organizations, or definitional limits on age discrimination, these

presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.

En l'espèce, la Cour doit aborder la question de la discrimination au sens où ce terme est utilisé au par. 15(1) de la *Charte*. De façon générale, on peut affirmer que les principes qui ont été appliqués en vertu des lois sur les droits de la personne s'appliquent également à l'examen des questions de discrimination au sens du par. 15(1). Il faut cependant tenir compte de certaines distinctions qui découlent de la différence entre la *Charte* et les lois sur les droits de la personne. D'abord, la discrimination dont il est question au par. 15(1) est restreinte à celle qui découle de l'application de la loi alors que les lois sur les droits de la personne s'appliquent aussi aux activités de nature privée. De plus, et il s'agit d'une distinction plus importante, toutes les lois sur les droits de la personne adoptées au Canada spécifient un certain nombre restreint de motifs prohibés de discrimination. Il n'en est pas de même au par. 15(1) de la *Charte*. Les motifs énumérés au par. 15(1) ne sont pas exclusifs et les restrictions, le cas échéant, que la jurisprudence pourra apporter aux motifs de discrimination ne sont pas encore précisées. Les motifs énumérés traduisent cependant les pratiques de discrimination les plus courantes, les plus classiques et vraisemblablement les plus destructrices socialement, et ils doivent, selon le par. 15(1), recevoir une attention particulière. Les motifs énumérés eux-mêmes et les autres motifs possibles de discrimination reconnus au par. 15(1) doivent, dans les deux cas, recevoir une interprétation large et libérale de manière à refléter le fait qu'il s'agit de dispositions constitutionnelles qu'il n'est pas facile d'abroger ou de modifier, mais qui visent à fournir un «cadre permanent à l'exercice légitime de l'autorité gouvernementale» et, par la même occasion, à «la protection constante» des droits à l'égalité: voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 155.

Il convient également de souligner que, lorsque des lois sur les droits de la personne créent des exemptions ou des moyens de défense, comme l'exigence professionnelle normale, une exemption relative à des organisations religieuses ou politi-

1989 CanLII 2 (SCC)

generally have the effect of completely removing the conduct complained of from the reach of the Act. See, for example, exemptions for special interest organizations contained in the *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1979, c. 186, as am., s. 22; *The Human Rights Act*, S.M. 1974, c. 65, as am., s. 6(7); and the *Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53, s. 17. "Age" is often restrictively defined in the Human Rights Acts; in British Columbia, it is defined in s. 1 of the Code to mean an age between 45 and 65; in s. 38 of the *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2, it is defined as eighteen and over. For an example of the application of a *bona fide* occupational requirement, see *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561. Where discrimination is forbidden in the Human Rights Acts it is done in absolute terms, and where a defence or exception is allowed it, too, speaks in absolute terms and the discrimination is excused. There is, in this sense, no middle ground. In the *Charter*, however, while s. 15(1), subject always to subs. (2), expresses its prohibition of discrimination in absolute terms, s. 1 makes allowance for a reasonable limit upon the operation of s. 15(1). A different approach under s. 15(1) is therefore required. While discrimination under s. 15(1) will be of the same nature and in descriptive terms will fit the concept of discrimination developed under the Human Rights Acts, a further step will be required in order to decide whether discriminatory laws can be justified under s. 1. The onus will be on the state to establish this. This is a distinct step called for under the *Charter* which is not found in most Human Rights Acts, because in those Acts justification for or defence to discrimination is generally found in specific exceptions to the substantive rights.

ques, ou des limites définitionnelles applicables à la discrimination fondée sur l'âge, cela a généralement pour effet de soustraire complètement à l'application de la loi la conduite dont on se plaint. Voir, par exemple, les exemptions relatives aux organisations visant à servir des intérêts particuliers contenues dans le *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1979, chap. 186, art. 22, tel que mod.; *The Human Rights Act*, S.M. 1974, chap. 65, par. 6(7), tel que mod., et le *Code des droits de la personne*, L.O. 1981, chap. 53, art. 17. L'«âge» est souvent défini de façon restrictive dans les lois sur les droits de la personne; en Colombie-Britannique, il est défini à l'art. 1 du Code comme signifiant entre 45 et 65 ans; à l'art. 38 de l'*Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, chap. I-2, l'âge est défini comme dix-huit ans et plus. Pour un exemple de l'application d'une exigence professionnelle normale, voir l'arrêt *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561. Lorsque les lois sur les droits de la personne interdisent la discrimination, elles le font de manière absolue et lorsqu'elles prévoient un moyen de défense ou une exception, c'est également en termes absolus et la discrimination est alors permise. Il n'y a pas de moyen terme à cet égard. Dans la *Charte* toutefois, bien que le par. 15(1), sous réserve du par. (2), interdise la discrimination de manière absolue, l'article premier permet que des limites raisonnables soient apportées à l'application du par. 15(1). Le paragraphe 15(1) exige donc une interprétation différente. Bien que la discrimination au sens du par. 15(1) soit de même nature et corresponde sur le plan de sa description au concept de discrimination élaboré sous le régime des lois sur les droits de la personne, une autre étape devra être franchie pour décider si des lois discriminatoires peuvent être justifiées en vertu de l'article premier. Il appartiendra à l'État d'établir cela. Il s'agit là d'une étape distincte nécessaire en vertu de la *Charte* et que l'on ne trouve pas dans la plupart des lois sur les droits de la personne parce que dans ces lois la justification de la discrimination réside généralement dans des exceptions aux droits fondamentaux.

Relationship Between s. 15(1) and s. 1 of the *Charter*

In determining the extent of the guarantee of equality in s. 15(1) of the *Charter*, special consideration must be given to the relationship between s. 15(1) and s. 1. It is indeed the presence of s. 1 in the *Charter* and the interaction between these sections which has led to the differing approaches to a definition of the s. 15(1) right, and which has made necessary a judicial approach differing from that employed under the *Canadian Bill of Rights*. Under the *Canadian Bill of Rights*, a test was developed to distinguish between justified and unjustified legislative distinctions within the concept of equality before the law itself in the absence of anything equivalent to the s. 1 limit: see *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370, where it was said, at p. 407:

> . . . and whether it is a necessary departure from the general principle of universal application of the law for the attainment of some necessary and desirable social objective. Inequalities created for such purposes may well be acceptable under the *Canadian Bill of Rights*.

It may be noted as well that the 14th Amendment to the American Constitution, which provides that no State shall deny to any person within its jurisdiction the "equal protection of the laws", contains no limiting provisions similar to s. 1 of the *Charter*. As a result, judicial consideration has led to the development of varying standards of scrutiny of alleged violations of the equal protection provision which restrict or limit the equality guarantee within the concept of equal protection itself. Again, article 14 of the *European Convention on Human Rights*, 23 U.N.T.S. 222, which secures the rights guaranteed therein without discrimination, lacks a s. 1 or its equivalent and has also developed a limit within the concept itself. In the *Belgian Linguistic Case (No. 2)* (1968), 1 E.H.R.R. 252, at p. 284, the court enunciated the following test:

Le rapport entre le par. 15(1) et l'article premier de la *Charte*

Pour déterminer l'étendue de la garantie d'égalité prévue au par. 15(1) de la *Charte*, il faut prêter une attention au rapport entre le par. 15(1) et l'article premier. C'est en effet la présence de l'article premier dans la *Charte* et l'interaction de ces dispositions qui sont à l'origine des différentes façons de définir le droit garanti par le par. 15(1) et qui ont rendu nécessaire une interprétation judiciaire différente de celle utilisée sous le régime de la *Déclaration canadienne des droits*. En vertu de la *Déclaration canadienne des droits*, en l'absence d'une disposition équivalente à la limite prévue à l'article premier, un critère avait été conçu pour différencier les distinctions législatives justifiées et les distinctions législatives injustifiées au regard de la notion même d'égalité devant la loi: voir l'arrêt *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370, où on affirme, à la p. 407:

> . . . et s'il s'agit d'une dérogation nécessaire au principe général de l'application universelle de la loi dans la recherche d'un objectif social nécessaire et souhaitable. Il se peut bien que les inégalités créées à ces fins soient acceptables aux termes de la *Déclaration canadienne des droits*.

On peut souligner également que le Quatorzième amendement de la Constitution américaine, qui prévoit qu'aucun État ne peut refuser à quiconque relève de sa juridiction [TRADUCTION] «l'égale protection des lois», ne comporte aucune disposition limitative semblable à l'article premier de la *Charte*. Par conséquent, les tribunaux ont fini par élaborer des normes variables pour examiner les allégations de violation de cette disposition portant égale protection, lesquelles normes restreignent ou limitent la garantie d'égalité que comporte la notion même de protection égale. Encore une fois, l'art. 14 de la *Convention européenne des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 223, qui garantit les droits qui y sont prévus sans discrimination, ne comporte pas d'article premier ou de disposition équivalente et a également engendré une limite à l'intérieur de la notion elle-même. Dans l'*Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique* (1968), 11 *Annuaire de la convention européenne des droits de l'homme* 833, à la p. 867, la cour a formulé le critère suivant:

1989 CanLII 2 (SCC)

... the principle of equality of treatment is violated if the distinction has no objective and reasonable justification. The existence of such a justification must be assessed in relation to the aim and effects of the measure under consideration, regard being had to principles which normally prevail in democratic societies. A difference in treatment in the exercise of a right laid down in the Convention must not only pursue a legitimate aim: Article 14 is likewise violated when it is clearly established that there is no reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised.

... l'égalité de traitement est violée si la distinction manque de justification objective et raisonnable. L'existence d'une pareille justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques. Une distinction de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la Convention ne doit pas seulement poursuivre un but légitime: l'article 14 est également violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

The distinguishing feature of the *Charter*, unlike the other enactments, is that consideration of such limiting factors is made under s. 1. This Court has described the analytical approach to the *Charter* in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, and other cases, the essential feature of which is that the right guaranteeing sections be kept analytically separate from s. 1. In other words, when confronted with a problem under the *Charter*, the first question which must be answered will be whether or not an infringement of a guaranteed right has occurred. Any justification of an infringement which is found to have occurred must be made, if at all, under the broad provisions of s. 1. It must be admitted at once that the relationship between these two sections may well be difficult to determine on a wholly satisfactory basis. It is, however, important to keep them analytically distinct if for no other reason than the different attribution of the burden of proof. It is for the citizen to establish that his or her *Charter* right has been infringed and for the state to justify the infringement.

L'aspect qui distingue la *Charte* des autres lois est que l'examen de ces facteurs limitatifs est effectué en application de l'article premier. Cette Cour a décrit la façon analytique d'aborder la *Charte* dans les arrêts *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, et d'autres arrêts, dont la caractéristique essentielle est que l'analyse des articles qui garantissent les droits doit demeurer distincte de celle de l'article premier. En d'autres termes, la première question à laquelle il faut répondre lorsqu'on est confronté à un problème soulevé en vertu de la *Charte* est de savoir s'il y a eu atteinte à un droit garanti. Toute atteinte dont on conclut à l'existence exige une justification, s'il en est, en vertu des dispositions générales de l'article premier. Il faut reconnaître au départ que le rapport entre ces deux articles pourra fort bien se révéler difficile à établir de façon entièrement satisfaisante. Il est toutefois important de les maintenir analytiquement distincts, ne serait-ce qu'en raison de la différente attribution du fardeau de la preuve. Il appartient au citoyen de prouver qu'il y a eu violation du droit que lui garantit la *Charte*, et à l'État de justifier cette violation.

Approaches to s. 15(1)

Three main approaches have been adopted in determining the role of s. 15(1), the meaning of discrimination set out in that section, and the relationship of s. 15(1) and s. 1. The first one, which was advanced by Professor Peter Hogg in *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985) would treat every distinction drawn by law as discrimination under s. 15(1). There would then follow a consideration of the distinction under the

Les interprétations du par. 15(1)

Trois points de vue principaux ont été adoptés pour déterminer le rôle du par. 15(1), le sens du terme «discrimination» contenu dans cet article et le rapport entre le par. 15(1) et l'article premier. Le premier, proposé par le professeur Peter Hogg dans l'ouvrage intitulé *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), considère que toute distinction établie par la loi est discriminatoire au sens du par. 15(1). Il faudrait alors examiner cette

provisions of s. 1 of the *Charter*. He said, at pp. 800-801:

I conclude that s. 15 should be interpreted as providing for the universal application of every law. When a law draws a distinction between individuals, on any ground, that distinction is sufficient to constitute a breach of s. 15, and to move the constitutional issue to s. 1. The test of validity is that stipulated by s. 1, namely, whether the law comes within the phrase "such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society".

He reached this conclusion on the basis that, where the *Charter* right is expressed in unqualified terms, s. 1 supplies the standard of justification for any abridgment of the right. He argued that the word "discrimination" in s. 15(1) could be read as introducing a qualification in the section itself, but he preferred to read the word in a neutral sense because this reading would immediately send the matter to s. 1, which was included in the *Charter* for this purpose.

The second approach put forward by McLachlin J.A. in the Court of Appeal involved a consideration of the reasonableness and fairness of the impugned legislation under s. 15(1). She stated, as has been noted above, at p. 610:

The ultimate question is whether a fair-minded person, weighing the purposes of legislation against its effects on the individuals adversely affected, and giving due weight to the right of the Legislature to pass laws for the good of all, would conclude that the legislative means adopted are unreasonable or unfair.

She assigned a very minor role to s. 1 which would, it appears, be limited to allowing in times of emergency, war, or other crises the passage of discriminatory legislation which would normally be impermissible.

A third approach, sometimes described as an "enumerated or analogous grounds" approach, adopts the concept that discrimination is generally

distinction en fonction des dispositions de l'article premier de la *Charte*. Voici ce qu'il affirme, aux pp. 800 et 801:

[TRADUCTION] Je conclus qu'il faudrait considérer que l'art. 15 prévoit l'application universelle de chaque loi. Lorsqu'une loi établit des distinctions entre individus, pour quelque motif que ce soit, cette distinction est suffisante pour constituer une violation de l'art. 15 et pour que la question constitutionnelle tombe dans le champ d'application de l'article premier. Le critère de validité est celui prescrit par l'article premier, c'est-à-dire, si la loi comporte, selon l'expression, «des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique».

Il est arrivé à cette conclusion en s'appuyant sur le fait que, lorsque le droit garanti par la *Charte* est exprimé en des termes qui ne comportent aucune restriction, l'article premier fournit la norme de justification pour toute restriction apportée au droit en question. Il a soutenu qu'on pouvait considérer que le terme «discrimination» employé au par. 15(1) introduisait une réserve dans la disposition elle-même, mais il a préféré accorder au terme un sens neutre puisque cette interprétation renverrait l'affaire immédiatement à l'article premier qui a été inclus à cette fin dans la *Charte*.

Le deuxième point de vue, avancé par le juge McLachlin de la Cour d'appel, comporte un examen du caractère raisonnable et juste de la loi attaquée en vertu du par. 15(1). Elle a déclaré, à la p. 610, comme nous l'avons déjà mentionné:

[TRADUCTION] La question ultime est de savoir si une personne impartiale, qui soupèse les objets de la loi en fonction de ses effets sur les personnes lésées et qui accorde l'importance voulue au droit de la législature d'adopter des lois pour le bien de tous, conclurait que les moyens législatifs adoptés sont déraisonnables ou injustes.

Elle n'a accordé qu'un rôle mineur à l'article premier qui semblerait ne permettre l'adoption de mesures législatives discriminatoires, qui seraient généralement inadmissibles, qu'en temps d'urgence, de guerre ou d'autres crises.

Un troisième point de vue, parfois qualifié de méthode des «motifs énumérés ou analogues», adopte la notion selon laquelle la discrimination

1989 CanLII 2 (SCC)

expressed by the enumerated grounds. Section 15(1) is designed to prevent discrimination based on these and analogous grounds. The approach is similar to that found in human rights and civil rights statutes which have been enacted throughout Canada in recent times. The following excerpts from the judgment of Hugessen J.A. in *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)*, *supra*, at pp. 367-69, illustrate this approach:

> The rights which it [s. 15] guarantees are not based on any concept of strict, numerical equality amongst all human beings. If they were, virtually all legislation, whose function it is, after all, to define, distinguish and make categories, would be in *prima facie* breach of section 15 and would require justification under section 1. This would be to turn the exception into the rule. Since courts would be obliged to look for and find section 1 justification for most legislation, the alternative being anarchy, there is a real risk of paradox: the broader the reach given to section 15 the more likely it is that it will be deprived of any real content.
>
> The answer, in my view, is that the text of the section itself contains its own limitations. It only proscribes discrimination amongst the members of categories which are themselves similar. Thus the issue, for each case, will be to know which categories are permissible in determining similarity of situation and which are not. It is only in those cases where the categories themselves are not permissible, where equals are not treated equally, that there will be a breach of equality rights.
>
> . . .
>
> As far as the text of section 15 itself is concerned, one may look to whether or not there is "discrimination", in the pejorative sense of that word, and as to whether the categories are based upon the grounds enumerated or grounds analogous to them. The inquiry, in effect, concentrates upon the personal characteristics of those who claim to have been unequally treated. Questions of stereotyping, of historical disadvantagement, in a word, of prejudice, are the focus and there may even be a recognition that for some people equality has a different meaning than for others.

The analysis of discrimination in this approach must take place within the context of the enumerated grounds and those analogous to them. The words "without discrimination" require more than

est généralement définie par les motifs énumérés. Le paragraphe 15(1) vise à empêcher la discrimination fondée sur ces motifs et des motifs analogues. Ce point de vue est semblable à celui que l'on trouve dans les lois sur les droits de la personne adoptées récemment au Canada. Les extraits suivants des motifs du juge Hugessen dans l'arrêt *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (procureur général)*, précité, aux pp. 367 à 369, illustrent cela:

> Les droits qu'il [art. 15] garantit ne sont pas fondés sur le concept d'égalité numérique stricte entre tous les êtres humains. Si c'était le cas, pratiquement tous les textes législatifs, dont la fonction est, après tout, de définir, de distinguer et d'établir des catégories, à première vue porteraient atteinte à l'article 15 et devraient être justifiés aux termes de l'article premier. L'exception deviendrait la règle. Étant donné que les tribunaux seraient obligés de chercher et de trouver une justification fondée sur l'article premier pour la plupart des textes législatifs, l'autre choix étant l'anarchie, il existe un risque réel de paradoxe: plus grande sera la portée de l'article 15 plus il sera susceptible d'être privé de tout contenu réel.
>
> À mon avis, la réponse est que le texte de l'article lui-même contient ses propres limites. Il interdit seulement la discrimination parmi les membres de catégories qui sont elles-mêmes analogues. Par conséquent, la question dans chaque cas sera de savoir quelles catégories permettent de déterminer la similitude de situation et quelles ne le permettent pas. C'est seulement dans ces cas où les catégories elles-mêmes ne le permettent pas, où les égaux ne sont pas traités également, qu'il y aura une atteinte aux droits à l'égalité.
>
> . . .
>
> Dans la mesure où le texte de l'article 15 lui-même est visé, on peut voir s'il y a ou non de la «discrimination», au sens péjoratif de ce terme et si les catégories sont fondées ou non sur des motifs énumérés ou des motifs analogues à ceux-ci. L'examen porte en fait sur les caractéristiques personnelles de ceux qui prétendent avoir été traités de manière inégale. L'examen porte principalement sur les questions de stéréotype, de désavantage historique, en un mot, de préjudice et l'on peut même reconnaître que pour certaines personnes le terme égalité a un sens différent de ce qu'il a pour d'autres personnes.

Selon ce point de vue, l'analyse de la discrimination doit se faire en fonction des motifs énumérés et de ceux qui leur sont analogues. L'expression «indépendamment de toute discrimination» exige

a mere finding of distinction between the treatment of groups or individuals. Those words are a form of qualifier built into s. 15 itself and limit those distinctions which are forbidden by the section to those which involve prejudice or disadvantage.

I would accept the criticisms of the first approach made by McLachlin J.A. in the Court of Appeal. She noted that the labelling of every legislative distinction as an infringement of s. 15(1) trivializes the fundamental rights guaranteed by the *Charter* and, secondly, that to interpret "without discrimination" as "without distinction" deprives the notion of discrimination of content. She continued, at p. 607:

> Third, it cannot have been the intention of Parliament that the government be put to the requirement of establishing under s. 1 that all laws which draw distinction between people are "demonstrably justified in a free and democratic society". If weighing of the justifiability of unequal treatment is neither required or permitted under s. 15, the result will be that such universally accepted and manifestly desirable legal distinctions as those prohibiting children or drunk persons from driving motor vehicles will be viewed as violations of fundamental rights and be required to run the gauntlet of s. 1.
>
> Finally, it may further be contended that to define discrimination under s. 15 as synonymous with unequal treatment on the basis of personal classification will be to elevate s. 15 to the position of subsuming the other rights and freedoms defined by the Charter.

In rejecting the Hogg approach, I would say that it draws a straight line from the finding of a distinction to a determination of its validity under s. 1, but my objection would be that it virtually denies any role for s. 15(1).

I would reject, as well, the approach adopted by McLachlin J.A. She seeks to define discrimination under s. 15(1) as an unjustifiable or unreasonable distinction. In so doing she avoids the mere distinction test but also makes a radical departure from

davantage qu'une simple constatation de distinction dans le traitement de groupes ou d'individus. Cette expression est une forme de réserve incorporée dans l'art. 15 lui-même qui limite les distinctions prohibées par la disposition à celles qui entraînent un préjudice ou un désavantage.

Je suis d'avis d'accepter les critiques formulées par le juge McLachlin à l'égard de la première interprétation. Elle a souligné, premièrement, que qualifier chaque distinction législative de violation du par. 15(1) a pour effet de banaliser les droits fondamentaux garantis par la *Charte* et, deuxièmement, qu'interpréter l'expression «indépendamment de toute discrimination» comme signifiant «sans distinction» dépouille de tout contenu la notion de discrimination. Elle a poursuivi, à la p. 607.

> [TRADUCTION] Troisièmement, le Parlement n'a pu avoir l'intention d'exiger du gouvernement qu'il démontre, en application de l'article premier, que toutes les lois qui établissent des distinctions entre les individus ont une «justification [qui] puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». Si l'évaluation du caractère justifiable d'un traitement inégal n'est ni exigée ni permise en vertu de l'art. 15, il s'ensuivra que des distinctions légales universellement acceptées et manifestement souhaitables, comme l'interdiction faite aux enfants et aux personnes en état d'ébriété de conduire un véhicule à moteur, seront considérées comme des violations de droits fondamentaux et devront être soumises à l'épreuve de l'article premier.
>
> Enfin, il est également possible de prétendre que définir la discrimination au sens de l'art. 15 comme synonyme de traitement inégal fondé sur une classification personnelle aura pour effet de donner à l'art. 15 une importance telle qu'il subsumerait les autres droits et libertés définis par la Charte.

Rejetant le point de vue de Hogg, je dirais qu'il relie directement la constatation de l'existence d'une distinction à la détermination de sa validité en vertu de l'article premier, mais mon objection résiderait dans le fait qu'il n'accorde pratiquement aucun rôle au par. 15(1).

Je rejetterais également le point de vue adopté par le juge McLachlin. Elle tente de définir la discrimination au sens du par. 15(1) comme une distinction injustifiable ou déraisonnable. Ce faisant, elle esquive le critère de la simple distinction,

1989 CanLII 2 (SCC)

the analytical approach to the *Charter* which has been approved by this Court. In the result, the determination would be made under s. 15(1) and virtually no role would be left for s. 1.

The third or "enumerated and analogous grounds" approach most closely accords with the purposes of s. 15 and the definition of discrimination outlined above and leaves questions of justification to s. 1. However, in assessing whether a complainant's rights have been infringed under s. 15(1), it is not enough to focus only on the alleged ground of discrimination and decide whether or not it is an enumerated or analogous ground. The effect of the impugned distinction or classification on the complainant must be considered. Once it is accepted that not all distinctions and differentiations created by law are discriminatory, then a role must be assigned to s. 15(1) which goes beyond the mere recognition of a legal distinction. A complainant under s. 15(1) must show not only that he or she is not receiving equal treatment before and under the law or that the law has a differential impact on him or her in the protection or benefit accorded by law but, in addition, must show that the legislative impact of the law is discriminatory.

Where discrimination is found a breach of s. 15(1) has occurred and — where s. 15(2) is not applicable — any justification, any consideration of the reasonableness of the enactment; indeed, any consideration of factors which could justify the discrimination and support the constitutionality of the impugned enactment would take place under s. 1. This approach would conform with the directions of this Court in earlier decisions concerning the application of s. 1 and at the same time would allow for the screening out of the obviously trivial and vexatious claim. In this, it would provide a workable approach to the problem.

It would seem to me apparent that a legislative distinction has been made by s. 42 of the *Barristers and Solicitors Act* between citizens and non-citizens with respect to the practice of law. The

mais elle s'éloigne aussi radicalement de la façon analytique d'aborder la *Charte* qui a été approuvée par cette Cour. En définitive, la décision serait prise en vertu du par. 15(1), ce qui aurait pour effet de dépouiller pratiquement de tout rôle l'article premier.

Le troisième point de vue, celui des «motifs énumérés et analogues», correspond davantage aux fins de l'art. 15 et à la définition de la discrimination exposée auparavant et renvoie à l'article premier les questions de justification. Cependant, pour vérifier s'il y a eu atteinte aux droits que le par. 15(1) reconnaît au plaignant, il ne suffit pas de se concentrer uniquement sur le motif allégué de discrimination et de décider s'il s'agit d'un motif énuméré ou analogue. L'examen doit également porter sur l'effet de la distinction ou de la classification attaquée sur le plaignant. Dès qu'on accepte que ce ne sont pas toutes les distinctions et différenciations créées par la loi qui sont discriminatoires, on doit alors attribuer au par. 15(1) un rôle qui va au-delà de la simple reconnaissance d'une distinction légale. Un plaignant en vertu du par. 15(1) doit démontrer non seulement qu'il ne bénéficie pas d'un traitement égal devant la loi et dans la loi, ou encore que la loi a un effet particulier sur lui en ce qui concerne la protection ou le bénéfice qu'elle offre, mais encore que la loi a un effet discriminatoire sur le plan législatif.

Lorsqu'il y a discrimination, il y a violation du par. 15(1) et, lorsque le par. 15(2) ne s'applique pas, toute justification, tout examen du caractère raisonnable de la mesure législative et, en fait, tout examen des facteurs qui pourraient justifier la discrimination et appuyer la constitutionnalité de la mesure législative attaquée devraient se faire en vertu de l'article premier. Ce point de vue serait conforme aux directives données par cette Cour dans des arrêts antérieurs portant sur l'application de l'article premier et permettrait en même temps d'écarter les revendications manifestement futiles et vexatoires. À cet égard, il constituerait une façon pratique d'aborder le problème.

Il me semble évident que l'art. 42 de la *Barristers and Solicitors Act* établit une distinction entre ceux qui ont la citoyenneté canadienne et ceux qui ne l'ont pas au regard de la pratique du droit.

© 1989 CanLII 2 (SCC)

distinction would deny admission to the practice of law to non-citizens who in all other respects are qualified. Have the respondents, because of s. 42 of the Act, been denied equality before and under the law or the equal protection of the law? In practical terms it should be noted that the citizenship requirement affects only those non-citizens who are permanent residents. The permanent resident must wait for a minimum of three years from the date of establishing permanent residence status before citizenship may be acquired. The distinction therefore imposes a burden in the form of some delay on permanent residents who have acquired all or some of their legal training abroad and is, therefore, discriminatory.

The rights guaranteed in s. 15(1) apply to all persons whether citizens or not. A rule which bars an entire class of persons from certain forms of employment, solely on the grounds of a lack of citizenship status and without consideration of educational and professional qualifications or the other attributes or merits of individuals in the group, would, in my view, infringe s. 15 equality rights. Non-citizens, lawfully permanent residents of Canada, are — in the words of the U.S. Supreme Court in *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), at pp. 152-53, n. 4, subsequently affirmed in *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971), at p. 372 — a good example of a "discrete and insular minority" who come within the protection of s. 15.

Section 1

Having accepted the proposition that s. 42 has infringed the right to equality guaranteed in s. 15, it remains to consider whether, under the provisions of s. 1 of the *Charter*, the citizenship requirement which is clearly prescribed by law is a reasonable limit which can be "demonstrably justified in a free and democratic society".

The onus of justifying the infringement of a guaranteed *Charter* right must, of course, rest

Cette distinction empêcherait ceux qui n'ont pas la citoyenneté d'être admis à la pratique du droit même s'ils se qualifient à tous autres égards. Les intimés ont-ils, en raison de l'art. 42, été privés de l'égalité devant la loi et dans la loi, ou encore de l'égalité de protection de la loi? Il convient de noter qu'en pratique l'obligation d'être citoyen ne touche que ceux qui n'ont pas la citoyenneté et qui sont résidents permanents. Avant de pouvoir obtenir la citoyenneté, le résident permanent doit attendre un minimum de trois ans à compter de la date où il établit sa résidence permanente. La distinction impose ainsi un fardeau, sous la forme d'un délai, aux résidents permanents qui ont reçu, en totalité ou en partie, leur formation juridique à l'étranger, et elle est donc discriminatoire.

Les droits que garantit le par. 15(1) s'appliquent à tous sans égard à la citoyenneté. À mon avis, une règle qui exclut toute une catégorie de personnes de certains types d'emplois pour le seul motif qu'elles n'ont pas la citoyenneté et sans égard à leurs diplômes et à leurs compétences professionnelles ou sans égard aux autres qualités ou mérites d'individus faisant partie du groupe, porte atteinte aux droits à l'égalité de l'art. 15. Ceux qui n'ont pas la citoyenneté et qui résident légalement en permanence au Canada constituent un bon exemple, pour reprendre l'expression de la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), aux pp. 152 et 153, n. 4, confirmé par la suite dans l'arrêt *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971), à la p. 372, d'une [TRADUCTION] «minorité discrète et isolée» visée par la protection de l'art. 15.

L'article premier

Ayant reconnu que l'art. 42 a violé le droit à l'égalité garanti à l'art. 15, il reste à examiner si, en application des dispositions de l'article premier de la *Charte*, l'obligation d'être citoyen, clairement imposée par une règle de droit, est une limite raisonnable dont «la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique».

La responsabilité de justifier la violation d'un droit garanti par la *Charte* incombe évidemment

1989 CanLII 2 (SCC)

upon the parties seeking to uphold the limitation, in this case, the Attorney General of British Columbia and the Law Society of British Columbia. As is evident from the decisions of this Court, there are two steps involved in the s. 1 inquiry. First, the importance of the objective underlying the impugned law must be assessed. In *Oakes*, it was held that to override a *Charter* guaranteed right the objective must relate to concerns which are "pressing and substantial" in a free and democratic society. However, given the broad ambit of legislation which must be enacted to cover various aspects of the civil law dealing largely with administrative and regulatory matters and the necessity for the Legislature to make many distinctions between individuals and groups for such purposes, the standard of "pressing and substantial" may be too stringent for application in all cases. To hold otherwise would frequently deny the community-at-large the benefits associated with sound social and economic legislation. In my opinion, in approaching a case such as the one before us, the first question the Court should ask must relate to the nature and the purpose of the enactment, with a view to deciding whether the limitation represents a legitimate exercise of the legislative power for the attainment of a desirable social objective which would warrant overriding constitutionally protected rights. The second step in a s. 1 inquiry involves a proportionality test whereby the Court must attempt to balance a number of factors. The Court must examine the nature of the right, the extent of its infringement, and the degree to which the limitation furthers the attainment of the desirable goal embodied in the legislation. Also involved in the inquiry will be the importance of the right to the individual or group concerned, and the broader social impact of both the impugned law and its alternatives. As the Chief Justice has stated in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, *supra*, at pp. 768-69:

Both in articulating the standard of proof and in describing the criteria comprising the proportionality

aux parties qui cherchent à maintenir la restriction, savoir en l'espèce le procureur général de la Colombie-Britannique et la Law Society of British Columbia. Comme il ressort des arrêts de cette Cour, l'examen fondé sur l'article premier comporte deux étapes. Premièrement, il faut évaluer l'importance de l'objectif qui sous-tend la mesure législative attaquée. Dans l'arrêt *Oakes*, on a décidé que pour justifier la suppression d'un droit garanti par la *Charte*, l'objectif doit se rapporter à des préoccupations «urgentes et réelles» dans une société libre et démocratique. Cependant, étant donné la vaste portée des mesures législatives qui doivent être adoptées pour répondre à divers aspects du droit civil qui se rapportent dans une large mesure à des questions administratives et réglementaires, et compte tenu de la nécessité que la législature établisse de nombreuses distinctions entre les individus et les groupes à ces fins, il est possible que la norme des préoccupations «urgentes et réelles» soit trop stricte pour s'appliquer dans tous les cas. Prétendre le contraire aurait souvent pour effet de priver l'ensemble de la collectivité des bénéfices liés à une loi socio-économique juste. À mon avis, en abordant une affaire comme celle qui nous est soumise, la première question que devrait se poser le tribunal doit porter sur la nature et l'objet de la mesure législative en vue de décider si la restriction constitue un exercice légitime du pouvoir législatif visant à réaliser un objectif social souhaitable qui justifierait la suppression de droits garantis par la Constitution. La deuxième étape d'un examen fondé sur l'article premier comporte l'application d'un critère de proportionnalité, en vertu duquel le tribunal doit tenter de soupeser un certain nombre de facteurs. Le tribunal doit examiner la nature du droit, l'étendue de sa violation et jusqu'à quel point la restriction permet d'atteindre l'objectif souhaitable contenu dans la mesure législative. L'examen porte aussi sur l'importance du droit en question pour l'individu ou le groupe visé et sur l'effet social plus général de la mesure législative attaquée et de ses solutions de rechange. Comme le Juge en chef l'a dit dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, précité, aux pp. 768 et 769:

Tant dans son élaboration de la norme de preuve que dans sa description des critères qui comprennent l'exi-

requirement the Court has been careful to avoid rigid and inflexible standards.

I agree with this statement. There is no single test under s. 1; rather, the Court must carefully engage in the balancing of many factors in determining whether an infringement is reasonable and demonstrably justified.

The section 15(1) guarantee is the broadest of all guarantees. It applies to and supports all other rights guaranteed by the *Charter*. However, it must be recognized that Parliament and the Legislatures have a right and a duty to make laws for the whole community: in this process, they must make innumerable legislative distinctions and categorizations in the pursuit of the role of government. When making distinctions between groups and individuals to achieve desirable social goals, it will rarely be possible to say of any legislative distinction that it is clearly the right legislative choice or that it is clearly a wrong one. As stated by the Chief Justice in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, at pp. 781-82:

> A "reasonable limit" is one which, having regard to the principles enunciated in *Oakes*, it was reasonable for the legislature to impose. The courts are not called upon to substitute judicial opinions for legislative ones as to the place at which to draw a precise line.

In dealing with the many problems that arise legislatures must not be held to the standard of perfection, for in such matters perfection is unattainable. I would repeat the words of my colleague, La Forest J., in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, at p. 795:

> By the foregoing, I do not mean to suggest that this Court should, as a general rule, defer to legislative judgments when those judgments trench upon rights considered fundamental in a free and democratic society. Quite the contrary, I would have thought the *Charter* established the opposite regime. On the other hand, having accepted the importance of the legislative objective, one must in the present context recognize that if the legislative goal is to be achieved, it will inevitably be achieved to the detriment of some. Moreover, attempts to protect the rights of one group will also inevitably impose burdens on the rights of other groups. There is

gence de proportionnalité, la Cour a pris soin d'éviter de fixer des normes strictes et rigides.

Je suis d'accord avec cette affirmation. Il n'existe pas de critère unique en vertu de l'article premier; au contraire, la Cour doit soupeser avec soin un bon nombre de facteurs pour décider s'il s'agit d'une violation raisonnable dont la justification puisse être démontrée.

La garantie offerte par le par. 15(1) est la plus générale de toutes. Elle s'applique et sert d'appui à tous les autres droits garantis par la *Charte*. Il faut cependant reconnaître que le Parlement et les législatures ont le pouvoir et le devoir d'adopter des lois pour l'ensemble de la collectivité: ce faisant, ils doivent établir d'innombrables distinctions et catégorisations législatives en remplissant leur rôle de gouvernement. En établissant des distinctions entre des groupes et des individus en vue d'atteindre des objectifs sociaux souhaitables, il sera rarement possible de dire d'une distinction législative qu'elle constitue clairement le bon choix législatif ou le mauvais. Comme l'affirme le Juge en chef dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, aux pp. 781 et 782:

> Une «limite raisonnable» est une limite qui, compte tenu des principes énoncés dans l'arrêt *Oakes*, pouvait être raisonnablement imposée par le législateur. Les tribunaux ne sont pas appelés à substituer des opinions judiciaires à celles du législateur quant à l'endroit où tracer une ligne de démarcation.

Pour traiter les nombreux problèmes qui se présentent, la perfection ne peut être exigée du législateur puisqu'en ces matières elle n'existe pas. Je reprends les propos tenus par mon collègue le juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, à la p. 795:

> Par là, je ne veux pas laisser entendre que la Cour devrait, en règle générale, s'en remettre au bon jugement du législateur lorsque celui-ci porte atteinte à des droits considérés comme fondamentaux dans le cadre d'une société libre et démocratique. Bien au contraire, j'aurais pensé que la *Charte* établit le régime opposé. D'autre part, ayant reconnu l'importance de l'objectif du législateur en l'espèce, on se doit dans le présent contexte de reconnaître que, si l'objectif du législateur doit être atteint, il ne pourra l'être qu'au détriment de certains. En outre, toute tentative de protéger les droits d'un groupe grèvera inévitablement les droits d'autres

1989 CanLII 2 (SCC)

no perfect scenario in which the rights of all can be equally protected.

In seeking to achieve a goal that is demonstrably justified in a free and democratic society, therefore, a legislature must be given reasonable room to manoeuvre to meet these conflicting pressures.

groupes. Il n'y a pas de scénario parfait qui puisse permettre de protéger également les droits de tous.

Donc, en cherchant à atteindre un objectif dont il est démontré qu'il est justifié dans le cadre d'une société libre et démocratique, le législateur doit disposer d'une marge de manœuvre raisonnable pour répondre à ces pressions opposées.

Disposition

I now turn to the case at bar. The appellant Law Society in oral argument stressed three points. It argued that the Court of Appeal was correct in its analysis of the relationship between s. 15(1) and s. 1 of the *Charter* but that it erred in applying criteria properly to be considered in s. 1, in deciding whether there was a breach of s. 15(1). This argument has been discussed and disposed of above. It was further argued that the Court of Appeal erred in its consideration of the citizenship requirement in s. 42 of the *Barristers and Solicitors Act*, in failing to give proper weight to the importance of the role of the legal profession in the legal and governmental processes of the country and in failing to consider that Canadian citizenship could reasonably be regarded by the Legislature as a requirement for the practice of law. The Law Society argued as well that because of the important duties and powers accorded to lawyers, they do indeed play a vital role in the governmental processes of the country and that, while generally citizenship requirements are discriminatory in nature, the involvement of lawyers in the administration of justice justified the citizenship requirement. The Attorney General of British Columbia supported these arguments and, as well, argued that for the Court to intervene and strike down the citizenship requirement would exceed the proper limits of judicial review.

The respondents in general supported the judgment of the Court of Appeal. They argued that citizenship bears no clear relationship to an individual's personal and professional characteristics, and questioned the classification of lawyers as significant actors in the State, or governmental process. While conceding that a citizenship

Dispositif

Je reviens maintenant à la présente affaire. La Law Society appelante a fait valoir trois points lors de sa plaidoirie. Elle a soutenu que la Cour d'appel a correctement analysé le rapport entre le par. 15(1) et l'article premier de la *Charte*, mais qu'elle a commis une erreur en appliquant le critère propre à l'examen fondé sur l'article premier pour déterminer s'il y avait eu violation du par. 15(1). Cet argument a déjà fait l'objet d'un examen et d'une décision. On a également soutenu que la Cour d'appel a commis une erreur dans son examen de l'obligation d'être citoyen, contenue à l'art. 42 de la *Barristers and Solicitors Act*, en ne reconnaissant pas toute l'importance du rôle de la profession juridique dans les processus judiciaire et gouvernemental du pays et en ne considérant pas que la citoyenneté canadienne pouvait raisonnablement être perçue par la législature comme une condition de la pratique du droit. La Law Society a également soutenu qu'en raison des devoirs et des pouvoirs importants conférés aux avocats, ceux-ci jouent effectivement un rôle essentiel dans le processus gouvernemental du pays et que, bien que les exigences en matière de citoyenneté soient généralement de nature discriminatoire, la participation des avocats à l'administration de la justice justifiait l'obligation d'être citoyen. Le procureur général de la Colombie-Britannique a accordé son appui à ces arguments et a soutenu également que si la Cour intervenait et annulait l'obligation d'être citoyen, elle outrepasserait les limites logiques du contrôle judiciaire.

Les intimés ont dans l'ensemble accordé leur appui à l'arrêt de la Cour d'appel. Ils ont soutenu que la citoyenneté n'a aucun lien clair avec les caractéristiques personnelles et professionnelles d'une personne et ils ont mis en doute la qualification des avocats comme étant des acteurs importants au sein de l'État ou dans le processus gouver-

requirement for many intimately concerned with the governing processes of the country would be proper and sustainable, it was argued that the relationship of the legal profession to government and the administration of justice was not such that the citizenship requirement could be considered as a reasonable requirement and that any "general helpfulness" of the citizenship requirement, in attaining the objectives of the *Barristers and Solicitors Act*, could not suffice to justify this form of discrimination against an individual. In essence, the difference between the parties centred on the question of the importance of the legal profession in the government of the country.

There is no difficulty in determining that in general terms the *Barristers and Solicitors Act* of British Columbia is a statute enacted for a valid and desirable social purpose, the creation and regulation of the legal profession and the practice of law. The narrower question, however, is whether the requirement that only citizens be admitted to the practice of law in British Columbia serves a desirable social purpose of sufficient importance to warrant overriding the equality guarantee. It is incontestable that the legal profession plays a very significant — in fact, a fundamentally important — role in the administration of justice, both in the criminal and the civil law. I would not attempt to answer the question arising from the judgments below as to whether the function of the profession may be termed judicial or *quasi*-judicial, but I would observe that in the absence of an independent legal profession, skilled and qualified to play its part in the administration of justice and the judicial process, the whole legal system would be in a parlous state. In the performance of what may be called his private function, that is, in advising on legal matters and in representing clients before the courts and other tribunals, the lawyer is accorded great powers not permitted to other professionals. As pointed out by Taylor J. at first instance, by the use of the subpoena which he alone can procure on behalf of another, he can compel attendance upon examinations before trial and at trial upon pain of legal sanction for refusal. He may, as well, require the production of documental. Tout en reconnaissant que l'obligation d'être citoyen serait justifiable et défendable à l'égard de nombreuses personnes intimement liées au processus gouvernemental du pays, on a soutenu que les rapports qu'entretenait la profession juridique avec le gouvernement ainsi qu'avec l'administration de la justice n'étaient pas de nature à permettre de considérer comme raisonnable l'obligation d'être citoyen et que [TRADUCTION] «l'utilité générale» de cette condition pour ce qui était de réaliser les objectifs de la *Barristers and Solicitors Act* ne pouvait suffire pour justifier cette forme de discrimination à l'égard d'un individu. La différence entre les thèses des parties porte essentiellement sur l'importance de la profession juridique dans le gouvernement du pays.

On peut affirmer sans difficulté que, de façon générale, l'adoption de la *Barristers and Solicitors Act* de la Colombie-Britannique vise un objectif social régulier et souhaitable, soit l'établissement et la réglementation de la profession juridique et de la pratique du droit. Toutefois, la question plus restreinte qui se pose est de savoir si l'exigence que seuls les citoyens soient admis à la pratique du droit en Colombie-Britannique sert un objectif social souhaitable d'une importance suffisante pour justifier la suppression de la garantie d'égalité. Il est incontestable que la profession juridique joue un rôle très important et, en fait, un rôle d'une importance fondamentale dans l'administration de la justice tant en matière criminelle qu'en matière civile. Je n'essaierai pas de répondre à la question que soulèvent les décisions des tribunaux d'instance inférieure et qui consiste à savoir si le rôle de la profession juridique peut être qualifié de judiciaire ou de quasi judiciaire, mais je soulignerai qu'en l'absence d'une profession juridique indépendante, possédant l'expérience et les compétences nécessaires à l'exercice de son rôle dans l'administration de la justice et le processus judiciaire, le système juridique en entier serait dans un état précaire. Dans l'exercice de ce que l'on pourrait appeler ses fonctions de nature privée, c'est-à-dire, en jouant le rôle de conseiller juridique et de représentant de clients devant les tribunaux judiciaires et autres, l'avocat se voit conférer de vastes pouvoirs non consentis aux membres d'autres professions libérales. Comme le soulignait le juge

1989 CanLII 2 (SCC)

ments and records for examination and use in the proceedings. He may in some cases require the summoning of jurors, the sittings of courts and, in addition, he may make the fullest inquiry into the matters before the court with a full privilege against actions for slander arising out of his conduct in the court. The solicitor is also bound by the solicitor and client privilege against the disclosure of communications with his client concerning legal matters. This is said to be the only absolute privilege known to the law. Not only may the solicitor decline to disclose solicitor and client communications, the courts will not permit him to do so. This is a privilege against all comers, including the Crown, save where the disclosure of a crime would be involved. The responsibilities involved in its maintenance and in its breach where crimes are concerned are such that citizenship with its commitment to the welfare of the whole community is not an unreasonable requirement for the practice of law. While it may be arguable whether the lawyer exercises a judicial, *quasi*-judicial, or governmental role, it is clear that at his own discretion he can invoke the full force and authority of the State in procuring and enforcing judgments or other remedial measures which may be obtained. It is equally true that in defending an action he has the burden of protecting his client from the imposition of such state authority and power. By any standard, these powers and duties are vital to the maintenance of order in our society and the due administration of the law in the interest of the whole community.

The lawyer has, as well, what may be termed a public function. Governments at all levels, federal, provincial and municipal, rely extensively upon lawyers, both in technical and policy matters. In the drafting of legislation, regulations, treaties,

Taylor en première instance, l'avocat peut, au moyen du subpoena qu'il est le seul à pouvoir obtenir au nom d'un autre, contraindre un témoin à se présenter à un interrogatoire préalable et à un procès, sous peine de sanction prévue par la loi. Il peut également exiger la production de documents et de dossiers en vue d'un interrogatoire et de leur utilisation dans les procédures. Il peut parfois demander que des jurés soient assignés, que des tribunaux siègent et il peut, en outre, effectuer l'examen le plus complet des questions soumises au tribunal et bénéficier d'une immunité absolue contre les actions en diffamation découlant de sa conduite devant le tribunal. L'avocat est également lié par le secret professionnel qui lui interdit de divulguer les renseignements que son client lui communique relativement à des procédures judiciaires. Il s'agit là, dit-on, du seul privilège absolu que l'on connaisse en droit. Non seulement l'avocat peut-il refuser de divulguer les renseignements que lui communique son client, mais encore les tribunaux ne l'autoriseront pas à le faire. Ce privilège est opposable à tous, y compris à la Couronne, sauf s'il est question de la découverte d'un crime. Les responsabilités liées à sa préservation et à sa violation, lorsqu'il est question d'un crime, sont telles que la citoyenneté et l'engagement qu'elle comporte envers le bien-être de toute la collectivité ne constituent pas une exigence déraisonnable pour pratiquer le droit. Bien que la question de savoir si l'avocat exerce un rôle judiciaire, quasi judiciaire ou gouvernemental soit discutable, il est clair qu'il lui est loisible d'invoquer l'autorité et les pleins pouvoirs de l'État pour obtenir et mettre à exécution des jugements et autres mesures de redressement qui peuvent être obtenues. Il est également vrai qu'à titre d'avocat de la défense, il a l'obligation de protéger son client contre l'exercice de cette autorité et de ces pouvoirs de l'État. Peu importe la norme qu'on applique, ces pouvoirs et fonctions sont essentiels au maintien de l'ordre dans notre société et à l'application régulière de la loi dans l'intérêt de toute la collectivité.

L'avocat exerce aussi ce que l'on peut appeler des fonctions de nature publique. Tous les gouvernements, fédéral, provinciaux et municipaux, comptent beaucoup sur les avocats en matière de procédure et d'élaboration de politiques. Les avo-

1989 CanLII 2 (SCC)

agreements and other governmental documents and papers lawyers play a major role. In various aspects of this work they are called upon to advise upon legal and constitutional questions which frequently go to the very heart of the governmental role. To discharge these duties, familiarity is required with Canadian history, constitutional law, regional differences and concerns within the country and, in fact, with the whole Canadian governmental and political process. It is entirely reasonable, then, that legislators consider and adopt measures designed to maintain within the legal profession a body of qualified professionals with a commitment to the country and to the fulfilment of the important tasks which fall to it.

McLachlin J.A. was of the view that the citizenship requirement would not ensure familiarity with Canadian institutions and customs, nor would it ensure a commitment to Canada going beyond one involved in the concept of allegiance, as recognized by the taking of an oath of allegiance. I would agree with her that the desired results would not be insured by the citizenship requirement but I would observe, at the same time, that no law will ever ensure anything. To abolish the requirement of citizenship on the basis that it would fail to insure the attainment of its objectives would, in my view, be akin to abolishing the law against theft, for it has certainly not insured the elimination of that crime. Citizenship, however, which requires the taking on of obligations and commitments to the community, difficult sometimes to describe but felt and understood by most citizens, as well as the rejection of past loyalties may reasonably be said to conduce to the desired result.

I would observe, as well, that the comment of McLachlin J.A. that the citizenship requirement was first adopted in British Columbia in 1971 requires some explanation. I do not think that the historical argument should be pushed too far: things need not always remain as once they were although, as noted in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*

cats jouent un rôle capital dans la rédaction de lois, de règlements, de traités, d'accords et d'autres documents gouvernementaux. Ils sont appelés, dans divers aspects de ce travail, à donner des avis sur des questions juridiques et constitutionnelles qui, fréquemment, touchent directement à la fonction de gouvernement. L'exécution de ces fonctions exige de l'avocat qu'il connaisse bien l'histoire du Canada, le droit constitutionnel, les disparités et les préoccupations régionales au sein du pays et, en fait, tout le processus gouvernemental et politique canadien. Il est alors tout à fait raisonnable que les législateurs examinent et adoptent des mesures pour assurer la présence au sein de la profession juridique d'un ensemble de professionnels compétents, engagés envers le pays et dévoués à l'exécution des tâches importantes qui leur incombent.

Le juge McLachlin était d'avis que l'obligation d'être citoyen ne permettait pas de garantir la familiarité avec les institutions et les coutumes canadiennes, pas plus qu'elle ne permettait de garantir un engagement envers le Canada allant au-delà de celui inhérent à la notion d'allégeance, que représente la prestation du serment d'allégeance. Je suis d'accord avec elle pour dire que l'obligation d'être citoyen ne permettait pas d'assurer la réalisation des résultats souhaités, mais je tiens à souligner en même temps qu'aucune loi ne peut tout garantir. Abolir l'obligation d'être citoyen pour le motif qu'elle ne permettait pas d'assurer la réalisation de ses objectifs me semble revenir au même qu'abolir la règle de droit interdisant de voler puisque cette règle n'a sûrement pas assuré l'élimination de ce crime. Cependant, on peut raisonnablement affirmer que la citoyenneté, qui comporte des obligations et des engagements qui sont parfois difficiles à définir mais que ressentent et comprennent la plupart des citoyens, ainsi que la renonciation à d'anciennes allégeances, mène au résultat souhaité.

Je tiens également à souligner que la remarque du juge McLachlin selon laquelle l'obligation d'être citoyen a d'abord été adoptée en Colombie-Britannique en 1971 exige certaines explications. Je ne crois pas qu'il faille trop insister sur l'argument historique. Les choses peuvent changer, même si comme on l'a souligné dans l'arrêt *R. c.*

1989 CanLII 2 (SCC)

and *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, *supra*, *Charter* construction should be consistent with the history, traditions and social philosophies of our society. The concept of citizenship has been a requirement for entry into the legal profession in British Columbia from its earliest days. When the Law Society was formed in 1874 the profession was open to British subjects. At that time, the idea of a separate Canadian citizenship, as distinct from the general classification of British subject which included Canadians, was scarcely known — though as early as 1910, *Immigration Act*, S.C. 1910, c. 27, the term "Canadian citizen" was defined for the purposes of the *Immigration Act* as a "British subject who has Canadian domicile". The concept of citizenship in those early days was embodied in the expression, British subject, and thus it was recognized as a requirement for entry into the legal profession in British Columbia. As Canada moved away from its colonial past, a separate identity for Canadians emerged and in 1946 with the passage of *The Canadian Citizenship Act*, S.C. 1946, c. 15, the term, Canadian citizen, was formally recognized, giving effect to what had long been felt and accepted by most Canadians. In adopting the term as a qualification for entry into the legal profession in British Columbia, the Legislature was merely continuing its earlier requirement that the concept of citizenship, as then recognized in the term "British subject", be necessary for entry into the profession.

Public policy, of which the citizenship requirement in the *Barristers and Solicitors Act* is an element, is for the Legislature to establish. The role of the *Charter*, as applied by the courts, is to ensure that in applying public policy the Legislature does not adopt measures which are not sustainable under the *Charter*. It is not, however, for the courts to legislate or to substitute their views on public policy for those of the Legislature. I would repeat for ease of reference the words of the Chief Justice in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, *supra*, at pp. 781-82:

Big M Drug Mart Ltd. et le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, précités, l'interprétation de la *Charte* devrait être conforme à l'histoire, aux traditions et aux philosophies sociales de notre société. La citoyenneté est une condition d'admission à la profession juridique en Colombie-Britannique depuis le tout début. Lorsque la Law Society a été formée en 1874, les sujets britanniques pouvaient y être admis. À cette époque, l'idée d'une citoyenneté canadienne distincte de la classification générale des sujets britanniques qui comprenait les Canadiens était peu répandue, bien que dès 1910 on définissait l'expression «citoyen canadien» ou «citoyen du Canada», pour les fins de la *Loi de l'immigration*, S.C. 1910, chap. 27, comme désignant un «sujet britannique qui a un domicile au Canada». La notion de citoyenneté était, à cette époque, comprise dans l'expression «sujet britannique» et c'est ainsi qu'elle est devenue une condition d'admission à la profession juridique en Colombie-Britannique. Le Canada se détachant de son passé colonial, les Canadiens se sont retrouvés avec une identité distincte et l'expression «citoyen canadien» a été officiellement reconnue en 1946 avec l'adoption de la *Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.C. 1946, chap. 15, mettant ainsi à effet ce que la plupart des Canadiens ressentaient et acceptaient depuis longtemps. En adoptant l'expression comme condition d'admission à la profession juridique en Colombie-Britannique, la législature n'a fait que respecter ce qu'elle avait toujours exigé, c'est-à-dire que la citoyenneté, reconnue alors dans l'expression «sujet britannique», soit nécessaire à l'admission à la profession.

Il appartient à la législature d'établir la politique générale dont fait partie l'obligation d'être citoyen prescrite dans la *Barristers and Solicitors Act*. Le rôle de la *Charte*, appliquée par les tribunaux, est de veiller à ce que la législature, en appliquant cette politique générale, n'adopte pas de mesures qui ne puissent être défendables en vertu de la *Charte*. Cependant, il n'appartient pas aux tribunaux de légiférer ou de substituer leur opinion en matière de politique générale à celle de la législature. Pour en faciliter la consultation, je vais reprendre les propos tenus par le Juge en chef dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, précité, aux pp. 781 et 782:

1989 CanLII 2 (SCC)

A "reasonable limit" is one which having regard to the principles enunciated in *Oakes*, it was reasonable for the legislature to impose. The courts are not called upon to substitute judicial opinions for legislative ones as to the place at which to draw a precise line.

Une «limite raisonnable» est une limite qui, compte tenu des principes énoncés dans l'arrêt *Oakes*, pouvait être raisonnablement imposée par le législateur. Les tribunaux ne sont pas appelés à substituer des opinions judiciaires à celles du législateur quant à l'endroit où tracer une ligne de démarcation.

The function of the Court is to measure the legislative enactment against the requirements of the *Charter* and where the enactment infringes the *Charter*, in this case the provisions of s. 15(1), and is not sustainable under s. 1, the remedial power of the Court is set out in s. 52 of the *Constitution Act, 1982*: "any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect".

Le rôle des tribunaux consiste à soupeser la mesure législative en fonction des exigences de la *Charte* et, lorsque la mesure porte atteinte à la *Charte*, en l'espèce les dispositions du par. 15(1), et ne peut être défendable en vertu de l'article premier, le pouvoir de redressement des tribunaux est établi à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*: «La Constitution [. . .] rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.»

The essence of s. 1 is found in the expression "reasonable" and it is for the Court to decide if s. 42 of the *Barristers and Solicitors Act* of British Columbia is a reasonable limit. In reaching the conclusion that it is, I would say that the legislative choice in this regard is not one between an answer that is clearly right and one that is clearly wrong. Either position may well be sustainable and, as noted by the Chief Justice, *supra*, the Court is not called upon to substitute its opinion as to where to draw the line. The Legislature in fixing public policy has chosen the citizenship requirement and, unless the Court can find that choice unreasonable, it has no power under the *Charter* to strike it down or, as has been said, no power to invade the legislative field and substitute its views for that of the Legislature. In my view, the citizenship requirement is reasonable and sustainable under s. 1. It is chosen for the achievement of a desirable social goal: one aspect of the due regulation and qualification of the legal profession. This is an objective of importance and the measure is not disproportionate to the object to be attained. The maximum delay imposed upon the non-citizen from the date of acquisition of permanent resident status is three years. It will frequently be less. No impediment is put in the way of obtaining citizenship. In fact, the policy of the Canadian government is to encourage the newcomer to become a citizen. It is reasonable, in my view, to expect that the newcomer who seeks to gain the privileges and status within the land and the right to exercise the

L'essence de l'article premier réside dans le terme «raisonnables» et il appartient à la Cour de décider si l'art. 42 de la *Barristers and Solicitors Act* de la Colombie-Britannique constitue une limite raisonnable. En décidant qu'il s'agit d'une limite raisonnable, je dirais que le choix de la législature à cet égard ne s'exerce pas entre une mesure qui est nettement bonne et une autre qui est nettement mauvaise. Les deux mesures peuvent bien être défendables et comme le Juge en chef l'a affirmé dans l'arrêt précité, la Cour n'est pas appelée à substituer son opinion quant à l'endroit où tracer la ligne de démarcation. En établissant la politique générale, la législature a choisi l'obligation d'être citoyen et, à moins que la Cour ne soit en mesure de déclarer ce choix déraisonnable, la *Charte* ne lui confère pas le pouvoir de l'annuler ni, comme on l'a déjà dit, de s'immiscer dans le champ législatif et de substituer son opinion à celle de la législature. À mon avis, l'obligation d'être citoyen est raisonnable et défendable en vertu de l'article premier. On l'a choisie en vue d'atteindre un objectif social souhaitable: un aspect de la réglementation et des compétences nécessaires de la profession juridique. Il s'agit d'un objectif important et la mesure n'est pas disproportionnée à l'objectif à atteindre. Le délai maximal imparti à celui qui n'a pas la citoyenneté pour devenir citoyen canadien est de trois ans à compter de la date où il acquiert son statut de résident permanent. Ce délai est souvent moindre. L'obtention de la citoyenneté n'est contrecarrée par aucun obsta-

1989 CanLII 2 (SCC)

great powers that admission to the practice of law will give should accept citizenship and its obligations as well as its advantages and benefits. I would therefore allow the appeal and restore the judgment at trial. I would answer the constitutional questions as follows:

Q. (1) Does the Canadian citizenship requirement to be a lawyer in the province of British Columbia as set out in s. 42 of the *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, c. 26 infringe or deny the rights guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A. Yes.

Q. (2) If the Canadian citizenship requirement to be a lawyer in the province of British Columbia as set out in s. 42 of the *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, c. 26 infringes or denies the rights guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is it justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A. Yes.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—This case concerns the application to aliens of the "equality" provision of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 15(1), which for convenience of reference I reproduce here:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

At issue is whether s. 42 of the *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, c. 26, by restricting admission to the Bar of British Columbia to Canadian citizens, violates s. 15(1).

cle. D'ailleurs, la politique du gouvernement du Canada est d'encourager les nouveaux arrivants à devenir citoyens canadiens. À mon avis, il est raisonnable de s'attendre à ce que les nouveaux arrivants, qui cherchent à obtenir les privilèges et le statut propres au pays et le droit d'exercer les vastes pouvoirs que confère l'admission à la pratique du droit, acceptent la citoyenneté et ses obligations au même titre que ses avantages et bénéfices. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, de rétablir le jugement de première instance et de répondre ainsi aux questions constitutionnelles:

Q. (1) L'obligation d'être citoyen canadien pour être avocat dans la province de la Colombie-Britannique, prévue à l'art. 42 de la *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 26, porte-t-elle atteinte aux droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

R. Oui.

Q. (2) Si l'obligation d'être citoyen canadien pour être avocat dans la province de la Colombie-Britannique, prévue à l'art. 42 de la *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 26, porte atteinte aux droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, est-elle justifiée par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

R. Oui.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—Cette affaire porte sur l'application aux étrangers de la disposition en matière d'«égalité» du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, que je reproduis ici pour en faciliter le renvoi:

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

La question en litige est de savoir si l'art. 42 de la *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 26, viole le par. 15(1) en limitant l'admission au Barreau de la Colombie-Britannique aux citoyens canadiens.

1989 CanLII 2 (SCC)

My colleague, Justice McIntyre, has set forth the facts and the judicial history of this appeal and it is unnecessary for me to repeat them. Nor need I enter into an extensive examination of the law regarding the meaning of s. 15(1), because in so far as it is relevant to this appeal I am in substantial agreement with the views of my colleague. I hasten to add that the relevant question as I see it is restricted to whether the impugned provision amounts to discrimination in the sense in which my colleague has defined it, i.e., on the basis of "irrelevant personal differences" such as those listed in s. 15 and, traditionally, in human rights legislation.

I am not prepared to accept at this point that the only significance to be attached to the opening words that refer more generally to equality is that the protection afforded by the section is restricted to discrimination through the application of law. It is possible to read s. 15 in this way and I have no doubt that on any view redress against that kind of discrimination will constitute the bulk of the courts' work under the provision. Moreover, from the manner in which it was drafted, I also have no doubt that it was so intended. However, it can reasonably be argued that the opening words, which take up half the section, seem somewhat excessive to accomplish the modest role attributed to them, particularly having regard to the fact that s. 32 already limits the application of the *Charter* to legislation and governmental activity. It may also be thought to be out of keeping with the broad and generous approach given to other *Charter* rights, not the least of which is s. 7, which like s. 15 is of a generalized character. In the case of s. 7, it will be remembered, the Court has been at pains to give real meaning to each word of the section so as to ensure that the rights to life, liberty and security of the person are separate, if closely related rights.

Mon collègue le juge McIntyre a présenté un énoncé des faits et un historique des procédures de cette affaire et je n'ai pas à les reprendre ici. Il ne m'est pas nécessaire non plus d'entreprendre un examen en profondeur de l'état du droit concernant le sens du par. 15(1) parce que dans la mesure où cela est pertinent en l'espèce, je partage essentiellement l'opinion de mon collègue. Je m'empresse d'ajouter qu'à mon avis la question pertinente consiste seulement à savoir si la disposition contestée constitue de la discrimination au sens où l'a définie mon collègue, c.-à-d. de la discrimination fondée sur des [TRADUCTION] «différences personnelles non pertinentes» comme celles qui sont énumérées à l'art. 15 et qui se retrouvent traditionnellement dans les lois sur les droits de la personne.

Je ne suis pas disposé à accepter, pour l'instant, que la seule signification qu'il faut prêter aux termes préliminaires qui se rapportent plus généralement à l'égalité, c'est que la protection accordée par l'article est restreinte à la discrimination qui résulte de l'application de la loi. Il est possible d'interpréter l'art. 15 de cette façon et je suis certain que, de toute manière, le redressement contre ce genre de discrimination constituera la majeure partie du travail que les tribunaux seront appelés à effectuer sous le régime de cette disposition. De plus, je suis également certain, compte tenu de la façon dont l'article a été rédigé, que c'est ce qu'on a voulu. Cependant, on peut raisonnablement prétendre que les termes préliminaires, qui représentent la moitié de l'article, semblent quelque peu démesurés pour accomplir le modeste rôle qui leur est attribué, surtout si l'on tient compte du fait que l'art. 32 limite déjà l'application de la *Charte* aux lois et aux activités gouvernementales. Il est également permis de croire qu'ils ne s'accordent pas avec l'interprétation large et libérale donnée aux autres droits de la *Charte*, notamment à l'art. 7 qui, à l'instar de l'art. 15, est de nature générale. Dans le cas de l'art. 7, on se souviendra que la Cour s'est efforcée d'attribuer à chaque terme de l'article son sens véritable afin d'assurer que les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne soient distincts quoique intimement liés.

1989 CanLII 2 (SCC)

That having been said, I am convinced that it was never intended in enacting s. 15 that it become a tool for the wholesale subjection to judicial scrutiny of variegated legislative choices in no way infringing on values fundamental to a free and democratic society. Like my colleague, I am not prepared to accept that all legislative classifications must be rationally supportable before the courts. Much economic and social policy-making is simply beyond the institutional competence of the courts: their role is to protect against incursions on fundamental values, not to second guess policy decisions.

I realize that it is no easy task to distinguish between what is fundamental and what is not and that in this context this may demand consideration of abstruse theories of equality. For example, there may well be legislative or governmental differentiation between individuals or groups that is so grossly unfair to an individual or group and so devoid of any rational relationship to a legitimate state purpose as to offend against the principle of equality before and under the law as to merit intervention pursuant to s. 15. For these reasons I would think it better at this stage of *Charter* development to leave the question open. I am aware that in the United States, where Holmes J. has referred to the equal protection clause there as the "last resort of constitutional arguments" (*Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927), at p. 208), the courts have been extremely reluctant to interfere with legislative judgment. Still, as I stated, there may be cases where it is indeed the last constitutional resort to protect the individual from fundamental unfairness. Assuming there is room under s. 15 for judicial intervention beyond the traditionally established and analogous policies against discrimination discussed by my colleague, it bears repeating that considerations of institutional functions and resources should make courts extremely wary about questioning legislative and governmental choices in such areas.

Cela étant dit, je suis convaincu qu'en adoptant l'art. 15 on n'a jamais voulu qu'il serve à assujettir systématiquement à l'examen judiciaire des choix législatifs disparates qui ne portent aucunement atteinte aux valeurs fondamentales d'une société libre et démocratique. À l'instar de mon collègue, je ne suis pas prêt à accepter que toutes les classifications législatives doivent être rationnellement défendables devant les tribunaux. Une bonne partie de la formulation des politiques en matière socio-économique ne relève tout simplement pas de la compétence institutionnelle des tribunaux: leur rôle est d'assurer une protection contre les empiétements sur des valeurs fondamentales et non de vérifier des décisions de principe.

Je conçois que ce n'est pas une mince tâche que de distinguer ce qui est fondamental de ce qui ne l'est pas et que, dans ce contexte, il puisse se révéler nécessaire d'examiner d'obscures théories de l'égalité. Par exemple, il se peut fort bien qu'une différenciation d'individus ou de groupes par une loi ou un gouvernement s'avère tellement injuste pour un individu ou un groupe et tellement dénuée de tout lien rationnel avec un objectif légitime de l'État qu'elle viole le principe de l'égalité devant la loi et dans la loi et justifie ainsi une intervention conformément à l'art. 15. Pour ces motifs, je pense qu'il est préférable à cette étape de l'évolution de la *Charte* de laisser la question en suspens. Je sais qu'aux États-Unis, où le juge Holmes a qualifié la disposition sur l'égalité de protection qu'on y trouve [TRADUCTION] d'«argument constitutionnel de dernier ressort» (*Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927), à la p. 208), les tribunaux hésitent énormément à intervenir dans les décisions législatives. Néanmoins, comme je l'ai affirmé, il peut y avoir des cas où elle constitue effectivement le dernier recours constitutionnel visant à protéger l'individu contre une injustice fondamentale. À supposer que les tribunaux puissent, en vertu de l'art. 15, intervenir au-delà des politiques traditionnelles et analogues de non-discrimination analysées par mon collègue, il convient de répéter que, pour des considérations de fonctions et de ressources institutionnelles, les tribunaux devraient hésiter au plus haut point à remettre en question les choix législatifs et gouvernementaux dans ces domaines.

1989 CanLII 16 (SCC)

As I have indicated, however, this issue does not arise here. For we are concerned in this case with whether or not the legislation amounts to discrimination of a kind similar to those enumerated in s. 15. It was conceded that the impugned legislation does distinguish the respondents from other persons on the basis of a personal characteristic which shares many similarities with those enumerated in s. 15. The characteristic of citizenship is one typically not within the control of the individual and, in this sense, is immutable. Citizenship is, at least temporarily, a characteristic of personhood not alterable by conscious action and in some cases not alterable except on the basis of unacceptable costs.

Moreover, non-citizens are an example without parallel of a group of persons who are relatively powerless politically, and whose interests are likely to be compromised by legislative decisions. History reveals that Canada did not for many years resist the temptation of enacting legislation the animating rationale of which was to limit the number of persons entering into certain employment. Discrimination on the basis of nationality has from early times been an inseparable companion of discrimination on the basis of race and national or ethnic origin, which are listed in s. 15. Professor Ivan L. Head traces the history of this intolerance in Canada, from early common law restrictions on inheritance and landowning to more modern developments; see "The Stranger in Our Midst: A Sketch of the Legal Status of the Alien in Canada", [1964] *Can. Yearbook of International Law* 107. Especially germane to this issue are the many instances Professor Head recites of provincial legislation aimed at reducing the opportunities available to aliens in the workplace (pp. 127-28). Since some impediment to these strategies existed by reason of the federal legislative power over naturalization and aliens (see *Union Colliery Company of British Columbia v. Bryden*, [1899] A.C. 580), the provinces had recourse to a number of devices to achieve its objectives. Thus, as Head points out at p. 128, "inclusion on the voter's list became a prerequisite for all sorts of economic activity: for admission to professional societies, for obtaining land logger's licences; for obtaining a

Comme je l'ai cependant indiqué, cette question ne se pose pas ici. En effet, nous nous intéressons en l'espèce à la question de savoir si la mesure législative établit une discrimination d'un genre semblable à celles énumérées à l'art. 15. On a reconnu que la mesure législative contestée distingue les intimés d'autres personnes en fonction d'une caractéristique personnelle qui comporte plusieurs traits communs avec celles énumérées à l'art. 15. La citoyenneté est une caractéristique qui, normalement, ne relève pas du contrôle de l'individu et, dans ce sens, elle est immuable. La citoyenneté est, temporairement du moins, une caractéristique personnelle qu'on ne peut modifier par un acte volontaire et qu'on ne peut, dans certains cas, modifier qu'à un prix inacceptable.

En outre, les gens qui n'ont pas la citoyenneté constituent un exemple unique d'un groupe de personnes qui sont relativement dépourvues de pouvoir politique et dont les intérêts risquent d'être compromis par des décisions législatives. L'histoire nous apprend que, pendant de nombreuses années, le Canada n'a pas résisté à la tentation d'adopter des lois visant essentiellement à limiter le nombre de personnes qui pouvaient accéder à certains emplois. La discrimination fondée sur la nationalité a, depuis les tout débuts, toujours accompagné la discrimination fondée sur la race et sur l'origine nationale ou ethnique qui sont des motifs énumérés à l'art. 15. Le professeur Ivan L. Head fait l'historique de cette intolérance au Canada depuis les premières restrictions apportées par la *common law* aux droits de succession et de propriété foncière jusqu'à nos jours; voir «The Stranger in Our Midst: A Sketch of the Legal Status of the Alien in Canada», [1964] *Can. Yearbook of International Law* 107. Le professeur Head donne un bon nombre d'exemples, qui s'apparentent particulièrement à cette question, de lois provinciales visant à réduire les chances offertes aux étrangers dans le milieu du travail (pp. 127 et 128). Parce que ces stratégies faisaient face à certains obstacles découlant du pouvoir fédéral de légiférer en matière de naturalisation et d'aubains (voir *Union Colliery Company of British Columbia v. Bryden*, [1899] A.C. 580), les provinces devaient recourir à un certain nombre de mécanismes en vue de réaliser leurs objectifs. Ainsi, comme le souligne le profes-

1989 CanLII 2 (SCC)

beer licence." Restrictions regarding professions and trades were not limited to the legal profession; they extended to pharmacists, optometrists, bankers and others.

seur Head, à la p. 128, [TRADUCTION] «l'inscription sur la liste électorale devint une condition préalable à l'exercice de toutes sortes d'activités économiques: pour être admis à des corporations professionnelles, pour obtenir un permis de coupe de bois, pour obtenir un permis de vente de bière». Les restrictions applicables aux métiers et aux professions ne visaient pas seulement la profession juridique; elles s'appliquaient aussi aux pharmaciens, aux optométristes et aux banquiers notamment.

As Professor Head observes, the nation has gained maturity in this area and legislation aimed at creating "closed-door types of labour legislation" respecting aliens has tended to disappear. Here there was no allegation that the purpose of the legislation was based on discriminatory considerations; the argument centred rather around the adverse effects of the legislation. There is no real dispute that such adverse effects exist. The trial judge, Taylor J., set forth a number of situations, and there are certainly others, where this legislation could detrimentally affect a permanent resident of Canada who has not yet attained citizenship, the group which would normally be affected by the legislation. It can seriously delay them, frequently as they await the period necessary to acquire citizenship, in entering into the profession of their choice, a matter which, of course, may have important long-term implications for their future careers.

Comme le fait remarquer le professeur Head, le pays a atteint une certaine maturité dans ce domaine et les lois qui visaient à empêcher les étrangers d'occuper certains emplois ont eu tendance à disparaître. En l'espèce, les parties n'ont pas prétendu que l'objet de la loi en question était fondé sur des considérations discriminatoires; les arguments ont plutôt porté sur les effets préjudiciables de cette mesure législative. Personne ne conteste vraiment l'existence de ces effets préjudiciables. Le juge Taylor de première instance a fait état d'un certain nombre de situations, et il en existe certainement d'autres, où cette loi pourrait causer un préjudice à un résident permanent du Canada qui n'a pas encore obtenu la citoyenneté et qui fait partie du groupe qui serait normalement touché par la Loi. Parce qu'ils doivent souvent attendre l'expiration du délai nécessaire à l'obtention de la citoyenneté, la mesure législative peut sérieusement retarder leur admission à l'exercice de la profession de leur choix, ce qui risque évidemment d'avoir des répercussions importantes à long terme sur leur carrière future.

There is no question that citizenship may, in some circumstances, be properly used as a defining characteristic for certain types of legitimate governmental objectives. I am sensitive to the fact that citizenship is a very special status that not only incorporates rights and duties but serves a highly important symbolic function as a badge identifying people as members of the Canadian polity. Nonetheless, it is, in general, irrelevant to the legitimate work of government in all but a limited number of areas. By and large, the use in legislation of citizenship as a basis for distinguishing between persons, here for the purpose of condi-

Il ne fait aucun doute que la citoyenneté peut, dans certains cas, servir à bon droit de caractéristique distinctive relativement à certains types d'objectifs légitimes du gouvernement. Je suis sensible au fait que la citoyenneté confère un statut très particulier qui ne comporte pas seulement des droits et des obligations, mais qui remplit la fonction très importante de symbole identifiant les gens comme membres de l'État canadien. Néanmoins, la citoyenneté n'a généralement rien à voir avec les activités légitimes d'un gouvernement, si ce n'est dans un nombre restreint de domaines. Dans l'ensemble, l'emploi dans une mesure législative de la

1989 CanLII 2 (SCC)

tioning access to the practice of a profession, harbours the potential for undermining the essential or underlying values of a free and democratic society that are embodied in s. 15. Our nation has throughout its history drawn strength from the flow of people to our shores. Decisions unfairly premised on citizenship would be likely to "inhibit the sense of those who are discriminated against that Canadian society is not free or democratic as far as they are concerned and . . . such persons are likely not to have faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society, or to have confidence that they can freely and without obstruction by the state pursue their and their families' hopes and expectations of vocational and personal development" (*Kask v. Shimizu*, [1986] 4 W.W.R. 154, at p. 161, per McDonald J. (Alta. Q.B.))

citoyenneté comme motif de distinction entre individus, en l'espèce pour conditionner l'accès à l'exercice d'une profession, comporte le risque de miner les valeurs essentielles ou fondamentales d'une société libre et démocratique qui sont enchâssées à l'art. 15. Tout au long de son histoire, notre pays a tiré sa force des gens qui sont venus l'habiter. Les décisions fondées injustement sur la citoyenneté seraient susceptibles de [TRADUCTION] «laisser croire à ceux qui sont victimes de discrimination que la société canadienne n'est pas libre et démocratique en ce qui les concerne et [. . .] ces personnes risquent de ne pas avoir confiance dans les institutions politiques et sociales qui favorisent la participation des individus et des groupes dans la société et de ne pas croire qu'elles peuvent librement et sans entrave de la part de l'État poursuivre la réalisation de leurs aspirations et attentes, ainsi que de celles de leur famille, en matière de carrière et d'épanouissement personnel» (*Kask v. Shimizu*, [1986] 4 W.W.R. 154, à la p. 161, le juge McDonald (B.R. Alb.))

While it cannot be said that citizenship is a characteristic which "bears no relation to the individual's ability to perform or contribute to society" (*Fontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973), at p. 686), it certainly typically bears an attenuated sense of relevance to these. That is not to say that no legislative conditioning of benefits (for example) on the basis of citizenship is acceptable in the free and democratic society that is Canada, merely that legislation purporting to do so ought to be measured against the touchstone of our Constitution. It requires justification.

Bien qu'on ne puisse pas affirmer qu'elle est une caractéristique qui [TRADUCTION] «n'a aucun rapport avec l'aptitude d'un individu à fonctionner et à faire sa part dans la société» (*Fontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973), à la p. 686), la citoyenneté comporte certainement un rapport atténué de pertinence avec celle-ci. Cela signifie non pas qu'aucune loi qui (par exemple) conditionne un avantage à l'obtention de la citoyenneté n'est acceptable dans la société libre et démocratique qu'est le Canada, mais simplement que la loi qui paraît le faire devrait être soupesée en fonction de la pierre de touche de notre Constitution. Elle doit être justifiée.

I turn then to a consideration of the justifiability, fairness or proportionality of the scheme. I agree with McIntyre J. that any such justification must be found under s. 1 of the *Charter*, essentially because, in matters involving infringements of fundamental rights, it is entirely appropriate that government sustain the constitutionality of its conduct. I am in general agreement with what he has to say about the manner in which legislation must be approached under the latter provision, in particular the need for a proportionality test involving

Je vais donc examiner le caractère justifiable, l'équité ou la proportionnalité de la disposition. Je partage l'avis du juge McIntyre que cette justification doit se faire en vertu de l'article premier de la *Charte*, et ce, essentiellement parce qu'en matière de violation de droits fondamentaux, il est tout à fait approprié que le gouvernement démontre la constitutionnalité de sa conduite. D'une manière générale, je suis d'accord avec ce qu'il a à dire au sujet de la manière d'aborder la mesure législative en vertu de cette dernière disposition et, en parti-

1989 CanLII 2 (SCC)

a sensitive balancing of many factors in weighing the legislative objective. If I have any qualifications to make, it is that I prefer to think in terms of a single test for s. 1, but one that is to be applied to vastly differing situations with the flexibility and realism inherent in the word "reasonable" mandated by the Constitution.

The degree to which a free and democratic society such as Canada should tolerate differentiation based on personal characteristics cannot be ascertained by an easy calculus. There will rarely, if ever, be a perfect congruence between means and ends, save where legislation has discriminatory purposes. The matter must, as earlier cases have held, involve a test of proportionality. In cases of this kind, the test must be approached in a flexible manner. The analysis should be functional, focussing on the character of the classification in question, the constitutional and societal importance of the interests adversely affected, the relative importance to the individuals affected of the benefit of which they are deprived, and the importance of the state interest.

With deference, however, I am unable to agree with McIntyre J.'s application of these principles to the present case. I therefore turn to the task of balancing the objectives sought to be accomplished by the legislation against the means sought to achieve that objective. On this issue (though she performed the task under s. 15), I largely share the views expressed by McLachlin J.A. (now C.J.S.C.) in the Court of Appeal. See (1986), 27 D.L.R. (4th) 600.

While there is no evidence on this point, the Attorney General offers three purposes sought to be attained by the legislation. These are:

1. citizenship ensures a familiarity with Canadian institutions and customs;

2. citizenship implies a commitment to Canadian society;

culier, quant à la nécessité d'un critère de proportionnalité selon lequel il faut soupeser avec soin de nombreux facteurs pour évaluer l'objectif législatif. La seule réserve que je pourrais exprimer est que je préfère parler d'un seul critère pour l'article premier, mais un critère qui doit être appliqué à des situations extrêmement divergentes avec la souplesse et le réalisme inhérents au mot «raisonnables» prescrit par la Constitution.

Il n'est pas facile de vérifier jusqu'à quel point une société libre et démocratique comme le Canada devrait tolérer la différenciation fondée sur des caractéristiques personnelles. Il y aura rarement, si jamais il peut y en avoir, de correspondance parfaite entre les moyens et les fins sauf si la loi a des objectifs discriminatoires. Comme il ressort de décisions antérieures, un critère de proportionnalité doit jouer. Dans des cas comme celui-ci, le critère doit être abordé d'une manière souple. L'analyse devrait être pratique et porter sur la nature de la classification en question, l'importance des intérêts lésés sur les plans de la Constitution et de la société, l'importance relative que revêt pour les individus touchés l'avantage dont ils sont privés et l'importance de l'intérêt de l'État.

En toute déférence, je suis cependant incapable de partager la façon dont le juge McIntyre applique ces principes à la présente affaire. Je vais donc m'attacher à soupeser les objectifs que la mesure législative cherche à réaliser en fonction des moyens employés pour y parvenir. À ce propos, (bien qu'elle ait accompli cette tâche sous le régime de l'art. 15), je partage de façon générale l'opinion exprimée par le juge McLachlin de la Cour d'appel (maintenant juge en chef de la Cour suprême de la Colombie-Britannique); voir (1986), 27 D.L.R. (4th) 600.

Bien qu'aucune preuve n'ait été produite sur ce point, le Procureur général prétend que la mesure législative en cause vise trois objectifs, savoir:

1. la citoyenneté garantit la familiarité avec les institutions et les coutumes canadiennes;

2. la citoyenneté implique un engagement envers la société canadienne;

1989 CanLII 25 (SCC)

3. lawyers play a fundamental role in the Canadian system of democratic government and as such should be citizens.

With respect to the first touted objective, McLachlin J.A., speaking for the Court of Appeal, had this to say at p. 612:

> Citizenship does not ensure familiarity with Canadian institutions and customs. Only citizens who are not natural-born Canadians are required to have resided in Canada for a period of time. Natural-born Canadians may reside in whatever country they wish and still retain their citizenship. In short, citizenship offers no assurance that a person is conscious of the fundamental traditions and rights of our society. The requirement of citizenship is not an effective means of ensuring that the persons admitted to the bar are familiar with this country's institutions and customs: see *Re Dickenson and Law Society of Alberta* (1978), 84 D.L.R. (3d) 189 at p. 195 . . .

I agree. As Robert L. Lenoir in his article "Citizenship as a Requirement for the Practice of Law in Ontario" (1981), 13 *Ottawa Law Rev.* 527, put it at p. 534: "It should not be supposed that any missing 'necessary tradition' will simply be acquired immediately upon receipt of citizenship papers."

One can understand the Law Society's argument that while the citizenship requirement does not ensure familiarity with Canada or its laws, "There can be no doubt 'it helps'." But such a familiarity really usually arises from residence in Canada or close contact with relatives. At all events, the simple fact, in my view, is that far less intrusive means exist to ensure such knowledge, if this is indeed the goal. Training in Canadian law and institutions is an obvious answer. As Lenoir, *supra*, at p. 534, states:

> Another reason suggested in support of a nationality requirement is that only citizens from Commonwealth countries come with a tradition and knowledge which will fit into Ontario's system. If an individual does not

3. comme les avocats jouent un rôle fondamental dans le système canadien de gouvernement démocratique, ils devraient avoir la citoyenneté.

En ce qui concerne le premier objectif avancé, le juge McLachlin, s'exprimant au nom de la Cour d'appel, dit ceci, à la p. 612:

> [TRADUCTION] La citoyenneté ne garantit pas la familiarité avec les institutions et les coutumes canadiennes. Seuls les citoyens qui ne sont pas nés au Canada doivent avoir résidé ici pendant un certain temps. Les Canadiens nés au Canada peuvent résider dans n'importe quel pays de leur choix et conserver leur citoyenneté. Bref, la citoyenneté n'offre aucune garantie qu'une personne est consciente des traditions et droits fondamentaux de notre société. L'exigence en matière de citoyenneté ne constitue pas un moyen efficace de s'assurer que les personnes admises au barreau connaissent bien les institutions et les coutumes de ce pays: voir *Re Dickenson and Law Society of Alberta* (1978), 84 D.L.R. (3d) 189, à la p. 195 . . .

Je suis d'accord. Comme l'affirme Robert L. Lenoir dans son article intitulé «Citizenship as a Requirement for the Practice of Law in Ontario» (1981), 13 *Ottawa Law Rev.* 527, à la p. 534: [TRADUCTION] Il ne faut pas supposer que la connaissance d'une «tradition nécessaire» sera automatiquement acquise dès l'obtention de la citoyenneté.»

On peut comprendre que la Law Society soutienne que, si l'obligation d'être citoyen ne garantit pas la familiarité avec le Canada ou ses lois, [TRADUCTION] «Il ne fait pas de doute que «cela aide»». Mais, en réalité, cette familiarité découle généralement du fait d'avoir vécu au Canada ou d'avoir eu des rapports étroits avec sa parenté canadienne. Quoi qu'il en soit, il reste, selon moi, qu'on dispose de moyens beaucoup moins gênants d'assurer la connaissance en question, à supposer que ce soit vraiment là le but visé. La solution évidente serait une formation dans le domaine des institutions et du droit canadiens. Comme l'affirme Lenoir, précité, à la p. 534:

> [TRADUCTION] Une autre raison avancée pour justifier une exigence en matière de nationalité est que seuls les citoyens des pays du Commonwealth possèdent un bagage de traditions et de connaissances qui leur permet de s'intégrer dans le système ontarien. Si quelqu'un n'a pas une connaissance suffisante du droit, cela devrait

1989 CanLII 2 (SCC)

possess a proper knowledge of law, this should be indicated in law school and bar admission course work.

As counsel for the respondents observes, someone who is wholly unfamiliar and incapable of dealing with the circumstances and customs of Canadian society might not be able to pass the examinations required of him by the Law Society. In respect of a lawyer's abilities, it is notable that the Law Society requires additional educational requirements of foreign trained lawyers, whether they are Canadian citizens or not. In the present case, the respondent Andrews passed all the examinations required of Canadian trained lawyers as well as the additional examinations required of foreign-trained lawyers.

Similar logic applies with respect to the second proffered objective, that of ensuring commitment to Canadian society. On this the Court of Appeal had this to say, at pp. 612-13:

> The second reason for the distinction — that citizenship implies a commitment to Canadian society — fares little better upon close examination. Only those citizens who are not natural-born Canadians can be said to have made a conscious choice to establish themselves here permanently and to opt for full participation in the Canadian social process, including the right to vote and run for public office. While no doubt most citizens, natural-born or otherwise, are committed to Canadian society, citizenship does not ensure that that is the case. Conversely, non-citizens may be deeply commited [*sic*] to our country. Moreover, the requirement of commitment to our country is arguably satisfied by the oath of allegiance which lawyers are required to take. An alien may swear that oath. In any event an alien may owe allegiance to the Crown if he is resident within this country, even if he does not take the oath of allegiance: *Re Dickenson and Law Society of Alberta.*

It is to my mind clear that were these the sole objectives, the means chosen, namely, the restriction of access to the profession to citizens, would

ressortir au cours de ses études de droit ou quand il suit le cours du barreau.

Comme le fait observer l'avocat des intimés, une personne qui ne connaît absolument pas les conditions et les coutumes propres à la société canadienne et qui est totalement incapable de s'y accommoder, pourrait ne pas être en mesure de réussir aux examens que la Law Society l'oblige à subir. Pour ce qui est de la compétence d'un avocat, il est à noter que la Law Society pose des exigences supplémentaires en matière d'instruction dans le cas d'avocats ayant reçu leur formation juridique à l'étranger, qu'ils soient ou non citoyens canadiens. En l'espèce, l'intimé Andrews a réussi à tous les examens que doivent subir les avocats formés au Canada. Il a réussi également aux examens supplémentaires auxquels sont tenus de se présenter les avocats formés à l'étranger.

La même logique s'applique au deuxième objectif présenté, celui qui consiste à assurer un engagement envers la société canadienne. Voici ce que la Cour d'appel affirme à ce propos, aux pp. 612 et 613:

> [TRADUCTION] La deuxième raison de la distinction, savoir que la citoyenneté implique un engagement envers la société canadienne, ne résiste guère mieux à un examen attentif. On peut affirmer que seuls les citoyens qui ne sont pas nés au Canada ont délibérément choisi de s'établir ici de façon permanente et de participer pleinement au processus social canadien, ce qui comprend le droit de vote et le droit de se porter candidat à une charge publique. Bien qu'il ne fasse pas de doute que la plupart des citoyens, originaires ou non du Canada, sont engagés envers la société canadienne, la citoyenneté ne garantit pas cela. Inversement, ceux qui n'ont pas la citoyenneté peuvent être profondément engagés envers notre pays. D'autre part, on pourrait soutenir que l'exigence d'un engagement envers le Canada est remplie par le serment d'allégeance que les avocats sont tenus de prêter. Ce serment peut être prêté par un étranger. En tout état de cause, un étranger peut avoir un devoir d'allégeance envers Sa Majesté s'il est résident du Canada, même s'il ne prête pas le serment d'allégeance: *Re Dickenson and Law Society of Alberta.*

À mon sens, il est évident que, si c'étaient là les seuls objectifs visés, les moyens choisis pour les atteindre, notamment le fait de limiter aux

quite simply be unnecessarily, and so impermissibly, over-inclusive.

As I noted earlier, the people principally affected by this are permanent residents of Canada. Many would have applied for citizenship, and the naturalization process would ensure the necessary familiarity and commitment to Canada. That less drastic methods for achieving these objectives are available is evident from the fact that some provincial law societies simply require a declaration of an intention to become a citizen. And even this could cause serious hardship in some cases where a person could lose his existing citizenship and incur important resulting disadvantages by acquiring Canadian citizenship unless the Bar or the courts have a discretion to exempt a person from such requirement, see *Re Howard*, [1976] 1 N.S.W.L.R. 641. In truth, I think the familiarity and commitment to Canada alleged to be sought could be achieved by restricting admission to those who are Canadian citizens or who permanently reside in Canada. If we allow people to come to live in Canada, I cannot see why they should be treated differently from anyone else. Section 15 speaks of every individual. There will be exceptions no doubt, but these require the rigorous justification provided by s. 1.

It seems to me that the preceding objectives are, in this case, legitimate, but could easily be accomplished by means that would not impair a person's ability to practice law in the province to as great an extent. It is still an open question whether the right to earn a livelihood is a value constitutionally protected under the *Charter*, perhaps under s. 6. But whether or not such constitutional protection exists, no one would dispute that the "right" to earn a livelihood is an interest of fundamental importance to the individuals affected, and as such should not lightly be overridden.

citoyens canadiens l'accès à la profession d'avocat, seraient tout simplement excessifs et, partant, inadmissibles.

Comme je l'ai déjà souligné, cette mesure touche principalement les résidents permanents du Canada. Nombre d'entre eux auraient demandé la citoyenneté et le processus de naturalisation garantirait dans leur cas la familiarité nécessaire avec le Canada ainsi que l'engagement requis envers ce pays. Le fait que certaines associations du barreau provinciales n'exigent qu'une déclaration d'intention de devenir citoyen démontre clairement qu'il existe des moyens moins draconiens de réaliser ces objectifs. Et même cette exigence pourrait s'avérer fort préjudiciable dans certaines situations où, en acquérant la citoyenneté canadienne, une personne risque de perdre la citoyenneté qu'elle possède déjà et de subir en conséquence d'importants désavantages, à moins que le Barreau ou les tribunaux n'aient un pouvoir discrétionnaire d'exemption relativement à cette exigence: voir *Re Howard*, [1976] 1 N.S.W.L.R. 641. En vérité, je crois que la familiarité avec le Canada et l'engagement envers ce pays, qu'on prétend vouloir assurer, pourraient être réalisés si l'admission à la profession d'avocat était limitée aux citoyens canadiens ou aux personnes qui résident en permanence au Canada. Si nous permettons à des gens de venir s'installer au Canada, je ne vois pas pourquoi on devrait les traiter différemment des autres. L'article 15 parle de «tous». Bien sûr, il y aura des exceptions, mais celles-ci seront soumises à la justification rigoureuse prescrite par l'article premier.

Il me semble qu'en l'espèce les objectifs précités sont légitimes, mais que leur réalisation pourrait facilement se faire par des moyens qui ne diminueraient pas autant la capacité d'une personne de pratiquer le droit dans la province. Il n'y a toujours pas de réponse à la question de savoir si le droit de gagner sa vie est garanti par la *Charte*, peut-être par l'art. 6. Mais, peu importe qu'il existe ou non une telle garantie constitutionnelle, personne ne contesterait que le «droit» de gagner sa vie revêt une importance capitale pour les intéressés et qu'à ce titre il ne devrait pas être supprimé à la légère.

1989 CanLII 2 (SCC)

The third objective advanced by the Attorney General has more substance. It is that certain state activities should for both symbolic and practical reasons be confined to those who are full members of our political society. The Attorney General reduced his arguments regarding this objective to the following syllogism:

(a) persons who are involved in the processes or structure of government, broadly defined, should be citizens;

(b) lawyers are involved in the processes or structure of government;

(c) lawyers, therefore, should be citizens.

I do not quarrel with the first assertion as a general proposition. The Court of Appeal accepted it, noting that this rationale underlies the common requirement that legislators, voters, judges, police and senior public servants be citizens. However, it rejected the second proposition that lawyers play a vital role in the administration of law and justice and are themselves as much a part of the government processes as are judges, legislators and so on. It rejected the notion that the practice of law itself involved performing a state or government function. It stated, at p. 614:

In this respect, the role of lawyers may be distinguished from that of legislators, judges, civil servants and policemen. The practice of law is first and foremost a private profession. Some lawyers work in the courts, some do not. Those who work in the courts may represent the Crown or act against it. It is true that all lawyers are officers of the court. That term, to my mind, implies allegiance and certain responsibilities to the institution of the court. But it does not mean that lawyers are part of the process of government.

It was urged before us that society accords lawyers special powers and privileges as members of the legal profession which ally them with the governmental process. However, the only privilege lawyers are given is the right to charge fees for representing clients. The power to issue writs, discover documents and subpoena wit-

Le troisième objectif proposé par le Procureur général est plus substantiel. Suivant cet objectif, l'exercice de certaines activités de l'État devrait, pour des raisons à la fois symboliques et pratiques, être limité aux membres à part entière de notre société politique. Le Procureur général a ramené au syllogisme suivant ses arguments relatifs à cet objectif:

a) les personnes qui jouent un rôle dans la structure ou le processus de gouvernement, au sens large de ces termes, devraient avoir la citoyenneté;

b) les avocats jouent un rôle dans la structure ou le processus de gouvernement;

c) les avocats devraient donc avoir la citoyenneté.

Je ne trouve rien à redire à la première prémisse en tant que proposition générale. La Cour d'appel l'a acceptée en faisant remarquer que c'est ce raisonnement qui sous-tend l'obligation d'être citoyen communément imposée aux législateurs, aux électeurs, aux juges, aux policiers et aux hauts fonctionnaires. Elle a toutefois rejeté la deuxième prémisse, selon laquelle les avocats jouent un rôle vital dans l'application du droit et l'administration de la justice et font partie du processus gouvernemental au même titre que les juges, les législateurs et ainsi de suite. La Cour d'appel a rejeté l'idée que la pratique du droit comporte elle-même l'exercice d'une fonction d'État ou d'une fonction gouvernementale. Voici ce qu'elle affirme, à la p. 614:

[TRADUCTION] À cet égard, le rôle des avocats peut être distingué de celui des législateurs, des juges, des fonctionnaires et des policiers. La pratique du droit est d'abord et avant tout une profession de nature privée. Certains avocats plaident devant les tribunaux, d'autres ne le font pas. Ceux qui plaident devant les tribunaux peuvent représenter le ministère public ou agir contre lui. Il est vrai que tous les avocats sont des officiers de justice. Dans mon esprit, cette expression implique un devoir d'allégeance et certaines responsabilités envers les tribunaux en tant qu'institution. Mais cela ne signifie pas que les avocats font partie du processus gouvernemental.

On a fait valoir en cette cour que la société accorde aux avocats, en tant que membres de la profession juridique, des pouvoirs et des privilèges spéciaux qui ont pour effet de les associer au processus gouvernemental. Toutefois, le seul privilège conféré aux avocats est celui d'exiger des honoraires pour représenter des clients. Le

1988 CanLII 2(SCC)

nesses is shared by every member of our society. No one suggests that a private person who exercises these powers on his own behalf is playing a role in the government of our country, nor that citizenship should be a prerequisite of so doing. The fact that lawyers do these things on behalf of others can offer no justification of the requirement that they be Canadian citizens. [Emphasis added.]

I agree with this statement. It is only in the most unreal sense that it can be said that a lawyer working for a private client plays a role in the administration of justice that would require him or her to be a citizen in order to be allowed to participate therein. Obviously lawyers occupy a position of trust and responsibility in our society, but that is true of all professions, and the members of some of these, like that of chartered accountants, for instance, are privy to matters of the most serious import.

On a more mundane level, the essential purpose behind occupational licensing is to protect the public from unqualified practitioners. But as Lenoir points out (*supra*, at p. 547), "Citizenship has not been shown to bear any correlation to one's professional or vocational competency or qualification." Like him, I see no sufficient additional dimension to the lawyer's function to insist on citizenship as a qualification for admission to this profession.

It is not without significance that a requirement of citizenship has not been found to be necessary to the practice of law in either the United States (see *In re Griffiths*, 413 U.S. 717 (1973)), or England (see *Solicitors (Amendment) Act 1974* (U.K.), 1974, c. 26, s. 1); see also *Re Howard*, *supra*, at p. 647. The doctrine of privileged communications was pressed into service, but that doctrine exists for the protection of the client. I fail to see what this has to do with the requirement of citizenship.

A requirement of citizenship would be acceptable if limited to Crown Attorneys or lawyers directly employed by government and, therefore, involved in policy-making or administration, so

pouvoir de délivrer des brefs, de produire des documents et d'assigner des témoins est partagé par tous les membres de notre société. Personne ne laisse entendre qu'un particulier qui exerce ces pouvoirs en son propre nom joue un rôle dans le gouvernement de notre pays, ni que la citoyenneté devrait être une condition préalable à un tel exercice. Le fait que les avocats accomplissent ces choses pour le compte d'autrui ne justifie aucunement l'exigence qu'ils soient citoyens canadiens. [Je souligne.]

Je partage cette opinion. Il est très irréaliste de dire qu'un avocat qui représente un particulier joue dans l'administration de la justice un rôle qui l'oblige à avoir la citoyenneté pour être en mesure d'y participer. De toute évidence, les avocats occupent dans notre société une position de confiance qui comporte des responsabilités, mais c'est le cas de toutes les professions libérales, et les membres de certaines de ces professions, comme les comptables agréés par exemple, se voient confier des renseignements de la plus grande importance.

D'un point de vue plus banal, la délivrance de permis d'exercer une profession a essentiellement pour objet de protéger le public contre les praticiens non qualifiés. Mais, comme le souligne Lenoir (précité, à la p. 547), [TRADUCTION] «On n'a pas démontré qu'il existe une corrélation entre la citoyenneté et la compétence ou les qualifications professionnelles d'une personne.» Tout comme Lenoir, je ne vois dans le rôle d'un avocat aucune autre dimension suffisante pour imposer la citoyenneté comme condition d'admission à l'exercice de cette profession.

Il est significatif que la citoyenneté n'a été jugée nécessaire pour pratiquer le droit ni aux États-Unis (voir *In re Griffiths*, 413 U.S. 717 (1973)), ni en Angleterre (voir *Solicitors (Amendment) Act 1974* (R.-U.), 1974, chap. 26, art. 1); voir aussi *Re Howard*, précité, à la p. 647. On a invoqué le principe des communications privilégiées, mais sa raison d'être est la protection du client. Je conçois mal en quoi cela peut se rapporter à l'obligation d'être citoyen.

L'exigence en matière de citoyenneté serait acceptable si elle se limitait aux procureurs de la Couronne ou aux avocats travaillant directement pour le gouvernement et qui, en conséquence,

1989 CanLII 2 (SCC)

that it could be said that the lawyer was an architect or instrumentality of government policy; see *Reyners v. The Belgian State*, [1974] 2 Common Market Law R. 305. But ordinary lawyers are not privy to government information any more than, say, accountants, and there are rules to restrict lawyers from obtaining confidential governmental information.

I would conclude that although the governmental objectives, as stated, may be defensible, it is simply misplaced *vis-à-vis* the legal profession as a whole. However, even accepting the legitimacy and importance of the legislative objectives, the legislation exacts too high a price on persons wishing to practice law in that it may deprive them, albeit perhaps temporarily, of the "right" to pursue their calling.

I would, therefore, dismiss the appeal with costs. I would answer the first constitutional question in the affirmative and the second in the negative.

Appeal dismissed with costs, McINTYRE *and* LAMER JJ. *dissenting. The first constitutional question should be answered in the affirmative; the second in the negative.*

Solicitors for the appellant the Law Society of British Columbia: Davis & Company, Vancouver.

Solicitor for the appellant the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Richard F. Chaloner, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: The Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

prennent part à la formulation ou à la mise en œuvre de politiques, de sorte qu'on pourrait dire de l'avocat en question qu'il est un concepteur de politiques gouvernementales ou une personne responsable de leur mise en œuvre; voir *Reyners v. The Belgian State*, [1974] 2 Common Market Law R. 305. Mais les avocats ordinaires ne sont pas au courant de renseignements gouvernementaux, pas plus que ne le sont les comptables, par exemple, et il existe des règles visant à empêcher les avocats d'obtenir des renseignements gouvernementaux confidentiels.

Je conclus que, si les objectifs gouvernementaux énoncés ci-dessus sont justifiables, ils sont simplement hors de propos en ce qui concerne l'ensemble des membres de la profession juridique. Toutefois, même si on reconnaît la légitimité et l'importance de ces objectifs législatifs, la loi en cause impose un prix trop élevé à ceux qui désirent pratiquer le droit en ce qu'elle peut les priver, ne serait-ce que temporairement, de leur «droit» d'exercer leur métier.

Je suis en conséquence d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens et de répondre à la première question constitutionnelle par l'affirmative et à la seconde par la négative.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges McINTYRE *et* LAMER *sont dissidents. La première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative et la seconde, une réponse négative.*

Procureurs de l'appelante la Law Society of British Columbia: Davis & Company, Vancouver.

Procureur de l'appelant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Richard F. Chaloner, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

1989 CarswellBC 2 (SOQUIJ)

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Federation of Law Societies of Canada: Fraser & Beatty, Toronto.

Solicitors for the respondents: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.

Solicitor for the intervener the Coalition of Provincial Organizations of the Handicapped: Advocacy Resource Centre for the Handicapped, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Association of University Teachers and the Ontario Confederation of University Faculty Associations: Sack, Charney, Goldblatt & Mitchell, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des professions juridiques du Canada: Fraser & Beatty, Toronto.

Procureurs des intimés: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Coalition des organisations provinciales, ombudsman des handicapés: Advocacy Resource Centre for the Handicapped, Toronto.

Procureurs des intervenantes l'Association canadienne des professeurs d'université et l'Union des associations des professeurs des universités de l'Ontario: Sack, Charney, Goldblatt & Mitchell, Toronto.

1989 CanLII 2 (SCC)

COURT FILE NO.: 14-2022
DATE: 2015/10/26

SUPERIOR COURT OF JUSTICE - ONTARIO

RE: Association of Professors of the University of Ottawa (APUO), Applicant

AND:

University of Ottawa, Respondent

BEFORE: Justice R. Scott

COUNSEL: Sean McGee, Counsel for Plaintiff

Lynn Harnden and Celine Delorme, Counsel for Respondent

HEARD: October 18, 2015 in Ottawa

ENDORSEMENT

[1] The Association of Professors of the University of Ottawa ("APUO") has filed an application for judicial review seeking to set aside the award of Arbitrator Foisy of January 27, 2014, which dealt with three grievances dealing with the dismissal of Denis Rancourt, a tenured Professor at the said University.

[2] To this end, APUO filed the affidavit of Natasha Udell ("Udell") who as a lawyer was part of the legal team representing Professor Rancourt at the hearing before Arbitrator Foisy.

[3] The Respondent University seeks by its interim motion to set aside as inadmissible all or part of the Udell Affidavit.

[4] Professor Rancourt, of the Physics Department ran afoul of his principals initially in November of 2007 for not teaching the content of an approved course, Science in Society, and not providing an objective evaluation of students'

performance in relation to a course entitled Principles of Physics II. Lastly, the Professor was terminated by the University on March 31, 2009 for a number of reasons including not having graded his students objectively in yet another physics course in which all of his students received an A+.

[5] In his decision, on January 27, 2014, Arbitrator Foisy allowed the first grievance but dismissed the second and third grievance, the latter award upheld the termination of the Professor's employment with the University of Ottawa.

[6] In its Application for Judicial Review of May 7, 2014, the APUO seeks to have Arbitrator Foisy's award quashed for the following reasons:

i) He failed to appropriately assess and apply the principles of academic freedom to the facts before him;
ii) He inappropriately relied on a report prepared by Maureen Robinson who was hired by the University to work with the Professor under questionable circumstances. Ms. Robinson prepared a report which allegedly summarized the Professor's public statements about his A+ grading scheme;
iii) He failed or refused to take into account, the evidence of the Dean of the Faculty of Science who testified about the parameters allowed the Professor when grading students;
iv) He unreasonably concluded that the Professor awarded the A+ grades to his students on the first day of class without any evaluation; and
v) He unreasonably determined that the Professor should be terminated.

[7] In support of its Application for Judicial Review, the APUO filed the thirty (30) paragraph, seven (7) page, Udell Affidavit sworn April 30, 2014.

[8] By way of comment as to the complexity of the hearing before Arbitrator Foisy, it is noted from the materials filed that the twenty-eight separate dates stretched over more than a two year period and conducted, at different times, as was usual and agreed to by the parties and the Arbitrator, in both official languages.

[9] The proceedings were not recorded in any formal sense.

[10] The sole issue in this motion is to determine whether the Udell Affidavit should be allowed before the Divisional Court panel on the eventual Judicial Review.

THE LAW

Section 2(3) of the *Judicial Review Procedure Act*, R.S.O. 1990, c.J.1 reads as follows:

> "(3) Where the findings of Fact of a tribunal made in the exercise of a statutory power of decision are required to any statute or a law to be based exclusively on evidence before it and on Facts of which it may take notice and there is no such evidence and are no such Facts to support findings of Fact made by the tribunal in making a decision in the exercise of such power, the court may set aside the decision on an application for judicial review."

[11] The leading case on the admissibility of affidavit evidence upon a Judicial Review is *Keeprite Workers' Independent Union v. Keeprite Products Ltd.* (1980), 29 O.R. (2d) 513 (Ont C.A.) ("*Keeprite*"), at paragraph 27 in *Keeprite*, Justice Morden wrote:

> ". . . the practice of admitting affidavits of this kind should be very exceptional, it being emphasised that they are admissible only to the extent that they show jurisdictional error. I would think that the occasions for legitimate use of affidavit evidence to demonstrate the

> exacting jurisdictional test of complete absence of evidence on an essential point would, indeed by rare."

[12] A more recent case involving similar issues is that of *1424455 Ontario Limited, carrying on business as Utilities Kingston* (Applicant) *and the International Brotherhood of Electrical Workers, Local 636 and Deborah Leighton* (Respondents), 251 O.A.C. 62 (Div. Ct.) ("*Utilities Kingston*"). Therein Justice Swinton wrote as follows at paragraph 18:

> "The *Keeprite* standard for the admission of affidavit evidence on judicial review has been applied in numerous decisions involving labour boards and labour arbitrators. These cases have held that affidavit evidence can be admitted either to show an absence of evidence on a essential point or to disclose a breach of natural justice that cannot be proven by a mere reference to the record."

[13] The Court in *Kingston Utilities* further refined the test enunciated in Keeprite at paragraph 37 which reads:

> "The motions judge was bound by the decision in Keeprite. Therefore before admitting such evidence, she had to ask, first, whether the affidavit material showed there was "no evidence to support a finding of fact". Second to be admissible, the evidence must relate to a Fact that is essential to the decision."

[14] The Udell Affidavit is attached as Appendix 'A' to this decision for ease of reference and, it may be divided into three (3) main areas for consideration of the issues namely; paragraphs three (3) through thirteen (13) inclusive deal with the Maureen Robinson issue, paragraphs fourteen (14) through twenty-three (23) inclusive deal with certain admissions by Dean Lalonde, and, paragraphs twenty-sex (26) through twenty-eight (28) inclusive deal with the testimony of the two students P and V at the hearing.

MAUREEN ROBINSON

[15] The circumstances of Maureen Robinson's involvement in this entire matter is troubling at best. Throughout the relevant portion of the Award by Arbitrator Foisy, Ms. Robinson's written notes were referred to "the report on Professor Rancourt's address prepared by a University of Ottawa student"

[16] Pursuant to the Udell Affidavit, and based on evidence from the hearing, the student being Maureen Robinson was the editor of the student newspaper who had been hired by the University in what the University described as in a clerical capacity to assist Professor Rancourt in his office, without his input on her hiring.

[17] Either in consultation with her employer, the University, or on her own, she monitored the activities of Professor Rancourt both on and off campus and reported her finding back to the University. In an email to Dean Lalonde, she admitted to having a "personal grudge" against Professor Rancourt and went so far as to liken her monitoring of Professor Rancourt as "posing as a young girl to catch a pedophile". Ms. Robinson was not called as a witness at the hearing and, the parties agreed that her "report" would be considered as an "aide memoire" only.

[18] The University referred to the "report" thereafter as a transcript which such description was objected to by the APUO. Similarly, Arbitrator Foisy made certain findings which appear to be based solely on the report which was not evidence.

[19] Given the unique circumstances, paragraphs 3 – 13 are necessary and in keeping with *Keeprite* and *Kingston Utilities*, this affidavit evidence should be admitted on the judicial review to "show an absence of evidence on an essential point".

DEAN LALONDE'S CROSS-EXAMINATION AND THE TESTIMONY OF STUDENTS P AND V

[20] It is difficult to separate the input of the evidence or lack of evidence of Ms. Robinson and the circumstances of her somewhat bizarre involvement in this matter, from the other areas of concern identified by the Applicant, APUO.

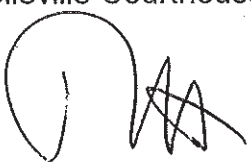
[21] Under the circumstances, it is my opinion, this is the "rare" exception envisaged by the case law whereby it will be necessary for the Divisional Court Panel to have before it evidence from the original hearing on which the Arbitrator made his findings. In addition, the lack of recording in this particular case requires that affidavits such as that of Natasha Udell be provided to the panel.

[22] In my role on this motion, I find that the panel will ultimately be tasked with accepting or not accepting the contents of the affidavits. To exclude such affidavit materials in this isolated situation would be too prejudicial to the arguments that the Applicant, the APUO, wishes to advance.

[23] The Respondent, University, shall be allowed ninety (90) days to file an evidentiary affidavit. Of course, the parties are entitled to cross-examination on the said affidavits.

The motion is dismissed.

Costs are to the APUO. Should the parties not be able to agree as to costs, I would ask that they speak with my assistant in the Belleville Courthouse to arrange a timetable for written submissions.



Justice R. Scott

Date: October 26, 2015

APPENDIX A

Court file number

ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE
DIVISIONAL COURT

BETWEEN:

ASSOCIATION OF PROFESSORS OF THE
UNIVERSITY OF OTTAWA (APUO)

APPLICANT

AND

UNIVERSITY OF OTTAWA

RESPONDENT

AFFIDAVIT OF NATASHA UDELL

I, Natasha Udell, of the City of Ottawa, in the Province of Ontario, MAKE OATH AND SAY AS FOLLOWS:

1. I am counsel for the Association of Professors of the University of Ottawa (APUO). As such, I have personal knowledge of the matters stated in this affidavit unless otherwise stated to be on the basis of information and belief.

2. I attended the following arbitration dates during which the events described in the affidavit occurred: May 2, 2011, October 12, 2011, October 31, 2011, November 1, 2011, January 23 and 24, 2012, February 21, 2012, April 10, 11, 12 and 13 2012, May 13, 14, 15, 21, 22, and 23, 2013, June 11, 1, 13, 25 and 26 2013.

Presentation at Queen's University

3. During the cross-examination of Professor Denis Rancourt, he was questioned about notes made about his speech delivered at Queen's University on October 18, 2007 (the "Summary").

4. Counsel for the University of Ottawa advised at the arbitration that the Summary was the product of Maureen Robinson. Ms. Robinson was not called to testify.

5. Ms. Robinson was a student and also employed by the University of Ottawa. During her employment, she monitored Professor Rancourt's activities, both on and off campus, and reported back to the representatives of the University. Professor Rancourt testified that Ms. Robinson was hired to spy on him, and noted that in emails she wrote to Dean Lalonde that she had a "personal grudge" against Professor Rancourt.

6. When counsel for the University first attempted to enter the Summary as an exhibit, the Applicant objected. The parties agreed that the document would not be admitted for the truth of its content, but as an *aide memoire* for the Arbitrator and to put in context his notes on the questions asked of Professor Rancourt. The Arbitrator incorporated this agreement into an oral ruling.

7. Over the course of the hearing, counsel for the University repeatedly referred to the Maureen Robinson Summary as a transcript in spite of the objections of the Applicant.

8. During his cross-examination, Professor Rancourt reviewed the Maureen Robinson Summary. After doing so, Professor Rancourt indicated that it was not complete. He testified

that the presentation had lasted more than three hours and many explanations he made about his grading method were missing from the Summary.

9. The speech at Queen's occurred in the Fall of 2007. The evidence before the Arbitrator was that the marks in PHYS 1722 were submitted the previous June. The talk was fully one year before PHYS 4385/5100.

10. Professor Rancourt also testified that while he may have made statements similar to those in the Maureen Robinson Summary, the wording and the tone did not accurately reflect the presentation. He also stated that many other statements made by him during the presentation qualified the points in the Summary. Professor Rancourt emphasized that the very important context in which the points of the Summary were made was missing from the Summary.

11. Professor Rancourt further testified that his comments during the Queen's speech were meant to arouse interest in his teaching methods and to push the limits. His goal was not to describe exactly what had happened in any class. Instead he was attempting to be provocative and bring the concepts to life.

12. Professor Rancourt emphasized during his testimony that he did not intend to mislead the audience and that, considered in the context of the entirety of the speech itself, he had spoken the truth.

13. With regards to the statement that he had not graded since implementing his new teaching method, Professor Rancourt explained that he was referring to traditional grading (which he equated to providing a rank order of students against one another). He was engaged in "non-

grading", which referred to using the evaluation method he had developed, which centered on individual progress and student engagement.

Cross-Examination of André Lalonde

14. During the cross-examination of the Dean of Science, André Lalonde, Dean Lalonde stated that in evaluating students a professor is obliged to determine objectively whether or not a student satisfies or does not satisfy the requirements of the course. He admitted this did not include an obligation to rank students in terms of their ability to perform academically in the course.

15. Dean Lalonde clarified this point by confirming that the University of Ottawa does not require that the grades in a class be spaced on a bell curve – that is, there is no requirement that a certain proportion of students receive a certain grade. Nor is there a set mark or range of marks within which the class average must fall.

16. Dean Lalonde also confirmed that there is no requirement at the University of Ottawa that prevents a professor from giving all students in a class the same grade, if that is what was earned.

17. In his testimony regarding PHYS 1722, Dean Lalonde confirmed that he had no information or evidence that Professor Rancourt did not teach the subject matter as set out in the course description. During the hearing, counsel for the University stated the Respondent was taking no issue with Professor Rancourt's teaching methodology.

18. Dean Lalonde admitted it was not against University policy for a professor to create a contract of expectations with each student and then to meet with each student regularly to assess the student's progress and expectations throughout the course against that agreement.

19. Dean Lalonde testified that to his knowledge, Professor Rancourt utilized a final exam, a mid-term exam, homework assignments and other methods of grading when evaluating PHYS 1722.

20. Dean Lalonde admitted he could not identify any student in PHYS 1722 that did not deserve the grade they were assigned. Nor could he identify a student that was not evaluated objectively.

21. Dean Lalonde confirmed that Professors are allowed to grade on a wide number of factors including, among others, attendance and participation in class. He also confirmed that, to his knowledge, there was no regulation regarding the maximum proportion of a grade that could be assigned to each of these factors.

22. Dean Lalonde agreed that, so long as a professor respected the requirement that there be an objective evaluation, it was a professor's right to determine which of the various factors would be used in the evaluation of students and the weight given to each factor.

23. With regards to the grades assigned by Professor Rancourt in PHYS 1722 and PHY 4385/5100, Dean Lalonde confirmed that the grades were approved by the Chairman of Professor Rancourt's academic unit (Department of Physics) and the grades were not changed.

Denis Rancourt's Methodology

24. Professor Rancourt provided extensive testimony over twelve days and he spoke at length about his methodology. He explained how his choice of teaching method was integrated into the classroom. He would evaluate students in every class as well as in one-on-one sessions to ensure that the students were performing and progressing at the level to justify their grade.

25. Professor Rancourt further testified that when a student was struggling or not performing at the required level, he would intervene with that student and work with him or her to ensure the student's work improved. He testified that these interventions occurred throughout the term and continued into the final exam period at which time if a student's performance was in question, he met with the student individually to perform a supplemental evaluation in discussing the student's final exam.

Student P and Student V's Testimony

26. Although Student P initially testified in chief that Professor Rancourt had said all students would be getting an A+, during cross examination, he accepted that Professor Rancourt might have said it was possible for everyone to get an A+ in the course in the sense that it was his expectation.

27. Professor Rancourt testified that was exactly what was said. He went on to testify that he made it clear that this expectation was qualified by the expectation of the work and contribution each made to the classes as well as evaluations throughout the course

28. Student V also testified in chief that Professor Rancourt had promised each student an A+. During cross-examination, Student V acknowledged he could not remember exactly what was said. When it was suggested that Professor Rancourt told the class he expected that each student would excel and it was possible for everyone to get an A+, Student V said he did not recall, but believed the expression A+ was used and that it was more direct than that.

University Policies

29. The University did not put into evidence, nor did it rely on in argument, any policy or any procedural rules adopted by a faculty council and approved by Senate within the meaning of the collective agreement.

30. I swear this affidavit for the purposes of this judicial review application, and for no other or improper purpose.

Sworn/Affirmed before me at
the City of Ottawa,
in the Province of Ontario,
On April 30th, 2014.

Commissioner for Taking Affidavits
Leslie Robertson

Natasha Udell
NATASHA UDELL

37

ASSOCIATION OF PROFESSORS OF THE UNIVERSITY OF OTTAWA (APUO)

Applicant

- and -

UNIVERSITY OF OTTAWA

Respondent

Court File No. 14-

ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE
(DIVISIONAL COURT)

Proceeding commenced at OTTAWA

AFFIDAVIT OF NATASHA UDELL

NELLIGAN O'BRIEN PAYNE LLP
Lawyers/Patent and Trade-Mark Agents
1500 – 50 O'Connor Street
Ottawa, Ontario
K1P 6L2

Sean T. McGee
Lawyers for the Applicant

Courthouse Box No. 285

Richard B. and Beena B. *Appellants*

v.

Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, the Official Guardian for Sheena B., an Infant, and the Attorney General for Ontario *Respondents*

and

The Attorney General of Canada and the Attorney General of Quebec *Interveners*

INDEXED AS: B. (R.) *v.* CHILDREN'S AID SOCIETY OF METROPOLITAN TORONTO

File No.: 23298.

Hearing and judgment on appeal: March 17, 1994.

Reasons and judgment on cross-appeal delivered: January 27, 1995.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Right to liberty — Fundamental justice — Parents objecting to blood transfusion for their infant for religious reasons — Children's Aid Society granted temporary wardship of infant under Child Welfare Act — Infant receiving blood transfusion — Whether provisions of Child Welfare Act infringe parents' right to choose medical treatment for their infant contrary to s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Child Welfare Act, R.S.O. 1980, c. 66, ss. 19(1)(b)(ix), 21, 27, 28(1), (10), (12), 30(1)2, 41.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — Parents objecting to blood transfusion for their infant for religious reasons — Children's Aid Society granted temporary wardship of infant under Child Welfare Act — Infant receiving blood transfusion — Whether provisions of Child Welfare Act infringe parents' freedom of religion — If so, whether infringement

Richard B. et Beena B. *Appelants*

c.

Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, le tuteur public de Sheena B., mineure, et le procureur général de l'Ontario *Intimés*

et

Le procureur général du Canada et le procureur général du Québec *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: B. (R.) *c.* CHILDREN'S AID SOCIETY OF METROPOLITAN TORONTO

N° du greffe: 23298.

Audition et jugement quant au pourvoi principal: 17 mars 1994.

Motifs et jugement quant au pourvoi incident déposés: 27 janvier 1995.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la liberté — Justice fondamentale — Parents opposés pour des motifs religieux à ce que leur enfant en bas âge reçoive une transfusion sanguine — Tutelle de l'enfant accordée temporairement à la Children's Aid Society en application de la Child Welfare Act — Transfusion sanguine pratiquée sur l'enfant — Les dispositions de la Child Welfare Act portent-elles atteinte au droit des parents de choisir un traitement médical pour leur enfant, contrairement à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Child Welfare Act, R.S.O. 1980, ch. 66, art. 19(1)b)(ix), 21, 27, 28(1), (10), (12), 30(1)2, 41.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Parents opposés pour des motifs religieux à ce que leur enfant en bas âge reçoive une transfusion sanguine — Tutelle de l'enfant accordée temporairement à la Children's Aid Society en application de la Child Welfare Act — Transfusion sanguine pratiquée sur l'enfant — Les dispositions de la Child Welfare Act por-

1995 CanLII 115 (SCC)

justified as reasonable limit — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Child Welfare Act, R.S.O. 1980, c. 66, ss. 19(1)(b)(ix), 21, 27, 28(1), (10), (12), 30(1)2, 41.

Costs — Judicial discretion — Parents objecting to blood transfusion for their infant for religious reasons — Children's Aid Society granted temporary wardship of infant under Child Welfare Act — District Court judge dismissing parents' appeal and awarding costs against intervening Attorney General — Whether costs order should be overturned.

S.B. was born four weeks prematurely. Within the first few weeks of her life she exhibited many physical ailments and received a number of medical treatments, to which her parents, the appellants, consented. At their request the attending physicians avoided the use of a blood transfusion because, as Jehovah's Witnesses, the appellants objected to it for religious reasons; they also claimed it was unnecessary. When S.B. was a month old, her haemoglobin level had dropped to such an extent that the attending physicians believed that her life was in danger and that she might require a blood transfusion to treat potentially life-threatening congestive heart failure. Following a hearing on short notice to the appellants, the Provincial Court (Family Division) granted the respondent Children's Aid Society a 72-hour wardship. At a status review two doctors testified that although the child's condition had improved, it was still marginal, and they wished to maintain the ability to transfuse in case of an emergency. The head of ophthalmology at the hospital testified that he suspected the child had infantile glaucoma and needed to undergo exploratory surgery within the following week to confirm the diagnosis. This procedure had to be performed under general anaesthetic, and another doctor testified that a blood transfusion would be necessary. The wardship order was extended for a period of 21 days. S.B. received a blood transfusion as part of the examination and operation for the suspected glaucoma. A second Provincial Court order then terminated the respondent's wardship, and the child was returned to her parents. The appellants appealed both orders to the District Court, which dismissed the appeal and awarded costs against the Attorney General of Ontario, who had intervened in the proceedings. The Court of Appeal dismissed the appellants' appeal and the Attorney General of Ontario's cross-appeal on the issue of costs. This appeal is to determine whether s. 19(1)(*b*)(ix) of the Ontario

tent-elles atteinte à la liberté de religion des parents? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée en tant que limite raisonnable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Child Welfare Act, R.S.O. 1980, ch. 66, art. 19(1)b)(ix), 21, 27, 28(1), (10), (12), 30(1)2, 41.

Dépens — Pouvoir discrétionnaire judiciaire — Parents opposés pour des motifs religieux à ce que leur enfant en bas âge reçoive une transfusion sanguine — Tutelle de l'enfant accordée temporairement à la Children's Aid Society en application de la Child Welfare Act — Rejet par un juge de la Cour de district de l'appel des parents et condamnation aux dépens du procureur général intervenant — L'ordonnance relative aux dépens devrait-elle être écartée?

S.B. est née quatre semaines avant terme. Au cours des premières semaines de sa vie, elle a reçu, afin de remédier à de nombreux troubles physiques, plusieurs traitements médicaux auxquels ses parents, les appelants, ont consenti. Ces derniers ont demandé aux médecins traitants de ne procéder à aucune transfusion sanguine, parce qu'en tant que témoins de Jéhovah ils s'y opposaient pour des motifs religieux; ils soutenaient également qu'une telle procédure n'était pas nécessaire. Un mois après sa naissance, le taux d'hémoglobine de S.B. a chuté à tel point que les médecins traitants ont craint pour sa vie et ont estimé qu'il pourrait être nécessaire de procéder à une transfusion sanguine pour traiter une insuffisance cardiaque globale qui risquait d'être fatale. À la suite d'une audience tenue après que les appelants eurent été avisés à la dernière minute, la Cour provinciale (Division de la famille) a accordé une tutelle de 72 heures à la société d'aide à l'enfance intimée. Lors d'une instance en révision du statut de l'enfant, deux médecins ont témoigné que, malgré son amélioration, l'état de santé de l'enfant était encore précaire, et qu'ils souhaitaient demeurer en mesure de pratiquer une transfusion en cas d'urgence. Le chef du département d'ophtalmologie de l'hôpital a témoigné qu'il redoutait que l'enfant soit atteinte de glaucome infantile et doive subir une chirurgie exploratoire dans les semaines suivantes afin de confirmer le diagnostic. Cette procédure nécessitait une anesthésie générale et un autre médecin a témoigné qu'une transfusion sanguine serait nécessaire. La tutelle a été prolongée pour une période de 21 jours. S.B. a reçu une transfusion sanguine dans le cadre de l'examen et de l'opération pour le glaucome redouté. Une seconde ordonnance de la Cour provinciale a ensuite mis fin à la tutelle de l'intimée, et l'enfant a été rendue à ses parents. Les appelants ont interjeté appel contre les deux ordonnances devant la Cour de district qui a rejeté l'appel et condamné aux dépens le procureur

1995 CanLII 19 (SCC)

Child Welfare Act, which defines "child in need of protection", together with the powers in ss. 30(1)2 and 41 and the procedures in ss. 21, 27, 28(1), (10) and (12), deny parents a right to choose medical treatment for their infants, contrary to s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, or infringe the appellants' freedom of religion as guaranteed under s. 2(*a*) of the *Charter*, and, if so, whether the infringement is justifiable under s. 1 of the *Charter*. The issue raised in the cross-appeal is whether the District Court erred in awarding costs against the Attorney General of Ontario.

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting on the cross-appeal): The appeal and the cross-appeal should be dismissed.

1. *Appeal*

Section 7

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: The liberty protected by s. 7 of the *Charter* does not mean unconstrained freedom. Freedom of the individual to do what he or she wishes must, in any organized society, be subjected to numerous constraints for the common good. The state undoubtedly has the right to impose many types of restraints on individual behaviour, and not all limitations will attract *Charter* scrutiny. On the other hand, liberty does not mean mere freedom from physical restraint. In a free and democratic society, the individual must be left room for personal autonomy to live his or her own life and to make decisions that are of fundamental personal importance.

The right to nurture a child, to care for its development, and to make decisions for it in fundamental matters such as medical care, are part of the liberty interest of a parent. The common law has long recognized that parents are in the best position to take care of their children and make all the decisions necessary to ensure their well-being. This recognition was based on the presumption that parents act in the best interest of their child. Although the philosophy underlying state intervention has changed over time, most contemporary statutes deal-

général de l'Ontario qui était intervenu dans l'instance. La Cour d'appel a rejeté l'appel des appelants ainsi que l'appel incident du procureur général de l'Ontario sur la question des dépens. Le présent pourvoi vise à déterminer si le sous-al. 19(1)*b*)(ix) de la *Child Welfare Act* de l'Ontario, qui définit l'expression «enfant ayant besoin de protection», ainsi que les pouvoirs conférés à l'al. 30(1)2 et à l'art. 41, et les procédures énoncées aux art. 21 et 27 et aux par. 28(1), (10) et (12), privent les parents du droit de choisir un traitement médical pour leurs enfants en bas âge, contrairement à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou s'ils portent atteinte à la liberté de religion que garantit aux appelants l'al. 2*a*) de la *Charte*, et, dans l'affirmative, si cette atteinte est justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*. La question soulevée dans le pourvoi incident est de savoir si la Cour de district a commis une erreur en condamnant aux dépens le procureur général de l'Ontario.

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente quant au pourvoi incident): Les pourvois principal et incident sont rejetés.

1. *Pourvoi principal*

Article 7

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: La liberté garantie à l'art. 7 de la *Charte* n'est pas synonyme d'absence totale de contrainte. La liberté de l'individu de faire ce qu'il entend doit, dans toute société organisée, être assujettie à de nombreuses contraintes au nom de l'intérêt commun. L'État a certes le droit d'imposer de nombreuses formes de restrictions au comportement individuel et ce ne sont pas toutes les restrictions qui feront l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. D'autre part, la liberté ne signifie pas simplement l'absence de toute contrainte physique. Dans une société libre et démocratique, l'individu doit avoir suffisamment d'autonomie personnelle pour vivre sa propre vie et prendre des décisions qui sont d'importance fondamentale pour sa personne.

Les droits d'éduquer un enfant, de prendre soin de son développement et de prendre des décisions pour lui dans des domaines fondamentaux comme les soins médicaux, font partie du droit à la liberté d'un parent. La common law reconnaît depuis longtemps que les parents sont les mieux placés pour prendre soin de leurs enfants et pour prendre toutes les décisions nécessaires à leur bien-être. Cette reconnaissance est fondée sur la présomption que les parents agissent dans l'intérêt de leur enfant. Bien que la philosophie qui sous-tend l'in-

1995 CanLII 115 (SCC)

ing with child protection matters, and in particular the Ontario Act, while focusing on the best interest of the child, favour minimal intervention. In recent years, courts have expressed some reluctance to interfere with parental rights, and state intervention has been tolerated only when necessity was demonstrated, thereby confirming that the parental interest in bringing up, nurturing and caring for a child, including medical care and moral upbringing, is an individual interest of fundamental importance to our society.

While parents bear responsibilities toward their children, they must enjoy correlative rights to exercise them, given the fundamental importance of choice and personal autonomy in our society. Although this liberty interest is not a parental right tantamount to a right of property in children, our society is far from having repudiated the privileged role parents exercise in the upbringing of their children. This role translates into a protected sphere of parental decision-making which is rooted in the presumption that parents should make important decisions affecting their children both because parents are more likely to appreciate the best interests of their children and because the state is ill-equipped to make such decisions itself. While the state may intervene when it considers it necessary to safeguard the child's autonomy or health, such intervention must be justified.

While children undeniably benefit from the *Charter*, most notably in its protection of their rights to life and to the security of their person, they are unable to assert these rights, and our society accordingly presumes that parents will exercise their freedom of choice in a manner that does not offend the rights of their children. If one considers the multitude of decisions parents make daily, it is clear that in practice, state interference in order to balance the rights of parents and children will arise only in exceptional cases. The state can properly intervene in situations where parental conduct falls below the socially acceptable threshold, but in doing so it is limiting the constitutional rights of parents rather then vindicating the constitutional rights of children.

In the present case the application of the Act deprived the appellants of their right to decide which medical treatment should be administered to their infant and in so doing has infringed upon the parental "liberty" protected in s. 7 of the *Charter*. This deprivation, however,

tervention de l'État ait évolué au fil des ans, la plupart des lois contemporaines en matière de protection des enfants et, en particulier, la Loi de l'Ontario, tout en mettant l'accent sur l'intérêt de l'enfant, favorisent une intervention minimale. Au cours des dernières années, les tribunaux ont fait preuve d'une certaine hésitation à s'immiscer dans les droits des parents et l'intervention de l'État n'a été tolérée que lorsqu'on en avait démontré la nécessité, ce qui confirme que le droit des parents d'élever, d'éduquer et de prendre soin de l'enfant, notamment de lui procurer des soins médicaux et de lui offrir une éducation morale, est un droit individuel d'importance fondamentale dans notre société.

Bien que les parents aient des responsabilités envers leurs enfants, ils doivent jouir de droits corrélatifs de s'en acquitter, étant donné l'importance fondamentale du choix et de l'autonomie personnelle dans notre société. Quoique ce droit à la liberté ne soit pas un droit parental équivalent à un droit de propriété sur les enfants, notre société est loin d'avoir répudié le rôle privilégié que les parents jouent dans l'éducation de leurs enfants. Ce rôle se traduit par un champ protégé de prise de décision par les parents, fondé sur la présomption que ce sont eux qui devraient prendre les décisions importantes qui touchent leurs enfants parce qu'ils sont plus à même d'apprécier ce qui est dans leur intérêt et que l'État n'est pas qualifié pour prendre ces décisions lui-même. Même si l'État peut intervenir lorsqu'il considère nécessaire de préserver l'autonomie ou la santé de l'enfant, cette intervention doit être justifiée.

Bien que les enfants bénéficient indéniablement de la protection de la *Charte*, plus particulièrement en ce qui concerne leur droit à la vie et à la sécurité de leur personne, ils ne sont pas en mesure de faire valoir ces droits et notre société présume donc que leurs parents exerceront leur liberté de choix d'une manière qui ne violera pas les droits de leurs enfants. Si l'on considère la multitude de décisions que les parents prennent tous les jours, il est évident qu'en pratique l'intervention de l'État visant à soupeser les droits des parents et ceux des enfants n'aura lieu que dans des cas exceptionnels. L'État peut à bon droit intervenir dans les cas où le comportement des parents ne respecte pas la norme minimale socialement acceptable, mais ce faisant, il restreint les droits constitutionnels des parents plutôt que de défendre les droits constitutionnels des enfants.

En l'espèce, l'application de la Loi a privé les appelants de leur droit de décider quel traitement médical devrait être administré à leur enfant, et la Loi a donc enfreint la «liberté» parentale garantie à l'art. 7 de la *Charte*. Cette privation était toutefois conforme aux

1999 CanLII 11(SCC)

was made in accordance with the principles of fundamental justice. The common law has long recognized the power of the state to intervene to protect children whose lives are in jeopardy and to promote their well-being, basing such intervention on its *parens patriae* jurisdiction. The protection of a child's right to life and to health is a basic tenet of our legal system, and legislation to that end accords with the principles of fundamental justice, so long as it also meets the requirements of fair procedure. Section 19(1)(*b*)(ix) of the Act, although broad in scope, is compatible with a modern conception of life that embodies the notion of quality of life. The general procedure under the Act also accords with the principles of fundamental justice. The parents must receive reasonable notice of the hearing in which their rights might be affected. Further, the wardship order depriving the parents of the right to refuse medical treatment for their infant is granted by a judge following an adversarial process where conflicting evidence may be presented. The onus of proof is on the Children's Aid Society, and it has been recognized by the courts that it must present a strong case. Finally, the initial order granting wardship to the Children's Aid Society must be reviewed before its expiry.

The notice the parents received of the wardship hearing in this case was reasonable in the circumstances, and the initial wardship order was limited to 72 hours, to enable the parties to come back with further evidence. As well, although the appellants were not able to present conflicting medical evidence at the initial hearing, they were nonetheless represented by counsel, who cross-examined the witnesses summoned by the Children's Aid Society and presented submissions.

Per Cory, Iacobucci and Major JJ.: An exercise of parental liberty which seriously endangers the survival of the child should be viewed as falling outside s. 7 of the *Charter*. While the right to liberty embedded in s. 7 may encompass the right of parents to have input into the education of their child, and in fact may very well permit parents to choose among equally effective types of medical treatment for their children, it does not include a parents' right to deny a child medical treatment that has been adjudged necessary by a medical professional and for which there is no legitimate alternative. The child's right to life must not be so completely subsumed to the parental liberty to make decisions regarding that child. Although an individual may refuse any medical procedures upon her own person, it is quite another matter to speak for another separate individual,

principes de justice fondamentale. La common law reconnaît depuis longtemps le pouvoir de l'État d'intervenir pour protéger l'enfant dont la vie est en danger et pour promouvoir son bien-être, en fondant cette intervention sur sa compétence *parens patriae*. La protection du droit de l'enfant à la vie et à la santé est un précepte fondamental de notre système juridique et toute mesure législative adoptée à cette fin est conforme aux principes de justice fondamentale, dans la mesure où elle satisfait également aux exigences de la procédure équitable. Malgré sa large portée, le sous-al. 19(1)(*b*)(ix) de la Loi est compatible avec une conception moderne de la vie qui englobe celle de la qualité de vie. La procédure générale établie dans la Loi est conforme aux principes de justice fondamentale. Les parents doivent recevoir un préavis raisonnable de l'audience au cours de laquelle leurs droits pourront être touchés. En outre, l'ordonnance de tutelle qui prive les parents du droit de refuser un traitement médical pour leur enfant est rendue par un juge à la suite d'une procédure contradictoire où des éléments de preuve opposés peuvent être présentés. Le fardeau de la preuve incombe à la société d'aide à l'enfance, et les tribunaux ont reconnu qu'elle doit présenter une preuve solide. Enfin, l'ordonnance initiale accordant la tutelle à la société d'aide à l'enfance doit être révisée avant son expiration.

Le préavis que les parents ont reçu de l'audience relative à la tutelle était raisonnable compte tenu des circonstances, et l'ordonnance initiale de tutelle a été limitée à 72 heures afin de permettre aux parties de revenir avec une preuve supplémentaire. En outre, bien que les appelants aient été incapables de présenter une preuve médicale contradictoire lors de l'audience initiale, ils ont néanmoins été représentés par un avocat qui a contre-interrogé les témoins appelés par la société d'aide à l'enfance et présenté des arguments.

Les juges Cory, Iacobucci et Major: Il y a lieu de considérer que l'exercice de la liberté parentale qui compromet sérieusement la survie de l'enfant n'est pas visé par l'art. 7 de la *Charte*. Bien que le droit à la «liberté», consacré à l'art. 7, puisse comprendre le droit des parents de jouer un rôle dans l'éducation de leur enfant et qu'en fait il puisse très bien permettre aux parents de choisir entre différentes formes également efficaces de traitement médical pour leurs enfants, il ne comprend pas un droit des parents de refuser à leur enfant un traitement médical jugé nécessaire par un professionnel de la santé et pour lequel il n'existe aucune autre solution valable. Le droit de l'enfant à la vie ne doit pas être aussi totalement assujetti à la liberté des parents de prendre des décisions le concernant. Bien qu'une personne puisse refuser des procédures médicales pour elle-

1995 CanLII 115 (SCC)

especially when that individual cannot speak for herself. Parental duties are to be discharged according to the "best interests" of the child. The exercise of parental beliefs that grossly invades those best interests is not activity protected by the right to liberty in s. 7. There is simply no room within s. 7 for parents to override the child's right to life and security of the person. To hold otherwise would be to risk undermining the ability of the state to exercise its legitimate *parens patriae* jurisdiction and jeopardize the *Charter*'s goal of protecting the most vulnerable members of society.

même, il en va autrement lorsqu'il s'agit de s'exprimer pour une autre personne, particulièrement lorsque cette dernière n'est pas en mesure d'exprimer sa propre volonté. Les parents doivent s'acquitter de leurs obligations dans «l'intérêt» de l'enfant. L'exercice des croyances des parents qui empiète outre mesure sur cet intérêt n'est pas protégé par le droit à la liberté prévu à l'art. 7. Cet article ne permet simplement pas aux parents de passer outre au droit de l'enfant à la vie et à la sécurité de sa personne. Conclure autrement risquerait de miner la capacité de l'État d'exercer sa compétence *parens patriae* légitime et compromettrait l'objectif de la *Charte* qui est de protéger les membres les plus vulnérables de la société.

Per Lamer C.J.: The liberty interest protected by s. 7 of the *Charter* has not been infringed in this case because it includes neither the right of parents to choose (or refuse) medical treatment for their children nor, more generally, the right to bring up or educate their children without undue interference by the state. While this type of parental liberty is important and fundamental within the more general concept of the autonomy or integrity of the family unit, it does not fall within the ambit of s. 7. By including the expression "right to liberty" in s. 7, the framers of the *Charter* did not intend to protect "liberty" in its broadest sense or in all its dimensions. The right to liberty protected by s. 7 is not, within the meaning of the *Charter*, a fundamental freedom of the individual; rather it is a fundamental right which may be limited only in accordance with the principles of fundamental justice. The wording of the provision, its structure, the context in which it is found, the relationship there may be between it and the other provisions, as well as the historical context in which the *Charter* was adopted, are all factors that must be taken into consideration in seeking to identify the purpose of a protected right or freedom, in order to preserve the coherence of the entire constitutional text and maintain the integrity of the intention of Parliament. The principles of fundamental justice are a qualifier of the right not to be deprived of life, liberty and security of the person, and thus serve to establish the parameters of the interests. Since the principles of fundamental justice are elements that are essentially within the domain of the justice system, the type of liberty to which s. 7 refers must be the liberty that may be taken away or limited by a court or by another agency on which the state confers a coercive power by which it may enforce the laws that it enacts. Accordingly, the subject matter of s. 7 must be the conduct of the state when the state calls on law enforcement officials to enforce and secure obedience to the law, or

Le juge en chef Lamer: Le droit à la liberté protégé par l'art. 7 de la *Charte* n'a pas été violé en l'espèce parce qu'il n'inclut ni le droit des parents de choisir (ou de refuser) un traitement médical pour leurs enfants, ni, d'une façon plus générale, celui d'élever ou d'éduquer leurs enfants sans ingérence indue de la part de l'État. Bien qu'important et fondamental à l'intérieur du concept plus général de l'autonomie ou de l'intégrité de l'unité familiale, ce type de liberté parentale ne relève pas du champ d'application de l'art. 7. Par l'inclusion de l'expression «droit à la liberté» à l'art. 7, les rédacteurs de la *Charte* n'ont pas voulu protéger la «liberté» dans son sens le plus large ou dans toutes ses dimensions. Le droit à la liberté garanti par l'art. 7 n'est pas, au sens de la *Charte*, une liberté fondamentale de l'individu; c'est un droit fondamental qui ne peut être restreint qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Le texte de la disposition, sa structure, le contexte dans lequel elle s'insère, le rapport qui peut exister entre elle et les autres dispositions, de même que le contexte historique de l'adoption de la *Charte* sont tous des éléments qui doivent être pris en considération lors de la recherche de l'objet d'un droit ou d'une liberté protégés afin de préserver la cohérence de l'ensemble du texte constitutionnel et de conserver l'intégrité de l'intention du législateur. Les principes de justice fondamentale constituent un modificatif du droit de ne pas se voir porter atteinte à sa vie, à sa liberté et à la sécurité de sa personne, et servent donc à établir les paramètres de ces intérêts. Les principes de justice fondamentale étant des éléments qui relèvent essentiellement du système d'administration de la justice, le type de liberté visé par l'art. 7 doit être celui qui peut être retiré ou restreint par une cour de justice ou par un autre organisme auquel l'État confie un pouvoir de coercition permettant d'assurer le respect de ses lois. Par conséquent, l'art. 7 doit viser le comportement de l'État lorsque celui-ci intervient par

1995 CanLII 115 (SCC)

invokes the law to deprive a person of liberty through judges, magistrates, ministers, board members, etc.

The nature of the rights guaranteed by s. 7, taken as a whole, and the close connection established between those rights and the principles of fundamental justice, necessarily mean that this constitutional protection is connected with the physical dimension of the word "liberty", which can be lost through the operation of the legal system. In a majority of cases this protection is therefore specific to our criminal or penal justice system and is triggered primarily by the operation of that system. The freedoms that the *Charter* expressly recognizes and identifies as fundamental are found in s. 2. If s. 7 were to include any type of freedom whatever, provided that it could be described as fundamental, the need for and purpose of s. 2 might be seriously questioned. The nature of the other rights set out in s. 7 is another element of interpretation that militates in favour of a distinction between the scope of the words "freedom" and "liberty" as they are used in ss. 2 and 7. Since the right to life, liberty and security of the person are three distinct rights which the framers deliberately placed, in sequence, in a single provision, there must be a connection or linkage among them. This connection is found in the person himself or herself, as a corporeal entity, as opposed to the person's spirit, aspirations, conscience, beliefs, personality or, more generally, the expression or realization of what makes up the person's non-corporeal identity. The right to liberty, in this context, must therefore be set up against imprisonment, detention or any form of control or of constraint on freedom of movement. Moreover, extending the scope of the word "liberty" in s. 7 to include any type of freedom might mean that a large proportion of the legislative provisions in force could be challenged on the ground that they infringe this liberty interest. It would then be for the courts, in each case, to decide whether or not the freedom invoked was a fundamental freedom in our free and democratic society, whether the limit complied with the principles of fundamental justice, or whether the limit was reasonable and could be justified in a free and democratic society. In so doing the judiciary would inevitably be legislating, when this is not its function.

Per Sopinka J.: It is unnecessary to determine whether a liberty interest is engaged in this case because the threshold requirement of a breach of the principles

des forces répressives pour assurer l'application et le respect des lois ou lorsqu'il invoque la loi pour priver une personne de sa liberté par l'entremise des juges, magistrats, ministres, commissaires, etc.

La nature de l'ensemble des droits garantis par l'art. 7 et la relation étroite établie entre ces droits et les principes de justice fondamentale commandent que cette protection constitutionnelle soit reliée à la dimension physique du terme «liberté», laquelle peut être perdue par l'intervention du système juridique. Dans la majorité des cas, cette protection est donc spécifique à notre système de justice criminelle ou pénale et déclenchée principalement par son intervention. On trouve à l'art. 2 les libertés expressément reconnues et qualifiées de fondamentales par la *Charte*. Si l'article 7 devait inclure tout type de liberté, pourvu qu'elle puisse être qualifiée de fondamentale, l'on pourrait se questionner sérieusement sur la pertinence et la raison d'être de l'art. 2. La nature des autres droits énoncés à l'art. 7 est un autre élément d'interprétation qui milite en faveur d'une distinction entre la portée du terme «liberté» utilisé aux art. 2 et 7. Puisque les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne sont trois droits distincts que les rédacteurs ont sciemment intégrés, l'un à la suite de l'autre, à l'intérieur d'une seule et même disposition, il doit exister entre eux un lien ou un point commun. Le point de rattachement se situe au niveau de la personne elle-même en tant qu'entité corporelle, par opposition à son esprit, ses aspirations, sa conscience, ses croyances, sa personnalité ou, plus généralement, l'expression ou la réalisation de ce qui compose son identité immatérielle. Le droit à la liberté, dans ce contexte, doit donc être opposé à l'emprisonnement, à la détention ou à toute forme de contrôle ou de contrainte sur la liberté de mouvement. Par ailleurs, élargir la portée du terme «liberté» de l'art. 7 pour y inclure tout type de liberté pourrait signifier qu'une grande partie des dispositions législatives en vigueur pourraient être contestées pour le motif qu'elles portent atteinte à ce droit à la liberté. Il appartiendrait alors aux tribunaux de décider, dans chaque cas, si la liberté invoquée constitue ou non une liberté fondamentale de notre société libre et démocratique, si la restriction est conforme aux principes de justice fondamentale, ou encore si la restriction est raisonnable et peut se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique. Ce faisant, le pouvoir judiciaire se trouverait inévitablement à légiférer alors que tel n'est pas son rôle.

Le juge Sopinka: Il n'est pas nécessaire de déterminer si un droit à la liberté est en cause en l'espèce du fait que l'exigence préliminaire d'une violation des prin-

1995 CanLII 115 (SCC)

of fundamental justice is not met. In all other respects La Forest J.'s reasons were agreed with.

Section 2(a)

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and McLachlin JJ.: The right of parents to rear their children according to their religious beliefs, including that of choosing medical and other treatments, is a fundamental aspect of freedom of religion, guaranteed by s. 2(*a*) of the *Charter*. While the purpose of the Act, the protection of children, does not infringe on the appellants' freedom of religion, the legislative scheme it implements, culminating in a wardship order depriving the parents of the custody of their child, seriously infringed on the appellants' freedom to choose medical treatment for their child in accordance with the tenets of their faith. This infringement was justified, however, under s. 1 of the *Charter*. The state interest in protecting children at risk is a pressing and substantial objective. The Act allows the state to assume parental rights when a judge has determined that a child is in need of treatment that his parents will not consent to. The process contemplated by the Act is carefully crafted, adaptable to a myriad of different situations, and far from arbitrary. The Act makes provision for notice to be given, for evidence to be called, for time limits to be imposed upon Crown wardship and other orders, as well as for procedural protections to be afforded to parents.

Per Lamer C.J. and Cory, Iacobucci and Major JJ.: A parent's freedom of religion, guaranteed under s. 2(*a*) of the *Charter*, does not include the imposition of religious practices which threaten the safety, health or life of the child. Although the freedom of belief may be broad, the freedom to act upon those beliefs is considerably narrower, as it is subject to such limitations as are necessary to protect the fundamental rights and freedoms of others. Since S.B. has never expressed any agreement with the Jehovah's Witness faith or any religion, there is an impingement on her freedom of conscience, which arguably includes the right to live long enough to make one's own reasoned choice about the religion one wishes to follow as well as the right not to hold a religious belief. "Freedom of religion" should not encompass activity that so categorically negates the "freedom of conscience" of another. While s. 1 of the *Charter* may be the appropriate forum for balancing the interests of the state against the rights violation of the aggrieved individual, such a balance is not required here, since the nexus of the balancing operates between the child's

cipes de justice fondamentale n'est pas remplie. Les motifs du juge La Forest sont acceptés à tout autre égard.

Alinéa 2a)

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et McLachlin: Le droit des parents d'éduquer leurs enfants selon leurs croyances religieuses, dont celui de choisir les traitements médicaux et autres, est un aspect fondamental de la liberté de religion garantie à l'al. 2*a*) de la *Charte*. Bien que l'objet de la Loi, la protection de l'enfant, ne porte pas atteinte à la liberté de religion des appelants, le régime législatif qu'elle met en œuvre et qui aboutit à une ordonnance de tutelle privant les parents de la garde de leur enfant a gravement porté atteinte à leur droit de choisir un traitement médical pour leur enfant, conformément aux préceptes de leur foi. Cette atteinte était toutefois justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. L'intérêt de l'État dans la protection des enfants en danger est un objectif urgent et réel. La Loi permet à l'État d'assumer les droits parentaux lorsqu'un juge détermine qu'un enfant a besoin d'un traitement auquel ses parents ne consentiront pas. Le processus prévu par la Loi est conçu avec soin, est adaptable à une multitude de situations différentes et est loin d'être arbitraire. La Loi contient des dispositions concernant le préavis à donner, la preuve à produire, la durée de la tutelle de la Couronne et d'autres ordonnances, de même que les garanties procédurales à accorder aux parents.

Le juge en chef Lamer et les juges Cory, Iacobucci et Major: La liberté de religion d'un parent, garantie à l'al. 2*a*) de la *Charte*, ne l'autorise pas à imposer à son enfant des pratiques religieuses qui menacent sa sécurité, sa santé ou sa vie. Bien que la liberté de croyance puisse être vaste, la liberté d'agir suivant ces croyances est beaucoup plus restreinte, puisqu'elle est assujettie aux restrictions qui sont nécessaires pour préserver les libertés et droits fondamentaux d'autrui. Puisque S.B. n'a jamais adhéré à la foi des témoins de Jéhovah ni à aucune religion, il y a atteinte à sa liberté de conscience qui, pourrait-on soutenir, comprend le droit de vivre assez longtemps pour faire son propre choix raisonné sur la religion à laquelle elle souhaite adhérer, de même que le droit de n'avoir aucune croyance religieuse. La «liberté de religion» ne devrait pas comprendre une activité qui nie aussi catégoriquement la «liberté de conscience» d'autrui. Bien que l'article premier de la *Charte* puisse convenir pour évaluer les intérêts de l'État en fonction de la violation des droits de l'individu lésé, cette évaluation n'est pas nécessaire en l'espèce puisque

right to life and security of the person and her parents' right to freedom of religion.

2. *Cross-appeal*

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: While the awarding of costs against an intervening Attorney General acting in the public interest in favour of a party who raises the constitutionality of a statute appears highly unusual, this case appears to have raised special and peculiar problems. The District Court's exercise of discretion, which was supported by the Court of Appeal, should thus not be interfered with.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The cross-appeal with respect to costs should be allowed. While it is true that appellate courts should not in general interfere with a trial court's exercise of discretion, a court of appeal can interfere where that discretion has not been exercised judicially and judiciously. Section 42(1) of the *Supreme Court Act* is aimed solely at preventing parties from bringing an appeal from a purely discretionary decision, and does not prevent this Court from interfering with a trial judge's discretion if he or she erred in formulating the principles upon which the discretion was exercised. Awards of costs, while within judicial discretion, can be reviewed by an appellate court on the basis that they were made, *inter alia*, on wrong principles, on a misapprehension of significant facts or in a non-judicial manner. Moreover, s. 47 of the *Supreme Court Act* specifically grants this Court a wide discretion with respect to lower courts' costs orders.

The long-standing rule regarding costs is that they are generally awarded to a successful party, absent misconduct on his or her part. This rule, however, is not absolute. Rule 57.01 of the Ontario *Rules of Civil Procedure* provides a list of factors (the amount claimed and the amount recovered in the proceeding, the complexity of the proceeding, the importance of the issues, etc.) for a judge to consider in the exercise of his or her discretion with respect to an order for costs. According to Rule 57.01, costs can even be ordered against a successful party in a "proper case". This case, however, was not such a "proper case", given all of the circumstances and

le nœud de l'évaluation se situe entre le droit de l'enfant à la vie et à la sécurité de sa personne et le droit de ses parents à la liberté de religion.

2. *Pourvoi incident*

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Même si la condamnation aux dépens du procureur général qui intervient, dans l'intérêt public, en faveur d'une partie qui conteste la constitutionnalité d'une loi, paraît fort inhabituelle, cette affaire paraît avoir soulevé des problèmes spéciaux et particuliers. Il n'y a donc pas lieu d'intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour de district, qui a reçu l'appui de la Cour d'appel.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Il y a lieu d'accueillir le pourvoi incident quant aux dépens. S'il est vrai que les tribunaux d'appel ne devraient pas, en général, intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un tribunal de première instance, une cour d'appel peut intervenir lorsque ce pouvoir discrétionnaire n'a pas été exercé judiciairement et judicieusement. Le paragraphe 42(1) de la *Loi sur la Cour suprême* ne vise qu'à empêcher les parties de porter en appel une décision purement discrétionnaire, et il n'empêche pas notre Cour d'intervenir dans le pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance s'il a commis une erreur en formulant les principes sur lesquels il a fondé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Même si elle relève du pouvoir discrétionnaire judiciaire, l'attribution de dépens peut être contrôlée par une cour d'appel pour le motif, notamment, qu'elle est fondée sur des principes erronés ou une mauvaise compréhension de faits importants, ou parce qu'elle a été faite d'une manière non judiciaire. De plus, l'art. 47 de la *Loi sur la Cour suprême* confère expressément à notre Cour un large pouvoir discrétionnaire relativement aux ordonnances rendues en la matière par les tribunaux d'instance inférieure.

Selon la règle qui s'applique depuis longtemps en la matière, des dépens sont généralement accordés à la partie qui obtient gain de cause, à moins d'une conduite répréhensible de sa part. Cette règle n'est toutefois pas absolue. La règle 57.01 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario énumère une liste de facteurs (le montant demandé dans l'instance et le montant obtenu, la complexité de l'instance, l'importance des questions en litige, etc.) qu'un juge doit considérer dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en matière de dépens. Aux termes de la règle 57.01, même la partie qui obtient gain de cause peut être condamnée aux dépens, «le cas

1995 CanLII 115 (SCC)

in spite of the fact that it was a constitutional challenge based on a fundamental freedom guaranteed by the *Charter*.

The resources available to the parties should not generally be a relevant factor in awarding costs. It is contrary to public policy that an Attorney General be, as a matter of course, treated as having an unlimited source of funds and for that sole reason be required, even if successful, to pay the other party's costs. Such a result could open the floodgates and encourage marginal applications for constitutional challenges. While there are clearly cases where the government will be required to pay the costs of a particular litigation regardless of its outcome, these cases remain very limited exceptions and are not based on the relative resources of the parties but rather on the importance for the government or the public of having a particular issue decided by the courts. As well, generally in such cases there is a prior understanding that the costs will be borne by the government, independently of the result. Thus, the District Court judge was correct in not basing his order for costs on the relative resources of the parties.

The District Court judge was also correct in finding that there was no misconduct on the part of the Attorney General of Ontario. However, misconduct is only one criterion among many which a judge is entitled to consider in determining how costs should be awarded. Consequently, even in the absence of misconduct, a costs order against a successful party could be justified. That being said, under Rule 57.01, the court's discretion to depart from the general rule of awarding costs to the successful party must be exercised judiciously and judicially. It cannot be exercised arbitrarily, capriciously or for improper reasons.

None of the factors considered by the District Court judge and the Court of Appeal in support of the impugned costs order, in and of themselves or considered in totality, justify the costs order against the successful Attorney General of Ontario in the case at hand. First, the District Court judge, in awarding costs against the Attorney General of Ontario, suggested that the "litigation was originally triggered by an act of the state". However, while the fact that a state action is the trigger for a particular litigation may warrant some considera-

échéant». Toutefois, il ne convient pas en l'espèce de le faire, compte tenu de toutes les circonstances et en dépit du fait qu'il s'agissait d'une contestation de nature constitutionnelle fondée sur une liberté fondamentale garantie par la *Charte*.

Les ressources dont disposent les parties ne devraient pas, en règle générale, constituer un facteur pertinent en matière d'attribution de dépens. Il est contraire à l'ordre public de traiter automatiquement le procureur général comme une source de fonds intarissable et de l'obliger, pour ce seul motif, à payer les frais de la partie adverse même s'il obtient gain de cause. Un tel résultat risquerait de déclencher une avalanche et d'encourager les demandes marginales de contestations constitutionnelles. Bien qu'il y ait manifestement des cas où le gouvernement sera tenu de payer les frais d'un litige donné peu importe l'issue de celui-ci, ces cas demeurent des exceptions très limitées et sont fondés non pas sur les ressources relatives des parties, mais plutôt sur l'importance pour le gouvernement ou le public qu'une question donnée soit tranchée par les tribunaux. De même, dans ces cas, il est généralement convenu à l'avance que les frais seront assumés par le gouvernement, indépendamment du résultat. Aussi, le juge de la Cour de district a eu raison de ne pas fonder son ordonnance en matière de dépens sur les ressources relatives des parties.

Le juge de la Cour de district a également eu raison de conclure qu'il n'y avait pas eu d'inconduite de la part du procureur général de l'Ontario. Cependant, l'inconduite est un seul critère parmi de nombreux autres qu'un juge peut considérer pour déterminer la façon d'accorder des dépens. En conséquence, même en l'absence d'inconduite, la condamnation aux dépens de la partie qui obtient gain de cause pourrait être justifiée. Cela étant dit, en vertu de la règle 57.01, le pouvoir discrétionnaire judiciaire de déroger à la règle générale pour accorder des dépens à la partie qui obtient gain de cause doit être exercé judicieusement et judiciairement. Il ne peut être exercé de façon arbitraire, capricieuse ou pour des motifs impropres.

Aucun des facteurs considérés par le juge de la Cour de district et la Cour d'appel pour justifier l'ordonnance relative aux dépens qui est contestée ne justifie, en soi ou dans l'ensemble, la condamnation aux dépens du procureur général de l'Ontario qui a obtenu gain de cause en l'espèce. Premièrement, en condamnant aux dépens le procureur général de l'Ontario, le juge de la Cour de district a laissé entendre que le «litige avait été déclenché initialement par l'action de l'État». Toutefois, bien que le fait qu'une action de l'État ait déclenché un

tion in determining how costs are allocated, it is not a factor which should be determinative with respect to the allocation of costs. Furthermore, in this case, it was the act of the appellant parents in refusing a blood transfusion for their daughter which originally triggered the litigation. The fact that the parents then challenged the constitutionality of the *Child Welfare Act* provides no basis for awarding costs against the Attorney General for Ontario, who intervened to defend the constitutionality of that statute. The fact that there was state action in answer to a constitutional challenge, whether as an intervener or a party to the litigation, absent any impropriety, as here, cannot be the basis for awarding costs against a successful party. Furthermore, there is a general rule that a party granted intervener status in the public interest is neither entitled to nor liable for the costs in the matter.

Second, the District Court judge erred when he stated that the particular importance of the case before him warranted the ordering of costs against the intervening Attorney General of Ontario. While Rule 57.01(1)(*d*) expressly states that "the importance of the issues" is a factor which can be considered by a court in awarding costs, this factor seems to be much more relevant with respect to whether costs should be awarded at all, rather than with respect to whether costs should be awarded against a successful party. Furthermore, it is not apparent that this case raises issues of sufficient national importance to justify awarding costs against a successful intervener. Moreover, it would not be in the interest of justice or in the interest of the administration of justice to hold that the fact that a case raises an issue of national importance is in and of itself sufficient to justify awarding costs against a successful party, in this case an intervener. Finally, the fact that the appellants raised a *Charter* issue does not in and of itself make their case one of particular importance.

Third, Tarnopolsky J.A.'s reasons at the Court of Appeal, suggesting that an award of costs against the Attorney General of Ontario might be justified by the fact that the appellants challenged the state on the basis of freedom of religion, a "fundamental freedom" guaranteed by s. 2(*a*) of the *Charter*, were not agreed with. The fact that an individual alleges an infringement of a right or a freedom guaranteed by the *Charter* is not in and of itself sufficient to attract an exception to the general rule as to costs. To hold otherwise would mean that

litige particulier puisse mériter d'être considéré en décidant de l'allocation des dépens, ce ne devrait pas être un facteur déterminant à cet égard. De plus, en l'espèce, c'est le refus des parents appelants de consentir à ce que leur fillette subisse une transfusion sanguine qui a déclenché initialement le litige. Le fait que les parents aient alors contesté la constitutionnalité de la *Child Welfare Act* ne justifie aucunement la condamnation aux dépens du procureur général de l'Ontario qui est intervenu pour défendre la constitutionnalité de la loi en question. Le fait que l'État ait répondu à une contestation constitutionnelle, que ce soit à titre d'intervenant ou de partie au litige, en l'absence, comme c'est le cas ici, de toute impropriété, ne saurait justifier la condamnation aux dépens de la partie qui obtient gain de cause. En outre, il existe une règle générale voulant qu'une partie à qui l'on accorde le statut d'intervenant dans l'intérêt public, n'ait pas droit aux dépens de l'instance, ni ne les assume.

Deuxièmement, le juge de la Cour de district a commis une erreur lorsqu'il a dit que l'importance particulière de l'affaire dont il était saisi justifiait la condamnation aux dépens de l'intervenant le procureur général de l'Ontario. Bien que la règle 57.01(1)*d*) précise que «l'importance des questions en litige» est un facteur dont le tribunal peut tenir compte en accordant des dépens, ce facteur semble être beaucoup plus pertinent quant à savoir simplement s'il y a lieu d'accorder des dépens, que quant à savoir s'il y a lieu de condamner aux dépens la partie qui obtient gain de cause. Par ailleurs, il n'appert pas que la présente affaire soulève des questions d'importance nationale suffisantes pour justifier la condamnation aux dépens d'un intervenant qui obtient gain de cause. En outre, il ne serait pas dans l'intérêt de la justice ni dans celui de l'administration de la justice de conclure que le fait qu'une affaire soulève une question d'importance nationale est suffisant en soi pour justifier la condamnation aux dépens d'une partie qui obtient gain de cause, en l'occurrence un intervenant. Enfin, le fait que les appelants aient soulevé une question relative à la *Charte* ne confère pas en soi une importance particulière à leur cas.

Troisièmement, on n'a pas souscrit aux motifs du juge Tarnopolsky de la Cour d'appel, qui laissaient entendre que la condamnation aux dépens du procureur général de l'Ontario pourrait être justifiée par le fait que les appelants se sont attaqués à l'État en invoquant la liberté de religion, une «liberté fondamentale» garantie par l'al. 2*a*) de la *Charte*. Le fait qu'un particulier allègue la violation d'une liberté ou d'un droit garantis par la *Charte* n'est pas suffisant en soi pour entraîner une exception à la règle générale en matière de dépens. Conclure autre-

1995 CanLII 115 (SCC)

all accused or individuals challenging a statute on *Charter* grounds would be entitled to an award of costs against the state.

Fourth, the District Court judge noted that this case "proceeded in a most unusual fashion and laborious manner". However, the fact that the proceedings in the District Court constituted a lengthy re-trial where fresh evidence was adduced cannot be a source of reproach to the Attorney General of Ontario and cannot serve as a basis for the impugned costs order. Besides, it is not evident that the present case was actually unusual in its proceedings.

Finally, even taken together, the factors considered by the District Court judge and Tarnopolsky J.A. of the Court of Appeal could not make this case a proper one to allow a departure from the general rule as to costs.

Cases Cited

By La Forest J.

Referred to: *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972); *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925); *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158 (1944); *Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645 (1972); *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Planned Parenthood of South-Eastern Pennsylvania v. Casey*, 112 S.Ct. 2791 (1992); *Hepton v. Maat*, [1957] S.C.R. 606; *Re C.P.L.* (1988), 70 Nfld. & P.E.I.R. 287; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. M. (C.)*, [1994] 2 S.C.R. 165; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141; *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940); *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Lavigne v. Ontario Public Service Employ-*

ment signifierait que tous les accusés ou particuliers qui se fondent sur la *Charte* pour contester une loi auraient droit à ce que l'État soit condamné aux dépens.

Quatrièmement, le juge de la Cour de district a souligné que l'affaire «s'est déroulée de la façon la plus inhabituelle et ardue». Toutefois, le fait que les procédures devant la Cour de district aient constitué un long nouveau procès où une nouvelle preuve a été produite ne peut être une source de reproches envers le procureur général de l'Ontario et ne peut servir de fondement à l'ordonnance en matière de dépens contestée. De plus, il n'est pas évident que les procédures de la présente affaire ont été véritablement inhabituelles.

Enfin, même considérés ensemble, les facteurs dont le juge de la Cour de district et le juge Tarnopolsky de la Cour d'appel ont tenu compte ne pourraient permettre en l'espèce une dérogation à la règle générale en matière de dépens.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêts mentionnés: *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Board of Regents of State Colleges c. Roth*, 408 U.S. 564 (1972); *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Meyer c. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Pierce c. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925); *Prince c. Massachusetts*, 321 U.S. 158 (1944); *Stanley c. Illinois*, 405 U.S. 645 (1972); *Wisconsin c. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972); *Roe c. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Planned Parenthood of South-Eastern Pennsylvania c. Casey*, 112 S.Ct. 2791 (1992); *Hepton c. Maat*, [1957] R.C.S. 606; *Re C.P.L.* (1988), 70 Nfld. & P.E.I.R. 287; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *E. (Mme) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141; *Cantwell c. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940); *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Lavigne c.*

1995 CanLII 15 (SCC)

ees Union, [1991] 2 S.C.R. 211; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326.

By Iacobucci and Major JJ.

Referred to: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *Re R.K.* (1987), 79 A.R. 140; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Tutton and Tutton* (1985), 18 C.C.C. (3d) 328, aff'd [1989] 1 S.C.R. 1392; *Re D.* (1982), 30 R.F.L. (2d) 277; *M. (R.E.D.) v. Director of Child Welfare* (1986), 47 Alta. L.R. (2d) 380 (Q.B.), appeal quashed and application to reinstate refused (1988), 88 A.R. 346 (C.A.); *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211.

By Lamer C.J.

Considered: *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; **referred to:** *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972); *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357.

By Sopinka J.

Referred to: *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting on the cross-appeal)

Canadian Newspapers Co. v. Attorney-General of Canada (1986), 56 O.R. (2d) 240; *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801; *R. v. Pringle*, [1989] 1 S.C.R. 1645; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549; *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; *Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042; *Elsom v. Elsom*, [1989] 1 S.C.R. 1367; *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326;

Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario, [1991] 2 R.C.S. 211; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326.

Citée par les juges Iacobucci et Major

Arrêts mentionnés: *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *Re R.K.* (1987), 79 A.R. 140; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Tutton and Tutton* (1985), 18 C.C.C. (3d) 328, conf. par [1989] 1 R.C.S. 1392; *Re D.* (1982), 30 R.F.L. (2d) 277; *M. (R.E.D.) c. Director of Child Welfare* (1986), 47 Alta. L.R. (2d) 380 (B.R.), appel annulé et demande de rétablissement refusée (1988), 88 A.R. 346 (C.A.); *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211.

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts examinés: *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; **arrêts mentionnés:** *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Board of Regents of State Colleges c. Roth*, 408 U.S. 564 (1972); *Meyer c. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357.

Citée par le juge Sopinka

Arrêt mentionné: *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente quant au pourvoi incident)

Canadian Newspapers Co. c. Attorney-General of Canada (1986), 56 O.R. (2d) 240; *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801; *R. c. Pringle*, [1989] 1 R.C.S. 1645; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549; *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; *Hadmor Productions Ltd. c. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042; *Elsom c. Elsom*, [1989] 1 R.C.S. 1367; *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326;

1995 CanLII 115 (SCC)

R. v. Corbett, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701; *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141; *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247; *Lewis v. Todd and McClure*, [1980] 2 S.C.R. 694; *Jaegli Enterprises Ltd. v. Taylor*, [1981] 2 S.C.R. 2; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; *Charles Osenton & Co. v. Johnston*, [1942] A.C. 130; *539618 Ontario Ltd. v. Stathopoulos* (1992), 11 O.R. (3d) 364; *Prodon v. Vickrey* (1988), 31 C.P.C. (2d) 264; *Nolet v. Nolet* (1985), 68 N.S.R. (2d) 370; *Smov Industrie Ceramiche S.P.A. v. Sole Ceramic Importing Ltd.* (1983), 141 D.L.R. (3d) 672; *Andrews v. Andrews* (1980), 120 D.L.R. (3d) 252; *Kalesky v. Kalesky* (1974), 51 D.L.R. (3d) 30; *Donald Campbell and Co. v. Pollak*, [1927] A.C. 732; *Downey v. Roaf* (1873), 6 P.R. 89; *In Re Pattullo and The Corporation of the Town of Orangeville* (1899), 31 O.R. 192; *London & British North America Co. v. Haigh*, [1922] 1 W.W.R. 172; *Hudson's Bay Co. v. Sjostrom*, [1924] 3 W.W.R. 271; *Villeneuve v. Rur. Mun. Kelvington*, [1929] 2 D.L.R. 919; *Wawrzyniak v. Jagiellicz* (1988), 9 A.C.W.S. (3d) 175; *Attorney General of Quebec v. Labrecque*, [1980] 2 S.C.R. 1057; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Coronation Insurance Co. v. Taku Air Transport Ltd.*, [1991] 3 S.C.R. 622; *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374; *Hartford v. Langdon Coach Lines Co.* (1975), 10 O.R. (2d) 617; *Wismer v. Javelin International Ltd.* (1982), 38 O.R. (2d) 26; *Attorney-General of Quebec v. Cronier* (1981), 63 C.C.C. (2d) 437; *R. v. Pawlowski* (1993), 20 C.R. (4th) 233; *Carey v. The Queen*, Ont. H.C., No. 1954/76, September 13, 1988; *B.C. (Govt.) v. Worthington (Can.) Inc.* (1988), 29 B.C.L.R. (2d) 145; *Metropolitan Stores (MTS) Ltd. v. Manitoba Food and Commercial Workers, Local 832* (1990), 70 Man. R. (2d) 59; *Hines v. Nova Scotia (Registrar of Motor Vehicles)* (1990), 78 D.L.R. (4th) 162; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *John Doe v. Ontario (Information & Privacy Commissioner)* (1992), 7 C.P.C. (3d) 33; *Janigan v. Harris* (1989), 70 O.R. (2d) 5; *Poizer v. Ward*, [1947] 4 D.L.R. 316.

Statutes and Regulations Cited

African Charter on Human and Peoples' Rights, art. 6.
American Convention on Human Rights, art. 7.

R. c. Corbett, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701; *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141; *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247; *Lewis c. Todd et McClure*, [1980] 2 R.C.S. 694; *Jaegli Enterprises Ltd. c. Taylor*, [1981] 2 R.C.S. 2; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Charles Osenton & Co. c. Johnston*, [1942] A.C. 130; *539618 Ontario Ltd. c. Stathopoulos* (1992), 11 O.R. (3d) 364; *Prodon c. Vickrey* (1988), 31 C.P.C. (2d) 264; *Nolet c. Nolet* (1985), 68 N.S.R. (2d) 370; *Smov Industrie Ceramiche S.P.A. c. Sole Ceramic Importing Ltd.* (1983), 141 D.L.R. (3d) 672; *Andrews c. Andrews* (1980), 120 D.L.R. (3d) 252; *Kalesky c. Kalesky* (1974), 51 D.L.R. (3d) 30; *Donald Campbell and Co. c. Pollak*, [1927] A.C. 732; *Downey c. Roaf* (1873), 6 P.R. 89; *In Re Pattullo and The Corporation of the Town of Orangeville* (1899), 31 O.R. 192; *London & British North America Co. c. Haigh*, [1922] 1 W.W.R. 172; *Hudson's Bay Co. c. Sjostrom*, [1924] 3 W.W.R. 271; *Villeneuve c. Rur. Mun. Kelvington*, [1929] 2 D.L.R. 919; *Wawrzyniak c. Jagiellicz* (1988), 9 A.C.W.S. (3d) 175; *Procureur général du Québec c. Labrecque*, [1980] 2 R.C.S. 1057; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Coronation Insurance Co. c. Taku Air Transport Ltd.*, [1991] 3 R.C.S. 622; *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374; *Hartford c. Langdon Coach Lines Co.* (1975), 10 O.R. (2d) 617; *Wismer c. Javelin International Ltd.* (1982), 38 O.R. (2d) 26; *Attorney-General of Quebec c. Cronier* (1981), 23 C.R. (3d) 97; *R. c. Pawlowski* (1993), 20 C.R. (4th) 233; *Carey c. The Queen*, H.C. Ont., nº 1954/76, 13 septembre 1988; *B.C. (Govt.) c. Worthington (Can.) Inc.* (1988), 29 B.C.L.R. (2d) 145; *Metropolitan Stores (MTS) Ltd. c. Manitoba Food and Commercial Workers, Local 832* (1990), 70 Man. R. (2d) 59; *Hines c. Nova Scotia (Registrar of Motor Vehicles)* (1990), 78 D.L.R. (4th) 162; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *John Doe c. Ontario (Information & Privacy Commissioner)* (1992), 7 C.P.C. (3d) 33; *Janigan c. Harris* (1989), 70 O.R. (2d) 5; *Poizer c. Ward*, [1947] 4 D.L.R. 316.

Lois et règlements cités

African Charter on Human and Peoples' Rights, art. 6.
American Convention on Human Rights, art. 7.

1995 CanLII 115 (SCC)

American Declaration of the Rights and Duties of Man, arts. 1, 25.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*a*), (*b*), 3 to 5, 6, 7, 8 to 14, 15, 33.
Child and Family Services Act, 1984, S.O. 1984, c. 55.
Child Welfare Act, R.S.O. 1980, c. 66 [rep. S.O. 1984, c. 55, s. 208], ss. 19(1)(*b*)(ix), 21, 27, 28(1), (6), (10), (11), (12), 30(1), 37, 41.
Children's Protection Act, R.S.O. 1927, c. 279.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Courts of Justice Act, 1984, S.O. 1984, c. 11, ss. 122, 141(1) [now *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, ss. 109, 131(1)].
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 126(1).
European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221, art. 5(1).
International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171, arts. 6, 9(1).
Rules of Civil Procedure, O. Reg. 560/84, r. 57.01(1)(*c*), (*d*), (2).
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, ss. 42(1), 47.
United States Constitution, Fourteenth Amendment.
Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), art. 3.

American Declaration of the Rights and Duties of Man, art. 1, 25.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*a*), *b*), 3 à 5, 6, 7, 8 à 14, 15, 33.
Child Welfare Act, R.S.O. 1980, ch. 66 [abr. L.O. 1984, ch. 55, art. 208], art. 19(1)*b*)(ix), 21, 27, 28(1), (6), (10), (11), (12), 30(1), 37, 41.
Children's Protection Act, R.S.O. 1927, ch. 279.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 126(1).
Constitution des États-Unis, Quatorzième amendement.
Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221, art. 5(1).
Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948), art. 3.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi de 1984 sur les services à l'enfance et à la famille, L.O. 1984, ch. 55.
Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires, L.O. 1984, ch. 11, art. 122, 141(1) [maintenant *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 109, 131(1)].
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 42(1) [mod. 1993, ch. 34, art. 117], 47.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171, art. 6, 9(1).
Règles de procédure civile, Règl. de l'Ont. 560/84, r. 57.01(1)*c*), *d*), (2).

1995 CanLII 115 (SCC)

Authors Cited

Bala, Nicholas, and J. Douglas Redfearn. "Family Law and the 'Liberty Interest': Section 7 of the Canadian Charter of Rights" (1983), 15 *Ottawa L. Rev.* 274.
Colvin, Eric. "Section Seven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 560.
House of Commons Debates, 1st Sess., 32nd Parl., October 6, 1980, p. 3285.
Orkin, Mark M. *The Law of Costs*, 2nd ed. Aurora: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf).

Doctrine citée

Bala, Nicholas, and J. Douglas Redfearn. «Family Law and the «Liberty Interest»: Section 7 of the Canadian Charter of Rights» (1983), 15 *Ottawa L. Rev.* 274.
Colvin, Eric. «Section Seven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1989), 68 *R. du B. can.* 560.
Débats de la Chambre des communes, 1re sess., 32e lég., 6 octobre 1980, p. 3285.
Orkin, Mark M. *The Law of Costs*, 2nd ed. Aurora: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf).

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 10 O.R. (3d) 321, 96 D.L.R. (4th) 45, 43 R.F.L. (3d) 36, 58 O.A.C. 93, affirming a judgment of Whealy Dist. Ct. J. (1989), 14 A.C.W.S. (3d) 10, affirming an order of Main Prov. Ct. J. (1983), 36 R.F.L. (2d) 70, granting wardship of an infant to the Children's Aid Society and an order of Walmsley A.C. Prov. J. (1983), 36 R.F.L. (2d) 80, terminating the

POURVOI PRINCIPAL et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 10 O.R. (3d) 321, 96 D.L.R. (4th) 45, 43 R.F.L. (3d) 36, 58 O.A.C. 93, qui a confirmé un jugement du juge Whealy de la Cour de district (1989), 14 A.C.W.S. (3d) 10, qui avait confirmé une ordonnance du juge Main de la Cour provinciale (1983), 36 R.F.L. (2d) 70, accordant la tutelle d'une mineure à la Children's Aid Society, et une ordonnance du juge en chef adjoint Walmsley de la Cour provinciale (1983), 36 R.F.L. (2d) 80, met-

wardship. Appeal and cross-appeal dismissed, L'Heureux-Dubé J. dissenting on the cross-appeal.

John M. Burns, *W. Glen How*, *Q.C.*, and *David C. Day*, *Q.C.*, for the appellants.

Alexander Duncan, for the respondent the Children's Aid Society of Metropolitan Toronto.

Debra Paulseth, for the respondent the Official Guardian of Ontario.

Janet E. Minor and *Robert E. Charney*, for the respondent the Attorney General for Ontario.

Roslyn J. Levine, *Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Isabelle Harnois, for the intervener the Attorney General of Quebec.

The following are the reasons delivered by

1 LAMER C.J. — I have had the benefit of reading the reasons of Justice La Forest and the joint reasons of Justices Iacobucci and Major. I am in agreement with them with respect to the result of this appeal. For the reasons stated by my colleagues Iacobucci and Major JJ., I agree that the impugned provisions of the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, now repealed, do not violate the freedom of religion guaranteed by s. 2(*a*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. With respect to the analysis under s. 7 of the *Charter*, however, I have arrived at this result for reasons that are different from those of my colleagues. More specifically, I am of the opinion that the liberty interest protected by s. 7 has not been infringed because it includes neither the right of parents to choose (or refuse) medical treatment for their children nor, more generally, the right to bring up or educate their children without undue interference by the state. While this type of liberty ("parental liberty") is important and fundamental within the more general concept of the autonomy or integrity of the family unit, it does not fall within the ambit of s. 7.

tant fin à la tutelle. Pourvoi principal et pourvoi incident rejetés, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente quant au pourvoi incident.

John M. Burns, *W. Glen How*, *c.r.*, et *David C. Day*, *c.r.*, pour les appelants.

Alexander Duncan, pour l'intimée la Children's Aid Society of Metropolitan Toronto.

Debra Paulseth, pour l'intimé le tuteur public de l'Ontario.

Janet E. Minor et *Robert E. Charney*, pour l'intimé le procureur général de l'Ontario.

Roslyn J. Levine, *c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Isabelle Harnois, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER — J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs du juge La Forest, ainsi que des motifs conjoints des juges Iacobucci et Major. Je suis d'accord avec eux quant à l'issue du présent pourvoi. Pour les motifs exprimés par mes collègues les juges Iacobucci et Major, je conviens que les dispositions contestées de la *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, maintenant abrogée, ne violent pas la liberté de religion garantie par l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En ce qui a trait à l'analyse fondée sur l'art. 7 de la *Charte*, j'arrive cependant à ce résultat pour des motifs différents de ceux de mes collègues. Plus particulièrement, je suis d'avis que le droit à la liberté protégé par l'art. 7 n'a pas été violé parce qu'il n'inclut ni le droit des parents de choisir (ou de refuser) un traitement médical pour leurs enfants, ni, d'une façon plus générale, celui d'élever ou d'éduquer leurs enfants sans ingérence indue de la part de l'État. Bien qu'important et fondamental à l'intérieur du concept plus général de l'autonomie ou de l'intégrité de l'unité familiale, ce type de liberté (la «liberté parentale») ne relève pas du champ d'application de l'art. 7.

1995 CanLII 112 (SCC)

The Liberty Interest Protected by s. 7 of the *Charter*

In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 500, I clearly expressed my agreement with the opinion of Wilson J., who had said in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 205, that "it is incumbent upon the Court to give meaning to each of the elements, life, liberty and security of the person, which make up the 'right' contained in s. 7". However, in analysing the rights protected by s. 7 of the *Charter*, this Court has often taken an exclusionary approach or has preferred to refrain from expressing an opinion as to the scope of the rights protected and has instead concluded that the impugned legislation complied with the principles of fundamental justice. Although the question in the case at bar could also be disposed of, as Tarnopolsky J.A. of the Court of Appeal did ((1992), 10 O.R. (3d) 321), by holding simply that, assuming that the type of liberty claimed by the appellants is protected by s. 7 of the *Charter*, the impugned statute does not violate the principles of fundamental justice, nevertheless I believe that it is necessary, having regard to the opinion expressed by my colleague La Forest J., to take time to consider the nature of the liberty interest which, in my view, is constitutionally protected in the context of s. 7 of the *Charter*.

With the exception of certain remarks by Wilson J., this Court has never really, up to this point, examined the concept of liberty in s. 7 except in close connection with the context of the criminal or penal law, by which the state takes action, through the courts or other agencies, to create or punish offences or, more generally, to exercise coercive power over certain human activities.

In *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, the appellant, a pastor of a fundamentalist church, educated his children and others in a school program operating in the church basement. He had refused both to send his children to public school and to seek an exemption as required by the Alberta *School Act*. He was charged with several counts of truancy, an offence for which the Act provided for punishment

Le droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte*

Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 500, j'ai clairement exprimé mon accord avec l'opinion du juge Wilson qui avait dit, dans *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la p. 205, qu'il «incombe à la Cour de préciser le sens de chacun des éléments, savoir la vie, la liberté et la sécurité de la personne, qui constituent le «droit» mentionné à l'art. 7». Toutefois, en procédant à l'analyse des droits garantis par l'art. 7 de la *Charte*, notre Cour a souvent procédé par exclusion ou encore préféré s'abstenir de se prononcer sur la portée des droits protégés pour plutôt conclure que la législation attaquée respectait les principes de justice fondamentale. Quoique, comme l'a fait le juge Tarnopolsky de la Cour d'appel ((1992), 10 O.R. (3d) 321), la présente question pourrait également être tranchée en statuant simplement qu'en présumant que le type de liberté dont se réclament les appelants est protégé par l'art. 7 de la *Charte*, la loi contestée ne viole pas les principes de justice fondamentale, je crois néanmoins nécessaire, compte tenu de l'opinion exprimée par mon collègue le juge La Forest, de m'attarder sur la nature du droit à la liberté qui, selon moi, bénéficie d'une protection constitutionnelle dans le contexte de l'art. 7 de la *Charte*. 2

À l'exception de certaines remarques du juge Wilson, notre Cour n'a, jusqu'à maintenant, jamais vraiment envisagé le concept de liberté de l'art. 7 autrement qu'en relation étroite avec le contexte du droit criminel ou pénal par lequel l'État intervient, par l'entremise des tribunaux ou d'autres organismes, pour criminaliser, punir ou, d'une façon plus générale, exercer un pouvoir de coercition sur certaines activités humaines. 3

Dans l'arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, l'appelant, pasteur d'une église fondamentaliste, éduquait ses enfants ainsi que d'autres dans le cadre d'un programme scolaire donné dans le sous-sol de l'église. Il avait refusé tant de les envoyer à l'école publique que de demander une exemption comme l'exigeait la *School Act* de l'Alberta. Il a été inculpé en vertu d'accusations de 4

1995 CanLII 115 (SCC)

by imprisonment in default of payment of the prescribed fine. The appellant argued that the impugned provisions of the Act in issue infringed his freedom of religion as guaranteed by s. 2(*a*) of the *Charter* and deprived him, contrary to s. 7, of his freedom to educate his children as he saw fit, in that the restrictions imposed by the Act with respect to evidence of efficient instruction prevented him from making a full answer and defence.

5 La Forest J., who wrote the reasons for the majority of this Court, concluded that assuming that liberty as used in s. 7 included the right of parents to educate their children as they saw fit, the impugned provisions did not deprive them of that right in a manner that was not in accordance with the principles of fundamental justice. Wilson J., dissenting, concluded, for herself alone, that the "liberty" protected by s. 7 includes the right of parents to bring up and educate their children in accordance with their conscientious beliefs. Referring first to p. 205 of the decision in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, *supra*, in which she had written, citing a passage from *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972), "that the concepts of the right to life, the right to liberty, and the right to security of the person are capable of a broad range of meaning", she then noted, at p. 317, the full and generous interpretation given to the expression "liberty" by the United States Supreme Court, at p. 399 of the decision in *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923):

> Without doubt, it denotes not merely freedom from bodily restraint but also the right of the individual to contract, to engage in any of the common occupations of life, to acquire useful knowledge, to marry, to establish a home and bring up children, to worship God according to the dictates of his own conscience, and generally to enjoy those privileges long recognized . . . as essential to the orderly pursuit of happiness by free men.

6 She then cited a passage from the comments of Dickson C.J. who wrote, in his examination of the

non-fréquentation scolaire de la part de ses enfants, infraction pour laquelle la loi prévoyait une peine d'emprisonnement, à défaut du paiement de l'amende prescrite. L'appelant a fait valoir que les dispositions contestées de la loi en cause violaient sa liberté de religion garantie par l'al. 2*a*) de la *Charte* et le privaient, en violation de l'art. 7, de sa liberté d'éduquer ses enfants comme il l'entendait, en ce que les restrictions imposées par la Loi en matière de preuve de la conformité de son enseignement l'empêchaient d'opposer une défense pleine et entière.

Le juge La Forest qui a rédigé les motifs de notre Cour à la majorité a conclu qu'en présumant que la liberté, au sens de l'art. 7, comprenait le droit des parents d'éduquer leurs enfants comme ils l'entendaient, les dispositions contestées ne les privaient pas de ce droit d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale. Pour sa part, le juge Wilson, dissidente, conclut, pour son propre compte seulement, que la «liberté» protégée à l'art. 7 inclut le droit des parents d'élever et d'éduquer leurs enfants conformément à leur conscience et à leurs croyances. Se référant d'abord à la p. 205 de l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, précité, où elle avait écrit, en citant un extrait de l'arrêt *Board of Regents of State Colleges c. Roth*, 408 U.S. 564 (1972), que «les concepts du droit à la vie, du droit à la liberté et du droit à la sécurité de sa personne peuvent avoir plusieurs acceptions», elle souligne ensuite, à la p. 317, l'interprétation large et généreuse que la Cour suprême des États-Unis a donnée au terme «liberté» à la p. 399 de l'arrêt *Meyer c. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923):

> [TRADUCTION] Ce terme s'entend sans aucun doute non seulement de l'absence de contrainte physique mais également du droit des particuliers de contracter, de vaquer aux occupations ordinaires de la vie, d'acquérir des connaissances utiles, de se marier, de fonder un foyer et d'élever des enfants, d'adorer Dieu selon sa conscience et, en général, de jouir des privilèges reconnus depuis longtemps [. . .] comme étant essentiels à la poursuite du bonheur par les hommes libres.

Elle cite ensuite un extrait des commentaires du juge en chef Dickson qui, en examinant le rôle et

CanLII 1995 SCC

role and scope of s. 1 of the *Charter* in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136:

> The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society.

Before concluding that the "right to liberty" protected by s. 7 of the *Charter* includes the right of parents to bring up and educate their children in accordance with their conscientious beliefs, subject to the rights of the community, she added, at p. 318:

> I believe that the framers of the Constitution in guaranteeing "liberty" as a fundamental value in a free and democratic society had in mind the freedom of the individual to develop and realize his potential to the full, to plan his own life to suit his own character, to make his own choices for good or ill, to be non-conformist, idiosyncratic and even eccentric — to be, in to-day's parlance, "his own person" and accountable as such.

In *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, this Court undertook a similar examination of the constitutionality of s. 251 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, in relation to the rights protected by s. 7 of the *Charter*. In that case the state, as a general rule, forced a woman, by threat of criminal sanction, to carry the foetus to term. In a few clearly defined, exceptional cases, however, therapeutic abortion was permitted when the criteria and procedural requirements laid down had first been met. However, a woman who underwent an abortion without complying with the criteria and formalities, and the practitioner who procured it, were liable to a sentence of imprisonment.

A majority of this Court concluded, although for varying reasons, that the legislative scheme set

la portée de l'article premier de la *Charte*, écrit dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 136:

> Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société.

Avant de conclure que le «droit à la liberté» protégé par l'art. 7 de la *Charte* inclut, dans la limite du respect des droits de la collectivité, le droit des parents d'élever et d'éduquer leurs enfants conformément à leur conscience et à leurs croyances, elle ajoute, à la p. 318: 7

> Je crois que les rédacteurs de la Constitution en garantissant la «liberté» en tant que valeur fondamentale d'une société libre et démocratique, avaient à l'esprit la liberté pour l'individu de se développer et de réaliser son potentiel au maximum, d'établir son propre plan de vie, en accord avec sa personnalité; de faire ses propres choix, pour le meilleur ou pour le pire, d'être non conformiste, original et même excentrique, d'être, en langage courant, «lui-même» et d'être responsable en tant que tel.

Dans *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, notre Cour a été amenée à examiner, de façon semblable, la constitutionnalité de l'art. 251 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, en regard des droits protégés par l'art. 7 de la *Charte*. Dans cette affaire, l'État, d'une façon générale, forçait la femme, sous la menace d'une sanction criminelle, à mener le fœtus à terme. Dans quelques cas exceptionnels bien circonscrits, l'avortement thérapeutique était cependant permis lorsque les critères et exigences procédurales prescrites étaient préalablement remplis. Toutefois, la femme qui subissait l'avortement alors que les critères et formalités n'avaient pas été respectés, de même que le praticien qui le lui procurait, étaient passibles d'une peine d'emprisonnement. 8

Notre Cour à la majorité a conclu, quoique pour des raisons différentes, que le régime législatif 9

1995 CanLII 115 (SCC)

forth in s. 251 of the *Code* violated the right to security of the person that is protected by s. 7 of the *Charter* and that the procedural requirements and restrictions laid down in s. 251 permitting a "legal" abortion to be obtained did not comply with the principles of fundamental justice. However, the question of whether the "right to liberty" protected by s. 7 had been violated was not addressed by the majority. Speaking for herself alone, Wilson J. stated that she was of the opinion that s. 251 of the *Code* violated not only the right to security of the person but also the right to liberty, also protected by s. 7, as well as the freedom of conscience guaranteed in s. 2(*a*) of the *Charter*. According to Wilson J., it may be concluded from the purpose of the *Charter* and from s. 7 thereof that the "right to liberty" guarantees to every individual, free from state intervention, a degree of personal autonomy over important decisions intimately affecting his or her private life, in order to preserve the human dignity of individuals and enable them to feel self-worth and exercise self-determination. She based that assertion on her analysis of the American jurisprudence on the subject of liberty, and on the comments of Dickson C.J. in *Oakes*, *supra*, and in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, where he wrote, at p. 346:

> It should also be noted, however, that an emphasis on individual conscience and individual judgment also lies at the heart of our democratic political tradition. The ability of each citizen to make free and informed decisions is the absolute prerequisite for the legitimacy, acceptability, and efficacy of our system of self-government. It is because of the centrality of the rights associated with freedom of individual conscience both to basic beliefs about human worth and dignity and to a free and democratic political system that American jurisprudence has emphasized the primacy or "firstness" of the First Amendment. It is this same centrality that in my view underlies their designation in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as "fundamental". They are the *sine qua non* of the political tradition underlying the *Charter*.

10 Wilson J. concluded, at p. 167: "This conception of the proper ambit of the right to liberty under our

énoncé à l'art. 251 du *Code* violait le droit à la sécurité de la personne protégé par l'art. 7 de la *Charte* et que les exigences procédurales et les restrictions énoncées à l'art. 251, permettant l'obtention d'un avortement «légal», n'étaient pas conformes aux principes de justice fondamentale. La question de la violation du «droit à la liberté» garanti par l'art. 7 n'a toutefois pas été abordée par la majorité. S'exprimant en son propre nom seulement, le juge Wilson s'est dite d'avis que l'art. 251 du *Code* violait non seulement le droit à la sécurité de sa personne mais également le droit à la liberté, également protégé par l'art. 7, de même que la liberté de conscience garantie par l'al. 2*a*) de la *Charte*. Suivant le juge Wilson, l'objet de la *Charte* et de son art. 7 permettent de conclure que le «droit à la liberté» garantit à chaque individu, sans intervention de l'État, une marge d'autonomie personnelle sur les décisions importantes et fondamentales touchant intimement à sa vie privée afin de préserver sa dignité humaine, de lui faire prendre conscience de sa propre valeur et d'assurer son autonomie. Elle fonde cette affirmation sur l'analyse qu'elle fait de la jurisprudence américaine traitant de la liberté et sur les commentaires du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Oakes*, précité, et dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, où il écrit, à la p. 346:

> Toutefois, il faut aussi remarquer que l'insistance sur la conscience et le jugement individuels est également au cœur de notre tradition politique démocratique. La possibilité qu'a chaque citoyen de prendre des décisions libres et éclairées constitue la condition sine qua non de la légitimité, de l'acceptabilité et de l'efficacité de notre système d'auto-détermination. C'est précisément parce que les droits qui se rattachent à la liberté de conscience individuelle se situent au cœur non seulement des convictions fondamentales quant à la valeur et à la dignité de l'être humain, mais aussi de tout système politique libre et démocratique, que la jurisprudence américaine a insisté sur la primauté ou la prééminence du Premier amendement. À mon avis, c'est pour cette même raison que la *Charte canadienne des droits et libertés* parle de libertés «fondamentales». Celles-ci constituent le fondement même de la tradition politique dans laquelle s'insère la *Charte*.

Le juge Wilson conclut, à la p. 167: «Cette conception de la portée qu'il convient de donner au

© Supreme Court of Canada

Charter is consistent with the American jurisprudence on the subject." She recognized, however, that care must undoubtedly be taken to avoid a mechanical application of concepts developed in different cultural and constitutional contexts.

Thus, relying primarily on the comments of Dickson C.J. in *R. v. Oakes* and *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* and on the American experience which, with the Fifth and Fourteenth Amendments, has given a broad interpretation to the concept of "liberty" and elevated the concept of the "integrity of the family unit" and of "parental rights" to the constitutional level, Wilson J. in *Jones* and *Morgentaler* expressly extended the ambit of the concept of the "right to liberty" in s. 7 to include protection of parents' right to bring up and educate their children in accordance with their conscientious beliefs and a woman's right to decide to terminate a pregnancy. I would note, however, that in both these cases the factual context in which Wilson J. made these comments was one in which the state was interfering in individual and personal choices in order to turn particular behaviour into a criminal offence.

To resolve the instant appeal my colleague La Forest J. proposes an approach analogous to the one adopted by Wilson J. I cannot concur in this interpretation, which is in my opinion, and I say this with great respect, wrong for several reasons.

First, I have already stated at p. 498 of *Re B.C. Motor Vehicle Act* and at p. 1171 of *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, that I rejected the application of the series of American decisions to the interpretation of s. 7 and the definition of the expression "liberty" in the context of our *Charter*, because those decisions were made in a specific historical context which, *inter alia*, does not have either s. 52 of the *Constitution Act* or the internal checks and balances of ss. 1 and 33 of the *Charter*, nor even an equivalent of s. 7 itself. In addition, these decisions ignore the fundamental differences in the structure and formulation of the two constidroit à la liberté sous le régime de notre *Charte* est conforme à la jurisprudence américaine sur le sujet.» Elle reconnaît cependant qu'il faut sans doute prendre garde d'appliquer mécaniquement des concepts élaborés dans des contextes culturels et constitutionnels différents.

Ainsi, s'appuyant principalement sur les commentaires du juge en chef Dickson dans les arrêts *R. c. Oakes* et *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* et sur l'expérience américaine qui, avec les Cinquième et Quatorzième amendements, a donné une interprétation large au concept de «liberté» pour y élever la notion «d'intégrité de l'unité familiale» et de «droits parentaux» au niveau constitutionnel, le juge Wilson a, dans les arrêts *Jones* et *Morgentaler*, explicitement étendu la portée du concept de «droit à la liberté» de l'art. 7 à la protection du droit des parents d'élever et d'éduquer leurs enfants conformément à leur conscience et à leurs croyances, et à celle du droit, pour la femme, de décider d'interrompre une grossesse. Je soulignerai toutefois que, dans ces deux arrêts, les commentaires du juge Wilson ont été faits dans un contexte factuel où l'État empiétait sur les choix individuels et personnels pour ériger en infraction criminelle un comportement déterminé. 11

Pour la solution du présent pourvoi, mon collègue le juge La Forest propose une approche analogue à celle adoptée par le juge Wilson. Je ne peux concourir à cette interprétation qui, soit dit en toute déférence, est à mon avis erronée pour plusieurs raisons. 12

D'une part, j'ai déjà mentionné, à la p. 498 du *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, et à la p. 1171 du *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, que je rejetais l'application de la série de décisions américaines à l'interprétation de l'art. 7 et à la définition du terme «liberté» dans le contexte de notre *Charte* parce que celles-ci ont été rendues dans un contexte historique particulier où on ne trouve ni l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ni le contrôle interne de l'article premier et de l'art. 33 de la *Charte*, ni l'équivalent de l'art. 7 lui-même. De plus, ces décisions ignorent les différences fondamentales de structure et de formula- 13

1995 CanLII 115 (SCC)

tutions, which mandate distinct interpretations. Moreover, while I do not deny the wisdom and accuracy of the various comments by Dickson C.J., cited earlier by Wilson J. and in the present case by La Forest J., I am nonetheless of the view that those comments must be given limited application in analysing and interpreting s. 7 of the *Charter*. They must be seen in the context in which they were written. In the comment cited from *Oakes*, Dickson C.J. listed various essential values and principles that must guide the courts in interpreting *Charter* provisions. I note that those values and principles are essentially connected with the fundamental freedoms and various categories of rights found in the *Charter*. It therefore appears to me that Dickson C.J. was speaking primarily of the purpose of the *Charter* when taken as a whole. Moreover, his comment cited from *Big M Drug Mart Ltd.* refers expressly to the ability of each citizen to make free and informed decisions as aspects of the right to freedom of conscience.

14 I do not believe that the mere presence of the word "liberty" in s. 7 means that we can transpose these comments by Dickson C.J. into that section without distinction or nuance. Not all individual freedoms are recognized, a priori, as fundamental values of our society. The text of s. 1 in no way suggests this; it says simply that "[t]he *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it . . ." (emphasis added). With due respect for the contrary opinion, I am not prepared to recognize that, by including the expression "right to liberty" in s. 7, the framers of the *Charter* intended to protect "liberty" in its broadest sense or in all its dimensions. The comments made by Dickson C.J. are certainly very proper and apposite but they are most meaningful when we consider them in reference to the principles that must guide the courts in interpreting the freedoms set out in the *Charter*. In my view, those freedoms are the freedoms guaranteed in particular by ss. 2 and 6. The other provisions, as their very wording indicates, refer to rights, although it is

tion entre les deux constitutions, lesquelles commandent des interprétations distinctes. Par ailleurs, sans nier la sagesse et la justesse des différents commentaires du juge en chef Dickson, cités antérieurement par le juge Wilson et, en l'espèce, par le juge La Forest, je suis néanmoins d'avis que ceux-ci doivent recevoir une application limitée lors de l'analyse et de l'interprétation de l'art. 7 de la *Charte*. Ils doivent être replacés dans le contexte dans lequel ils ont été écrits. Dans le commentaire rapporté de l'arrêt *Oakes*, le juge en chef Dickson rappelle différentes valeurs et principes essentiels qui doivent guider les tribunaux lors de l'interprétation des dispositions de la *Charte*. Or, je constate que cette énumération se rattache essentiellement aux libertés fondamentales et aux différentes catégories de droits qui figurent dans la *Charte*. Il m'apparaît donc que le juge en chef Dickson s'est d'abord exprimé sur l'objet de la *Charte* considérée dans son ensemble. En outre, dans son commentaire tiré de l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*, il mentionne explicitement la possibilité qu'a chaque citoyen de prendre des décisions libres et éclairées en tant qu'aspects du droit à la liberté de conscience.

Je ne crois pas que la simple présence du terme «liberté» dans le texte de l'art. 7 permette, sans distinction ni nuance, d'y transposer ces propos du juge en chef Dickson. Ce ne sont pas toutes les libertés individuelles qui, a priori, sont reconnues comme des valeurs fondamentales de notre société. Le texte de l'article premier ne laisse rien entendre de tel; il dit simplement que «[l]a *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés» (je souligne). En toute déférence pour l'opinion contraire, je ne suis pas disposé à reconnaître que, par l'inclusion de l'expression «droit à la liberté» à l'art. 7, les rédacteurs de la *Charte* ont voulu protéger la «liberté» dans son sens le plus large ou dans toutes ses dimensions. Les commentaires du juge en chef Dickson sont certes très justes et pertinents mais ils prennent toute leur signification dans la mesure où ils renvoient aux principes qui doivent guider les tribunaux dans l'interprétation des libertés énoncées dans la *Charte*. À mon avis, ces libertés sont celles garanties notamment par les art. 2 et 6. Les autres

1995 CanLII 150 (SCC)

possible that a number of them could ground certain freedoms. Thus the "right to liberty" protected by s. 7 is not, within the meaning of the *Charter*, a fundamental freedom of the individual; it is a fundamental right which may be limited only in accordance with the principles of fundamental justice.

Although it is recognized that through judicial interpretation the courts are called upon to play an important creative and necessary role, which indeed enables the law to change and adapt constantly to our society, nevertheless such interpretation must be strictly limited and circumscribed by the guidelines laid down by the Constitution or the legislation that our country, through its elected leaders and representatives, has adopted. Thus while, as this Court has repeatedly said, we must adopt a large and liberal interpretation of the *Charter*, this does not in any way mean that its provisions can be given whatever interpretation might be deemed useful or convenient. The flexibility of the principles it expresses does not give us authority to distort their true meaning and purpose, nor to manufacture a constitutional law that goes beyond the manifest intention of its framers. I am therefore entirely in agreement with McIntyre J., who wrote, at p. 394 of *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313:

> . . . while a liberal and not overly legalistic approach should be taken to constitutional interpretation, the *Charter* should not be regarded as an empty vessel to be filled with whatever meaning we might wish from time to time.

This Court has already held that the purposive method of interpretation must be adopted when we are seeking to define the nature and scope of a freedom or right guaranteed by the *Charter*. In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, Dickson J. stated, at p. 344:

> This Court has already, in some measure, set out the basic approach to be taken in interpreting the *Charter*. In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, this

dispositions, comme l'indique leur texte même, visent plutôt des droits, même s'il est possible qu'un certain nombre d'entre eux puissent sous-tendre certaines libertés. Ainsi, le «droit à la liberté» garanti par l'art. 7 n'est pas, au sens de la *Charte*, une liberté fondamentale de l'individu; c'est un droit fondamental qui ne peut être restreint qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Même s'il est reconnu que les cours de justice, 15
par le biais de l'interprétation judiciaire, sont appelées à jouer un rôle créatif important et nécessaire qui permet, certes, l'évolution du droit et son adaptation constante à notre société, il demeure néanmoins que cette interprétation doit être strictement limitée et encadrée par les balises fixées par la Constitution ou les lois dont s'est doté notre pays par l'entremise de ses dirigeants et représentants élus. Ainsi, quoiqu'il faille, comme notre Cour l'a souvent répété, adopter une interprétation large et libérale de la *Charte*, il n'en découle pas pour autant que ses dispositions peuvent recevoir toute interprétation que l'on pourrait juger utile ou opportun de leur donner. La souplesse des principes qu'elle véhicule ne nous autorise pas à en dénaturer le sens et l'objet véritables, ou encore à forger un droit constitutionnel qui outrepasse l'intention manifeste de ses rédacteurs. Je suis donc entièrement d'accord avec le juge McIntyre qui, à la p. 394 du *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, écrivait:

> . . . bien qu'il faille adopter une attitude libérale et pas trop formaliste en matière d'interprétation constitutionnelle, la *Charte* ne saurait être considérée comme un simple contenant, à même de recevoir n'importe quelle interprétation qu'on pourrait vouloir lui donner.

Notre Cour a déjà jugé que le mode d'interpréta- 16
tion en fonction de l'objet visé doit être adopté lorsque l'on cherche à circonscrire la nature et la portée d'une liberté ou d'un droit garanti par la *Charte*. Dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, le juge Dickson déclare, à la p. 344:

> Cette Cour a déjà, dans une certaine mesure, énoncé la façon fondamentale d'aborder l'interprétation de la *Charte*. Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2

1995 CanLII 115 (SCC)

Court expressed the view that the proper approach to the definition of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* was a purposive one. The meaning of a right or freedom guaranteed by the *Charter* was to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee; it was to be understood, in other words, in the light of the interests it was meant to protect. [Emphasis in original.]

In my view this analysis is to be undertaken, and the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*. The interpretation should be, as the judgment in *Southam* emphasizes, a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter's* protection. [Emphasis added.]

17 Thus the wording of the provision, its structure, the context in which it is found, the relationship there may be between it and the other provisions, as well as the historical context in which the *Charter* was adopted, are all factors that must be taken into consideration in seeking to identify the purpose of a protected right or freedom, in order to preserve the coherence of the entire constitutional text and maintain the integrity of the intention of Parliament. A proper and prudent interpretation of the *Charter* is especially necessary because it is a constitutional document of great import that cannot be altered by a mere statutory amendment if this Court were to misunderstand or err as to the scope of the rights and freedoms to which exceptional protection is afforded.

18 Section 7 of the *Charter* provides:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

and the French version reads as follows:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit

R.C.S. 145, la Cour a exprimé l'avis que la façon d'aborder la définition des droits et des libertés garantis par la *Charte* consiste à examiner l'objet visé. Le sens d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie; en d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger. [Souligné dans l'original.]

À mon avis, il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*. [Je souligne.]

Ainsi, le texte de la disposition, sa structure, le contexte dans lequel elle s'insère, le rapport qui peut exister entre elle et les autres dispositions, de même que le contexte historique de l'adoption de la *Charte* sont tous des éléments qui doivent être pris en considération lors de la recherche de l'objet d'un droit ou d'une liberté protégés afin de préserver la cohérence de l'ensemble du texte constitutionnel et de conserver l'intégrité de l'intention du législateur. Une interprétation juste et prudente de la *Charte* est d'autant plus importante qu'il s'agit d'un document constitutionnel de très grande valeur qui ne peut être modifié par simple amendement législatif si notre Cour devait se méprendre ou se tromper sur la portée des droits et libertés auxquels une protection exceptionnelle est accordée.

L'article 7 de la *Charte* prévoit:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

et la version anglaise se lit de la façon suivante:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof

qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

This section contains only three distinct rights, which may be dealt with independently: the right to life, the right to liberty and the right to security of the person (*Singh v. Minister of Employment and Immigration*, *supra*, at pp. 204-5; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 500; and *R. v. Morgentaler*, *supra*, at p. 52). As I said in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, at p. 501:

> The principles of fundamental justice, on the other hand, are not a protected interest, but rather a qualifier of the right not to be deprived of life, liberty and security of the person.
>
> As a qualifier, the phrase serves to establish the parameters of the interests but it cannot be interpreted so narrowly as to frustrate or stultify them. [Emphasis added.]

Thus, on the one hand, s. 7 means that the protection afforded to these rights is not absolute; the state may limit them as long as it does so in accordance with the principles of fundamental justice. On the other hand, the connection drawn between the principles of fundamental justice and the protected rights must be an indication of the nature and scope of the rights protected. The liberty in question must therefore be one that may be limited through the operation of some mechanism that involves and actively engages the principles of fundamental justice. Principles of fundamental justice pertain to the justice system. They are designed to govern both the means by which one may be brought before the judicial system and the conduct of judges and other actors once the individual is brought within it. Apart from a situation in which the state engages the judicial system, it is difficult to think of an application for the principles of fundamental justice. As I said at p. 503 of *Re B.C. Motor Vehicle Act*:

> . . . the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system. They do not lie in the realm of general public policy but in the inherent

except in accordance with the principles of fundamental justice.

Cet article ne comprend que trois droits distincts qui peuvent être traités séparément: le droit à la vie, le droit à la liberté et le droit à la sécurité de la personne (*Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, précité, aux pp. 204 et 205, *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 500, et *R. c. Morgentaler*, précité, à la p. 52). Comme je le mentionne dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, à la p. 501: 19

> Les principes de justice fondamentale, d'autre part, constituent non pas un intérêt protégé, mais plutôt un modificatif du droit de ne pas se voir porter atteinte à sa vie, à sa liberté et à la sécurité de sa personne.
>
> À titre de modificatif, cette expression sert à établir les paramètres des intérêts, mais elle ne peut être interprétée étroitement au point de les rendre inutiles ou vides de sens. [Je souligne.]

L'article 7 signifie donc, d'une part, que la protection accordée à ces droits n'est pas absolue; l'État peut les restreindre, mais cette atteinte ne sera justifiée que dans la mesure où elle est conforme aux principes de justice fondamentale. D'autre part, le lien entre les principes de justice fondamentale et les droits protégés doit être un indice de la nature et de la portée des droits protégés. En l'espèce, il doit donc s'agir d'une liberté qui peut être restreinte par l'intervention d'un mécanisme qui fait appel aux principes de justice fondamentale et qui les engage activement. Les principes de justice fondamentale évoquent le système d'administration de la justice. Ils sont destinés à régir tant la façon dont une personne peut être amenée devant le système judiciaire que la conduite des juges et des autres intervenants lorsque l'individu se retrouve devant ce système. En dehors d'un contexte où l'État fait appel à l'appareil judiciaire, il est difficile de trouver une application aux principes de justice fondamentale. Comme je l'affirme, à la p. 503 du *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*: 20

> . . . les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique. Ils relèvent non pas du domaine de l'ordre public

1995 CanLII 115 (SCC)

domain of the judiciary as guardian of the justice system. [Emphasis added.]

21 At pages 1173-74 of *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.), supra*, I also expressed the opinion that "[t]he interests protected by s. 7 are those that are properly and have been traditionally within the domain of the judiciary" and, more specifically, when the state "invokes the judiciary to restrict a person's physical liberty through the use of punishment or detention, when it restricts security of the person, or when it restricts other liberties by employing the method of sanction and punishment traditionally within the judicial realm" (emphasis added). I have not changed my opinion. Since the principles of fundamental justice are elements that are essentially within the domain of the justice system, the type of liberty s. 7 refers to must be the liberty that may be taken away or limited by a court or by another agency on which the state confers a coercive power to enforce its laws. In other words, s. 7 actively engages the principles of fundamental justice and demands that the state respect them when it intends to infringe on the right to life, liberty or security of the person. It is judges who invented and developed the concept of "fundamental justice". That concept, I repeat, essentially involves the judicial system and the decision-making bodies whose decisions are enforceable and are supported through the state's coercive power. The principles of fundamental justice must therefore be capable of being relevant to the rights that s. 7 is designed to protect. They must be capable of being implicated in the restriction of the rights set out otherwise these rights cannot be guaranteed. Accordingly, the subject matter of s. 7 must be the conduct of the state when the state calls on law enforcement officials to enforce and secure obedience to the law, or invokes the law to deprive a person of liberty through judges, magistrates, ministers, board members, etc.

22 With due respect for the contrary opinion, I am still convinced that the nature of the rights guaranteed by s. 7, taken as a whole, and the close con-

en général, mais du pouvoir inhérent de l'appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire. [Je souligne.]

Aux pages 1173 et 1174 du *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.),* précité, j'exprime également l'opinion que «[l]es intérêts protégés par l'art. 7 sont ceux qui relèvent traditionnellement et à proprement parler du pouvoir judiciaire» et, plus particulièrement, lorsque l'État «recourt au pouvoir judiciaire pour restreindre la liberté physique d'une personne, par l'imposition d'une peine ou par la détention, lorsqu'il restreint la sécurité de la personne ou lorsqu'il restreint d'autres libertés en employant un mode de sanction et de peine qui relève traditionnellement du domaine judiciaire» (je souligne). Je n'ai pas changé d'opinion. Les principes de justice fondamentale étant des éléments qui relèvent essentiellement du système d'administration de la justice, le type de liberté visé par l'art. 7 doit être celui qui peut être retiré ou restreint par une cour de justice ou par un autre organisme auquel l'État confie un pouvoir de coercition permettant d'assurer le respect de ses lois. En d'autres termes, l'art. 7 engage, de façon active, les principes de justice fondamentale et commande à l'État de les respecter lorsqu'il entend porter atteinte aux droits à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Ce sont les juges qui ont inventé et élaboré le concept de «justice fondamentale», lequel, je le répète, implique essentiellement l'appareil judiciaire et les organismes décisionnels dont les décisions sont exécutoires grâce au pouvoir coercitif de l'État. Il faut donc que les principes de justice fondamentale puissent être pertinents quant aux droits que l'art. 7 entend protéger. Ils doivent pouvoir être impliqués dans la restriction des droits énoncés, sinon ces droits ne peuvent être garantis. Par conséquent, l'art. 7 doit viser le comportement de l'État lorsque celui-ci intervient par des forces répressives pour assurer l'application et le respect des lois ou lorsqu'il invoque la loi pour priver une personne de sa liberté par l'entremise des juges, magistrats, ministres, commissaires, etc.

En toute déférence pour l'opinion contraire, je demeure convaincu que la nature de l'ensemble des droits garantis par l'art. 7 et la relation étroite

CanLII 1995

nection established between those rights and the principles of fundamental justice, necessarily mean that this constitutional protection is connected with the physical dimension of the word "liberty", which can be lost through the operation of the legal system. In a majority of cases, therefore, this protection is specific to our criminal or penal justice system and is triggered primarily by the operation of that system. I say a majority of cases, here, because I recognize, as Prof. Eric Colvin noted at p. 584 of his article "Section Seven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 560, that it is possible to imagine limited circumstances in which an individual could be deprived of his or her liberty otherwise than by the application of the criminal or penal law. For example, Prof. Colvin refers to the civil processes for restraining a mentally disordered person or isolating a contagious person. In any event in my view, the principle that must be adopted is that generally speaking s. 7 was not designed to protect even fundamental individual freedoms if those freedoms have no connection with the physical dimension of the concept of "liberty". There are other provisions in the *Charter* that perform that function.

Moreover, at p. 512 of *Re B.C. Motor Vehicle Act*, I also pointed out the close connection between ss. 8 to 14 and s. 7, in that they deal with specific infringements of the right to life, liberty and security of the person which offend the principles of fundamental justice and which therefore violate s. 7. These sections are therefore intended to illustrate, although not exhaustively, certain parameters of the nature of the rights protected by s. 7, which is a more general provision. Not only do these sections refer clearly and directly to various phases and aspects of the criminal justice process, which is the ultimate example of a system for depriving a person of liberty or limiting his or her liberty, but they also appear under the heading "Legal Rights".

In *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, Estey J. examined the role of headings in interpreting the *Charter*. He concluded, at pp. 376-77:

établie entre ces droits et les principes de justice fondamentale commandent que cette protection constitutionnelle soit reliée à la dimension physique du terme «liberté», laquelle peut être perdue par l'intervention du système juridique. Dans la majorité des cas, cette protection est donc spécifique à notre système de justice criminelle ou pénale et déclenchée principalement par son intervention. Je dis ici dans la majorité des cas parce que je reconnais, comme le mentionne le professeur Eric Colvin, à la p. 584 de son article «Section Seven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1989), 68 *R. du B. can.* 560, qu'il est possible d'envisager des circonstances limitées où l'individu pourra être privé de sa liberté autrement que par l'application du droit criminel ou pénal. À titre d'exemple, le professeur Colvin mentionne les procédures civiles permettant de détenir une personne souffrant de troubles mentaux ou d'isoler un malade contagieux. Quoi qu'il en soit, le principe qu'il faut à mon avis retenir est que, d'une façon générale, l'art. 7 n'est pas conçu pour protéger les libertés individuelles, même fondamentales, si celles-ci n'ont aucun lien avec la dimension physique du concept de «liberté». D'autres dispositions de la *Charte* assurent cette fonction.

1995 CanLII 115 (SCC)

23 Par ailleurs, je souligne également, à la p. 512 du *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, le lien étroit entre les art. 8 à 14 et l'art. 7, en ce qu'ils visent des atteintes spécifiques aux droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui contreviennent aux principes de justice fondamentale et qui, en tant que telles, violent l'art. 7. Sans être limitatifs, ces articles doivent donc illustrer certains paramètres de la nature des droits protégés par la disposition plus générale qu'est l'art. 7. Or, non seulement ces articles visent-ils clairement et directement différents aspects et phases du processus de justice criminelle, système par excellence pour priver ou limiter la liberté, mais encore sont-ils chapeautés de la rubrique «Garanties juridiques».

24 Dans *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, le juge Estey a examiné le rôle des rubriques dans l'interprétation de la *Charte*. Il conclut, aux pp. 376 et 377:

It is clear that these headings were systematically and deliberately included as an integral part of the *Charter* for whatever purpose. At the very minimum, the Court must take them into consideration when engaged in the process of discerning the meaning and application of the provisions of the *Charter*. The extent of the influence of a heading in this process will depend upon many factors including (but the list is not intended to be all-embracing) the degree of difficulty by reason of ambiguity or obscurity in construing the section; the length and complexity of the provision; the apparent homogeneity of the provision appearing under the heading; the use of generic terminology in the heading; the presence or absence of a system of headings which appear to segregate the component elements of the *Charter*; and the relationship of the terminology employed in the heading to the substance of the headlined provision. . . .

At a minimum the heading must be examined and some attempt made to discern the intent of the makers of the document from the language of the heading. [Emphasis added.]

Il est manifeste que, quel qu'en soit le but, ces rubriques ont été ajoutées de façon systématique et délibérée de manière à faire partie intégrante de la *Charte*. La Cour doit, à tout le moins, en tenir compte pour déterminer le sens et l'application des dispositions de la *Charte*. L'influence qu'aura une rubrique sur ce processus dépendra de plusieurs facteurs dont (sans que cette énumération se veuille exhaustive) la difficulté d'interpréter l'article à cause de son ambiguïté ou de son obscurité, la longueur et la complexité de la disposition, l'homogénéité apparente de la disposition qui suit la rubrique, l'emploi de termes génériques dans la rubrique, la présence ou l'absence d'un ensemble de rubriques qui semblent séparer les divers éléments de la *Charte* et le rapport qui existe entre la terminologie employée dans la rubrique et le contenu de la disposition qui la suit. . .

Il faut à tout le moins examiner la rubrique et, à partir de son texte, tenter de discerner l'intention des rédacteurs du document. [Je souligne.]

25 The *Charter* includes a body of headings which, in my view, make it not only easier to read but also to separate and group its various elements. Thus we have the headings "Guarantee of Rights and Freedoms" (s. 1), "Fundamental Freedoms" (s. 2), "Democratic Rights" (ss. 3 to 5), "Mobility Rights" (s. 6), "Legal Rights" (ss. 7 to 14), "Equality Rights" (s. 15) and so on. The close relationship between the terminology used in the various headings and the substance of the provisions that follow each heading indicates, first, that the framers of the *Charter* clearly had in mind creating different categories of rights and freedoms, and second, that the meaning, scope and nature of the rights set forth must be different. Accordingly, we note that two headings, "Fundamental Freedoms" and "Mobility Rights" ("*Liberté de circulation et d'établissement*" in the French version), refer specifically to "freedom" in the sense of the ability of every individual to choose, act or "be" as he or she sees fit, free of any constraints. The other headings refer to different categories of rights.

La *Charte* comprend un ensemble de rubriques qui, à mon sens, permettent non seulement d'en faciliter la lecture mais également d'en séparer et regrouper les divers éléments. Ainsi retrouve-t-on les rubriques «Garantie des droits et libertés» (article premier), «Libertés fondamentales» (art. 2), «Droits démocratiques» (art. 3 à 5), «Liberté de circulation et d'établissement» (art. 6), «Garanties juridiques» (art. 7 à 14), «Droits à l'égalité» (art. 15), etc. Le rapport étroit entre la terminologie des différentes rubriques et le contenu des dispositions qui suivent chacune d'elles indique, d'une part, que les rédacteurs de la *Charte* ont clairement envisagé de créer différentes catégories de droits et libertés et, d'autre part, que le sens, la portée et la nature des droits énoncés doivent être différents. On remarque dès lors que deux rubriques, soit «Libertés fondamentales» et «Liberté de circulation et d'établissement», visent spécifiquement la «liberté» au sens de la faculté qu'a l'individu de choisir, d'agir, ou «d'être» comme il l'entend, en l'absence de toute contrainte. Les autres rubriques visent différentes catégories de droits.

26 Not only are the freedoms that the *Charter* expressly recognizes and identifies as fundamental grouped under a single heading, but they are also found within a single section (s. 2) which enumer-

Les libertés expressément reconnues et qualifiées de fondamentales par la *Charte* sont non seulement regroupées sous une même rubrique, mais également contenues à l'intérieur d'un même arti-

1995 CanLII 75 (SCC)

ates them in general terms that allow for inclusion of a great diversity of more specific "freedoms" reflecting the fundamental values of our society. Under s. 1, these freedoms are "subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society". The language of s. 2 also clearly indicates that it is intended to be exhaustive. It does not provide that "Everyone has the following fundamental freedoms, in particular", it states that "Everyone has the following fundamental freedoms" (emphasis added).

cle (art. 2) qui les énumère dans des termes généraux qui permettent d'y inclure une grande diversité de «libertés» plus spécifiques reflétant les valeurs fondamentales de notre société. Aux termes de l'article premier, ces libertés «ne peuvent être restreint[e]s que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». L'article 2 est également rédigé dans des termes qui indiquent clairement son caractère limitatif. Il ne prévoit pas que «Chacun a, notamment, les libertés fondamentales suivantes», il énonce que «Chacun a les libertés fondamentales suivantes» (je souligne).

With great respect for the contrary opinion, I am unable to believe that the framers would have limited the types of fundamental freedoms to which they intended to extend constitutional protection in such explicit terms, in s. 2, and then, in s. 7, conferred "general" protection by using a generic expression which would, unless its meaning were limited, include the freedoms already protected by ss. 2 and 6, as well as all freedoms that were not listed. This approach is clearly contrary to the principles of legislative drafting that require that a general provision be placed before the provisions for its specific application. Moreover, if s. 7 were to include any type of freedom whatever, provided that it could be described as fundamental, we might seriously question the need for and purpose of s. 2. Either it is redundant, or s. 7 should then be considered to be a residual provision so that we can make up for anything that Parliament may have left out.

27 En toute déférence pour l'opinion contraire, je suis incapable de me convaincre que les rédacteurs ont pu, à l'art. 2, limiter dans des termes aussi explicites les types de libertés fondamentales auxquels ils entendaient assurer une protection constitutionnelle pour ensuite accorder, à l'art. 7, une protection «générale» par l'utilisation d'un terme générique qui, à moins d'en restreindre le sens, inclurait de toute évidence les libertés déjà protégées par les art. 2 et 6, de même que toutes celles qui n'ont pas été énumérées. Cette façon de faire va clairement à l'encontre des principes de rédaction législative qui commandent qu'une disposition générale soit placée devant ses dispositions d'application particulière. Par ailleurs, si l'art. 7 devait inclure tout type de liberté, pourvu qu'elle puisse être qualifiée de fondamentale, l'on pourrait se questionner sérieusement sur la pertinence et la raison d'être de l'art. 2. Ou bien il s'agit d'une redondance, ou bien l'art. 7 devrait alors être considéré comme une disposition résiduaire permettant de palier aux oublis du législateur.

With due respect for Wilson J., I believe that her reasons in *Jones* and *Morgentaler* reveal the difficulty caused by this approach. First, at p. 319 of the decision in *Jones*, she concluded that s. 7 includes the right of a parent to bring up and educate one's children in accordance with one's conscientious beliefs. Section 2(*a*) of the *Charter* itself expressly protects freedom of conscience and religion. Second, in *Morgentaler*, she concluded that s. 251 of the *Criminal Code* infringes the right

28 En toute déférence pour le juge Wilson, je crois que ses motifs dans les arrêts *Jones* et *Morgentaler* font ressortir la difficulté que soulève cette approche. D'une part, elle conclut, à la p. 319 de l'arrêt *Jones*, que l'art. 7 inclut le droit des parents d'élever et d'éduquer leurs enfants conformément à leur conscience et à leurs croyances. Or, l'alinéa 2*a*) de la *Charte* protège explicitement la liberté de conscience et de religion. D'autre part, elle conclut, dans l'arrêt *Morgentaler*, que l'art. 251 du *Code*

1995 CanLII 115 (SCC)

to liberty set out in s. 7 which guarantees everyone a degree of personal autonomy over important decisions intimately affecting his or her private life, and she then stated, at pp. 175-76:

> In my view, the deprivation of the s. 7 right with which we are concerned in this case offends s. 2(*a*) of the *Charter*. I say this because I believe that the decision whether or not to terminate a pregnancy is essentially a moral decision, a matter of conscience. [Emphasis added.]

29 She therefore concluded, for the same reasons but using different words, that s. 251 of the *Code* also violated the freedom of conscience protected by s. 2(*a*). Finally, at pp. 179-80, she added:

> Accordingly, for the state to take sides on the issue of abortion, as it does in the impugned legislation by making it a criminal offence for the pregnant woman to exercise one of her options, is not only to endorse but also to enforce, on pain of a further loss of liberty through actual imprisonment, one conscientiously-held view at the expense of another. . . .
>
> Legislation which violates freedom of conscience in this manner cannot, in my view, be in accordance with the principles of fundamental justice within the meaning of s. 7. [Emphasis added.]

30 With due respect for the contrary opinion, these comments clearly show, in my view, the practical difficulty that arises from this interpretation. In any situation that could potentially fall within the ambit of s. 2, that same freedom would also be covered by s. 7. For example, we may ask what the legal solution would have been if, in *Jones*, the appellant had argued that the impugned legislative provisions violated his freedom of conscience, which is protected by s. 2(*a*), and his parental liberty, which is protected by s. 7. This situation would mean not only that the legislative foundation would be duplicated, but also that two distinct levels of analysis would have to be applied to assess the justification for the restriction that would render the impugned legislation valid. I do

criminel porte atteinte au droit à la liberté énoncé à l'art. 7 qui garantit à chaque individu une marge d'autonomie personnelle sur les décisions importantes touchant intimement à sa vie privée puis, elle affirme, aux pp. 175 et 176:

> À mon avis, l'atteinte au droit conféré par l'art. 7 qui nous intéresse en l'espèce enfreint l'al. 2*a*) de la *Charte*. Si je dis ceci, c'est que je crois que la décision d'interrompre ou non une grossesse est essentiellement une décision morale, une question de conscience. [Je souligne.]

Elle conclut donc, pour les mêmes motifs mais en utilisant d'autres mots, que l'art. 251 du *Code* viole également la liberté de conscience protégée par l'al. 2*a*). Elle ajoute enfin, aux pp. 179 et 180:

> Par conséquent, lorsque l'État prend parti sur la question de l'avortement, comme il le fait dans la loi contestée en incriminant l'exercice par la femme enceinte d'une de ses options, non seulement il adopte mais aussi il impose, sous peine d'une autre perte de liberté par emprisonnement, une opinion dictée par la conscience des uns aux dépens d'une autre. . .
>
> Une loi qui viole la liberté de conscience de cette manière ne saurait, à mon avis, être conforme aux principes de justice fondamentale au sens de l'art. 7. [Je souligne.]

En toute déférence pour l'opinion contraire, ces énoncés démontrent bien, à mon avis, la difficulté pratique que pose une telle interprétation. Dans toute situation relevant potentiellement du champ d'application de l'art. 2, cette même liberté serait également visée par l'art. 7. Par exemple, on peut se demander quelle aurait été la solution juridique si, dans l'affaire *Jones*, l'appelant avait allégué que les dispositions législatives contestées violaient sa liberté de conscience protégée par l'al. 2*a*) et sa liberté parentale protégée par l'art. 7. Cette situation engendrerait non seulement un dédoublement du fondement législatif mais également l'application concurrente de deux niveaux d'analyse distincts quant à la justification de la restriction pour valider la législation attaquée. Je ne crois pas que

1995 CanLII 115 (SCC)

not believe that this could have been Parliament's intention when it enacted ss. 2 and 7.

Others may try to explain this situation by arguing that s. 2, unlike s. 7, applies solely to the freedoms set out therein and differs from s. 7 in that it says nothing about the principles of fundamental justice applying so that an infringement of those freedoms may be legitimized. First, this is forgetting the existence of s. 1 which, to a large extent, plays a role equivalent to the role played by the principles of fundamental justice in s. 7: it circumscribes the extent to which the state may take action to limit the rights and freedoms protected. It is also forgetting that in most circumstances it is practically impossible to establish a relationship between the principles of fundamental justice and the type of freedoms listed in s. 2, other than by restricting the protection to circumstances in which it is appropriate. For example, the appellants in the case at bar argued that the impugned provisions of the *Child Welfare Act* that allow for temporary legal custody of their child to be awarded to the Children's Aid Society violate their freedom of religion. In view of the fact that the statute provides that judicial authorization must first be obtained, it would be possible, in this precise context, to examine whether the infringement of freedom of religion complied with the principles of fundamental justice. But what principles of fundamental justice could be invoked, for example, if a statute limited freedom of expression by banning, on pain of payment of a fine, any statement concerning a member of a political body? What principles of fundamental justice could be invoked if a statute banned, on pain of payment of a fine, any manifestation of religious convictions in a public place? What principles of fundamental justice could be invoked if a statute compelled me to have at least three children so that Canada would have its next generation – and so on? In these situations, the protected freedoms would indeed be violated, but clearly it is possible to imagine a host of circumstances in which it would be difficult to draw any connection whatever with the principles of fundamental justice in order to determine whether the infringement was lawful. Accordingly, it is apparent that this role has necessarily fallen to s. 1

telle ait pu être l'intention du législateur lorsqu'il a édicté les art. 2 et 7.

D'autres pourront tenter d'expliquer cet état de choses en soutenant que, contrairement à l'art. 7, l'art. 2 s'applique uniquement aux libertés qui y sont énoncées et diffère de l'art. 7 en ce qu'il ne fait aucune référence aux principes de justice fondamentale pour permettre de légitimer une atteinte à ces libertés. C'est d'abord oublier la présence de l'article premier qui, dans une large mesure, assure un rôle équivalent à celui que jouent les principes de justice fondamentale à l'art. 7, soit celui de circonscrire la mesure dans laquelle l'État peut intervenir pour restreindre les droits et libertés protégés. C'est également oublier que, dans la plupart des circonstances, il est pratiquement impossible d'établir un lien entre les principes de justice fondamentale et le type de libertés énumérées à l'art. 2, si ce n'est en restreignant la protection aux circonstances qui s'y prêtent. Par exemple, les appelants allèguent en l'espèce que les dispositions contestées de la *Child Welfare Act*, qui permettent d'accorder la garde légale temporaire de leur enfant à la Children's Aid Society, violent leur liberté de religion. Compte tenu du fait que la loi prévoit qu'une autorisation judiciaire doit être préalablement obtenue, il serait possible, dans ce contexte précis, d'examiner si l'atteinte à la liberté de religion est conforme aux principes de justice fondamentale. Mais, par exemple, quels principes de justice fondamentale pourraient être invoqués si une loi restreignait la liberté d'expression en interdisant, sous peine d'amende, toute déclaration concernant un membre d'un corps politique? Quels principes de justice fondamentale pourraient être invoqués si une loi interdisait, sous peine d'amende, toute forme de manifestation de convictions religieuses dans un endroit public? Quels principes de justice fondamentale pourraient être invoqués si une loi m'obligeait à avoir au moins trois enfants pour assurer la relève canadienne, etc.? Dans ces situations, les libertés protégées seraient certes violées mais l'on constate qu'il est possible d'imaginer une multitude de circonstances dans lesquelles il serait difficile de faire quelque lien que ce soit avec les principes de justice fondamentale pour vérifier la légitimité de l'atteinte. On

31

1995 CanLII 115 (SCC)

of the *Charter* and that it is difficult not to conclude that the subject matter of s. 2 and of s. 7, as reflected in the different dimensions of "liberty" that each is designed to protect, is quite obviously different. Moreover, since the fundamental freedoms set out in s. 2 are formulated in terms that refer to sufficiently broad concepts, it is reasonable to think that the framers of the *Charter* did not intend to make the right to liberty in s. 7 a residual right that could include any component of the fundamental freedoms set out in s. 2.

32 This approach, which aims to include in s. 7 any freedom that is deemed to be fundamental in a free and democratic Canadian society, also presents a major disadvantage in terms of the actual nature of the freedom that may be invoked, since all the freedoms that have already been identified as fundamental by the framers and set out in s. 2 could and should be included in the "liberty" protected by s. 7. Since, moreover, they are set forth in terms that are capable of covering a very broad ground, the same would be true of all the components or manifestations of those various rights. Thus everyone would have not only the fundamental freedom of religion, conscience, expression and so on, but also the "right to liberty" of religion, of conscience, of expression and so on.

33 I am still convinced that s. 7 is not a tautology, particularly because it adds two distinct rights that are not set out anywhere else in the *Charter* and that are not in any way connected with what are called fundamental freedoms. In my view, the nature of the other rights set out in s. 7 is another element of interpretation that militates in favour of a distinction between the scope of the words "freedom" and "liberty" as they are used in ss. 2 and 7. Section 7 provides that everyone has the right to life, liberty and security of the person. As I noted earlier, these are three distinct rights which the framers deliberately placed, in sequence, in a single provision. There must therefore be a connection or linkage among these different rights. In my opinion, the connection is found in the person him-

constate dès lors que ce rôle est nécessairement dévolu à l'article premier de la *Charte* et qu'il est difficile de ne pas conclure que les art. 2 et 7 visent manifestement des réalités distinctes qui se reflètent au niveau des différentes dimensions du terme «liberté» que chacun est destiné à protéger. Par ailleurs, les libertés fondamentales énoncées à l'art. 2 étant formulées dans des termes visant des concepts suffisamment larges, il est raisonnable de penser que les rédacteurs de la *Charte* n'ont pas entendu faire du droit à la liberté de l'art. 7 un droit résiduaire susceptible d'inclure tout démembrement des libertés fondamentales énoncées à l'art. 2.

Cette approche tendant à inclure dans l'art. 7 toute liberté jugée fondamentale dans une société canadienne libre et démocratique présente également un inconvénient majeur au niveau de la qualification même de la liberté qui peut être invoquée, puisque toutes les libertés déjà qualifiées de fondamentales par les rédacteurs et énoncées à l'art. 2 pourraient et devraient être incluses dans «la liberté» protégée par l'art. 7. Étant par ailleurs énoncées en des termes susceptibles d'un vaste contenu, il en serait de même de toutes les composantes ou manifestations de ces différents droits. Ainsi, chacun aurait non seulement la liberté fondamentale de religion, de conscience, d'expression, etc., mais également «droit à la liberté» de religion, de conscience, d'expression, etc.

Je demeure convaincu que l'art. 7 n'est pas tautologique, d'autant plus qu'il ajoute deux droits distincts, énoncés nulle part ailleurs dans la *Charte*, et qui n'ont aucun lien avec les libertés dites fondamentales. À mon avis, la nature des autres droits énoncés à l'art. 7 est un autre élément d'interprétation qui milite en faveur d'une distinction entre la portée du terme «liberté» utilisé aux art. 2 et 7. L'article 7 édicte que chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. Comme je l'ai déjà mentionné, il s'agit de trois droits distincts que les rédacteurs ont sciemment intégrés, l'un à la suite de l'autre, à l'intérieur d'une seule et même disposition. Il doit donc exister un lien ou un point commun entre ces différents droits. À mon avis, le point de rattachement se

CanLII 1995 (SCC)

self or herself, as a corporeal entity, as opposed to the person's spirit, aspirations, conscience, beliefs, personality or, more generally, the expression or realization of what makes up the person's non-corporeal identity. The right to liberty, in this context, must therefore be set up against imprisonment, detention or any form of control or of constraint on freedom of movement.

I agree with my colleague La Forest J. that the word "liberty" in its broadest sense does not mean the mere absence of physical restraint. In French, this word certainly includes two distinct dimensions, the physical and the abstract or intangible. These two dimensions are reflected in ss. 7 and 2, respectively, of the *Charter*, the English version of which uses the words "liberty" and "freedom". With due respect for the contrary opinion, I am of the opinion that the fact that two different expressions are used in the English version is neither meaningless nor accidental. The expression "freedom" refers to a concept that is related to but distinct from the expression "liberty", but it has no equivalent in French, where the two dimensions are expressed in one single word: "*liberté*". The meaning is then determined by the context.

Moreover, since most laws have the effect of limiting a freedom, the same approach could mean, depending on the facts, that a large proportion of the legislative provisions in force could be challenged on the ground that they infringe the liberty guaranteed by s. 7 of the *Charter*. It would then be for the courts, in each case, to decide whether or not the freedom invoked was a fundamental freedom in our free and democratic society, whether the limit complied with the principles of fundamental justice which, as I noted, often do not apply, or whether the limit was reasonable and could be justified in a free and democratic society. We must keep in mind, first, that what may be important and fundamental to one person may very well not be to another, including the judge who hears the case, and second, that by adopting this approach the judiciary would inevitably be legis-

situe au niveau de la personne elle-même en tant qu'entité corporelle, par opposition à son esprit, ses aspirations, sa conscience, ses croyances, sa personnalité ou, plus généralement, l'expression ou la réalisation de ce qui compose son identité immatérielle. Le droit à la liberté, dans ce contexte, doit donc être opposé à l'emprisonnement, à la détention ou à toute forme de contrôle ou de contrainte sur la liberté de mouvement.

Je conviens avec mon collègue le juge La Forest que le terme «liberté», dans son sens le plus large, ne s'entend pas simplement de l'absence de contrainte physique. Ce terme, dans la langue française, inclut certainement deux dimensions distinctes, les dimensions physique et abstraite ou intangible. Ces deux dimensions se reflètent respectivement dans les art. 7 et 2 de la *Charte* qui, dans sa version anglaise, utilise les termes «*liberty*» et «*freedom*». En toute déférence pour l'opinion contraire, je suis d'avis que l'utilisation de deux termes différents dans la version anglaise n'est pas sans signification, ni le fruit du hasard. Le terme «*freedom*» vise un concept apparenté mais distinct de celui de «*liberty*», mais il n'a cependant pas d'équivalent dans la langue française où les deux dimensions s'expriment par un seul et même mot: «liberté». Le sens est alors déterminé par le contexte.

Par ailleurs, puisque la plupart des lois ont pour effet de restreindre une liberté, cette même approche pourrait signifier, dans les faits, qu'une grande partie des dispositions législatives en vigueur pourraient être contestées pour le motif qu'elles portent atteinte à la liberté garantie par l'art. 7 de la *Charte*. Il appartiendrait alors aux tribunaux de décider, dans chaque cas, si la liberté invoquée constitue ou non une liberté fondamentale de notre société libre et démocratique, si la restriction est conforme aux principes de justice fondamentale qui, je le rappelle, ne trouveront souvent aucune application, ou encore si la restriction est raisonnable et peut se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique. Or, l'on doit garder à l'esprit, d'une part, que ce qui peut être important et fondamental pour l'un peut très bien ne pas l'être pour l'autre, notamment pour le juge qui entend la

1995 CanLII 115 (SCC)

lating, when this is not its function. With respect, I believe that this situation does not reflect the purpose of the *Charter* or of s. 7, or the intention of Parliament.

36 To summarize my opinion, I would simply say that extending the scope of the word "liberty" in s. 7 to include any type of freedom other than that which is connected with the physical dimension of the word "liberty" would not only be contrary to the structure of the *Charter* and of the provision itself, but would also be contrary to the scheme, the context and the manifest purpose of s. 7. Furthermore, it would have the effect of conferring *prima facie* constitutional protection on all eccentricities expressed by members of our society under the rubric of "liberty", in addition to taking away all legitimacy or purpose from other provisions of the *Charter* such as s. 2 or s. 6, for example, since they would be redundant. It seems apparent to me that this cannot be the purpose of s. 7, or of the *Charter* itself, which is a constitutional instrument. It must also be clearly understood that this approach would inevitably lead to a situation where we would have government by judges. This is not the case at present, but I would emphasize again that it must not become the case.

37 Finally, I would add the following brief comments. First, there may be those who may believe that I am trying, by what may appear an overly restrictive interpretation, to limit the ambit of s. 7 and that I risk closing the door on the possible adaptation of the values and principles expressed by the *Charter* to society's future realities and aspirations. I shall simply note that while I am limiting the scope of the "right to liberty" to its essentially physical dimension, which is at issue primarily, but surely not exclusively, in the criminal justice system, this right may cover a multitude and variety of situations. Most statutes interfere with individual liberty and most are enforced by sanctions imposed after conviction for federal or provincial offences. Where a statute does not make it an offence to contravene its provisions, s. 126(1)

cause et, d'autre part, que l'adoption de cette approche amènerait inévitablement le pouvoir judiciaire à légiférer alors que tel n'est pas son rôle. En toute déférence, je crois que cette situation ne reflète ni l'objet de la *Charte*, ni celui de l'art. 7, ni l'intention du législateur.

Pour résumer ma pensée, je dirai simplement qu'élargir la portée du terme «liberté» de l'art. 7 pour y inclure tout type de liberté autre que celui qui se rattache à la dimension physique du terme «liberté» irait à l'encontre non seulement de la structure de la *Charte* et de la disposition elle-même mais également à l'encontre de l'économie du contexte et de l'objet manifeste de l'art. 7. Qui plus est, cela aurait pour effet d'accorder une protection constitutionnelle *prima facie* à toutes les excentricités véhiculées sous le vocable de «liberté» par les membres de notre société, en plus de retirer toute légitimité ou raison d'être à d'autres dispositions de la *Charte* tels les art. 2 ou 6, par exemple, puisqu'ils seraient redondants. Il m'apparaît évident que tel ne peut être l'objet de l'art. 7, ni même celui du document constitutionnel qu'est notre *Charte*. Il faut également bien comprendre que cette approche aboutirait inévitablement à une situation de gouvernement par les juges. Ce n'est pas le cas présentement, mais j'insisterais de nouveau pour dire que cela ne doit pas le devenir non plus.

J'ajouterai enfin les brefs commentaires suivants. D'abord, certains pourront croire que je tente, par mon interprétation qui peut paraître trop restrictive, de limiter le champ d'application de l'art. 7 et que je risque de fermer la porte aux possibilités d'adaptation des valeurs et principes véhiculés par la *Charte* à la réalité et aux aspirations de la société de demain. Je mentionnerai simplement que, quoique je limite la portée du «droit à la liberté» à sa dimension essentiellement physique, laquelle est mise en cause principalement, mais sûrement pas seulement, par le système de justice criminelle, ce droit peut viser une multitude et une variété de situations. En effet, la plupart des lois touchent à la liberté individuelle et la plupart d'entre elles sont mises en application au moyen de sanctions imposées à la suite d'une déclaration

of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, provides:

126. (1) Every one who, without lawful excuse, contravenes an Act of Parliament by wilfully doing anything that it forbids or by wilfully omitting to do anything that it requires to be done is, unless a punishment is expressly provided by law, guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years.

The circumstances in which the state may take action to deprive a person of liberty occur often enough and are diverse enough that we can appreciate the importance of the rights protected by s. 7 of the *Charter* and understand that provision's obvious purpose.

The approach that I am adopting also appears to me to be supported by the international human rights instruments on which the framers of our *Charter* drew extensively. On October 6, 1980, in the Debates of the House of Commons (at p. 3285), the Minister of Justice, Jean Chrétien, stated:

Sections 7 to 14 of the Charter set out basic legal rights of Canadians. Some of these rights derive from the Canadian Bill of Rights and some are new. Of the latter, some derive from the International Covenant on Civil and Political Rights. [Emphasis added.]

Article 9(1) of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, reads as follows:

Article 9. 1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention. No one shall be deprived of his liberty except on such grounds and in accordance with such procedure as are established by law.

With the exception of the fact that this article does not set forth the right to life (which is provided for in art. 6 of the Covenant), this passage is strikingly similar to what we find in s. 7 of our *Charter*. If we consult selected decisions of the Human Rights Committee we find that this article has been

de culpabilité d'infraction à une loi fédérale ou provinciale. Lorsque la loi ne prévoit aucune infraction pour une contravention à ses dispositions, le par. 126(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, prévoit:

126. (1) À moins qu'une peine ne soit expressément prévue par la loi, quiconque, sans excuse légitime, contrevient à une loi fédérale en accomplissant volontairement une chose qu'elle défend ou en omettant volontairement de faire une chose qu'elle prescrit, est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans.

Les circonstances dans lesquelles l'État peut intervenir pour priver une personne de sa liberté sont suffisamment fréquentes et diversifiées pour permettre d'apprécier l'importance des droits protégés par l'art. 7 de la *Charte* et de comprendre l'objet manifeste de cette disposition.

L'approche que j'adopte m'apparaît également appuyée par les textes internationaux relatifs aux droits de l'homme dont les rédacteurs de notre *Charte* se sont largement inspirés. Le 6 octobre 1980, dans les débats de la Chambre des communes (à la p. 3285), le ministre de la Justice Jean Chrétien disait:

Les articles 7 à 14 de la Charte énoncent les garanties juridiques des Canadiens. Certains de ces droits découlent de la Déclaration canadienne des droits adoptés à la Chambre par le très honorable M. Diefenbaker, et certains sont nouveaux. Parmi ces derniers, certains proviennent du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. [Je souligne.]

Or, le par. 9(1) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, se lit de la façon suivante:

Article 9. 1. Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraires. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévus par la loi.

À l'exception du fait que cet article n'énonce pas le droit à la vie (celui-ci est prévu à l'art. 6 du Pacte), ce texte s'apparente remarquablement à celui que l'on trouve à l'art. 7 de notre *Charte*. La consultation de décisions sélectionnées du Comité des droits de l'homme démontre que cet article a

1995 CanLII 115 (SCC)

38

invoked in cases of allegedly unlawful arrest, detention, imprisonment, mistreatment and torture. I have not found any decision that raised any question other than a violation of the physical dimension of the person. Moreover, art. 5(1) of the *European Convention on Human Rights*, 213 U.N.T.S. 221, also sets forth the right to liberty and security of the person. The provisions of the various paragraphs of that article indicate unequivocally that "physical liberty" alone is contemplated by this provision, as is confirmed by an examination of a few decisions of the European Court of Human Rights. Other instruments relating to human rights that set forth a right to liberty and security of the person are to the same effect (*American Convention on Human Rights*, art. 7; *African Charter on Human and Peoples' Rights*, art. 6; *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), art. 3; *American Declaration of the Rights and Duties of Man*, arts. 1 and 25). For the purposes of this appeal, I am in no way suggesting that I am basing my conclusion on the interpretation given to art. 9 of the *International Covenant on Civil and Political Rights* or art. 5 of the *European Convention on Human Rights*. I am fully aware that the weight to be given to the foregoing may be uncertain, but nevertheless I believe that it provides an additional indication, at least, of the scope that the framers of the *Charter* may have intended to give to the expression "right to liberty" in the context of s. 7.

39 Finally, but without stating an opinion on the question, I would note, with respect, that I would be much more receptive to the appellants' argument and my colleague's reasons concerning the constitutional protection of parental rights if it had been argued that this right, or the freedom to make choices for our children, was protected by the freedom of conscience guaranteed by s. 2(*a*) of the *Charter*. As Dickson J. stated so aptly, at p. 346 of *Big M Drug Mart Ltd.*, it is precisely the rights associated with freedom of individual conscience that are central "both to basic beliefs about human

été invoqué dans des cas d'arrestation présumément illégale, de détention, d'emprisonnement, de mauvais traitements et de torture. Je n'ai repéré aucune décision soulevant autre chose qu'une atteinte à la dimension physique de la personne. Par ailleurs, le par. 5(1) la *Convention européenne des droits de l'homme*, 213 R.T.N.U. 221, énonce également le droit à la liberté et à la sécurité de la personne. Les différentes dispositions que contient cet article indiquent sans équivoque qu'il vise seulement la «liberté physique», ce que confirme l'examen de plusieurs décisions de la Cour européenne des droits de l'homme. D'autre textes relatifs aux droits de l'homme énonçant un droit à la liberté et à la sécurité de la personne vont dans le même sens (*American Convention on Human rights*, art. 7; *African Charter on Human and Peoples' Rights*, art. 6; *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948), art. 3; *American Declaration of the Rights and Duties of Man*, art. 1 et 25). Je ne prétends aucunement, pour les fins du présent pourvoi, fonder ma conclusion sur l'interprétation qui est donnée à l'art. 9 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, ni sur celle de l'art. 5 de la *Convention européenne des droits de l'homme*. Je suis pleinement conscient de la valeur relative de ce qui précède mais je crois néanmoins qu'il y a là, à tout le moins, une indication supplémentaire de la portée que les rédacteurs de la *Charte* ont pu entendre donner à l'expression «droit à la liberté» dans le cadre de l'art. 7.

Enfin, sans toutefois me prononcer sur la question, je mentionnerais, en toute déférence, que je serais beaucoup plus réceptif à l'argumentation des appelants et aux motifs de mon collègue concernant la protection constitutionnelle des droits parentaux si l'on avait fait valoir que ce droit, ou la liberté de faire des choix pour nos enfants, était protégé par la liberté de conscience garantie par l'al. 2*a*) de la *Charte*. Comme le dit si bien le juge Dickson à la p. 346 de l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*, ce sont précisément les droits qui se rattachent à la liberté de conscience individuelle qui «se situent au cœur non seulement des convictions fondamentales quant à la valeur et à la dignité de

worth and dignity and to a free and democratic political system . . .".

Disposition

I am therefore of the opinion that the appeal should be dismissed on the ground that the impugned provisions of the *Child Welfare Act* do not violate the appellants' freedom of religion or their "parental rights" or, more precisely, their right to choose (or refuse) medical treatment for their child, since such a right is not protected by s. 7 of the *Charter*.

I would dispose of the cross-appeal in the manner proposed by my colleague La Forest J.

The judgment of La Forest, Gonthier and McLachlin JJ. was delivered by

LA FOREST J. — This appeal raises the constitutionality of state interference with child-rearing decisions. The appellants are parents who argue that the Ontario *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, infringes their right to choose medical treatment for their infant in accordance with the tenets of their faith. They claim that this right is protected under both ss. 7 and 2(*a*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Facts

Sheena B. was born four weeks prematurely, on June 25, 1983. Soon after, she was transferred to the Hospital for Sick Children in Toronto because of her physical condition. Within the first few weeks of her life she exhibited many physical ailments and received a number of medical treatments. Her parents, the appellants, consented to all the treatments provided during those initial weeks. At their request, the attending physicians avoided the use of a blood transfusion in the treatment of Sheena because, as Jehovah's Witnesses, the appellants objected to it for religious reasons; they also claimed it was unnecessary.

l'être humain, mais aussi de tout système politique libre et démocratique . . .»

Dispositif

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi pour le motif que les dispositions contestées de la *Child Welfare Act* ne violent ni la liberté de religion des appelants, ni leur «droits parentaux» ou, plus précisément, leur droit de choisir (ou de refuser) un traitement médical pour leur enfant, tel droit n'étant pas protégé par l'art. 7 de la *Charte*.

Je suis d'avis de trancher le pourvoi incident de la manière proposée par mon collègue le juge La Forest.

Version française du jugement des juges La Forest, Gonthier et McLachlin rendu par

LE JUGE LA FOREST — Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité de l'intervention de l'État dans les décisions relatives à l'éducation d'un enfant. Les appelants sont des parents qui font valoir que la *Child Welfare Act* de l'Ontario, R.S.O. 1980, ch. 66, porte atteinte à leur droit de choisir pour leur enfant un traitement médical conforme aux dogmes de leur foi. Ils soutiennent que ce droit est protégé par l'art. 7 et l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Les faits

Sheena B. est née le 25 juin 1983, quatre semaines avant terme. Elle a peu après été transférée au Hospital for Sick Children de Toronto en raison de son état physique. Au cours des premières semaines qui ont suivi sa naissance, elle a reçu plusieurs traitements médicaux afin de remédier à de nombreux troubles physiques. Ses parents, les appelants, ont consenti à tous les traitements qui lui ont été administrés pendant ces premières semaines. Ils ont demandé aux médecins traitants de ne procéder à aucune transfusion sanguine pour traiter Sheena, parce qu'en tant que témoins de Jéhovah ils s'y opposaient pour des motifs religieux; ils soutenaient également qu'une telle procédure n'était pas nécessaire.

1995 CanLII 115 (SCC)

44 On July 30, the child's haemoglobin level had dropped to such an extent that the attending physicians believed her life was in danger and that she might require a blood transfusion to treat potentially life-threatening congestive heart failure. On July 31, following a hearing on short notice to the appellants, Judge Main of the Ontario Provincial Court (Family Division) granted the respondent Children's Aid Society a 72-hour wardship, on the basis of the evidence of Dr. Perlman that a transfusion might be necessary and that it would not be for experimental purposes. A status review was held on August 3, but was adjourned; it resumed on August 18 and 19. Dr. Pape and Dr. Swyer both testified that although the child's condition had improved, it was still marginal, and they wished to maintain the ability to transfuse in case of an emergency. Dr. Morin, head of ophthalmology at the Hospital for Sick Children, testified that he suspected Sheena had infantile glaucoma and needed to undergo exploratory surgery within the following week to confirm the diagnosis. This procedure had to be performed under general anaesthetic, and Dr. Swyer testified that a blood transfusion would be necessary. Main Prov. Ct. J. extended the wardship order for a period of 21 days: (1983), 36 R.F.L. (2d) 70. On August 23, Sheena received a blood transfusion as part of the examination and operation for the suspected glaucoma.

Le 30 juillet, le taux d'hémoglobine de l'enfant a chuté à tel point que les médecins traitants ont craint pour sa vie et ont estimé qu'il pourrait être nécessaire de procéder à une transfusion sanguine pour traiter une insuffisance cardiaque globale qui risquait d'être fatale. Le 31 juillet, à la suite d'une audience tenue après que les appelants eurent été avisés à la dernière minute, le juge Main de la Cour provinciale de l'Ontario (Division de la famille) a accordé à l'intimée, la Children's Aid Society (la «société d'aide à l'enfance»), une tutelle de 72 heures en se fondant sur le témoignage du Dr Perlman, selon lequel une transfusion pourrait être nécessaire et ne servirait aucune fin expérimentale. Une instance en révision du statut de l'enfant a été tenue le 3 août, puis ajournée. Elle a repris le 18 août et s'est poursuivie le lendemain. Les Drs Pape et Swyer ont tous deux témoigné que, malgré son amélioration, l'état de santé de l'enfant était encore précaire, et qu'ils souhaitaient demeurer en mesure de pratiquer une transfusion en cas d'urgence. Le Dr Morin, chef du département d'ophtalmologie du Hospital for Sick Children, a témoigné qu'il redoutait que Sheena soit atteinte de glaucome infantile et doive subir une chirurgie exploratoire dans les semaines suivantes afin de confirmer le diagnostic. Cette procédure nécessitait une anesthésie générale et le Dr Swyer a témoigné qu'une transfusion sanguine serait nécessaire. Le juge Main a prolongé la tutelle pour une période de 21 jours: (1983), 36 R.F.L. (2d) 70. Le 23 août, Sheena a reçu une transfusion sanguine dans le cadre de l'examen et de l'opération pour le glaucome redouté.

45 A second Provincial Court order terminated the respondent's wardship on September 15, and the child was returned to her parents: (1983), 36 R.F.L. (2d) 80. Both orders of the Provincial Court were appealed to the District Court by the appellants. The respondent Children's Aid Society countered with a motion to dismiss which was allowed on the grounds that the transfusion had been administered and the wardship terminated, thereby leaving no *lis* between the parties, and that the *Child Welfare Act* had been repealed and replaced by the *Child and Family Services Act,*

Une seconde ordonnance de la Cour provinciale a mis fin à la tutelle de l'intimée, le 15 septembre, et l'enfant a été rendue à ses parents: (1983), 36 R.F.L. (2d) 80. Les appelants ont interjeté appel contre les deux ordonnances de la Cour provinciale, devant la Cour de district. La société d'aide à l'enfance intimée a répliqué au moyen d'une requête en rejet d'appel, qui a été accueillie pour le motif, d'une part, que plus aucun litige n'opposait les parties étant donné que la transfusion avait été administrée et que la tutelle avait pris fin, et, d'autre part, que toute la question était devenue

1984, S.O. 1984, c. 55, thus rendering the whole issue moot: (1985), 32 A.C.W.S. (2d) 149.

On an appeal to the Court of Appeal, that court held that the District Court had erred in so holding as there remained the issues of interference with the rights of the parents in determining their child's medical treatment, and of the constitutionality of the *Child Welfare Act*. These issues were referred back to the District Court and a hearing of the appeal, including the constitutional questions, was ordered on the merits: (1988), 63 O.R. (2d) 385, 47 D.L.R. (4th) 388, 15 R.F.L. (3d) 388. The District Court dismissed the appellants' appeal from the Provincial Court on the merits: (1989), 14 A.C.W.S. (3d) 10. The court awarded costs against the respondent Attorney General of Ontario, who had intervened in the proceedings. The appellants' appeal to the Court of Appeal was dismissed. The respondent Attorney General of Ontario's cross-appeal on the issue of costs was also dismissed, Houlden J.A. dissenting: (1992), 10 O.R. (3d) 321, 96 D.L.R. (4th) 45, 43 R.F.L. (3d) 36, 58 O.A.C. 93.

The Courts Below

Provincial Court, Family Division (Wardship Application, July 31, 1983)

At the initial wardship application hearing, Main Prov. Ct. J. was concerned with the issue of whether the increase in the child's haemoglobin level following a transfusion would, as was the opinion of Dr. Perlman, reduce the risk of fatal congestive heart failure or pulmonary deficiency in the event of a crisis. Main Prov. Ct. J. observed:

> I believe that the decision for this must lie with the court, not with the Children's Aid Society nor the parents. It is the decision of this court this afternoon that the rights of the parents are going to be subject to the rights of the child, and that the choices and decisions to be made will, for a very short period of time, be left in the hands of persons other than the parents. This is a very serious step and one not taken lightly and one not

théorique du fait que la *Child Welfare Act* avait été abrogée et remplacée par la *Loi de 1984 sur les services à l'enfance et à la famille*, L.O. 1984, ch. 55: (1985), 32 A.C.W.S. (2d) 149.

46 En appel, la Cour d'appel a conclu que la Cour de district avait commis une erreur en tirant cette conclusion puisque la question de l'intervention dans les droits des parents de décider quels traitements médicaux seront administrés à leur enfant, et celle de la constitutionnalité de la *Child Welfare Act* demeuraient entières. Ces questions ont été renvoyées à la Cour de district et une audition au fond a été ordonnée notamment sur les questions constitutionnelles: (1988), 63 O.R. (2d) 385, 47 D.L.R. (4th) 388, 15 R.F.L. (3d) 388. La Cour de district a rejeté l'appel au fond des appelants contre les ordonnances de la Cour provinciale: (1989), 14 A.C.W.S. (3d) 10. La cour a condamné aux dépens l'intimé, le procureur général de l'Ontario, qui était intervenu dans l'instance. Les appelants ont été déboutés en Cour d'appel. L'appel incident de l'intimé, le procureur général de l'Ontario, sur la question des dépens a également été rejeté, le juge Houlden étant dissident: (1992), 10 O.R. (3d) 321, 96 D.L.R. (4th) 45, 43 R.F.L. (3d) 36, 58 O.A.C. 93.

Les juridictions inférieures

Cour provinciale, Division de la famille (demande de tutelle, 31 juillet 1983)

47 Lors de la première audition sur la demande de tutelle, le juge Main de la Cour provinciale s'est demandé si l'augmentation du taux d'hémoglobine de l'enfant obtenue grâce à une transfusion réduirait, comme l'affirmait le Dr Perlman, le risque d'une insuffisance cardiaque globale ou d'une déficience pulmonaire en cas de crise. Le juge Main s'exprime ainsi:

> [TRADUCTION] J'estime qu'il appartient à la cour et non à la société d'aide à l'enfance, ou aux parents, de prendre une décision à cet égard. Notre cour conclut, cet après-midi, que les droits des parents seront assujettis aux droits de l'enfant, et qu'il appartiendra, pendant une très brève période, à des personnes autres que les parents de faire les choix et de prendre les décisions qui s'imposent. Il s'agit là d'une mesure très importante qui

1995 CanLII 115 (SCC)

taken automatically, as I must be satisfied, and I am. I have seen stronger cases on behalf of the Society than this one, but on the balance of probabilities and despite the number of positive things in favour of the parents' case, I am going to make the order.

ne doit pas être prise à la légère, ni automatiquement; je dois être convaincu, et je le suis. La société a cité des causes plus convaincantes que celle-ci, mais selon la prépondérance des probabilités et en dépit des nombreux points positifs en faveur de la prétention des parents, je vais rendre l'ordonnance.

48 Main Prov. Ct. J. awarded wardship to the Children's Aid Society for 72 hours rather than the 30-day period requested. This order was made in light of the fact that the appellants had received short notice of the hearing; Main Prov. Ct. J. wanted to give them the opportunity to present further evidence and submissions.

Le juge Main a confié la tutelle de l'enfant à la société d'aide à l'enfance pour 72 heures plutôt que pour la période de 30 jours demandée. Ce faisant, il a tenu compte du fait que les appelants avaient été avisés de la tenue de l'audition à la dernière minute; le juge Main souhaitait leur offrir la possibilité de présenter d'autres éléments de preuve et arguments.

Provincial Court, Family Division (1983), 36 R.F.L. (2d) 70

Cour provinciale, Division de la famille (1983), 36 R.F.L. (2d) 70

49 Main Prov. Ct. J. considered a significant amount of evidence over a two-day hearing before ordering that the wardship be continued for a period of 21 days. The appellants chose not to call any expert witnesses although they testified themselves and their counsel cross-examined the respondent's witnesses.

Le juge Main a examiné une grande quantité d'éléments de preuve pendant une audience de deux jours, avant d'ordonner que la tutelle soit maintenue pour une période de 21 jours. Les appelants ont choisi de n'appeler aucun témoin expert, bien qu'ils aient eux-mêmes témoigné et que leur avocat ait contre-interrogé les témoins de l'intimée.

50 Main Prov. Ct. J. reviewed the current medical status of Sheena, whom he found to be still in a critical condition and requiring a high level of intensive care. He noted that she continued to suffer from serious but undiagnosed problems and that she risked suffering several types of crises. He stated in particular that "[t]he thing which is of concern and for which there is not one single shred of evidence in contradiction is that should a crisis occur, it could be less than 30 minutes before the child is dead" (p. 75). Should such a situation arise, doctors would have needed to be able to react immediately in order to save the infant's life.

Le juge Main a examiné l'état de santé de Sheena qui, à son avis, était toujours critique et nécessitait des soins intensifs accentués. Il a fait remarquer qu'elle souffrait encore de problèmes graves mais non diagnostiqués, et qu'elle risquait d'être victime de plusieurs formes de crises. Il a affirmé, notamment, qu'[TRADUCTION] «[u]n fait demeure important, et il n'y a pas le moindre élément de preuve qui le contredise, c'est que si une crise devait survenir, l'enfant pourrait mourir en moins de 30 minutes» (p. 75). Si une telle situation s'était présentée, les médecins auraient dû être en mesure de réagir immédiatement pour sauver la vie de l'enfant.

51 Main Prov. Ct. J. recognized that there was a heavy onus upon the respondent to establish the need for intervention in violation of parental rights. He held that this onus had been met, and

Le juge Main a reconnu que l'intimée devait s'acquitter du lourd fardeau d'établir la nécessité d'une intervention violant les droits des parents. Il a conclu que l'intimée s'était acquittée de ce far-

© 1995 Carswell

that state intervention in the family was "absolutely essential" (p. 77). He added, at p. 78:

It is my firm opinion that the court does not have to wait until the situation gets to the stage where the parents wish to deny the child any medical assistance, as has been submitted.

Main Prov. Ct. J. also expressed the desire that the appellants be permitted to seek a second opinion before the transfusion and the eye examination.

District Court of Ontario

In the District Court, the appellants argued that s. 19(1)(*b*)(ix) of the Act was loosely worded so as to delegate to a doctor, rather than a judge, the decision as to whether a child is in need of protection. Whealy Dist. Ct. J. disagreed and noted specifically the way in which the section was interpreted by the judge at first instance: Main Prov. Ct. J. placed the civil onus on the state and only granted a restricted order; he also allowed a delay so that the appellants could present medical evidence.

With respect to s. 2(*a*) of the *Charter*, Whealy Dist. Ct. J. held that the Act, which originated from a statute first adopted in 1927, was not aimed at Jehovah's Witnesses since they have only refused blood transfusions on grounds of religious principles since 1945. On that basis and relying on case law, he concluded that the purpose of the legislation did not infringe s. 2(*a*) of the *Charter*.

With respect to s. 7 of the *Charter*, Whealy Dist. Ct. J. decided the following:

When an infant, totally incapable of making any decision, is in a life threatening situation and the appropriate treatment is denied or refused by its parents, it cannot be said that any potential protection as given under section 7 for the family unit can be invoked against the right of the infant to live. Section 7 addresses itself also to "the principles of fundamental justice". It can hardly be said

deau et que l'intervention de l'État dans la famille était [TRADUCTION] «absolument essentielle» (p. 77). Il ajoute ceci, à la p. 78:

[TRADUCTION] Je crois fermement que la cour n'est pas tenue d'attendre que la situation en vienne au point où les parents souhaitent refuser à l'enfant toute assistance médicale, comme on l'a soumis.

Le juge Main a également exprimé le souhait que les appelants soient autorisés à demander une seconde opinion avant la transfusion et l'examen des yeux.

Cour de district de l'Ontario

Devant la Cour de district, les appelants ont fait valoir que le sous-al. 19(1)*b*)(ix) de la Loi était rédigé en des termes généraux de façon à déléguer à un médecin, plutôt qu'à un juge, la tâche de décider si l'enfant a besoin de protection. Écartant cet argument, le juge Whealy a souligné précisément la façon dont le juge de première instance avait interprété cette disposition: le juge Main de la Cour provinciale a imposé le fardeau civil à l'État et n'a accordé qu'une ordonnance limitée; il a également accordé un délai afin de permettre aux appelants de soumettre une preuve médicale. 52

En ce qui concerne l'al. 2*a*) de la *Charte*, le juge Whealy a conclu que la Loi, qui émanait d'un texte de loi adopté pour la première fois en 1927, ne visait pas les témoins de Jéhovah puisque ce n'est que depuis 1945 qu'ils refusent les transfusions sanguines pour des raisons de principes religieux. Pour ce motif et se fondant sur la jurisprudence, il a conclu que l'objet de la Loi ne violait pas l'al. 2*a*) de la *Charte*. 53

Quant à l'art. 7 de la *Charte*, le juge Whealy décide ceci: 54

[TRADUCTION] Lorsque la vie d'un enfant en bas âge, totalement incapable de prendre une décision, est en danger, et que ses parents refusent qu'on lui administre le traitement indiqué, on ne saurait dire que toute protection susceptible d'être accordée à la cellule familiale par l'article 7 peut être opposée au droit de vivre de l'enfant. L'article 7 mentionne également les «principes de

1995 CanLII 115 (SCC)

that the principles of fundamental justice could be invoked to deny a child a chance to live.

It is worth noting as well that the rights set out in section 7 are conditional and not absolute. The rights therein set out can be interfered with if done in accordance with the principles of fundamental justice. The scheme of the *Child Welfare Act*, in my view, meets all the tests of fundamental justice, including a fair hearing before an impartial judicial tribunal.

55 Whealy Dist. Ct. J. examined whether there was sufficient evidence before the trial judge to support the wardship order and held that Main Prov. Ct. J. "viewed it with appropriate care and caution, and that he applied the appropriate onus in making his decision".

56 Whealy Dist. Ct. J. also had to decide whether the evidence presented before him altered his conclusion. He heard evidence from Dr. Morin, who defended his 1983 diagnosis of glaucoma, and from Dr. McCormick, who believed there had been no urgent need for an eye examination. Whealy Dist. Ct. J. relied on the evidence of Dr. Morin, since four other doctors had agreed with his diagnosis of probable congenital glaucoma, and because he believed Dr. McCormick's suspicion was without foundation. He also heard from anesthesiologists and haematologists on the issue of whether a transfusion was necessary to undertake the surgery. He preferred the evidence of the respondents' witnesses that anaesthetic could not safely be administered without a transfusion, to that of Dr. Furman to the effect that general anaesthetic could have safely been administered without a transfusion by the use of haemo-dilution. The appellants presented evidence to show that there were inherent risks involved in using blood transfusions in the non-surgical treatment of Sheena, and that alternative treatments could have been used. However, Whealy Dist. Ct. J. accepted the evidence of Dr. Andrew-O'Brodovich that a transfusion was necessary given the risks of administering a general anaesthetic to a child with such a low haemoglobin level, and the evidence of Dr. Sinclair that, in the circumstances, no alternative to blood transfusions would have raised the

justice fondamentale». On ne saurait guère soutenir qu'il est possible de les invoquer pour refuser à un enfant la chance de vivre.

Il vaut également la peine de souligner que les droits énoncés à l'article 7 sont conditionnels et non absolus. Il peut y être porté atteinte conformément aux principes de justice fondamentale. L'économie de la *Child Welfare Act* satisfait, selon moi, à tous les critères de justice fondamentale, dont le droit à un procès équitable devant une cour de justice impartiale.

Le juge Whealy s'est demandé si le juge de première instance disposait d'une preuve suffisante pour justifier l'ordonnance de tutelle, et il a conclu que le juge Main [TRADUCTION] «a considéré [la preuve] avec tout le soin et la circonspection nécessaires, et qu'il a appliqué le fardeau approprié en prenant sa décision».

Le juge Whealy devait également déterminer si la preuve qui lui avait été soumise modifiait sa conclusion. Il a entendu le témoignage du Dr Morin, qui a défendu le diagnostic de glaucome qu'il avait posé en 1983, et celui du Dr McCormick qui était d'avis qu'il n'y avait eu aucun besoin urgent de procéder à un examen de la vue. Le juge Whealy s'est fondé sur le témoignage du Dr Morin, puisque quatre autres médecins avaient souscrit à son diagnostic de glaucome congénital probable, et parce qu'il croyait que les doutes du Dr McCormick étaient sans fondement. Il a également entendu des anesthésistes et des hématologistes sur la question de savoir s'il était nécessaire de procéder à une transfusion au cours de la chirurgie. Il a préféré les propos des témoins des intimés, selon lesquels l'anesthésie ne pouvait être pratiquée sans danger en l'absence d'une transfusion, au témoignage du Dr Furman, selon lequel une anesthésie générale aurait pu être pratiquée de façon sécuritaire sans transfusion au moyen de l'hémodilution. Par la preuve qu'ils ont soumise, les appelants ont tenté de démontrer que le recours à des transfusions sanguines dans le traitement non chirurgical de Sheena comportait des risques inhérents et que l'on aurait pu recourir à d'autres traitements. Cependant, le juge Whealy a accepté le témoignage du Dr Andrew-O'Brodovich suivant lequel une transfusion était nécessaire étant donné les risques que comporte une anesthésie générale

Digitized by Supreme Court Law Library, 2015 (SCC)

haemoglobin level as required. He also relied on Dr. Sinclair's opinion that a transfusion in these circumstances represented a medically accepted standard of practice. Dr. Scherz testified that alternatives to blood transfusion would have been appropriate in the circumstances. Whealy Dist. Ct. J. disregarded the evidence on the basis that it did not address the issue of oxygen-carrying capacity in the red blood cells while under general anaesthetic in an infant with Sheena's problems. He did not take into account the opinion of Dr. Spence that blood transfusions were often unnecessary since he found Dr. Spence's work to be "on the cutting edge of new medical therapy rather than in the main body of the medical profession".

pour un enfant dont le taux d'hémoglobine est si bas, ainsi que le témoignage du Dr Sinclair selon lequel, dans les circonstances, seule une transfusion sanguine aurait permis d'élever le taux d'hémoglobine au niveau requis. Il s'est également appuyé sur l'opinion du Dr Sinclair suivant laquelle une transfusion représentait, dans ces circonstances, une norme de pratique médicale acceptée. Le Dr Scherz a témoigné que d'autres solutions auraient convenu dans les circonstances. Le juge Whealy n'a pas tenu compte de ce témoignage pour le motif qu'il n'abordait pas la question de la capacité oxyphorique des globules rouges au moment où un enfant qui a les problèmes de Sheena est sous anesthésie générale. Il n'a pas tenu compte de l'opinion du Dr Spence, selon laquelle les transfusions sanguines étaient souvent inutiles, puisqu'il a conclu que les travaux du Dr Spence se situent [TRADUCTION] «à l'avant-garde des nouvelles thérapies médicales et non dans le courant principal de la profession médicale».

1995 CanLII 115 (SCC)

On the issue of costs, Whealy Dist. Ct. J. stated:

> As to costs, it is my view, because the Court of Appeal regarded this case as an opportunity to have a test case, because the Attorney General and the Official Guardian have intervened and fully participated before the Court of Appeal and before me, and because in order to consider all of this highly technical material, both counsel and I required daily transcripts, that this is an appropriate case to order costs to be paid by the Attorney General of this province.

Sur la question des dépens, le juge Whealy affirme ceci: 57

> [TRADUCTION] En ce qui concerne les dépens, je suis d'avis qu'il convient, en l'espèce, de condamner aux dépens le procureur général de notre province, étant donné que la Cour d'appel a estimé que la présente affaire pourrait être un cas type, que le Procureur général et le tuteur public sont intervenus et ont participé pleinement en Cour d'appel et devant moi, et que, pour considérer tous ces documents fort techniques, les deux avocats et moi-même avons dû recourir à des transcriptions quotidiennes.

However, he gave the parties the opportunity to present further submissions before making a final order. In an addendum to his reasons, Whealy Dist. Ct. J. awarded costs against the Attorney General of Ontario, given that the case had "proceeded in a most unusual fashion and laborious manner for all concerned, and I am not aware of any case where a first level appeal from a decision of a trial judge has gone this circuitous route and ended up with the appeal being transformed into what amounts to a re-trial on fresh evidence". 58

Il a toutefois donné aux parties la possibilité de soumettre d'autres arguments avant de rendre une ordonnance définitive. Dans un addenda à ses motifs, le juge Whealy a condamné aux dépens le procureur général de l'Ontario pour le motif que l'affaire [TRADUCTION] «s'est déroulée de la façon la plus inhabituelle et ardue pour tous les intéressés, et je ne suis au courant d'aucune affaire où l'appel de premier niveau interjeté à l'encontre d'une décision d'un juge de première instance a emprunté ce détour pour finir par se transformer en ce qui équivaut à un nouveau procès fondé sur une nouvelle preuve».

Court of Appeal (1992), 10 O.R. (3d) 321

59 Tarnopolsky J.A., speaking for the majority of the Court of Appeal, did not disrupt the findings of the District Court judge regarding the need for the eye surgery performed by Dr. Morin, the need for a blood transfusion in conjunction with the anaesthetic used in the eye surgery, or the need for a blood transfusion in the non-surgical treatment of Sheena. With respect to s. 7 of the *Charter*, Tarnopolsky J.A. followed the approach adopted by this Court in *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, and held that assuming an interference with the parents' liberty interest, the legislation did not violate the principles of fundamental justice. In particular, he found that s. 19(1)(*b*)(ix) of the Act did not delegate to the doctor the decision whether a child was in need of protection. The definition in s. 19(1)(*b*)(ix), he noted, was qualified by two distinct requirements, only one of which had to be met to warrant intervention: "The first is that the parents have acted contrary to the recommendations of a medical practitioner. The second is that the treatment is 'necessary for the child's health and well-being'" (pp. 335-36). The trier of fact, therefore, ultimately determined whether the child was in need of protection.

60 The appellants complained of the lack of disclosure at the summary protection hearing, in particular of the fact that Dr. Perlman did not disclose a contrary view he had received, on consultation, with respect to congestive heart failure. Tarnopolsky J.A. found that this shortfall "was not so significant that it denied the appellants a fair hearing" (p. 344). As for other procedural complaints, he was of the view that these did not deprive the appellants of their liberty in a manner contrary to the principles of fundamental justice either. He stated, at pp. 345-46:

> In my view, the respondents are correct that the procedures outlined in s. 28 of the *Child Welfare Act* ensure

Cour d'appel (1992), 10 O.R. (3d) 321

S'exprimant au nom de la Cour d'appel à la majorité, le juge Tarnopolsky n'a pas modifié les conclusions du juge de la Cour de district relativement à la nécessité pour le Dr Morin d'effectuer une chirurgie oculaire, à la nécessité de procéder à une transfusion sanguine parallèlement à l'anesthésie pratiquée au cours de la chirurgie oculaire, ou à la nécessité de recourir à une transfusion sanguine dans le traitement non chirurgical de Sheena. Quant à l'art. 7 de la *Charte*, le juge Tarnopolsky a suivi la méthode adoptée par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, pour conclure qu'à supposer qu'il y ait eu entrave au droit à la liberté des parents, la loi en cause ne violait pas les principes de justice fondamentale. En particulier, il a conclu que le sous-al. 19(1)*b*)(ix) de la Loi ne déléguait pas au médecin la tâche de décider si un enfant avait besoin de protection. La définition énoncée au sous-al. 19(1)*b*)(ix), a-t-il souligné, était tempérée par deux exigences distinctes, dont une seule devait être remplie pour justifier l'intervention: [TRADUCTION] «La première est que les parents aient agi contrairement aux recommandations d'un médecin. La seconde est que le traitement soit «nécessaire pour la santé et le bien-être de l'enfant»» (pp. 335 et 336). Le juge des faits a donc finalement décidé si l'enfant avait besoin de protection.

Les appelants se sont plaint de l'absence de communication de la preuve lors de l'instance sommaire portant sur la protection de l'enfant, et, en particulier, du fait que le Dr Perlman n'a pas divulgué l'opinion contraire qu'il avait reçue, lors d'une consultation, relativement à l'insuffisance cardiaque globale. Le juge Tarnopolsky a conclu que cette lacune [TRADUCTION] «n'était pas grave au point de nier aux appelants une audition équitable» (p. 344). Quant aux autres plaintes en matière de procédure, il s'est dit d'avis que leur objet n'avait pas non plus privé les appelants de leur liberté d'une manière contraire aux principes de justice fondamentale. Il dit ceci, aux pp. 345 et 346:

> [TRADUCTION] À mon avis, les intimés ont raison d'affirmer que les procédures énoncées à l'art. 28 de la

that the interests of the parents are given full judicial protection. Pursuant to that provision, witnesses were summoned at the initial hearing on July 31, 1983, to give evidence and produce records. The parents were notified of the hearing, although not until the day on which it was held. The parents were represented by counsel and they, too, gave evidence. Their counsel, who is extensively experienced in issues of this kind, was permitted to cross-examine all of the witnesses called by the C.A.S. As well, there was no suggestion that the judge hearing the application was in any way biased. In light of the dire need for preventive action, which was revealed by the evidence presented at the hearing, it is my opinion that the hearing was conducted in accordance with the principles of fundamental justice.

Tarnopolsky J.A. then considered whether the impugned sections of the Act violated s. 2(*a*) of the *Charter*. He agreed with the District Court judge that the purpose of the Act did not violate s. 2(*a*). However, he stated that the legislation had the effect of restraining the appellants from manifesting their religious views by controlling the treatment provided to Sheena. While he acknowledged that the right of the appellants to choose medical treatment for their infant in accordance with their religious beliefs was protected under s. 2(*a*) of the *Charter*, he added that it was so only so long as it did not impede the vital and overriding state interest in the life and health of a child. He was of the view that any limitations on freedom of religion were best addressed under s. 1 of the *Charter*. After reviewing the four branches of the s. 1 test, set out recently in *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, he decided that a violation of s. 2(*a*) would be saved by s. 1. He held that the connection between the means used in this case and the objective of the *Child Welfare Act* was obvious. He also stated, at p. 353:

> In my opinion, where a blood transfusion may be necessary to save the life of a child or to protect it from a serious handicap, it is difficult to imagine a means of ensuring that treatment is provided once the actual necessity arises, which is a less restrictive means than that employed in this case. The appellants' rights were only impeded once a court came to the conclusion that the exercise of those rights would endanger the health of the child.

Child Welfare Act garantissent que les droits des parents jouissent d'une pleine protection judiciaire. Conformément à cette disposition, des témoins ont été appelés, à l'audition initiale du 31 juillet 1983, pour témoigner et produire des dossiers. Les parents ont été avisés de l'audition, quoique le jour même seulement. Ils étaient représentés par un avocat et ont eux aussi témoigné. Leur avocat, très expérimenté dans ce domaine, a été autorisé à contre-interroger tous les témoins appelés par la C.A.S. En outre, on n'a pas donné à entendre que le juge saisi de la demande était de quelque façon impartial. Compte tenu de la nécessité extrême, établie par la preuve soumise à l'audition, d'une action préventive, je suis d'avis que l'audition s'est déroulée conformément aux principes de justice fondamentale.

Le juge Tarnopolsky s'est ensuite demandé si 61
les dispositions contestées de la Loi violaient l'al. 2*a*) de la *Charte*. Il a convenu avec le juge de la Cour de district que l'objet de la Loi ne violait pas l'al. 2*a*). Toutefois, il a indiqué que la mesure législative avait pour effet d'empêcher les appelants de manifester leurs croyances religieuses en contrôlant le traitement administré à Sheena. Même s'il a reconnu que l'al. 2*a*) de la *Charte* protégeait le droit des appelants de choisir pour leur enfant un traitement médical conforme à leurs croyances religieuses, il a ajouté qu'il n'en était ainsi que si ce droit n'entravait pas l'intérêt vital et primordial qu'a l'État dans la vie et la santé d'un enfant. Il s'est dit d'avis que toute restriction de la liberté de religion était mieux abordée dans le cadre de l'article premier de la *Charte*. Après avoir examiné les quatre volets du critère de l'article premier, formulés récemment dans l'arrêt *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, il a décidé qu'une violation de l'al. 2*a*) serait sauvegardée par l'article premier. Il a conclu que le lien entre les moyens utilisés en l'espèce et l'objectif de la *Child Welfare Act* était évident. Il dit également ceci, à la p. 353:

> [TRADUCTION] À mon sens, lorsqu'une transfusion sanguine peut se révéler nécessaire pour sauver la vie d'un enfant ou pour le protéger d'un handicap grave, on peut difficilement imaginer un moyen de garantir que l'on administrera, lorsque le besoin se fera sentir, un traitement moins restrictif que celui utilisé dans la présente affaire. Les droits des appelants n'ont été enfreints que lorsqu'un tribunal a conclu que leur exercice compromettrait la vie de l'enfant.

1995 CanLII 115 (SCC)

62 On the issue of costs raised in the cross-appeal, Tarnopolsky J.A. acknowledged the peculiarity of the order, but stated that there was no compelling reason to interfere with the discretionary power of the court below.

63 Goodman J.A. agreed with the reasoning of Tarnopolsky J.A. and simply commented on the award of costs made by the District Court judge. Houlden J.A. also concurred with the reasons of the majority on the main appeal. He expressed the view that even if the appellants had been successful in their appeal, they would not have been entitled to the declaratory relief they were seeking, as it intruded on the legislative function. In any event, the Act had been amended without incorporating the guidelines proposed by the appellants. However, Houlden J.A. dissented on the issue of costs because, in his view, Whealy Dist. Ct. J.'s order would create a dangerous precedent.

Issues

64 The following constitutional questions were set by the Chief Justice:

1. Does the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, s. 19(1)(*b*)(ix), together with the powers in ss. 30(1)2 and 41 and the procedures in ss. 21, 27, 28(1), (10) and (12), deny parents a right to choose medical treatment for their infants, contrary to s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is s. 19(1)(*b*)(ix), together with the powers in ss. 30(1)2 and 41 and the procedures in ss. 21, 27, 28(1), (10) and (12) of the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, justified as reasonable limits by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

3. Does the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, s. 19(1)(*b*)(ix), together with the powers in ss. 30(1)2 and 41 and the procedures in ss. 21, 27, 28(1), (10) and (12), infringe the appellants' free-

Quant à la question des dépens soulevée lors de l'appel incident, le juge Tarnopolsky a reconnu la singularité de l'ordonnance, mais il a déclaré qu'il n'y avait aucune raison sérieuse de s'immiscer dans le pouvoir discrétionnaire du tribunal d'instance inférieure.

Le juge Goodman a souscrit au raisonnement du juge Tarnopolsky et a simplement commenté l'attribution de dépens par le juge de la Cour de district. Le juge Houlden a lui aussi souscrit aux motifs de la majorité quant à l'appel principal. Il s'est dit d'avis que, même si leur appel avait été couronné de succès, les appelants n'auraient pas eu droit au jugement déclaratoire sollicité puisqu'il empiétait sur la fonction législative. Quoi qu'il en soit, la Loi a été modifiée sans qu'y soient incorporées les directives proposées par les appelants. Par ailleurs, le juge Houlden était en désaccord sur la question des dépens parce qu'à son avis l'ordonnance du juge Whealy créait un dangereux précédent.

Les questions en litige

Le Juge en chef a énoncé les questions constitutionnelles suivantes:

1. La *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, sous-al. 19(1)*b*)(ix), ainsi que les pouvoirs conférés à l'al. 30(1)2 et à l'art. 41, et les procédures énoncées aux art. 21 et 27 et aux par. 28(1), (10) et (12), privent-ils les parents du droit de choisir un traitement médical pour leurs enfants en bas âge, contrairement à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. Si la réponse à la première question est affirmative, le sous-al. 19(1)*b*)(ix), ainsi que les pouvoirs conférés à l'al. 30(1)2 et à l'art. 41, et les procédures énoncées aux art. 21 et 27 et aux par. 28(1), (10) et (12) de la *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, sont-ils justifiés en tant que limites raisonnables par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

3. La *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, sous-al. 19(1)*b*)(ix), ainsi que les pouvoirs conférés à l'al. 30(1)2 et à l'art. 41, et les procédures énoncées aux art. 21 et 27 et aux par. 28(1), (10) et

dom of religion as guaranteed under s. 2(*a*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

4. If the answer to question 3 is in the affirmative, is s. 19(1)(*b*)(ix), together with the powers in ss. 30(1)2 and 41 and the procedures in ss. 21, 27, 28(1), (10) and (12) of the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, justified as reasonable limits by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

The issue raised in the respondent's cross-appeal was whether the District Court erred in making its award of costs against the Attorney General of Ontario.

The Court rendered judgment from the bench on March 17, 1994. It dismissed the appeal and answered the first constitutional question in the negative. Question 2 does not, therefore, arise. The Court, however, reserved decision, reasons to follow, as regards whether it was under question 3 or question 4 that the legislation was constitutionally valid. Decision was also reserved on the cross-appeal.

Analysis

I shall first deal with the constitutional questions raised in the main appeal. I shall then briefly address the issue of costs raised in the cross-appeal.

Appeal: Constitutional Questions

In addition to the constitutional issues, the appellants raised certain questions of fact. As these were amply addressed by the courts below, there is no need to discuss them at length. While the appellants were, at the time of the initial wardship hearing and review, unable to adduce their own evidence and call their own experts owing to the summary nature of the proceedings, the frailty in the factual record was remedied by the admission of fresh evidence before the District Court. The appellants contended, however, that conflicting medical evidence was presented, and that Whealy

(12), portent-ils atteinte à la liberté de religion que garantit aux appelants l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, le sous-al. 19(1)*b*)(ix), ainsi que les pouvoirs conférés à l'al. 30(1)2 et à l'art. 41, et les procédures énoncées aux art. 21 et 27 et aux par. 28(1), (10) et (12) de la *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, sont-ils justifiés en tant que limites raisonnables par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

La question que l'intimée a soulevée, dans le pourvoi incident, était de savoir si la Cour de district avait commis une erreur en condamnant aux dépens le procureur général de l'Ontario.

Notre Cour a rendu jugement à l'audience le 17 mars 1994. Elle a rejeté le pourvoi et répondu par la négative à la première question constitutionnelle. La seconde question ne se pose donc pas. Notre Cour a toutefois mis sa décision en délibéré, avec motifs à suivre, quant à savoir si c'est relativement à la troisième ou à la quatrième question que la mesure législative était constitutionnelle. La décision a également été mise en délibéré relativement au pourvoi incident.

Analyse

Je me pencherai d'abord sur les questions constitutionnelles soulevées dans le pourvoi principal. J'aborderai ensuite brièvement la question des dépens soulevée dans le pourvoi incident.

Pourvoi: Questions constitutionnelles

Outre les questions constitutionnelles, les appelants ont soulevé certaines questions de fait. Comme celles-ci ont été analysées abondamment par les tribunaux d'instance inférieure, il n'est pas nécessaire de s'y attarder. Bien que les appelants n'aient pas été en mesure, à l'époque de l'instance initiale portant sur la tutelle et la révision, de présenter leur propre preuve et d'appeler leurs propres experts en raison de la nature sommaire des procédures, il a été remédié à la faiblesse du dossier factuel par l'admission de nouveaux éléments de preuve devant la Cour de district. Les appelants

1995 CanLII 115 (SCC)

Dist. Ct. J. should have deferred to their opinion regarding the necessity of a blood transfusion to assist with the anaesthetic while performing the eye surgery, as there was no right or wrong answer and a court of law was ill-placed to substitute its decision for that of the parents.

69 Whealy Dist. Ct. J. almost uniformly preferred the evidence of the respondents' witnesses to that of the appellants', as the latter did not accord with the accepted medical practice of the time. He did so after a careful examination of the position of each witness, and in every case clearly stated persuasive reasons for preferring the testimony of one witness over another. Far from substituting his decision for that of the parents, Whealy Dist. Ct. J. simply performed his duty under the law, namely appraising the weight and credibility of the competing testimony. Whealy Dist. Ct. J.'s findings of fact were upheld by the Court of Appeal, after a careful review of all the evidence. The appellants have not demonstrated any compelling grounds for disturbing these findings.

Section 7 of the *Charter*

70 Turning now to s. 7 of the *Charter*, the appellants argued that the right to choose medical treatment for their infant is a liberty interest protected under s. 7 of the *Charter*, and that the infringement of that interest in the present case did not conform with the principles of fundamental justice. Whealy Dist. Ct. J., we saw, dismissed the contentions of the appellants, and the Court of Appeal simply stated that even on the assumption that s. 7 of the *Charter* afforded some protection to the interest claimed by the appellants, any infringement of their liberty was done in accordance with the principles of fundamental justice.

Section 7 of the Charter and Parental Liberty

71 Although I am of the view that the principles of fundamental justice have been complied with in the present case, I nonetheless propose to comment on the scope of the protection afforded by the

ont toutefois soutenu qu'une preuve médicale contradictoire avait été présentée et que le juge Whealy aurait dû s'en remettre à leur opinion concernant la nécessité d'assortir l'anesthésie d'une transfusion sanguine pendant la chirurgie oculaire, puisqu'il n'y avait aucune bonne ou mauvaise réponse et qu'une cour de justice était mal placée pour substituer sa décision à celle des parents.

Le juge Whealy a presque constamment préféré les opinions des témoins des intimés à celles des appelants, du fait que ces dernières n'étaient pas compatibles avec la pratique médicale acceptée à l'époque. Il en a décidé ainsi après avoir examiné soigneusement la position de chaque témoin, et, dans chaque cas, il a exposé clairement des motifs convaincants de préférer le témoignage d'un témoin à celui d'un autre. Loin de substituer sa décision à celle des parents, le juge Whealy s'est simplement acquitté de la tâche, qui lui incombait en droit, d'évaluer le poids et la crédibilité des témoignages opposés. Après avoir examiné attentivement l'ensemble de la preuve, la Cour d'appel a maintenu les conclusions de fait du juge Whealy. Les appelants n'ont fourni aucune raison sérieuse de modifier ces conclusions.

L'article 7 de la *Charte*

En ce qui concerne l'art. 7 de la *Charte*, les appelants ont soutenu que le droit de choisir un traitement médical pour leur enfant relève du droit à la liberté que garantit cet article et que l'atteinte à ce droit en l'espèce n'était pas conforme aux principes de justice fondamentale. Le juge Whealy, nous l'avons vu, a rejeté les prétentions des appelants et la Cour d'appel a simplement affirmé que, même si l'on présumait que l'art. 7 de la *Charte* offre une certaine protection au droit invoqué par les appelants, toute atteinte qu'il pouvait y avoir eu à leur liberté était conforme aux principes de justice fondamentale.

L'article 7 de la Charte et la liberté parentale

Bien que je sois d'avis que les principes de justice fondamentale ont été respectés dans la présente affaire, j'entends néanmoins faire des commentaires sur la portée de la protection offerte par

© Supreme Court of Canada (SCC)

Charter as it relates to the right of parents to choose medical treatment for their infant. This Court has, on many occasions, stated that the principles of fundamental justice vary according to the context; see *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869. An examination of the scope of the liberty interest appears warranted, since its formulation may affect the determination of the principles of fundamental justice. I also note that while this case can be disposed of solely on the issue of the right of parents to choose medical treatment for their infant, it is not without consequence for child protection as a whole. Intervention may well be compelling here, but this appeal raises the more general question of the right of parents to rear their children without undue interference by the state.

la *Charte* dans la mesure où elle a trait au droit des parents de choisir un traitement médical pour leur enfant. Notre Cour a, à maintes reprises, déclaré que les principes de justice fondamentale varient selon le contexte; voir *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869. Une analyse de la portée du droit à la liberté paraît justifiée puisque sa formulation peut influer sur la détermination des principes de justice fondamentale. Je remarque également que, bien que la présente affaire puisse être tranchée uniquement sur la question du droit des parents de choisir un traitement médical pour leur enfant, elle n'est pas sans conséquence pour la protection générale de l'enfant. Une intervention pourrait bien s'imposer ici, mais le présent pourvoi soulève la question plus générale du droit des parents d'éduquer leurs enfants sans ingérence indue de la part de l'État.

1995 CanLII 115 (SCC)

The appellants claim that parents have the right to choose medical treatment for their infant, relying for this contention on s. 7 of the *Charter*, and more precisely on the liberty interest. They assert that the right enures in the family as an entity, basing this argument on statements made by American courts in the definition of liberty under their Constitution. While, as I will indicate, American experience may be useful in defining the scope of the liberty interest protected under our Constitution, I agree that s. 7 of the *Charter* does not afford protection to the integrity of the family unit as such. The Canadian *Charter*, and s. 7 in particular, protects individuals. It is the individual's right to liberty under the *Charter* with which we are here concerned. The concept of the integrity of the family unit is itself premised, at least in part, on that of parental liberty. N. Bala and J. D. Redfearn, "Family Law and the 'Liberty Interest': Section 7 of the Canadian Charter of Rights" (1983), 15 *Ottawa L. Rev.* 274, note that a general discussion of the "family unit" often obscures two separate interests, at p. 281:

72

Les appelants prétendent que les parents ont le droit de choisir un traitement médical pour leur enfant, invoquant à l'appui de cette prétention l'art. 7 de la *Charte* et, plus précisément, le droit à la liberté. Ils soutiennent que ce droit s'applique à la famille en tant qu'entité, fondant leur argument sur les affirmations qu'ont faites les tribunaux américains pour définir la liberté sous le régime de leur Constitution. Bien que, comme je vais l'indiquer, l'expérience américaine puisse être utile pour définir la portée du droit à la liberté garanti par notre Constitution, je conviens que l'art. 7 de la *Charte* ne protège pas l'intégrité de la cellule familiale comme telle. La *Charte* canadienne et, en particulier, son art. 7 protègent les individus. Ce dont il est question ici, c'est du droit à la liberté que la *Charte* garantit à l'individu. Le concept de l'intégrité de la cellule familiale repose lui-même, du moins en partie, sur celui de la liberté parentale. Dans «Family Law and the «Liberty Interest»: Section 7 of the Canadian Charter of Rights» (1983), 15 *Ottawa L. Rev.* 274, à la p. 281, N. Bala et J. D. Redfearn font observer qu'une analyse générale de la «cellule familiale» éclipse fréquemment deux droits distincts:

> It is, however, possible to distinguish at least two different, yet interrelated interests. One is familial integrity — an interest in upholding the family as an autonomous,

> [TRADUCTION] Il est toutefois possible de distinguer au moins deux droits qui, quoique étroitement liés, diffèrent. L'un est l'intégrité familiale — le droit de mainte-

independent unit in society. The other is parental authority — a *parental* right to enjoy family life and control various aspects of a child's life, free from unnecessary outside interference. [Emphasis in original.]

73 The term "liberty" has yet to be authoritatively defined in this Court, although comments have been made on both ends of the spectrum. In *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, Wilson J., speaking for Dickson C.J., Lamer J. (as he then was) as well, noted that it was incumbent upon the Court to define "liberty", and conceded that the concept was susceptible of a broad range of meanings. Although she did not venture to define the scope of the liberty interest protected under s. 7 of the *Charter*, she cited the following dictum of Stewart J. in *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972), at p. 572, as an example of the liberal interpretation the United States Supreme Court has given to the Fourteenth Amendment, at p. 205:

"While this Court has not attempted to define with exactness the liberty . . . guaranteed (by the Fourteenth Amendment), the term has received much consideration and some of the included things have been definitely stated. Without doubt, it denotes not merely freedom from bodily restraint but also the right of the individual to contract, to engage in any of the common occupations of life, to acquire useful knowledge, to marry, establish a home and bring up children, to worship God according to the dictates of his own conscience, and generally to enjoy those privileges long recognized . . . as essential to the orderly pursuit of happiness by free men." *Meyer* v. *Nebraska*, 262 U.S. 390, 399. In a Constitution for a free people, there can be no doubt that the meaning of "liberty" must be broad indeed. See, *e.g.*, *Bolling* v. *Sharpe*, 347 U.S. 497, 499-500; *Stanley* v. *Illinois*, 405 U.S. 645.

74 In *R. v. Jones*, *supra*, speaking alone in dissent, Wilson J. gave a broad formulation of the concept of liberty. She stated, at p. 318:

I believe that the framers of the Constitution in guaranteeing "liberty" as a fundamental value in a free and democratic society had in mind the freedom of the individual to develop and realize his potential to the full, to

nir l'autonomie et l'indépendance de la famille dans la société. L'autre est l'autorité parentale — le droit *parental* de jouir de la vie familiale et de contrôler divers aspects de la vie de l'enfant, en l'absence de toute ingérence extérieure inutile. [En italique dans l'original.]

Notre Cour n'a pas encore défini péremptoirement le terme «liberté», bien que des commentaires aient été faits aux deux extrémités du spectre. Dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, le juge Wilson a souligné, au nom du juge en chef Dickson et du juge Lamer (maintenant Juge en chef), qu'il incombait à la Cour de définir le terme «liberté» puis elle a admis que le concept était susceptible d'avoir plusieurs acceptions. Bien qu'elle n'ait pas entrepris de définir la portée du droit à la liberté garanti à l'art. 7 de la *Charte*, elle cite, à la p. 205, l'opinion incidente suivante que le juge Stewart a exprimée dans *Board of Regents of State Colleges c. Roth*, 408 U.S. 564 (1972), à la p. 572, pour illustrer l'interprétation libérale que la Cour suprême des États-Unis a donnée au Quatorzième amendement:

[TRADUCTION] «Même si cette Cour n'a pas tenté de définir avec exactitude la liberté . . . garantie (par le Quatorzième amendement), ce terme a souvent été examiné et certains des éléments qui y sont compris ont été précisés de façon définitive. Ce terme s'entend sans aucun doute non seulement de l'absence de contrainte physique mais également du droit des particuliers de contracter, de vaquer aux occupations ordinaires de la vie, d'acquérir des connaissances utiles, de se marier, de fonder un foyer et d'élever des enfants, d'adorer Dieu selon sa conscience et, en général, de jouir des privilèges reconnus depuis longtemps . . . comme étant essentiels à la poursuite du bonheur par les hommes libres.» *Meyer c. Nebraska*, 262 U.S. 390, 399. Dans la Constitution d'un peuple libre, il ne fait aucun doute que le terme «liberté» doit avoir un sens large. Voir, par exemple, *Bolling* v. *Sharpe*, 347 U.S. 497, 499 et 500; *Stanley* v. *Illinois*, 405 U.S. 645.

Dans l'arrêt *R. c. Jones*, précité, le juge Wilson, seule dissidente, formule en des termes généraux le concept de liberté. Elle affirme ceci, à la p. 318:

Je crois que les rédacteurs de la Constitution en garantissant la «liberté» en tant que valeur fondamentale d'une société libre et démocratique, avaient à l'esprit la liberté pour l'individu de se développer et de réaliser

1995 CanLII 75 (SCC)

plan his own life to suit his own character, to make his own choices for good or ill, to be non-conformist, idiosyncratic and even eccentric — to be, in to-day's parlance, "his own person" and accountable as such. John Stuart Mill described it as "pursuing our own good in our own way". This, he believed, we should be free to do "so long as we do not attempt to deprive others of theirs or impede their efforts to obtain it".

While she was of the view that s. 7 protected the right of parents to bring up and educate their children according to their conscientious beliefs, Wilson J. acknowledged that this freedom was not "untrammelled". Some limits could be placed on the interest, as "liberty" did not imply the right to bring up and educate one's children "as one sees fit".

On the other hand, Lamer J., speaking for himself alone in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, rejected the line of American cases pertaining to contractual liberty, noting that such an extension of the liberty interest had also been subject to criticism in the United States. The text of the Canadian *Charter* — which does not mention "property" — and the context of its adoption were sufficiently different to mandate a distinct interpretation. According to him, s. 7, which appears in the *Charter* under the heading "Legal Rights", had to be construed in light of the rights enunciated in ss. 8 to 14, which set out traditional criminal law guarantees. Further, the term "liberty" had to be read in conjunction with its modifier, the principles of fundamental justice. Thus, a restriction on liberty had to occur as a result of an interaction with the justice system. Lamer J. appeared to limit "liberty" to its physical dimension, though he would appear to give the expression "security of the person" a somewhat broader ambit. He summarized his position as follows, at pp. 1177-78:

Put shortly, I am of the view that s. 7 is implicated when the state, by resorting to the justice system, restricts an individual's physical liberty in any circumstances. Section 7 is also implicated when the state restricts individuals' security of the person by interfering with, or

son potentiel au maximum, d'établir son propre plan de vie, en accord avec sa personnalité; de faire ses propres choix, pour le meilleur ou pour le pire, d'être non conformiste, original et même excentrique, d'être, en langage courant, «lui-même» et d'être responsable en tant que tel. John Stuart Mill décrit cela ainsi: [TRADUCTION] «rechercher notre propre bien, à notre façon». Nous devrions, pensait-il, être libre de le faire «dans la mesure où nous ne tentons pas de priver les autres du leur, ni d'entraver leurs efforts pour y parvenir».

Même si elle était d'avis que l'art. 7 garantissait aux parents le droit d'élever et d'éduquer leurs enfants conformément à leurs croyances intimes, le juge Wilson a reconnu que cette liberté n'était pas «sans entrave». Certaines limites peuvent être imposées au droit puisque la «liberté» n'implique pas le droit d'élever et d'éduquer les enfants «comme on l'entend».

Par contre, dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, le juge Lamer a, en son propre nom seulement, rejeté le courant de jurisprudence américaine portant sur la liberté contractuelle, en soulignant qu'une telle extension du droit à la liberté avait également fait l'objet de critiques aux États-Unis. Le texte de la *Charte* canadienne — qui ne fait pas mention du mot «bien» — et le contexte de son adoption étaient suffisamment différents pour commander une interprétation distincte. Selon lui, l'art. 7, qui figure dans la *Charte* sous la rubrique «Garanties juridiques», devait être interprété à la lumière des droits énoncés aux art. 8 à 14 qui énoncent les garanties traditionnelles en matière de droit criminel. En outre, le terme «liberté» devait être interprété en fonction de son déterminant, les principes de justice fondamentale. Ainsi, la restriction de la liberté devait être le résultat d'une interaction avec le système judiciaire. Le juge Lamer a semblé cantonner la «liberté» à sa dimension physique, tout en paraissant donner à l'expression «sécurité de la personne» une portée quelque peu plus large. Il résume ainsi sa position, aux pp. 1177 et 1178:

Bref, je suis d'avis que l'art. 7 entre en jeu lorsque l'État, en faisant appel au système judiciaire, restreint la liberté physique d'un individu dans quelque contexte que ce soit. L'article 7 entre également en jeu lorsque l'État restreint la sécurité de la personne en portant

1995 CanLII 115 (SCC)

75

removing from them, control over their physical or mental integrity. Finally, s. 7 is implicated when the state, either directly or through its agents, restricts certain privileges or liberties by using the threat of punishment in cases of non-compliance.

Although this may appear to be a limited reading of s. 7, it is my view that it is neither wise nor necessary to subsume all other rights in the *Charter* within s. 7. A full and generous interpretation of the *Charter* that extends the full benefit of its protection to individuals can be achieved without the incorporation of other rights and freedoms within s. 7. [Emphasis in original.]

76 Lamer J. added, however, that "[t]his is not to say that 'liberty' as a value underlying the *Charter* does not permeate the document in a broader, more general sense, especially as it relates to the maintenance of Canada as a 'free and democratic society'" (p. 1179). In that case, Lamer J. was concerned with the narrower issue of "economic liberty" and the right to choose one's profession. The case did not address an issue similar to that raised in the present appeal, where the interest claimed by the appellants is of a different nature altogether, and where the state does use the justice system to restrict it.

77 While I agree that ss. 8 to 14 are of value in interpreting s. 7 of the *Charter*, these are not the only sections to which one must turn for guidance. The interpretation of s. 7 is also informed by the other provisions of the *Charter*. Speaking for the Court in *R. v. Lyons*, *supra*, I put the matter as follows (at p. 326):

> . . . the rights and freedoms protected by the *Charter* are not insular and discrete . . . . Rather, the *Charter* protects a complex of interacting values, each more or less fundamental to the free and democratic society that is Canada (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136), and the particularization of rights and freedoms contained in the *Charter* thus represents a somewhat artificial, if necessary and intrinsically worthwhile attempt to structure and focus the judicial exposition of such rights and freedoms. The necessity of structuring the discussion should not, however, lead us to overlook the importance of appreciating the manner in which the amplifica-

atteinte au contrôle que l'individu exerce sur son intégrité physique ou mentale et en supprimant ce contrôle. Enfin, l'art. 7 intervient lorsque l'État, directement ou par ses mandataires, restreint certains privilèges ou libertés par la menace de sanctions dans les cas de violation.

Bien que cela puisse paraître une lecture restrictive de l'art. 7, j'estime qu'il n'est ni sage ni nécessaire d'englober tous les autres droits de la *Charte* dans l'art. 7. On peut parvenir à une interprétation large et généreuse de la *Charte* qui accorde aux individus tout le bénéfice de sa protection sans incorporer d'autres droits et libertés à l'art. 7. [Souligné dans l'original.]

Le juge Lamer ajoute, toutefois, que «[c]ela ne veut pas dire que la «liberté» comme valeur sous-jacente à la *Charte* n'apparaît pas en filigrane par tout dans le document dans un sens plus large et général, particulièrement dans la mesure où elle se rapporte au maintien au Canada d'une «société libre et démocratique»» (p. 1179). Dans cette affaire, le juge Lamer s'intéressait à la question plus restreinte de la «liberté économique» et du droit d'exercer la profession de son choix. L'affaire ne portait pas sur une question semblable à celle soulevée en l'espèce, où le droit qu'invoquent les appelants est de nature entièrement différente et où l'État a effectivement recours au système judiciaire pour le restreindre.

Bien que je convienne que les art. 8 à 14 soient utiles pour interpréter l'art. 7 de la *Charte*, ce ne sont pas là les seuls articles vers lesquels il faut se tourner pour se guider. L'interprétation de l'art. 7 tient également des autres dispositions de la *Charte*. Voici comment j'expose la question au nom de la Cour, dans l'arrêt *R. c. Lyons*, précité (à la p. 326):

> . . . les droits et libertés garantis par la *Charte* ne sont pas séparés et distincts les uns des autres [. . .] Au contraire, la *Charte* sert à sauvegarder un ensemble complexe de valeurs interreliées, dont chacune constitue un élément plus ou moins fondamental de la société libre et démocratique qu'est le Canada (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 136), et la spécification des droits et libertés dans la *Charte* représente en conséquence une tentative quelque peu artificielle, quoique nécessaire et intrinsèquement valable, de structurer et d'orienter l'expression judiciaire de ces mêmes droits et libertés. La nécessité d'une analyse structurée ne devrait toutefois

CanLII 1995 (SCC)

tion of the content of each enunciated right and freedom imbues and informs our understanding of the value structure sought to be protected by the *Charter* as a whole and, in particular, of the content of the other specific rights and freedoms it embodies.

pas nous amener à perdre de vue l'importance que revêt la manière dont l'élargissement de la portée de chaque droit et liberté énoncé donne sens et forme à notre compréhension du système de valeurs que vise à protéger la *Charte* dans son ensemble et, en particulier, à notre compréhension de la portée des autres droits et libertés qu'elle garantit.

One particular provision which affords a clue to what liberty means is s. 1 of the *Charter*, the general balancing provision. It is useful to recall its wording: the *Charter* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits as can be demonstrably justified in a free and democratic society. In *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, Dickson C.J. stated the following (at p. 136):

L'article premier de la *Charte*, qui est la disposition générale exigeant l'appréciation des intérêts en jeu, nous offre une indication de ce que la liberté signifie. Il est utile d'en rappeler le texte: la *Charte* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés, lesquels ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, le juge en chef Dickson s'exprime ainsi (à la p. 136):

The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified.

Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer.

The type of balance I have in mind was well expressed by Dickson J. (as he then was) in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. In that case, Dickson J. gave a liberal interpretation of the word "freedom", albeit in the context of s. 2(*a*) of the *Charter* (at pp. 336-37):

Le genre d'équilibre que j'ai à l'esprit a été bien exposé par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. Dans cette affaire, le juge Dickson a donné une interprétation libérale au terme «liberté», quoique ce fut dans le contexte de l'al. 2*a*) de la *Charte* (aux pp. 336 et 337):

Freedom can primarily be characterized by the absence of coercion or constraint. If a person is compelled by the state or the will of another to a course of action or inaction which he would not otherwise have chosen, he is not acting of his own volition and he cannot be said to be truly free. One of the major purposes of the *Charter* is to protect, within reason, from compul-

La liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte. Si une personne est astreinte par l'État ou par la volonté d'autrui à une conduite que, sans cela, elle n'aurait pas choisi d'adopter, cette personne n'agit pas de son propre gré et on ne peut pas dire qu'elle est vraiment libre. L'un des objectifs importants de la *Charte* est de protéger, dans

1995 CanLII 115 (SCC)

sion or restraint. Coercion includes not only such blatant forms of compulsion as direct commands to act or refrain from acting on pain of sanction, coercion includes indirect forms of control which determine or limit alternative courses of conduct available to others. Freedom in a broad sense embraces both the absence of coercion and constraint, and the right to manifest beliefs and practices. Freedom means that, subject to such limitations as are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others, no one is to be forced to act in a way contrary to his beliefs or his conscience.

Although the English version of the *Charter* employs two different words, "freedom" and "liberty", both emanate from the same concept. In French, the term "*liberté*" is used in s. 2 as well as in s. 7.

80 The above-cited cases give us an important indication of the meaning of the concept of liberty. On the one hand, liberty does not mean unconstrained freedom; see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486 (*per* Wilson J., at p. 524); *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713 (*per* Dickson C.J., at pp. 785-86). Freedom of the individual to do what he or she wishes must, in any organized society, be subjected to numerous constraints for the common good. The state undoubtedly has the right to impose many types of restraints on individual behaviour, and not all limitations will attract *Charter* scrutiny. On the other hand, liberty does not mean mere freedom from physical restraint. In a free and democratic society, the individual must be left room for personal autonomy to live his or her own life and to make decisions that are of fundamental personal importance. In *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, Wilson J. noted that the liberty interest was rooted in the fundamental concepts of human dignity, personal autonomy, privacy and choice in decisions going to the individual's fundamental being. She stated, at p. 166:

Thus, an aspect of the respect for human dignity on which the *Charter* is founded is the right to make funda-

des limites raisonnables, contre la coercition et la contrainte. La coercition comprend non seulement la contrainte flagrante exercée, par exemple, sous forme d'ordres directs d'agir ou de s'abstenir d'agir sous peine de sanction, mais également les formes indirectes de contrôle qui permettent de déterminer ou de restreindre les possibilités d'action d'autrui. La liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience.

Malgré le fait que la version anglaise de la *Charte* utilise deux termes différents, soit «*freedom*» et «*liberty*», tous deux émanent du même concept. En français, le terme «liberté» est utilisé tant à l'art. 2 qu'à l'art. 7.

La jurisprudence précitée nous offre une indication importante de ce que signifie le concept de liberté. D'une part, la liberté n'est pas synonyme d'absence totale de contrainte; voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486 (le juge Wilson, à la p. 524); *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713 (le juge en chef Dickson, aux pp. 785 et 786). La liberté de l'individu de faire ce qu'il entend doit, dans toute société organisée, être assujettie à de nombreuses contraintes au nom de l'intérêt commun. L'État a certes le droit d'imposer de nombreuses formes de restrictions au comportement individuel et ce ne sont pas toutes les restrictions qui feront l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. D'autre part, la liberté ne signifie pas simplement l'absence de toute contrainte physique. Dans une société libre et démocratique, l'individu doit avoir suffisamment d'autonomie personnelle pour vivre sa propre vie et prendre des décisions qui sont d'importance fondamentale pour sa personne. Dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, le juge Wilson a signalé que le droit à la liberté prenait racine dans les concepts fondamentaux de la dignité humaine, de l'autonomie personnelle, de la vie privée et du choix des décisions concernant l'être fondamental de l'individu. Elle affirme, à la p. 166:

Ainsi, un aspect du respect de la dignité humaine sur lequel la *Charte* est fondée est le droit de prendre des

1995 CanLII 75 (SCC)

mental personal decisions without interference from the state. This right is a critical component of the right to liberty. Liberty, as was noted in *Singh*, is a phrase capable of a broad range of meaning. In my view, this right, properly construed, grants the individual a degree of autonomy in making decisions of fundamental personal importance.

While I was in dissent in that case, I agree with this statement, and, indeed, I later observed in *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 412, that I was sympathetic to the view that s. 7 of the *Charter* included a right to privacy. On this point, the American experience can give us valuable guidance as to the proper meaning and limits of liberty. The United States Supreme Court has given a liberal interpretation to the concept of liberty, as it relates to family matters. It has elevated both the notion of the integrity of the family unit and that of parental rights to the status of constitutional values, through its interpretation of the Fifth and Fourteenth Amendments. *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923), and *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925), are the two landmark cases most often cited. In the former, the Supreme Court invalidated a statute that purported to limit the teaching of foreign languages. Its decision was grounded, in part at least, on a finding that the statute interfered with the right of the parents to control the education of their children. In *Pierce v. Society of Sisters*, the Supreme Court declared unconstitutional a statute that required that children attend public schools. McReynolds J. stated, at pp. 534-35:

> Under the doctrine of *Meyer* v. *Nebraska*, 262 U.S. 390, we think it entirely plain that the Act of 1922 unreasonably interferes with the liberty of parents and guardians to direct the upbringing and education of children under their control. As often heretofore pointed out, rights guaranteed by the Constitution may not be abridged by legislation which has no reasonable relation to some purpose within the competency of the State. The fundamental theory of liberty upon which all governments in this Union repose excludes any general power of the State to standardize its children by forcing them to accept instruction from public teachers only. The child is not the mere creature of the State; those who nurture him and direct his destiny have the right,

décisions personnelles fondamentales sans intervention de l'État. Ce droit constitue une composante cruciale du droit à la liberté. La liberté, comme nous l'avons dit dans l'arrêt *Singh*, est un terme susceptible d'une acception fort large. À mon avis, ce droit, bien interprété, confère à l'individu une marge d'autonomie dans la prise de décisions d'importance fondamentale pour sa personne.

Quoique je fus dissident dans cette affaire, je souscris à cet énoncé et, en réalité, j'ai subséquemment fait observer, dans l'arrêt *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, à la p. 412, que j'étais sympathique à l'idée que l'art. 7 de la *Charte* protège un droit à la vie privée. À cet égard, l'expérience américaine peut nous être d'une aide précieuse quant à la bonne signification et aux limites de la liberté. La Cour suprême des États-Unis a donné une interprétation libérale au concept de la liberté en matière familiale. Elle a élevé la notion d'intégrité de la cellule familiale et des droits parentaux au rang de valeurs constitutionnelles grâce à son interprétation des Cinquième et Quatorzième amendements. Les deux arrêts marquants les plus fréquemment cités sont *Meyer c. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923), et *Pierce c. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925). Dans le premier cas, la Cour suprême a invalidé une loi censée restreindre l'enseignement de langues étrangères. Sa décision était fondée, en partie du moins, sur la conclusion que la loi en cause empiétait sur le droit des parents de contrôler l'enseignement offert à leurs enfants. Dans l'arrêt *Pierce c. Society of Sisters*, la Cour suprême a déclaré inconstitutionnelle une loi qui forçait les enfants à fréquenter les écoles publiques. Le juge McReynolds déclare ceci, aux pp. 534 et 535:

> [TRADUCTION] Suivant le principe de l'arrêt *Meyer* c. *Nebraska*, 262 U.S. 390, il est, à notre avis, tout à fait clair que la Loi de 1922 empiète déraisonnablement sur la liberté des parents et tuteurs de diriger l'éducation des enfants dont ils ont la garde et l'enseignement qui leur est donné. Comme on l'a souvent signalé jusqu'à maintenant, les droits garantis par la Constitution ne peuvent être restreints par une loi qui n'a aucun lien raisonnable avec un objectif relevant de la compétence de l'État. La théorie fondamentale de la liberté sur laquelle s'appuient tous les gouvernements de l'Union exclut tout pouvoir général de l'État d'uniformiser ses enfants en les forçant à fréquenter les écoles publiques uniquement. L'enfant n'est pas la simple créature de l'État;

1995 CanLII 115 (SCC)

coupled with the high duty, to recognize and 0prepare him for additional obligations.

82 Those two cases have survived the *Lochner* era, a much criticized period in which the Supreme Court engaged in substantive review of many economic and social statutes. Despite the lack of unanimity on the formulation of liberty and the role of the courts in reviewing legislation, the dicta on liberty, in so far as family matters are concerned, have been consistently broad. In *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158 (1944), although the Court upheld a statute prohibiting child labour, Rutledge J. stated, for the Court (at p. 166): "It is cardinal with us that the custody, care and nurture of the child reside first in the parents, whose primary function and freedom include preparation for obligations the state can neither supply nor hinder." These cases have often been reaffirmed by the Supreme Court; see, for example, *Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645 (1972), *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972), and *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, *supra*. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), which echoed this broad conception of liberty, was again recently reaffirmed in *Planned Parenthood of South-Eastern Pennsylvania v. Casey*, 112 S.Ct. 2791 (1992).

83 Where to draw the line between interests and regulatory powers falling within the accepted ambit of state authority will often raise difficulty. But much on either side of the line is clear enough. On that basis, I would have thought it plain that the right to nurture a child, to care for its development, and to make decisions for it in fundamental matters such as medical care, are part of the liberty interest of a parent. As observed by Dickson J. in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, the *Charter* was not enacted in a vacuum or absent a historical context. The common law has long recognized that parents are in the best position to take care of their children and make all the decisions necessary to ensure their well-being. In *Hepton v. Maat*, [1957] S.C.R. 606, our Court stated (at p. 607): "The view of the child's welfare conceives it to lie, first,

ceux qui l'élèvent et qui dirigent sa destinée ont le droit, de même que le devoir suprême, de le reconnaître et de le préparer à assumer des obligations supplémentaires.

Ces deux arrêts ont survécu à l'ère *Lochner*, une période fort critiquée au cours de laquelle la Cour suprême s'est engagée dans un examen au fond de nombreuses lois économiques et sociales. En dépit de l'absence d'unanimité sur la formulation de la liberté et le rôle des tribunaux dans la révision de mesures législatives, les opinions exprimées sur la liberté en matière familiale ont toujours été générales. Dans l'arrêt *Prince c. Massachusetts*, 321 U.S. 158 (1944), bien que la Cour ait maintenu une loi prohibant le travail des enfants, le juge Rutledge a déclaré au nom de la Cour (à la p. 166): [TRADUCTION] «Il est essentiel pour nous que la garde, les soins et l'éducation de l'enfant appartiennent d'abord aux parents, qui ont notamment pour tâche et liberté principales de préparer l'enfant à assumer des obligations, préparation que l'État ne peut ni fournir ni empêcher.» Ces arrêts ont souvent été confirmés par la Cour suprême; voir, par exemple, *Stanley c. Illinois*, 405 U.S. 645 (1972), *Wisconsin c. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972), et *Board of Regents of State Colleges c. Roth*, précité. L'arrêt *Roe c. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), qui reprend cette conception libérale de la liberté, était encore confirmé récemment dans l'arrêt *Planned Parenthood of South-Eastern Pennsylvania c. Casey*, 112 S.Ct. 2791 (1992).

Il sera souvent difficile de tracer la ligne entre les intérêts et les pouvoirs de réglementation relevant de la portée reconnue de l'autorité de l'État. Mais de chaque côté de la ligne, beaucoup d'éléments sont suffisamment clairs. Pour cette raison, j'aurais cru qu'il serait évident que les droits d'éduquer un enfant, de prendre soin de son développement et de prendre des décisions pour lui dans des domaines fondamentaux comme les soins médicaux, font partie du droit à la liberté d'un parent. Comme l'a fait remarquer le juge Dickson, dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, la *Charte* n'a pas été adoptée sur une table rase ou en l'absence d'un contexte historique. La common law reconnaît depuis longtemps que les parents sont les mieux placés pour prendre soin de leurs enfants et pour prendre toutes les décisions néces-

within the warmth and security of the home provided by his parents". This recognition was based on the presumption that parents act in the best interest of their child. The Court did add, however, that "when through a failure, with or without parental fault, to furnish that protection, that welfare is threatened, the community, represented by the Sovereign, is, on the broadest social and national grounds, justified in displacing the parents and assuming their duties" (pp. 607-8). Although the philosophy underlying state intervention has changed over time, most contemporary statutes dealing with child protection matters, and in particular the Ontario Act, while focusing on the best interest of the child, favour minimal intervention. In recent years, courts have expressed some reluctance to interfere with parental rights, and state intervention has been tolerated only when necessity was demonstrated. This only serves to confirm that the parental interest in bringing up, nurturing and caring for a child, including medical care and moral upbringing, is an individual interest of fundamental importance to our society.

saires à leur bien-être. Dans l'arrêt *Hepton c. Maat*, [1957] R.C.S. 606, notre Cour affirme (à la p. 607): [TRADUCTION] «Selon ce point de vue, le bien-être de l'enfant repose d'abord dans la chaleur et la sécurité du foyer que lui fournissent ses parents.» Cette reconnaissance était fondée sur la présomption que les parents agissent dans l'intérêt de leur enfant. La Cour ajoute toutefois que [TRADUCTION] «si, en raison de l'omission de fournir cette protection, avec ou sans faute de la part des parents, ce bien-être est menacé, la collectivité, représentée par le Souverain, est, pour les motifs sociaux et nationaux les plus généraux, justifiée d'évincer les parents et d'assumer leurs obligations» (pp. 607 et 608). Bien que la philosophie qui sous-tend l'intervention de l'État ait évolué au fil des ans, la plupart des lois contemporaines en matière de protection des enfants et, en particulier, la Loi de l'Ontario, tout en mettant l'accent sur l'intérêt de l'enfant, favorisent une intervention minimale. Au cours des dernières années, les tribunaux ont fait preuve d'une certaine hésitation à s'immiscer dans les droits des parents et l'intervention de l'État n'a été tolérée que lorsqu'on en avait démontré la nécessité. Cela ne fait que confirmer que le droit des parents d'élever, d'éduquer et de prendre soin de l'enfant, notamment de lui procurer des soins médicaux et de lui offrir une éducation morale, est un droit individuel d'importance fondamentale dans notre société.

1995 CanLII 115 (SCC)

The respondents have argued that the "parental liberty" asserted by the appellants is an obligation owed to the child which does not fall within the scope of s. 7 of the *Charter*. Some decisions seem to give credit to this thesis. In *Re C.P.L.* (1988), 70 Nfld. & P.E.I.R. 287 (Nfld. U.F.C.), for example, a case similar to the present one, Riche J. observed, at p. 303:

> The parents have individual rights which they hold as members of society. With respect to their children, they have obligations or responsibilities. The parents have a right to custody of their children while they are children and for as long as they discharge their obligations to those children. The parents maintain a right to attempt to raise their children in the same religious faith as their's [*sic*]. As between the parents and the children, the parents have few rights and many obligations.

84

Les intimés ont soutenu que la «liberté parentale» invoquée par les appelants est une obligation due à l'enfant qui ne relève pas de l'art. 7 de la *Charte*. Certaines décisions semblent accréditer cette thèse. Dans la décision *Re C.P.L.* (1988), 70 Nfld. & P.E.I.R. 287 (C.U.F.T.-N.), par exemple, une affaire semblable à celle dont nous sommes saisis, le juge Riche fait observer, à la p. 303:

> [TRADUCTION] Les parents jouissent de droits individuels en tant que membres de la société. À l'égard de leurs enfants, ils ont des obligations et des responsabilités. Ils ont un droit de garde de leurs enfants tant que ceux-ci sont des enfants et aussi longtemps qu'ils s'acquittent de leurs obligations envers ceux-ci. Les parents conservent le droit de tenter d'élever leurs enfants dans la même religion que la leur. Dans la relation qu'ils ont avec leurs enfants, les parents ont peu de droits et de nombreuses obligations.

Riche J. concluded that the right of the child to parental care, rather than the rights of the parents, had been breached in a manner that did not conform to the principles of fundamental justice.

Le juge Riche a conclu que c'était le droit de l'enfant aux soins de ses parents, et non les droits des parents, qui avait été violé d'une manière qui n'était pas conforme aux principes de justice fondamentale.

85 While acknowledging that parents bear responsibilities towards their children, it seems to me that they must enjoy correlative rights to exercise them. The contrary view would not recognize the fundamental importance of choice and personal autonomy in our society. As already stated, the common law has always, in the absence of demonstrated neglect or unsuitability, presumed that parents should make all significant choices affecting their children, and has afforded them a general liberty to do as they choose. This liberty interest is not a parental right tantamount to a right of property in children. (Fortunately, we have distanced ourselves from the ancient juridical conception of children as chattels of their parents.) The state is now actively involved in a number of areas traditionally conceived of as properly belonging to the private sphere. Nonetheless, our society is far from having repudiated the privileged role parents exercise in the upbringing of their children. This role translates into a protected sphere of parental decision-making which is rooted in the presumption that parents should make important decisions affecting their children both because parents are more likely to appreciate the best interests of their children and because the state is ill-equipped to make such decisions itself. Moreover, individuals have a deep personal interest as parents in fostering the growth of their own children. This is not to say that the state cannot intervene when it considers it necessary to safeguard the child's autonomy or health. But such intervention must be justified. In other words, parental decision-making must receive the protection of the *Charter* in order for state interference to be properly monitored by the courts, and be permitted only when it conforms to the values underlying the *Charter*.

Bien que je reconnaisse que les parents ont des responsabilités envers leurs enfants, il me semble qu'ils doivent jouir de droits corrélatifs de s'en acquitter. Une opinion contraire ferait fi de l'importance fondamentale du choix et de l'autonomie personnelle dans notre société. Comme je l'ai déjà mentionné, la common law a toujours présumé, en l'absence d'une démonstration de négligence ou d'inaptitude, que les parents devraient faire tous les choix importants qui touchent leurs enfants, et elle leur a accordé une liberté générale de le faire comme ils l'entendent. Ce droit à la liberté n'est pas un droit parental équivalent à un droit de propriété sur les enfants. (Heureusement, nous nous sommes dissociés de l'ancienne conception juridique selon laquelle les enfants étaient les biens de leurs parents.) L'État est maintenant activement présent dans bon nombre de domaines traditionnellement perçus comme étant, à juste titre, du ressort privé. Néanmoins, notre société est loin d'avoir répudié le rôle privilégié que les parents jouent dans l'éducation de leurs enfants. Ce rôle se traduit par un champ protégé de prise de décision par les parents, fondé sur la présomption que ce sont eux qui devraient prendre les décisions importantes qui touchent leurs enfants parce qu'ils sont plus à même d'apprécier ce qui est dans leur intérêt et que l'État n'est pas qualifié pour prendre ces décisions lui-même. En outre, les individus ont un intérêt personnel profond, en tant que parents, à favoriser la croissance de leurs propres enfants. Cela ne signifie pas que l'État ne peut intervenir lorsqu'il considère nécessaire de préserver l'autonomie ou la santé de l'enfant. Cette intervention doit cependant être justifiée. En d'autres termes, le pouvoir décisionnel des parents doit être protégé par la *Charte* afin que l'intervention de l'État soit bien contrôlée par les tribunaux et permise uniquement lorsqu'elle est conforme aux valeurs qui sous-tendent la *Charte*.

The respondents also argued that the infant's rights were paramount to those of the appellants and, on that basis alone, state intervention was justified. This was the conclusion reached by Whealy Dist. Ct. J. Children undeniably benefit from the *Charter*, most notably in its protection of their rights to life and to the security of their person. As children are unable to assert these, our society presumes that parents will exercise their freedom of choice in a manner that does not offend the rights of their children. If one considers the multitude of decisions parents make daily, it is clear that in practice, state interference in order to balance the rights of parents and children will arise only in exceptional cases. In fact, we must accept that parents can, at times, make decisions contrary to their children's wishes — and rights — as long as they do not exceed the threshold dictated by public policy, in its broad conception. For instance, it would be difficult to deny that a parent can dictate to his or her child the place where he or she will live, or which school he or she will attend. However, the state can properly intervene in situations where parental conduct falls below the socially acceptable threshold. But in doing so, the state is limiting the constitutional rights of parents rather then vindicating the constitutional rights of children. On this point, N. Bala and J. D. Redfearn, *supra*, observe, at. p. 301:

> . . . while the state may be justified in limiting parental rights, it is wrong to conceive of this as a situation where the court or state is somehow protecting *constitutional* rights of the child. Rather this should be viewed as a situation in which the state limits the constitutional rights of parents, and sometimes those of a child, to promote the welfare of the child. . . . However, it seems inappropriate to allow an agency of the state to invoke the Charter of Rights to limit the rights of a citizen. The Charter is intended to protect individuals from the state, not to justify state interference. [Emphasis in original.]

A similar approach, albeit in a different context, was taken in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, where a majority of this Court agreed that it would be inappropriate to limit the scope of an individual's freedom of expression under s. 2(*b*) by refer-

Les intimés soutiennent également que les droits de l'enfant en bas âge l'emportaient sur ceux des appelants et que, pour ce seul motif, l'intervention de l'État était justifiée. C'est ce qu'a conclu le juge Whealy. Les enfants bénéficient indéniablement de la protection de la *Charte*, plus particulièrement en ce qui concerne leur droit à la vie et à la sécurité de leur personne. Comme les enfants ne sont pas en mesure de faire valoir ces droits, notre société présume que leurs parents exerceront leur liberté de choix d'une manière qui ne violera pas les droits de leurs enfants. Si l'on considère la multitude de décisions que les parents prennent tous les jours, il est évident qu'en pratique l'intervention de l'État visant à soupeser les droits des parents et ceux des enfants n'aura lieu que dans des cas exceptionnels. En fait, nous devons convenir que les parents peuvent parfois prendre des décisions contraires aux vœux — et aux droits — de leurs enfants, du moment qu'ils n'excèdent pas le seuil prescrit par l'ordre public au sens large. Ainsi, on pourrait difficilement nier à un parent le pouvoir d'imposer à son enfant l'endroit où il vivra ou l'école qu'il fréquentera. Toutefois, l'État peut à bon droit intervenir dans les cas où le comportement des parents ne respecte pas la norme minimale socialement acceptable. Mais ce faisant, l'État restreint les droits constitutionnels des parents plutôt que de défendre les droits constitutionnels des enfants. Sur ce point, N. Bala et J. D. Redfearn, *loc. cit.*, font remarquer à la p. 301:

> [TRADUCTION] . . . bien que l'État puisse être justifié de limiter les droits parentaux, c'est à tort que l'on en conclut que le tribunal ou l'État protège en quelque sorte les droits *constitutionnels* de l'enfant. On devrait plutôt considérer que l'État restreint les droits constitutionnels des parents, et parfois ceux d'un enfant, pour favoriser le bien-être de ce dernier [. . .] Toutefois, il semble inapproprié de permettre à un mandataire de l'État d'invoquer la Charte des droits pour restreindre les droits d'un citoyen. La Charte vise à protéger les individus contre l'État, et non à justifier l'intervention de l'État. [En italique dans l'original.]

Un point de vue semblable, quoique dans un contexte différent, a été adopté dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, où notre Cour à la majorité a convenu qu'il ne conviendrait pas de limiter la portée de la liberté d'expression que l'al.

1995 CanLII 115 (SCC)

ence to the conflicting s. 15 and s. 27 rights of others.

87 Once it is decided that the parents have a liberty interest, further balancing of parents' and children's rights should be done in the course of determining whether state interference conforms to the principles of fundamental justice, rather than when defining the scope of the liberty interest. Even assuming that the rights of children can qualify the liberty interest of their parents, that interest exists nonetheless. In the case at bar, the application of the Act deprived the appellants of their right to decide which medical treatment should be administered to their infant. In so doing, the Act has infringed upon the parental "liberty" protected in s. 7 of the *Charter*. I now propose to determine whether this deprivation was made in accordance with the principles of fundamental justice.

Principles of Fundamental Justice

88 This Court has on different occasions stated that the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets and principles of our judicial system, as well as in the other components of our legal system; see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*; *R. v. Beare*, *supra*. The state's interest in legislating in matters affecting children has a long-standing history. In *R. v. Jones*, *supra*, for example, I acknowledged the compelling interest of the province in maintaining the quality of education. More particularly, the common law has long recognized the power of the state to intervene to protect children whose lives are in jeopardy and to promote their well-being, basing such intervention on its *parens patriae* jurisdiction; see, for example, *Hepton v. Maat*, *supra*; *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388. The protection of a child's right to life and to health, when it becomes necessary to do so, is a basic tenet of our legal system, and legislation to that end accords with the principles of fundamental justice, so long, of course, as it also meets the requirements of fair procedure. Section 19 of the Act is but one of the numerous legislative expressions of the *parens patriae* power. It contemplates different situations where state intervention is mandated in order to ensure the protection

2*b*) garantit à l'individu, par renvoi aux droits opposés que les art. 15 et 27 garantissent à autrui.

Dès qu'il est déterminé que les parents ont un droit à la liberté, il y a lieu de soupeser leurs droits et ceux des enfants pour déterminer si l'intervention de l'État est conforme aux principes de justice fondamentale, et non pour déterminer la portée du droit à la liberté. Même en tenant pour acquis que les droits des enfants peuvent atténuer le droit à la liberté de leurs parents, ce droit existe néanmoins. En l'espèce, l'application de la Loi a privé les appelants de leur droit de décider quel traitement médical devrait être administré à leur enfant. La Loi a donc enfreint la «liberté» parentale garantie à l'art. 7 de la *Charte*. Il s'agit maintenant de déterminer si cette privation d'un droit était conforme aux principes de justice fondamentale.

Les principes de justice fondamentale

Notre Cour a, à différentes occasions, indiqué que les principes de justice fondamentale doivent être puisés dans les préceptes fondamentaux de notre système judiciaire, de même que dans les composantes de notre système juridique; voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* et *R. c. Beare*, précités. Le droit de l'État de légiférer dans les domaines touchant les enfants ne date pas d'hier. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Jones*, précité, j'ai reconnu le droit impérieux de la province de maintenir la qualité de l'éducation. Plus particulièrement, la common law reconnaît depuis longtemps le pouvoir de l'État d'intervenir pour protéger l'enfant dont la vie est en danger et pour promouvoir son bien-être, en fondant cette intervention sur sa compétence *parens patriae*; voir, par exemple, *Hepton c. Maat*, précité, et *E. (Mme) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388. La protection du droit de l'enfant à la vie et à la santé, lorsqu'il devient nécessaire de le faire, est un précepte fondamental de notre système juridique, et toute mesure législative adoptée à cette fin est conforme aux principes de justice fondamentale, dans la mesure, évidemment, où elle satisfait également aux exigences de la procédure équitable. L'article 19 de la Loi n'est qu'une des nombreuses expressions législatives de la compé-

of children. Only one of those is of interest here. It appears in s. 19(1)(*b*)(ix), which reads:

> **19.** — (1) In this Part and Part IV,
>
> . . .
>
> (*b*) "child in need of protection" means,
>
> (ix) a child where the person in whose charge the child is neglects or refuses to provide or obtain proper medical, surgical or other recognized remedial care or treatment necessary for the child's health or well-being, or refuses to permit such care or treatment to be supplied to the child when it is recommended by a legally qualified medical practitioner, or otherwise fails to protect the child adequately, [Emphasis added.]

I note at the outset that this section is not limited to situations where the life of the child may be in jeopardy. It encompasses situations where treatments might be warranted to ensure his or her health or well-being. Although broad in scope, the section is compatible with a modern conception of life that embodies the notion of quality of life.

The appellants do not really contest the legitimacy of the principle that the state may intervene to protect children. Rather, they take issue with the procedure for intervention provided in the Act, and seek a declaratory judgment setting out guidelines that should be read into the Act for overriding parental choices. In light of the disposition of this appeal, there is no need to address in detail the availability of the remedy or the merits of the guidelines. Suffice it to say that the appellants propose that in a true emergency situation, there would be no need for a court order, as the common law permits doctors to provide treatment despite parental refusal. In a non-emergency situation, doctors would need a court order to override parental refusal, which could only be granted if the treatment was found by the court to be necessary, there was no alternative medical management, no

tence *parens patriae*. Il envisage diverses situations où l'intervention de l'État est requise pour garantir la protection des enfants, dont une seule est d'intérêt ici. Elle figure au sous-al. 19(1)*b*)(ix), qui se lit ainsi:

> [TRADUCTION] **19.** — (1) Les définitions suivantes s'appliquent à la présente partie et à la partie IV.
>
> . . .
>
> *b*) «enfant ayant besoin de protection» désigne
>
> (ix) l'enfant qui est sous la responsabilité d'une personne qui néglige ou refuse de fournir ou de procurer les soins ou les traitements médicaux, chirurgicaux ou autres reconnus qui sont nécessaires à la santé ou au bien-être de l'enfant, ou qui refuse de permettre que ces soins ou traitements soient prodigués à l'enfant alors qu'ils sont recommandés par un médecin dûment qualifié, ou qui par ailleurs omet de protéger l'enfant adéquatement, [Je souligne.]

Je souligne, au départ, que cette disposition ne se limite pas aux situations où la vie de l'enfant peut être en danger. Elle vise également celles où des traitements pourraient être justifiés pour protéger sa santé ou son bien-être. Malgré sa large portée, la disposition est compatible avec une conception moderne de la vie qui englobe celle de la qualité de vie.

89 Les appelants ne contestent pas vraiment la légitimité du principe selon lequel l'État peut intervenir pour protéger les enfants. Ils contestent plutôt la procédure d'intervention prévue dans la Loi et demandent un jugement déclaratoire énonçant des directives qui devraient être considérées comme incluses dans la Loi pour passer outre aux choix des parents. Compte tenu de l'issue du présent pourvoi, il n'est pas nécessaire d'analyser en détail la possibilité d'obtenir réparation ou le bien-fondé des directives. Il suffit de dire que les appelants proposent que, dans une situation véritablement urgente, il ne soit pas nécessaire d'obtenir une ordonnance judiciaire, puisque la common law permet aux médecins d'administrer un traitement malgré le refus des parents. En l'absence d'urgence, les médecins devraient obtenir une ordonnance judiciaire pour passer outre au refus des

1995 CanLII 115 (SCC)

doctor to provide alternative medical care, and 48 hours notice and full disclosure to the parents.

parents, laquelle ne pourrait être accordée que si la cour juge le traitement nécessaire, s'il n'y a aucune autre solution sur le plan médical ni aucun autre médecin pour administrer un traitement médical subsidiaire, si un préavis de 48 heures est donné et si tous les renseignements sont communiqués aux parents.

90 While the pleadings have been centred mostly on the constitutionality of s. 19(1)(*b*)(ix) of the Act, it is necessary to examine briefly the powers conferred on the courts in ss. 30(1) and 41, as well as the procedure established in ss. 21, 27 and 28. This will enable us to have a better understanding of the scheme devised by the legislature, and to address the appellants' arguments relating to the conformity of the deprivation of their rights to the principles of fundamental justice.

Bien que les plaidoiries aient surtout porté sur la constitutionnalité du sous-al. 19(1)*b*)(ix) de la Loi, il est nécessaire d'examiner brièvement les pouvoirs conférés aux tribunaux par le par. 30(1) et l'art. 41, de même que les procédures établies aux art. 21, 27 et 28. Cela nous permettra de mieux comprendre le régime conçu par le législateur, et de répondre aux arguments des appelants concernant la conformité de la privation de leurs droits avec les principes de justice fondamentale.

91 When the Children's Aid Society has reasonable and probable grounds to believe that a child is in need of protection within the meaning of s. 19(1)(*b*)(ix) of the Act, it can apprehend the child without a warrant and take or confine him or her to a designated place of safety (s. 21). Upon such apprehension, s. 27 requires that the matter be brought before a court within five days for a determination of whether the child is in need of protection. Section 28 governs the procedure to be followed at the court hearing, and allows a judge to summon and compel witnesses, and to hear evidence from parents and other interested parties. Section 28(6) requires that a parent or other person with custody of the child must be given "reasonable notice" of the hearing. Section 28(10) allows the court to dispense with notice when it cannot be served and "any delay might endanger the health or safety of the child". If, at the s. 28 hearing, the court determines that the child is in need of protection, then it may make an order under s. 30(1) that the child be returned to its parents subject to society supervision, or that it be committed as a ward of the relevant Children's Aid Society. Only when the latter order is made is the Children's Aid Society, pursuant to s. 41 of the Act, vested with all rights and responsibilities of a legal guardian, including the right to consent to medical treatment. Finally, the Children's Aid Society must apply to

Lorsque la société d'aide à l'enfance a des motifs raisonnables et probables de croire qu'un enfant a besoin de protection au sens du sous-al. 19(1)*b*)(ix) de la Loi, elle peut appréhender l'enfant sans mandat et l'amener ou le confiner dans un endroit sûr désigné (art. 21). Une fois l'enfant ainsi appréhendé, l'art. 27 requiert que le dossier soit soumis à un tribunal dans les cinq jours afin qu'il détermine si l'enfant a besoin de protection. L'article 28 régit la procédure à suivre lors de l'audience judiciaire, autorise le juge à assigner et à contraindre des témoins et à entendre les témoignages des parents et des autres parties intéressées. Le paragraphe 28(6) exige qu'un parent ou une autre personne ayant la garde de l'enfant reçoive un [TRADUCTION] «préavis raisonnable» de l'audience. Le paragraphe 28(10) permet au tribunal de ne pas exiger de préavis lorsqu'il ne peut être signifié et que [TRADUCTION] «tout délai pourrait compromettre la vie ou la sécurité de l'enfant». Si, lors de l'audience fondée sur l'art. 28, le tribunal juge que l'enfant a besoin de protection, il peut alors, en vertu du par. 30(1), ordonner que l'enfant soit retourné à ses parents sous la surveillance de la société, ou qu'il devienne pupille de la société d'aide à l'enfance compétente. Ce n'est que lorsque cette dernière ordonnance est rendue que, conformément à l'art. 41 de la Loi, la société d'aide à l'enfance est investie de tous les droits et responsa-

© Queen's Printer for Ontario, 1995

the court to have the child's status reviewed before the expiry of the wardship order (s. 37).

The appellants attack the general procedure under the *Child Welfare Act*, and in particular the specific way in which it was carried out in the present case. As for the constitutionality of the procedure under the Act, there is no need to discuss it at length, since I am of the opinion that the scheme designed by the legislature accords with the principles of fundamental justice. The parents must receive reasonable notice of the hearing in which their rights might be affected. "Reasonable" is a flexible criterion that permits adjustments to different situations. While it is possible to hold a wardship hearing without notice in situations of emergency, s. 28(11) of the Act provides that the wardship order cannot, in the absence of another hearing with notice, exceed 30 days. In *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, this Court held that an injunction granted *ex parte* did not violate s. 7 of the *Charter*. That case differs from the present one, but its underlying proposition holds true: the procedural requirements of the principles of fundamental justice can be attenuated when urgent and unusual circumstances require expedited court action.

Further, the wardship order depriving the parents of the right to refuse medical treatment for their infant is granted by a judge following an adversarial process where conflicting evidence may be presented. The parents can act through counsel, present arguments, cross-examine witnesses, and so on. The onus of proof is on the Children's Aid Society, and it has been recognized by the courts, and by Main Prov. Ct. J. in this case, that the Children's Aid Society must present a strong case.

Finally, the initial order granting wardship to the Children's Aid Society must be reviewed

bilités d'un tuteur public, dont celui de consentir à un traitement médical. Enfin, la société d'aide à l'enfance doit demander au tribunal de réviser le statut de l'enfant avant l'expiration de l'ordonnance de tutelle (art. 37).

92 Les appelants contestent la procédure générale établie dans la *Child Welfare Act* et, en particulier, la façon dont elle a été appliquée dans le cas qui nous occupe. Quant à la constitutionnalité de la procédure établie par la Loi, il n'est pas nécessaire de l'analyser en détail, puisque je suis d'avis que le régime conçu par le législateur est conforme aux principes de justice fondamentale. Les parents doivent recevoir un préavis raisonnable de l'audience au cours de laquelle leurs droits pourront être touchés. Le caractère «raisonnable» est un critère souple qui permet de s'ajuster aux différentes situations. Bien qu'il soit possible de tenir une audience sur la tutelle sans préavis dans les cas d'urgence, le par. 28(11) de la Loi prévoit que l'ordonnance de tutelle ne peut, en l'absence d'une autre audience précédée d'un avis, excéder 30 jours. Dans l'arrêt *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, notre Cour a conclu qu'une injonction accordée *ex parte* ne violait pas l'art. 7 de la *Charte*. Cette affaire est différente de celle qui nous occupe, mais le principe qui la sous-tend demeure juste: les exigences des principes de justice fondamentale, sur le plan de la procédure, peuvent être atténuées lorsque des circonstances urgentes et inhabituelles requièrent que les tribunaux agissent rapidement.

93 En outre, l'ordonnance de tutelle qui prive les parents du droit de refuser un traitement médical pour leur enfant est rendue par un juge à la suite d'une procédure contradictoire où des éléments de preuve opposés peuvent être présentés. Les parents peuvent agir par l'intermédiaire d'un avocat, soumettre des arguments, contre-interroger des témoins, et ainsi de suite. Le fardeau de la preuve incombe à la société d'aide à l'enfance, et les tribunaux, de même que le juge Main en l'espèce, ont reconnu que la société d'aide à l'enfance doit présenter une preuve solide.

94 Enfin, l'ordonnance initiale accordant la tutelle à la société d'aide à l'enfance doit être révisée

1995 CanLII 115 (SCC)

before its expiry. In *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. M. (C.)*, [1994] 2 S.C.R. 165, this Court held that the status review procedure under the *Child and Family Services Act* — which does not substantially differ from the old Act — is aimed at reviewing the determination of the status of the child (i.e. whether the child is still in need of protection), and not merely the opportuneness of prolonging the order. Such an interpretation best accords with the purpose of the Act, as it enables the court to monitor any relevant changes that might affect the status of the child.

95 I now propose to analyze the scheme as it has been applied to this case, and respond to the other concerns voiced by the appellants. I shall first deal with the initial wardship order of July 31, 1983. I shall then turn to the status review of August 18 and 19, 1983.

(i) Wardship Order of July 31, 1983

96 The doctors responsible for Sheena's care informed the Children's Aid Society that her life was at risk, because her parents were refusing to consent to a blood transfusion, the need of which, in the doctors' view, was imminent. It is upon those facts that the Children's Aid Society founded its reasonable and probable grounds to engage the process contemplated by the Act. The evidence indicates that the Children's Aid Society had to proceed diligently. The parents received notice of the hearing the day it was held. In light of the circumstances, the notice was reasonable. Main Prov. Ct. J., who acknowledged the short notice, limited the initial wardship order to 72 hours, so as to enable the parties to come back before him with further evidence. And although the appellants were not able to present conflicting medical evidence at the initial hearing, they were nonetheless represented by counsel, who cross-examined the witnesses summoned by the Children's Aid Society and presented submissions.

97 The appellants argued, in particular, that Dr. Perlman, who testified for the Children's Aid Soci-

avant son expiration. Dans l'arrêt *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165, notre Cour a conclu que la procédure qui gouverne la révision du statut de l'enfant en vertu de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* — qui ne diffère pas substantiellement de l'ancienne loi — vise à réviser la détermination du statut de l'enfant (c'est-à-dire si l'enfant a toujours besoin de protection), et non simplement à déterminer s'il est opportun de prolonger l'ordonnance. Une telle interprétation s'accorde le mieux avec l'objectif de la Loi, car elle permet à la cour de surveiller tout changement pertinent qui pourrait influer sur le statut de l'enfant.

J'entends maintenant analyser le régime tel qu'il a été appliqué en l'espèce, et répondre aux autres préoccupations exprimées par les appelants. J'analyserai d'abord l'ordonnance initiale de tutelle rendue le 31 juillet 1983, puis ensuite l'instance de révision du statut tenue les 18 et 19 août 1983.

(i) Ordonnance de tutelle du 31 juillet 1983

Les médecins chargés de soigner Sheena ont avisé la société d'aide à l'enfance que sa vie était en danger parce que ses parents refusaient de consentir à une transfusion sanguine dont le besoin était, selon eux, imminent. C'est sur ces faits que la société d'aide à l'enfance a fondé ses motifs raisonnables et probables d'enclencher le processus prévu dans la Loi. La preuve indique que la société d'aide à l'enfance devait agir avec diligence. Les parents ont été avisés de l'audience le jour même où elle a été tenue. Compte tenu des circonstances, le préavis était raisonnable. Le juge Main, qui a reconnu que le préavis avait été donné à la dernière minute, a limité à 72 heures l'ordonnance initiale de tutelle, de façon à permettre aux parties de revenir devant lui avec une preuve supplémentaire. En outre, bien que les appelants aient été incapables de présenter une preuve médicale contradictoire lors de l'audience initiale, ils ont néanmoins été représentés par un avocat qui a contre-interrogé les témoins appelés par la société d'aide à l'enfance et présenté des arguments.

Les appelants ont fait valoir, notamment, que le Dr Perlman, qui a témoigné au nom de la société

1995 CanLII 115 (SCC)

ety, failed to disclose the findings of Dr. Benson, the cardiologist who examined Sheena the day of the hearing. Dr. Benson was of the view that Sheena did not present any imminent risk of congestive heart failure. The respondents argued that this evidence was not available at the time of the hearing on July 31. In any event, the Court of Appeal observed that while these findings should have been disclosed, the failure to include evidence that no congestive heart condition existed was not, particularly with the benefit of hindsight, an omission of much significance. I see no reason to interfere with that conclusion. Moreover, Dr. Perlman was a witness at the wardship hearing, and assuming that there was a breach of the duty to disclose, it did not affect the conformity of the legislative scheme with the principles of fundamental justice.

d'aide à l'enfance, n'a pas révélé les conclusions du Dr Benson, le cardiologue qui a examiné Sheena le jour de l'audience. Le Dr Benson était d'avis que Sheena ne présentait aucun risque imminent d'insuffisance cardiaque globale. Les intimés ont soutenu que cette preuve n'était pas disponible à l'époque de l'audience le 31 juillet. Quoi qu'il en soit, la Cour d'appel a fait remarquer que, même si ces conclusions auraient dû être révélées, le défaut d'inclure une preuve qu'il n'y avait pas insuffisance cardiaque globale n'était pas, en particulier avec le bénéfice du recul, une omission de grande importance. Je ne vois aucune raison de modifier cette conclusion. En outre, le Dr Perlman a témoigné lors de l'audience sur la tutelle et, si l'on présume qu'il y a eu manquement à l'obligation de divulguer, cela n'a rien changé à la conformité du régime législatif avec les principes de justice fondamentale.

1995 CanLII 115 (SCC)

(ii) Status Review of August 18 and 19, 1983

(ii) Révision du statut les 18 et 19 août 1983

The hearing of August 18 and 19, 1983, held pursuant to s. 37 of the Act, was to review Sheena's status and to determine if the wardship order should be prolonged. The appellants received notice of the hearing at the beginning of the month of August. Although they would have had time to adduce some medical evidence to counter that of the Children's Aid Society with respect to the congestive heart condition, the appellants chose not to do so. While the child's health had slightly improved, the Children's Aid Society demonstrated, to the satisfaction of Main Prov. Ct. J., that an eventual blood transfusion was still a reasonable course of action, due to the fragile state of the child. The Children's Aid Society wished to retain the authority to consent to a blood transfusion if an emergency were to arise.

98 L'audience des 18 et 19 août 1983, tenue conformément à l'art. 37 de la Loi, visait à réviser le statut de Sheena pour déterminer si l'ordonnance de tutelle devait être prolongée. Les appelants ont été avisés de l'audience au début du mois d'août. Même s'ils avaient le temps de produire une preuve médicale pour contrer celle de la société d'aide à l'enfance relativement à l'insuffisance cardiaque globale, les appelants ont choisi de ne pas le faire. Même si la santé de l'enfant s'était légèrement améliorée, la société d'aide à l'enfance a démontré, à la satisfaction du juge Main, qu'une transfusion sanguine représentait toujours une solution raisonnable en raison de l'état de santé précaire de l'enfant. La société d'aide à l'enfance souhaitait conserver le pouvoir de consentir à une transfusion sanguine en cas d'urgence.

The hearing also revolved around the testimony of Dr. Morin, who testified that the child needed to undergo exploratory surgery under general anaesthetic to confirm a diagnosis of infantile glaucoma which, if established, would require surgery to preserve the child's sight. Evidence that Sheena needed to receive a transfusion in order to sustain the anaesthetic was also adduced. The appellants argued that the testimony of the ophthalmologist

99 L'audience a également porté sur le témoignage du Dr Morin qui a déclaré que l'enfant devait subir une chirurgie exploratoire sous anesthésie générale pour confirmer un diagnostic de glaucome infantile qui, s'il était établi, nécessiterait une chirurgie afin de préserver la vue de l'enfant. On a également produit une preuve que Sheena avait besoin d'une transfusion pour être anesthésiée. Les appelants ont soutenu que le témoignage de l'ophtalmo-

took them by surprise, as they were not informed of it in the notice. In reviewing the evidence, however, it appears that even if the appellants and their counsel were unaware that Dr. Morin would be called to testify, they had for some time been aware of this aspect of Sheena's condition. Dr. Pape, the neonatologist responsible for Sheena's care, testified on August 18 that the suspected glaucoma was diagnosed when Sheena was three to four weeks old, and that she had discussed with the appellants the desirability of exploratory surgery. Moreover, Main Prov. Ct. J., who was sensitive to the fact that the appellants did not have time to seek their own medical opinion, recommended that they be permitted to seek a second opinion before the exploratory surgery. In fact, the appellants did consult an ophthalmologist beforehand, who simply confirmed Dr. Morin's diagnosis. I do not think that the failure to notify the appellants that Dr. Morin would testify violated the principles of fundamental justice.

logiste les a pris au dépourvu puisqu'ils n'en avaient pas été informés dans le préavis. À l'examen de la preuve, il appert toutefois que, même si les appelants et leur avocat ignoraient que le Dr Morin serait appelé à témoigner, ils connaissaient depuis quelque temps déjà cet aspect de l'état de Sheena. Le Dr Pape, la néonatalogiste chargée de soigner Sheena, a témoigné le 18 août que le glaucome redouté avait été diagnostiqué lorsque Sheena était âgée de trois ou quatre semaines, et qu'elle avait étudié avec les appelants l'opportunité de procéder à une chirurgie exploratoire. De plus, le juge Main, qui était sensible au fait que les appelants n'avaient pas eu le temps de recueillir leur propre opinion médicale, a recommandé qu'ils soient autorisés à demander une seconde opinion avant la chirurgie exploratoire. En fait, les appelants ont préalablement consulté un ophtalmologiste qui a simplement confirmé le diagnostic du Dr Morin. Je ne crois pas que l'omission d'aviser les appelants que le Dr Morin témoignerait a violé les principes de justice fondamentale.

100 The appellants have also argued that the standard provided for in the Act — necessity of treatment — was not met in the case at bar, as there never was any emergency. They argued that the existence of an emergency was the premise on which the Court of Appeal based its analysis. This argument is tied to the questions of fact I have addressed above. As I am of the view that "necessity" under the Act was demonstrated, there is no need to canvass this issue further.

Les appelants ont également fait valoir qu'en l'espèce on n'a pas satisfait à la norme prévue dans la Loi — la nécessité du traitement — car il n'y a jamais eu urgence. Ils soutiennent que c'est sur l'existence d'une urgence que la Cour d'appel a fondé son analyse. Cet argument est lié aux questions de fait que j'ai abordées précédemment. Puisque je suis d'avis que la «nécessité» au sens de la Loi a été démontrée, il n'est pas nécessaire d'approfondir davantage cette question.

101 An examination of the application of the impugned provisions to the facts of this case amply demonstrates that the legislative scheme, which deprives parents of their right to choose medical treatment for their infant under certain circumstances, is in accordance with the principles of fundamental justice. Section 7 requires that a deprivation of liberty be in conformity with the principles of fundamental justice, but it does not guarantee the most equitable process of all; it dictates a threshold below which state intervention will not be tolerated: see *R. v. Lyons*, *supra*. Therefore, while the guidelines proposed by the appellants are more stringent than those found in the legislative

Un examen de l'application des dispositions contestées aux faits de la présente affaire démontre amplement que le régime législatif, qui prive les parents de leur droit de choisir un traitement médical pour leur enfant dans certaines circonstances, est conforme aux principes de justice fondamentale. L'article 7 requiert que la privation de liberté soit conforme aux principes de justice fondamentale, mais il ne garantit pas le processus le plus équitable entre tous; il établit le seuil sous lequel l'intervention de l'État ne sera pas tolérée: voir l'arrêt *R. c. Lyons*, précité. Par conséquent, bien que les directives proposées par les appelants soient plus strictes que celles prévues dans le

scheme, the process nonetheless respects the constitutional requirements. In fact, those guidelines were, in substance, contemplated by the legislative scheme. Section 19(1)(*b*)(ix) of the Act applies to treatments which are deemed necessary. The hearing is adversarial, so that a debate on the medical questions can be presented. The Act requires that the Children's Aid Society notify the parents of a hearing that might affect their rights. The epithet "reasonable" ensures that the process will be adaptable to a myriad of situations. The wardship order is circumscribed and must be reviewed before its expiry.

régime législatif, le processus satisfait néanmoins aux exigences constitutionnelles. En fait, ces directives étaient essentiellement envisagées par le régime législatif. Le sous-alinéa 19(1)*b*)(ix) de la Loi s'applique aux traitements réputés nécessaires. L'audience est de nature contradictoire, de sorte que les questions médicales peuvent être débattues. La Loi exige que la société d'aide à l'enfance avise les parents de l'audience qui pourrait toucher leurs droits. L'épithète «raisonnable» garantit que le processus pourra être adapté à une multitude de situations. L'ordonnance de tutelle est limitée et doit être revue avant son expiration.

In sum, the appellants were entitled to such notice, access to information and rights of representation as may be fair and reasonable having regard to the nature of the proceedings and the urgency with which they must be carried out. Tarnopolsky J.A. carefully examined these issues and concluded, and I agree with him, that the procedure, having regard to all the circumstances, did not violate the principles of fundamental justice.

Somme toute, les appelants avaient droit au préavis, à l'accès aux renseignements et à la représentation qui peuvent être justes et raisonnables, compte tenu de la nature et de l'urgence des procédures. Le juge Tarnopolsky de la Cour d'appel a étudié ces questions et a conclu, ce à quoi je souscris, que, compte tenu de toutes les circonstances, la procédure n'a pas violé les principes de justice fondamentale.

1995CanLII 115 (SCC)

Section 2(*a*) of the *Charter*

L'alinéa 2*a*) de la *Charte*

Turning now to s. 2(*a*) of the *Charter*, the appellants argued that the Act, which deprives them of the right to refuse medical treatment for their infant on religious grounds, violates their freedom of religion guaranteed by s. 2(*a*) of the *Charter*. Whealy Dist. Ct. J. found that the purpose of the statute was secular; and consequently, that there could not be any violation of the appellants' freedom of religion. Tarnopolsky J.A., on the other hand, was of the view that the Act, in its effect, infringed on the freedom of religion of the appellants, but that the infringement was justified under s. 1 of the *Charter*. I note at the outset that it is the freedom of religion of the appellants — Sheena's parents — that is at stake in this appeal, not that of the child herself. While it may be conceivable to ground a claim on a child's own freedom of religion, the child must be old enough to entertain some religious beliefs in order to do so. Sheena was only a few weeks old at the time of the transfusion.

En ce qui concerne l'al. 2*a*) de la *Charte*, les appelants font valoir que la Loi, qui les prive du droit de refuser, pour des motifs religieux, un traitement médical pour leur enfant, viole leur liberté de religion garantie par l'al. 2*a*) de la *Charte*. Le juge Whealy de la Cour de district a conclu que l'objet de la Loi était laïque et, conséquemment, qu'il ne pouvait y avoir de violation de la liberté de religion des appelants. Pour sa part, le juge Tarnopolsky était d'avis que la Loi, de par son effet, portait atteinte à la liberté de religion des appelants, mais que cette atteinte était justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. Je souligne, au départ, que c'est la liberté de religion des appelants — les parents de Sheena — qui est en jeu en l'espèce, et non celle de l'enfant. Même si, en théorie, il est possible de fonder une demande sur la liberté de religion de l'enfant, il faut alors que ce dernier soit suffisamment âgé pour nourrir des croyances religieuses. Sheena n'était âgée que de quelques semaines au moment de la transfusion.

104 Like the other provisions of the *Charter*, s. 2(*a*) must be given a liberal interpretation with a view to satisfying its purpose: see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*. In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, Dickson J. stated, at p. 336:

> The essence of the concept of freedom of religion is the right to entertain such religious beliefs as a person chooses, the right to declare religious beliefs openly and without fear of hindrance or reprisal, and the right to manifest religious belief by worship and practice of by teaching and dissemination. But the concept means more than that.

105 In *R. v. Jones*, *supra*, I observed that freedom of religion encompassed the right of parents to educate their children according to their religious beliefs. In *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141, a case involving a custody dispute in which one of the parents was a Jehovah's Witness, L'Heureux-Dubé J. stated that custody rights included the right to decide the child's religious education. It seems to me that the right of parents to rear their children according to their religious beliefs, including that of choosing medical and other treatments, is an equally fundamental aspect of freedom of religion.

106 It is evident that the purpose of the Act is not directed at limiting the freedom of Jehovah's Witnesses to choose medical treatment for their children, including the freedom to refuse a blood transfusion on religious grounds. It was not until 1945 that the Jehovah's Witnesses adhered to that precept, while the Act originates from a law first adopted in 1927, the *Children's Protection Act*, R.S.O. 1927, c. 279. I do not rely solely on this historical fact, however. It seems to me that a simple reading of the Act makes it clear that its purpose is nothing more or less than the protection of children. But if the purpose of the Act does not infringe on the freedom of religion of the appellants, the same cannot be said of its effects. The legislative scheme implemented by the Act, which culminates in a wardship order depriving the parents of the custody of their child, has denied them the right to choose medical treatment for their infant according to their religious beliefs.

À l'instar des autres dispositions de la *Charte*, l'al. 2*a*) doit être interprété libéralement de façon à atteindre son objectif: voir l'arrêt *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité. Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, le juge Dickson affirme, à la p. 336:

> Le concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation. Toutefois, ce concept signifie beaucoup plus que cela.

Dans l'arrêt *R. c. Jones*, précité, j'ai fait remarquer que la liberté de religion comprenait le droit des parents d'éduquer leurs enfants selon leurs croyances religieuses. Dans l'arrêt *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, une affaire où l'un des parents qui demandaient la garde était témoin de Jéhovah, le juge L'Heureux-Dubé a affirmé que les droits de garde incluaient le droit de décider de l'éducation religieuse de l'enfant. Il me semble que le droit des parents d'éduquer leurs enfants suivant leurs croyances religieuses, dont celui de choisir les traitements médicaux et autres, est un aspect tout aussi fondamental de la liberté de religion.

Il est évident que la Loi ne vise pas à limiter la liberté des témoins de Jéhovah de choisir un traitement médical pour leurs enfants, dont la liberté de refuser une transfusion sanguine pour des motifs religieux. Ce n'est qu'en 1945 que les témoins de Jéhovah ont adhéré à ce précepte, alors que la Loi tire son origine d'une loi adoptée pour la première fois en 1927, à savoir la *Children's Protection Act*, R.S.O. 1927, ch. 279. Cependant, je ne me fonde pas uniquement sur ce fait historique. Il me semble qu'une simple lecture de la Loi permet de conclure qu'elle ne vise ni plus ni moins qu'à protéger l'enfant. Cependant, si l'objet de la Loi ne porte pas atteinte à la liberté de religion des appelants, on ne peut en dire autant de ses effets. Le régime législatif mis en œuvre par la Loi, qui aboutit à une ordonnance de tutelle privant les parents de la garde de leur enfant, les a privés du droit de choisir un traitement médical pour leur enfant, conformément à leurs croyances religieuses.

1995 CanLII 159 (SCC)

However, as the Court of Appeal noted, freedom of religion is not absolute. While it is difficult to conceive of any limitations on religious beliefs, the same cannot be said of religious practices, notably when they impact on the fundamental rights and freedoms of others. The United States Supreme Court has come to a similar conclusion; see *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940). In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, this Court observed that freedom of religion could be subjected to "such limitations as are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others" (p. 337). Similarly, in *P. (D.) v. S. (C.)*, *supra*, L'Heureux-Dubé J. wrote, in *obiter*, at p. 182:

> I am of the view, finally, that there would be no infringement of the freedom of religion provided for in s. 2(*a*) were the *Charter* to apply to such orders when they are made in the child's best interests. As the Court has reiterated many times, freedom of religion, like any freedom, is not absolute. It is inherently limited by the rights and freedoms of others. Whereas parents are free to choose and practise the religion of their choice, such activities can and must be restricted when they are against the child's best interests, without thereby infringing the parents' freedom of religion.

A more difficult issue is whether the freedom of religion of the appellants is intrinsically limited by the very reasons underlying the state's intervention, namely the protection of the health and well-being of Sheena, or whether further analysis should be carried out under s. 1 of the *Charter*. In support of this thesis, the respondents have brought to this Court's attention a number of American cases, in which the scope of freedom of religion was limited. However, these cases are of little assistance, as the American Constitution contains no balancing provision comparable to s. 1 of the *Charter*.

This Court has consistently refrained from formulating internal limits to the scope of freedom of

Toutefois, comme la Cour d'appel l'a fait remarquer, la liberté de religion n'est pas absolue. Bien qu'il soit difficile d'imaginer quelque limite aux croyances religieuses, il n'en va pas de même pour les pratiques religieuses, notamment lorsqu'elles ont une incidence sur les libertés et les droits fondamentaux d'autrui. La Cour suprême des États-Unis en est venue à une conclusion semblable; voir *Cantwell c. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940). Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, notre Cour a souligné que la liberté de religion pouvait être assujettie aux «restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui» (p. 337). De même, dans l'arrêt *P. (D.) c. S. (C.)*, précité, le juge L'Heureux-Dubé écrit, à titre d'opinion incidente, à la p. 182:

> J'estime, enfin, qu'il n'y aurait pas de violation de la liberté de religion prévue à l'al. 2*a*) même si la *Charte* s'appliquait à de telles ordonnances lorsqu'elles sont émises dans le meilleur intérêt de l'enfant. Comme la Cour l'a réitéré à maintes occasions, la liberté de religion, comme toute liberté, n'est pas absolue. Elle est limitée de façon inhérente par les droits et libertés des autres. Alors que les parents sont libres de choisir et de pratiquer la religion de leur choix, ces activités peuvent et doivent être restreintes lorsqu'elles contreviennent au meilleur intérêt de l'enfant, sans pour autant violer la liberté de religion des parents.

Se pose donc la question plus difficile de savoir si la liberté de religion des appelants est intrinsèquement limitée par les motifs mêmes qui sous-tendent l'intervention de l'État, soit la protection de la santé et du bien-être de Sheena, ou de savoir si une autre analyse devrait être faite en vertu de l'article premier de la *Charte*. À l'appui de cette thèse, les intimés ont porté à l'attention de notre Cour un certain nombre de décisions américaines dans lesquelles la portée de la liberté de religion a été restreinte. Toutefois, ces décisions ne sont guère utiles puisque la Constitution américaine ne contient aucune disposition exigeant l'appréciation des intérêts en jeu qui soit comparable à l'article premier de la *Charte*.

Notre Cour s'est toujours gardée de poser des limites internes à la portée de la liberté de religion

1995 CanLII 115 (SCC)

religion in cases where the constitutionality of a legislative scheme was raised; it rather opted to balance the competing rights under s. 1 of the *Charter*; see *R. v. Jones*, *supra*, and *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, *supra*. A similar approach was taken in the context of s. 2(*b*) of the *Charter*, freedom of expression. In *R. v. Keegstra*, *supra*, Dickson C.J., writing for the majority, stated that s. 1 was better suited than s. 2(*b*) to facilitate the necessary balance between state and individual interests. McLachlin J. (in dissent but not on this point) also rejected several proposed limits to the scope of s. 2(*b*) rights. She suggested that expression should not be excluded from the scope of s. 2(*b*) merely because the effect of such expression was to impede free expression by others.

dans les cas où la constitutionnalité d'un régime législatif était soulevée; elle a plutôt choisi de soupeser les droits opposés dans le cadre de l'article premier de la *Charte*; voir *R. c. Jones* et *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, précités. Un point de vue semblable a été adopté dans le contexte de l'al. 2*b*) de la *Charte*, celui de la liberté d'expression. Dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, précité, le juge en chef Dickson a affirmé, au nom de la majorité, que l'article premier convient mieux que l'al. 2*b*) pour établir l'équilibre nécessaire entre les intérêts de l'État et ceux de l'individu. Le juge McLachlin (dissidente, mais non sur ce point) a elle aussi rejeté plusieurs limites proposées à la portée des droits garantis par l'al. 2*b*). Elle a laissé entendre que l'expression ne devrait pas être exclue de la portée de l'al. 2*b*) simplement parce qu'elle avait pour effet d'empêcher d'autres personnes de s'exprimer librement.

110 In my view, it appears sounder to leave to the state the burden of justifying the restrictions it has chosen. Any ambiguity or hesitation should be resolved in favour of individual rights. Not only is this consistent with the broad and liberal interpretation of rights favoured by this Court, but s. 1 is a much more flexible tool with which to balance competing rights than s. 2(*a*). As Dickson C.J. stated in *R. v. Keegstra*, *supra*, while it is not logically necessary to rule out internal limits within s. 2, it is analytically practical to do so (at pp. 733-34):

> Suffice it to say that I agree with the general approach of Wilson J. in *Edmonton Journal*, *supra*, where she speaks of the danger of balancing competing values without the benefit of a context. This approach does not logically preclude the presence of balancing within s. 2(*b*) — one could avoid the dangers of an overly abstract analysis simply by making sure that the circumstances surrounding both the use of the freedom and the legislative limit were carefully considered. I believe, however, that s. 1 of the *Charter* is especially well suited to the task of balancing, and consider this Court's previous freedom of expression decisions to support this belief. It is, in my opinion, inappropriate to attenuate the s. 2(*b*) freedom on the grounds that a particular context requires such; the large and liberal interpretation given the freedom of expression in *Irwin Toy* indicates that the preferable

À mon avis, il paraît plus judicieux de laisser à l'État la tâche de justifier les restrictions qu'il a choisi d'imposer. Toute ambiguïté ou hésitation devrait être dissipée en faveur des droits de l'individu. Non seulement cela est-il conforme à l'interprétation large et libérale des droits que préconise notre Cour, mais encore l'article premier est un outil beaucoup plus souple que l'al. 2*b*) pour soupeser des droits opposés. Comme le juge en chef Dickson l'a écrit dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, précité, bien qu'il ne soit pas logiquement nécessaire d'écarter des limites internes à l'art. 2, il est pratique de le faire sur le plan analytique (à la p. 734):

> Qu'il suffise de dire que j'approuve l'approche générale adoptée par le juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal*, précité, où elle parle du danger qu'il y a à soupeser des valeurs concurrentes sans l'avantage d'un contexte. Cette approche n'exclut pas logiquement la possibilité de procéder à une telle évaluation sous le régime de l'al. 2*b*) — on pourrait en effet éviter les dangers d'une analyse excessivement abstraite en s'assurant simplement que soient soumises à un examen minutieux les circonstances de l'usage de la liberté en question et de la restriction législative. Je crois cependant que l'article premier de la *Charte* convient particulièrement bien à l'évaluation relative des valeurs et j'estime que les arrêts antérieurs de notre Cour concernant la liberté d'expression étayent cette conclusion. Il n'y a pas lieu, selon moi, d'affaiblir la liberté garantie par l'al. 2*b*) pour le

course is to weigh the various contextual values and factors in s. 1. [Emphasis in original.]

motif qu'un contexte particulier l'exige, car suivant l'interprétation large et libérale donnée à la liberté d'expression dans l'arrêt *Irwin Toy*, il est préférable de soupeser les divers facteurs et valeurs contextuels dans le cadre de l'article premier. [Souligné dans l'original.]

This is not to say that an elaborate examination of the criteria established in *R. v. Oakes*, *supra*, will always be necessary. The effect on religious beliefs will often be so insubstantial, having regard to the nature of the legislation, that *Charter* concerns will obviously be overridden. But in this case, it cannot be maintained that the effect on the rights of the appellants was of a minor character. As I am of the view that the Act seriously infringed on the appellants' freedom to choose medical treatment for their child in accordance with the tenets of their faith, it remains to be determined whether this infringement was justified under s. 1 of the *Charter*.

111 Cela ne signifie pas qu'il sera toujours nécessaire de procéder à un examen approfondi des critères établis dans l'arrêt *R. c. Oakes*, précité. L'effet sur les croyances religieuses sera souvent si négligeable, eu égard à la nature de la mesure législative en cause, que les préoccupations fondées sur la *Charte* seront de toute évidence supplantées. Or, en l'espèce, on ne saurait soutenir que l'effet sur les droits des appelants était négligeable. Puisque je suis d'avis que la Loi a gravement porté atteinte à la liberté des appelants de choisir un traitement médical pour leur enfant, conformément aux préceptes de leur foi, il reste à déterminer si cette atteinte était justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*.

1995 CanLII 115 (SCC)

Section 1 of the *Charter*

L'article premier de la *Charte*

Turning now to s. 1 of the *Charter*, the appellants have argued that the state has not demonstrated, on a balance of probabilities, that Sheena was in need of protection within the meaning of the Act when she was apprehended by the Children's Aid Society. This argument fails to distinguish between the demonstration of the necessity of the treatment, as contemplated in the Act, and the demonstration of the reasonable nature of the legislative scheme, under s. 1 of the *Charter*. For the reasons already stated, one must take for granted the necessity of the medical treatment and thus, the need for protection under the Act.

112 Quant à l'article premier de la *Charte*, les appelants ont fait valoir que l'État n'a pas démontré, selon la prépondérance des probabilités, que Sheena avait besoin de protection au sens de la Loi lorsqu'elle a été appréhendée par la société d'aide à l'enfance. Cet argument ne fait aucune distinction entre la démonstration de la nécessité du traitement, prévue par la Loi, et celle de la nature raisonnable du régime législatif, au sens de l'article premier de la *Charte*. Pour les motifs déjà énoncés, il faut tenir pour acquis la nécessité du traitement médical et, par conséquent, le besoin de protection au sens de la Loi.

The appellants have conceded that the state interest in protecting children at risk is a pressing and substantial objective. The Act allows the state to assume parental rights when a judge has determined that a child is in need of treatment that his parents will not consent to. As already stated when discussing the conformity of state intervention with the principles of fundamental justice, the process contemplated by the Act is carefully crafted, adaptable to a myriad of different situations, and far from arbitrary. The Act makes provision for

113 Les appelants ont reconnu que l'intérêt de l'État dans la protection des enfants en danger est un objectif urgent et réel. La Loi permet à l'État d'assumer les droits parentaux lorsqu'un juge détermine qu'un enfant a besoin d'un traitement auquel ses parents ne consentiront pas. Comme je l'ai mentionné en analysant la conformité de l'intervention de l'État avec les principes de justice fondamentale, le processus prévu par la Loi est conçu avec soin, est adaptable à une multitude de situations différentes et est loin d'être arbitraire. La Loi

notice to be given, for evidence to be called, for time limits to be imposed upon Crown wardship and other orders, as well as for procedural protections to be afforded to parents. The restrictions the Act imposes on parental rights are, in my view, amply justified.

Addendum

114 Since writing the foregoing, I have read the reasons of my colleagues, Justices Iacobucci and Major. I must confess to being somewhat mystified by the purport they attribute to my reasons. I agree, of course, that parents may not, in the exercise of their rights to nurture their children, refuse them medical treatment that is necessary and for which there is no reasonable alternative. That, I thought, was the conclusion I came to. That conclusion is, of course, clearly contemplated by s. 1 of the *Charter*, which is the provision that "guarantees the rights and freedoms set out in it", but it does so "subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society", and as far as s. 7 is concerned by the requirements of fundamental justice.

115 If my colleagues are concerned with my mode of approach — the approach, I may say, traditionally employed by this Court from the earliest stages of *Charter* adjudication —, I have concerns with their method of limiting one constitutional right against another without relevance to context. Thus some of their remarks may be understood as supporting a parent's rights being overturned simply because a professional thinks it is necessary to do so. I would be very much concerned if a medical professional were able to override the parent's views without demonstrating that necessity. On my approach to the issues so far as s. 7 is concerned, it would be necessary to show that such action would not be contrary to the principles of fundamental justice. More generally, s. 1 requires an interference with the right to be demonstrably justified. That, I think, is perfectly right. In a case like the present where there is no immediate urgency, a

contient des dispositions concernant le préavis à donner, la preuve à produire, la durée de la tutelle de la Couronne et d'autres ordonnances, de même que les garanties procédurales à accorder aux parents. Les restrictions que la Loi impose aux droits parentaux sont, à mon avis, amplement justifiées.

Addenda

Depuis que j'ai écrit ce qui précède, j'ai pris connaissance des motifs de mes collègues les juges Iacobucci et Major. J'avoue que le sens qu'ils prêtent à mes motifs me laisse quelque peu perplexe. Je conviens certes que, dans l'exercice de leur droit d'éduquer leurs enfants, les parents ne peuvent leur refuser un traitement médical nécessaire et pour lequel il n'existe aucune autre solution valable. C'est la conclusion à laquelle je croyais être arrivé. Cette conclusion, il va sans dire, est clairement envisagée par l'article premier de la *Charte* qui «garantit les droits et libertés qui y sont énoncés», lesquels toutefois «ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique» et, dans la mesure où l'art. 7 est concerné, qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Si mes collègues sont préoccupés par ma façon de procéder — celle-là même, si je puis dire, à laquelle notre Cour a traditionnellement eu recours depuis ses toutes premières décisions fondées sur la *Charte* —, je m'inquiète de leur façon de restreindre un droit constitutionnel en fonction d'un autre droit sans rapport avec le contexte. Ainsi, certaines de leurs observations sont susceptibles d'être interprétées comme justifiant de passer outre aux droits des parents simplement parce qu'un professionnel juge nécessaire de le faire. Je serais fort inquiet si un professionnel de la santé pouvait passer outre à l'opinion des parents sans avoir à démontrer la nécessité de le faire. Suivant ma façon d'aborder les questions en litige, dans la mesure où l'art. 7 est concerné, il serait nécessaire de démontrer que pareille mesure ne serait pas contraire aux principes de justice fondamentale. Plus généralement, l'article premier exige que la

1995 CanLII 95 (SCC)

procedure meeting the demands of fundamental justice, which I was at pains to note the Act fully provides for, would be required.

In an emergency, the demands of fundamental justice are more easily met. In *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 432, this Court alluded to a medical doctor's powers to take reasonable steps in such circumstances. These powers conform to the practices and procedures followed in this area and are consistent with principles of fundamental justice. The state's powers to exercise its legitimate *parens patriae* jurisdiction would, in my view, similarly be justified under the principles of fundamental justice. As well, these actions "prescribed by law" seem to me quite clearly to be "reasonable limits prescribed by law [that] can be demonstrably justified in a free and democratic society".

justification d'une atteinte au droit puisse se démontrer. Cela est, à mon avis, parfaitement légitime. Lorsque, comme en l'espèce, il n'y a aucune urgence immédiate, il serait nécessaire de suivre une procédure qui respecte les exigences de la justice fondamentale et que, me suis-je donné la peine de signaler, la Loi prévoit parfaitement.

Il est plus aisé de respecter les impératifs de la justice fondamentale lorsqu'il y a urgence. Dans l'arrêt *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, à la p. 432, notre Cour a fait allusion au pouvoir d'un médecin de prendre des mesures raisonnables dans ces circonstances. Ce pouvoir est conforme aux pratiques et aux procédures suivies dans le domaine et respecte les principes de justice fondamentale. Le pouvoir de l'État d'exercer sa compétence *parens patriae* légitime serait à mon avis pareillement justifié en vertu des principes de justice fondamentale. De même, ces mesures prescrites «par une règle de droit» me semblent clairement constituer des «limites qui [sont] raisonnables et dont la justification [peut] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». 116

1995 CanLII 115 (SCC)

My colleagues express concern that my reasons would create a situation in which a child's right to life or security is reduced to a limitation of the parent's constitutionally protected right. I should observe that my approach is dictated by the nature of the case presented to us. The sole issue before us was that raised by the parents, i.e. that their constitutional rights were infringed in the circumstances in which medical treatment was given to the child. In such a case, the parent's rights must, under s. 1, be balanced against the interests of others in a free and democratic society — in this particular case the right of their child. In that situation, I, not surprisingly, found the parent's rights were clearly overridden. If a situation arose where it was alleged that the child's right was violated, other rights might be raised as reasonable limits, but if the right alleged was the security of the child as in the present case, then the child's right would again prevail over a parent's rights. In short the

Mes collègues disent craindre que mes motifs créent une situation où le droit de l'enfant à la vie et à la sécurité de sa personne en sera réduit à une restriction du droit des parents garanti par la Constitution. Je tiens à souligner que ma position est dictée par la nature de l'affaire dont nous sommes saisis. L'unique question à trancher était celle qu'ont soulevée les parents, savoir que leurs droits constitutionnels ont été violés lorsqu'un traitement médical a été administré à l'enfant. Dans un tel cas, les droits des parents doivent, en vertu de l'article premier, être soupesés en fonction des droits d'autrui dans le cadre d'une société libre et démocratique — dans ce cas-ci, le droit de leur enfant. Il n'est donc guère surprenant que j'aie conclu qu'on a clairement passé outre aux droits des parents. Si on alléguait que le droit de l'enfant a été violé, d'autres droits pourraient être invoqués à titre de limites raisonnables, mais si le droit allégué était la sécurité de l'enfant, comme c'est le cas en l'es- 117

issue raised governs the form, but not the substance of the analysis.

118 I am happy to see that my colleagues concede that the balancing of the competing rights could be integrated in a s. 1 analysis, since apart from specific provisions such as "fundamental justice", that is the only balancing mechanism provided under the *Charter*. The *Charter* makes no provision for directly balancing constitutional rights against one another. It is aimed rather at governmental and legislative intrusion against the protected rights; see s. 32 of the *Charter*.

119 There are occasions where it may be necessary to define a right narrowly to make it workable as in *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, at p. 320, where the freedom of association was qualified to permit associations that are necessary and inevitable in a free and democratic society. That is not this case. This is simply a situation where competing constitutional rights fall within the equation in the balance called for by ss. 1 and 7. This can easily be accommodated in a s. 1 or s. 7 analysis; see, for example, *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326. I should also underline that in *Lavigne*, the right was interpreted as widely as possible consistent with its being workable. Wilson J., hardly an opponent of broad *Charter* interpretation, found it necessary to define the right more narrowly than I did. I thus fail to see the analogy my colleagues would draw between *Lavigne* and the present case. In the former, it was essential to narrow the right to make it workable. Here what is attempted is to limit a right by another, with no stated mechanism for judicially determining just when, on the facts, the first right is overridden. To get a fuller appreciation of what this means in the present context, one need simply postulate that the Act impugned here, with all its inbuilt protection for parental rights, did not exist, and was substituted by an Act that made no provision even for notifying parents when some state

pèce, alors celui-ci l'emporterait encore sur les droits des parents. Bref, la question soulevée régit la forme et non le fond de l'analyse.

Je suis heureux de constater que mes collègues conviennent que l'évaluation des droits opposés pourrait être intégrée dans une analyse fondée sur l'article premier puisque, à l'exception de dispositions spécifiques comme la «justice fondamentale», cette analyse représente le seul instrument d'évaluation prévu sous le régime de la *Charte*. Cette dernière ne prévoit aucune évaluation directe de droits constitutionnels l'un par rapport à l'autre. Elle vise plutôt l'ingérence gouvernementale et législative dans les droits garantis; voir l'art. 32 de la *Charte*.

Il est parfois nécessaire de définir strictement un droit afin de le rendre applicable, comme ce fut le cas dans *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, à la p. 320, où il a été jugé que la liberté d'association permettait les associations qui sont nécessaires et inévitables dans le cadre d'une société libre et démocratique. Il n'en est rien en l'espèce. Il s'agit simplement d'une situation où des droits constitutionnels opposés entrent en ligne de compte dans l'évaluation requise par l'article premier et l'art. 7. Cela est facilement réalisable dans une analyse fondée sur l'article premier ou sur l'art. 7; voir, par exemple, *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326. Je tiens également à souligner que, dans *Lavigne*, on a interprété le droit en question aussi libéralement que possible afin de le rendre applicable. Le juge Wilson, qui n'était guère contre une interprétation libérale de la *Charte*, a jugé nécessaire de donner au droit une définition plus stricte que je ne l'ai fait moi-même. Je ne vois donc pas l'analogie que mes collègues établiraient entre *Lavigne* et la présente affaire. Dans l'arrêt *Lavigne*, il était nécessaire de restreindre la portée du droit pour le rendre applicable, alors qu'en l'espèce on tente de restreindre un droit par un autre, sans moyen explicite de déterminer judiciairement exactement quand, d'après les faits, on a passé outre au premier droit. Pour pouvoir mieux appré-

agent decided a certain treatment was necessary for a child.

In my view, *Charter* rights should always be interpreted broadly. Apart from the fact that this brings in the full contextual picture in balancing them with other rights under s. 1, a narrower interpretation has the effect of forever narrowing the ambit of judicial review, and so limiting the scope of judicial intervention for the protection of the individual rights guaranteed under the *Charter*. This approach forms the basis of my disagreement with the Chief Justice's approach to s. 7, first enunciated in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.), supra,* under which he would confine liberty to physical liberty.

I add incidentally that I do not (as my colleagues Iacobucci and Major JJ. appear to suggest) think that liberty is all encompassing. I have been at pains to underline that it is limited to those essentially personal rights that are inherent to the individual which in my view include (and on this I believe we agree) the right of parents to nurture their children. Even as so defined, an interference with liberty may be justified as being in conformity with the principles of "fundamental justice". At bottom, I think "liberty" means the ordinary liberty of free men and women in a democratic society to engage in those activities that are inherent to the individual. These may not be extensive, but where they exist, they must under the Constitution be protected from state intervention unless that intervention can be justified. Sometimes that justification is evident. In other cases, it will require close contextual analysis. Here the security of the child was clearly paramount. What was more difficult, and what in the end the appellants really directed their argument to, is whether the procedures to

cier ce que cela signifie dans le présent contexte, il suffit simplement de supposer que la Loi contestée en l'espèce, avec toute la protection qu'elle accordait aux droits des parents, n'existait pas et qu'elle a été remplacée par une loi qui ne prévoyait même pas qu'il fallait aviser les parents lorsqu'un mandataire de l'État décidait qu'un traitement donné était nécessaire à un enfant.

120 À mon avis, les droits garantis par la *Charte* devraient toujours être interprétés libéralement. Outre le fait que cela permet d'obtenir un portrait complet du contexte lorsqu'ils sont évalués en fonction d'autres droits en vertu de l'article premier, une interprétation restrictive a pour effet de restreindre à jamais la portée du contrôle judiciaire et de limiter ainsi celle d'une intervention judiciaire visant la protection des droits individuels garantis par la *Charte*. C'est là le fondement de mon désaccord avec la façon dont le Juge en chef aborde l'art. 7, qui, exposée pour la première fois dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, précité, consiste à cantonner la liberté à sa dimension physique.

121 J'ajoute, en passant, que, contrairement à ce que mes collègues les juges Iacobucci et Major semblent laisser entendre, je ne crois pas que la liberté soit absolue. J'ai pris la peine de souligner qu'elle se limite aux droits essentiellement personnels qui sont inhérents à l'individu et qui, à mon avis, incluent (et, à cet égard, je crois que nous sommes d'accord) le droit des parents d'éduquer leurs enfants. Même ainsi définie, une atteinte à la liberté peut être justifiée pour le motif qu'elle est conforme aux principes de «justice fondamentale». Au fond, je crois que la «liberté» s'entend de la liberté ordinaire qu'ont les hommes et les femmes libres, dans une société démocratique, de se livrer aux activités inhérentes à l'individu. Celles-ci ne sont peut-être pas nombreuses, mais lorsqu'elles existent, elles doivent, en vertu de la Constitution, être protégées contre l'intervention de l'État, à moins que cette intervention ne soit justifiable. Ce caractère justifiable est parfois manifeste. Dans d'autres cas, il exigera un examen attentif du contexte. En l'espèce, c'est nettement la sécurité de

1995 CanLII 115 (SCC)

determine respect for the parents' rights under the Act were sufficient to satisfy ss. 1 and 7 of the *Charter*. That such procedures must have effect before, and not following the action invasive of the parents' rights, seems to me to be essential and to be clearly required by ss. 1 and 7.

l'enfant qui compte le plus. Ce qui est plus difficile et ce sur quoi les appelants ont, en définitive, vraiment axé leur plaidoirie, c'est de savoir si les procédures visant à déterminer s'il y avait respect des droits des parents, en vertu de la Loi, étaient suffisantes pour satisfaire à l'article premier et à l'art. 7 de la *Charte*. Il me semble être essentiel et nettement requis par l'article premier et l'art. 7 que de telles procédures se déroulent avant et non pas après la mesure qui empiète sur les droits des parents.

Cross-appeal: Costs

122 The order to award costs against an intervening Attorney General, acting as she is statutorily authorized to, in the public interest in favour of a party who raises the constitutionality of a statute, appears highly unusual, and only in very rare cases should this be permitted. Nevertheless, this case appears to have raised special and peculiar problems, and the District Court's exercise of discretion was supported by the Court of Appeal. I am loath to interfere with the exercise of their discretion in this case.

Pourvoi incident: dépens

L'ordonnance condamnant aux dépens le Procureur général qui, comme la Loi l'autorise à le faire, intervient, dans l'intérêt public, en faveur d'une partie qui soulève la question de la constitutionnalité d'une loi, paraît fort inhabituelle et ne devrait être permise que dans des cas très rares. Néanmoins, cette affaire paraît avoir soulevé des problèmes spéciaux et particuliers, et l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour de district a reçu l'appui de la Cour d'appel. Je ne suis pas disposé à intervenir dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en l'espèce.

Disposition

123 The concern voiced by the appellants in the present appeal raises the more general question of the appropriateness of proceeding with treatments for which the medical benefits are highly questionable, when parental refusal is in part only grounded on religious beliefs. However, the medical evidence presented in 1983, as well as that presented before Whealy Dist. Ct. J., does not permit us to question the necessity of the blood transfusion, although some might in retrospect be tempted to do so. This appeal does remind us, however, of the necessity of proceeding with care when overriding parental refusal. However, I am satisfied that the courts did just that in this case. For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal and the cross-appeal, and answer the constitutional questions in the following manner:

Dispositif

La préoccupation exprimée par les appelants en l'espèce soulève la question plus générale de l'opportunité d'administrer des traitements dont les vertus thérapeutiques sont très douteuses lorsque le refus des parents n'est qu'en partie fondé sur des croyances religieuses. Toutefois, la preuve médicale présentée en 1983, comme celle qui a été présentée au juge Whealy, ne nous permet pas de douter de la nécessité de la transfusion sanguine, bien que certains puissent, avec le recul, être tentés de le faire. Ce pourvoi nous rappelle cependant la nécessité de procéder avec soin lorsqu'il s'agit de passer outre au refus des parents. Cependant, je suis convaincu que c'est ce que les tribunaux ont fait en l'espèce. Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi principal et le pourvoi incident, et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1995 CanLII 115 (SCC)

1. Does the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, s. 19(1)(*b*)(ix), together with the powers in ss. 30(1)2 and 41 and the procedures in ss. 21, 27, 28(1), (10) and (12), deny parents a right to choose medical treatment for their infants, contrary to s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is s. 19(1)(*b*)(ix), together with the powers in ss. 30(1)2 and 41 and the procedures in ss. 21, 27, 28(1), (10) and (12) of the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, justified as reasonable limits by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

This question does not arise.

3. Does the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, s. 19(1)(*b*)(ix), together with the powers in ss. 30(1)2 and 41 and the procedures in ss. 21, 27, 28(1), (10) and (12), infringe the appellants' freedom of religion as guaranteed under s. 2(*a*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

4. If the answer to question 3 is in the affirmative, is s. 19(1)(*b*)(ix), together with the powers in ss. 30(1)2 and 41 and the procedures in ss. 21, 27, 28(1), (10) and (12) of the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, justified as reasonable limits by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Yes.

I would make no order as to costs in this Court.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting on the cross-appeal) — This case consists of both an appeal and a cross-appeal. The appeal concerns the constitutionality of s. 19(1)(*b*)(ix) of the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, as well as that of the legislative scheme established under ss. 21, 27, 28(1), (10)

1. La *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, sous-al. 19(1)*b*)(ix), ainsi que les pouvoirs conférés à l'al. 30(1)2 et à l'art. 41, et les procédures énoncées aux art. 21 et 27 et aux par. 28(1), (10) et (12), privent-ils les parents du droit de choisir un traitement médical pour leurs enfants en bas âge, contrairement à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, le sous-al. 19(1)*b*)(ix), ainsi que les pouvoirs conférés à l'al. 30(1)2 et à l'art. 41, et les procédures énoncées aux art. 21 et 27 et aux par. 28(1), (10) et (12) de la *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, sont-ils justifiés en tant que limites raisonnables par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

La question ne se pose pas.

3. La *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, sous-al. 19(1)*b*)(ix), ainsi que les pouvoirs conférés à l'al. 30(1)2 et à l'art. 41, et les procédures énoncées aux art. 21 et 27 et aux par. 28(1), (10) et (12), portent-ils atteinte à la liberté de religion que garantit aux appelants l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, le sous-al. 19(1)*b*)(ix), ainsi que les pouvoirs conférés à l'al. 30(1)2 et à l'art. 41, et les procédures énoncées aux art. 21 et 27 et aux par. 28(1), (10) et (12) de la *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, sont-ils justifiés en tant que limites raisonnables par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Oui.

Je suis d'avis de n'accorder aucuns dépens devant notre Cour. 124

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente quant au pourvoi incident) — Cet appel comporte deux volets: l'un principal, l'autre incident. Le pourvoi principal porte sur la constitutionnalité du sous-al. 19(1)*b*)(ix) de la *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, et sur celle du régime législatif établi aux 125

1995 CanLII 115 (SCC)

and (12), 30(1)2 and 41 of that Act. As appears from the judgment rendered orally from the Bench on March 17, 1994, I agree with my colleagues that this principal appeal should be dismissed. In this respect, I concur with the reasons of my colleague La Forest J. However, I part company with my colleagues when it comes to the cross-appeal, on which this Court had reserved judgment at the time of the hearing. Unlike my colleagues, I would allow the cross-appeal.

126 The issue on the cross-appeal is whether the Ontario Court of Appeal erred in upholding the decision of the Ontario District Court to award costs against the Attorney General for Ontario who intervened in support of the legislation which was constitutionally challenged by the appellants. I agree with Houlden J.A., dissenting on this issue at the Ontario Court of Appeal, that the cross-appeal should be allowed and that no costs should have been awarded against the Attorney General for Ontario by the Ontario District Court.

127 In explaining this conclusion, I will refer, in order to simplify matters, to the Attorney General for Ontario, the respondent in the principal appeal, as the "respondent", and to Richard and Beena B., the appellants in the principal appeal, as the "appellants", even though, on the cross-appeal, the Attorney General for Ontario is the appellant and Richard and Beena B. are the respondents. Furthermore, I note that while my reasons specifically refer to the Attorney General for Ontario's position, they also apply to that of the Attorney General of Canada, who intervened before us to support the position of the Attorney General for Ontario on the cross-appeal.

I — Facts and Proceedings

128 Sheena B. was born four weeks prematurely on June 25, 1983 and, as a result of her physical condition, was transferred to the Sick Children's Hospital in Toronto. During the following few weeks, the doctors responsible for her care detected many physical ailments and she received a number of medical treatments. The appellants, her parents,

art. 21 et 27, aux par. 28(1), (10) et (12), à l'al. 30(1)2 et à l'art. 41 de la Loi. Comme il appert du jugement rendu oralement à l'audience le 17 mars 1994, je suis d'accord avec mes collègues pour dire que le pourvoi principal doit être rejeté. À cet égard, je souscris aux motifs de mon collègue le juge La Forest. Toutefois, je fausse compagnie à mes collègues quant au pourvoi incident que notre Cour a mis en délibéré à l'audience. Contrairement à eux, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi incident.

La question que soulève le pourvoi incident est de savoir si la Cour d'appel de l'Ontario a commis une erreur en confirmant la décision de la Cour de district de l'Ontario de condamner aux dépens le procureur général de l'Ontario qui est intervenu en faveur de la loi dont les appelants contestaient la constitutionnalité. Je suis d'accord avec le juge Houlden, dissident sur cette question en Cour d'appel de l'Ontario, pour dire que le pourvoi incident devrait être accueilli et que la Cour de district de l'Ontario n'aurait pas dû condamner aux dépens le procureur général de l'Ontario.

Afin de simplifier les choses, dans le cours de mes motifs j'appellerai le procureur général de l'Ontario, intimé dans le pourvoi principal, l'«intimé», et Richard et Beena B., appelants dans le pourvoi principal, les «appelants», même si, dans le pourvoi incident, le procureur général de l'Ontario est l'appelant et Richard et Beena B. sont les intimés. En outre, je signale que, même si mes motifs réfèrent explicitement à la position du procureur général de l'Ontario, ils s'appliquent également à celle du procureur général du Canada qui est intervenu devant nous pour appuyer la position du procureur général de l'Ontario dans le pourvoi incident.

I — Les faits et les procédures

Sheena B. est née le 25 juin 1983, quatre semaines avant terme. En raison de son état physique, elle a été transférée au Hospital for Sick Children de Toronto. Pendant les semaines qui ont suivi, elle a reçu plusieurs traitements médicaux afin de remédier à de nombreux troubles physiques décelés par ses médecins traitants. Ses parents, les

1995 CanLII 115 (SCC)

consented to all of these treatments although, at their request, the attending physicians avoided the use of blood transfusions in treating Sheena B. The appellants, as Jehovah's Witnesses, objected to blood transfusions on religious grounds.

appelants, ont consenti à tous les traitements, bien qu'à leur demande les médecins traitants n'aient procédé à aucune transfusion sanguine pour soigner Sheena B. Les appelants, qui sont témoins de Jéhovah, s'opposaient aux transfusions sanguines pour des motifs religieux.

On the night of July 30, 1983 and during the early morning hours of July 31, 1983, Sheena B.'s haemoglobin level dropped to such an extent that the attending physicians believed that her life was in danger and that she might require a blood transfusion in order to treat a potentially life-threatening congestive heart failure. On July 31, 1983, upon an application by the respondent Children's Aid Society of Metropolitan Toronto (the "CAS") under the *Child Welfare Act*, Judge Main of the Provincial Court (Family Division) granted a 72-hour wardship to the CAS on the basis of the evidence of Dr. Perlman that a transfusion might be necessary and that it would not be for experimental purposes. On August 19, 1983, upon a status review application pursuant to the *Child Welfare Act*, this temporary wardship was extended by Judge Main for a further three-week period: (1983), 36 R.F.L. (2d) 70. Ultimately, on August 23, 1983, Sheena B. received a blood transfusion as part of the standard procedure for the examination and operation for a suspected glaucoma.

Au cours de la nuit du 30 juillet 1983 et tôt le matin du 31 juillet 1983, le taux d'hémoglobine de Sheena B. a chuté à tel point que les médecins traitants ont craint pour sa vie et ont jugé qu'il pourrait être nécessaire de procéder à une transfusion sanguine pour traiter une insuffisance cardiaque globale qui risquait d'être fatale. Le 31 juillet 1983, à la suite d'une demande présentée par l'intimée, la Children's Aid Society of Metropolitan Toronto (la «CAS»), en vertu de la *Child Welfare Act*, le juge Main de la Cour provinciale (Division de la famille) a accordé à la CAS une tutelle de 72 heures en se fondant sur le témoignage du D[r] Perlman, selon lequel une transfusion pourrait être nécessaire et ne servirait aucune fin expérimentale. Le 19 août 1983, à la suite d'une demande de révision de statut fondée sur la *Child Welfare Act*, le juge Main a prolongé la tutelle temporaire pour une période de trois semaines: (1983), 36 R.F.L. (2d) 70. Sheena B. a finalement reçu une transfusion sanguine le 23 août 1983, dans le cadre de la procédure normale d'examen et d'opération pour un glaucome redouté. 129

Once the blood transfusion had been administered, the respondent CAS's wardship order was terminated: (1983), 36 R.F.L. (2d) 80 (Walmsley A.C. Prov. J.). Sheena B.'s parents, however, appealed the two orders of the Provincial Court relating to the wardship to the District Court where they challenged the constitutional validity of s. 19(1)(*b*)(ix) and s. 28(10) of the *Child Welfare Act*. The respondent Attorney General for Ontario and the intervener Attorney General of Canada were each served with a Notice of Constitutional Question in accordance with s. 122 of the Ontario *Courts of Justice Act, 1984*, S.O. 1984, c. 11 (now s. 109 of *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43). The Attorney General for Ontario intervened to defend the legislation in this and all sub-

Dès que la transfusion sanguine eut été administrée, l'ordonnance de tutelle en faveur de l'intimée, la CAS, a pris fin: (1983), 36 R.F.L. (2d) 80 (le juge en chef adjoint Walmsley de la C. prov.). Les parents de Sheena B. ont toutefois interjeté appel contre les deux ordonnances de tutelle rendues par la Cour provinciale, devant la Cour de district où ils ont contesté la constitutionnalité du sous-al. 19(1)*b*)(ix) et du par. 28(10) de la *Child Welfare Act*. L'intimé, le procureur général de l'Ontario, et l'intervenant, le procureur général du Canada, ont tous deux reçu un avis de question constitutionnelle conformément à l'art. 122 de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires* de l'Ontario, L.O. 1984, ch. 11 (maintenant l'art. 109 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43). Le 130

1995 CanLII 115 (SCC)

sequent legal proceedings leading up to the present appeal.

131 Upon the respondent CAS's motion, the appeal to the District Court was dismissed on the ground that the case was moot since there was no longer a *lis* between the parties and the *Child Welfare Act* had been repealed and replaced by the *Child and Family Services Act, 1984*, S.O. 1984, c. 55 ((1985), 32 A.C.W.S. (2d) 149 (Webb Dist. Ct. J.)). On a further appeal, the Ontario Court of Appeal held that the District Court had erred in dismissing the original appeal and referred the case back to the District Court to be decided on its merits, namely the right of parents to determine their child's medical treatment and the constitutionality of the *Child Welfare Act*: (1988), 63 O.R. (2d) 385, 47 D.L.R. (4th) 388, 15 R.F.L. (3d) 388 (Grange and Krever JJ.A., Griffiths J.A. dissenting).

132 As a result, the District Court reheard the appeal on its merits. This hearing proceeded as a trial *de novo*, with fresh evidence being adduced pursuant to s. 122(4) (now 109(4)) of the Act. The respondent Attorney General for Ontario called six of the respondent CAS's eight experts and cross-examined the appellants' expert witnesses. The whole hearing ran over a 20-day period. Ultimately, Whealy Dist. Ct. J. dismissed the appeal and upheld the constitutionality of the *Child Welfare Act*. In an addendum to his reasons for judgment, Whealy Dist. Ct. J. ordered the respondent Attorney General for Ontario (then an intervener) to pay the costs of the appellants, on a party-and-party basis. No order as to costs was made against the respondents CAS or the Official Guardian.

133 The appellants further appealed to the Ontario Court of Appeal and the respondent Attorney General for Ontario cross-appealed the order as to costs. The appeal and the cross-appeal were both dismissed, without costs on the appeal and cross-appeal. This Court then granted the appellants leave to appeal and the respondent Attorney General

procureur général de l'Ontario est intervenu pour défendre la Loi dans cet appel et dans toutes les procédures subséquentes qui ont abouti au présent pourvoi.

À la requête de l'intimée, la CAS, l'appel devant la Cour de district a été rejeté pour le motif que le débat était théorique étant donné que plus aucun litige n'opposait les parties et que la *Child Welfare Act* avait été abrogée et remplacée par la *Loi de 1984 sur les services à l'enfance et à la famille*, L.O. 1984, ch. 55 ((1985), 32 A.C.W.S. (2d) 149 (le juge Webb)). À la suite d'un appel subséquent, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que la Cour de district avait commis une erreur en rejetant le premier appel, et lui a renvoyé l'affaire pour qu'elle la tranche au fond, c'est-à-dire pour qu'elle statue sur le droit des parents de déterminer le traitement médical que subira leur enfant et sur la constitutionnalité de la *Child Welfare Act*: (1988), 63 O.R. (2d) 385, 47 D.L.R. (4th) 388, 15 R.F.L. (3d) 388 (les juges Grange et Krever, le juge Griffiths étant dissident).

La Cour de district a donc réentendu l'appel au fond. Cette audition a pris la forme d'un nouveau procès, une nouvelle preuve étant présentée conformément au par. 122(4) (maintenant le par. 109(4)) de la Loi. L'intimé, le procureur général de l'Ontario, a appelé à témoigner six des huit experts de l'intimée, la CAS, et a contre-interrogé les témoins experts des appelants. L'audition s'est étalée sur une période de 20 jours. Le juge Whealy de la Cour de district a finalement rejeté l'appel et confirmé la constitutionnalité de la *Child Welfare Act*. Dans un addenda à ses motifs de jugement, il a ordonné à l'intimé, le procureur général de l'Ontario (alors intervenant), de payer aux appelants leurs dépens comme entre parties. Aucun des intimés, que ce soit la CAS ou le tuteur public, ne s'est vu ordonner de payer des dépens.

Les appelants ont interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario et l'intimé, le procureur général de l'Ontario, a interjeté un appel incident contre l'ordonnance sur les dépens. L'appel principal et l'appel incident ont tous deux été rejetés, sans dépens. Notre Cour a, par la suite, accordé aux appelants l'autorisation de se pourvoir, et à l'in-

eral for Ontario leave to cross-appeal from the Ontario Court of Appeal decision: [1993] 1 S.C.R. ix.

II — Judgments concerning the Issues Raised in the Cross-Appeal

Ontario District Court

Although the appellants lost on the merits, Whealy Dist. Ct. J., relying on the discretion conferred by Rule 57.01(2) of the Ontario *Rules of Civil Procedure*, O. Reg. 560/84 (hereinafter the "*Rules*"), awarded the appellants costs on a party-and-party basis against the respondent Attorney General for Ontario, for essentially the following reasons:

1. This case was distinguishable from those where it was decided that costs should not be awarded against a successful party;
2. The original litigation was triggered by state action through the respondent CAS;
3. The issue was of province-wide importance; and
4. The manner of hearing the appeal was "almost unique in that 18 fresh witnesses were heard extending over several weeks". In addition, the case proceeded in a "most unusual fashion and laborious manner for all concerned", leading to a re-trial on the basis of fresh evidence at the appellate level.

Although Whealy Dist. Ct. J. ordered costs against the respondent Attorney General for Ontario, he nonetheless agreed with the Attorney General for Ontario on two points. First, he agreed that there was no bad conduct on behalf of the Attorney General for Ontario which would justify a punitive award of costs against a successful party. Second, he agreed that the fact that the appellants were individuals of modest means (even if supported by their church) and that the Attorney General for Ontario had practically unlimited resources was not relevant to the allocation of costs, for otherwise the result would be a flood of marginal applitimé, le procureur général de l'Ontario, l'autorisation de former un pourvoi incident contre l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario: [1993] 1 R.C.S. ix.

II — Décisions concernant les questions soulevées dans le pourvoi incident

Cour de district de l'Ontario

Bien que les appelants aient perdu au fond, le juge Whealy, invoquant le pouvoir discrétionnaire conféré par la règle 57.01(2) des *Règles de procédure civile* de l'Ontario, Règl. de l'Ont. 560/84 (ci-après les «*Règles*»), a condamné l'intimé, le procureur général de l'Ontario, à payer aux appelants des dépens comme entre parties, pour essentiellement les motifs suivants:

1. L'affaire est distincte de celles où l'on a décidé de ne pas condamner aux dépens la partie obtenant gain de cause;
2. Le litige initial a été déclenché par l'action de l'État, accomplie par l'intermédiaire de l'intimée, la CAS;
3. La question est importante pour toute la province;
4. Le mode d'audition de l'appel est «quasi unique du fait que 18 nouveaux témoins ont été entendus sur une période de plusieurs semaines». En outre, l'affaire s'est déroulée «de la façon la plus inhabituelle et ardue pour tous les intéressés», aboutissant à un nouveau procès sur la foi d'une nouvelle preuve au niveau d'appel.

Bien qu'il ait condamné au dépens l'intimé, le procureur général de l'Ontario, le juge Whealy s'est néanmoins dit d'accord avec celui-ci sur deux points. Premièrement, il a convenu que le procureur général de l'Ontario n'avait pas fait preuve de conduite répréhensible qui justifierait de condamner la partie ayant obtenu gain de cause à payer des dépens punitifs. Deuxièmement, il a convenu que le fait que les appelants soient des particuliers aux moyens modestes (même s'ils recevaient le soutien de leur église) et que le procureur général de l'Ontario dispose de ressources quasi illimitées n'était pas pertinent en matière d'attribution de dépens,

1995 CanLII 115 (SCC)

cations against the Crown. To this end, Whealy Dist. Ct. J. referred to the following remarks of Osler J. in *Canadian Newspapers Co. v. Attorney-General of Canada* (1986), 56 O.R. (2d) 240 (H.C.), at p. 242: "... it is equally desirable that the Crown should not be treated as an unlimited source of funds with the result that marginal applications would be encouraged".

Ontario Court of Appeal (1992), 10 O.R. (3d) 321

136 Tarnopolsky J.A., for the majority, agreed with Whealy Dist. Ct. J. that the respondent Attorney General for Ontario was completely successful and had exhibited no "bad conduct". Furthermore, he noted, as Whealy Dist. Ct. J. had, that the available resources of the parties were irrelevant to the decision on costs and, in any event, that there was no evidence as to the appellants' or the respondent's resources.

137 Furthermore, Tarnopolsky J.A. observed that, even though the litigation in question was originally triggered by an act of the state, this was not in and of itself sufficient for granting the appellants their costs, since, on that basis, any accused person could successfully claim costs. However, he concluded that since the appellants challenged the state on the basis of freedom of religion, a "fundamental freedom" guaranteed by s. 2(*a*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, this case fell within the ambit of Rule 57.01(1)(*d*) ("the importance of the issues"), because the question raised was of "province-wide importance", "national importance" and "international significance".

138 Tarnopolsky J.A. also referred to and did not disturb Whealy Dist. Ct. J.'s finding that this case proceeded in a "most unusual fashion and laborious manner for all concerned". In addition he then made the following remarks (at pp. 355-56):

car, autrement, il en résulterait une multitude de demandes marginales contre le ministère public. À cette fin, le juge Whealy a rappelé les remarques suivantes du juge Osler dans *Canadian Newspapers Co. c. Attorney-General of Canada* (1986), 56 O.R. (2d) 240 (H.C.), à la p. 242: [TRADUCTION] «... il est tout aussi souhaitable que le ministère public ne soit pas traité comme une source de fonds intarissable de manière à encourager les demandes marginales».

Cour d'appel de l'Ontario (1992), 10 O.R. (3d) 321

Le juge Tarnopolsky a, au nom de la cour à la majorité, convenu avec le juge Whealy de la Cour de district que l'intimé, le procureur général de l'Ontario, avait obtenu gain de cause sur toute la ligne et qu'il n'avait fait preuve d'aucune «mauvaise conduite». En outre, a-t-il fait remarquer à l'instar du juge Whealy, les ressources dont disposaient les parties n'avaient rien à voir avec la décision relative aux dépens et, quoi qu'il en soit, aucune preuve n'a été produite quant aux ressources des appelants et de l'intimé.

De plus, le juge Tarnopolsky a souligné que, bien que le litige en question ait été déclenché initialement par l'action de l'État, cela ne constituait pas en soi un motif suffisant pour accorder aux appelants leurs dépens puisque, sur ce fondement, toute demande de dépens de la part d'une personne inculpée pourrait réussir. Toutefois, il a conclu que, comme les appelants s'étaient opposés à l'État en invoquant la liberté de religion, une «liberté fondamentale» garantie par l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, cette affaire relevait de la règle 57.01(1)*d*) («l'importance des questions en litige») puisque la question soulevée était d'«importance pour toute la province», d'«importance nationale» et d'«importance internationale».

Le juge Tarnopolsky a aussi mentionné, sans la modifier, la conclusion du juge Whealy que l'affaire s'est déroulée «de la façon la plus inhabituelle et ardue pour tous les intéressés». De plus, il a ensuite fait les observations suivantes (aux pp. 355 et 356):

1995 CanLII 115 (SCC)

In any event, the case before Whealy D.C.J. was complicated, the hearings were very lengthy, and were a form of retrial. The Attorney General submits that a factor that should have been considered was that the learned District Court judge found two of the appellants' witnesses "not too helpful", that he found that one of the other witnesses "did not materially advance either position put before the court", and that two others were "irrelevant". However, it was Whealy D.C.J. who heard all these witnesses and yet granted costs to the appellants. Apparently, although he did not accept their evidence in preference to that of the respondents, he did not consider the evidence on behalf of the appellants to be so "improper, vexatious or unnecessary" (rule 57.01(1)(*f*)(i)) as to override the other considerations. I do not believe that an appellate court should second-guess him on this.

[TRADUCTION] Quoi qu'il en soit, l'affaire dont était saisi le juge Whealy de la Cour de district était complexe, et les auditions ont été très longues et ont constitué une sorte de nouveau procès. Le Procureur général soutient qu'on aurait dû tenir compte du fait que le juge de la Cour de district a conclu que le témoignage de deux des témoins des appelants n'était «pas très utile», que l'un des autres témoins «n'a pas fait avancer sensiblement l'une ou l'autre position soumise à la cour», et que deux autres témoignages étaient «sans pertinence». Toutefois, le juge Whealy, qui a entendu tous ces témoins, a néanmoins accordé des dépens aux appelants. Apparemment, bien qu'il n'ait pas préféré leur témoignage à ceux des intimés, il n'a pas considéré que la preuve des appelants était «irrégulière, vexatoire ou inutile» (règle 57.01(1)*f*)(i)) au point de supplanter les autres considérations. Je ne crois pas qu'une cour d'appel doive le critiquer après coup à cet égard.

In view of the factors he identified, Tarnopolsky J.A. dismissed the respondent's argument that Whealy Dist. Ct. J.'s order as to costs would encourage marginal applications for constitutional challenges, which, in any event, was not the case here. Accordingly, Tarnopolsky J.A. affirmed Whealy Dist. Ct. J.'s order as to costs and dismissed the cross-appeal. However, he did not award costs on the appeal or the cross-appeal to the Ontario Court of Appeal. 139

Compte tenu des facteurs qu'il a identifiés, le juge Tarnopolsky a écarté l'argument de l'intimé suivant lequel l'ordonnance du juge Whealy sur les dépens encouragerait des demandes marginales de contestations constitutionnelles, ce qui, de toute façon, n'était pas le cas en l'espèce. Le juge Tarnopolsky a donc confirmé l'ordonnance du juge Whealy quant aux dépens et rejeté l'appel incident. Toutefois, il n'a accordé aucuns dépens quant à l'appel ou à l'appel incident interjeté devant la Cour d'appel de l'Ontario.

Goodman J.A. concurred with Tarnopolsky J.A. but expressed the opinion that costs should be awarded against a successful party only in exceptional cases. However, he was not persuaded that the case before him was not a proper case for such an award, and therefore concluded that he would not "interfere with the discretion exercised by the District Court judge in his award of costs to the appellants" (p. 356). 140

Le juge Goodman a souscrit aux motifs du juge Tarnopolsky, mais il s'est dit d'avis que la partie obtenant gain de cause ne devrait être condamnée aux dépens que dans des cas exceptionnels. Toutefois, comme il n'était pas convaincu qu'il ne convenait pas, dans cette affaire, d'accorder de tels dépens, il a décidé de ne pas [TRADUCTION] «intervenir dans le pouvoir discrétionnaire que le juge de la Cour de district a exercé en accordant des dépens aux appelants» (p. 356).

Houlden J.A., dissenting, would have allowed the cross-appeal on the basis that the Attorney General for Ontario was required by the *Courts of Justice Act* to intervene in the proceedings in order to uphold the validity of the legislation and, furthermore, was successful in doing so. In his view, it would "create a dangerous precedent to award 141

Dissident, le juge Houlden aurait accueilli l'appel incident pour le motif que la *Loi sur les tribunaux judiciaires* obligeait le procureur général de l'Ontario à intervenir dans les procédures afin de confirmer la validité de la loi en question et que, par ailleurs, il l'avait fait avec succès. À son avis, [TRADUCTION] «condamner aux dépens le Procu-

1995 CanLII 115 (SCC)

costs against the Attorney General in these circumstances" (p. 360).

142 I note that my colleague La Forest J. disposes of the cross-appeal in a manner similar to Goodman J.A. of the Court of Appeal. At page 390 he states:

> The order to award costs against an intervening Attorney General, acting as she is statutorily authorized to, in the public interest in favour of a party who raises the constitutionality of a statute, appears highly unusual, and only in very rare cases should this be permitted. Nevertheless, this case appears to have raised special and peculiar problems, and the District Court's exercise of discretion was supported by the Court of Appeal. I am loath to interfere with the exercise of their discretion in this case.

I, however, disagree with this conclusion for the following reasons.

III — Jurisdiction

143 At the hearing before us, the jurisdiction of this Court to interfere with the exercise of judicial discretion was raised and s. 42(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, was discussed in that regard. Section 42(1) reads:

> **42.** (1) No appeal lies to the Court from a judgment or order made in the exercise of judicial discretion except in proceedings in the nature of a suit or proceeding in equity originating elsewhere than in the Province of Quebec and except in *mandamus* proceedings.

However, this Court held in *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801, at p. 826 (*per* Wilson J.), that s. 42(1) (then s. 44(1)) does not prevent this Court from interfering with a trial judge's discretion if he or she erred in formulating the principles upon which the discretion was exercised. This is a question of law, in respect of which s. 42(1) does not apply. In addition, s. 42(1) does not preclude this Court from interfering with a trial judge's discretion if it was not exercised judicially. As Lamer J. (as he then was) indicated at p. 1657 of *R. v. Pringle*, [1989] 1 S.C.R. 1645, s. 42 of the *Supreme*

reur général, dans ces circonstances, créerait un dangereux précédent» (p. 360).

Je remarque que mon collègue le juge La Forest tranche le pourvoi incident d'une manière semblable à celle qu'a adoptée le juge Goodman de la Cour d'appel. À la page 390 de ses motifs, il écrit:

> L'ordonnance condamnant aux dépens le Procureur général qui, comme la Loi l'autorise à le faire, intervient, dans l'intérêt public, en faveur d'une partie qui soulève la question de la constitutionnalité d'une loi, paraît fort inhabituelle et ne devrait être permise que dans des cas très rares. Néanmoins, cette affaire paraît avoir soulevé des problèmes spéciaux et particuliers, et l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour de district a reçu l'appui de la Cour d'appel. Je ne suis pas disposé à intervenir dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en l'espèce.

Je ne suis, cependant, pas d'accord avec cette conclusion pour les motifs qui suivent.

III — Compétence

Lors de l'audience tenue devant nous, la question de la compétence de notre Cour pour intervenir dans l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire a été soulevée, et le par. 42(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, a été examiné à cet égard. Le paragraphe 42(1) se lit ainsi:

> **42.** (1) Ne sont pas susceptibles d'appel devant la Cour les jugements ou ordonnances rendus dans l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire, sauf dans les procédures de la nature d'une poursuite ou procédure en equity nées hors du Québec et sauf dans les procédures de *mandamus*.

Cependant, notre Cour a conclu, dans l'arrêt *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801, à la p. 826 (le juge Wilson), que le par. 42(1) (alors le par. 44(1)) ne l'empêche pas d'intervenir dans le pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance s'il a commis une erreur en formulant les principes sur lesquels il a fondé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Il s'agit d'une question de droit, à l'égard de laquelle le par. 42(1) ne s'applique pas. En outre, le par. 42(1) n'empêche pas notre Cour d'intervenir lorsque le pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance n'a pas été exercé

Court Act "aims solely at preventing parties from bringing an appeal from a purely discretionary decision" (emphasis added).

While it is true that courts of appeal should, in general, respect a trial judge's discretion and should not interfere lightly with the exercise of such a discretion, this rule is not absolute. This Court has, on numerous occasions, held that it has jurisdiction to interfere with the judicial exercise of discretion if not properly exercised. For instance, in *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549, this Court concluded that it was within the jurisdiction of the New Brunswick Court of Appeal to grant leave to appeal to a person seeking leave which was not a party to the original action and was applying out of time. Although this constituted the exercise of a discretionary power, it was reviewable by this Court. Speaking for the Court on this issue, Wilson J. had this to say (at p. 606):

> The concept of a "judicial exercise of discretion" seems to have two prerequisites, namely (1) that the subject matter be within the jurisdiction of the Court; and (2) that the Court must take into consideration all the relevant factors. [Emphasis added.]

In *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, Beetz J., writing for the Court, outlined (at pp. 155-56) the circumstances where a court of appeal could interfere with the discretion of a trial judge with respect to stays of proceedings and interlocutory injunctions by quoting the following passage from the House of Lords' unanimous decision in *Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042, at p. 1046 (*per* Lord Diplock):

> [The appellate court] may set aside the judge's exercise of his discretion on the ground that it was based on a misunderstanding of the law or of the evidence before

judiciairement. Comme le juge Lamer (maintenant Juge en chef) l'indique, à la p. 1657 de l'arrêt *R. c. Pringle*, [1989] 1 R.C.S. 1645, l'art. 42 de la *Loi sur la Cour suprême* «ne vise [. . .] qu'à empêcher les parties de porter en appel une décision purement discrétionnaire» (je souligne).

144 Même s'il est vrai que les cours d'appel devraient, en général, respecter le pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance et ne pas intervenir à la légère dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, cette règle n'est pas absolue. Notre Cour a, à maintes reprises, conclu qu'elle était compétente pour intervenir dans l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire, si celui-ci n'avait pas été exercé régulièrement. Par exemple, dans *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549, notre Cour a conclu que la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick était compétente pour accorder l'autorisation d'en appeler à une personne qui n'était cependant pas partie à l'action initiale et dont la demande était hors délai. Même s'il s'agissait là de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, celui-ci pouvait faire l'objet d'un examen par notre Cour. Le juge Wilson s'exprime ainsi, au nom de la Cour, à ce sujet (à la p. 606):

> Le concept d'un «exercice judiciaire du pouvoir discrétionnaire» semble comporter deux exigences préalables, savoir (1) que la question relève de la compétence de la cour et (2) que la cour prenne en considération tous les éléments pertinents. [Je souligne.]

145 Dans l'arrêt *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, le juge Beetz énonce, au nom de la Cour, aux pp. 155 et 156, les circonstances dans lesquelles une cour d'appel peut intervenir dans le pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance relativement aux arrêts de procédures et aux injonctions interlocutoires, en citant le passage suivant de l'arrêt unanime de la Chambre des lords *Hadmor Productions Ltd. c. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042, à la p. 1046 (lord Diplock):

> [TRADUCTION] [La cour d'appel] peut annuler la décision rendue par le juge dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, soit pour le motif que cette décision repose sur

1995 CanLII 115 (SCC)

him or on an inference that particular facts existed or did not exist, which, although it was one that might legitimately have been drawn on the evidence that was before the judge, can be demonstrated to be wrong by further evidence that has become available by the time of the appeal, or on the ground that there has been a change of circumstances after the judge made his order that would have justified his acceding to an application to vary it. Since reasons given by judges for granting or refusing interlocutory injunctions may sometimes be sketchy, there may also be occasional cases where even though no erroneous assumption of law or fact can be identified the judge's decision to grant or refuse the injunction is so aberrant that it must be set aside on the ground that no reasonable judge regardful of his duty to act judicially could have reached it.

une erreur de droit ou sur une interprétation erronée de la preuve produite devant lui ou sur une conclusion à l'existence ou à l'inexistence de certains faits, conclusion dont, bien qu'elle puisse avoir été justifiée par la preuve produite devant le juge, le caractère erroné peut être démontré par des éléments de preuve supplémentaires dont on dispose au moment de l'appel, soit pour le motif qu'après que le juge a rendu son ordonnance les circonstances ont changé d'une manière qui aurait justifié qu'il accède à une demande en modification de cette ordonnance. Puisque les raisons données par les juges pour accorder ou refuser des injonctions interlocutoires se révèlent parfois sommaires, il peut à l'occasion y avoir des cas où, bien qu'on ne puisse découvrir aucune conclusion erronée de droit ou de fait, la décision du juge d'accorder ou de refuser l'injonction est à ce point aberrante qu'elle doit être infirmée pour le motif qu'aucun juge raisonnable conscient de son obligation d'agir judiciairement aurait pu la rendre.

146 In *Elsom v. Elsom*, [1989] 1 S.C.R. 1367, this Court reviewed the exercise of a trial judge's discretion under provincial matrimonial property legislation, the *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, c. 121, to order an unequal division of the matrimonial property of the spouses upon the breakup of their marriage. While this Court unanimously concluded that the British Columbia Court of Appeal had erred in interfering with the discretion of the trial judge, Gonthier J. made the following remarks, which are particularly apposite here (at pp. 1374-75):

Courts of Appeal should be highly reluctant to interfere with the exercise of a trial judge's discretion. It is he who has the advantage of hearing the parties and is in the best position to weigh the equities of a case. The principle of non-interference has been emphasized by this Court in a number of cases concerning the division of family property. In *Harper v. Harper*, [1980] 1 S.C.R. 2, the Court did interfere with the discretion of the trial judge, but only because the trial judge had acted on certain irrelevant considerations and the Court of Appeal had been misled on a matter of evidence by one of the parties. Chief Justice Laskin for the majority wrote at p. 18:

(A)n appellate Court, and especially an ultimate Court, should ordinarily refrain from interfering with

Dans l'arrêt *Elsom c. Elsom*, [1989] 1 R.C.S. 1367, notre Cour a examiné l'exercice par un juge du pouvoir discrétionnaire, que lui conférait une loi provinciale relative aux biens matrimoniaux, la *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 121, d'ordonner un partage inégal des biens familiaux des époux à la dissolution de leur mariage. Bien que notre Cour ait conclu à l'unanimité que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait commis une erreur en intervenant dans le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance, le juge Gonthier fait les remarques suivantes qui sont particulièrement justes en l'espèce (aux pp. 1374 et 1375):

Les cours d'appel devraient avoir beaucoup d'hésitation à intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance. C'est lui qui a l'avantage d'entendre les parties et qui est le mieux placé pour apprécier l'équité d'une affaire. Cette Cour a souligné le principe de la non-intervention dans plusieurs arrêts concernant la répartition de biens familiaux. Dans l'arrêt *Harper c. Harper*, [1980] 1 R.C.S. 2, la Cour est bien intervenue dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance, mais seulement parce que celui-ci s'était fondé sur certaines considérations non pertinentes et que la Cour d'appel avait été induite en erreur par une des parties sur une question de preuve. Le juge en chef Laskin écrit au nom de la majorité à la p. 18:

(U)ne cour d'appel et particulièrement une cour de dernière instance doit habituellement éviter d'interve-

the exercise by a trial judge of the type of broad discretionary jurisdiction conferred by s. 8 of the *Family Relations Act*. . . .

In the same case, Estey J. for the minority, dissenting in part, but only as to the share the wife should have in the matrimonial home, wrote at p. 24:

> An appellate Court should be extremely reluctant to interfere with the exercise of a discretionary power by a trial judge. However, there are cases, and for the reasons given above I believe this is one, where justice demands that the exercise of discretion be reviewed.
>
> If a judge proceeds on principle properly applicable to the facts of a case and makes a decision judicially, in the exercise of his discretion, this Court will not interfere. But, if it appears that a judge has misdirected himself, or that his decision is so clearly wrong as to amount to an injustice, the Court can and should review the facts upon which the judgment ought to be given. (*Re Hull Estate per* Laidlaw J.A., ([1943] O.R. 778 (C.A.)), at p. 785.) [Emphasis added.]

In a subsequent case, this Court dealt with the discretionary nature of the direct action in nullity under art. 33 of the Quebec *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25: *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326. Referring to *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, *supra*, and adopting the observations of Lord Diplock in *Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton*, *supra*, Gonthier J. wrote, at p. 370:

> I would point out that discretion and arbitrary action should not be confused. While arbitrary action means power exercised at will, just as the person likes, discretion, though it removes the strict duty to act, is subject to certain rules. A judge hearing a direct action in nullity does not decide to do what he feels like doing, but must exercise his power of review in a judicial manner, direct himself correctly in law and observe the applicable principles. [Emphasis added.]

The power of appellate courts to interfere with a trial judge's discretion is also well recognized in criminal law (see, *inter alia*: *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at p. 698 (*per* Dickson C.J.); *R. v.*

nir dans l'exercice par un juge de première instance des larges pouvoirs discrétionnaires prévus à l'art. 8 de la *Family Relations Act* . . .

Dans le même arrêt, le juge Estey au nom de la minorité, dissident seulement quant à la part que l'épouse devait avoir dans la résidence familiale, écrit à la p. 24:

> Une cour d'appel doit avoir beaucoup de répugnance à modifier la décision d'un juge de première instance fondée sur l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Cependant, il existe des cas, et, pour les motifs que je viens d'exprimer, j'estime que le présent cas en est un, où la justice exige la révision d'une décision fondée sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.
>
> [TRADUCTION] Si un juge se fonde sur les principes applicables aux faits et tranche judiciairement, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, cette cour n'interviendra pas. Mais s'il appert qu'un juge s'est fondé sur des considérations erronées ou que sa décision est erronée au point de créer une injustice, la Cour peut et doit revoir les faits sur lesquels le jugement aurait dû être fondé. (*Re Hull Estate*, le juge d'appel Laidlaw, ([1943] O.R. 778 (C.A.)), à la p. 785.) [Je souligne.]

147 Dans une affaire subséquente, notre Cour s'est penchée sur la nature discrétionnaire de l'action directe en nullité prévue à l'art. 33 du *Code de procédure civile* du Québec, L.R.Q., ch. C-25: *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326. Invoquant l'arrêt *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, précité, et adoptant les observations de lord Diplock dans *Hadmor Productions Ltd. c. Hamilton*, précité, le juge Gonthier écrit, à la p. 370:

> Je précise qu'il ne faut pas confondre discrétion et arbitraire. Alors que l'arbitraire désigne le pouvoir exercé à sa guise, selon son bon vouloir, la discrétion elle, est assujettie, à certaines règles, même si elle écarte l'obligation stricte d'agir. Le juge saisi d'une action directe en nullité ne décide pas selon son bon plaisir ce qu'il lui plaît, mais doit exercer judiciairement son pouvoir de contrôle, bien se diriger en droit et respecter les principes qui s'appliquent. [Je souligne.]

148 Le pouvoir des cours d'appel d'intervenir dans le pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance est également bien reconnu en droit criminel (voir, notamment, *R. c. Corbett*, [1988] 1

1995 CanLII 115 (SCC)

Finta, [1994] 1 S.C.R. 701, at p. 856 (*per* Cory J.)).

149 In the same vein, although this Court has often reiterated that a court of appeal should refrain from interfering with findings of facts made by a trial judge, it has also made it clear that a court of appeal can, and should, interfere if the trial judge has made a manifest error, has ignored conclusive or relevant evidence, has misunderstood the evidence or has drawn erroneous conclusions from the evidence. In other words, a court of appeal can interfere with a trial judge's fact-finding discretion if he or she does not exercise it judicially. See: *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114, at p. 121 (*per* McLachlin J.) and all cases cited therein; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141, at pp. 188-89 (*per* L'Heureux-Dubé J.) and all cases cited therein; *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247, at pp. 1249-50 (*per* Le Dain J.); *Lewis v. Todd and McClure*, [1980] 2 S.C.R. 694, at pp. 700-701 (*per* Dickson J. (as he then was)); and *Jaegli Enterprises Ltd. v. Taylor*, [1981] 2 S.C.R. 2, at p. 4 (*per* Dickson J.).

150 In *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, this Court considered the propriety of a Federal Court of Appeal decision to reverse a decision by a motions judge of the Federal Court Trial Division to dismiss the respondent Society's application for orders in the nature of *certiorari* and mandamus to compel the Minister of Transport and Minister of Fisheries and Oceans to comply with the federal *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, SOR/84-467. Before us, the appellants argued that the Federal Court of Appeal had erred in interfering with the trial judge's exercise of discretion. La Forest J., writing for the majority, was of the opinion that a court of appeal can interfere with a trial judge's discretion when he or she "refuse[s] to take into consideration a

R.C.S. 670, à la p. 698 (le juge en chef Dickson); *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, à la p. 856 (le juge Cory)).

Dans la même veine, bien que notre Cour ait souvent réitéré qu'une cour d'appel devrait se garder d'intervenir dans les conclusions de fait d'un juge de première instance, elle a également précisé qu'une cour d'appel peut et devrait intervenir si le juge de première instance a commis une erreur manifeste, s'il n'a pas tenu compte d'un élément de preuve déterminant ou pertinent, s'il a mal compris la preuve ou en a tiré des conclusions erronées. En d'autres termes, une cour d'appel peut intervenir dans le pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance de tirer des conclusions de fait si ce dernier ne l'exerce pas judiciairement. Voir: *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114, à la p. 121 (le juge McLachlin), et toute la jurisprudence qui y est citée, *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, aux pp. 188 et 189 (le juge L'Heureux-Dubé), et toute la jurisprudence qui y est citée, *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247, aux pp. 1249 et 1250 (le juge Le Dain), *Lewis c. Todd et McClure*, [1980] 2 R.C.S. 694, aux pp. 700 et 701 (le juge Dickson (plus tard Juge en chef)), et *Jaegli Enterprises Ltd. c. Taylor*, [1981] 2 R.C.S. 2, à la p. 4 (le juge Dickson).

Dans l'arrêt *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, notre Cour s'est penchée sur l'opportunité de la décision de la Cour d'appel fédérale d'annuler la décision d'un juge des requêtes de la Section de première instance de la Cour fédérale de rejeter la demande de la société intimée visant à obtenir des ordonnances de la nature d'un *certiorari* et d'un *mandamus* qui auraient contraint le ministre des Transports et le ministre des Pêches et des Océans à respecter le *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement* fédéral, DORS/84-467. Les appelants ont fait valoir, devant notre Cour, que la Cour d'appel fédérale avait commis une erreur en intervenant dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge

1995 CanLII 115 (SCC)

major element for the determination of the case" (at p. 77, citing Beetz J.'s words in *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, at p. 588). La Forest J. therefore concluded that the Federal Court of Appeal did not err in interfering with the trial judge's discretion, since the trial judge did not adequately weigh the proper factors.

The principles governing appellate review of a lower court's exercise of discretion are also found in the following statement of Viscount Simon L.C. in *Charles Osenton & Co. v. Johnston*, [1942] A.C. 130, at p. 138 (reproduced by La Forest J. in *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, *supra*, at pp. 76-77):

> The law as to the reversal by a court of appeal of an order made by the judge below in the exercise of his discretion is well-established, and any difficulty that arises is due only to the application of well-settled principles in an individual case. The appellate tribunal is not at liberty merely to substitute its own exercise of discretion for the discretion already exercised by the judge. In other words, appellate authorities ought not to reverse the order merely because they would themselves have exercised the original discretion, had it attached to them, in a different way. But if the appellate tribunal reaches the clear conclusion that there has been a wrongful exercise of discretion in that no weight, or no sufficient weight, has been given to relevant considerations such as those urged before us by the appellant, then the reversal of the order on appeal may be justified. [Emphasis added.]

In light of this jurisprudence, I conclude that it is well within the powers of a court of appeal, and consequently within the powers of this Court, to interfere with a trial judge's wrongful exercise of discretion. The case law clearly indicates that awards of costs, while within judicial discretion, can be reviewed by an appellate court on the basis

de première instance. Le juge La Forest a, au nom de la Cour à la majorité, exprimé l'avis qu'une cour d'appel peut intervenir dans le pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance lorsqu'il «refus[e] de tenir compte d'un élément prépondérant en l'espèce» (à la p. 77, citant les propos du juge Beetz dans l'arrêt *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, à la p. 588). Le juge La Forest a donc conclu que la Cour d'appel fédérale n'avait pas commis d'erreur en intervenant dans le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance, puisque ce dernier n'avait pas soupesé adéquatement les facteurs pertinents.

Les principes qui régissent le contrôle par une cour d'appel de l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un tribunal d'instance inférieure sont également exposés dans l'énoncé suivant du lord chancelier le vicomte Simon, dans *Charles Osenton & Co. c. Johnston*, [1942] A.C. 130, à la p. 138 (reproduit par le juge La Forest dans *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, précité, aux pp. 76 et 77):

> [TRADUCTION] La règle relative à l'annulation par une cour d'appel d'une ordonnance rendue par un juge d'une instance inférieure dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire est bien établie, et tous les problèmes qui se présentent résultent seulement de l'application de principes déterminés à un cas particulier. Le tribunal d'appel n'a pas la liberté de simplement substituer l'exercice de son propre pouvoir discrétionnaire à celui déjà exercé par le juge. En d'autres termes, les juridictions d'appel ne devraient pas annuler une ordonnance pour la simple raison qu'elles auraient exercé le pouvoir discrétionnaire original, s'il leur avait appartenu, d'une manière différente. Toutefois, si le tribunal d'appel conclut que le pouvoir discrétionnaire a été exercé de façon erronée, parce qu'on n'a pas accordé suffisamment d'importance, ou qu'on n'en a pas accordé du tout, à des considérations pertinentes comme celles que l'appelante a fait valoir devant nous, il est alors possible de justifier l'annulation de l'ordonnance. [Je souligne.]

Compte tenu de cette jurisprudence, je conclus qu'il est tout à fait conforme aux pouvoirs d'une cour d'appel et, par conséquent, à ceux de notre Cour d'intervenir dans l'exercice erroné du pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance. La jurisprudence indique clairement que, même si elle relève du pouvoir discrétionnaire

1995 CanLII 115 (SCC)

that they were made, *inter alia*, on wrong principles, on a misapprehension of significant facts or in a non-judicial manner. See also: *539618 Ontario Ltd. v. Stathopoulos* (1992), 11 O.R. (3d) 364 (C.A.), at p. 380 (*per* Osborne J.A.); *Prodon v. Vickrey* (1988), 31 C.P.C. (2d) 264 (Alta. Q.B.), at pp. 265-66 (*per* Matheson J.); *Nolet v. Nolet* (1985), 68 N.S.R. (2d) 370 (C.A.), at p. 374 (*per* Macdonald J.A.); *Smov Industrie Ceramiche S.P.A. v. Sole Ceramic Importing Ltd.* (1983), 141 D.L.R. (3d) 672 (Ont. H.C.), at p. 674 (*per* Parker J.); *Andrews v. Andrews* (1980), 120 D.L.R. (3d) 252 (Ont. C.A.), at p. 259 (*per* Houlden J.A.); *Kalesky v. Kalesky* (1974), 51 D.L.R. (3d) 30 (Ont. C.A.), at p. 32 (*per* Gale C.J.O.); and *Donald Campbell and Co. v. Pollak*, [1927] A.C. 732 (H.L.).

153 Moreover, as to costs, s. 47 of the *Supreme Court Act* specifically grants the Supreme Court of Canada a wide discretion with respect to lower courts' costs orders:

> **47.** The Court may, in its discretion, order the payment of the costs of the court appealed from, of the court of original jurisdiction, and of the appeal, or any part thereof, whether the judgment is affirmed, or is varied or reversed.

154 In my opinion, the above disposes of the question of whether or not this Court has jurisdiction to review a costs order made by a lower court. It clearly does have such jurisdiction. The question which remains, however, is whether or not, on the facts of this case, the costs order in question, which has already been upheld on an earlier cross-appeal to the Ontario Court of Appeal, should be reversed by this Court.

IV — The Costs

155 The long-standing rule regarding costs is that they are generally awarded to a successful party, absent misconduct on his or her part. A successful litigant has a reasonable expectation that his or her costs will be paid by the unsuccessful party. The

judiciaire, l'attribution de dépens peut être contrôlée par une cour d'appel pour le motif, notamment, qu'elle est fondée sur des principes erronés ou une mauvaise compréhension de faits importants, ou parce qu'elle a été faite d'une manière non judiciaire. Voir également: *539618 Ontario Ltd. c. Stathopoulos* (1992), 11 O.R. (3d) 364 (C.A.), à la p. 380 (le juge Osborne), *Prodon c. Vickrey* (1988), 31 C.P.C. (2d) 264 (B.R. Alb.), aux pp. 265 et 266 (le juge Matheson), *Nolet c. Nolet* (1985), 68 N.S.R. (2d) 370 (C.A.), à la p. 374 (le juge Macdonald), *Smov Industrie Ceramiche S.P.A. c. Sole Ceramic Importing Ltd.* (1983), 141 D.L.R. (3d) 672 (H.C. Ont.), à la p. 674 (le juge Parker), *Andrews c. Andrews* (1980), 120 D.L.R. (3d) 252 (C.A. Ont.), à la p. 259 (le juge Houlden), *Kalesky c. Kalesky* (1974), 51 D.L.R. (3d) 30 (C.A. Ont.), à la p. 32 (le juge en chef Gale), et *Donald Campbell and Co. c. Pollak*, [1927] A.C. 732 (H.L.).

Par ailleurs, en ce qui concerne les dépens, l'art. 47 de la *Loi sur la Cour suprême* confère expressément à la Cour suprême du Canada un large pouvoir discrétionnaire relativement aux ordonnances rendues en la matière par les tribunaux d'instance:

> **47.** La Cour a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner le paiement des dépens des juridictions inférieures, y compris du tribunal de première instance, ainsi que des frais d'appel, en tout ou en partie, quelle que soit sa décision finale sur le fond.

À mon avis, cette disposition résout la question de savoir si notre Cour a compétence pour contrôler les ordonnances en matière de dépens rendues par un tribunal d'instance. Elle a nettement compétence pour le faire. La question qui demeure, toutefois, est de savoir si, compte tenu des faits de la présente affaire, notre Cour devrait annuler l'ordonnance rendue en l'espèce sur les dépens, que la Cour d'appel de l'Ontario a déjà maintenue à la suite d'un appel incident antérieur.

IV — Les dépens

Selon la règle qui s'applique depuis longtemps en la matière, des dépens sont généralement accordés à la partie qui obtient gain de cause, à moins d'une conduite répréhensible de sa part. Cette même partie s'attend donc raisonnablement à

rationale for this rule is based on the fact that, had the unsuccessful party initially agreed to the position of the successful one, no costs would have been incurred by the successful party. Accordingly, it is only logical that the party who has been found to be wrong must be ready to support the costs of a litigation that could have been avoided.

Mark M. Orkin states the general rule as follows in his book *The Law of Costs* (2nd ed. 1993), at pp. 2-17 and 2-18, para. 205.2:

> Prior to the enactment of [Ontario Rule 57.01] . . . the law had been well settled that where a plaintiff is wholly successful in an action and there is no misconduct on his or her part, the plaintiff is entitled to costs on the ground that there is no material on which a court can exercise a discretion to deprive him or her of costs. The rule has also been applied where a plaintiff succeeded as to a substantial part of his claim. Similarly, a successful defendant is entitled to his or her costs on the same ground, namely, that *prima facie* the unsuccessful party is to be charged with the costs of the suit. Where it is impossible to say whether either party was successful, no order should be made as to costs.

This long-standing rule is supported by the case law. See, *inter alia*: *Downey v. Roaf* (1873), 6 P.R. 89 (Chy. Cham.), at p. 89 (*per* Blake V.C.); *In Re Pattullo and The Corporation of the Town of Orangeville* (1899), 31 O.R. 192 (H.C.), at p. 197 (*per* Armour C.J.); *London & British North America Co. v. Haigh*, [1922] 1 W.W.R. 172 (Sask. K.B.), at p. 174 (*per* MacDonald J.); *Hudson's Bay Co. v. Sjostrom*, [1924] 3 W.W.R. 271 (Sask. K.B.), at p. 271 (*per* MacDonald J.). For example, in *Villeneuve v. Rur. Mun. Kelvington*, [1929] 2 D.L.R. 919 (Sask. C.A.), at p. 925, Martin J.A. stated:

> Where a plaintiff comes to enforce a legal right and completely succeeds, and has been guilty of no misconduct, there is no material upon which a Court can exercise a discretion, and the plaintiff is entitled to his costs. *Edmanson* v. *Chilie* (1914), 7 S.L.R. 34; *Cooper* v. *Whittingham* (1880), 15 Ch. D. 501; *Civil Service Co-op Soc.* v. *Gen'l Steam Nav. Co.*, [1903] 2 K.B. 756; 23 Hals., p. 179, para. 324. As the plaintiffs in the present case have succeeded in obtaining the relief for which

ce que ses dépens soient payés par la partie perdante. Cette règle repose sur le raisonnement selon lequel, si la partie perdante avait, au départ, accepté la position de la partie gagnante, celle-ci n'aurait engagé aucuns frais. Il n'est donc que logique que la partie qui a été jugée en tort soit prête à assumer les coûts d'un litige qui aurait pu être évité.

Mark M. Orkin formule ainsi la règle générale dans son ouvrage intitulé *The Law of Costs* (2e éd. 1993), aux pp. 2-17 et 2-18, par. 205.2:

> [TRADUCTION] Avant l'adoption de [la règle 57.01 de l'Ontario] [. . .] il était bien établi que le demandeur qui avait entièrement gain de cause dans une action et qui n'était coupable d'aucune inconduite avait droit aux dépens, car il n'y avait aucune raison pour que la cour exerce son pouvoir discrétionnaire de l'en priver. La règle a également été appliquée lorsque la demande du demandeur était en grande partie accueillie. De même, un défendeur qui l'emporte a droit à ses dépens pour le même motif, c'est-à-dire qu'à première vue la partie perdante doit assumer les coûts de l'action. Lorsqu'il est impossible de dire si l'une ou l'autre partie a obtenu gain de cause, il ne devrait y avoir aucune attribution de dépens.

Cette règle de longue date est étayée par la jurisprudence. Voir, notamment, *Downey c. Roaf* (1873), 6 P.R. 89 (Chy. Cham.), à la p. 89 (le vice-chancelier Blake); *In Re Pattullo and The Corporation of the Town of Orangeville* (1899), 31 O.R. 192 (H.C.), à la p. 197 (le juge en chef Armour); *London & British North America Co. c. Haigh*, [1922] 1 W.W.R. 172 (B.R. Sask.), à la p. 174 (le juge MacDonald); *Hudson's Bay Co. c. Sjostrom*, [1924] 3 W.W.R. 271 (B.R. Sask.), à la p. 271 (le juge MacDonald). Par exemple, dans l'arrêt *Villeneuve c. Rur. Mun. Kelvington*, [1929] 2 D.L.R. 919 (C.A. Sask.), à la p. 925, le juge Martin affirme:

> [TRADUCTION] Si le demandeur qui vient faire valoir un droit a entièrement gain de cause et n'est coupable d'aucune inconduite, il n'y a aucune raison pour que la cour exerce son pouvoir discrétionnaire, et le demandeur a droit à ses dépens. *Edmanson* c. *Chilie* (1914), 7 S.L.R. 34; *Cooper* c. *Whittingham* (1880), 15 Ch. D. 501; *Civil Service Co-op Soc.* c. *Gen'l Steam Nav. Co.*, [1903] 2 K.B. 756; 23 Hals., p. 179, par. 324. Comme les demandeurs, en l'espèce, ont réussi à obtenir la réparation

1995 CanLII 115 (SCC)

they ask [action for a declaration as to the invalidity of an award and an assessment based thereon], and as they have not been guilty of any misconduct connected with the questions involved in the proceedings, they are entitled to costs. [Emphasis added.]

157 This rule, however, is not absolute. Orkin, for example, notes (*The Law of Costs*, *supra*, at p. 2-20, para. 205.2(2)):

> The principle that a successful party is entitled to his or her costs is of long standing, and should not be departed from except for very good reasons.[164] [Emphasis added.]

164. *Macfie v. Cater* (1920), 57 D.L.R. 736 (Ont. S.C.), aff'd 64 D.L.R. 511 (App. Div.).

Furthermore, in Ontario, s. 141(1) of the *Courts of Justice Act* (now s. 131), and Rules 57.01(1) and (2) of the *Rules*, clearly make the award of costs a matter for the courts' discretion and articulate guidelines for the exercise of this discretion:

> **141.** — (1) [Costs] Subject to the provisions of an Act or rules of court, the costs of and incidental to a proceeding or a step in a proceeding are in the discretion of the court, and the court may determine by whom and to what extent the costs shall be paid.

> **57.01** (1) [Factors in Discretion] In exercising its discretion under section 141 [now s. 131] of the *Courts of Justice Act, 1984* to award costs, the court may consider, in addition to the result in the proceeding and any offer to settle made in writing,
>
> (a) the amount claimed and the amount recovered in the proceeding;
>
> (b) the apportionment of liability;
>
> (c) the complexity of the proceeding;
>
> (d) the importance of the issues;
>
> (e) the conduct of any party that tended to shorten or to lengthen unnecessarily the duration of the proceeding;
>
> (f) whether any step in the proceeding was,
>
> (i) improper, vexatious or unnecessary, or
>
> (ii) taken through negligence, mistake or excessive caution;

demandée [action en vue d'obtenir un jugement déclarant invalides une sentence et une évaluation fondée sur celle-ci], et puisqu'ils n'ont été coupables d'aucune inconduite liée aux questions soulevées dans les procédures, ils ont droit aux dépens. [Je souligne.]

Cette règle n'est toutefois pas absolue. Orkin, par exemple, souligne ceci (*The Law of Costs*, *op. cit.*, à la p. 2-20, par. 205.2(2)):

> [TRADUCTION] Le principe voulant que la partie qui obtient gain de cause ait droit à ses dépens vaut depuis longtemps et ne devrait être écarté que pour de très bonnes raisons.[164] [Je souligne.]

164. *Macfie c. Cater* (1920), 57 D.L.R. 736 (C.S. Ont.), conf. par 64 D.L.R. 511 (Div. d'appel).

De plus, en Ontario, le par. 141(1) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* (maintenant l'art. 131) et les règles 57.01(1) et (2) des *Règles*, font nettement relever la question de l'attribution de dépens du pouvoir discrétionnaire des tribunaux et énoncent des directives régissant l'exercice de ce pouvoir:

> [TRADUCTION] **141.** — (1) [Dépens] Sous réserve des dispositions d'une loi ou des règles de pratique, les dépens de l'instance ou d'une mesure prise dans le cadre de celle-ci, et qui sont accessoires à l'instance ou à la mesure, ceux qui les paient et la part qui incombe à chacun relèvent du pouvoir discrétionnaire du tribunal.

> **57.01** (1) [Pouvoir discrétionnaire du tribunal] Dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'adjudication des dépens que lui confère l'article 141 [maintenant l'art. 131] de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*, le tribunal peut prendre en considération, outre le résultat de l'instance et l'offre de transaction présentée par écrit:
>
> a) le montant demandé dans l'instance et le montant obtenu;
>
> b) le partage de la responsabilité;
>
> c) le degré de complexité de l'instance;
>
> d) l'importance des questions en litige;
>
> e) la conduite d'une partie qui a eu pour effet d'abréger ou de prolonger inutilement la durée de l'instance;
>
> f) une mesure prise dans l'instance qui:
>
> (i) était irrégulière, vexatoire ou inutile,
>
> (ii) l'a été par négligence, erreur ou prudence excessive;

1995 CanLII 75 (SCC)

(g) a party's denial of or refusal to admit anything that should have been admitted;

(h) whether it is appropriate to award any costs or more than one set of costs where a party,

(i) commenced separate proceedings for claims that should have been made in one proceeding, or

(ii) in defending a proceeding separated unnecessarily from another party in the same interest or defended by a different solicitor; and

(i) any other matter relevant to the question of costs.

(2) [Costs Against Successful Party] The fact that a party is successful in a proceeding or a step in a proceeding does not prevent the court from awarding costs against the party in a proper case. [Emphasis added.]

Rule 57.01(2) provides that costs may be awarded against a successful party "in a proper case". Therefore, the question in this cross-appeal turns on whether or not this case was "a proper case", within the meaning of Rule 57.01(2), for an award of costs against a successful party, in this case the respondent Attorney General for Ontario. Whealy Dist. Ct. J.'s reasons for awarding costs against the respondent Attorney General for Ontario (then an intervener) are succinctly put in the following extract from his decision:

As well, it was argued that there was no bad conduct justifying a punitive award of costs as against the successful party. With that particular argument, I entirely agree.

The appellants argued that an important factor was that the Court of Appeal, by a majority, had held that the issue argued on the appeal was of province-wide importance and that the manner of hearing the appeal was almost unique in that 18 fresh witnesses were heard extending over several weeks, having the effect of almost making the appellate court a trial court. It was pointed out as well that the litigation was originally triggered by an act of the state in the guise of the Children's Aid Society of Metropolitan Toronto.

g) la dénégation, par une partie, d'un fait qui aurait dû être reconnu ou son refus de reconnaître un tel fait;

h) l'opportunité de condamner aux dépens d'une ou de plusieurs instances, si une partie:

(i) a introduit des instances distinctes relativement à des demandes qui auraient dû être jointes dans une seule instance,

(ii) a séparé inutilement sa défense de celle d'une autre partie ayant le même intérêt ou s'est fait représenter par un procureur distinct;

i) les autres facteurs pertinents à la question des dépens.

(2) [Condamnation aux dépens d'une partie qui obtient gain de cause] Le fait qu'une partie obtienne gain de cause dans une instance ou dans une étape d'une instance n'empêche pas le tribunal de la condamner aux dépens, le cas échéant. [Je souligne.]

158 La règle 57.01(2) prévoit qu'une partie obtenant gain de cause peut se voir condamnée aux dépens, «le cas échéant». Par conséquent, la question dans le présent pourvoi incident est de savoir si, en l'espèce, il convient, en vertu de la règle 57.01(2), de condamner aux dépens la partie qui obtient gain de cause, en l'occurrence l'intimé, le procureur général de l'Ontario. Les motifs du juge Whealy de condamner ce dernier (alors un intervenant) aux dépens sont exposés succinctement dans l'extrait suivant de sa décision:

[TRADUCTION] De même, on a fait valoir qu'il n'y avait aucune inconduite justifiant de condamner la partie obtenant gain de cause à payer des dépens punitifs. Je suis entièrement d'accord avec cet argument.

Les appelants soutiennent qu'il importe de souligner que la Cour d'appel à la majorité a conclu que la question débattue en appel était d'importance pour toute la province et que le mode d'audition de l'appel était quasi unique du fait que 18 nouveaux témoins ont été entendus sur une période de plusieurs semaines, ce qui a presque eu pour effet de transformer la cour d'appel en un tribunal de première instance. On a souligné également que le litige avait été déclenché initialement par l'action de l'État, accomplie par l'intermédiaire de la société d'aide à l'enfance.

1995 CanLII 115 (SCC)

This case proceeded in a most unusual fashion and laborious manner for all concerned, and I am not aware of any cases where a first level appeal from a decision of a trial judge has gone to this circuitous route and ended up with the appeal being transformed into what amounts to a re-trial on fresh evidence. [Emphasis added.]

159 The appellants agreed with these reasons and advanced the following arguments before us in support of the District Court's order as to costs:

1. The interests of the parties were properly balanced in accordance with the discretion conferred by Rule 57.01, even in the absence of serious misconduct;
2. The importance of the question and the unusual background of the case were proper factors to be considered under Rule 57.01;
3. The Attorney General for Ontario "fully participated" as a party in the District Court hearing;
4. The court's discretion over costs is a powerful check to discourage non-meritorious applications. Furthermore, the granting in this case of an order for costs against the Attorney General for Ontario will not open the floodgates for other such orders against the Attorney General;
5. The proceedings and the number of witnesses called by the respondent were exceptional, amounting to unusual factors;
6. The constitutional challenge served a vital public interest; and
7. The appellants had no choice but to turn to the courts in order to remedy a vital public-law issue involving the interests of children and families throughout Ontario. It was the appellants' only alternative because they were "turned away by the legislature" which did not address their submissions on the *Child and Family Services Act, 1984*, presented to the Ontario Legislature in February, 1984.

L'affaire s'est déroulée de la façon la plus inhabituelle et ardue pour tous les intéressés et je ne suis au courant d'aucune affaire où l'appel de premier niveau interjeté à l'encontre d'une décision d'un juge de première instance a emprunté ce détour pour finir par se transformer en ce qui équivaut à un nouveau procès fondé sur une nouvelle preuve. [Je souligne.]

Les appelants adhèrent à ces motifs et avancent devant nous les arguments suivants à l'appui de l'ordonnance de la Cour de district sur les dépens:

1. Les intérêts des parties ont été bien soupesés conformément au pouvoir discrétionnaire conféré par la règle 57.01, même en l'absence d'une inconduite grave;
2. L'importance de la question en litige et le contexte inhabituel de l'affaire étaient des facteurs à considérer en vertu de la règle 57.01;
3. Le procureur général de l'Ontario «a participé pleinement» à titre de partie à l'audience devant la Cour de district;
4. Le pouvoir discrétionnaire de la cour en matière de dépens contribue fortement à décourager les demandes sans fondement. En outre, le fait de condamner ici aux dépens le procureur général de l'Ontario ne déclenchera pas une avalanche d'autres ordonnances de cette nature contre le Procureur général;
5. Les procédures et le nombre de témoins appelés par l'intimé étaient exceptionnels, ce qui en fait des facteurs inhabituels;
6. La contestation constitutionnelle servait un intérêt public vital; et
7. Les appelants n'avaient d'autre choix que de s'adresser aux tribunaux pour faire trancher une question de droit public vitale qui mettait en cause les intérêts des enfants et des familles partout en Ontario. Les appelants n'avaient d'autre solution puisqu'ils ont été «écartés par le législateur» qui a fait la sourde oreille aux prétentions sur la *Loi de 1984 sur les services à l'enfance et à la famille*, qu'elles ont soumises à la législature de l'Ontario en février 1984.

1995 CanLII 150 (SCC)

The respondent's arguments against the District Court's order as to costs, on the other hand, can be summarized as follows:

1. Serious misconduct is the only ground to award costs against a successful party;

2. The relative resources of the parties is not a relevant factor. No evidence was adduced regarding the resources of the appellants, nor was there any evidence to suggest that the Attorney General for Ontario possesses unlimited resources. Treating the Crown as an unlimited source of funds is contrary to public policy and will result in the encouragement of marginal applications for constitutional challenges;

3. The fact that the litigation may have been originally triggered by the CAS, a state actor, is not a sufficient basis to award costs against the Attorney General for Ontario, since the CAS acted without misconduct to protect the life of an infant under a constitutionally valid statute;

4. The issue here was not one of special importance as provided for in Rule 57.01(1). If it were, every constitutional challenge or other litigation involving a public law issue would warrant costs being awarded against the state, even where the state is successful in the litigation. Given the number of Notices of Constitutional Questions received each year, such a ruling could expose government to enormous financial liability and is, therefore, a "dangerous precedent";

5. The fact that the *Child Welfare Act* was being constitutionally challenged as violating the appellants' freedom of religion is also not a sufficient basis for awarding costs against a successful party;

En revanche, les arguments de l'intimé contre l'ordonnance rendue par la Cour de district, quant aux dépens, peuvent être résumés ainsi: 160

1. Seule l'inconduite grave peut justifier la condamnation aux dépens de la partie obtenant gain de cause;

2. Les ressources relatives des parties ne sont pas un facteur pertinent. Aucune preuve n'a été présentée concernant les ressources des appelants, et aucune preuve n'a donné à entendre que le procureur général de l'Ontario possède des ressources illimitées. Traiter le ministère public comme une source de fonds intarissable est contraire à l'ordre public et aura pour effet d'encourager les demandes marginales de contestations constitutionnelles;

3. Le fait que le litige puisse avoir été déclenché initialement par la CAS, un acteur de l'État, n'est pas une raison suffisante pour condamner aux dépens le procureur général de l'Ontario puisque la CAS a agi correctement pour protéger la vie d'une enfant en bas âge en vertu d'une mesure législative constitutionnelle;

4. La question en l'espèce ne revêtait aucune importance particulière au sens de la règle 57.01(1). Le cas échéant, toute contestation constitutionnelle ou autre litige soulevant une question de droit public justifierait que l'État soit condamné aux dépens, même lorsque ce dernier obtient gain de cause. Étant donné le nombre d'avis de questions constitutionnelles reçus chaque année, une telle décision risquerait d'imposer au gouvernement une lourde responsabilité financière, et elle constitue donc un «dangereux précédent»;

5. Le fait que la constitutionnalité de la *Child Welfare Act* ait été contestée pour le motif que cette loi violait la liberté de religion des appelants n'est pas non plus un motif suffisant pour condamner aux dépens la partie qui obtient gain de cause;

1995 CanLII 115 (SCC)

6. There was nothing "unusual" about this case for the purpose of awarding costs; and

7. This case is not a "proper case" for awarding costs against a successful party under Rule 57.01(2).

161 Before dealing specifically with the parties' respective submissions, I will briefly discuss one factor which Whealy Dist. Ct. J. specifically considered, that is the relative resources of the litigants as a factor in the awarding of costs. Whealy Dist. Ct. J. indicated, rightly in my view, that this was not one of the factors he relied upon in reaching his decision. In this respect, I note that Ontario Rule 57.01 does not include the resources available to the parties as one of the factors to be considered by courts when exercising their discretion on costs under s. 141 of the Act. Orkin, discussing the appropriateness of relying on this factor, commented (*The Law of Costs*, *supra*, at p. 2-32, para. 205.2(2)):

> The fact that the imposition of costs would cause financial hardship is not sufficient to displace the ordinary rule that costs should follow the event.

(See also: *Wawrzyniak v. Jagiellicz* (1988), 9 A.C.W.S. (3d) 175 (Ont. H.C.).) In addition, as the respondent points out, in the case at hand, there was no evidence regarding the resources of the appellants, nor was there any evidence to suggest that the Attorney General for Ontario possesses unlimited resources. In any event, as I already noted, the resources available to the parties should not generally be a relevant factor in awarding costs. This is particularly true with respect to the supposed "unlimited resources" of the Attorney General for Ontario. In this respect, the comments of Osler J. in *Canadian Newspapers Co. v. Attorney-General of Canada*, *supra* (at p. 242), are apposite in the present appeal:

> The legislation herein questioned obviously represents an attempt to balance various interests and although its legislative history makes it apparent that a challenge

6. Il n'y avait rien d'«inhabituel» dans la présente affaire aux fins de l'attribution de dépens; et

7. Il ne convient pas en l'espèce, de condamner aux dépens la partie qui obtient gain de cause, en application de la règle 57.01(2).

Avant de me pencher plus spécifiquement sur les arguments respectifs des parties, je discuterai brièvement d'un facteur que le juge Whealy de la Cour de district a expressément considéré comme pouvant affecter l'attribution de dépens, celui des ressources relatives des parties. Le juge Whealy a indiqué, à juste titre selon moi, que ce n'était pas là un des facteurs dont il avait tenu compte en rendant sa décision. À cet égard, je remarque que la règle 57.01 de l'Ontario n'inclut pas les ressources dont disposent les parties parmi les facteurs dont les tribunaux doivent tenir compte en exerçant le pouvoir discrétionnaire en matière de dépens que leur confère l'art. 141 de la Loi. Orkin, discutant de l'opportunité de se fonder sur ce facteur, fait observer ceci (*The Law of Costs*, *op. cit.*, à la p. 2-32, par. 205.2(2)):

> [TRADUCTION] Le fait que la condamnation aux dépens causerait un préjudice financier n'est pas suffisant pour écarter la règle normale voulant que les dépens suivent l'issue de la cause.

(Voir aussi: *Wawrzyniak c. Jagiellicz* (1988), 9 A.C.W.S. (3d) 175 (H.C. Ont.).) De plus, comme le souligne l'intimé, en l'espèce, il n'y avait aucune preuve relative aux ressources des appelants, ni aucune preuve donnant à entendre que le procureur général de l'Ontario possède des ressources illimitées. Quoi qu'il en soit, je le répète, les ressources dont disposent les parties ne devraient pas, en règle générale, constituer un facteur pertinent en matière d'attribution de dépens. Cela est particulièrement vrai à l'égard des prétendues «ressources illimitées» du procureur général de l'Ontario. À cet égard, les commentaires du juge Osler dans *Canadian Newspapers Co. c. Attorney-General of Canada*, précité (à la p. 242), sont à propos dans le présent pourvoi:

> [TRADUCTION] La loi mise en cause en l'espèce constitue de toute évidence une tentative de pondérer divers intérêts et, bien que son historique législatif fasse ressortir

was expected, there is nothing in the legislation or in the actions of Parliament or of the Government of Canada to invite such an award [costs on a solicitor-and-client basis, or at least party-and-party basis]. While it is desirable that *bona fide* challenge is not to be discouraged by the necessity for the applicant to bear the entire burden, it is equally desirable that the Crown should not be treated as an unlimited source of funds with the result that marginal applications would be encouraged. [Emphasis added.]

qu'une contestation était prévue, rien dans la loi ou dans les actions du Parlement ou du gouvernement du Canada n'appelle une telle attribution [de dépens sur la base avocat-client, ou à tout le moins comme entre parties]. Bien qu'il soit souhaitable qu'une contestation de bonne foi ne soit pas découragée par la nécessité pour le requérant d'assumer tout le fardeau, il est tout aussi souhaitable que le ministère public ne soit pas traité comme une source de fonds intarissable de manière à encourager les demandes marginales. [Je souligne.]

It is, in my view, contrary to public policy that an Attorney General be, as a matter of course, treated as having an unlimited source of funds and for that sole reason be required, even if successful, to pay the other party's costs. Such a result could open the floodgates and result in encouraging marginal applications for constitutional challenges. The policy considerations against relying on the supposed unlimited resources of the Attorney General for Ontario as a reason for awarding costs against such a government actor are even stronger in light of the fact that, as the respondent indicates, the Attorney General for Ontario is served with a growing number of Notices of Constitutional Questions every year (over 400 in 1991). The same reasoning applies, of course, with respect to the Attorney General of Canada.

Il est, à mon avis, contraire à l'ordre public de 162
traiter automatiquement le Procureur général comme une source de fonds intarissable et de l'obliger, pour ce seul motif, à payer les frais de la partie adverse même s'il obtient gain de cause. Un tel résultat risquerait de déclencher une avalanche et d'encourager les demandes marginales de contestations constitutionnelles. Les considérations de principe qui militent contre les prétendues ressources illimitées du procureur général de l'Ontario comme motif de condamner aux dépens ce représentant du gouvernement sont d'autant plus solides que, comme l'intimé l'indique, le procureur général de l'Ontario reçoit, chaque année, un nombre croissant d'avis de questions constitutionnelles (plus de 400 en 1991). Le même raisonnement vaut, bien sûr, à l'égard du procureur général du Canada.

1995 CanLII 115 (SCC)

In saying the above, however, I should not be understood as setting out an absolute rule. There are cases where the government will be required to bear the costs of a particular litigation. Such a result will occur where it is in the government's interest or that of the public to have a matter decided by the courts, such as the interpretation of legislation, constitutional rulings of particular importance, etc. However, generally in such cases there is a prior understanding that the costs will be borne by the government, independently of the result. Such was the case in *Attorney General of Quebec v. Labrecque*, [1980] 2 S.C.R. 1057, where the issues to be decided were (1) whether the Quebec Provincial Court or an arbitrator under the collective agreement had jurisdiction to render judgment on a $168 claim by a casual employee of the Quebec government; and (2) what was the nature of the contractual relationship between the casual

Je ne voudrais toutefois pas que l'on voie, dans 163
ces propos, l'énonciation d'une règle absolue. Dans certains cas, le gouvernement sera contraint d'assumer les frais d'un litige particulier. Il en sera ainsi lorsqu'il est dans l'intérêt du gouvernement ou du public de voir une question tranchée par les tribunaux, notamment en ce qui concerne l'interprétation d'une loi, les décisions constitutionnelles d'importance particulière, etc. Toutefois, en général, dans ces cas, il est convenu à l'avance que les frais seront assumés par le gouvernement, indépendamment du résultat. C'est ce qui s'est produit dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Labrecque*, [1980] 2 R.C.S. 1057, où il s'agissait de déterminer (1) si la Cour provinciale du Québec ou un arbitre désigné en vertu de la convention collective étaient compétents pour rendre jugement sur une réclamation de 168 $ par un employé occasionnel du gouvernement du Québec, et (2) quelle

employee and the government. The appellant, the Attorney General of Quebec, had accepted to bear the costs, whether or not he was successful (see p. 1086, *per* Beetz J.).

164 In *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, leave to appeal was granted by this Court on the basis that the appellant government would pay the respondent's costs in any event, since the validity of s. 32 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48, as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 150, s. 5, was no longer an issue in the appeal ([1990] 2 S.C.R. x, and *Bulletin of Proceedings of the Supreme Court of Canada*, November 16, 1990, at p. 2400 (Wilson, Sopinka and McLachlin JJ.)). See also: *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575, at p. 598 (*per* Martland J.); and *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, at pp. 384-85 (*per* Estey J.).

165 In addition, where the litigation might have been discontinued had it not been for the public interest to decide the issue, costs may be allocated even against a successful party, whatever its status or its resources. This is also the case where public interest requires that, regardless of the limited interests of the parties or even of the lack of resources of the parties, the court should decide the case. On that issue, see: *Coronation Insurance Co. v. Taku Air Transport Ltd.*, [1991] 3 S.C.R. 622, at pp. 646-48 (*per* Cory J.); and *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374, at pp. 444-48 (*per* L'Heureux-Dubé J.).

166 Thus, there are clearly cases where the government is required to pay the costs of a particular litigation regardless of its outcome. However, these cases remain very limited exceptions, usually dealt with at the time leave is granted, and are not based on the relative resources of the parties but rather on the importance for the government or the public of having a particular issue decided by the courts, independently of the result.

était la nature de la relation contractuelle entre l'employé occasionnel et le gouvernement. L'appelant, le procureur général du Québec, avait accepté d'assumer les dépens, qu'il obtienne ou non gain de cause (voir p. 1086, le juge Beetz).

Dans l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, notre Cour a accordé l'autorisation de pourvoi en tenant pour acquis que le gouvernement appelant paierait les dépens de l'intimé en tout état de cause, puisque la validité de l'art. 32 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48, mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 150, art. 5, n'était plus en cause dans le pourvoi ([1990] 2 R.C.S. x, et *Bulletin des procédures de la Cour suprême du Canada*, le 16 novembre 1990, à la p. 2400 (les juges Wilson, Sopinka et McLachlin)). Voir également: *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575, à la p. 598 (le juge Martland), et *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, aux pp. 384 et 385 (le juge Estey).

En outre, lorsque le litige aurait pu être abandonné n'eût été l'intérêt du public à ce que la question soit tranchée, même la partie qui obtient gain de cause peut être condamnée aux dépens, peu importe son statut et ses ressources. C'est également le cas lorsque l'intérêt public requiert que la cour tranche l'affaire malgré les intérêts limités des parties ou même l'insuffisance de leurs ressources. Voir, à ce propos: *Coronation Insurance Co. c. Taku Air Transport Ltd.*, [1991] 3 R.C.S. 622, aux pp. 646 à 648 (le juge Cory), et *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374, aux pp. 444 à 448 (le juge L'Heureux-Dubé).

Ainsi, il y a manifestement des cas où le gouvernement est tenu de payer les frais d'un litige donné, peu importe l'issue de celui-ci. Toutefois, ces cas, qui demeurent des exceptions très limitées, sont en général décidés au moment où l'autorisation est accordée et sont fondés non pas sur les ressources relatives des parties, mais plutôt sur l'importance pour le gouvernement ou le public qu'une question donnée soit tranchée par les tribunaux, indépendamment du résultat du litige.

In light of the above, Whealy Dist. Ct. J. was correct, on the facts of this case, in not basing his order for costs on the relative resources of the parties. I also support his finding that there was no misconduct on the part of the Attorney General for Ontario.

Vu ce qui précède et compte tenu des faits de la présente affaire, le juge Whealy de la Cour de district a eu raison de ne pas fonder son ordonnance en matière de dépens sur les ressources relatives des parties. J'adhère également à sa conclusion qu'il n'y a pas eu d'inconduite de la part du procureur général de l'Ontario. 167

Based on this second finding, the Attorney General for Ontario submits that Whealy Dist. Ct. J.'s costs order was inappropriate on the grounds that misconduct is the only factor which justifies the allocation of costs against a successful party. The Attorney General for Ontario relies for this proposition on several cases, including *Hartford v. Langdon Coach Lines Co.* (1975), 10 O.R. (2d) 617 (H.C.). In that case, Lerner J. held (at p. 621) that there must be misconduct on the part of a successful party in order for costs to be awarded against it. This decision, however, predates the inclusion of Rule 57.01(2) in the Ontario *Rules*. *Wismer v. Javelin International Ltd.* (1982), 38 O.R. (2d) 26 (H.C.), at p. 34 (*per* Hughes J.), also suggests that misconduct on the part of the successful party is one reason for awarding costs against it, but it does not go so far as to say that misconduct is the only reason to award costs against a successful party. The cases of *Attorney-General of Quebec v. Cronier* (1981), 63 C.C.C. (2d) 437 (Que. C.A.), at pp. 449-50 (*per* L'Heureux-Dubé J.A. (as I then was)) and *R. v. Pawlowski* (1993), 20 C.R. (4th) 233 (Ont. C.A.), at p. 237 (*per* Galligan J.A.) dealt with the inherent jurisdiction of superior courts to award costs against the Crown in criminal cases. However, in these cases, unlike the present appeal which is governed by Ontario Rule 57.01(2), there was no applicable statute which gave the courts discretion to order costs against a successful party.

Le procureur général de l'Ontario se fonde sur cette seconde conclusion pour soutenir que l'ordonnance du juge Whealy, quant aux dépens, était inappropriée pour le motif que seule l'inconduite justifie la condamnation aux dépens de la partie qui obtient gain de cause. Le procureur général de l'Ontario invoque, à l'appui de cette proposition, plusieurs décisions, dont l'arrêt *Hartford c. Langdon Coach Lines Co.* (1975), 10 O.R. (2d) 617 (H.C.). Dans cette affaire, le juge Lerner a conclu (à la p. 621) que, pour que la partie qui obtient gain de cause soit condamnée aux dépens, elle doit s'être mal conduite. Cette décision est toutefois antérieure à l'adoption de la règle 57.01(2) des *Règles* de l'Ontario. Dans la décision *Wismer c. Javelin International Ltd.* (1982), 38 O.R. (2d) 26 (H.C.), à la p. 34 (le juge Hughes), on donne également à entendre que l'inconduite de la partie qui obtient gain de cause justifie sa condamnation aux dépens, mais on ne va pas jusqu'à dire que l'inconduite est la seule raison de cette condamnation. Les arrêts *Attorney-General of Quebec c. Cronier* (1981), 23 C.R. (3d) 97 (C.A. Qué.), aux pp. 111 et 112 (le juge L'Heureux-Dubé (maintenant juge de la Cour suprême du Canada)), et *R. c. Pawlowski* (1993), 20 C.R. (4th) 233 (C.A. Ont.), à la p. 237 (le juge Galligan), portaient sur la compétence inhérente des cours supérieures pour condamner le ministère public aux dépens dans des affaires criminelles. Toutefois, dans ces cas, contrairement au présent pourvoi qui est régi par la règle 57.01(2) de l'Ontario, il n'existait aucune loi applicable conférant aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire de condamner la partie obtenant gain de cause à payer des dépens. 168

1995 CanLII 115 (SCC)

In light of the above, while these cases may be informative as to the normal course of affairs in matters of costs, they are of a very little assistance where a statutory scheme specifies the criteria for

Compte tenu de ce qui précède et bien que ces affaires puissent nous instruire quant à la procédure normale en matière de dépens, elles ne sont guère utiles lorsqu'un régime législatif précise les 169

the exercise of a court's discretion, even in the absence of misconduct. *Carey v. The Queen*, Ont. H.C., September 13, 1988 (unreported), at p. 2, appears to be the only case based on Rule 57.01(2) which specifically affirms that no order as to costs should be made against a successful party unless there was misconduct on the part of that party. However, in *B.C. (Govt.) v. Worthington (Can.) Inc.* (1988), 29 B.C.L.R. (2d) 145, at p. 164 (Esson J.A. (Carrothers J.A. and McLachlin J.A. (as she then was) concurring)), the British Columbia Court of Appeal concluded, pursuant to Rule 57 of the *British Columbia Supreme Court Rules*, which is similar to the Ontario Rule 57.01(2), that costs could be awarded against a successful party regardless of whether or not there was misconduct on the part of that party, especially where success is divided.

170 Thus, the weight of the jurisprudence is to the effect that misconduct is one criterion among many which a judge is entitled to consider in determining how costs should be awarded. Such a conclusion is buttressed by Rule 57.01(1) which expressly states that "conduct" is only one of the factors, among others, to be considered in making an order as to costs (see para. (e) in particular, as well as paras. (f), (g) and (h)). Consequently, even absent misconduct, a court still retains discretion to award costs against a successful party in a "proper case", and the respondent's arguments to the contrary must fail.

171 That being said, under Rule 57.01, the court's discretion to depart from the general rule of awarding costs to the successful party must be exercised judiciously and judicially. It cannot be exercised arbitrarily, capriciously or for improper reasons. The question here is whether Whealy Dist. Ct. J. was right to consider as relevant such factors as "the litigation was originally triggered by an act of the state", the case was of "province-wide importance" and "almost unique", as well as that it "proceeded in a most unusual fashion and laborious manner" and, if so, whether the facts of the case can support his findings. Furthermore, as far as the

critères qui régissent l'exercice du pouvoir judiciaire discrétionnaire, même en l'absence d'inconduite. La décision *Carey c. The Queen*, H.C. Ont., 13 septembre 1988 (inédit), à la p. 2, paraît être la seule fondée sur la règle 57.01(2), qui précise que la partie qui obtient gain de cause ne doit être condamnée aux dépens que si elle s'est mal conduite. Toutefois, dans l'arrêt *B.C. (Govt.) c. Worthington (Can.) Inc.* (1988), 29 B.C.L.R. (2d) 145, à la p. 164 (le juge Esson, à l'opinion duquel souscrivent les juges Carrothers et McLachlin (maintenant juge de la Cour suprême du Canada)), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu, conformément à la règle 57 des *British Columbia Supreme Court Rules*, qui est semblable à la règle 57.01(2) de l'Ontario, que la partie obtenant gain de cause pouvait être condamnée aux dépens, peu importe qu'il y ait eu ou non inconduite de sa part, en particulier lorsque la victoire est partagée.

Ainsi, suivant la jurisprudence, l'inconduite est un critère parmi de nombreux autres qu'un juge peut considérer pour déterminer la façon d'accorder des dépens. Cette conclusion est étayée par la règle 57.01(1), qui énonce expressément que la «conduite» n'est que l'un des facteurs dont il faut tenir compte pour rendre une ordonnance sur les dépens (voir l'al. e) en particulier, de même que les al. f), g) et h)). En conséquence, même en l'absence d'inconduite, un tribunal conserve le pouvoir discrétionnaire de condamner aux dépens la partie qui obtient gain de cause, «le cas échéant», et les arguments contraires de l'intimé ne sauraient être retenus.

Cela étant dit, en vertu de la règle 57.01, le pouvoir judiciaire discrétionnaire de déroger à la règle générale pour accorder des dépens à la partie qui obtient gain de cause doit être exercé judicieusement et judiciairement. Il ne peut être exercé de façon arbitraire, capricieuse ou pour des motifs impropres. La question en l'espèce est de savoir si le juge Whealy de la Cour de district a eu raison de considérer comme pertinents des facteurs tels que le fait que le «litige a[. . .] été déclenché initialement par l'action de l'État», qu'il était «d'importance pour toute la province» et «quasi unique», de même que le fait que l'affaire «s'est déroulée de la

Ontario Court of Appeal's reasons are concerned, did the "fundamental" nature of the constitutional freedom raised by the appellants in this case warrant the award of costs against the successful Attorney General for Ontario? I will discuss, in turn, each of the above factors considered by the lower courts in arriving at the impugned costs order, in order to determine whether they were present in this case and whether their presence was sufficient to qualify this as a "proper case" in which to order costs against the Attorney General for Ontario.

façon la plus inhabituelle et ardue», et dans l'affirmative, si les faits de l'affaire peuvent justifier ses conclusions. En outre, en ce qui concerne les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario, la nature «fondamentale» de la liberté constitutionnelle soulevée par les appelants en l'espèce justifiait-elle que le procureur général de l'Ontario, qui avait obtenu gain de cause, soit condamné aux dépens? J'analyserai, à tour de rôle, chacun des facteurs susmentionnés, dont les tribunaux d'instance ont tenu compte pour rendre l'ordonnance sur les dépens présentement contestée, dans le but de déterminer s'ils étaient ici présents et si leur présence était suffisante pour conclure qu'il convenait de condamner aux dépens le procureur général de l'Ontario.

1995 CanLII 115 (SCC)

An "Act of the State"

According to the appellants, because the litigation was originally triggered by an "act of the state" through the CAS, the Attorney General for Ontario was not acting solely as an intervener but took over carriage of the case from the respondents the CAS and the Official Guardian. This, in their view, was, in and of itself, sufficient to uphold Whealy Dist. Ct. J.'s order as to costs. I disagree.

Une «action de l'État»

Selon les appelants, parce que le litige a été déclenché initialement par une «action de l'État», accomplie par l'intermédiaire de la CAS, le procureur général de l'Ontario n'agissait pas uniquement à titre d'intervenant, mais avait pris la relève de la CAS et du tuteur public intimés. Cela, à leur avis, était suffisant en soi pour maintenir l'ordonnance du juge Whealy quant aux dépens. Je ne suis pas d'accord. 172

While the fact that state action is the trigger for a particular litigation may warrant some consideration in determining how costs should be allocated, it is not a factor which should be determinative with respect to the allocation of costs. First, Rule 57.01 does not so mandate. Second, to hold otherwise would unfairly penalize the state, particularly where, as here, it is under a specific duty to act. In this case, state action was triggered by the fact that the appellants refused a blood transfusion for their daughter, in circumstances where, as was found by Whealy Dist. Ct. J., medical opinion was to the effect that such a transfusion was necessary. The CAS had, under the *Child Welfare Act*, the statutory obligation to proceed as it did when Sheena B.'s condition, in the doctors' view, required a blood transfusion. It is therefore the act of the appellant parents which originally triggered the litigation undertaken by the CAS. The CAS acted to protect the life and health of an infant as required

Bien que le fait qu'une action de l'État ait déclenché un litige particulier puisse mériter d'être considéré en décidant de l'allocation des dépens, ce ne devrait pas être un facteur déterminant à cet égard. Premièrement, la règle 57.01 ne l'exige pas. Deuxièmement, conclure autrement pénaliserait injustement l'État, particulièrement lorsque, comme en l'espèce, il est expressément tenu d'agir. Dans la présente affaire, l'action de l'État a été déclenchée par le refus des appelants de consentir à ce que leur fillette subisse une transfusion sanguine dans des circonstances où, comme l'a conclu le juge Whealy, les médecins estimaient qu'une telle transfusion était nécessaire. La CAS avait, en vertu de la *Child Welfare Act*, l'obligation d'agir comme elle l'a fait lorsque l'état de Sheena B. a, de l'avis des médecins, nécessité une transfusion sanguine. C'est donc l'acte des parents appelants qui a initialement forcé la CAS à introduire l'instance. La CAS a agi pour protéger la vie et la 173

by the *Child Welfare Act*. The fact that the parents then challenged the constitutionality of this Act provides no basis for awarding costs against the Attorney General for Ontario whose intervention was required to defend the constitutionality of that statute. This reasoning would apply even if the state had intervened of its own initiative to defend the constitutionality of its statute.

174 The appellants were challenging the constitutional validity of the *Child Welfare Act*. Section 122 of the *Courts of Justice Act, 1984* required notice to be served on the Attorney General for Ontario. Section 122(4) of the Act entitled the Attorney General for Ontario to adduce evidence and make submissions in respect of the constitutional challenge. Section 122(4) reads:

122. . . .

. . .

(4) [Right of Attorneys General to be heard] Where the Attorney General of Canada or the Attorney General of Ontario is entitled to notice under this section, he or she is entitled to adduce evidence and make submissions to the court in respect of the constitutional question.

175 The appellants submit that s. 122(5) of the Act supports the proposition that, since the Attorney General for Ontario is deemed to be a party to the proceeding, it should pay the costs. Section 122(5) reads:

122. . . .

. . .

(5) [Right of Attorneys General to appeal] Where the Attorney General of Canada or the Attorney General for Ontario makes submissions under subsection (4), he or she shall be deemed to be a party to the proceedings for the purpose of any appeal in respect of the constitutional question. [Emphasis added.]

There is nothing, in my view, in the clear wording of s. 122 which supports the argument of the appellants. Although the Attorney General of

santé d'un enfant en bas âge, comme l'exigeait la *Child Welfare Act*. Le fait que les parents aient alors contesté la constitutionnalité de cette loi ne justifie aucunement la condamnation aux dépens du procureur général de l'Ontario, qui était contraint d'intervenir pour défendre la constitutionnalité de la loi en question. Ce raisonnement s'appliquerait même si l'État était intervenu de sa propre initiative pour défendre la constitutionnalité de sa loi.

Les appelants ont contesté la constitutionnalité de la *Child Welfare Act*. Aux termes de l'art. 122 de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*, un avis devait être signifié au procureur général de l'Ontario. Le paragraphe 122(4) de la Loi autorisait le procureur général de l'Ontario à présenter une preuve et des observations à l'égard de la contestation constitutionnelle. Le paragraphe 122(4) se lit ainsi:

[TRADUCTION] **122.** . . .

. . .

(4) [Droit des procureurs généraux d'être entendus] Si le procureur général du Canada ou le procureur général de l'Ontario ont droit à un avis en vertu du présent article, ils ont le droit de présenter une preuve et des observations au tribunal à l'égard de la question constitutionnelle.

Les appelants soutiennent que le par. 122(5) de la Loi permet de conclure que, puisque le procureur général de l'Ontario est réputé partie à l'instance, il devrait payer les dépens. Le paragraphe 122(5) porte que:

[TRADUCTION] **122.** . . .

. . .

(5) [Droit d'appel] Si le procureur général du Canada ou le procureur général de l'Ontario présentent des observations aux termes du paragraphe (4), ils sont réputés partie à l'instance aux fins d'un appel portant sur la question constitutionnelle. [Je souligne.]

À mon avis, rien dans le texte clair de l'art. 122 n'étaye l'argument des appelants. Bien que le procureur général du Canada et le procureur général

1995 CanLII 115 (SCC)

Canada and the Attorney General for Ontario can adduce evidence and make submissions, they are not actually parties to the litigation. They are merely deemed to be parties for the sole purpose of any appeal in respect of the constitutional question. Indeed, s. 122(5) allowed the Attorney General for Ontario to cross-appeal Whealy Dist. Ct. J.'s order as to costs to the Court of Appeal. Consequently, s. 122 provides the Attorney General for Ontario with a statutory right to participate fully on the constitutional issue, without necessarily becoming a party in the usual sense of the term. Besides, even if the Attorney General for Ontario was a full party to the proceedings in the usual sense of the term, this would not automatically carry with it the obligation to pay costs. There is nothing in the Act or in the *Rules* that would mandate or even imply such a result.

In addition, s. 122 does not affect the rule that a party granted intervener status in the public interest is, generally, neither entitled to nor liable for the costs in the matter: *Metropolitan Stores (MTS) Ltd. v. Manitoba Food and Commercial Workers, Local 832* (1990), 70 Man. R. (2d) 59 (Q.B.), at p. 61 (*per* Ferg J.). The basis for this general rule is that a public intervener who assisted the court, as intended, should not have to bear the costs of the proceedings. As Davison J. said in *Hines v. Nova Scotia (Registrar of Motor Vehicles)* (1990), 78 D.L.R. (4th) 162 (N.S.S.C.T.D.), at p. 169:

> Undoubtedly, there are situations where a party is added as *amicus curiae* where the awarding of costs both for or against the intervenor would be inappropriate. Undoubtedly there are some situations where the intervenor is added as a party where costs should not be awarded. These will depend upon the discretion of the court which will consider all of the circumstances including whether the interest of the intervenor is public or private.

Where a party intervenes in the public interest but is seriously affected by the result, costs may be awarded to that party, if successful. Such was the case for the interveners the Canadian Labour Congress, the Ontario Federation of Labour and the

de l'Ontario puissent présenter une preuve et des observations, ils ne sont pas vraiment parties au litige. Ils sont uniquement réputés parties aux fins d'un appel portant sur la question constitutionnelle. En fait, le par. 122(5) autorisait le procureur général de l'Ontario à interjeter un appel incident devant la Cour d'appel contre l'ordonnance du juge Whealy sur les dépens. En conséquence, l'art. 122 accorde au procureur général de l'Ontario le droit de participer pleinement en ce qui concerne la question constitutionnelle, sans nécessairement devenir une partie au sens usuel du terme. En outre, même si le procureur général de l'Ontario était partie à part entière à l'instance au sens usuel du terme, il ne serait pas automatiquement contraint de payer des dépens. Rien dans la Loi ou dans les *Règles* ne prescrit ni même n'implique un tel résultat.

1995 CanLII 115 (SCC)

176

Par ailleurs, l'art. 122 ne modifie pas la règle voulant qu'une partie, à qui l'on accorde le statut d'intervenant dans l'intérêt public, n'ait généralement pas droit aux dépens, ni ne les assume: *Metropolitan Stores (MTS) Ltd. c. Manitoba Food and Commercial Workers, Local 832* (1990), 70 Man. R. (2d) 59 (B.R.), à la p. 61 (le juge Ferg). Cette règle générale est justifiée par le fait qu'un intervenant public qui a assisté le tribunal, tel que prévu, ne devrait pas avoir à assumer les dépens de l'instance. Comme le juge Davidson l'affirme, dans l'arrêt *Hines c. Nova Scotia (Registrar of Motor Vehicles)* (1990), 78 D.L.R. (4th) 162 (C.S.N.-É., 1re inst.), à la p. 169:

> [TRADUCTION] Nul doute qu'il existe des cas où une partie est ajoutée à titre d'*amicus curiae* et où l'attribution de dépens en faveur ou à l'encontre de l'intervenant serait inappropriée. Il n'y a pas de doute qu'il existe des situations où un intervenant est ajouté à titre de partie et où des dépens ne devraient pas être accordés. Cela dépendra du pouvoir discrétionnaire du tribunal qui prendra en considération toutes les circonstances, dont la question de savoir si l'intérêt de l'intervenant est public ou privé.

Lorsqu'une partie intervient dans l'intérêt public, mais qu'elle est sérieusement touchée par le résultat, des dépens peuvent lui être accordés si elle obtient gain de cause. C'était le cas des intervenants le Congrès du travail du Canada, la Fédéra-

National Union of Provincial Government Employees in *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211 (at pp. 303 (*per* Wilson J.) and 341 (*per* La Forest J.)). Where a party intervenes for the protection of its own interest, or purports to act in the public interest but does not act solely in the public interest, costs may be awarded against that party. Such was the case in *John Doe v. Ontario (Information & Privacy Commissioner)* (1992), 7 C.P.C. (3d) 33 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at pp. 36-38 (*per* Steele J.), where costs were awarded against the Canadian Civil Liberties Association.

177 *Schachter v. Canada*, *supra*, is cited by the appellants as an authority for an award of costs against a successful Attorney General. In fact, however, in *Schachter* costs were actually awarded against the Queen (at p. 726 (*per* Lamer C.J.)). However, what is more significant in distinguishing *Schachter* from the case at hand is that in *Schachter* the Attorney General of Canada was a full party (appellant), not an intervener. The interveners in that case were not ordered to bear any costs (Attorney General for Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General for New Brunswick, Attorney General of British Columbia, Attorney General for Saskatchewan, Attorney General for Alberta, Attorney General of Newfoundland and Minority Advocacy Rights Council).

178 In the present case, the Attorney General for Ontario was a purely public interest intervener. The Attorney General for Ontario intervened to defend the validity of the *Child Welfare Act*. Indeed, without the intervention of Attorneys General, courts may in some or even many cases have little assistance in determining the constitutional validity of a statute. Accordingly, the general rule that costs not be awarded to or against an intervener in the public interest should apply, unless other relevant factors are present.

tion du travail de l'Ontario et le Syndicat national de la fonction publique provinciale, dans *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211 (aux pp. 303 (le juge Wilson) et 341 (le juge La Forest)). Si une partie intervient pour protéger ses propres intérêts, ou si elle est censée agir dans l'intérêt public, mais n'agit pas exclusivement dans cet intérêt, elle peut être condamnée aux dépens. C'est ce qui s'est produit dans l'affaire *John Doe c. Ontario (Information & Privacy Commissioner)* (1992), 7 C.P.C. (3d) 33 (C. Ont. (Div. gén.)), aux pp. 36 à 38 (le juge Steele), où l'Association canadienne des libertés civiles a été condamnée aux dépens.

Les appelants invoquent l'arrêt *Schachter c. Canada*, précité, à l'appui de la condamnation aux dépens d'un procureur général qui obtient gain de cause. Or, dans l'arrêt *Schachter*, c'est en fait la Reine qui a été condamnée aux dépens (à la p. 726 (le juge en chef Lamer)). Toutefois, ce qui importe le plus en distinguant l'arrêt *Schachter* de la présente affaire, c'est que, dans cet arrêt, le procureur général du Canada était une partie à part entière (appelant) et non un intervenant. Les intervenants dans cette affaire n'ont pas été tenus d'assumer les dépens (le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta, le procureur général de Terre-Neuve et le Conseil de revendication des droits des minorités).

En l'espèce, le procureur général de l'Ontario est intervenu exclusivement dans l'intérêt public. Il est intervenu pour défendre la validité de la *Child Welfare Act*. En fait, il se peut que, sans l'intervention des procureurs généraux, les tribunaux n'aient guère, dans certains cas, d'assistance pour déterminer la constitutionnalité d'une loi, voire même dans de nombreux cas. Par conséquent, la règle générale voulant que des dépens ne soient pas accordés en faveur ou à l'encontre de la partie qui intervient dans l'intérêt public devrait s'appliquer, à moins que d'autres facteurs pertinents n'entrent en jeu.

© 1995 CanLII

While it is true that the Attorney General for Ontario adduced evidence and made submissions in respect of the constitutionality of the *Child Welfare Act*, this was in accordance with the *Courts of Justice Act*. It is the Court of Appeal itself which dictated that the matter be referred for a trial of a *de novo* type where fresh evidence was properly adduced and Whealy Dist. Ct. J. did not find that this was an improper course of action. In constitutional challenges, such evidence may be crucial to enable the court to arrive at a decision. Furthermore, in cases where the life and death of a child depends on a judge's decision, expert medical evidence is not only relevant but often essential. This was the case here on both counts.

Même s'il est vrai que le procureur général de l'Ontario a présenté une preuve et plaidé la constitutionnalité de la *Child Welfare Act*, il l'a fait conformément à la *Loi sur les tribunaux judiciaires*. C'est la Cour d'appel elle-même qui a ordonné que l'affaire soit renvoyée pour un nouveau procès où une nouvelle preuve a été présentée régulièrement, et le juge Whealy n'a pas conclu qu'il s'agissait d'une mauvaise façon de procéder. Dans les contestations constitutionnelles, une telle preuve peut être cruciale pour permettre au tribunal de rendre une décision. En outre, lorsque la vie ou la mort d'un enfant dépend de la décision d'un juge, le témoignage de médecins experts est non seulement pertinent, mais encore souvent essentiel. C'était le cas en l'espèce sur ces deux aspects. 179

The fact that there was state action in answer to a constitutional challenge, whether as an intervener or a party to the litigation, absent any impropriety, as here, cannot be the basis for awarding costs against a successful party. Besides, Rule 57.01 does not list this factor as one to be taken into consideration. Finally, one can easily appreciate the floodgates that would be opened if state action was a proper factor to consider in apportioning cost. State action is present in most cases, criminal ones and constitutional ones in particular. To make it a consideration in awarding costs would pose an unbearable burden on the state, a burden that would add to the millions of dollars already devoted to legal aid. In addition, it would provide a means to bypass legal aid norms. Consequently, as a matter of policy, it should be discouraged.

Le fait que l'État ait répondu à une contestation constitutionnelle, que ce soit à titre d'intervenant ou de partie au litige, en l'absence, comme c'est le cas ici, de toute impropriété, ne saurait justifier la condamnation aux dépens de la partie qui obtient gain de cause. En outre, ce facteur n'est pas au nombre de ceux qui doivent être considérés en application de la règle 57.01. Enfin, on imagine facilement l'avalanche qui serait déclenchée si l'action de l'État était un facteur à considérer dans la répartition des dépens. L'action de l'État existe dans la plupart des affaires criminelles et constitutionnelles notamment. En faire un facteur à considérer dans l'attribution de dépens imposerait à l'État un fardeau insupportable qui s'ajouterait aux millions de dollars déjà consacrés à l'aide juridique. De plus, cela créerait un moyen de contourner les normes d'aide juridique. Par conséquent, il y a lieu, en principe, de décourager un tel résultat. 180

Importance of the Case

L'importance de l'affaire

The appellants submit that the province-wide or national importance of this case was a proper factor to consider in awarding costs against the intervening Attorney General for Ontario.

Les appelants soutiennent que l'importance pour toute la province ou l'importance nationale de cette affaire était un facteur qu'il convenait de considérer en condamnant aux dépens l'intervenant, le procureur général de l'Ontario. 181

Rule 57.01(1)(*d*) expressly states that "the importance of the issues" is a factor which can be considered by a court in awarding costs (see, for example: *Janigan v. Harris* (1989), 70 O.R. (2d) 5

La règle 57.01(1)*d*) précise que «l'importance des questions en litige» est un facteur dont le tribunal peut tenir compte en accordant des dépens (voir, par exemple, *Janigan c. Harris* (1989), 70 182

1995 CanLII 115 (SCC)

(H.C.), at p. 27 (*per* Bell Oyen J.)). However, as Orkin observes (*The Law of Costs*, *supra*, at pp. 2-31 and 2-32, para. 205.2(2)), this factor seems to be much more relevant with respect to whether costs should be awarded at all, rather than with respect to whether costs should be awarded against a successful party:

> *(d) Other cases.* An action or motion may be disposed of without costs when the question involved is a new one, not previously decided by courts on the theory that there is a public benefit in having the court give a decision; or where it involves the interpretation of a new or ambiguous statute; or a new or uncertain or unsettled point of practice; or where there were no previous authoritative rulings by courts; or decided cases on point; or where an application concerned a matter of public interest and both parties acted in complete good faith; or where both sides operated with public funds; or where the practice was altered by a recent English decision; or the case involved difficult and sensitive issues of fact; or on an application by a charitable institution for exemption from a real property assessment; or where the action was a test case; or where it was desirable to resolve a conflict in the case law. [Footnotes omitted; emphasis added.]

183 Furthermore, in my view, this case is not a "test case". Accordingly, the "test case" factor plays no role here and cannot be a factor in justifying the making of an order for costs against the successful Attorney General for Ontario. In any event, the jurisprudence favours the position that no costs should be awarded in a "test case" (see, *inter alia*: *Poizer v. Ward*, [1947] 4 D.L.R. 316 (Man. C.A.), at p. 325 (*per* Bergman J.A.); and Orkin, *The Law of Costs*, *supra*, at p. 2-32, para. 205.2(2)).

184 In addition, it is important to note that the Ontario Court of Appeal, while highlighting the importance of this case and the findings made by Whealy Dist. Ct. J. regarding the constitutional issue, still ordered that there should be no costs on the appeal and the cross-appeal. This position, in my view, is somewhat inconsistent with the Ontario Court of Appeal's refusal to intervene

O.R. (2d) 5 (H.C.), à la p. 27 (le juge Bell Oyen)). Toutefois, comme le signale Orkin (*The Law of Costs*, *op. cit.*, aux pp. 2-31 et 2-32, par. 205.2(2)), ce facteur semble être beaucoup plus pertinent quant à savoir simplement s'il y a lieu d'accorder des dépens, que quant à savoir s'il y a lieu de condamner aux dépens la partie qui obtient gain de cause:

> [TRADUCTION] *d) Autres affaires.* Une action ou une requête peut être tranchée sans dépens dans les cas suivants: la question soulevée est nouvelle et les tribunaux ne l'ont jamais tranchée en supposant qu'il y a un avantage public à ce que le tribunal rende une décision; elle met en cause l'interprétation d'une loi nouvelle ou ambiguë, ou encore un point de pratique nouveau, incertain ou non réglé; aucun précédent n'a été établi par les tribunaux; aucune jurisprudence n'existe sur ce point; la demande concernait une question d'intérêt public et les deux parties ont agi en toute bonne foi; les deux parties ont utilisé les deniers publics; la pratique a été modifiée par une décision anglaise récente; l'affaire soulève des questions de fait difficiles et délicates; il s'agit d'une demande d'exemption d'évaluation foncière présentée par un organisme de bienfaisance; l'action est un cas type; ou il était souhaitable de régler un conflit dans la jurisprudence. [Notes en bas de page omises; je souligne.]

En outre, j'estime que la présente affaire n'est pas un «cas type». Par conséquent, ce facteur ne joue pas ici et ne saurait justifier la condamnation aux dépens du procureur général de l'Ontario qui a obtenu gain de cause. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence privilégie la position suivant laquelle aucuns dépens ne devraient être accordés dans un «cas type» (voir, notamment, *Poizer c. Ward*, [1947] 4 D.L.R. 316 (C.A. Man.), à la p. 325 (le juge Bergman), et Orkin, *The Law of Costs*, *op. cit.*, à la p. 2-32, par. 205.2(2)).

De plus, il importe de rappeler que, tout en soulignant l'importance de la présente affaire et les conclusions du juge Whealy de la Cour de district concernant la question constitutionnelle, la Cour d'appel de l'Ontario a quand même décidé qu'il ne devrait y avoir aucune attribution de dépens quant à l'appel et à l'appel incident. Cette position de la Cour d'appel de l'Ontario est, à mon sens, quelque peu incompatible avec son hésitation à intervenir

rio Court of Appeal's reluctance to intervene in Whealy Dist. Ct. J.'s award of costs.

Besides, it is not apparent to me that this case actually raises issues of sufficient national importance to justify awarding costs against a successful intervener. While this case was framed as a *Charter* challenge, the parties themselves had agreed that if the life of the child was threatened and there was an emergency, the CAS was entitled to intervene and the blood transfusions were appropriate. Thus this case was really decided on the basis of expert evidence and on the specific facts of the case. The constitutional challenge was totally without foundation and could not have succeeded unless there was such a factual background.

Moreover, it would not be in the interest of justice or in the interest of the administration of justice to hold that the fact that a case raises an issue of national importance is in and of itself sufficient to justify awarding costs against a successful party, in this case an intervener. If this were so, Attorneys General could potentially have to bear the costs in every litigation involving important issues of law, constitutional matters or issues of public interest.

Finally, the fact that the appellants raised a *Charter* issue does not in and of itself make their case one of particular importance. All cases are important *per se*. They are important for the parties, they are important to the public and to the law. What must be considered is what makes a case sufficiently important to warrant special treatment. According to the ICON Case Management Statistics of the Program Development Branch of the Ministry of the Attorney General for Ontario, the Ontario Court (Provincial Division), from which the present appeal initially originated, heard 808 cases in 1992 involving *Charter*-related challenges, and 836 in 1993. These numbers speak for themselves and support the fact that a *Charter*-related challenge is simply not in and of itself sufdans l'attribution de dépens faite par le juge Whealy.

Du reste, il ne m'apparaît pas que la présente affaire soulève vraiment des questions d'importance nationale suffisantes pour justifier la condamnation aux dépens d'un intervenant qui obtient gain de cause. Bien que la présente affaire ait en fait été présentée comme une contestation fondée sur la *Charte*, les parties ont elles-mêmes convenu que la vie de l'enfant était en danger et qu'il y avait urgence, que la CAS avait le droit d'intervenir et que les transfusions sanguines étaient indiquées. Ainsi, la présente affaire a été véritablement tranchée en fonction des témoignages d'experts et de ses faits précis. La contestation constitutionnelle n'avait aucun fondement et n'aurait pu être fructueuse qu'en présence d'un tel contexte factuel. 185

En outre, il ne serait pas dans l'intérêt de la justice ni dans celui de l'administration de la justice de conclure que le fait qu'une affaire soulève une question d'importance nationale est suffisant en soi pour justifier la condamnation aux dépens d'une partie qui obtient gain de cause, en l'occurrence un intervenant. Si c'était le cas, les procureurs généraux risqueraient de devoir assumer les dépens dans tous les litiges soulevant d'importantes questions de droit, des questions constitutionnelles ou des questions d'intérêt public. 186

Enfin, le fait que les appelants aient soulevé une question relative à la *Charte* ne confère pas en soi une importance particulière à leur cas. Toutes les affaires sont importantes en soi. Elles sont importantes pour les parties, pour le public et pour le droit. Ce qu'il faut considérer, c'est ce qui rend une affaire suffisamment importante pour justifier un traitement spécial. Suivant les statistiques sur la gestion des instances du RIII de la Direction de l'élaboration des programmes du ministère du Procureur général de l'Ontario, la Cour de l'Ontario (Division provinciale), où le présent litige a pris naissance, a entendu, en 1992, 808 affaires mettant en cause des contestations liées à la *Charte*, et 836 en 1993. Ces chiffres parlent d'eux-mêmes et appuient le fait qu'une contestation liée à la *Charte* 187

1995 CanLII 115 (SCC)

ficient to be a basis for awarding costs against a successful party.

188 I conclude, therefore, that Whealy Dist. Ct. J. erred in the exercise of the discretion conferred on him by Rule 57.01(1) when he stated that the national importance of the case before him warranted the ordering of costs against the intervening Attorney General for Ontario.

Constitutional Challenge

189 Tarnopolsky J.A. suggested that an award of costs against the Attorney General for Ontario might be justified by the fact that the appellants challenged the state on the basis of freedom of religion, a "fundamental freedom" guaranteed by s. 2(*a*) of the *Charter*. With respect, I disagree.

190 While it could be argued that the constitutional nature of the appellants' challenge is covered by Ontario Rule 57.01(1)(*d*), which makes "the importance of the issues" a relevant factor in awarding costs, this does not mean that the sole fact that an individual alleges an infringement of a right or a freedom guaranteed by the *Charter* is in and of itself sufficient to attract an exception to the general rule as to costs. To hold otherwise would mean that all accused or individuals challenging a statute on *Charter* grounds would be entitled to an award of costs against the state. The fact that the right or freedom in question can be characterized as "fundamental", or otherwise, has no bearing on the issue. General rules, such as the principle that unsuccessful parties must bear their own costs, are not invalidated by the fact that rights, even "fundamental" rights, are being raised by the parties, except, perhaps, as discussed previously, where the government's intent is to have a *Charter* issue decided in the public interest. In this case, however, the main interests at stake were those of the appellants and they were not successful.

n'est tout simplement pas suffisante en soi pour justifier la condamnation aux dépens de la partie qui obtient gain de cause.

Je conclus donc que le juge Whealy de la Cour de district a commis une erreur en exerçant le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par la règle 57.01(1), lorsqu'il a dit que l'importance nationale de l'affaire dont il était saisi justifiait de condamner aux dépens l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Contestation constitutionnelle

Le juge Tarnopolsky de la Cour d'appel a laissé entendre que la condamnation aux dépens du procureur général de l'Ontario pourrait être justifiée par le fait que les appelants se sont attaqués à l'État en invoquant la liberté de religion, une «liberté fondamentale» garantie par l'al. 2*a*) de la *Charte*. En toute déférence, je ne suis pas d'accord.

Même si on pouvait soutenir que la nature constitutionnelle de la contestation des appelants est visée par la règle 57.01(1)*d*) de l'Ontario, qui fait de l'«importance des questions en litige» un facteur pertinent pour accorder des dépens, cela ne signifie pas que le seul fait qu'un particulier allègue la violation d'une liberté ou d'un droit garantis par la *Charte* soit suffisant en soi pour entraîner une exception à la règle générale en matière de dépens. Conclure autrement signifierait que tous les accusés ou particuliers qui se fondent sur la *Charte* pour contester une loi auraient droit à ce que l'État soit condamné aux dépens. Le fait que le droit ou la liberté en question puissent être qualifiés de «fondamentaux» ou autrement n'a aucune incidence sur la question. Les règles générales, comme le principe selon lequel les parties qui perdent doivent assumer leurs propres dépens, ne sont pas invalidées du seul fait que des droits, mêmes «fondamentaux», soient invoqués par les parties, sauf peut-être, comme nous l'avons vu précédemment, lorsque le gouvernement veut qu'une question relative à la *Charte* soit tranchée dans l'intérêt public. En l'espèce, toutefois, les principaux intérêts en jeu étaient ceux des appelants qui n'ont pas obtenu gain de cause.

SCC CanLII 115 (SCC)

Therefore, I cannot agree with Tarnopolsky J.A. that this case, given its facts, raised issues which were of such a fundamental nature so as to warrant the awarding of costs against the intervener Attorney General for Ontario, a successful party.

The Complexity of the Proceeding

Ontario Rule 57.01(1)(*c*) states that the "complexity of the proceeding" is a factor that the court may consider in awarding costs. One possible basis for Whealy Dist. Ct. J.'s award of costs is expressed in the following extract of his decision:

> This case proceeded in a most unusual fashion and laborious manner for all concerned, and I am not aware of any cases where a first level appeal from a decision of a trial judge has gone this circuitous route and ended up with the appeal being transformed into what amounts to a re-trial on fresh evidence. [Emphasis added.]

However, the "unusual" course taken by these proceedings had nothing to do with the intervener. In fact, the "unusual" proceedings were ordered by the Ontario Court of Appeal (Grange and Krever JJ.A., Griffiths J.A. dissenting) to remedy the errors of Webb Dist. Ct. J. Thus, if anyone is to bear the blame for the unusual proceedings, it would be the Ontario Court of Appeal, not the intervener.

The intervener's interest in the proceedings was simply to uphold the validity of a piece of legislation and to prevent the death of an infant. In order to do so, in the District Court appeal before Whealy Dist. Ct. J., the Attorney General for Ontario called six of the respondent CAS's eight experts and cross-examined the appellants' expert witnesses. There is no indication in the record that the appellants objected to the examination of these witnesses by the Attorney General for Ontario, nor is there any indication that Whealy Dist. Ct. J. found such evidence inappropriate. The fact that the proceedings in the District Court constituted a lengthy re-trial where fresh evidence was adduced,

En conséquence, je ne puis être d'accord avec le juge Tarnopolsky pour dire que, compte tenu de ses faits, la présente affaire soulevait des questions de nature fondamentale au point de justifier la condamnation aux dépens de l'intervenant, le procureur général de l'Ontario, qui a obtenu gain de cause. 191

La complexité de l'instance

La règle 57.01(1)*c*) de l'Ontario prescrit que le «degré de complexité de l'instance» est un facteur dont la cour peut tenir compte en accordant des dépens. L'un des motifs susceptibles de justifier l'attribution de dépens faite par le juge Whealy est exposé dans l'extrait suivant de sa décision: 192

> [TRADUCTION] L'affaire s'est déroulée de la façon la plus inhabituelle et ardue pour tous les intéressés et je ne suis au courant d'aucune affaire où l'appel de premier niveau interjeté à l'encontre d'une décision d'un juge de première instance a emprunté ce détour pour finir par se transformer en ce qui équivaut à un nouveau procès fondé sur une nouvelle preuve. [Je souligne.]

Toutefois, le parcours «inhabituel» emprunté par ces procédures n'avait rien à voir avec l'intervenant. En fait, les procédures «inhabituelles» ont été ordonnées par la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Grange et Krever, le juge Griffiths étant dissident) pour remédier aux erreurs commises par le juge Webb de la Cour de district. Donc, si quelqu'un doit assumer le blâme à cet égard, ce doit être la Cour d'appel de l'Ontario, et non l'intervenant.

L'intervenant dans l'instance avait simplement intérêt à faire confirmer la validité d'une mesure législative et à éviter la mort d'une enfant en bas âge. À cette fin, dans l'appel devant le juge Whealy de la Cour de district, le procureur général de l'Ontario a appelé six des huit témoins experts de l'intimée, la CAS, et contre-interrogé les témoins experts des appelants. Rien dans le dossier n'indique que les appelants se soient opposés à l'interrogatoire de ces témoins par le procureur général de l'Ontario, ni que le juge Whealy ait conclu que ces témoignages n'étaient pas appropriés. Le fait que les procédures devant la Cour de district aient constitué un long nouveau procès où 193

1995 CanLII 115 (SCC)

as directed by the Ontario Court of Appeal, cannot be a source of reproach to the Attorney General for Ontario and cannot serve as a basis for the order of Whealy Dist. Ct. J. Quite the contrary, it was two of the appellants' witnesses that Whealy Dist. Ct. J. found "not too helpful" and one of their other witnesses that, according to Whealy Dist. Ct. J., "did not materially advance" either position put before the Court. No adverse or otherwise unfavourable comments were made as regards the Attorney General's witnesses. Consequently, the unusual nature and the complexity of the proceedings are, in my view, totally irrelevant as a basis for Whealy Dist. Ct. J.'s order as to costs on the facts of this case.

194 Besides, it is not evident to me that the present case was actually unusual in its proceedings. Admittedly, the proceedings might have been more lengthy than perhaps anticipated by the District Court Justice. A total of 18 witnesses were called, ten by the appellants and eight by the respondents CAS and the Official Guardian for Sheena B. The Attorney General for Ontario, then intervener, called only six of the respondents' eight expert witnesses and cross-examined the appellants' expert witnesses. The District Court appeal was heard over a period of 20 days, in November and December 1988. This, however, is not unusual for a trial, particularly when dealing with a case where medical expertise is essential to the decision.

195 Moreover, the Attorney General for Ontario cannot be held accountable for the fact that the Ontario Court of Appeal allowed the appeal, launched by the appellants, from Webb J.'s judgment and referred all the issues back to the District Court. New trials are ordered in countless cases and lengthy proceedings are far from unusual. The fact that the case went up to the Ontario Court of Appeal which then ordered a new trial cannot be characterized as "unusual" for the purpose of awarding costs against a successful party, an intervener.

une nouvelle preuve a été produite, comme l'avait ordonné la Cour d'appel de l'Ontario, ne peut être une source de reproches envers le procureur général de l'Ontario et ne peut servir de fondement à l'ordonnance du juge Whealy. Tout au contraire, c'est le témoignage de deux témoins des appelants que le juge Whealy a jugé «pas très utile» et l'un de leurs autres témoins qui, selon le juge Whealy, «n'a pas fait avancer sensiblement» l'une ou l'autre position soumise à la cour. Les témoins du Procureur général n'ont fait l'objet d'aucun commentaire défavorable ou par ailleurs négatif. En conséquence, j'estime que la nature inhabituelle et la complexité des procédures ne peuvent aucunement fonder l'ordonnance du juge Whealy quant aux dépens compte tenu des faits de l'espèce.

De plus, il n'est pas évident, à mon sens, que les procédures de la présente affaire ont été véritablement inhabituelles. Certes, il se pourrait qu'elles aient été plus longues que ne l'avait peut-être prévu le juge de la Cour de district. Au total, 18 témoins ont été appelés, dont dix par les appelants et huit par les intimés, la CAS et le tuteur public de Sheena B. Le procureur général de l'Ontario, alors intervenant, n'a appelé que six des huit témoins experts des intimés et a contre-interrogé les témoins experts des appelants. L'appel devant la Cour de district s'est échelonné sur une période de 20 jours, en novembre et en décembre 1988, ce qui, toutefois, n'est pas inhabituel pour un procès, particulièrement lorsque l'expertise médicale est essentielle à la décision.

Par ailleurs, le procureur général de l'Ontario ne saurait être tenu responsable du fait que la Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel interjeté par les appelants contre la décision du juge Webb et renvoyé toutes les questions à la Cour de district. On ordonne la tenue d'un nouveau procès dans d'innombrables cas et les longues procédures sont loin d'être inhabituelles. Le fait que l'affaire se soit rendue à la Cour d'appel de l'Ontario, qui a alors ordonné un nouveau procès, ne saurait être qualifié d'«inhabituel» aux fins de la condamnation aux dépens de la partie qui obtient gain de cause, à savoir un intervenant.

1995 CanLII 98 (SCC)

I, therefore, cannot see how Whealy Dist. Ct. J. could have come to the conclusion that the present case proceeded in a "most unusual fashion", absent any other indication in the record than the fact that the hearing was lengthy and proceeded as a trial *de novo* before an appellate jurisdiction. If that was unusual, it was not so for the purpose of awarding costs to an intervener whose conduct was not the subject of reproach.

The Totality of the Factors

None of the factors identified by Whealy Dist. Ct. J. to justify his award of costs against an intervener who was a successful party, here the Attorney General for Ontario, stand on the facts of this case nor can any of them be sufficient *per se* to justify the exercise of the court's discretion to award costs against the Attorney General for Ontario, a successful party. The additional factor discussed by Tarnopolsky J.A. is also not sufficient to justify the impugned costs order. This is not to say that the importance of a case, its complexity and the constitutional nature of a challenge could never be appropriate factors to consider in ordering costs against a successful party. They may be in a "proper case". This case is not one of them, in my view. Even taken together, all the factors considered by Whealy Dist. Ct. J. and Tarnopolsky J.A. could not make this case a proper one to allow a departure from the general rule as to costs. To hold otherwise, as Houlden J.A. noted, would be to create a dangerous precedent, particularly in an era of heavy *Charter* litigation involving to a great extent the provincial and federal Attorneys General as interveners as of right. Eliminating the relative resources of the parties as a relevant factor and misconduct here, there was nothing unusual about this case for the purpose of awarding costs. State action and the importance of the case based on the sole fact that the constitutionality of a piece of legislation was challenged on the ground of a fundamental right guaranteed by the *Charter* are simply not sufficient factors to trigger the exercise of a court's discretion to award costs against a success-

Je ne vois donc pas comment le juge Whealy aurait pu en venir à la conclusion que la présente affaire s'est déroulée «de la façon la plus inhabituelle», sans aucune autre indication dans le dossier que le fait que l'audition a été longue et qu'elle a pris la forme d'un nouveau procès devant une juridiction d'appel. Si cela était inhabituel, ce ne l'était pas aux fins de l'attribution de dépens à un intervenant dont la conduite était irréprochable. 196

L'ensemble des facteurs

Aucun des facteurs énoncés par le juge Whealy pour justifier sa condamnation aux dépens de l'intervenant qui a obtenu gain de cause, en l'occurrence le procureur général de l'Ontario, ne tient eu égard aux faits de la présente affaire, ni n'est suffisant en soi pour justifier l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la cour de condamner aux dépens le procureur général de l'Ontario qui a obtenu gain de cause. L'autre facteur analysé par le juge Tarnopolsky ne suffit pas non plus pour justifier l'adjudication de dépens attaquée. Cela ne signifie pas que l'importance d'une affaire, sa complexité et la nature constitutionnelle d'une contestation ne pourraient jamais être des facteurs à considérer pour condamner aux dépens une partie qui obtient gain de cause. Ils peuvent l'être, «le cas échéant». À mon avis, ce n'est pas le cas en l'espèce. Même considérés ensemble, tous les facteurs dont les juges Whealy et Tarnopolsky ont tenu compte ne pourraient permettre en l'espèce une dérogation à la règle générale en matière de dépens. Conclure autrement, comme le juge Houlden l'a signalé, créerait un dangereux précédent, particulièrement à l'ère où de nombreux litiges fondés sur la *Charte* mettent en cause, dans une large mesure, les procureurs généraux provinciaux et fédéral en leur qualité d'intervenants de plein droit. Abstraction faite de facteurs non pertinents comme les ressources relatives des parties et l'inconduite ici, il n'y avait rien d'inhabituel dans la présente affaire aux fins de l'attribution de dépens. L'action de l'État et l'importance de l'affaire, découlant du seul fait que la constitutionnalité d'une mesure législative était contestée en fonction d'un droit fondamental garanti par la *Charte*, ne sont simplement pas des facteurs suffisants pour déclencher l'exercice du 197

1995 CanLII 115 (SCC)

ful party, an intervener as of right at that, absent misconduct on his part.

198 I agree with Houlden J.A. when he says (at p. 360):

> Since the appellants were challenging the constitutional validity of the *Child Welfare Act*, s. 122 of the *Courts of Justice Act, 1984*, S.O. 1984, c. 11 (now s. 109 of the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43), required notice to be served on the Attorney General of Ontario. By s. 122(4), the Attorney General was entitled to adduce evidence and to make submissions to the court in respect of the constitutional question. Notice was given to the Attorney General for Ontario by the appellants as required by s. 122. The Attorney General intervened to defend the validity of the legislation and was successful before Judge Whealy in upholding its validity. It would, in my opinion, create a dangerous precedent to award costs against the Attorney General in these circumstances.

199 Goodman J.A.'s reluctance to interfere with the trial judge's exercise of discretion, although perhaps understandable as a rule, was not warranted here since Whealy Dist. Ct. J.'s reasons in that regard were not based on proper considerations given the circumstances of this case.

200 To put it frankly, I cannot avoid being left with the impression that, as a judge sitting on appeal, Whealy Dist. Ct. J. was unhappy to have to hear the case as if he was sitting as a trial judge. His reference to the length of the case and the number of witnesses, which is in no way unusual at trial but somehow unusual on appeal, has led me to the conclusion that this was the main reason for awarding costs as he did. However, this turn of events, as I said earlier, has nothing to do with the Attorney General for Ontario, but was the result of the order of the Ontario Court of Appeal, an appeal brought by the appellants themselves. In any event, this would not be a proper consideration in a matter of costs.

pouvoir discrétionnaire d'un tribunal de condamner aux dépens la partie qui obtient gain de cause, à savoir un intervenant de plein droit, en l'absence d'inconduite de sa part.

Je suis d'accord avec le juge Houlden lorsqu'il dit (à la p. 360):

> [TRADUCTION] Puisque les appelants contestaient la constitutionnalité de la *Child Welfare Act*, l'art. 122 de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*, L.O. 1984, ch. 11 (maintenant l'art. 109 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43), exigeait la signification d'un avis au procureur général de l'Ontario. Aux termes du par. 122(4), le Procureur général avait le droit de présenter à la cour une preuve et des observations relatives à la question constitutionnelle. Conformément à l'art. 122, les appelants ont signifié un avis au procureur général de l'Ontario. Ce dernier est intervenu pour défendre la validité de la mesure législative et il a réussi devant le juge Whealy à en faire confirmer la validité. À mon avis, condamner aux dépens le Procureur général, dans ces circonstances, créerait un dangereux précédent.

L'hésitation du juge Goodman à intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance, quoique peut-être compréhensible en règle générale, n'était pas justifiée en l'espèce puisque les motifs du juge Whealy à cet égard n'étaient pas fondés sur des considérations pertinentes étant donné les circonstances de l'affaire.

À vrai dire, je ne puis m'empêcher d'avoir l'impression qu'à titre de juge siégeant en appel, le juge Whealy était mal à l'aise d'avoir à entendre l'affaire comme s'il était un juge de première instance. Sa référence à la longueur de l'affaire et au nombre de témoins, qui n'est aucunement inhabituelle en première instance, mais quelque peu inhabituelle en appel, m'a amenée à conclure que c'est principalement pour cette raison qu'il a accordé des dépens comme il l'a fait. Toutefois, comme je l'ai mentionné précédemment, cette tournure des événements n'a rien à voir avec le procureur général de l'Ontario, mais résulte de l'ordonnance rendue par la Cour d'appel de l'Ontario à la suite d'un appel interjeté par les appelants eux-mêmes. Quoi qu'il en soit, il ne s'agirait pas d'un facteur pertinent en matière de dépens.

V — Conclusion

This Court has jurisdiction to entertain a challenge to the exercise of judicial discretion when such discretion is not properly exercised. As far as awards of costs are concerned, s. 47 of the *Supreme Court Act* specifically grants the Court a wide discretion as to lower courts' costs order.

While it is true that courts of appeal should not in general interfere with a trial court's exercise of discretion, this rule is not absolute. The exceptions cover cases where that discretion has not been exercised judicially and judiciously. Among others, these are cases where relevant factors were not taken into account, insufficient or excessive weight was given to relevant factors, there was misconduct, the decision was capricious or arbitrary, etc.

With respect to costs, the rule is that they are generally awarded to a successful party, absent misconduct on his or her part. This rule, however, is also not absolute. Rule 57.01 of the Ontario *Rules* provides a list of factors (the amount claimed and the amount recovered in the proceeding, the complexity of the proceeding, the importance of the issues, etc.) for a judge to consider in the exercise of his or her discretion with respect to an order for costs. According to Rule 57.01, costs can even be ordered against a successful party in a "proper case". This case, however, was not such a "proper case", given all of the circumstances and in spite of the fact that it was a constitutional challenge based on a fundamental freedom guaranteed by the *Charter*. The trial was not an unusual one for the purpose of awarding costs, the intervention of the Attorney General for Ontario was a proper one and no finding of misconduct was made against him.

The Attorney General for Ontario and the Attorney General of Canada have a right to intervene in such cases and the Attorney General for Ontario did intervene here to defend the constitutional

V — Conclusion

Notre Cour est compétente pour entendre une contestation de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire judiciaire lorsque ce pouvoir n'est pas exercé correctement. Quant à l'attribution de dépens, l'art. 47 de la *Loi sur la Cour suprême* accorde explicitement à la Cour un large pouvoir discrétionnaire à l'égard des ordonnances que les juridictions inférieures rendent en matière de dépens. 201

S'il est vrai que les tribunaux d'appel ne devraient pas, en général, intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un tribunal de première instance, cette règle n'est pas absolue. Les exceptions visent les cas où ce pouvoir discrétionnaire n'a pas été exercé judiciairement et judicieusement. Ce sont, notamment, les cas où des facteurs pertinents n'ont pas été considérés, où on a accordé un poids insuffisant ou excessif à des facteurs pertinents, où il y a eu inconduite, où la décision était capricieuse ou arbitraire, etc. 202

En ce qui concerne les dépens, la règle veut qu'ils soient généralement accordés à la partie qui obtient gain de cause, en l'absence d'inconduite de sa part. Cette règle n'est toutefois pas absolue elle non plus. La règle 57.01 des *Règles* de l'Ontario énumère une liste de facteurs (le montant demandé dans l'instance et le montant obtenu, la complexité de l'instance, l'importance des questions en litige, etc.) qu'un juge doit considérer dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en matière de dépens. Aux termes de la règle 57.01, même la partie qui obtient gain de cause peut être condamnée aux dépens, «le cas échéant». Toutefois, il ne convient pas en l'espèce de le faire, compte tenu de toutes les circonstances et en dépit du fait qu'il s'agissait d'une contestation de nature constitutionnelle fondée sur une liberté fondamentale garantie par la *Charte*. Le procès n'était pas inhabituel aux fins de l'attribution de dépens, l'intervention du procureur général de l'Ontario était légitime et aucune conclusion d'inconduite n'a été tirée à son sujet. 203

Le procureur général de l'Ontario et le procureur général du Canada ont le droit d'intervenir en pareils cas et le procureur général de l'Ontario est effectivement intervenu en l'espèce pour défendre 204

1995 CanLII 115 (SCC)

validity of the *Child Welfare Act*. Absent misconduct and other relevant factors, an award of costs by the trial judge against the Attorney General for Ontario, who was successful at trial, was not warranted.

205 For those reasons, I am of the view that Whealy Dist. Ct. J. erred in the exercise of the discretion conferred by s. 141(1) of the *Courts of Justice Act, 1984*.

206 As a result, I would allow the cross-appeal, reverse the judgment of the Ontario Court of Appeal on the issue of costs, award no costs on the appeal to the District Court and no costs on the appeal and the cross-appeal to the Ontario Court of Appeal, the whole without costs.

The following are the reasons delivered by

207 SOPINKA J. — I have read the reasons for judgment herein of the Chief Justice and of Justice La Forest and the joint reasons of Justices Iacobucci and Major. With respect to the issue raised in the first constitutional question, I would adopt the approach followed by Tarnopolsky J.A. in the Court of Appeal ((1992), 10 O.R. (3d) 321) who in turn relied on the judgment of La Forest J. in *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284. In *Jones*, as in this case, it was unnecessary to determine whether a liberty interest was engaged because the threshold requirement of a breach of the principles of fundamental justice was not met. In all other respects I agree with the reasons of La Forest J. I would answer the constitutional questions and dispose of the appeal and cross-appeal as he suggests.

The reasons of Cory, Iacobucci and Major JJ. were delivered by

208 IACOBUCCI AND MAJOR JJ. — We have read the reasons of Justice La Forest, and we agree with the result that there has been no unconstitutional violation of the appellants' rights, under either s. 7 or s. 2(*a*) of the *Canadian Charter of Rights and Free-*

la constitutionnalité de la *Child Welfare Act*. En l'absence d'inconduite et d'autres facteurs pertinents, le juge de première instance n'était pas justifié de condamner aux dépens le procureur général de l'Ontario qui a obtenu gain de cause au procès.

Pour ces motifs, je suis d'avis que le juge Whealy de la Cour de district a commis une erreur dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par le par. 141(1) de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi incident, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario sur la question des dépens, de n'accorder aucuns dépens quant à l'appel devant la Cour de district et quant à l'appel principal et à l'appel incident devant la Cour d'appel de l'Ontario, le tout sans dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA — J'ai lu les motifs de jugement rédigés en l'espèce par le Juge en chef et le juge La Forest, de même que ceux rédigés conjointement par les juges Iacobucci et Major. Quant au point soulevé par la première question constitutionnelle, je souscrirais au point de vue adopté par le juge Tarnopolsky de la Cour d'appel ((1992), 10 O.R. (3d) 321) qui s'est lui-même fondé sur les motifs du juge La Forest dans l'affaire *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284. Dans *Jones*, comme dans la présente affaire, il n'était pas nécessaire de déterminer si un droit à la liberté était en cause du fait que l'exigence préliminaire d'une violation des principes de justice fondamentale n'était pas remplie. À tout autre égard, je souscris aux motifs du juge La Forest. Je répondrais aux questions constitutionnelles et trancherais le pourvoi principal et le pourvoi incident comme il propose de le faire.

Version française des motifs des juges Cory, Iacobucci et Major rendus par

LES JUGES IACOBUCCI ET MAJOR — Nous avons lu les motifs du juge La Forest et nous souscrivons à sa conclusion qu'il n'y a eu aucune violation inconstitutionnelle des droits des appelants, qu'ils soient garantis par l'art. 7 ou par l'al. 2*a*) de la

SCR (S.C.J.) No. 15 1995

doms. However, we respectfully disagree with La Forest J.'s reliance on s. 1 of the *Charter* and the principles of fundamental justice in s. 7 in order to establish the constitutionality of the repealed *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66. Instead, we conclude that the class of parents caught by s. 19(1)(*b*)(ix) of the Act simply cannot benefit from the protection of the liberty interest in s. 7 or freedom of religion encapsulated in s. 2(*a*) of the *Charter*. We therefore find the appellants incapable of crossing the first threshold of *Charter* analysis. There is thus no initial constitutional infringement and, consequently, no need to uphold any such infringement either through its consonance with fundamental justice or its status as a reasonable limit in a free and democratic society.

Charte canadienne des droits et libertés. En toute déférence, cependant, nous ne pouvons nous fonder, comme il l'a fait, sur l'article premier de la *Charte* et sur les principes de justice fondamentale énoncés à l'art. 7 pour établir la constitutionnalité de la *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, depuis lors abrogée. Nous concluons plutôt que la catégorie de parents visés par le sous-al. 19(1)*b*)(ix) de la Loi ne peut simplement pas jouir de la protection du droit à la liberté garanti à l'art. 7 ou de la liberté de religion consacrée à l'al. 2*a*) de la *Charte*. Nous jugeons donc que les appelants sont incapables de franchir la première étape d'une analyse fondée sur la *Charte*. Ainsi, il n'y a eu, au départ, aucune violation de la Constitution et, partant, il est inutile de maintenir une telle violation soit parce qu'elle respecte la justice fondamentale, soit parce qu'elle constitue une limite raisonnable dans une société libre et démocratique.

1995 CanLII 115 (SCC)

Section 30(1) of the *Child Welfare Act* provides that a court may order a child to be committed to or subject to the care and custody of the Children's Aid Society for a period of time not exceeding 12 months. Section 30(1) is only triggered should the court deem the child to be "in need of protection": in other words, falling into one of the categories established by s. 19. In the case at bar, the relevant provision is s. 19(1)(*b*)(ix), since it is upon this that Judge Main of the Provincial Court (Family Division) relied to determine that Sheena was a "child in need of protection". Subparagraph (ix) provides as follows:

209

En vertu du par. 30(1) de la *Child Welfare Act*, la cour peut ordonner qu'un enfant soit confié aux soins ou à la garde de la société d'aide à l'enfance pour une période n'excédant pas 12 mois. Le paragraphe 30(1) ne s'applique que si la cour estime que l'enfant a «besoin de protection»: en d'autres termes, s'il tombe dans l'une des catégories établies à l'art. 19. En l'espèce, la disposition pertinente est le sous-al. 19(1)*b*)(ix), puisque c'est en se fondant sur celui-ci que le juge Main de la Cour provinciale (Division de la famille) a déterminé que Sheena était [TRADUCTION] «une enfant ayant besoin de protection». Le sous-alinéa (ix) se lit ainsi:

(*b*) "child in need of protection" means,

. . .

(ix) a child where the person in whose charge the child is neglects or refuses to provide or obtain proper medical, surgical or other recognized remedial care or treatment necessary for the child's health or well-being, or refuses to permit such care or treatment to be supplied to the child when it is recommended by a legally qualified medical practitioner, or otherwise fails to protect the child adequately.

b) [TRADUCTION] «enfant ayant besoin de protection» désigne

. . .

(ix) l'enfant qui est sous la responsabilité d'une personne qui néglige ou refuse de fournir ou de procurer les soins ou les traitements médicaux, chirurgicaux ou autres reconnus qui sont nécessaires à la santé ou au bien-être de l'enfant, ou qui refuse de permettre que ces soins ou traitements soient prodigués à l'enfant alors qu'ils sont recommandés par un médecin dûment qualifié, ou qui par ailleurs omet de protéger l'enfant adéquatement.

210 To this end, parents or guardians caught by s. 19(1)(*b*)(ix) will be those who neglect or refuse to provide medical care to the child in their charge when such treatment has been deemed necessary by a legally qualified medical practitioner.

211 It is important to bear in mind that the impugned provisions of the *Child Welfare Act* are geared to the promotion of the health, safety and personal integrity of the child. To this end, although this appeal raises issues related to the right of parents to rear their children without undue influence by the state, it also touches on the s. 7 right of the child to life and security of the person. It is this perspective that we find absent from the reasons of La Forest J. As such, we are concerned by the fact that our colleague's decision creates a situation in which the child's right to life or security of the person is reduced to a limitation on the parents' constitutionally protected ability to deny that child the necessities of life owing to parental liberty and freedom of religion.

1. Section 7

212 We find that the right to liberty embedded in s. 7 does not include a parents' right to deny a child medical treatment that has been adjudged necessary by a medical professional. Although the scope of "liberty" as understood by s. 7 is expansive, it is certainly not all-encompassing. This Court has unequivocally held that "liberty" is not synonymous with unconstrained freedom: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713 (*per* Dickson C.J., at pp. 785-86). Such an interpretation of "liberty" flows from some of the prior decisions of this Court cited by La Forest J. in his reasons. Not all individual activity should immediately qualify as an exercise of "liberty" and hence be *prima facie* entitled to constitutional protection, subject only to the limits consonant with fundamental justice or s. 1. For example, Wilson J. (in a passage relied upon by La Forest J. in his judgment in this

À cette fin, les parents ou tuteurs visés par le sous-al. 19(1)*b*)(ix) seront ceux qui négligent ou refusent de fournir des soins médicaux à l'enfant dont ils ont la responsabilité lorsque ce traitement a été jugé nécessaire par un médecin dûment qualifié.

Il importe de garder à l'esprit que les dispositions contestées de la *Child Welfare Act* visent à promouvoir la santé, la sécurité et l'intégrité personnelle de l'enfant. À cette fin, bien que le présent pourvoi soulève des questions relatives au droit des parents d'éduquer leurs enfants sans influence indue de la part de l'État, il porte également sur le droit de l'enfant à la vie et à la sécurité de sa personne, que lui garantit l'art. 7. C'est cet aspect qui, à notre avis, fait défaut dans les motifs du juge La Forest. Voilà pourquoi, nous craignons que la décision de notre collègue crée une situation où le droit de l'enfant à la vie et à la sécurité de sa personne en sera réduit à une restriction de la capacité des parents, garantie par la Constitution, de refuser à leur enfant les choses nécessaires à la vie au nom de la liberté parentale et de la liberté de religion.

1. Article 7

Nous sommes d'avis que le droit à la liberté, consacré à l'art. 7, ne comprend pas un droit des parents de refuser à leur enfant un traitement médical jugé nécessaire par un professionnel de la santé. Bien que de portée vaste, la «liberté» au sens de l'art. 7 n'est certainement pas absolue. Notre Cour a conclu sans équivoque que «liberté» n'est pas synonyme d'absence totale de contrainte: *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713 (le juge en chef Dickson, aux pp. 785 et 786). Cette interprétation de la «liberté» découle de certains arrêts antérieurs de notre Cour, que le juge La Forest cite dans ses motifs. Ce ne sont pas toutes les activités individuelles qui devraient être immédiatement qualifiées d'exercice de «liberté», et, de ce fait, pouvoir, à première vue, bénéficier de la protection de la Constitution, sous réserve seulement de limites conformes à la justice fondamentale ou à l'article premier. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, le juge

case) in *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, remarked at p. 318:

> John Stuart Mill described it [liberty] as "pursuing our own good in our own way". This, he believed, we should be free to do "so long as we do not attempt to deprive others of theirs or impede their efforts to obtain it". [Emphasis added.]

This is clearly a case where Sheena's right to liberty, security of the person, and potentially even to life is deprived. It is important to note that the abridgment of Sheena's s. 7 rights operates independently from the question whether the parents honestly believe that their refusal to consent to the transfusion is in the best interests of the child, since such a refusal shall, according to the appellants, prevent her from being "defiled in the eyes of God". Whether or not her parents' motivations are well-intentioned, the physical effects upon Sheena of the refusal to transfuse blood are equally deleterious.

We note that La Forest J. holds that "liberty" encompasses the right of parents to have input into the education of their child. In fact, "liberty" may very well permit parents to choose among equally effective types of medical treatment for their children, but we do not find it necessary to determine this question in the instant case. We say this because, assuming without deciding that "liberty" has such a reach, it certainly does not extend to protect the appellants in the case at bar. There is simply no room within s. 7 for parents to override the child's right to life and security of the person.

In any event, there is an immense difference between sanctioning some input into a child's education and protecting a parent's right to refuse their children medical treatment that a professional adjudges to be necessary and for which there is no legitimate alternative. The child's right to life must not be so completely subsumed to the parental liberty to make decisions regarding that child: *Re R.K.* (1987), 79 A.R. 140 (Prov. Ct. (Fam. Div.)), at p. 147. In our view, the best way to ensure this

Wilson fait remarquer (dans un passage cité par le juge La Forest dans ses motifs en l'espèce), à la p. 318:

> John Stuart Mill décrit cela [la liberté] ainsi: [TRADUCTION] «rechercher notre propre bien, à notre façon». Nous devrions, pensait-il, être libre de le faire «dans la mesure où nous ne tentons pas de priver les autres du leur, ni d'entraver leurs efforts pour y parvenir». [Nous soulignons.]

Il s'agit ici nettement d'un cas où le droit de 213
Sheena à la liberté, à la sécurité de sa personne et peut-être même à la vie, lui est nié. Il importe de signaler qu'il y a atteinte aux droits garantis à Sheena par l'art. 7, indépendamment de la question de savoir si les parents croient honnêtement que leur refus de consentir à la transfusion est dans l'intérêt de l'enfant, puisque ce refus vise, selon les appelants, à l'empêcher d'être [TRADUCTION] «souillée aux yeux de Dieu». Que les parents soient ou non bien intentionnés, les conséquences physiques pour Sheena du refus de la transfusion sanguine sont tout aussi néfastes.

Nous remarquons que le juge La Forest conclut 214
que la «liberté» comprend le droit des parents de jouer un rôle dans l'éducation de leur enfant. En fait, la «liberté» peut très bien permettre aux parents de choisir entre différentes formes également efficaces de traitement médical pour leurs enfants, mais nous ne jugeons pas nécessaire de résoudre cette question ici, et cela, parce qu'à supposer, sans en décider, que la «liberté» ait une telle portée, elle ne va certainement pas jusqu'à protéger les appelants en l'espèce. L'article 7 ne permet simplement pas aux parents de passer outre au droit de l'enfant à la vie et à la sécurité de sa personne.

Quoi qu'il en soit, il y a une énorme différence 215
entre sanctionner une certaine contribution à l'éducation d'un enfant et protéger le droit des parents de refuser à leur enfant le traitement médical qu'un professionnel juge nécessaire et pour lequel il n'existe aucune autre solution valable. Le droit de l'enfant à la vie ne doit pas être aussi totalement assujetti à la liberté des parents de prendre des décisions le concernant: *Re R.K.* (1987), 79 A.R. 140 (C. prov. (Div. fam.)), à la p. 147. À notre

1995 CanLII 115 (SCC)

outcome is to view an exercise of parental liberty which seriously endangers the survival of the child as falling outside s. 7.

216 Our colleague's reasons open the door to the possibility that a violation of a guardian's s. 7 rights will be found should the state deny a guardian his or her right to refuse a child in his or her charge medical treatment and should that denial fail to conform with fundamental justice. In the case at bar, Sheena's condition, although believed to be serious, was not sufficiently urgent to prevent the Children's Aid Society from seeking a court-ordered wardship, thereby complying with procedural fundamental justice. But what if Sheena were injured in a car accident and required an immediate blood transfusion to save her life? Even if her parents had been in agreement that the transfusion was necessary and urgently required, their personal convictions would still likely have compelled them to refuse their daughter the treatment. To this end, this exercise of parental liberty can engender the death of an infant.

217 We find it counter-intuitive that "parental liberty" would permit a parent to deny a child medical treatment felt to be necessary until some element of procedural fundamental justice is complied with. Although an individual may refuse any medical procedures upon her own person, it is quite another matter to speak for another separate individual, especially when that individual cannot speak for herself and, in Sheena's case, has never spoken for herself. The rights enumerated in the *Charter* are individual rights to which children are clearly entitled in their relationships with the state and all persons — regardless of their status as strangers, friends, relatives, guardians or parents.

218 The suggestion that parents have the ability to refuse their children medical procedures such as blood transfusions in situations where such a transfusion is necessary to sustain that child's health is

avis, la meilleure façon de garantir ce résultat est de considérer que l'exercice de la liberté parentale qui compromet sérieusement la survie de l'enfant n'est pas visé par l'art. 7.

Les motifs de notre collègue ouvrent la porte à la possibilité que l'on conclue à la violation des droits garantis à un tuteur par l'art. 7, si l'État prive ce dernier du droit de refuser un traitement médical à un enfant sous sa responsabilité, et si jamais ce refus n'est pas conforme à la justice fondamentale. En l'espèce, l'état de Sheena, bien que jugé grave, n'était pas suffisamment urgent pour empêcher la société d'aide à l'enfance de solliciter une ordonnance judiciaire de tutelle, de manière à respecter la justice fondamentale sur le plan procédural. Mais que ce serait-il passé si Sheena avait été blessée dans un accident de voiture et si elle avait dû recevoir une transfusion sanguine immédiatement pour rester en vie? Même si ses parents avaient convenu que la transfusion était nécessaire et requise de toute urgence, leurs convictions personnelles les auraient probablement forcés à refuser le traitement à leur fille. À cet égard, l'exercice de la liberté parentale peut provoquer la mort de l'enfant.

Intuitivement, nous ne sommes pas portés à admettre que la «liberté parentale» peut permettre à un parent de refuser à un enfant un traitement médical jugé nécessaire, jusqu'à ce qu'un quelconque élément de justice fondamentale soit respecté sur le plan procédural. Bien qu'une personne puisse refuser des procédures médicales pour elle-même, il en va autrement lorsqu'il s'agit de s'exprimer pour une autre personne, particulièrement lorsque cette dernière n'est pas en mesure d'exprimer sa propre volonté et, dans le cas de Sheena, ne l'a jamais fait. Les droits énoncés dans la *Charte* sont des droits individuels dont les enfants peuvent nettement se prévaloir dans leurs rapports avec l'État et avec d'autres personnes — peu importe qu'il s'agisse d'étrangers, d'amis, de parents, de tuteurs, ou encore du père ou de la mère.

La proposition voulant que les parents aient la capacité de refuser à leurs enfants des procédures médicales comme une transfusion sanguine dans des cas où cette transfusion est nécessaire pour

consistent with the view, now long gone, that parents have some sort of "property interest" in their children. Indeed, in recent years, this Court has emphasized that parental duties are to be discharged according to the "best interests" of the child: *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141. The nature of the parent-child relationship is thus not to be determined by the personal desires of the parent, yet rather by the "best interests" of the child. In *Young*, *supra*, at p. 47, L'Heureux-Dubé J. (discussing the issue of custody in family law) commented that:

> The proposition . . . is one of duty and obligation to the child's best interests. . . . One cannot stress enough that it is from the perspective of the child's interests that these powers and responsibilities must be assessed, as the "rights" of the parent are not a criterion.

préserver la santé de cet enfant est conforme au point de vue, qui n'a plus cours depuis longtemps, suivant lequel les parents ont une sorte de «droit de propriété» sur leurs enfants. De fait, au cours des dernières années, notre Cour a précisé que les parents doivent s'acquitter de leurs obligations dans «l'intérêt» de l'enfant: *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141. La nature de la relation parent-enfant doit donc dépendre non pas de la volonté personnelle du parent, mais plutôt de «l'intérêt» de l'enfant. Dans l'arrêt *Young*, précité, à la p. 47, le juge L'Heureux-Dubé (sur la question de la garde en droit de la famille) fait le commentaire suivant:

> Il [. . .] s'agit [. . .], en l'occurrence, [. . .] de devoir et d'obligation dans l'intérêt de l'enfant. [. . .] On ne saurait trop insister sur le fait que c'est dans l'optique de l'intérêt de l'enfant qu'il convient d'évaluer ces pouvoirs et responsabilités, car les «droits» d'un parent n'entrent pas en ligne de compte.

The exercise of parental beliefs that grossly invades the "best interests" of the child is not activity protected by the right to "liberty" in s. 7. To hold otherwise would be to risk undermining the ability of the state to exercise its legitimate *parens patriae* jurisdiction and jeopardize the *Charter*'s goal of protecting the most vulnerable members of society. As society becomes increasingly cognizant of the fact that the family is often a very dangerous place for children, the *parens patriae* jurisdiction assumes greater importance. Although there are times when the family should be shielded from the intrusions of the state, Sheena's situation is one in which the state should be readily able to intervene not only to protect the public interest, but also to preserve the security of infants who cannot yet speak for themselves.

219 L'exercice des croyances des parents qui empiète outre mesure sur «l'intérêt» de l'enfant n'est pas protégé par le droit à la «liberté» prévu à l'art. 7. Conclure autrement risquerait de miner la capacité de l'État d'exercer sa compétence *parens patriae* légitime et compromettrait l'objectif de la *Charte* qui est de protéger les membres les plus vulnérables de la société. Au fur et à mesure que la société prend davantage conscience du fait que la famille est souvent un endroit très dangereux pour des enfants, la compétence *parens patriae* revêt une plus grande importance. Bien qu'il arrive que la famille doive être soustraite aux intrusions de l'État, la situation de Sheena est un cas où l'État devrait pouvoir intervenir aisément non seulement pour protéger l'intérêt public, mais également pour garantir la sécurité des enfants en bas âge qui ne peuvent pas encore exprimer leur volonté.

It is clear that a purpose of the *Charter* is to protect the individual from governmental interference. For this reason, as noted by our colleague La Forest J., many *Charter* rights have been given broad interpretations. In the instant appeal, concern has been raised that whittling down the ambit of "parental liberty" could deny parents a constitutional remedy should the state, without due process

220 Il est clair que la *Charte* a pour objet, notamment, de protéger les citoyens contre l'ingérence gouvernementale. C'est pourquoi, comme l'a souligné notre collègue le juge La Forest, bien des droits garantis par la *Charte* ont été interprétés largement. En l'espèce, on a dit craindre que la réduction de la portée de la «liberté parentale» puisse enlever aux parents un recours constitution-

1995 CanLII 115 (SCC)

or substantive merit, arbitrarily decide to remove a child from a home. In our estimation, a more appropriate way of mitigating such a possibility would be to view such a removal as an interference with the child's own liberty or security interest, not that of the parent. With respect, such an approach obliges the state's *parens patriae* jurisdiction to be fairly exercised, both procedurally and substantively, without necessitating that the "liberty" interest embedded in s. 7 be extended to include parents' endangering the lives of children or denying them required medical treatment.

221 In sum, since we find the parental decision to withhold medical care to be outside the scope of "liberty", it does not qualify for *Charter* protection in the first place.

222 We have also read the reasons of the Chief Justice. He would confine the right to liberty in s. 7 to the "judicial" context, specifically criminal matters. He would also limit its reach to the physical or corporeal component of liberty, thereby leaving psychological coercion and emotional trauma outside the scope of "liberty". With respect, we do not find it necessary to pronounce on such an important matter in these reasons, particularly since this Court has not had the benefit of full argument on the appropriate contours between the rights protected by s. 7 and the freedoms covered by s. 2. We would consequently leave this determination for another day, and a case in which such issues arise more directly.

2. Section 2(*a*)

223 The parents of Sheena are constitutionally entitled to manifest their beliefs and practise their religion, as is their daughter. That constitutional freedom includes the right to educate and rear their child in the tenets of their faith. In effect, until the child reaches an age where she can make an independent decision regarding her own religious

nel si jamais l'État, sans procédure équitable ni justification de fond, décide arbitrairement de retirer un enfant d'un foyer. À notre avis, une façon plus appropriée d'atténuer cette possibilité serait de considérer un tel retrait comme une atteinte au droit à la liberté ou à la sécurité de l'enfant lui-même et non à celui du parent. En toute déférence, une telle méthode oblige l'État à exercer équitablement sa compétence *parens patriae*, tant sur le plan de la procédure que sur celui du fond, sans qu'il soit nécessaire que le droit à la «liberté», consacré à l'art. 7, soit élargi de manière à viser la situation où des parents mettent en danger la vie d'un enfant ou lui refusent un traitement médical nécessaire.

Bref, puisque nous jugeons que la décision des parents de refuser des soins médicaux est exclue de la portée de la «liberté», elle ne peut, au départ, jouir de la protection de la *Charte*.

Nous avons également lu les motifs du Juge en chef. Il restreindrait le droit à la liberté, garanti à l'art. 7, au contexte «judiciaire», plus précisément aux affaires criminelles. Il le limiterait à la dimension physique ou corporelle de la liberté, excluant ainsi de la portée de la «liberté» la contrainte psychologique et le traumatisme émotionnel. En toute déférence, nous ne jugeons pas nécessaire de nous prononcer sur une question aussi importante dans les présents motifs, d'autant plus que notre Cour n'a pas eu l'avantage d'entendre une argumentation complète sur les délimitations appropriées des droits protégés par l'art. 7 et des libertés garanties par l'art. 2. Nous sommes donc d'avis de remettre cette décision à une autre occasion où ces questions se poseront plus directement.

2. Alinéa 2*a*)

Les parents de Sheena ont, en vertu de la Constitution, le droit de manifester leurs croyances et de pratiquer leur religion, tout comme leur fille. Cette liberté constitutionnelle comprend le droit d'éduquer et d'élever leur enfant conformément aux principes de leur foi. En fait, jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge où elle sera en mesure de prendre elle-même une décision sur ses propres croyances religieuses, ses parents peuvent décider

1995 CanLII 19 (SCC)

beliefs, her parents may decide on her religion for her and raise her in accordance with that religion.

However, the freedom of religion is not absolute. Although La Forest J. considered that limitations on this right are best considered under a s. 1 analysis, we are of the view that the right itself must have a definition, and even if a broad and flexible definition is appropriate, there must be an outer boundary. Conduct which lies outside that boundary is not protected by the *Charter*. That boundary is reached in the circumstances of this case.

We are of the view that the constitutional question should be: to what extent can an infant's right to life and health be subordinated to conduct emanating from a parent's religious convictions? With this perspective as a starting point, we find that the appellants do not benefit from the protection of s. 2(*a*) of the *Charter* since a parent's freedom of religion does not include the imposition upon the child of religious practices which threaten the safety, health or life of the child.

Just as there are limits to the ambit of freedom of expression (e.g. s. 2(*b*) does not protect violent acts: *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, at pp. 753 and 801; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 732 and 830), so are there limits to the scope of s. 2(*a*), especially so when this provision is called upon to protect activity that threatens the physical or psychological well-being of others. In other words, although the freedom of belief may be broad, the freedom to act upon those beliefs is considerably narrower, and it is the latter freedom at issue in this case. The fact that "freedom" does not operate in a vacuum was underscored by Dickson J. (as he then was) in his seminal decision in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 337:

Freedom in a broad sense embraces both the absence of coercion and constraint, and the right to manifest beliefs and practices. Freedom means that, subject to such limitations as are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others, no one is to be forced to act in a way

de sa religion et l'élever en conformité avec celle-ci.

La liberté de religion n'est toutefois pas absolue. 224
Bien que le juge La Forest ait estimé que les restrictions de ce droit sont mieux analysées dans le cadre de l'article premier, nous sommes d'avis que le droit lui-même doit être défini et que, même s'il convient de lui donner une définition large et souple, il doit avoir une limite. La conduite qui outrepasse cette limite n'est pas protégée par la *Charte*. Cette limite est atteinte dans les circonstances de la présente affaire.

Nous sommes d'avis que la question constitu- 225
tionnelle devrait être la suivante: dans quelle mesure le droit à la vie et à la santé d'un enfant en bas âge peut-il être subordonné au comportement dicté par les convictions religieuses d'un parent? Vu sous cet angle, nous concluons que les appelants ne jouissent pas de la protection de l'al. 2*a*) de la *Charte* puisque la liberté de religion d'un parent ne l'autorise pas à imposer à son enfant des pratiques religieuses qui menacent sa sécurité, sa santé ou sa vie.

Tout comme il existe des limites à la liberté 226
d'expression (p. ex., l'al. 2*b*) ne protège pas les actes violents: *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, aux pp. 753 et 801; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, aux pp. 732 et 830), il y a également des limites à la portée de l'al. 2*a*), particulièrement lorsqu'on a recours à cette disposition pour préserver une activité qui menace le bien-être physique et psychologique d'autrui. En d'autres termes, bien que la liberté de croyance puisse être vaste, la liberté d'agir suivant ces croyances est beaucoup plus restreinte, et c'est cette liberté qui est en cause en l'espèce. Dans les motifs de principe qu'il a rédigés, dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 337, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) souligne que la «liberté» n'existe pas dans l'absolu:

La liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut

1995 CanLII 115 (SCC)

contrary to his beliefs or his conscience. [Emphasis added.]

227 In more recent years, members of this Court have recognized the limits of s. 2(*a*) as a tool to justify parental control over children. For example, in 1989 the Supreme Court affirmed the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Tutton and Tutton* (1985), 18 C.C.C. (3d) 328 (affirmed with no discussion of s. 2(*a*) of the *Charter*, [1989] 1 S.C.R. 1392). At page 355, the Ontario Court of Appeal held that:

> The duty imposed by statute to provide necessaries of life is applicable to all parents. It is not a lawful excuse for a parent who, knowing that a child is in need of medical assistance, refuses to obtain such assistance because to do so would be contrary to a tenet of their own particular faith. The guarantee of freedom of conscience and religion as enshrined in the Charter has nothing to do with this issue. [Emphasis added.]

228 Furthermore, in the even more recent decision of this Court in *P. (D.) v. S. (C.)*, *supra*, L'Heureux-Dubé J. (writing for the majority on this point) held at p. 182 that:

> As the Court has reiterated many times, freedom of religion, like any freedom, is not absolute. It is inherently limited by the rights and freedoms of others. Whereas parents are free to choose and practise the religion of their choice, such activities can and must be restricted when they are against the child's best interests, without thereby infringing the parents' freedom of religion. [Emphasis added.]

229 A similar approach was taken by McLachlin J. in *Young*, *supra*, at p. 122, this decision released concurrently with *P. (D.)*, *supra*:

> It is clear that conduct which poses a risk of harm to the child would not be protected. As noted earlier, religious expression and comment of a parent which is found to violate the best interests of a child will often do so because it poses a risk of harm to the child. If so, it is clear that the guarantee of religious freedom can offer no protection.

230 We are also reinforced in our findings by the decisions of lower courts not to view parents' refusal to consent to a blood transfusion for their

être forcé d'agir contrairement à ses croyances et à sa conscience. [Nous soulignons.]

Plus récemment, les membres de notre Cour ont reconnu les limites de l'al. 2*a*) comme moyen de justifier le contrôle des parents sur leurs enfants. Par exemple, en 1989, la Cour suprême a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Tutton and Tutton* (1985), 18 C.C.C. (3d) 328 (confirmé sans analyse de l'al. 2*a*) de la *Charte*, [1989] 1 R.C.S. 1392). À la page 355, la Cour d'appel de l'Ontario conclut ceci:

> [TRADUCTION] L'obligation imposée par la loi de fournir les choses nécessaires à la vie s'applique à tous les parents. Le parent qui sait que son enfant a besoin d'assistance médicale ne saurait affirmer à sa décharge, pour refuser de la lui procurer, que pareille assistance serait contraire à un précepte de sa propre foi. La liberté de conscience et de religion garantie par la Charte n'a rien à voir avec cette question. [Nous soulignons.]

En outre, dans l'arrêt encore plus récent de notre Cour *P. (D.) c. S. (C.)*, précité, le juge L'Heureux-Dubé (s'exprimant au nom de la majorité sur ce point) conclut, à la p. 182, que:

> Comme la Cour l'a réitéré à maintes occasions, la liberté de religion, comme toute liberté, n'est pas absolue. Elle est limitée de façon inhérente par les droits et libertés des autres. Alors que les parents sont libres de choisir et de pratiquer la religion de leur choix, ces activités peuvent et doivent être restreintes lorsqu'elles contreviennent au meilleur intérêt de l'enfant, sans pour autant violer la liberté de religion des parents. [Nous soulignons.]

Le juge McLachlin a adopté une position semblable dans l'arrêt *Young*, précité, à la p. 122, rendu en même temps que l'arrêt *P. (D.)*, précité:

> Il est indubitable que la conduite qui comporte pour l'enfant un risque de préjudice ne serait pas protégée. Comme je l'ai souligné précédemment, l'expression et les commentaires à caractère religieux d'un parent qui sont jugés contraires à l'intérêt de l'enfant le seront souvent parce que celui-ci risque d'en subir un préjudice. Si c'est le cas, il est clair que la garantie de liberté de religion ne peut offrir aucune protection.

Nous sommes également renforcés dans nos conclusions par la décision des tribunaux d'instance inférieure d'exclure de la protection de l'al.

CanLII 1995

children as activity protected by s. 2(*a*): *Re D.* (1982), 30 R.F.L. (2d) 277 (Alta. Prov. Ct.); *M. (R.E.D.) v. Director of Child Welfare* (1986), 47 Alta. L.R. (2d) 380 (Q.B.) (appeal to Court of Appeal quashed and application to reinstate appeal refused (1988), 88 A.R. 346 (C.A.)), at p. 395; *Re R.K.*, *supra*.

The appellants proceed on the assumption that Sheena is of the same religion as they, and hence cannot submit to a blood transfusion. Yet, Sheena has never expressed any agreement with the Jehovah's Witness faith, nor, for the matter, with any religion, assuming any such agreement would be effective. There is thus an impingement upon Sheena's freedom of conscience which arguably includes the right to live long enough to make one's own reasoned choice about the religion one wishes to follow as well as the right not to hold a religious belief. In fact, denying an infant necessary medical care could preclude that child from exercising any of her constitutional rights, as the child, due to parental beliefs, may not live long enough to make choices about the ideas she should like to express, the religion she should like to profess, or the associations she should like to join. "Freedom of religion" should not encompass activity that so categorically negates the "freedom of conscience" of another. We are fortified in this conclusion by the following passage of Dickson J. in *Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 346:

> The values that underlie our political and philosophic traditions demand that every individual be free to hold and to manifest whatever beliefs and opinions his or her conscience dictates, provided *inter alia* only that such manifestations do not injure his or her neighbours or their parallel rights to hold and manifest beliefs and opinions of their own. [Emphasis added.]

In conclusion, we would affirm the decision of the District Court judge that s. 2(*a*) will not protect conduct that overrides the s. 7 life and security interests of an infant.

2*a*) le refus des parents de consentir à ce que leurs enfants subissent une transfusion sanguine: *Re D.* (1982), 30 R.F.L. (2d) 277 (C. prov. Alb.); *M. (R.E.D.) c. Director of Child Welfare* (1986), 47 Alta. L.R. (2d) 380 (B.R.) (appel devant la Cour d'appel annulé et demande de rétablissement d'appel refusée (1988), 88 A.R. 346 (C.A.)), à la p. 395; *Re R.K.*, précité.

Les appelants ont agi en tenant pour acquis que 231
Sheena est de la même religion qu'eux et qu'elle ne saurait donc subir une transfusion sanguine. Pourtant, Sheena n'a jamais adhéré à la foi des témoins de Jéhovah ni, quant à cela, à aucune religion, en supposant qu'une telle adhésion serait valable. Il y a donc une atteinte à la liberté de conscience de Sheena, qui, pourrait-on soutenir, comprend le droit de vivre assez longtemps pour faire son propre choix raisonné sur la religion à laquelle elle souhaite adhérer, de même que le droit de n'avoir aucune croyance religieuse. En fait, refuser à une enfant en bas âge des soins médicaux nécessaires pourrait empêcher cette enfant d'exercer ses droits constitutionnels, puisqu'il se peut qu'en raison des croyances de ses parents elle ne vive pas assez longtemps pour faire des choix sur les idées qu'elle aimerait exprimer, la religion qu'elle souhaiterait professer, ou les associations auxquelles elle souhaiterait adhérer. La «liberté de religion» ne devrait pas comprendre une activité qui nie aussi catégoriquement la «liberté de conscience» d'autrui. Le passage suivant des motifs du juge Dickson dans l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 346, vient renforcer notre conclusion:

> Les valeurs qui sous-tendent nos traditions politiques et philosophiques exigent que chacun soit libre d'avoir et de manifester les croyances et les opinions que lui dicte sa conscience, à la condition notamment que ces manifestations ne lèsent pas ses semblables ou leur propre droit d'avoir et de manifester leurs croyances et opinions personnelles. [Nous soulignons.]

En conclusion, nous sommes d'avis de confirmer la décision du juge de la Cour de district que l'al. 2*a*) ne protège pas la conduite qui empiète sur les droits à la vie et à la sécurité de la personne que l'art. 7 garantit à un enfant en bas âge. 232

1995 CanLII 115 (SCC)

3. Balancing Conflicts Between Individual Rights

233 Although many of the competing rights discussed in this appeal could perhaps be integrated into a s. 1 analysis as was done by La Forest J. both in his disposition of the matter at hand as well as in *R. v. Jones*, *supra*, at p. 297, we believe this is inappropriate in the present case. Such an approach elevates choosing to refuse one's child necessary medical care on account of one's personal convictions to the level of constitutionally protected activity. Moreover, this approach obliges s. 1 almost single-handedly to play the role of balancing diverse interests. Although s. 1 may be the appropriate forum for balancing the interests of the state against the rights violation of the aggrieved individual, such a balance is not required in the case at bar. The nexus of the balancing operates between Sheena's right to life and security of the person and her parents' right to freedom of religion. We are not convinced that s. 1 should be the exclusive balancing agent between two individuals' positive and negative liberties. Further, it is noteworthy that many of the *Charter* cases relied upon as supporting a broad definition of the liberty interest clearly involve conflicts between individual rights and state interests, often in the context of the criminal law: *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387. This is not the situation in the case at bar. To this end, we do not find that denying the appellants the protection of s. 2(*a*) or s. 7 unduly truncates the application of the *Charter*.

234 In *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, at pp. 320-21, La Forest J. remarked that s. 2(*d*) of the *Charter*, although encompassing a right of freedom from association, "could certainly not have been intended [to] protect us against the association with others that is a necessary and inevitable part of membership in a democratic community, the existence of which the *Charter* clearly assumes". He thus ascribes an outer boundary to s. 2(*d*). If s. 2(*d*) will not encompass the right to dissociate

3. Évaluation des conflits entre des droits individuels

Même s'il était possible d'intégrer bon nombre des droits opposés analysés en l'espèce dans une analyse fondée sur l'article premier, comme l'a fait le juge La Forest en statuant sur la présente affaire de même que dans l'arrêt *R. c. Jones*, précité, à la p. 297, nous ne croyons pas qu'il convient de le faire en l'espèce. Ce point de vue élève, au rang d'activité protégée par la Constitution, la décision de refuser à un enfant des soins médicaux nécessaires, en raison de convictions personnelles. En outre, il confère presque exclusivement à l'article premier la fonction de soupeser des droits divers. Bien que l'article premier puisse convenir pour évaluer les intérêts de l'État en fonction de la violation des droits de l'individu lésé, cette évaluation n'est pas nécessaire en l'espèce. Le nœud de l'évaluation se situe entre le droit de Sheena à la vie et à la sécurité de sa personne et le droit de ses parents à la liberté de religion. Nous ne sommes pas convaincus que l'article premier devrait être le seul instrument d'évaluation des libertés positives et négatives de deux individus. En outre, il convient de signaler que de nombreuses affaires relatives à la *Charte*, invoquées à l'appui d'une définition générale du droit à la liberté, impliquent manifestement un conflit entre des droits individuels et des intérêts de l'État, souvent dans le contexte du droit criminel: *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387. Ce n'est pas le cas en l'espèce. À cette fin, nous ne pouvons conclure que refuser aux appelants la protection de l'al. 2*a*) ou de l'art. 7 tronque indûment l'application de la *Charte*.

Dans l'arrêt *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, aux pp. 320 et 321, le juge La Forest fait remarquer que, bien qu'il protège le droit à la liberté d'association, «on n'a sûrement pas voulu que l'al. 2*d*) [de la *Charte*] nous protège contre l'association avec autrui qui est une composante nécessaire et inévitable de l'appartenance à une société démocratique, dont il est clair que la *Charte* présuppose l'existence». Il fixe donc une limite à l'al. 2*d*). Si cet alinéa ne donne pas le droit

Copyright 1995 Supreme Court

from institutions integral to the structure of society, we conclude by analogy that neither s. 2(*a*) nor the liberty interest of s. 7 permits parents to endanger the lives of their children. Expanding the substantive rights guarantees to cover such activity would, with greatest respect, render them meaningless owing to a lack of definition. Just because it is self-evident that a rights limitation shall be upheld as comporting with fundamental justice or s. 1 does not mean that it is necessary to proceed to this level of analysis.

4. Disposition

We conclude that the impugned provisions of the *Child Welfare Act* do not occasion any rights infringements in the first place. We would otherwise dispose of the appeal and cross-appeal in the manner proposed by La Forest J.

Appeal and cross-appeal dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ J. *dissenting on the cross-appeal.*

Solicitors for the appellants: W. Glen How & Associates, Halton Hills, Ontario.

Solicitor for the respondent the Children's Aid Society of Metropolitan Toronto: Heather L. Katarynych, Toronto.

Solicitor for the respondent the Official Guardian of Ontario: Debra Paulseth, Toronto.

Solicitors for the respondent the Attorney General for Ontario: Janet E. Minor and Robert E. Charney, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Roslyn J. Levine, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Isabelle Harnois and Monique Rousseau, Ste-Foy, Quebec.

de se dissocier d'associations qui font partie intégrante de la structure de la société, nous concluons par analogie que ni l'al. 2*a*) ni le droit à la liberté garanti par l'art. 7 n'autorisent les parents à mettre en danger la vie de leurs enfants. En toute déférence, étendre les garanties de droits substantiels à une telle activité les dénuerait de tout sens en raison de l'absence de définition. Il n'est pas nécessaire d'effectuer ce genre d'analyse seulement parce qu'il est évident en soi que la restriction d'un droit doit être maintenue si elle est conforme à la justice fondamentale ou à l'article premier.

4. Dispositif

Nous concluons que les dispositions contestées de la *Child Welfare Act* ne portent atteinte à aucun droit, au départ. Par ailleurs, nous sommes d'avis de trancher le pourvoi principal et le pourvoi incident de la manière proposée par le juge La Forest.

Pourvoi principal et pourvoi incident rejetés, le juge L'HEUREUX-DUBÉ *est dissidente quant au pourvoi incident.*

Procureurs des appelants: W. Glen How & Associates, Halton Hills, Ontario.

Procureur de l'intimée la Children's Aid Society of Metropolitan Toronto: Heather L. Katarynych, Toronto.

Procureur de l'intimé le tuteur public de l'Ontario: Debra Paulseth, Toronto.

Procureurs de l'intimé le procureur général de l'Ontario: Janet E. Minor et Robert E. Charney, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Roslyn J. Levine, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Isabelle Harnois et Monique Rousseau, Ste-Foy, Québec.

1995 CanLII 115 (SCC)

Joseph Borowski *Appellant*

v.

The Attorney General of Canada *Respondent*

and

Interfaith Coalition on the Rights and Wellbeing of Women and Children, R.E.A.L. Women of Canada and Women's Legal Education and Action Fund (LEAF) *Interveners*

INDEXED AS: BOROWSKI v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 20411.

1988: October 3, 4; 1989: March 9.

Present: Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Appeal — Mootness — Abortion provisions of Criminal Code — Provisions under challenge already found invalid — Ancillary questions relating to Charter rights of the foetus — Whether or not issue moot — Whether or not Court should exercise discretion to hear case — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 251 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 15.

Criminal law — Abortion — Provisions under challenge already found invalid — Ancillary questions relating to Charter rights of the foetus — Whether or not issue moot — Whether or not Court should exercise discretion to hear case.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of the person — Right to equality before and under the law — Whether or not Charter rights extending to foetus — Charter issues ancillary to question of validity of abortion provisions of Criminal Code — Provisions under challenge already found invalid — Whether or not issue moot — Whether or not Court should exercise discretion to hear case.

Civil procedure — Standing — Standing originally found because action seeking declaration as to legislation's validity — Provisions under challenge already found invalid — Whether or not standing as originally

Joseph Borowski *Appelant*

c.

Le procureur général du Canada *Intimé*

et

Interfaith Coalition on the Rights and Wellbeing of Women and Children, R.E.A.L. Women of Canada et Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ) *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: BOROWSKI c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

N° du greffe: 20411.

1988: 3, 4 octobre; 1989: 9 mars.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Pourvoi — Caractère théorique — Dispositions du Code criminel relatives à l'avortement — Dispositions contestées déjà déclarées inopérantes — Questions accessoires relatives aux droits du fœtus en vertu de la Charte — La question est-elle théorique? — La Cour doit-elle exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre l'affaire? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 251 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 15.

Droit criminel — Avortement — Dispositions contestées déjà déclarées inopérantes — Questions accessoires sur les droits du fœtus en vertu de la Charte — La question est-elle théorique? — La Cour doit-elle exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre l'affaire?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Droit à l'égalité devant et dans la loi — Les droits garantis par la Charte s'appliquent-ils au fœtus? — Questions relatives à la Charte accessoires à la question de la validité des dispositions du Code criminel sur l'avortement — Dispositions contestées déjà déclarées inopérantes — La question est-elle théorique? — La Cour doit-elle exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre l'affaire?

Procédure civile — Qualité pour agir — Qualité pour agir reconnue initialement parce que l'action visait un jugement déclarant l'invalidité de dispositions législatives — Dispositions contestées déjà déclarées inopéran-

1989 CanLII 123 (SCC)

determined — Whether or not s. 24(1) of the Charter and s. 52(1) of the Constitution Act, 1982 able to support claim for standing.

Appellant attacked the validity of s. 251(4), (5) and (6) of the *Criminal Code* relating to abortion on the ground that they contravened the life and security and the equality rights of the foetus, as a person, protected by ss. 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Appellant's standing had been found on the basis that he was seeking a declaration that legislation is invalid, that there was a serious issue as to its invalidity, that he had a genuine interest as a citizen in the validity of the legislation and that there was no other reasonable and effective manner in which the issue could be brought before the Court.

The Court of Queen's Bench found s. 251(4), (5) and (6) did not violate the *Charter* as a foetus was not protected by either s. 7 or s. 15 of the *Charter* and also held that s. 1 of the *Canadian Bill of Rights* did not give the courts the right to assess the substantive content or wisdom of legislation. The Court of Appeal concluded that neither s. 7 nor s. 15 of the *Charter* applied to a foetus. The constitutional questions stated in this Court queried: (1) if a foetus had the right to life as guaranteed by s. 7 of the *Charter*; (2) if so, whether s. 251(4), (5) and (6) of the *Code* violated the principles of fundamental justice contrary to s. 7 of the *Charter*; (3) whether a foetus had the right to equal protection and equal benefit of the law without discrimination because of age or mental or physical disability as guaranteed by s. 15 of the *Charter*; (4) if so, whether s. 251(4), (5) and (6) of the *Code* violated s. 15; and (5) if questions (2) and (4) were answered affirmatively, whether s. 251(4), (5) and (6) of the *Code* were justified by s. 1 of the *Charter*. All of s. 251, however, was struck down subsequent to the Court of Appeal's decision but before the appeal reached this Court as a result of this Court's decision in *R. v. Morgentaler (No. 2)*.

A serious issue existed at the commencement of the appeal as to whether the appeal was moot. Questions also existed as to whether the appellant had lost his standing and, indeed, whether the matter was justiciable. These issues were addressed as a preliminary matter and decision on them was reserved. The Court then heard argument on the merits of the appeal so that the whole appeal could be decided without recalling the parties for argument should it decide that the appeal should proceed notwithstanding the preliminary issues.

tes — La qualité pour agir reconnue initialement subsiste-t-elle? — L'article 24(1) de la Charte et l'art. 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 peuvent-ils fonder la qualité pour agir?

L'appelant conteste la validité des par. 251(4), (5) et (6) du *Code criminel* relatives à l'avortement pour le motif qu'ils enfreignent les droits à la vie, à la sécurité et à l'égalité garantis au fœtus, en tant que personne, par les art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La qualité pour agir avait été reconnue à l'appelant parce qu'il demandait un jugement déclarant une loi invalide, parce que la question de la validité de la loi se posait sérieusement, parce qu'il avait, à titre de citoyen, un intérêt véritable quant à la validité de la loi et parce qu'il n'y avait pas d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la Cour.

La Cour du Banc de la Reine a conclu que les par. 251(4), (5) et (6) ne violent pas la *Charte* puisque le fœtus n'est protégé ni par son art. 7 ni par son art. 15 et, en outre, que l'article premier de la *Déclaration canadienne des droits* ne permet pas aux tribunaux de juger de la teneur ou de la sagesse des lois. La Cour d'appel a conclu que ni l'art. 7, ni l'art. 15 de la *Charte* ne s'appliquent au fœtus. Les questions constitutionnelles en cette Cour visent à déterminer: (1) si le fœtus a le droit à la vie que garantit l'art. 7 de la *Charte*; (2) dans l'affirmative, si les par. 251(4), (5) et (6) du *Code* violent les principes de justice fondamentale contrairement à l'art. 7 de la *Charte*; (3) si le fœtus a le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination en raison de l'âge ou de déficiences mentales ou physiques, selon l'art. 15 de la *Charte*; (4) dans l'affirmative, si les par. 251(4), (5), (6) du *Code* violent l'art. 15; et (5) dans le cas d'une réponse affirmative aux questions (2) et (4), si les par. 251(4), (5) et (6) du *Code* sont justifiés par l'article premier de la *Charte*. Toutefois, après l'arrêt de la Cour d'appel mais avant l'audition du pourvoi en cette Cour, l'ensemble de l'art. 251 a été déclaré inopérant par l'arrêt *R. c. Morgentaler (nº 2)*.

Dès le début du pourvoi, la question du caractère théorique du pourvoi se posait sérieusement. En outre, il paraissait douteux que le demandeur ait encore qualité pour agir et même que la question puisse être réglée par voie de justice. Ces points ont été débattus à titre de questions préliminaires et ont été mis en délibéré. La Cour a alors entendu le pourvoi au fond, de manière à être en mesure de statuer sur la totalité du pourvoi sans devoir rappeler les parties pour plaider si, malgré les questions préliminaires, elle décidait que le pourvoi devait suivre son cours.

1989 CanLII 123 (SCC)

Held: The appeal should be dismissed.

The appeal is moot and the Court should not exercise its discretion to hear it. Moreover, appellant no longer has standing to pursue the appeal as the circumstances upon which his standing was originally premised have disappeared.

The doctrine of mootness is part of a general policy that a court may decline to decide a case which raises merely a hypothetical or abstract question. An appeal is moot when a decision will not have the effect of resolving some controversy affecting or potentially affecting the rights of the parties. Such a live controversy must be present not only when the action or proceeding is commenced but also when the court is called upon to reach a decision. The general policy is enforced in moot cases unless the court exercises its discretion to depart from it.

The approach with respect to mootness involves a two-step analysis. It is first necessary to determine whether the requisite tangible and concrete dispute has disappeared rendering the issues academic. If so, it is then necessary to decide if the court should exercise its discretion to hear the case. (In the interest of clarity, a case is moot if it does not present a concrete controversy even though a court may elect to address the moot issue.)

This appeal is moot as there is no longer a concrete legal dispute. The live controversy underlying this appeal—the challenge to the constitutionality of s. 251(4), (5) and (6) of the *Code*—disappeared when s. 251 was struck down in *R. v. Morgentaler (No. 2)*. None of the relief sought in the statement of claim was relevant. Three of the five constitutional questions that were set explicitly concerned s. 251 and were no longer applicable. The remaining two questions addressed the scope of ss. 7 and 15 of the *Charter* and were not severable from the context of the original challenge to s. 251.

A constitutional question cannot bind this Court and may not be used to transform an appeal into a reference. Constitutional questions are stated to define with precision the constitutional points at issue, not to introduce new issues, and accordingly, cannot be used as an independent basis for supporting an otherwise moot appeal.

The second stage in the analysis requires that a court consider whether it should exercise its discretion to decide the merits of the case, despite the absence of a live controversy. Courts may be guided in the exercise of

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le pourvoi est théorique et la Cour ne devrait pas exercer son pouvoir discrétionnaire pour le trancher au fond. De plus, l'appelant n'a plus qualité pour continuer le pourvoi puisque les circonstances qui fondaient initialement la qualité pour agir ont disparu.

La doctrine relative au caractère théorique relève du principe général en vertu duquel un tribunal peut refuser de trancher une affaire qui ne soulève qu'une question hypothétique ou abstraite. Un appel est théorique lorsque la décision du tribunal n'aura pas pour effet de résoudre un litige qui a, ou peut avoir, des conséquences sur les droits des parties. Un litige actuel doit exister non seulement quand l'action ou les procédures sont engagées, mais aussi au moment où le tribunal doit rendre une décision. Le principe général s'applique aux litiges devenus théoriques à moins que le tribunal n'exerce son pouvoir discrétionnaire de ne pas l'appliquer.

La démarche à suivre pour déterminer si le litige est théorique comporte une analyse en deux temps. En premier, il faut se demander si le différend concret et tangible a disparu et si la question est devenue purement théorique. Si c'est le cas, le tribunal décide alors s'il doit exercer son pouvoir discrétionnaire et entendre l'affaire. (Pour être précis, une affaire est «théorique» si elle ne présente pas de litige concret même si le tribunal choisit de trancher la question théorique.)

Le présent pourvoi est théorique puisqu'il n'y a plus de différend juridique concret. Le litige qui fondait le présent pourvoi—la contestation de la constitutionnalité des par. 251(4), (5) et (6) du *Code*—a disparu quand la Cour a déclaré cet article inopérant dans *R. c. Morgentaler (n° 2)*. Aucun des redressements demandés dans la déclaration n'est pertinent. Trois des cinq questions constitutionnelles énoncées visent expressément l'art. 251 et n'ont plus d'objet. Les deux autres ont trait à la portée des droits garantis par les art. 7 et 15 de la *Charte* et ne peuvent être traitées séparément de la contestation initiale de l'art. 251.

Une question constitutionnelle ne lie pas la Cour et ne peut pas servir non plus à transformer un pourvoi en renvoi. Les questions constitutionnelles visent à définir avec précision les points litigieux dans une affaire constitutionnelle et non à introduire de nouvelles questions. Les questions ne peuvent donc servir de fondement distinct à un pourvoi qui est par ailleurs théorique.

La deuxième partie de l'analyse consiste pour le tribunal à déterminer s'il devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour trancher l'affaire au fond, même en l'absence de litige actuel. Dans l'exercice de ce pouvoir

1989 CanLII 123 (SCC)

their discretion by considering the underlying rationale of the mootness doctrine.

The first rationale for the policy with respect to mootness in that a court's competence to resolve legal disputes is rooted in the adversary system. A full adversarial context, in which both parties have a full stake in the outcome, is fundamental to our legal system. The second is based on the concern for judicial economy which requires that a court examine the circumstances of a case to determine if it is worthwhile to allocate scarce judicial resources to resolve the moot issue. The third underlying rationale of the mootness doctrine is the need for courts to be sensitive to the effectiveness or efficacy of judicial intervention and demonstrate a measure of awareness of the judiciary's role in our political framework. The Court, in exercising its discretion in an appeal which is moot, should consider the extent to which each of these three basic factors is present. The process is not mechanical. The principles may not all support the same conclusion and the presence of one or two of the factors may be overborne by the absence of the third, and vice versa.

The Court should decline to exercise its discretion to decide this appeal on its merits because of concerns for judicial economy and for the Court's role in the law-making process. The absence of an adversarial relationship was of little concern: the appeal was argued as fully as if it were not moot.

With respect to judicial economy, none of the factors justifying the application of judicial resources applied. The decision would not have practical side effects on the rights of the parties. The case was not one that was capable of repetition, yet evasive of review: it will almost certainly be brought before the Court within a specific legislative context or possibly in review of specific governmental action. An abstract pronouncement on foetal rights here would not necessarily obviate future repetitious litigation. It was not in the public interest, notwithstanding the great public importance of the question involved, to address the merits in order to settle the state of the law. A decision as to whether ss. 7 and 15 of the *Charter* protect the rights of the foetus is not in the public interest due to the potential uncertainty that could result from such a decision absent a legislative context.

A proper awareness of the Court's law-making function dictated against the Court's exercising its discretion to decide this appeal. The question posed here was not

discrétionnaire, les tribunaux peuvent être guidés par l'étude des assises mêmes de la doctrine du caractère théorique.

La première raison d'être de la politique en matière de causes théoriques tient à ce que la capacité des tribunaux de trancher des litiges a sa source dans le système contradictoire. Le contexte réellement contradictoire, dans lequel les deux parties ont un intérêt dans l'issue du litige, est un élément fondamental de notre système juridique. La deuxième raison tient à l'économie des ressources judiciaires qui oblige les tribunaux à se demander si, compte tenu des circonstances d'une affaire, il y a lieu de consacrer des ressources judiciaires limitées à la solution d'un litige devenu théorique. La troisième raison d'être de la doctrine tient à la nécessité pour les tribunaux d'être sensibles à l'efficacité et à l'efficience de l'intervention judiciaire et d'être conscients de leur fonction juridictionnelle dans notre structure politique. En exerçant son pouvoir discrétionnaire à l'égard d'un pourvoi théorique, la Cour doit tenir compte de chacune de ces trois principales raisons d'être. Il ne s'agit pas d'un processus mécanique. Il se peut que les principes ne tendent pas tous vers la même conclusion. L'absence d'un facteur peut prévaloir malgré la présence de l'un ou des deux autres, ou inversement.

La Cour devrait refuser d'exercer son pouvoir discrétionnaire de trancher le pourvoi au fond par souci d'économie des ressources judiciaires et en raison de sa fonction véritable dans l'élaboration du droit. L'absence de rapport contradictoire ne fait pas problème: le pourvoi a été plaidé aussi pleinement que s'il n'avait pas été théorique.

Aucun des facteurs qui justifieraient l'utilisation de ressources judiciaires ne s'applique. La décision n'aurait pas d'effets accessoires pratiques sur les droits des parties. Il ne s'agit pas d'une situation susceptible à la fois de se répéter et de ne jamais être soumise aux tribunaux. Il est en effet très probable que la question sera soumise à cette Cour à propos d'une loi précise ou peut-être à propos d'un acte gouvernemental précis. Une décision dans l'abstrait sur les droits du fœtus n'éliminerait pas nécessairement des litiges répétés à l'avenir. Malgré la grande importance de la question, il n'est pas dans l'intérêt public de statuer sur le fond pour déterminer l'état du droit. Une décision sur la question de savoir si les art. 7 et 15 de la *Charte* protègent les droits du fœtus n'est pas dans l'intérêt public vu l'état d'incertitude qui pourrait résulter d'une telle décision en dehors de tout contexte législatif.

La considération de la fonction véritable de la Cour dans l'élaboration du droit est une autre raison de refuser d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour tran-

1989 CanLII 123 (SCC)

the question raised in the original action. Indeed, what was sought—a *Charter* interpretation in the absence of legislation or other governmental action bringing it into play—would turn this appeal into a private reference. The Court, if it were to exercise its discretion, would intrude on the right of the executive to order a reference and pre-empt a possible decision of Parliament by dictating the form of legislation it should enact. To do so would be a marked departure from the Court's traditional role.

The appellant also lacked standing to pursue this appeal given the fact that the original basis for his standing no longer existed. Two significant changes in the nature of this action occurred since standing was granted by this Court in 1981. Firstly, the claim is now premised primarily upon an alleged right of a foetus to life and equality pursuant to ss. 7 and 15 of the *Charter*. Secondly, the legislative context of original claim disappeared when s. 251 of the *Code* was struck down. Standing could not be based on s. 24(1) of the *Charter* for an infringement or denial of a person's own *Charter*-based right was required. Here, the rights allegedly violated were those of a foetus. Standing could not be based on s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* as this is restricted to litigants challenging a law or governmental action pursuant to power granted by law.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Morgentaler (No. 2)*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; *Morgentaler v. The Queen (No. 1)*, [1976] 1 S.C.R. 616; *Dehler v. Ottawa Civic Hospital* (1980), 29 O.R. (2d) 677 (C.A.), leave to appeal refused [1981] 1 S.C.R. viii; *The King ex rel. Tolfree v. Clark*, [1944] S.C.R. 69; *Moir v. The Corporation of the Village of Huntingdon* (1891), 19 S.C.R. 363; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117; *Coca-Cola Company of Canada Ltd. v. Mathews*, [1944] S.C.R. 385; *Sun Life Assurance Company of Canada v. Jervis*, [1944] A.C. 111; *Vic Restaurant Inc. v. City of Montreal*, [1959] S.C.R. 58; *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] S.C.R. 628; *Re Cadeddu and The Queen* (1983), 41 O.R. (2d) 481; *R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Re Maltby and Attorney-*

cher le pourvoi au fond. La question soumise à cette Cour n'est plus celle qui était l'objet de l'action initiale. En réalité, ce qu'on demande—une interprétation de la *Charte* en l'absence de texte législatif ou d'acte gouvernemental la faisant entrer en jeu—transformerait le pourvoi en renvoi d'initiative privée. Si elle exerçait son pouvoir discrétionnaire dans un tel cas, la Cour empiéterait sur le droit du pouvoir exécutif d'ordonner un renvoi et pourrait empêcher la législateur de prendre une décision, en lui dictant les termes des dispositions législatives à adopter. Ce serait une dérogation marquée au rôle traditionnel de la Cour.

De plus, l'appelant n'a plus qualité pour continuer le pourvoi puisque le fondement initial de sa qualité pour agir n'existe plus. Il s'est produit deux changements importants dans la nature de l'action en l'espèce depuis que la Cour a reconnu à l'appelant qualité pour agir, en 1981. Premièrement, la demande actuelle se fonde principalement sur l'allégation que le droit du fœtus à la vie et à l'égalité est garanti par les art. 7 et 15 de la *Charte*. Deuxièmement, en déclarant l'art. 251 du *Code* inopérant, la Cour a fait disparaître le contexte législatif de la demande. Il n'est pas possible d'invoquer en l'espèce le par. 24(1) comme fondement de la qualité pour agir puisqu'il faut qu'il y ait violation ou négation d'un droit garanti par la *Charte* à la personne qui l'invoque. En l'espèce, les droits qui auraient été violés sont ceux du fœtus. La qualité pour agir ne peut être accordée en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* parce qu'une action fondée sur le par. 52(1) doit se limiter à la contestation d'une loi ou d'un acte gouvernemental pris en vertu d'un pouvoir conféré par la loi.

Jurisprudence

Arrêts suivis: *R. c. Morgentaler (nº 2)*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; *Morgentaler c. La Reine (nº 1)*, [1976] 1 R.C.S. 616; *Dehler v. Ottawa Civic Hospital* (1980), 29 O.R. (2d) 677 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée [1981] 1 R.C.S. viii; *The King ex rel. Tolfree v. Clark*, [1944] R.C.S. 69; *Moir v. The Corporation of the Village of Huntingdon* (1891), 19 R.C.S. 363; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117; *Coca-Cola Company of Canada Ltd. v. Mathews*, [1944] R.C.S. 385; *Sun Life Assurance Company of Canada v. Jervis*, [1944] A.C. 111; *Vic Restaurant Inc. v. City of Montreal*, [1959] R.C.S. 58; *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] R.C.S. 628; *Re Cadeddu and The Queen* (1983), 41 O.R. (2d) 481; *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Re Maltby*

1989 CanLII 123 (SCC)

General of Saskatchewan (1984), 10 D.L.R. (4th) 745; *Hall v. Beals*, 396 U.S. 45 (1969); *United States v. W. T. Grant Co.*, 345 U.S. 629 (1953); *Sibron v. New York*, 392 U.S. 40 (1968); *Vadeboncœur v. Landry*, [1977] 2 S.C.R. 179; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *Southern Pacific Co. v. Interstate Commerce Commission*, 219 U.S. 433 (1911); *Le Syndicat des Employés du Transport de Montréal v. Attorney General of Quebec*, [1970] S.C.R. 713; *Wood, Wire and Metal Lathers' Int. Union v. United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America*, [1973] S.C.R. 756; *Minister of Manpower and Immigration v. Hardayal*, [1978] 1 S.C.R. 470; *Re Opposition by Quebec to a Resolution to amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793; *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90; *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 1.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 15, 24(1).
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Constitution of the United States of America, Art. III, s. 2(1).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 251(4), (5), (6).
Supreme Court Rules, SOR/83-74, s. 32.

Authors Cited

Kates, Don B., Jr. and William T. Barker. "Mootness in Judicial Proceedings: Toward a Coherent Theory" (1974), 62 *Calif. L.R.* 1385.
Macklem, Patrick and Eric Gertner. "Re Skapinker and Mootness Doctrine" (1984), 6 *Sup. Ct. L. Rev.* 369.
Sharpe, Robert J. "Mootness, Abstract Questions and Alternative Grounds: Deciding Whether to Decide." In Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987.
"The Mootness Doctrine in the Supreme Court" (1974), 88 *Harvard L.R.* 373.
Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1988.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1987), 56 Sask. R. 129, 39 D.L.R. (4th) 731, [1987] 4 W.W.R. 385, 33 C.C.C. (3d) 402, 59 C.R. (3d) 223, dismissing an appeal from a judgment of Matheson J. (1983), 29 Sask. R. 16, 4 D.L.R. (4th) 112, [1984] 1 W.W.R.

and Attorney-General of Saskatchewan (1984), 10 D.L.R. (4th) 745; *Hall v. Beals*, 396 U.S. 45 (1969); *United States v. W. T. Grant Co.*, 345 U.S. 629 (1953); *Sibron v. New York*, 392 U.S. 40 (1968); *Vadeboncœur c. Landry*, [1977] 2 R.C.S. 179; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Southern Pacific Co. v. Interstate Commerce Commission*, 219 U.S. 433 (1911); *Le Syndicat des Employés du Transport de Montréal c. Procureur général du Québec*, [1970] R.C.S. 713; *Wood, Wire and Metal Lathers' Int. Union c. United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America*, [1973] R.C.S. 756; *Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration c. Hardayal*, [1978] 1 R.C.S. 470; *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793; *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90; *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 15, 24(1).
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 251(4), (5), (6).
Constitution des États-Unis d'Amérique, article III, art. 2(1).
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III, art. 1.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Règles de la Cour suprême, DORS/83-74, art. 32.

Doctrine citée

Kates, Don B., Jr. and William T. Barker. «Mootness in Judicial Proceedings: Toward a Coherent Theory» (1974), 62 *Calif. L.R.* 1385.
Macklem, Patrick and Eric Gertner. «Re Skapinker and Mootness Doctrine» (1984), 6 *Sup. Ct. L. Rev.* 369.
Sharpe, Robert J. «Mootness, Abstract Questions and Alternative Grounds: Deciding Whether to Decide.» In Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987.
«The Mootness Doctrine in the Supreme Court» (1974), 88 *Harvard L.R.* 373.
Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1988.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1987), 56 Sask. R. 129, 39 D.L.R. (4th) 731, [1987] 4 W.W.R. 385, 33 C.C.C. (3d) 402, 59 C.R. (3d) 223, qui a rejeté un appel contre un jugement du juge Matheson (1983), 29 Sask. R. 16, 4 D.L.R. (4th) 112, [1984]

1989 CanLII 123 (SCC)

15, 8 C.C.C. (3d) 392, 36 C.R. (3d) 259. Appeal dismissed.

Morris C. Shumiatcher, *Q.C.*, and *R. Bradley Hunter*, for the appellant.

Claude R. Thomson, *Q.C.*, and *Robert W. Staley*, for the intervener Interfaith Coalition on the Rights and Wellbeing of Women and Children.

Angela M. Costigan and *Karla Gower*, for the intervener R.E.A.L. Women of Canada.

Edward Sojonky, *Q.C.*, for the respondent.

Mary Eberts and *Helena Orton*, for the intervener Women's Legal Education and Action Fund (LEAF).

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J.—This appeal by leave of this Court is from the Saskatchewan Court of Appeal, [1987] 4 W.W.R. 385, which affirmed the judgment at trial of Matheson J. of the Saskatchewan Court of Queen's Bench, [1984] 1 W.W.R. 15, dismissing the action of the plaintiff (appellant in this Court). In the courts below, the plaintiff attacked the validity of subss. (4), (5) and (6) of s. 251 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, relating to abortion on the ground that they contravened protected rights of the foetus. Subsequent to the decision of the Saskatchewan Court of Appeal but by the time the appeal reached this Court, s. 251, including the subsections under attack in this action, had been struck down in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30 (hereinafter *R. v. Morgentaler (No. 2)*).

From this state of the proceedings it was apparent at the commencement of this appeal that a serious issue existed as to whether the appeal was moot. As well, it appeared questionable whether the appellant had lost his standing and, indeed, whether the matter was justiciable. The Court therefore called upon counsel to address these issues as a preliminary matter. Upon completion of these submissions, we reserved decision on these issues and heard the argument of the merits of the

1 W.W.R. 15, 8 C.C.C. (3d) 392, 36 C.R. (3d) 259. Pourvoi rejeté.

Morris C. Shumiatcher, *c.r.*, et *R. Bradley Hunter*, pour l'appelant.

Claude R. Thomson, *c.r.*, et *Robert W. Staley*, pour l'intervenante Interfaith Coalition on the Rights and Wellbeing of Women and Children.

Angela M. Costigan et *Karla Gower*, pour l'intervenante R.E.A.L. Women of Canada.

Edward Sojonky, *c.r.*, pour l'intimé.

Mary Eberts et *Helena Orton*, pour l'intervenant Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ).

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA—Le présent pourvoi, sur autorisation de cette Cour, attaque un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan, [1987] 4 W.W.R. 385, confirmant le jugement du juge Matheson de la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan, [1984] 1 W.W.R. 15, qui avait rejeté l'action du demandeur (l'appelant en cette Cour). Devant les cours d'instance inférieure, le demandeur a contesté la validité des par. 251(4), (5) et (6) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, relatifs à l'avortement pour le motif qu'ils enfreignent des droits garantis au fœtus. Après l'arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan et avant l'audition du présent pourvoi en cette Cour, l'art. 251, et donc les paragraphes contestés en l'espèce, a été déclaré inopérant par l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30 (ci-après *R. c. Morgentaler (n° 2)*).

Vu l'évolution de la procédure, il était évident dès le début du pourvoi que la question de son caractère théorique se posait sérieusement. En outre, il paraissait douteux que le demandeur ait encore qualité pour agir et même que la question puisse être réglée par voie de justice. La Cour a donc demandé aux avocats de débattre ces points à titre de questions préliminaires. Après leurs plaidoiries, nous avons mis ces questions en délibéré et nous avons entendu le pourvoi au fond, de manière

1989 CanLII 123 (SCC)

appeal so that we could dispose of the whole appeal without recalling the parties for argument should we decide that, notwithstanding the preliminary issues, the appeal should proceed.

In view of the conclusion that I have reached, it is necessary to deal with the issues of mootness and standing only. Since it is a change in the nature of these proceedings which gives rise to these issues, a review of the history of the action is necessary.

History of the Action

Mr. Borowski commenced an action in the Court of Queen's Bench of Saskatchewan by filing a statement of claim on September 5, 1978, which asked for the following relief:

(a) An Order of this Honourable Court declaring section 251, subsections (4), (5) and (6) of the *Criminal Code* invalid and inoperative;
(b) An Order of this Honourable Court declaring that the provisions of all Acts of the Parliament of Canada, and all legal instruments purporting to authorize the expenditure of public moneys for any of the purposes described in section 251, subsections (4), (5) and (6) are invalid and inoperative, and the outlay of such moneys is *ultra vires* and unlawful;
(c) A permanent injunction enjoining the Minister of Finance, his servants and agents, from allocating, disbursing or in any way providing public moneys out of the Consolidated Revenue Fund for the establishment or maintenance of therapeutic abortion committees, for the performance of abortions or in support of any act or object relating to the abortion and destruction of individual human foetuses;
(d) The costs of this action; and
(e) Such further and other relief as to this Honourable Court seems just and expedient.

Prior to trial, a motion was brought by the respondents questioning the jurisdiction of the Court of Queen's Bench. That motion culminated in an appeal to this Court in which a central issue was Mr. Borowski's standing to bring the action. The resulting decision of the majority of this Court, reported in *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575, was that Mr. Borowski had standing to attack the provisions of the *Code* referred to in his statement of claim.

à être en mesure de statuer sur la totalité du pourvoi sans devoir rappeler les parties pour plaider si, malgré les questions préliminaires, nous décidions que le pourvoi devait suivre son cours.

Compte tenu de la conclusion à laquelle je suis arrivé, il suffit de traiter des questions du caractère théorique et de la qualité pour agir. Puisque celles-ci résultent d'un changement dans la nature des procédures, il faut faire l'historique de l'action.

Historique de l'action

Monsieur Borowski a intenté une action devant la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan en produisant, le 5 septembre 1978, une déclaration pour demander les redressements suivants:

[TRADUCTION]

a) Une ordonnance de la Cour déclarant que les par. 251(4), (5) et (6) du *Code criminel* sont nuls et inopérants;
b) Une ordonnance de la Cour déclarant que toutes les dispositions des lois du Parlement du Canada et tous les textes juridiques qui visent à autoriser l'utilisation de fonds publics pour les objets mentionnés aux par. 251(4), (5) et (6) sont nuls et inopérants et que le versement de ces sommes est *ultra vires* et illégal;
c) Une injonction permanente interdisant au ministre des Finances, ses agents et ses préposés, d'attribuer, de débourser ou de rendre autrement disponible quelque somme que ce soit sur le Fonds du revenu consolidé pour l'établissement ou le maintien de comités d'avortement thérapeutique, pour la pratique d'avortements ou pour tout acte ou objet afférent à l'avortement et à la destruction de fœtus humains;
d) Les dépens de la présente action;
e) Tout autre redressement que la Cour estime juste et approprié.

Avant l'audition de l'affaire, les intimés ont contesté par requête la compétence de la Cour du Banc de la Reine. Cette requête a abouti à un pourvoi en cette Cour qui portait principalement sur la qualité pour agir de M. Borowski. Selon la décision de cette Cour à la majorité, publiée sous l'intitulé *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575, M. Borowski avait qualité pour contester les dispositions du *Code*

1989 CanLII 123 (SCC)

Martland J., speaking for the majority, stated, at p. 598:

> I interpret these cases as deciding that to establish status as a plaintiff in a suit seeking a declaration that legislation is invalid, if there is a serious issue as to its invalidity, a person need only to show that he is affected by it directly or that he has a genuine interest as a citizen in the validity of the legislation and that there is no other reasonable and effective manner in which the issue may be brought before the Court. In my opinion, the respondent has met this test and should be permitted to proceed with his action.

Laskin C.J., with whom Lamer J. concurred, would have denied standing on the basis that Mr. Borowski was not a person affected by the legislation and that there were others, such as doctors and hospitals, who might be so affected. The Chief Justice concluded, therefore, that Mr. Borowski did not have any judicially cognizable interest in the matter and that the Court ought to exercise its discretion to deny standing.

An amended statement of claim was filed on April 18, 1983, in which the original claims based on an alleged violation of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III, were repeated. Allegations based upon the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which had been proclaimed on April 17, 1982, were added. The prayer for relief claimed:

> (a) An Order of this Honourable Court declaring Subsections (4), (5) and (6) of Section 251 of the *Criminal Code* to be *ultra vires*, unconstitutional, invalid, inoperative and of no force or effect;
>
> (b) An Order of this Honourable Court declaring that the provisions of all Acts of the Parliament of Canada, and all legal instruments purporting to authorize the expenditure of public moneys for any of the purposes described in Subsections (4), (5) and (6) of Section 251 of the *Criminal Code* are *ultra vires*, inoperative, unconstitutional, invalid and of no force or effect and the outlay of such moneys is unlawful:
>
> (c) The costs of this action; and
>
> (d) Such further and other relief as to this Honourable Court seems just.

The Saskatchewan Court of Queen's Bench dismissed Mr. Borowski's claim relating to an alleged violation of s. 1 of the *Canadian Bill of Rights*.

mentionnées dans sa déclaration. Le juge Martland dit au nom de la majorité, à la p. 598:

> Selon mon interprétation, ces arrêts décident que pour établir l'intérêt pour agir à titre de demandeur dans une poursuite visant à déclarer qu'une loi est invalide, si cette question se pose sérieusement, il suffit qu'une personne démontre qu'elle est directement touchée ou qu'elle a, à titre de citoyen, un intérêt véritable quant à la validité de la loi, et qu'il n'y a pas d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour. À mon avis, l'intimé répond à ce critère et devrait être autorisé à poursuivre son action.

Le juge en chef Laskin, avec l'appui du juge Lamer, aurait statué que M. Borowski n'avait pas qualité pour agir parce qu'il n'était pas touché par la loi alors que d'autres, comme les médecins et les hôpitaux, pouvaient l'être. Le Juge en chef a conclu qu'en conséquence M. Borowski n'avait pas un intérêt judiciaire suffisant dans la question et que la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour lui nier la qualité pour agir.

Le 18 avril 1983, le demandeur a produit une déclaration amendée par laquelle il renouvelait les allégations de violation de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III. Il ajoutait des allégations de violation de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui était entrée en vigueur le 17 avril 1982. Il demandait les redressements suivants:

[TRADUCTION]

> a) Une ordonnance de la Cour déclarant que les par. 251(4), (5) et (6) du *Code criminel* sont *ultra vires*, inconstitutionnels, nuls et inopérants;
>
> b) Une ordonnance de la Cour déclarant que toutes les dispositions des lois du Parlement du Canada et tous les textes juridiques qui visent à autoriser l'utilisation de fonds publics pour les objets mentionnés aux par. 251(4), (5) et (6) du *Code criminel* sont *ultra vires*, inconstitutionnels, nuls et inopérants et que le versement de ces sommes est illégal;
>
> c) Les dépens de la présente action;
>
> d) Tout autre redressement que la Cour estime juste et approprié.

La Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a rejeté les arguments de M. Borowski fondés sur l'article premier de la *Déclaration canadienne*

1989 CanLII 123 (SCC)

Matheson J. held that both *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616 (hereinafter *Morgentaler v. The Queen (No. 1)*) and *Dehler v. Ottawa Civic Hospital* (1980), 29 O.R. (2d) 677 (C.A.) (leave to appeal refused [1981] 1 S.C.R. viii) concluded that the *Canadian Bill of Rights* did not give the courts the right to assess the substantive content or wisdom of legislation.

Matheson J. noted that Mr. Borowski's principal argument under the *Charter* was that the foetus is a person and therefore should be afforded the protection of s. 7 of the *Charter*. It was held, however, that s. 251(4), (5), and (6) did not violate the *Charter* as a foetus is not included in "everyone" so as to trigger the application of any s. 7 rights.

On appeal Mr. Borowski did not pursue his claim that government funding of abortions was unlawful. The Saskatchewan Court of Appeal dismissed Mr. Borowski's appeal by concluding that neither s. 7 nor s. 15 (which had come into effect on April 17, 1985, prior to the hearing before the Court of Appeal) applied to a foetus. Speaking for the court, Gerwing J.A. examined the historical treatment of the foetus as well as the language and legislative history of s. 7 and concluded that the guarantees of s. 7 were not intended to extend to the unborn. As well, the foetus was held not to be included in "every individual" for the purpose of s. 15.

Leave to appeal to this Court was granted on September 3, 1987. The grounds for appeal alleged by the appellant in his notice of motion for leave to appeal refer primarily to ss. 7 and 15 of the *Charter*. On October 7, 1987, McIntyre J., pursuant to Rule 32 of the *Supreme Court Rules*, SOR/83-74, stated the following constitutional questions:

1. Does a child *en ventre sa mère* have the right to life as guaranteed by Section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If the answer to question 1 is "yes", do subsections (4), (5) and (6) of Section 251 of the *Criminal Code* violate or deny the principles of fundamental justice, contrary to Section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

des droits. Le juge Matheson a décidé que les arrêts *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616 (ci-après *Morgentaler c. La Reine (nº 1)*), et *Dehler v. Ottawa Civic Hospital* (1980), 29 O.R. (2d) 677 (C.A.), (autorisation de pourvoi refusée, [1981] 1 R.C.S. viii), concluaient que la *Déclaration canadienne des droits* ne permettait pas aux tribunaux de juger de la teneur ou de la sagesse des lois.

Le juge Matheson souligne que M. Borowski soutient essentiellement, en vertu de la *Charte*, que le fœtus est une personne et devrait donc être protégé par l'art. 7 de la *Charte*. La Cour conclut toutefois que les par. 251(4), (5) et (6) ne violent pas la *Charte* puisque le fœtus n'est pas visé par le mot «chacun» et ne bénéficie donc pas de l'application de l'art. 7.

En appel, M. Borowski n'a plus soutenu que la contribution du gouvernement au financement des avortements était illégale. La Cour d'appel de la Saskatchewan a rejeté l'appel de M. Borowski en statuant que ni l'art. 7 ni l'art. 15 (qui était entré en vigueur le 17 avril 1985, avant l'audition de l'appel) ne s'appliquent au fœtus. Au nom de la cour, le juge Gerwing a examiné l'histoire du droit relatif au fœtus ainsi que la formulation de l'art. 7 et sa genèse législative, et il a conclu que les garanties de l'art. 7 ne s'appliquent pas à l'enfant à naître. De même, la cour a conclu que le fœtus n'est pas visé par les mots «personne» et «tous» aux fins de l'art. 15.

Cette Cour a accordé l'autorisation de pourvoi le 3 septembre 1987. Les moyens invoqués par l'appelant dans sa requête en autorisation visent principalement les art. 7 et 15 de la *Charte*. Le 7 octobre 1987, le juge McIntyre formulait ainsi les questions constitutionnelles, conformément à l'art. 32 des *Règles de la Cour suprême*, DORS/83-74:

1. Un enfant conçu a-t-il le droit à la vie que garantit l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, les par. 251(4), (5), (6) du *Code criminel* violent-ils ou nient-ils les principes de justice fondamentale contrairement à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

1989 CanLII 123 (SCC)

3. Does a child *en ventre sa mère* have the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination because of age or mental or physical disability that are guaranteed by Section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

4. If the answer to question 3 is "yes", do subsections (4), (5) and (6) of Section 251 of the *Criminal Code* violate or deny the rights guaranteed by Section 15?

5. If the answer to question 2 is "yes" or if the answer to question 4 is "yes", are the provisions of subsections (4), (5) and (6) of Section 251 of the *Criminal Code* justified by Section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

On January 28, 1988, after leave to appeal was granted, this Court decided *R. v. Morgentaler (No. 2)*, *supra*, in which all of s. 251 was found to violate s. 7 of the *Charter*. Accordingly, s. 251 in its entirety was struck down.

In July of 1988 in light of this Court's judgment in *R. v. Morgentaler (No. 2)*, *supra*, counsel on behalf of the Attorney General of Canada applied to adjourn the hearing of the appeal. The respondent argued that the issue was now moot as s. 251 of the *Criminal Code* had been nullified and that the two remaining constitutional questions (numbers 1 and 3) which simply ask whether a child *en ventre sa mère* is entitled to the protection of ss. 7 and 15 of the *Charter* respectively are not severable from the other, now moot constitutional questions. Although the respondent claimed the matter was moot, no application to quash the appeal was made. The application to adjourn the hearing of the appeal was denied by Chief Justice Dickson on July 19, 1988, leaving it to the Court to address the mootness issue.

I am of the opinion that the appeal should be dismissed on the grounds that: (1) Mr. Borowski's case has been rendered moot and (2) he has lost his standing. When section 251 was struck down, the basis of the action disappeared. The initial prayer for relief was no longer applicable. The foundation for standing upon which the previous decision of this Court was based also disappeared.

3. L'enfant conçu a-t-il le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination en raison de l'âge ou de déficiences mentales ou physiques, que garantit l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

4. Si la réponse à la question 3 est affirmative, les par. 251(4), (5), (6) du *Code criminel* violent-ils ou nient-ils les droits garantis par l'art. 15?

5. Si la réponse à la question 2 est affirmative et si la réponse à la question 4 est affirmative, les par. 251(4), (5), (6) du *Code criminel* sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Le 28 janvier 1988, après avoir autorisé le pourvoi en l'espèce, la Cour a rendu l'arrêt *R. c. Morgentaler (N° 2)*, précité, dans lequel elle a jugé que l'art. 251 viole l'art. 7 de la *Charte*. En conséquence, elle a déclaré inopérant l'ensemble de l'art. 251.

En juillet 1988, en raison de l'arrêt *R. c. Morgentaler (n° 2)* de cette Cour, le procureur général du Canada a demandé l'ajournement de l'audition du pourvoi. L'intimé soutenait que le litige concernant l'art. 251 du *Code criminel* était maintenant sans objet puisque cet article avait été déclaré inopérant et que les deux autres questions constitutionnelles (les questions 1 et 3), concernant le droit de l'enfant à naître à la protection des art. 7 et 15 de la *Charte*, ne pouvaient être séparées des questions constitutionnelles qui étaient devenues théoriques. Bien que l'intimé ait soutenu que la cause était théorique, il n'a pas demandé l'annulation du pourvoi. Le juge en chef Dickson a rejeté la demande d'ajournement le 19 juillet 1988. La Cour doit donc traiter de la question du caractère théorique du litige.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi pour les motifs suivants: (1) la cause de M. Borowski est devenue théorique et (2) il a perdu la qualité nécessaire pour agir. L'annulation de l'art. 251 a fait disparaître sa cause d'action. La demande initiale de redressement n'a plus d'objet. Le fondement même de la qualité pour agir reconnue par cette Cour dans sa décision antérieure a lui aussi disparu.

1989 CanLII 123 (SCC)

Mootness

The doctrine of mootness is an aspect of a general policy or practice that a court may decline to decide a case which raises merely a hypothetical or abstract question. The general principle applies when the decision of the court will not have the effect of resolving some controversy which affects or may affect the rights of the parties. If the decision of the court will have no practical effect on such rights, the court will decline to decide the case. This essential ingredient must be present not only when the action or proceeding is commenced but at the time when the court is called upon to reach a decision. Accordingly if, subsequent to the initiation of the action or proceeding, events occur which affect the relationship of the parties so that no present live controversy exists which affects the rights of the parties, the case is said to be moot. The general policy or practice is enforced in moot cases unless the court exercises its discretion to depart from its policy or practice. The relevant factors relating to the exercise of the court's discretion are discussed hereinafter.

The approach in recent cases involves a two-step analysis. First it is necessary to determine whether the required tangible and concrete dispute has disappeared and the issues have become academic. Second, if the response to the first question is affirmative, it is necessary to decide if the court should exercise its discretion to hear the case. The cases do not always make it clear whether the term "moot" applies to cases that do not present a concrete controversy or whether the term applies only to such of those cases as the court declines to hear. In the interest of clarity, I consider that a case is moot if it fails to meet the "live controversy" test. A court may nonetheless elect to address a moot issue if the circumstances warrant.

Le caractère théorique

La doctrine relative au caractère théorique est un des aspects du principe ou de la pratique générale voulant qu'un tribunal peut refuser de juger une affaire qui ne soulève qu'une question hypothétique ou abstraite. Le principe général s'applique quand la décision du tribunal n'aura pas pour effet de résoudre un litige qui a, ou peut avoir, des conséquences sur les droits des parties. Si la décision du tribunal ne doit avoir aucun effet pratique sur ces droits, le tribunal refuse de juger l'affaire. Cet élément essentiel doit être présent non seulement quand l'action ou les procédures sont engagées, mais aussi au moment où le tribunal doit rendre une décision. En conséquence, si, après l'introduction de l'action ou des procédures, surviennent des événements qui modifient les rapports des parties entre elles de sorte qu'il ne reste plus de litige actuel qui puisse modifier les droits des parties, la cause est considérée comme théorique. Le principe ou la pratique général s'applique aux litiges devenus théoriques à moins que le tribunal n'exerce son pouvoir discrétionnaire de ne pas l'appliquer. J'examinerai plus loin les facteurs dont le tribunal tient compte pour décider d'exercer ou non ce pouvoir discrétionnaire.

La démarche suivie dans des affaires récentes comporte une analyse en deux temps. En premier, il faut se demander si le différend concret et tangible a disparu et si la question est devenue purement théorique. En deuxième lieu, si la réponse à la première question est affirmative, le tribunal décide s'il doit exercer son pouvoir discrétionnaire et entendre l'affaire. La jurisprudence n'indique pas toujours très clairement si le mot «théorique» (*moot*) s'applique aux affaires qui ne comportent pas de litige concret ou s'il s'applique seulement à celles de ces affaires que le tribunal refuse d'entendre. Pour être précis, je considère qu'une affaire est «théorique» si elle ne répond pas au critère du «litige actuel». Un tribunal peut de toute façon choisir de juger une question théorique s'il estime que les circonstances le justifient.

When is an Appeal Moot?—The Authorities

The first stage in the analysis requires a consideration of whether there remains a live controversy. The controversy may disappear rendering an issue moot due to a variety of reasons, some of which are discussed below.

In *The King ex rel. Tolfree v. Clark*, [1944] S.C.R. 69, this Court refused to grant leave to appeal to applicants seeking a judgment excluding the respondents from sitting and exercising their functions as Members of the Ontario Legislative Assembly. However, the Legislative Assembly had been dissolved prior to the hearing before this Court. As a result, Duff C.J., on behalf of the Court, held at p. 72:

> It is one of those cases where, the state of facts to which the proceedings in the lower Courts related and upon which they were founded having ceased to exist, the sub-stratum of the litigation has disappeared. In accordance with well-settled principle, therefore, the appeal could not properly be entertained. [Emphasis added.]

A challenged municipal by-law was repealed prior to a hearing in *Moir v. The Corporation of the Village of Huntingdon* (1891), 19 S.C.R. 363, leading to a conclusion that the appealing party had no actual interest and that a decision could have no effect on the parties except as to costs. Similarly, in a fact situation analogous to this appeal, the Privy Council refused to address the constitutionality of challenged legislation where two statutes in question were repealed prior to the hearing: *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117 (P.C.)

Appeals have not been entertained in situations in which the appellant had agreed to an undertaking to pay the respondent the damages awarded in the court below plus costs regardless of the disposition of the appeal: *Coca-Cola Company of Canada Ltd. v. Mathews*, [1944] S.C.R. 385, and *Sun Life Assurance Company of Canada v. Jervis*, [1944] A.C. 111. In *Coca-Cola v. Mathews*, Rinfret C.J. held the result of the undertaking was to eliminate any further *lis* between the parties such

Quand un pourvoi est-il théorique?—La jurisprudence

La première étape de l'analyse exige qu'on se demande s'il reste un litige actuel. Diverses circonstances, dont je vais donner des exemples, peuvent faire disparaître un litige et rendre la question théorique.

Dans l'arrêt *The King ex rel. Tolfree v. Clark*, [1944] R.C.S. 69, cette Cour a refusé d'accorder une autorisation de pourvoi à des requérants qui demandaient un jugement interdisant aux intimés d'exercer leurs fonctions de députés de l'assemblée législative de l'Ontario et de participer à ses délibérations. L'assemblée législative avait été dissoute avant l'audition de l'affaire par cette Cour. Le juge en chef Duff, au nom de la Cour, dit à la p. 72:

> [TRADUCTION] Il s'agit d'une de ces affaires où les circonstances auxquelles les procédures des tribunaux d'instance inférieure se rapportent et sur lesquelles elles sont fondées n'existent plus, le substratum du litige a disparu. Selon les principes reconnus, il n'est plus possible de connaître du pourvoi. [Je souligne.]

Dans l'affaire *Moir v. The Corporation of the Village of Huntingdon* (1891), 19 R.C.S. 363, l'abrogation du règlement municipal contesté avant l'audition du pourvoi a entraîné la conclusion que l'appelant n'avait pas d'intérêt réel et qu'une décision n'aurait pas de conséquence pour les parties, sauf pour les dépens. De même, dans une situation analogue à l'espèce, le Conseil privé a refusé de se prononcer sur la constitutionnalité de dispositions législatives contestées parce que les lois en cause avaient été abrogées avant l'audition: *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117 (C.P.)

Certains pourvois n'ont pas été entendus dans des cas où l'appelant avait pris l'engagement de verser à l'intimé les dommages-intérêts accordés par les cours d'instance inférieure et les dépens, quelle que soit l'issue du pourvoi: *Coca-Cola Company of Canada Ltd. v. Mathews*, [1944] R.C.S. 385, et *Sun Life Assurance Company of Canada v. Jervis*, [1944] A.C. 111. Dans l'affaire *Coca-Cola v. Mathews*, le juge en chef Rinfret a statué que l'engagement avait comme conséquence

1989 CanLII 23 (SCC)

that the Court would have been forced to decide an abstract proposition of law.

As well, the sale of a restaurant for which a renewal of a licence was sought as required by the impugned municipal by-law rendered an issue technically moot: *Vic Restaurant Inc. v. City of Montreal*, [1959] S.C.R. 58. Issues in contention may be of a short duration resulting in an absence of a live controversy by the time of appellate review. Such a situation arose in *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] S.C.R. 628, in which the cessation of a strike between the parties ended the actual dispute over the validity of an injunction prohibiting certain strike action by one party.

The particular circumstances of the parties to an action may also eliminate the tangible nature of a dispute. The death of parties challenging the validity of a parole revocation hearing (*Re Cadeddu and The Queen* (1983), 41 O.R. (2d) 481 (C.A.)) and a speeding ticket (*R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234) ended any concrete controversy between the parties.

As well, the inapplicability of a statute to the party challenging the legislation renders a dispute moot: *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357. This is similar to those situations in which an appeal from a criminal conviction is seen as moot where the accused has fulfilled his sentence prior to an appeal: *Re Maltby and Attorney-General of Saskatchewan* (1984), 10 D.L.R. (4th) 745 (Sask. C.A.)

The issue of mootness has arisen more frequently in American jurisprudence, and there, the doctrine is more fully developed. This may be due in part to the constitutional requirement, contained in s. 2(1) of Article III of the American Constitution, that there exist a "case or controversy":

Section 2. [1] The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made,

d'éliminer tout litige entre les parties de sorte que la Cour aurait été forcée de se prononcer sur une question juridique abstraite.

Dans un autre cas, la vente d'un restaurant pour lequel on cherchait à obtenir un renouvellement du permis exigé par le règlement municipal contesté avait rendu la question théorique: *Vic Restaurant Inc. v. City of Montreal*, [1959] R.C.S. 58. Pour certains problèmes de courte durée, le litige n'existe plus quand l'affaire est portée en appel. C'est ce qui est arrivé dans l'affaire *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] R.C.S. 628, quand la fin de la grève qui opposait les parties a mis fin au litige concernant la validité de l'injonction qui interdisait certains actes de grève à l'une de ces parties.

Un changement dans la situation des parties à une action peut aussi éliminer l'aspect tangible du litige. Le décès d'une partie qui contestait la validité d'une audition sur la révocation de sa libération conditionnelle (*Re Cadeddu and The Queen* (1983), 41 O.R. (2d) 481 (C.A.)) et, dans un autre cas, le décès d'une partie qui contestait une contravention pour excès de vitesse (*R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234) ont mis fin à des litiges concrets.

De même, l'inapplicabilité d'une loi à celui qui en conteste la validité rend le litige théorique: *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357. Une situation semblable se présente quand l'appel d'une déclaration de culpabilité est considéré comme théorique parce que l'accusé a purgé la peine avant l'audition de l'appel: *Re Maltby and Attorney-General of Saskatchewan* (1984), 10 D.L.R. (4th) 745 (C.A. Sask.)

La question du caractère théorique a été étudiée plus fréquemment aux États-Unis, dans la jurisprudence et la doctrine, et l'analyse du principe y est plus développée. Cela tient vraisemblablement au par. 2(1) de l'article III de la Constitution américaine qui exige qu'il y ait «une cause ou un différend»:

2. (1) Le pouvoir judiciaire s'étendra à toutes les causes, en droit (*Law*) et en équité (*Equity*), survenues sous l'empire de la présente constitution, des lois des

or which shall be made, under their Authority;—to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls;—to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction;—to Controversies to which the United States shall be a Party;—to Controversies between two or more States;—between a State and Citizens of another State;—between Citizens of different States;—between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects.

États-Unis, des traités conclus, ou qui seraient conclus, sous leur autorité; à toute les causes concernant les ambassadeurs, les autres ministres et les consuls; à toutes les causes d'amirauté et de juridiction maritime; aux différends dans lesquels les États-Unis seront partie; aux différends entre deux ou plusieurs États; entre un État et les citoyens d'un autre État; entre citoyens de différents États; entre citoyens d'un même État réclamant des terres en vertu de concessions d'autres États; entre un État ou ses citoyens et des États, citoyens ou sujets étrangers.

(Traduction de S. Rials, Presses Universitaires de France.)

However, despite the constitutional enshrinement of the principle, the mootness doctrine has its roots in common law principles similar to those in Canada: see "The Mootness Doctrine in the Supreme Court" (1974), 88 *Harvard L.R.* 373, at p. 374. Situations resulting in a finding of mootness are similar to those in Canada. For example, in *Hall v. Beals*, 396 U.S. 45 (1969), a challenge to a Colorado voter residency requirement of six months was held moot due to a legislative change in the law removing the plaintiff from the application of the statute. Mootness was also raised in *United States v. W. T. Grant Co.*, 345 U.S. 629 (1953), where a defendant voluntarily ceased allegedly unlawful conduct. Similarly, in *Sibron v. New York*, 392 U.S. 40 (1968), mootness was an issue where an accused completed his sentence prior to an appeal of his conviction.

Cependant, en dépit de la consécration du principe dans la Constitution, la doctrine du caractère théorique a ses sources dans des principes de *common law* semblables à ceux qui prévalent au Canada: voir «The Mootness Doctrine in the Supreme Court» (1974), 88 *Harvard L.R.* 373, à la p. 374. Les cas où l'on a conclu au caractère théorique de l'action sont semblables à ceux du Canada. Par exemple, dans *Hall v. Beals*, 396 U.S. 45 (1969), la contestation par un électeur du Colorado de la condition de résidence de six mois a été déclarée théorique parce qu'une modification de la loi avait soustrait le demandeur à l'application de cette loi. La question a été soulevée dans l'affaire *United States v. W. T. Grant Co.*, 345 U.S. 629 (1953), parce que le défendeur avait volontairement mis fin à la conduite illégale alléguée. De même, dans *Sibron v. New York*, 392 U.S. 40 (1968), le caractère théorique a été invoqué parce que l'accusé avait fini de purger sa peine avant l'appel de sa déclaration de culpabilité.

The American jurisprudence indicates a similar willingness to consider the merits of an action in some circumstances even when the controversy is no longer concrete and tangible. The rule that abstract, hypothetical or contingent questions will not be heard is not absolute (see: Tribe, *American Constitutional Law* (2nd ed. 1988), at p. 84; Kates and Barker, "Mootness in Judicial Proceedings: Toward a Coherent Theory" (1974), 62 *Calif. L.R.* 1385). A two-stage process is involved in which a court may consider the merits of an appeal even where the issue is moot.

La jurisprudence américaine manifeste le même souci de juger une action au fond dans certaines circonstances même si le litige n'est plus ni concret ni tangible. La règle selon laquelle les tribunaux ne se prononcent pas sur des questions abstraites, hypothétiques ou contingentes n'est pas absolue (voir: Tribe, *American Constitutional Law* (2e éd. 1988), à la p. 84; Kates et Barker, «Mootness in Judicial Proceedings: Toward a Coherent Theory» (1974), 62 *Calif. L.R.* 1385). L'analyse en deux temps permet à une cour d'entendre un appel au fond même si la question est théorique.

1989 CanLII 123 (SCC)

Is this Appeal Moot?

In my opinion, there is no longer a live controversy or concrete dispute as the substratum of Mr. Borowski's appeal has disappeared. The basis for the action was a challenge relating to the constitutionality of subss. (4), (5) and (6) of s. 251. That section of the *Criminal Code* having been struck down in *R. v. Morgentaler (No. 2)*, *supra*, the *raison d'être* of the action has disappeared. None of the relief claimed in the statement of claim is relevant. Three of the five constitutional questions that were set explicitly concern s. 251 and are no longer applicable. The remaining two questions addressing the scope of ss. 7 and 15 *Charter* rights are not severable from the context of the original challenge to s. 251. These questions were only ancillary to the central issue of the alleged unconstitutionality of the abortion provisions of the *Criminal Code*. They were a mere step in the process of measuring the impugned provision against the *Charter*.

In any event, this Court is not bound by the wording of any constitutional question which is stated. Nor may the question be used to transform an appeal into a reference: *Vadeboncœur v. Landry*, [1977] 2 S.C.R. 179, at pp. 187-88, and *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, at p. 71. The procedural requirements of Rule 32 of the *Supreme Court Rules* are not designed to introduce new issues but to define with precision the constitutional points in issue which emerge from the record. Rule 32 provides:

32. (1) When a party to an appeal

(a) intends to raise a question as to the constitutional validity or the constitutional applicability of a statute of the Parliament of Canada or of a legislature of a province or of Regulations made thereunder,

(b) intends to urge the inoperability of a statute of the Parliament of Canada or of a legislature of a province or of Regulations made thereunder.

such party shall, upon notice to the other parties, apply to the Chief Justice or a Judge for the purpose of stating the question, within thirty days from the granting of leave to appeal or within thirty days from the filing of the notice of appeal in an appeal with leave of the court

Le présent pourvoi est-il théorique?

À mon avis, il n'y a plus de litige actuel ni de différend concret puisque le substratum du pourvoi de M. Borowski a disparu. Son action était fondée sur une contestation de la constitutionnalité des par. 251(4), (5) et (6) du *Code criminel*. Cet article ayant été déclaré inopérant par l'arrêt *R. c. Morgentaler (nº 2)*, précité, la raison d'être de l'action a disparu. Aucun des redressements demandés dans la déclaration n'est pertinent. Trois des cinq questions constitutionnelles énoncées visent expressément l'art. 251 et n'ont plus d'objet. Les deux autres ont trait à la portée des droits garantis par les art. 7 et 15 de la *Charte* et ne peuvent être traitées séparément de la contestation de l'art. 251. Ces questions étaient accessoires à la question principale de l'inconstitutionnalité des dispositions du *Code criminel* relatives à l'avortement. Elles n'étaient qu'une étape du processus d'examen des dispositions contestées en vertu de la *Charte*.

De toute façon, cette Cour n'est pas liée par la formulation d'une question constitutionnelle. La question ne peut servir non plus à transformer un pourvoi en renvoi: *Vadeboncœur c. Landry*, [1977] 2 R.C.S. 179, aux pp. 187 et 188, et *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, à la p. 71. La procédure établie par l'art. 32 des *Règles de la Cour suprême* ne vise pas à introduire de nouvelles questions, mais à définir avec précision les questions constitutionnelles litigieuses qui ressortent du dossier. L'article 32 dit:

32. (1) Lorsque, dans le cas d'un pourvoi autorisé par la Cour, par la cour de dernier ressort d'une province, par la Cour d'appel fédérale ou d'un pourvoi de plein droit, une partie

a) entend contester la validité ou l'applicabilité constitutionnelle d'une loi du Parlement du Canada ou d'une loi, de la législature d'une province, ou de l'un de leurs règlements d'application,

b) entend plaider le caractère inopérant d'une loi du Parlement du Canada ou d'une loi de la législature d'une province ou de leurs règlements d'application,

elle doit, après avoir donné un avis aux autres parties et dans les 30 jours de l'autorisation de pourvoi ou de

of final resort in a province, the Federal Court of Appeal, or in an appeal as of right.

The questions cannot, therefore, be employed as an independent basis for supporting an appeal that is otherwise moot.

By reason of the foregoing, I conclude that this appeal is moot. It is necessary, therefore, to move to the second stage of the analysis by examining the basis upon which this Court should exercise its discretion either to hear or to decline to hear this appeal.

The Exercise of Discretion: Relevant Criteria

Since the discretion which is exercised relates to the enforcement of a policy or practice of the Court, it is not surprising that a neat set of criteria does not emerge from an examination of the cases. This same problem in the United States led commentators there to remark that "the law is a morass of inconsistent or unrelated theories, and cogent judicial generalization is sorely needed." (Kates and Barker, "Mootness in Judicial Proceedings: Toward a Coherent Theory", *supra*, at p. 1387). I would add that more than a cogent generalization is probably undesirable because an exhaustive list would unduly fetter the court's discretion in future cases. It is, however, a discretion to be judicially exercised with due regard for established principles.

In formulating guidelines for the exercise of discretion in departing from a usual practice, it is instructive to examine its underlying rationalia. To the extent that a particular foundation for the practice is either absent or its presence tenuous, the reason for its enforcement disappears or diminishes.

The first rationale for the policy and practice referred to above is that a court's competence to resolve legal disputes is rooted in the adversary system. The requirement of an adversarial context is a fundamental tenet of our legal system and helps guarantee that issues are well and fully

l'inscription de l'avis de pourvoi, s'adresser au Juge en chef ou à un juge pour que soit formulée la question.

Les questions ne peuvent donc pas servir de fondement distinct à un pourvoi qui est par ailleurs théorique.

Compte tenu de ce qui précède, je conclus que le pourvoi est théorique. Il est donc nécessaire d'aborder la seconde étape de l'analyse et d'examiner les éléments sur lesquels la Cour devrait se fonder pour décider d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre ou refuser d'entendre le pourvoi.

L'exercice du pouvoir discrétionnaire: les critères applicables

Puisque le pouvoir discrétionnaire à exercer concerne l'application d'une politique ou d'une pratique de la Cour, il n'est pas surprenant de ne pas pouvoir dégager de la jurisprudence un ensemble précis de critères. Aux États-Unis, le même problème a amené des commentateurs à dire que [TRADUCTION] «le droit est un fatras de théories incohérentes et disparates, ce qui rend indispensable une généralisation judiciaire convaincante.» (Kates et Barker, «Mootness in Judicial Proceedings: Toward a Coherent Theory», précité, à la p. 1387). J'ajouterais qu'il n'est pas souhaitable d'aller au-delà d'une généralisation convaincante parce qu'une liste exhaustive aurait comme conséquence d'entraver indûment, pour l'avenir, le pouvoir discrétionnaire de la Cour. Il s'agit néanmoins d'un pouvoir discrétionnaire à exercer de façon judiciaire selon les principes établis.

Pour formuler des lignes directrices applicables à l'exercice du pouvoir discrétionnaire visant à écarter une pratique habituelle, il est utile d'en étudier les assises. Dans la mesure où une assise donnée de cette pratique est faible ou inexistante, les raisons de l'appliquer diminuent ou disparaissent.

La première raison d'être de la politique ou de la pratique en question tient à ce que la capacité des tribunaux de trancher des litiges a sa source dans le système contradictoire. L'exigence du débat contradictoire est l'un des principes fondamentaux de notre système juridique et elle tend à garantir

1989 CanLII 123 (SCC)

argued by parties who have a stake in the outcome. It is apparent that this requirement may be satisfied if, despite the cessation of a live controversy, the necessary adversarial relationships will nevertheless prevail. For example, although the litigant bringing the proceeding may no longer have a direct interest in the outcome, there may be collateral consequences of the outcome that will provide the necessary adversarial context. This was one of the factors which played a role in the exercise of this Court's discretion in *Vic Restaurant Inc. v. City of Montreal*, *supra*. The restaurant, for which a renewal of permits to sell liquor and operate a restaurant was sought, had been sold and therefore no mandamus for a licence could be given. Nevertheless, there were prosecutions outstanding against the appellant for violation of the municipal by-law which was the subject of the legal challenge. Determination of the validity of this by-law was a collateral consequence which provided the appellant with a necessary interest which otherwise would have been lacking.

In the United States, the role of collateral consequences in the exercise of discretion to hear a case is well recognized. In *Southern Pacific Co. v. Interstate Commerce Commission*, 219 U.S. 433 (1911), the United States Supreme Court was asked to examine an order of the Interstate Commerce Commission which fixed maximum rates for certain transportation charges. Despite the expiry of this order, it was held, in part, that the remaining potential liability of the railway company to shippers comprised a collateral consequence justifying a decision on the merits. The principle that collateral consequences of an already completed cause of action warrant appellate review was most clearly stated in *Sibron v. New York*, *supra*. The appellant in that case appealed his conviction although his sentence had already been completed. At page 55, Warren C.J. stated:

> ... most criminal convictions do in fact entail adverse collateral legal consequences. The mere "possibility" that this will be the case is enough to preserve a criminal case from ending "ignominiously in the limbo of mootness."

que les parties ayant un intérêt dans l'issue du litige en débattent complètement tous les aspects. Il semble que cette exigence puisse être remplie si, malgré la disparition du litige actuel, le débat contradictoire demeure. Par exemple, même si la partie qui a engagé des procédures en justice n'a plus d'intérêt direct dans l'issue, il peut subsister des conséquences accessoires à la solution du litige qui fournissent le contexte contradictoire nécessaire. C'est un des facteurs qui a joué dans la décision de cette Cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire dans l'affaire *Vic Restaurant Inc. v. City of Montreal*, précitée. Après la vente du restaurant pour lequel on demandait le renouvellement du permis d'exploitation et de vente de boissons alcooliques, il n'était plus possible de délivrer le *mandamus* relatif au permis. Néanmoins, subsistaient des poursuites contre l'appelante pour infraction au règlement municipal que visait l'action en justice. La détermination de la validité du règlement avait des conséquences accessoires pour l'appelante et lui donnait l'intérêt requis pour agir qu'autrement elle n'aurait pas eu.

Aux États-Unis, les conséquences accessoires ont un rôle reconnu dans la décision d'exercer le pouvoir discrétionnaire d'entendre une affaire. Dans *Southern Pacific Co. v. Interstate Commerce Commission*, 219 U.S. 433 (1911), on avait demandé à la Cour suprême des États-Unis de se prononcer sur une ordonnance de l'Interstate Commerce Commission qui imposait un plafond sur certains prix de transport. Malgré la caducité de l'ordonnance, la Cour a conclu, entre autres choses, que la responsabilité éventuelle de la société de chemins de fer envers les expéditeurs constituait une conséquence accessoire qui justifiait une décision sur le fond. L'arrêt *Sibron v. New York*, précité, consacre le principe d'après lequel les conséquences accessoires d'une cause d'action terminée justifient un appel. Dans cette affaire, l'appelant avait interjeté appel de sa déclaration de culpabilité après avoir déjà purgé sa peine. Le juge en chef Warren dit, à la p. 55:

> [TRADUCTION] ... la plupart des déclarations de culpabilité comportent des conséquences juridiques accessoires défavorables. Cette seule «possibilité» suffit pour empêcher qu'une affaire pénale se termine «ignominieusement dans les limbes des affaires théoriques».

1989 CanLII 123 (SCC)

In Canada, the cases of *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, *supra*, and *R. v. Mercure*, *supra*, illustrate the workings of this principle. In those cases, the presence of interveners who had a stake in the outcome supplied the necessary adversarial context to enable the Court to hear the cases.

The second broad rationale on which the mootness doctrine is based is the concern for judicial economy. (See: Sharpe, "Mootness, Abstract Questions and Alternative Grounds: Deciding Whether to Decide", *Charter Litigation*.) It is an unfortunate reality that there is a need to ration scarce judicial resources among competing claimants. The fact that in this Court the number of live controversies in respect of which leave is granted is a small percentage of those that are refused is sufficient to highlight this observation. The concern for judicial economy as a factor in the decision not to hear moot cases will be answered if the special circumstances of the case make it worthwhile to apply scarce judicial resources to resolve it.

The concern for conserving judicial resources is partially answered in cases that have become moot if the court's decision will have some practical effect on the rights of the parties notwithstanding that it will not have the effect of determining the controversy which gave rise to the action. The influence of this factor along with that of the first factor referred to above is evident in *Vic Restaurant Inc. v. City of Montreal*, *supra*.

Similarly an expenditure of judicial resources is considered warranted in cases which although moot are of a recurring nature but brief duration. In order to ensure that an important question which might independently evade review be heard by the court, the mootness doctrine is not applied strictly. This was the situation in *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange*, *supra*. The issue was the validity of an interlocutory injunction prohibiting certain strike action. By the time the case reached this Court the strike had been settled. This is the usual result of the operation of a temporary injunction in labour cases. If the point was ever to be tested, it almost had to be in a case

Au Canada, les arrêts *Law Society of Upper Canada c. Skapinker* et *R. c. Mercure*, précités, illustrent le mécanisme de ce principe. Dans ces affaires, l'intérêt des intervenants dans l'issue du pourvoi fournissait le contexte contradictoire nécessaire pour permettre à la Cour d'entendre ces causes.

La deuxième grande raison d'être de la doctrine du caractère théorique tient à l'économie des ressources judiciaires. (Voir: Sharpe, «Mootness, Abstract Questions and Alternative Grounds: Deciding Whether to Decide», *Charter Litigation*.) La triste réalité est qu'il nous faut rationner et répartir entre les justiciables des ressources judiciaires limitées. Le fait que les litiges actifs qui reçoivent une autorisation de pourvoi en cette Cour représentent une faible proportion du nombre total des demandes présentées, témoigne de cette réalité. La saine économie des ressources judiciaires n'empêche pas l'utilisation de ces ressources, si limitées soient-elles, à la solution d'un litige théorique, lorsque les circonstances particulières de l'affaire le justifient.

L'économie des ressources judiciaires n'empêche pas non plus d'entendre des affaires devenues théoriques dans les cas où la décision de la cour aura des effets concrets sur les droits des parties même si elle ne résout pas le litige qui a donné naissance à l'action. L'influence de ce facteur, combiné au premier facteur mentionné plus haut, est évidente dans l'affaire *Vic Restaurant Inc. v. City of Montreal*, précitée.

De même, il peut être justifié de consacrer des ressources judiciaires à des causes théoriques qui sont de nature répétitive et de courte durée. Pour garantir que sera soumise aux tribunaux une question importante qui, prise isolément, pourrait échapper à l'examen judiciaire, on peut décider de ne pas appliquer strictement la doctrine du caractère théorique. Ce fut le cas dans l'arrêt *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange*, précité. L'affaire portait sur la validité d'une injonction interlocutoire qui interdisait certains actes de grève. Quand l'affaire a été soumise à cette Cour, la grève avait déjà fait l'objet d'un règlement. C'est le résultat habituel d'une injonction provi-

1989 CanLII 123 (SCC)

that was moot. Accordingly, this Court exercised its discretion to hear the case. To the same effect are *Le Syndicat des Employés du Transport de Montréal v. Attorney General of Quebec*, [1970] S.C.R. 713, and *Wood, Wire and Metal Lathers' Int. Union v. United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America*, [1973] S.C.R. 756. The mere fact, however, that a case raising the same point is likely to recur even frequently should not by itself be a reason for hearing an appeal which is moot. It is preferable to wait and determine the point in a genuine adversarial context unless the circumstances suggest that the dispute will have always disappeared before it is ultimately resolved.

There also exists a rather ill-defined basis for justifying the deployment of judicial resources in cases which raise an issue of public importance of which a resolution is in the public interest. The economics of judicial involvement are weighed against the social cost of continued uncertainty in the law. See *Minister of Manpower and Immigration v. Hardayal*, [1978] 1 S.C.R. 470, and Kates and Barker, *supra*, at pp. 1429-31. Locke J. alluded to this in *Vic Restaurant Inc. v. City of Montreal*, *supra*, at p. 91: "The question, as I have said, is one of general public interest to municipal institutions throughout Canada."

This was the basis for the exercise of this Court's discretion in the *Re Opposition by Quebec to a Resolution to amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793. The question of the constitutionality of the patriation of the Constitution had, in effect, been rendered moot by the occurrence of the event. The Court stated at p. 806:

> While this Court retains its discretion to entertain or not to entertain an appeal as of right where the issue has become moot, it may, in the exercise of its discretion, take into consideration the importance of the constitutional issue determined by a court of appeal judgment which would remain unreviewed by this Court.

soire dans les conflits du travail. Si la question devait être tranchée un jour, il était presque inévitable qu'elle le soit dans un cas devenu théorique. La Cour a donc exercé son pouvoir discrétionnaire pour entendre l'affaire. D'autres exemples sont: *Le Syndicat des Employés du Transport de Montréal c. Procureur général du Québec*, [1970] R.C.S. 713, et *Wood, Wire and Metal Lathers' Int. Union c. United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America*, [1973] R.C.S. 756. Le simple fait, cependant, que la même question puisse se présenter de nouveau, et même fréquemment, ne justifie pas à lui seul l'audition de l'appel s'il est devenu théorique. Il est préférable d'attendre et de trancher la question dans un véritable contexte contradictoire, à moins qu'il ressorte des circonstances que le différend aura toujours disparu avant d'être résolu.

On justifie également de façon assez imprécise, l'utilisation de ressources judiciaires dans des cas où se pose une question d'importance publique qu'il est dans l'intérêt public de trancher. Il faut mettre en balance la dépense de ressources judiciaires et le coût social de l'incertitude du droit. Voir *Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration c. Hardayal*, [1978] 1 R.C.S. 470, et Kates et Barker, dans l'ouvrage précité, aux pp. 1429 à 1431. Le juge Locke a fait allusion à cela dans l'arrêt *Vic Restaurant Inc. v. City of Montreal*, précité, à la p. 91: [TRADUCTION] «La question a, je l'ai dit, de l'importance pour toutes les institutions municipales du Canada.»

C'est le motif pour lequel cette Cour a décidé d'exercer son pouvoir discrétionnaire dans le *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793. La question de la constitutionnalité du rapatriement de la Constitution était devenue théorique après le rapatriement. La Cour dit à la p. 806:

> Tout en conservant son pouvoir discrétionnaire d'entendre ou non un pourvoi de plein droit lorsque la question est devenue théorique, la Cour peut, dans l'exercice de ce pouvoir, tenir compte de l'importance de la question constitutionnelle tranchée par une cour d'appel dont la décision serait soustraite à l'examen ultérieur de cette Cour.

1989 Can LII 123 (SCC)

In the circumstances of this case, it appears desirable that the constitutional question be answered in order to dispel any doubt over it and it accordingly will be answered.

Patently, the mere presence of an issue of national importance in an appeal which is otherwise moot is insufficient. National importance is a requirement for all cases before this Court except with respect to appeals as of right; the latter, Parliament has apparently deemed to be in a category of sufficient importance to be heard here. There must, therefore, be the additional ingredient of social cost in leaving the matter undecided. This factor appears to have weighed heavily in the decision of the majority of this Court in *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90.

The third underlying rationale of the mootness doctrine is the need for the Court to demonstrate a measure of awareness of its proper law-making function. The Court must be sensitive to its role as the adjudicative branch in our political framework. Pronouncing judgments in the absence of a dispute affecting the rights of the parties may be viewed as intruding into the role of the legislative branch. This need to maintain some flexibility in this regard has been more clearly identified in the United States where mootness is one aspect of a larger concept of justiciability. (See: Kates and Barker, "Mootness in Judicial Proceedings: Toward a Coherent Theory", *supra*, and Tribe, *American Constitutional Law*, *supra* at p. 67.)

In my opinion, it is also one of the three basic purposes of the mootness doctrine in Canada and a most important factor in this case. I generally agree with the following statement in P. Macklem and E. Gertner: "Re Skapinker and Mootness Doctrine" (1984), 6 *Sup. Ct. L. Rev.* 369, at p. 373:

> The latter function of the mootness doctrine—political flexibility—can be understood as the added degree of flexibility, in an allegedly moot dispute, in the law-making function of the Court. The mootness doctrine permits the Court not to hear a case on the ground that there no longer exists a dispute between the parties, notwithstanding the fact that it is of the opinion that it

Dans les présentes circonstances, il appert souhaitable de répondre à la question constitutionnelle afin de dissiper tous les doutes qu'elle suscite; voilà pourquoi il y sera répondu.

Manifestement, la présence d'une question d'importance nationale dans un pourvoi, qui est par ailleurs théorique, ne suffit pas. Tous les pourvois en cette Cour doivent avoir une importance nationale, à l'exception des pourvois de plein droit considérés assez importants par le législateur pour être soumis à cette Cour. Il faut aussi l'élément additionnel que constitue le coût social de laisser une question sans réponse. Ce facteur paraît avoir largement influencé la décision de la majorité dans l'arrêt de cette Cour *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90.

La troisième raison d'être de la doctrine du caractère théorique tient à ce que la Cour doit prendre en considération sa fonction véritable dans l'élaboration du droit. La Cour doit se montrer sensible à sa fonction juridictionnelle dans notre structure politique. On pourrait penser que prononcer des jugements sans qu'il y ait de litige pouvant affecter les droits des parties est un empiétement sur la fonction législative. La nécessité de garder une certaine souplesse à cet égard a été plus clairement reconnue aux États-Unis où la notion de caractère théorique est un aspect du concept plus large de justiciabilité. (Voir: Kates et Barker, «Mootness in Judicial Proceedings: Toward a Coherent Theory», précité, et Tribe, *American Constitutional Law*, précité, à la p. 67.)

À mon avis, c'est aussi l'un des trois objets fondamentaux de la doctrine canadienne du caractère théorique et un facteur très important en l'espèce. Je suis essentiellement d'accord avec ce que disent P. Macklem et E. Gertner dans «Re Skapinker and Mootness Doctrine» (1984), 6 *Sup. Ct. L. Rev.* 369, à la p. 373:

> [TRADUCTION] Cette dernière fonction de la doctrine du caractère théorique—la souplesse politique—peut être considérée comme le degré supplémentaire de souplesse, à l'égard d'un différend tenu pour théorique, dans le rôle que joue la Cour dans l'élaboration du droit. La doctrine du caractère théorique permet à la Cour de ne pas entendre une affaire parce qu'il n'existe plus de

is a matter of public importance. Though related to the factor of judicial economy, insofar as it implies a determination of whether deciding the case will lead to unnecessary precedent, political flexibility enables the Court to be sensitive to its role within the Canadian constitutional framework, and at the same time reflects the degree to which the Court can control the development of the law.

I prefer, however, not to use the term "political flexibility" in order to avoid confusion with the political questions doctrine. In considering the exercise of its discretion to hear a moot case, the Court should be sensitive to the extent that it may be departing from its traditional role.

In exercising its discretion in an appeal which is moot, the Court should consider the extent to which each of the three basic rationalia for enforcement of the mootness doctrine is present. This is not to suggest that it is a mechanical process. The principles identified above may not all support the same conclusion. The presence of one or two of the factors may be overborne by the absence of the third, and vice versa.

Exercise of Discretion: Application of Criteria

Applying these criteria to this appeal, I have little or no concern about the absence of an adversarial relationship. The appeal was fully argued with as much zeal and dedication on both sides as if the matter were not moot.

The second factor to be considered is the need to promote judicial economy. Counsel for the appellant argued that an extensive record had been developed in the courts below which would be wasted if the case were not decided on the merits. Although there is some merit in this position, the same can be said for most cases that come to this Court. To give effect to this argument would emasculate the mootness doctrine which by definition applies if at any stage the foundation for the action disappears. Neither can the fact that this Court reserved on the preliminary points and heard the appeal be weighed in favour of the appellant. In the absence of a motion to quash in advance of the appeal, it was the only practical

litige entre les parties, même si la Cour estime que la question a une importance nationale. Même si elle a des liens avec le facteur d'économie des ressources judiciaires, parce qu'il s'agit de déterminer si la décision de l'affaire aura comme conséquence de créer une jurisprudence inutile, la souplesse politique permet à la Cour de tenir compte de son rôle dans le cadre constitutionnel canadien et traduit en même temps la mesure dans laquelle la Cour peut diriger l'évolution du droit.

Je préfère toutefois ne pas utiliser l'expression «souplesse politique», afin d'éviter toute confusion possible avec la doctrine des questions politiques. Au moment de décider d'exercer le pouvoir discrétionnaire d'entendre une affaire théorique, la Cour doit être consciente de la mesure dans laquelle elle pourrait s'écarter de son rôle traditionnel.

En exerçant son pouvoir discrétionnaire à l'égard d'un pourvoi théorique, la Cour doit tenir compte de chacune des trois raisons d'être de la doctrine du caractère théorique. Cela ne signifie pas qu'il s'agit d'un processus mécanique. Il se peut que les principes examinés ici ne tendent pas tous vers la même conclusion. L'absence d'un facteur peut prévaloir malgré la présence de l'un ou des deux autres, ou inversement.

L'exercice du pouvoir discrétionnaire: application des critères

Pour l'application de ces critères au présent pourvoi, je ne crains pas vraiment l'absence de débat contradictoire. Le pourvoi a été plaidé avec autant de zèle et de ferveur de la part des deux parties que si la question n'avait pas été théorique.

Le second facteur à considérer est l'économie des ressources judiciaires. L'avocat de l'appelant soutient qu'un dossier imposant a été constitué devant les tribunaux d'instance inférieure et que ce dossier deviendrait inutile si l'affaire n'était pas jugée au fond. Quoique cet argument ait du mérite, on peut dire la même chose de presque tous les pourvois soumis à cette Cour. Faire droit à cet argument aurait comme conséquence d'affaiblir la doctrine du caractère théorique qui par définition s'applique si, à quelque étape que ce soit, le fondement de l'action disparaît. Il n'est pas possible non plus de faire jouer en faveur de l'appelant le fait que la Cour a mis les questions préliminaires en délibéré et a entendu le pourvoi. À défaut de

1989 CanLII 123 (SCC)

course that could be taken to prevent the possible bifurcation of the appeal. It would be anomalous if, by reserving on the mootness question and hearing the argument on the merits, the Court fettered its discretion to decide it.

None of the other factors that I have canvassed which justify the application of judicial resources is applicable. This is not a case where a decision will have practical side effects on the rights of the parties. Nor is it a case that is capable of repetition, yet evasive of review. It will almost certainly be possible to bring the case before the Court within a specific legislative context or possibly in review of specific governmental action. In addition, an abstract pronouncement on foetal rights in this case would not necessarily promote judicial economy as it is very conceivable that the courts will be asked to examine specific legislation or governmental action in any event. Therefore, while I express no opinion as to foetal rights, it is far from clear that a decision on the merits will obviate the necessity for future repetitious litigation.

Moreover, while it raises a question of great public importance, this is not a case in which it is in the public interest to address the merits in order to settle the state of the law. The appellant is asking for an interpretation of ss. 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* at large. In a legislative context any rights of the foetus could be considered or at least balanced against the rights of women guaranteed by s. 7. See *R. v. Morgentaler (No. 2)*, *supra*, *per* Dickson C.J., at p. 75; *per* Beetz J. at pp. 122-23; *per* Wilson J. at pp. 181-82. A pronouncement in favour of the appellant's position that a foetus is protected by s. 7 from the date of conception would decide the issue out of its proper context. Doctors and hospitals would be left to speculate as to how to apply such a ruling consistently with a woman's rights under s. 7. During argument the question was posed to counsel for R.E.A.L. Women as to what a hospital would do with a pregnant woman who required an abortion to save her life in the face of a ruling in favour of the

requête en annulation, c'était la seule solution pratique pour éviter la division du pourvoi. Il serait anormal qu'en mettant en délibéré la question de la nature théorique et en entendant le pourvoi au fond, la Cour compromette son pouvoir discrétionnaire de le décider.

Aucun des autres facteurs dont j'ai parlé et qui justifieraient de consacrer des ressources judiciaires à l'affaire ne s'applique. L'affaire n'aura pas d'effets accessoires pratiques sur les droits des parties. Il ne s'agit pas d'une situation susceptible à la fois de se répéter et de ne jamais être soumise aux tribunaux. Il sera probablement possible de soumettre la question à la Cour à propos d'une loi précise ou peut-être à propos de l'examen d'un acte gouvernemental précis. De plus en l'espèce, une décision dans l'abstrait sur les droits du fœtus ne favoriserait pas nécessairement l'économie des ressources judiciaires puisqu'il est probable que, de toute façon, les tribunaux soient appelés à se prononcer sur des textes législatifs ou des actes gouvernementaux précis. Quoique je n'exprime pas d'opinion sur les droits du fœtus, je ne suis pas certain du tout qu'une décision sur le fond éliminerait la nécessité de litiges répétés.

De plus, même s'il soulève une question de grande importance pour le public, il ne s'agit pas d'un cas où il serait dans l'intérêt du public de statuer sur le fond de la question pour déterminer l'état du droit. L'appelant demande une interprétation générale des art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans le contexte d'une loi, les droits du fœtus pourraient être examinés ou, du moins, considérés par rapport aux droits garantis à la femme par l'art. 7: voir *R. c. Morgentaler (nº 2)*, précité, le juge en chef Dickson, à la p. 75, le juge Beetz, aux pp. 122 et 123, et le juge Wilson, aux pp. 181 et 182. Un jugement en faveur de la thèse de l'appelant, suivant laquelle le fœtus jouit des droits garantis par l'art. 7 dès sa conception, reviendrait à trancher la question hors de son contexte. Les médecins et les hôpitaux seraient alors obligés de se demander comment appliquer une telle décision et respecter les droits garantis aux femmes par l'art. 7. Pendant les plaidoiries, on a demandé à l'avocate de R.E.A.L. Women ce que les médecins feraient, si l'appelant

1989 CanLII 123 (SCC)

appellant's position. The answer was that doctors and legislators would have to stay up at night to decide how to deal with the situation. This state of uncertainty would clearly not be in the public interest. Instead of rendering the law certain, a decision favourable to the appellant would have the opposite effect.

Even if I were disposed in favour of the appellant in respect to the first two factors which I have canvassed, I would decline to exercise a discretion in favour of deciding this appeal on the basis of the third. One element of this third factor is the need to demonstrate some sensitivity to the effectiveness or efficacy of judicial intervention. The need for courts to exercise some flexibility in the application of the mootness doctrine requires more than a consideration of the importance of the subject matter. The appellant is requesting a legal opinion on the interpretation of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in the absence of legislation or other governmental action which would otherwise bring the *Charter* into play. This is something only the government may do. What the appellant seeks is to turn this appeal into a private reference. Indeed, he is not seeking to have decided the same question that was the subject of his action. That question related to the validity of s. 251 of the *Criminal Code*. He now wishes to ask a question that relates to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* alone. This is not a request to decide a moot question but to decide a different, abstract question. To accede to this request would intrude on the right of the executive to order a reference and pre-empt a possible decision of Parliament by dictating the form of legislation it should enact. To do so would be a marked departure from the traditional role of the Court.

Having decided that this appeal is moot, I would decline to exercise the Court's discretion to decide it on the merits.

Standing

Mr. Borowski's original action alleged that subss. (4), (5) and (6) of the *Criminal Code*

avait gain de cause, dans le cas d'une femme enceinte dont la vie ne pourrait être sauvée que par un avortement. Il a répondu que les médecins et les législateurs passeraient quelques nuits blanches à chercher une solution. Un tel état d'incertitude n'est certainement pas dans l'intérêt public. Au lieu de clarifier le droit, une décision en faveur de l'appelant aurait l'effet contraire.

Même si j'étais enclin à me prononcer en faveur de l'appelant pour les deux premiers facteurs, je refuserais d'exercer le pouvoir discrétionnaire de rendre une décision sur le fond du pourvoi à cause du troisième facteur. Un des éléments de ce troisième facteur est la nécessité d'être sensible à l'efficacité et à l'efficience de l'intervention judiciaire. La nécessité pour les tribunaux de faire preuve d'une certaine souplesse dans l'application de la doctrine du caractère théorique exige plus que la simple considération de l'importance de la question. L'appelant demande une opinion juridique sur l'interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés* en l'absence de loi ou d'acte gouvernemental qui donnerait lieu à l'application de la *Charte*. Seul le gouvernement peut le faire. L'appelant cherche en réalité à transformer le pourvoi en renvoi d'initiative privée. En fait, il ne cherche même pas à faire trancher la question qui était l'objet de l'action, c'est-à-dire la validité de l'art. 251 du *Code criminel*. Il veut maintenant poser une question qui a trait à la *Charte canadienne des droits et libertés* uniquement. On ne demande pas une réponse à une question théorique, mais une réponse à une question différente, à une question abstraite. Faire droit à cette demande empiéterait sur le droit du pouvoir exécutif d'ordonner un renvoi et pourrait empêcher le législateur de prendre une décision, en lui dictant les termes des dispositions législatives à adopter. Ce serait une dérogation marquée au rôle traditionnel de la Cour.

Ayant décidé que le pourvoi est théorique, je suis d'avis de refuser d'exercer le pouvoir discrétionnaire de la Cour pour le trancher au fond.

La qualité pour agir

Dans son action initiale, M. Borowski soutenait que les par. 251(4), (5) et (6) du *Code criminel*

1989 CanLII 123 (SCC)

violated the s. 1 right to life of the *Canadian Bill of Rights*: *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, *supra*. This Court held Borowski had standing as he was able to demonstrate a "genuine interest" in the validity of the legislation.

Standing was granted premised upon Mr. Borowski's desire to challenge specific legislation. Martland J. considered the earlier standing decisions of the Supreme Court in *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138, and *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265, and concluded that the appellant had standing by reason of his "genuine interest as a citizen in the validity of the legislation" under attack (at p. 598):

The Court relied heavily upon the decision in *Thorson*, *supra*, where Laskin J. (as he then was), speaking for the majority, stated at p. 161:

> In my opinion, standing of a federal taxpayer seeking to challenge the constitutionality of federal legislation is a matter particularly appropriate for the exercise of judicial discretion, relating as it does to the effectiveness of process. Central to that discretion is the justiciability of the issue sought to be raised . . . . [Emphasis added.]

I believe these decisions were clear in allowing an expanded basis for standing where specific legislation is challenged on constitutional grounds.

There have been two significant changes in the nature of this action since this Court granted Mr. Borowski standing in 1981. The claim is now premised primarily upon an alleged right of a foetus to life and equality pursuant to ss. 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Secondly, by holding s. 251 to be of no force and effect in *R. v. Morgentaler (No. 2)*, *supra*, the legislative context of this claim has disappeared.

By virtue of s. 24(1) of the *Charter* and s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, there are two possi-

enfreignaient le droit à la vie garanti par l'article premier de la *Déclaration canadienne des droits*: *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, précité. Cette Cour a statué que M. Borowski avait qualité pour agir parce qu'il pouvait faire la preuve d'«un intérêt véritable» quant à la validité de la loi.

La qualité pour agir a été reconnue à M. Borowski parce que celui-ci voulait contester une loi précise. Le juge Martland a examiné les arrêts antérieurs de cette Cour relatifs à la qualité pour agir, *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138, et *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265, et il a conclu que l'appelant avait qualité pour agir parce que «à titre de citoyen, [il avait] un intérêt véritable quant à la validité de la loi» contestée (à la p. 598).

La Cour s'est essentiellement appuyée sur l'arrêt *Thorson*, précité, dans lequel le juge Laskin (plus tard Juge en chef) a dit, au nom de la majorité, à la p. 161:

> À mon avis, la qualité pour agir d'un contribuable fédéral qui cherche à contester la constitutionnalité d'une loi fédérale est une matière qui relève particulièrement de l'exercice du pouvoir discrétionnaire des cours de justice, puisqu'elle se rapporte à l'efficacité du recours. La question de savoir si la question qu'on cherche à soulever peut être réglée par les tribunaux est au cœur de ce pouvoir discrétionnaire . . . [Je souligne.]

Je crois que ces arrêts ont clairement élargi le fondement de la qualité pour agir quand une loi précise fait l'objet d'une contestation fondée sur des moyens constitutionnels.

Il s'est produit deux changements importants dans la nature de l'action en l'espèce depuis que la Cour a reconnu à M. Borowski la qualité pour agir en 1981. D'abord la demande actuelle se fonde principalement sur l'allégation que le droit du fœtus à la vie et à l'égalité est garanti par les art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Deuxièmement, en déclarant l'art. 251 inopérant, l'arrêt *R. c. Morgentaler (nº 2)*, précité, a fait disparaître le contexte législatif de la demande.

Par application du par. 24(1) de la *Charte* et du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il y

1989 CanLII 123 (SCC)

ble means of gaining standing under the *Charter*. Section 24(1) provides:

24. (1) Anyone whose rights or freedoms as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

In my opinion s. 24(1) cannot be relied upon here as a basis for standing. Section 24(1) clearly requires an infringement or denial of a *Charter*-based right. The appellant's claim does not meet this requirement as he alleges that the rights of a foetus, not his own rights, have been violated.

Nor can s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* be invoked to extend standing to Mr. Borowski. Section 52(1) reads:

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

This section offers an alternative means of securing standing based on the *Thorson*, *McNeil*, *Borowski* trilogy expansion of the doctrine.

Nevertheless, in the same manner that the "standing trilogy" referred to above was based on a challenge to specific legislation, so too a challenge based on s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* is restricted to litigants who challenge a law or governmental action pursuant to power granted by law. The appellant in this appeal challenges neither "a law" nor any governmental action so as to engage the provisions of the *Charter*. What the appellant now seeks is a naked interpretation of two provisions of the *Charter*. This would require the Court to answer a purely abstract question which would in effect sanction a private reference. In my opinion, the original basis for the appellant's standing is gone and the appellant lacks standing to pursue this appeal.

Accordingly, the appeal is dismissed on both the grounds that it is moot and that the appellant lacks standing to continue the appeal. In my opinion, in

a deux moyens d'avoir qualité pour agir en vertu de la *Charte*. Le paragraphe 24(1) dit:

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

À mon avis, il n'est pas possible d'invoquer en l'espèce le par. 24(1) comme fondement de la qualité pour agir. Le paragraphe 24(1) exige expressément qu'il y ait violation ou négation d'un droit garanti par la *Charte*. La demande de l'appelant ne remplit pas cette condition puisqu'il allègue la violation des droits du fœtus, et non de ses propres droits.

On ne peut non plus se fonder sur le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* pour reconnaître à M. Borowski qualité pour agir. Le paragraphe 52(1) dit:

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Ce paragraphe prévoit donc un autre moyen d'avoir qualité pour agir selon les trois arrêts qui ont étendu la doctrine relative à cette question, les arrêts *Thorson*, *McNeil* et *Borowski*.

Cependant ces trois arrêts portaient sur la contestation d'une loi précise et, de la même manière, une action fondée sur le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* doit se limiter à la contestation d'une loi ou d'un acte gouvernemental pris en vertu d'un pouvoir conféré par la loi. Ici, l'appelant ne conteste ni «une loi» ni un acte gouvernemental qui fait jouer les dispositions de la *Charte*. L'appelant demande une interprétation pure et simple de deux dispositions de la *Charte*. Pour ce faire, la Cour devrait ainsi répondre à une question totalement abstraite et, par la même occasion, sanctionner un renvoi d'initiative privée. À mon avis, le fondement initial de la qualité pour agir a disparu et le demandeur n'a plus qualité pour continuer ce pourvoi.

En conséquence, le pourvoi est rejeté et pour le motif qu'il est théorique et pour le motif que l'appelant n'a plus qualité pour agir. À mon avis,

1989 CanLII 123 (SCC)

lieu of applying to adjourn the appeal, the respondent should have moved to quash. Certainly, such a motion should have been brought after the adjournment was denied. Failure to do so has resulted in the needless expense to the appellant of preparing and arguing the appeal before this Court. In the circumstance, it is appropriate that the respondent pay to the appellant the costs of the appeal incurred subsequent to the disposition of the motion to adjourn which was made on July 19, 1988.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Shumiatcher-Fox, Regina.

Solicitors for the intervener Interfaith Coalition on the Rights and Wellbeing of Women and Children: Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto.

Solicitor for the intervener R.E.A.L. Women of Canada: Angela M. Costigan, Toronto.

Solicitor for the respondent: Frank Iacobucci, Ottawa.

Solicitors for the intervener Women's Legal Education and Action Fund (LEAF): Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.

au lieu de demander l'ajournement du pourvoi, l'intimé aurait dû demander son annulation. Cette demande aurait certainement dû être présentée après le refus de la demande d'ajournement. En ne le faisant pas, on a occasionné des dépenses inutiles à l'appelant en l'obligeant à préparer et soutenir le présent pourvoi. Dans les circonstances, il convient que l'intimé paie à l'appelant les dépens du présent pourvoi depuis la décision rendue sur la demande d'ajournement le 19 juillet 1988.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Shumiatcher-Fox, Regina.

Procureurs de l'intervenante Interfaith Coalition on the Rights and Wellbeing of Women and Children: Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto.

Procureur de l'intervenante R.E.A.L. Women of Canada: Angela M. Costigan, Toronto.

Procureur de l'intimé: Frank Iacobucci, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ): Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.

1989 CanLII 123 (SCC)

Information Commissioner of Canada *Appellant*

v.

Minister of National Defence *Respondent*

and

Canadian Civil Liberties Association, Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association and Canadian Association of Journalists *Interveners*

- and -

Information Commissioner of Canada *Appellant*

v.

Prime Minister of Canada *Respondent*

and

Canadian Civil Liberties Association, Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association and Canadian Association of Journalists *Interveners*

- and -

Information Commissioner of Canada *Appellant*

v.

Minister of Transport Canada *Respondent*

and

Canadian Civil Liberties Association, Canadian Newspaper Association,

Commissaire à l'information du Canada *Appelant*

c.

Ministre de la Défense nationale *Intimé*

et

Association canadienne des libertés civiles, Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association et Association canadienne des journalistes *Intervenantes*

- et -

Commissaire à l'information du Canada *Appelant*

c.

Premier ministre du Canada *Intimé*

et

Association canadienne des libertés civiles, Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association et Association canadienne des journalistes *Intervenantes*

- et -

Commissaire à l'information du Canada *Appelant*

c.

Ministre des Transports du Canada *Intimé*

et

Association canadienne des libertés civiles, Association canadienne des journaux,

2011 SCC 25 (CanLII)

Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association and Canadian Association of Journalists *Interveners*

- and -

Information Commissioner of Canada *Appellant*

v.

Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police *Respondent*

and

Canadian Civil Liberties Association, Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association and Canadian Association of Journalists *Interveners*

Indexed as: Canada (Information Commissioner) *v.* Canada (Minister of National Defence)

2011 SCC 25

File No.: 33300, 33299, 33296, 33297.

2010: October 7; 2011: May 13.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Access to information — Access to records — Request for Ministers' records located in ministerial offices — Whether records "under control of government institution" as provided in legislation — Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, ss. 3, 4(1).

Access to information — Exemptions — Privacy — Personal information — Request for Prime Minister's agenda — Whether agenda constitutes "personal information" as defined in legislation — If so, whether agenda should nonetheless be disclosed because Prime Minister is "officer" of government institution — Access

Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association et Association canadienne des journalistes *Intervenantes*

- et -

Commissaire à l'information du Canada *Appelant*

c.

Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada *Intimé*

et

Association canadienne des libertés civiles, Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association et Association canadienne des journalistes *Intervenantes*

Répertorié : Canada (Commissaire à l'information) *c.* Canada (Ministre de la Défense nationale)

2011 CSC 25

N[o] du greffe : 33300, 33299, 33296, 33297.

2010 : 7 octobre; 2011 : 13 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Accès à l'information — Accès à des documents — Demande de documents ministériels situés dans les bureaux de ministres — Les documents « relèvent-ils d'une institution fédérale » aux termes de la loi? — Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 3, 4(1).

Accès à l'information — Exceptions — Protection des renseignements personnels — Renseignements personnels — Demande de communication de l'agenda du premier ministre — L'agenda constitue-t-il des « renseignements personnels » au sens de la loi? — Dans l'affirmative, l'agenda doit-il malgré tout être communiqué

2011 SCC 25 (CanLII)

to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, s. 19(1) — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 3.

These appeals bring together four applications by the Information Commissioner of Canada for judicial review of refusals to disclose certain records, requested almost a decade ago, under the *Access to Information Act*. The first three applications concern refusals to disclose records located within the offices of then Prime Minister Chrétien, then Minister of Defence Eggleton, and then Minister of Transport Collenette, respectively. The fourth application concerns the refusal to disclose those parts of the Prime Minister's agenda in the possession of the RCMP and PCO. The applications judge refused disclosure on the first three applications, but ordered it on the fourth. The Federal Court of Appeal overturned his decision on the fourth application only.

Held: The appeals should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: Any refusal to disclose requested documents is subject to independent review by the courts on a standard of correctness. In turn, the standard of appellate review of the applications judge's decision on questions of statutory interpretation is also correctness. However, the standard of review of his decision on whether the requested documents were in fact under the control of the government institution is one of deference, provided the decision is not premised on a wrong legal principle and absent palpable and overriding error.

On the first three applications, the applications judge's reasons demonstrate that he conducted a full analysis of the statutes guided by well-established principles of statutory interpretation. At the conclusion of his analysis, the applications judge held that the words in s. 4(1) of the *Access to Information Act* mean that the PMO and the relevant ministerial offices are not part of the "government institution" for which they are responsible. The Federal Court of Appeal rightly held that the applications judge's analysis contains no error. The meaning of "government institution" is clear. No contextual consideration warrants the Court interpreting Parliament to have intended that

parce que le premier ministre est le « cadre » d'une institution fédérale? — Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 19(1) — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 3.

Les pourvois regroupent quatre demandes présentées par la Commissaire à l'information du Canada en vue d'obtenir la révision judiciaire d'un refus de communiquer certains documents réclamés il y a une dizaine d'années en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*. Les trois premières demandes concernent le refus de communiquer des documents qui se trouvaient respectivement au cabinet du premier ministre de l'époque, M. Chrétien, au cabinet du ministre de la Défense nationale de l'époque, M. Eggleton, et au cabinet du ministre des Transports de l'époque, M. Collenette. La quatrième demande concerne le refus de communiquer les parties de l'agenda du premier ministre qui se trouvent en la possession de la GRC et du BCP. Le juge de première instance a refusé la communication dans le cas des trois premières demandes, mais il l'a ordonnée dans le cas de la quatrième. La Cour d'appel fédérale n'a infirmé que sa décision relative à la quatrième demande.

Arrêt : Les pourvois sont rejetés.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell : Le refus de communiquer les documents demandés est susceptible de recours indépendants devant les tribunaux selon la norme de la décision correcte. La norme de révision en appel applicable à la décision du juge de première instance relative aux questions d'interprétation des lois est également celle de la décision correcte. La norme de contrôle de sa décision quant à savoir si les documents demandés relèvent effectivement de l'institution fédérale est empreinte de déférence, pourvu que la décision ne soit pas fondée sur un principe juridique erroné ni entachée d'une erreur manifeste et dominante.

Dans le cas des trois premières demandes, les motifs du juge de première instance démontrent qu'il a procédé à une analyse approfondie des lois en se guidant sur des principes bien établis d'interprétation des lois. Au terme de son analyse, le juge a affirmé qu'il ressort des termes employés au par. 4(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* que le CPM et les cabinets ministériels en cause ne font pas partie de l'« institution fédérale » dont ils sont responsables. La Cour d'appel fédérale a conclu à bon droit que l'analyse du juge de première instance n'est entachée d'aucune erreur. Le sens de l'expression « institution fédérale » est clair. Aucune considération d'ordre contextuel ne justifie la Cour de penser que le

2011 SCC 25 (CanLII)

the definition of "government institution" include ministerial offices.

The question then becomes whether the requested records held within the respective ministerial offices are nonetheless "under the control" of their related government institutions within the meaning of s. 4(1) of the Act. The word "control" is an undefined term in the statute. As the applications judge made clear, the word must be given a broad and liberal meaning in order to create a meaningful right of access to government information. While physical control over a document will obviously play a leading role in any case, it is not determinative of the issue of control. Thus, if the record requested is located in a Minister's office, this does not end the inquiry. Rather, this is the point at which a two-step inquiry commences. Step one acts as a useful screening device. It asks whether the record relates to a departmental matter. If it does not, that indeed ends the inquiry. If the record requested relates to a departmental matter, however, the inquiry into control continues. Under step two, all relevant factors must be considered in order to determine whether the government institution could reasonably expect to obtain a copy upon request. These factors include the substantive content of the record, the circumstances in which it was created, and the legal relationship between the government institution and the record holder. The reasonable expectation test is objective. If a senior official of the government institution, based on all relevant factors, reasonably should be able to obtain a copy of the record, the test is made out and the record must be disclosed, unless it is subject to any specific statutory exemption. There is no presumption of inaccessibility for records in a minister's office. Further, this test does not lead to the wholesale hiding of records in ministerial offices. Rather, it is crafted to answer the concern. In addition, Parliament has included strong investigatory provisions that guard against intentional acts to hinder or obstruct an individual's right to access.

Applying this test to the material before him, the applications judge concluded that none of the requested records was in the control of a government institution. The conclusions he reached on the issue of control were open to him on the record and entitled to deference.

législateur voulait que les cabinets ministériels soient inclus dans la définition de l'expression « institution fédérale ».

Il s'agit alors de savoir si les documents demandés qui se trouvent dans les cabinets ministériels en question « relèvent » malgré tout de l'institution fédérale concernée au sens du par. 4(1) de la Loi. L'expression « relevant de » n'est pas définie dans la Loi. Ainsi que le juge de première instance l'a bien précisé, l'expression doit être interprétée d'une manière large et libérale pour assurer un droit d'accès efficace aux documents de l'administration fédérale. Bien que la possession matérielle du document joue de toute évidence un rôle important dans chaque cas, elle ne constitue pas un facteur déterminant sur la réponse à la question de savoir de qui ce document relève. Ainsi, si le document demandé se trouve au cabinet du ministre, l'analyse ne s'arrête pas là. C'est en fait à ce point qu'il convient d'entamer une analyse en deux étapes. La première étape se veut un mécanisme de tamisage utile. À cette étape, on se demande si le document se rapporte à une affaire ministérielle. Si tel n'est pas le cas, on ne pousse pas l'analyse plus loin. Si, toutefois, le document demandé se rapporte à une affaire ministérielle, l'analyse se poursuit. À la seconde étape, il faut tenir compte de tous les facteurs pertinents pour déterminer si l'institution fédérale pouvait raisonnablement s'attendre à obtenir sur demande une copie du document. Parmi ces facteurs, mentionnons la teneur réelle du document, les circonstances dans lesquelles il a été créé et les rapports juridiques qu'entretiennent l'institution fédérale et le détenteur du document. Le critère de l'attente raisonnable est objectif. Si, compte tenu de tous les facteurs pertinents, le cadre supérieur de l'institution fédérale devrait raisonnablement être en mesure d'obtenir une copie du document, le critère est satisfait et le document doit être communiqué, à moins qu'il ne soit assujetti à une exemption spécifique prévue par la loi. Il n'existe aucune présomption d'inaccessibilité des documents se trouvant au cabinet d'un ministre. De plus, ce critère ne conduit pas à une mise au secret générale des documents se trouvant dans les cabinets ministériels. Le critère est plutôt conçu de manière à éviter ce problème. Qui plus est, le législateur a prévu des dispositions d'enquête solides pour éviter toute tentative délibérée d'entraver le droit d'accès des citoyens.

Appliquant ce critère aux documents qui lui étaient soumis, le juge de première instance a conclu qu'aucun des documents demandés ne relevait d'une institution fédérale. Compte tenu du dossier, il lui était loisible de tirer les conclusions auxquelles il en est arrivé sur la question de savoir si les documents relevaient ou non d'une institution fédérale et il y a lieu de faire preuve de déférence envers ces conclusions.

2011 SCC 25 (CanLII)

On the fourth application, it is agreed that the Prime Minister's agendas in the possession of the RCMP and the PCO were under the control of a "government institution". Records under the control of these institutions must be disclosed, subject to certain statutory exemptions. Section 19(1) of the *Access to Information Act* prohibits the head of a government institution from releasing any record that contains personal information as defined in s. 3 of the *Privacy Act*. However, s. 3(*j*) creates an exception by allowing for the disclosure of personal information where such information pertains to an individual who is or was an officer or employee of a government institution and where the information relates to the position or function of the individual. The applications judge held that the Prime Minister was an officer of PCO. In doing so, he relied upon the definitions of public officer found in the *Financial Administration Act* and the *Interpretation Act*. The Federal Court of Appeal rightly held that the applications judge erred in relying upon these definitions. It would be inconsistent with Parliament's intention to interpret the *Privacy Act* in a way that would include the Prime Minister as an officer of a government institution. Had Parliament intended the Prime Minister to be treated as an "officer" of the PCO pursuant to the *Privacy Act*, it would have said so expressly. Thus, the relevant portions of the Prime Minister's agenda under the control of the RCMP and the PCO fall outside the scope of the access to information regime.

Per LeBel J.: Ministers' offices are not listed in Schedule I of the Act, and accordingly they should not be considered "government institutions". Nonetheless, this conclusion cannot be the basis for an implied exception for political records. The fact that Ministers' offices are separate and different from government institutions does not mean that a government institution cannot control a record that is not in its premises. If a government institution controls a record in a Minister's office, the record falls within the scope of the Act. If it falls within the scope of the Act, the head of the government institution must facilitate access to it on the basis of the two-part control test as stated in the reasons of Charron J. If the record holder is the Minister, the fact that his or her office is not part of the government institution he or she oversees may weigh in the balance. The reality that Ministers wear many hats must also be taken into account. A Minister is a member of Cabinet who is accountable to Parliament for the administration

Pour ce qui est de la quatrième demande, il est acquis aux débats que les agendas du premier ministre qui se trouvaient en la possession de la GRC et du BCP relevaient d'une « institution fédérale ». Les documents relevant de ces institutions doivent donc être communiqués, sous réserve de certaines exceptions prévues par la loi. Le paragraphe 19(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* prescrit au responsable d'une institution fédérale de refuser la communication de documents contenant les renseignements personnels visés à l'art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. L'alinéa *j*) de la définition de « renseignements personnels » figurant à l'art. 3 de cette dernière loi prévoit toutefois une exception en permettant la communication de renseignements personnels qui concernent un cadre ou employé, actuel ou ancien, d'une institution fédérale et qui portent sur son poste ou ses fonctions. Le juge de première instance a affirmé que le premier ministre était un cadre du BCP. Pour ce faire, il s'est fondé sur les définitions de l'expression « fonctionnaire public » que l'on trouve dans la *Loi sur la gestion des finances publiques* et la *Loi d'interprétation*. La Cour d'appel fédérale a jugé à juste titre que le juge avait commis une erreur en se fondant sur ces définitions. Il irait à l'encontre de la volonté du législateur d'interpréter la *Loi sur la protection des renseignements personnels* de manière à assimiler le premier ministre à un cadre d'une institution fédérale. Si le législateur fédéral avait voulu que le premier ministre soit assimilé à un « cadre » du BCP pour l'application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, il l'aurait dit explicitement. Ainsi, les passages pertinents de l'agenda du premier ministre relevant de la GRC et du BCP échappent à l'application du régime d'accès à l'information.

Le juge LeBel : Les cabinets des ministres ne figurent pas à l'annexe I de la Loi, et ils ne doivent donc pas être considérés comme des « institutions fédérales ». Néanmoins, cette conclusion ne saurait justifier la création d'une exception implicite au sujet des documents politiques. Bien que les cabinets des ministres soient autonomes et différents des institutions fédérales, cette considération n'empêche pas un document qui ne se trouve pas dans les locaux d'une institution fédérale de relever de cette dernière. Si un document conservé au cabinet d'un ministre relève d'une institution fédérale, la Loi s'applique à ce document. En pareil cas, le responsable de l'institution fédérale doit faciliter l'accès au document conformément au critère en deux étapes relatif à l'expression « relevant de » formulé par la juge Charron. Si le ministre détient le document, le fait que son cabinet ne fasse pas partie de l'institution fédérale qu'il dirige peut être pris en considération. Il faut aussi tenir compte du fait que les ministres agissent

2011 SCC 25 (CanLII)

of a government department, but is usually also a Member of Parliament in addition to being a member of a political party for which he or she performs various functions and, finally, a private person. It is conceivable that many records will not fall neatly into one category or another. The head of a government institution is responsible for determining whether such hybrid documents should be disclosed. The first step in the assessment is to consider whether the records fall within the scope of the Act. If they do, the head must then perform the second step of the assessment process: to determine whether the records fall under any of the exemptions provided for in the Act. Depending on which exemption applies, the head may or may not have the discretion to disclose the document.

A presumption that a Minister's records are beyond the scope of the Act would upset the balance between the head's discretionary powers and the Commissioner's powers of investigation. Such an interpretation of the Act would effectively leave the head of a government institution with the final say as to whether a given document was under the institution's control and would run counter to the purpose of the Act, according to which decisions on the disclosure of government information must be reviewed independently. This is crucial to the intended balance between access to information and good governance.

In the circumstances in which the records at issue in the first three applications were created and managed, a government institution would not have a reasonable expectation of obtaining them. These documents were therefore not under the control of a government institution. As for the records in the possession of the RCMP and PCO, even though they were under the control of a government institution, the heads of those institutions had an obligation to refuse to disclose them.

Cases Cited

By Charron J.

Referred to: *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, 2003 SCC 8, [2003] 1 S.C.R. 66; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002]

en plusieurs qualités. Un ministre est non seulement membre du Cabinet et responsable devant le Parlement de l'administration d'un ministère, mais il est aussi — dans la plupart des cas — un député, en plus d'appartenir à un parti politique pour le compte duquel il exerce différentes fonctions et, enfin, il demeure un particulier. Il se peut que bon nombre de documents ne relèvent pas clairement de l'une ou l'autre de ces catégories. Il appartient au responsable d'une institution fédérale de déterminer si ces documents mixtes qui se trouvent au cabinet d'un ministre doivent être communiqués. La première étape de cet examen consiste à établir si les documents tombent dans le champ d'application de la Loi. Si c'est le cas, le responsable doit alors, à la deuxième étape de l'examen, se demander s'ils sont assujettis à l'une des exemptions prévues à la Loi. Selon l'exemption applicable, le responsable peut disposer ou non du pouvoir discrétionnaire de communiquer le document.

Une présomption écartant les documents d'un ministre du champ d'application de la Loi romprait l'équilibre qui existe entre le pouvoir discrétionnaire du responsable et le pouvoir d'enquête du Commissaire. Si elle est retenue, cette interprétation de la Loi laisserait effectivement au responsable d'une institution fédérale le soin de décider en dernier ressort si un document donné relève de l'institution fédérale en cause et irait à l'encontre de l'objet de la Loi, soit que les décisions quant à la communication sont susceptibles de recours indépendants. La réalisation de cet objet est fondamentale pour le maintien de l'équilibre recherché entre l'accès à l'information et la bonne gouvernance.

Vu les circonstances dans lesquelles les documents en question dans les trois premières demandes ont été rédigés et gérés, une institution fédérale ne pourrait raisonnablement pas s'attendre à les obtenir. Les documents ne relevaient donc pas d'une institution fédérale. Quant aux documents que possèdent le BCP et la GRC, les responsables de ces institutions étaient tenus d'en refuser la communication même s'ils relevaient d'une institution fédérale.

Jurisprudence

Citée par la juge Charron

Arrêts mentionnés : *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, 2003 CSC 8, [2003] 1 R.C.S. 66; *Housen c. Nikolaisen*, 2002

2011 SCC 25 (CanLII)

2 S.C.R. 235; *Tele-Mobile Co. v. Ontario*, 2008 SCC 12, [2008] 1 S.C.R. 305; *Francis v. Baker*, [1999] 3 S.C.R. 250; *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533; *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773; *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1993] 3 F.C. 320; *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1995] 2 F.C. 110; *Privacy Commissioner (Can.) v. Canada Labour Relations Board* (2000), 257 N.R. 66; *Rubin v. Canada (Minister of Foreign Affairs and International Trade)*, 2001 FCT 440, 204 F.T.R. 313; *Canada (Attorney General) v. Information Commissioner (Can.)*, 2001 FCA 25, 268 N.R. 328; *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, 2004 FCA 286, 328 N.R. 98; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403.

By LeBel J.

Referred to: *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815; *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84; *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, 2003 SCC 8, [2003] 1 S.C.R. 66; *H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2006 SCC 13, [2006] 1 S.C.R. 441; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; *Rubin v. Canada (Clerk of the Privy Council)*, [1996] 1 S.C.R. 6; *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1995] 2 F.C. 110.

Statutes and Regulations Cited

Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, ss. 2, 3 "government institution", "head", 4, 6, 7 to 9, 10, 13 to 26, 30(3), 35, 36, 37, 41, 42, 48, 49, 73.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2.

Federal Accountability Act, S.C. 2006, c. 9.

Financial Administration Act, R.S.C. 1985, c. F-11, s. 2 "public officer".

Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, ss. 2 "public officer", 3(1), 24, 35.

Library and Archives of Canada Act, S.C. 2004, c. 11, s. 2 "government record", "ministerial record".

CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Société Télé-Mobile c. Ontario*, 2008 CSC 12, [2008] 1 R.C.S. 305; *Francis c. Baker*, [1999] 3 R.C.S. 250; *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533; *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773; *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1993] 3 C.F. 320; *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1995] 2 C.F. 110; *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée du Canada c. Canada (Conseil canadien des relations du travail)*, 2000 CanLII 15487; *Rubin c. Canada (Ministre des Affaires étrangères et du Commerce international)*, 2001 CFPI 440 (CanLII); *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information)*, 2001 CAF 25 (CanLII); *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2004 CAF 286 (CanLII); *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403.

Citée par le juge LeBel

Arrêts mentionnés : *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815; *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, 2003 CSC 8, [2003] 1 R.C.S. 66; *Cie H.J. Heinz du Canada ltée c. Canada (Procureur général)*, 2006 CSC 13, [2006] 1 R.C.S. 441; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; *Rubin c. Canada (Greffier du Conseil privé)*, [1996] 1 R.C.S. 6; *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1995] 2 C.F. 110.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2.

Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 2 « fonctionnaire public », 3(1), 24, 35.

Loi fédérale sur la responsabilité, L.C. 2006, ch. 9.

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 2, 3 « institution fédérale », « responsable d'institution fédérale », 4, 6, 7 à 9, 13 à 26, 30(3), 35, 36, 37, 41, 42, 48, 49, 73.

Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada, L.C. 2004, ch. 11, art. 2 « document fédéral », « document ministériel ».

2011 SCC 25 (CanLII)

Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 3 "head", "personal information" (*j*).

Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. 1985, ch. F-11, art. 2 « fonctionnaire public ».

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 3 « renseignements personnels » *j*), « responsable d'institution fédérale ».

Authors Cited

Canadian Oxford Dictionary. Edited by Katherine Barber. Toronto: Oxford University Press, 2001, "control".

Drapeau, Michel William, and Marc-Aurèle Racicot. *Federal Access to Information and Privacy Legislation Annotated 2011*. Toronto: Carswell, 2010.

Levine, Gregory James. *The Law of Government Ethics: Federal, Ontario and British Columbia*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2007.

McEldowney, John F. "Accountability and Governance: Managing Change and Transparency in Democratic Government" (2008), 1 *J.P.P.L.* 203.

Doctrine citée

Canadian Oxford Dictionary. Edited by Katherine Barber. Toronto : Oxford University Press, 2001, « *control* ».

Drapeau, Michel William, and Marc-Aurèle Racicot. *Federal Access to Information and Privacy Legislation Annotated 2011*. Toronto : Carswell, 2010.

Grand Robert de la langue française (version électronique), « relever de ».

Levine, Gregory James. *The Law of Government Ethics : Federal, Ontario and British Columbia*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2007.

McEldowney, John F. « Accountability and Governance : Managing Change and Transparency in Democratic Government » (2008), 1 *J.P.P.L.* 203.

APPEALS from a judgment of the Federal Court of Appeal (Richard C.J. and Sexton and Sharlow JJ.A.), 2009 FCA 175, 393 N.R. 51, [2009] F.C.J. No. 692 (QL), 2009 CarswellNat 1521, affirming in part a judgment of Kelen J., 2008 FC 766, [2009] 2 F.C.R. 86, 326 F.T.R. 237, 87 Admin. L.R. (4th) 1, [2008] F.C.J. No. 939 (QL), 2008 CarswellNat 1979. Appeals dismissed.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Richard C.J. and Sexton and Sharlow JJ.A.), 2009 FCA 181, 393 N.R. 54, 310 D.L.R. (4th) 748, [2009] F.C.J. No. 693 (QL), 2009 CarswellNat 1523, reversing in part a judgment of Kelen J., 2008 FC 766, [2009] 2 F.C.R. 86, 326 F.T.R. 237, 87 Admin. L.R. (4th) 1, [2008] F.C.J. No. 939 (QL), 2008 CarswellNat 1979. Appeal dismissed.

Jessica R. Orkin, *Marlys A. Edwardh*, *Laurence Kearley* and *Diane Therrien*, for the appellant.

Christopher Rupar, *Jeffrey G. Johnston* and *Mandy Moore*, for the respondents.

Ryder Gilliland, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Paul Schabas, for the interveners the Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (le juge en chef Richard et les juges Sexton et Sharlow), 2009 CAF 175, 393 N.R. 51, [2009] A.C.F. nº 692 (QL), 2009 CarswellNat 4766, qui a confirmé en partie un jugement du juge Kelen, 2008 CF 766, [2009] 2 R.C.F. 86, 326 F.T.R. 237, 87 Admin. L.R. (4th) 1, [2008] A.C.F. nº 939 (QL), 2008 CarswellNat 3718. Pourvois rejetés.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (le juge en chef Richard et les juges Sexton et Sharlow), 2009 CAF 181, 393 N.R. 54, 310 D.L.R. (4th) 748, [2009] A.C.F. nº 693 (QL), 2009 CarswellNat 5640, qui a infirmé en partie un jugement du juge Kelen, 2008 CF 766, [2009] 2 R.C.F. 86, 326 F.T.R. 237, 87 Admin. L.R. (4th) 1, [2008] A.C.F. nº 939 (QL), 2008 CarswellNat 3718. Pourvoi rejeté.

Jessica R. Orkin, *Marlys A. Edwardh*, *Laurence Kearley* et *Diane Therrien*, pour l'appelant.

Christopher Rupar, *Jeffrey G. Johnston* et *Mandy Moore*, pour les intimés.

Ryder Gilliland, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Paul Schabas, pour les intervenantes l'Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian

2011 SCC 25 (CanLII)

Media Lawyers Association and the Canadian Association of Journalists.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

Charron J. —

1. Overview

[1] These appeals bring together four applications by the Information Commissioner of Canada for judicial review of refusals to disclose certain records to a person who requested them under the *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1. The records, requested almost a decade ago, generally consist of agendas, notes and emails relating to the activities of then-Prime Minister Jean Chrétien, then-Minister of National Defence Art Eggleton, and then-Minister of Transport David Collenette.

[2] The first three applications concern refusals to disclose records located within the offices of the Prime Minister, the Minister of National Defence, and the Minister of Transport, respectively. Each record holder, jointly called the "Government" in these appeals, takes the position that his office is not subject to the *Access to Information Act*. The fourth application concerns the refusal to disclose those parts of the Prime Minister's agenda in the possession of the Royal Canadian Mounted Police ("RCMP") and the Privy Council Office ("PCO"). The record holders in this application agree that they are subject to the Act; they argue, however, that the information contained in the requested records is exempt from disclosure under s. 19(1) of the *Access to Information Act*, as it constitutes "personal information" within the meaning of s. 3 of the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21.

Media Lawyers Association et l'Association canadienne des journalistes.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

La juge Charron —

1. Aperçu général

[1] Les présents pourvois regroupent quatre demandes présentées par la Commissaire à l'information du Canada en vue d'obtenir la révision judiciaire d'un refus de communiquer certains documents à la personne qui les avait réclamés en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, ch. A-1. Les documents en question, qui ont été demandés il y a une dizaine d'années, consistent de façon générale en des agendas, des notes et des courriels se rapportant aux activités du premier ministre de l'époque, Jean Chrétien, du ministre de la Défense de l'époque, Art Eggleton, et du ministre des Transports de l'époque, David Collenette.

[2] Les trois premières demandes concernent le refus de communiquer des documents qui se trouvaient respectivement au cabinet du premier ministre, au cabinet du ministre de la Défense nationale et au cabinet du ministre des Transports. Les détenteurs des documents, appelés collectivement « le gouvernement » dans les présents pourvois, soutiennent tous que leur cabinet respectif n'est pas assujetti à la *Loi sur l'accès à l'information*. La quatrième demande concerne le refus de communiquer les pages de l'agenda du premier ministre qui se trouvent en la possession de la Gendarmerie royale du Canada (« GRC ») et du Bureau du Conseil privé (« BCP »). Dans cette demande, tout en admettant qu'ils sont assujettis à la Loi, les détenteurs des documents affirment toutefois que les renseignements contenus dans les documents demandés sont soustraits à la communication par application du par. 19(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*, étant donné qu'ils constituent des « renseignements personnels » au sens de l'art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21.

2011 SCC 25 (CanLII)

[3] The requester has the right, under s. 4 of the *Access to Information Act*, to be given access to "any record under the control of a government institution". On the first three applications, there is no issue that, by definition, "government institution" includes the PCO, the Department of National Defence, and the Department of Transport. The question is whether each government institution includes the office of the Minister who presides over it. In other words: Is the Prime Minister's office ("PMO") part of the PCO? Is the office of the Minister of National Defence part of the Department of National Defence? Is the office of the Minister of Transport part of the Department of Transport?

[3] En vertu de l'art. 4 de la *Loi sur l'accès à l'information*, l'auteur de la demande a droit à l'accès « aux documents relevant d'une institution fédérale ». Dans le cas des trois premières demandes, il est acquis aux débats que, par définition, le Bureau du Conseil privé, le ministère de la Défense nationale et le ministère des Transports sont des « institutions fédérales ». La question qui se pose est de savoir si le cabinet du ministre responsable de chacune de ces institutions fédérales fait lui aussi partie de cette institution fédérale. En d'autres termes, le cabinet du premier ministre (« CPM ») fait-il partie du BCP? Le cabinet du ministre de la Défense nationale fait-il partie du ministère de la Défense nationale? Et le cabinet du ministre des Transports fait-il partie du ministère des Transports?

[4] Following a detailed analysis, Kelen J. of the Federal Court of Canada answered no to each question, holding that the respective entities were separate (2008 FC 766, [2009] 2 F.C.R. 86). In his view, the words of the statute read in their ordinary sense, in context, and harmoniously with the scheme of the Act and the intention of Parliament made this clear. Expert evidence on the functioning of government also supported this interpretation. He concluded that "no contextual consideration could warrant the Court interpreting Parliament to have intended the PMO to be part of the PCO for the purposes of the Act. The same is true with respect to ministers' offices not being part of the respective government institutions" (para. 77). In a brief oral judgment, Sharlow J.A., speaking for the Federal Court of Appeal, upheld Kelen J.'s interpretation of the statute on this point (2009 FCA 175, 393 N.R. 51 ("Decision 1")), and again in 2009 FCA 181, 393 N.R. 54 ("Decision 2").

[4] Au terme d'une analyse fouillée, le juge Kelen de la Cour fédérale du Canada a répondu par la négative à chacune de ces questions, estimant que les entités en cause étaient distinctes (2008 CF 766, [2009] 2 R.C.F. 86). À son avis, cette conclusion ressortait à l'évidence des termes de la Loi, lorsqu'on les interprète en tenant compte du contexte de la Loi et suivant le sens ordinaire qui s'harmonise avec l'esprit de la Loi et avec l'intention du législateur. Les témoignages des experts entendus au sujet des rouages du gouvernement appuyaient également cette interprétation. Il a conclu « qu'aucune considération contextuelle n'autorise la Cour à dire que le législateur voulait que le CPM soit considéré comme une partie intégrante du BCP aux fins de la Loi. Il en va de même pour les cabinets des ministres, qui ne font pas partie des institutions fédérales concernées » (par. 77). Dans un bref jugement prononcé à l'audience, la juge Sharlow, qui s'exprimait au nom de la Cour d'appel fédérale, a confirmé sur ce point l'interprétation que le juge Kelen avait faite de la Loi (2009 CAF 175 (CanLII) (« décision 1 »)), et de nouveau à 2009 CAF 181 (CanLII) (« décision 2 »).

[5] As the ministerial entities were held to be separate, a second question arose: Are the records requested, despite being physically located in

[5] Comme les entités ministérielles ont été considérées comme distinctes, une autre question s'est posée, à savoir si les documents demandés

2011 SCC 25 (CanLII)

the respective offices of the Prime Minister, the Minister of National Defence, or the Minister of Transport, nonetheless "under the control" of the related government institution within the meaning of s. 4 of the *Access to Information Act*?

[6] After surveying the jurisprudence, Kelen J. concluded that no single factor is determinative of whether a record is under the control of a government institution. However, the relevant factors could usefully be distilled into a two-part test that asks: (1) whether the contents of the document relate to a departmental matter; and (2) whether the government institution could reasonably expect to obtain a copy of the document upon request. If both questions are answered in the affirmative, the document is under the control of the government institution. Kelen J. considered the contents of the records and the circumstances in which they were created, and concluded that none of the records requested was under the control of the related government institution. The Federal Court of Appeal agreed with the control test proposed by Kelen J. It also upheld his decision regarding the requested records, stating that it was open to him to come to this conclusion "by drawing reasonable inferences from the evidence before him, as he did" (Decision 1, at para. 9).

[7] Thus, the answers provided by the courts below on the meaning of "government institution" and "control" effectively disposed of the first three applications in favour of the Government.

[8] In the fourth application, there is no dispute that the RCMP and the PCO are government institutions and that, subject to any exemption under the *Access to Information Act*, records under their control must be disclosed. While a number of exemptions were at issue in first instance, the question on this appeal is whether the records

« relevaient » de l'institution fédérale concernée au sens de l'art. 4 de la *Loi sur l'accès à l'information* malgré le fait qu'ils se trouvaient matériellement au cabinet du premier ministre ou à celui du ministre de la Défense nationale ou du ministre des Transports.

[6] Le juge Kelen a passé en revue la jurisprudence et a conclu qu'aucun facteur n'était à lui seul déterminant pour répondre à la question de savoir si un document relevait ou non d'une institution fédérale. Il a toutefois estimé que les facteurs pertinents pouvaient être utilement ramenés à un seul critère en deux volets, à savoir : (1) le contenu du document se rapporte-t-il à une affaire ministérielle? (2) L'institution fédérale en cause pourrait-elle raisonnablement s'attendre à obtenir une copie du document sur demande? Si la réponse à ces deux questions était affirmative, le document relevait selon lui de l'institution fédérale. Le juge Kelen a tenu compte du contenu des documents et des circonstances dans lesquelles ils ont été créés et a conclu qu'aucun des documents demandés ne relevait de l'institution fédérale concernée. La Cour d'appel fédérale a accepté le critère proposé par le juge Kelen pour déterminer si un document relevait ou non d'une institution fédérale. Elle a également confirmé la décision du juge Kelen en ce qui a trait aux documents réclamés, estimant qu'il était loisible au juge Kelen d'en arriver à cette conclusion « en tirant des inférences raisonnables à partir des éléments de preuve dont il était saisi, ce qu'il a fait d'ailleurs » (décision 1, par. 9).

[7] Ainsi, les réponses que les juridictions inférieures ont données au sujet du sens des expressions « institution fédérale » et « relevant de » ont eu pour effet de trancher les trois premières demandes en faveur du gouvernement.

[8] En ce qui concerne la quatrième demande, il est acquis aux débats que la GRC et le BCP sont des institutions fédérales et que, sous réserve des exceptions prévues par la *Loi sur l'accès à l'information*, les documents qui relèvent de ces institutions doivent être communiqués. Bien que plusieurs exceptions aient été en litige en première instance,

2011 SCC 25 (CanLII)

requested consist of "personal information" within the meaning of s. 19(1) of the *Access to Information Act*. This provision prohibits the head of a government institution from disclosing "any record . . . that contains personal information as defined in section 3 of the *Privacy Act*". Under this provision, "personal information" "means information about an identifiable individual that is recorded in any form".

[9] The parties agree that the Prime Minister's agenda falls within the general definition of "personal information". However, s. 3 "personal information" (*j*) of the *Privacy Act* creates an exception by excluding from the scope of protection such information which pertains to "an individual who is or was an officer or employee of a government institution" and the information "relates to the position or functions of the individual". The exception seemingly reflects the view that federal officers or employees are entitled to less protection when the information requested relates to their position or function within the government. It is this exception that is arguably at play in the fourth application: the disclosure issue turns on the question of whether the Prime Minister is an "officer" of the PCO within the meaning of s. 3 "personal information" (*j*) of the *Privacy Act*.

[10] Kelen J. held that the Prime Minister was an "officer" of the PCO. In a separate judgment, the Federal Court of Appeal overturned his decision, finding that the conclusion reached in the related appeals about the separate nature of the PMO from the PCO governed here as well. Sharlow J.A. held that it would be "inconsistent with the intention of Parliament to interpret the *Privacy Act* in a way that would include the Prime Minister within the scope

la question qui se pose dans le cadre du présent pourvoi est de savoir si les documents demandés constituent des « renseignements personnels » au sens du par. 19(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*. Cette disposition prévoit que le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication « de documents contenant les renseignements personnels visés à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* », qui définit comme suit les « renseignements personnels » : « renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable ».

[9] Les parties s'entendent pour dire que l'agenda du premier ministre répond à la définition générale des « renseignements personnels ». L'alinéa *j*) de la définition de « renseignements personnels » figurant à l'art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* prévoit toutefois une exception à cette règle en soustrayant à l'application de la protection les renseignements concernant « un cadre ou employé, actuel ou ancien, d'une institution fédérale et portant sur son poste ou ses fonctions ». Cette exception semble refléter l'opinion que les cadres et employés fédéraux ont droit à une protection moins étendue lorsque les renseignements demandés concernent leur poste ou les fonctions qu'ils exercent au sein du gouvernement. C'est cette exception qui serait vraisemblablement en jeu dans la quatrième demande. La réponse à la question de la divulgation dépend de celle que l'on donne à la question de savoir si le premier ministre est un « cadre » du BCP au sens de l'al. *j*) de la définition de « renseignements personnels » figurant à l'art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

[10] Le juge Kelen a conclu que le premier ministre était un « cadre » du BCP. Dans un jugement distinct, la Cour d'appel fédérale a infirmé sa décision, estimant que la conclusion tirée dans les appels connexes au sujet du caractère distinct du CPM par rapport au BCP s'appliquait également en l'espèce. La juge Sharlow a conclu « qu'il irait à l'encontre de l'intention du législateur d'interpréter la *Loi sur la protection des renseignements personnels*

2011 SCC 25 (CanLII)

of the phrase 'officer of a government institution'" in s. 3 (Decision 2, at para. 8).

[11] The Commissioner appeals from the dismissal of each application. She urges the Court to hold that, as "heads" presiding over departments, the Prime Minister and the Ministers are part of these "government institutions" within the meaning of the *Access to Information Act*, when exercising *departmental functions*. Similarly, she argues that the Prime Minister is an "officer" of the PCO. Alternatively, if ministerial offices are held to be separate entities, the Commissioner argues that any record *relating to a departmental matter* is presumptively under the "control" of the government institution over which the Minister presides, regardless of its creation or location within the ministerial office. Thus, any such record must be disclosed, unless it is specifically exempt under the Act.

[12] While the Commissioner raises some specific issues regarding the interpretation in the courts below in support of her position, her arguments are grounded primarily in broad principles of constitutional law, political theory, democratic accountability, and ministerial responsibility. I note at the outset that these principles unquestionably form part of the context in which the *Access to Information Act* operates. The position advanced by the Commissioner also reflects a policy of democratic governance which Parliament could choose to adopt. However, as Kelen J. aptly noted in the introduction to his judgment:

> The question for the Court is not whether the documents should be accessible to the public under Canada's "freedom to information" law, but whether the documents are currently accessible to the public under Canada's existing law. The Court does not

de manière à ce que le premier ministre soit visé par l'expression "cadre d'une institution fédérale" telle qu'employée à l'alinéa *j*) de la définition de "renseignements personnels" figurant à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* » (décision 2, par. 8).

[11] La Commissaire a formé un pourvoi à l'encontre du rejet de chacune des demandes. Elle exhorte la Cour à statuer qu'en tant que « responsables » d'un ministère, le premier ministre et les ministres font partie des « institutions fédérales » en question au sens de la *Loi sur l'accès à l'information* lorsqu'ils exercent des *fonctions ministérielles*. Dans le même ordre d'idées, elle plaide que le premier ministre est un « cadre » du BCP. À titre subsidiaire, la Commissaire fait valoir, pour le cas où il serait jugé que les cabinets ministériels constituent des entités distinctes, que tout document *se rapportant à une affaire ministérielle* est présumé « relever » de l'institution fédérale dont le ministre est responsable, indépendamment de la façon dont le document a été créé ou de l'endroit où il se trouve aux bureaux du ministère en cause. Ce document doit donc être communiqué à moins de faire l'objet d'une exception expressément prévue par la Loi.

[12] Bien que la Commissaire soulève, à l'appui de sa thèse, certaines questions spécifiques au sujet de l'interprétation donnée par les juridictions inférieures, sa thèse repose principalement sur des principes généraux de droit constitutionnel, de théorie politique, de responsabilité démocratique et de responsabilité ministérielle. Je constate, d'entrée de jeu, que ces principes s'inscrivent incontestablement dans le cadre d'application de la *Loi sur l'accès à l'information*. La thèse de la Commissaire évoque également une politique de gouvernance démocratique que le Parlement pourrait choisir d'adopter. Toutefois, ainsi que le juge Kelen le fait observer à juste titre dans le préambule de son jugement :

> La question à laquelle la Cour doit répondre n'est pas de savoir si les documents devraient être accessibles au public au titre du droit canadien de la "liberté d'accès à l'information", mais de savoir si les documents sont actuellement accessibles au public en vertu

2011 SCC 25 (CanLII)

legislate or change the law; it interprets the existing law (para. 3).

[13] Much as the courts below have concluded, it is my view that the interpretation advanced by the Commissioner on the meaning of "government institution", "control" and "officer" cannot be sustained under the existing statutes at issue. As the Government rightly argues, such interpretation would dramatically expand the access to information regime in Canada, a result that can only be achieved by Parliament.

[14] I would dismiss the appeals.

2. The Legislative Scheme

[15] As this Court recently stated, "[a]ccess to information in the hands of public institutions can increase transparency in government, contribute to an informed public, and enhance an open and democratic society. Some information in the hands of those institutions is, however, entitled to protection in order to prevent the impairment of those very principles and promote good governance" (*Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815, *per* McLachlin C.J. and Abella J., at para. 1). These general principles are reflected in the federal access regime under the *Access to Information Act*. The purpose of the statute is expressly stated as follows:

2. (1) The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada to provide a right of access to information in records under the control of a government institution in accordance with the principles that government information should be available to the public, that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific and that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government.

[16] Thus, the statute expressly recognizes that information in the hands of government institutions "should be available to the public", but the right to access it is subject to "necessary exceptions".

du droit canadien existant. La Cour ne légifère pas ni ne modifie le droit; elle interprète le droit existant (par. 3).

[13] À l'instar des juridictions inférieures, j'estime que l'interprétation proposée par la Commissaire au sujet du sens des termes « institution fédérale », « relevant de » et « cadre » ne peut être retenue suivant le libellé actuel des lois en cause. Ainsi que le gouvernement l'affirme à juste titre, une telle interprétation aurait pour effet d'élargir considérablement la portée du régime d'accès à l'information au Canada, ce qui demeure l'apanage du législateur.

[14] Je suis d'avis de rejeter les pourvois.

2. Le régime législatif

[15] Ainsi que la Cour l'a récemment affirmé : « [l]'accès à l'information détenue par les institutions publiques peut accroître la transparence du gouvernement, aider le public à se former une opinion éclairée et favoriser une société ouverte et démocratique. Certains renseignements détenus par ces institutions doivent toutefois être protégés pour empêcher une atteinte à ces mêmes principes et promouvoir une bonne gouvernance » (*Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815 (la juge en chef McLachlin et la juge Abella, par. 1)). Ces principes généraux trouvent un écho dans le régime fédéral d'accès à l'information prévu par la *Loi sur l'accès à l'information*, dont l'objet est expressément formulé comme suit :

2. (1) La présente loi a pour objet d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication, les exceptions indispensables à ce droit étant précises et limitées et les décisions quant à la communication étant susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

[16] La Loi reconnaît donc explicitement le « droit du public à [la] communication » des renseignements que possèdent les institutions fédérales, tout en assujettissant ce droit à des « exceptions

2011 SCC 25 (CanLII)

Before discussing the provisions at issue, I will briefly describe the legislative scheme.

[17] The right to "be given access to any record under the control of a government institution" is provided under s. 4(1). This broad right of access is expressly subject to other provisions of the *Access to Information Act*, but supersedes "any other Act of Parliament". What constitutes a "government institution" for the purposes of the statute is key to these appeals. The definition is set out in s. 3 and will be discussed more fully below.

[18] The process for accessing government information begins when a member of the public makes a request in writing for a record to a government institution (s. 6). The head of the government institution who receives a request must give written notice to the person who has requested the records as to whether or not access will be given in whole or in part within a reasonable time limit (ss. 7 to 9). Where the government institution refuses to give access to the records requested, it is required to provide notice to the requester that the records do not exist, or to expressly state the exemption it is relying upon in refusing to provide access to the records (ss. 10(1) to (3)). Further, the government institution must inform the requester of his or her "right to make a complaint to the Information Commissioner about the refusal" (s. 10(1)).

[19] If the requester elects to exercise this right and makes a complaint, the Commissioner is entitled to commence an investigation if she is "satisfied that there are reasonable grounds to investigate a matter relating to requesting or obtaining access to records under this Act" (s. 30(3)). Once the Commissioner commences an investigation, the *Access to Information Act* grants her significant investigatory powers (s. 36). If the Commissioner concludes that the complaint is well founded, a report is sent to the head of the government institution containing the findings of the investigation and any recommendations the Commissioner considers appropriate; the report

indispensables ». Mais avant d'aborder les dispositions en cause, je tiens à décrire brièvement le régime législatif.

[17] Le droit « à l'accès aux documents relevant d'une institution fédérale » est prévu au par. 4(1). Ce droit général d'accès est expressément reconnu, sous réserve des autres dispositions de la *Loi sur l'accès à l'information*, mais prime sur « toute autre loi fédérale ». Ce qui constitue une « institution fédérale » au sens de la Loi devient un point capital dans les présents pourvois. La définition de cette expression est énoncée à l'art. 3. Nous nous y attarderons plus longuement plus loin.

[18] La première démarche à accomplir pour obtenir la communication d'un document d'une institution fédérale consiste pour le simple citoyen à en faire la demande par écrit (art. 6). Le responsable de l'institution fédérale à qui est faite la demande est tenu d'aviser par écrit la personne qui a fait la demande de ce qu'il sera donné ou non communication totale ou partielle du document dans un délai raisonnable (art. 7 à 9). En cas de refus de communication, le responsable de l'institution fédérale doit aviser l'auteur de la demande que le document n'existe pas ou préciser la disposition sur laquelle il se fonde pour en refuser la communication (par. 10(1) à (3)). De plus, l'institution fédérale doit informer l'auteur de la demande de son droit « de déposer une plainte auprès du Commissaire à l'information » (par. 10(1)).

[19] Si l'auteur de la demande choisit d'exercer son droit de porter plainte, le Commissaire est habilité à ouvrir une enquête s'il « a des motifs raisonnables de croire qu'une enquête devrait être menée sur une question relative à la demande ou à l'obtention de documents en vertu de la présente loi » (par. 30(3)). Lorsque le Commissaire ouvre une enquête, la *Loi sur l'accès à l'information* lui confère de vastes pouvoirs d'enquête (art. 36). Dans les cas où il conclut au bien-fondé de la plainte, le Commissaire adresse au responsable de l'institution fédérale de qui relève le document un rapport dans lequel elle présente les conclusions de son enquête ainsi que les recommandations qu'elle juge

2011 SCC 25 (CanLII)

may also include a request to be notified of any action taken to implement the recommendations or reasons why no such action has been or is proposed to be taken (s. 37(1)).

[20] If the government institution elects not to comply with the Commissioner's recommendations, the individual requesting the record may apply for judicial review pursuant to s. 41 of the *Access to Information Act*. The Commissioner may also apply for judicial review of the government's decision with the consent of the individual who initially requested the records (s. 42). The latter is what occurred here. The Government refused to disclose the information, and the requester complained to the Commissioner. Following her investigation, the Commissioner found the complaints to be well founded and made recommendations accordingly. The recommendations were not implemented by the Government, and the Commissioner brought these four applications for judicial review.

3. Judicial Review in the Courts Below

[21] The four applications for judicial review were combined in one hearing before the Federal Court. Before reviewing the relevant material, Kelen J. determined the appropriate standard of review in accordance with the principles set out in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190. Under *Dunsmuir*, courts may usefully first inquire whether the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be given to a particular category of questions. Second, where the first inquiry proves unfruitful, courts proceed to analyze the factors that make it possible to identify the proper standard of review (para. 62). Kelen J. ended the inquiry at the first step, holding that this Court's decision in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, 2003 SCC 8, [2003] 1 S.C.R. 66 ("*RCMP*"), determined in a satisfactory manner

indiquées; elle peut également demander au responsable de lui donner avis soit des mesures prises pour la mise en œuvre de ses recommandations, soit des motifs invoqués pour ne pas y donner suite (par. 37(1)).

[20] Si l'institution fédérale choisit de ne pas donner suite aux recommandations du Commissaire, la personne qui s'est vu refuser la communication du document demandé peut exercer un recours en révision de ce refus en vertu de l'art. 41 de la *Loi sur l'accès à l'information*. Le Commissaire peut aussi exercer lui-même ce recours en révision avec le consentement de la personne qui avait demandé le document au départ (art. 42). C'est ce qui s'est produit en l'espèce. Le gouvernement a refusé de communiquer les renseignements demandés et l'auteur de la demande a porté plainte devant la Commissaire. À la suite de son enquête, la Commissaire a conclu au bienfondé de la plainte et elle a formulé des recommandations en conséquence. Le gouvernement n'a pas donné suite aux recommandations, à la suite de quoi la Commissaire a introduit les quatre présentes demandes de révision judiciaire.

3. Révision judiciaire devant les juridictions inférieures

[21] Les quatre demandes de révision judiciaire ont été réunies et ont été instruites ensemble lors d'une même audience devant la Cour fédérale. Avant d'examiner les documents en cause, le juge Kelen a arrêté la norme de contrôle appropriée conformément aux principes énoncés dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190. Suivant cet arrêt, le tribunal peut utilement vérifier en premier lieu si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier. En second lieu, lorsque cette démarche se révèle infructueuse, le tribunal entreprend l'analyse des éléments qui permettent d'arrêter la bonne norme de contrôle (par. 62). Le juge Kelen a mis fin à l'analyse à la première étape, après avoir estimé que l'arrêt de notre Cour dans l'affaire *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale*

2011 SCC 25 (CanLII)

that the questions raised in these four applications should be reviewed on a "correctness" standard (para. 36).

[22] The standard for judicial review of refusals by government institutions to disclose any requested documents under the *Access to Information Act* is not at issue in these appeals. Kelen J. rightly concluded that this Court authoritatively determined the matter in *RCMP*. Determining the appropriate standard of review requires courts to discern the intention of the legislature. Of particular note here is the fact that Parliament expressly states in s. 2(1) that one of the purposes of the *Access to Information Act* is to ensure that "decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government". Moreover, the burden is put on the government to demonstrate on judicial review that it is authorized to refuse to disclose the records that were requested (s. 48). If the court concludes that the head of the institution does not have the legal authority to refuse to disclose the relevant records, the court may substitute its own decision and order the disclosure of the documents, subject to any conditions it may elect to impose (s. 49).

[23] In turn, Kelen J.'s decision is subject to appellate review in accordance with the principles set out in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 8-9 and 31-36. His decision on questions of statutory interpretation is reviewable on a standard of correctness. His decision on whether the requested documents were in fact under the control of the government institution, provided it is not premised on a wrong legal principle and absent palpable and overriding error, is entitled to deference. Although not expressly stated, it is apparent from reading both judgments in the Federal Court of Appeal below that Sharlow J.A. reviewed Kelen J.'s decision in accordance with the proper standard of appellate review. I will review the decisions under appeal using the same approach.

du Canada), 2003 CSC 8, [2003] 1 R.C.S. 66 (« l'arrêt *GRC* ») établissait de manière satisfaisante que le tribunal devait, pour l'examen des questions soulevées dans les quatre présentes demandes, appliquer la norme de la « décision correcte » (par. 36).

[22] La norme de révision judiciaire applicable au refus d'une institution fédérale de communiquer un document demandé en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* n'est pas en cause dans les présents pourvois. Le juge Kelen a conclu à bon droit que notre Cour avait tranché la question de façon péremptoire dans l'arrêt *GRC*. Pour arrêter la norme de contrôle appropriée, le tribunal doit discerner l'intention du législateur. Il convient en particulier de souligner que le législateur déclare explicitement au par. 2(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* que celle-ci a notamment pour objet de faire en sorte que « les décisions quant à la communication [soient] susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif ». En outre, dans le cadre de la révision judiciaire, la charge d'établir le bien-fondé du refus de communiquer le document demandé incombe à l'institution fédérale (art. 48). Si elle conclut que la Loi n'autorise pas le responsable de l'institution fédérale à refuser la communication du document demandé, la cour peut ordonner la communication de ce document aux conditions qu'elle juge indiquées (art. 49).

[23] La décision du juge Kelen peut, à son tour, faire l'objet d'une révision en appel conformément aux principes énoncés dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 8-9 et 31-36. La décision du juge Kelen sur les questions d'interprétation législative est susceptible de révision selon la norme de la décision correcte. Sa décision quant à savoir si les documents demandés relèvent effectivement de l'institution fédérale commande la déférence, sauf si elle est fondée sur un principe juridique erroné et si elle n'est pas entachée d'une erreur manifeste et dominante. Bien que cela ne soit pas déclaré expressément, il ressort à l'évidence des deux décisions de la Cour d'appel fédérale que la juge Sharlow a révisé la décision du juge Kelen en appliquant la bonne norme de révision en appel. Je vais examiner les décisions visées par les présents pourvois en suivant la même méthode.

2011 SCC 25 (CanLII)

4. Analysis

4.1 *Issue 1: Is the Office of the Prime Minister, or a Minister, a "Government Institution" Within the Meaning of the Access to Information Act?*

[24] Subsection 4(1) of the *Access to Information Act* reads as follows:

> **4.** (1) Subject to this Act, but notwithstanding any other Act of Parliament, every person who is
>
> (*a*) a Canadian citizen, or
>
> (*b*) a permanent resident within the meaning of subsection 2(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*,
>
> has a right to and shall, on request, be given access to any record under the control of a government institution.

[25] Under s. 3 of the Act:

> "government institution" means
>
> (*a*) any department or ministry of state of the Government of Canada, or any body or office, listed in Schedule I, and
>
> (*b*) any parent Crown corporation, and any wholly-owned subsidiary of such a corporation, within the meaning of section 83 of the *Financial Administration Act*;

[26] Schedule I sets out a list of entities that are government institutions for the purposes of the *Access to Information Act*. This list includes the PCO, the Department of National Defence, the Department of Transport, and the RCMP. However, the PMO, the office of the Minister of National Defence and the office of the Minister of Transport are *not* expressly listed in Schedule I. The term "government institution" is similarly defined under the *Privacy Act*. The question becomes whether Parliament intended to implicitly include ministerial offices within the *Access to Information Act*.

4. Analyse

4.1 *Première question : Les cabinets du premier ministre ou d'un ministre sont-ils des « institutions fédérales » au sens de la Loi sur l'accès à l'information?*

[24] Le paragraphe 4(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* est ainsi libellé :

> **4.** (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi mais nonobstant toute autre loi fédérale, ont droit à l'accès aux documents relevant d'une institution fédérale et peuvent se les faire communiquer sur demande :
>
> *a*) les citoyens canadiens;
>
> *b*) les résidents permanents au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

[25] L'article 3 de la Loi prévoit la définition suivante :

> « institution fédérale »
>
> *a*) Tout ministère ou département d'État relevant du gouvernement du Canada, ou tout organisme, figurant à l'annexe I;
>
> *b*) toute société d'État mère ou filiale à cent pour cent d'une telle société, au sens de l'article 83 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*.

[26] On trouve à l'annexe I de la *Loi sur l'accès à l'information* une liste des entités qui constituent des institutions fédérales au sens de la Loi. On trouve dans cette liste le BCP, le ministère de la Défense nationale, le ministère des Transports et la GRC. Toutefois, le CPM, le cabinet du ministre de la Défense nationale et le cabinet du ministre des Transports *ne* figurent *pas* expressément à l'annexe I. On trouve dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels* une définition similaire de l'expression « institution fédérale ». La question qui se pose est donc de savoir si le législateur voulait que la *Loi sur l'accès à l'information* s'applique implicitement aux cabinets des ministres.

2011 SCC 25 (CanLII)

[27] The proper approach to statutory interpretation has been articulated repeatedly and is now well entrenched. The goal is to determine the intention of Parliament by reading the words of the provision, in context and in their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme of the Act and the object of the statute. In addition to this general roadmap, a number of specific rules of construction may serve as useful guideposts on the court's interpretative journey. Kelen J. instructed himself accordingly (paras. 43-49). He then conducted the following analysis:

- First, Kelen J. considered evidence from political scientists about how government actually works to determine the ordinary meaning of the term "government institution" according to the experts. He held that this evidence demonstrated that the PMO and the relevant ministerial offices are not part of the "government institution" for which they are responsible (paras. 50-52).

- Second, he noted that pursuant to s. 3 of the statute, the Minister is the "head" of his or her department. This fact supported the argument that the Ministers' offices and the PMO are part of their respective departments. However, he found that the PMO and the Ministers also have many other functions unrelated to the respective departments for which they are responsible (paras. 53-56).

- Third, he considered Hansard debates from 1981, which made it clear that Parliament intended that the *Access to Information Act* apply to information, in any form, held by *specified* government institutions. While the Commissioner agrees that Parliament did not intend the Act to apply to political documents, no exemption or exclusion for such political records is provided for in the Act. Kelen J. therefore reasoned that an interpretation of "government institution" that included the PMO and offices of the Ministers would dramatically extend the right of access. Parliament would not have intended such a "dramatic

[27] La méthode qu'il convient d'appliquer lorsqu'il s'agit d'interpréter une loi a été énoncée à de nombreuses reprises et elle est maintenant solidement établie. Il s'agit de rechercher la volonté du législateur en lisant les termes de la disposition dans leur contexte global, en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit et l'objet de la loi. Outre ces indications générales, un tribunal peut compter sur plusieurs règles spécifiques d'interprétation comme points de repère utiles. C'est la démarche qu'a suivie le juge Kelen (par. 43-49) pour ensuite procéder à l'analyse suivante :

- En premier lieu, le juge Kelen a examiné les témoignages de politologues au sujet des rouages de l'appareil gouvernemental afin de déterminer le sens ordinaire que les experts donnent à l'expression « institution fédérale ». Il a estimé que ces témoignages démontraient que le CPM et les cabinets des ministres concernés ne font pas partie de l'« institution fédérale » dont ils sont responsables (par. 50-52).

- Deuxièmement, le juge Kelen a fait observer que, suivant l'art. 3 de la Loi, le ministre est le « responsable » de son ministère. Ce fait appuyait l'argument voulant que les cabinets des ministres et le CPM font partie de leurs ministères respectifs. Il a toutefois jugé que le CPM et les ministres exercent maintes autres fonctions sans rapport avec les ministères dont ils sont responsables (par. 53-56).

- Troisièmement, il a examiné des extraits des Débats de la Chambre des communes de 1981 qui indiquaient clairement que le législateur voulait que la *Loi sur l'accès à l'information* s'applique à l'information, sous toutes ses formes, détenue par les institutions fédérales *nommément désignées*. Bien que la Commissaire admette que le législateur fédéral ne voulait pas que la Loi s'applique aux documents politiques, on ne trouve dans la Loi aucune exception ou exclusion en ce qui concerne cette catégorie de documents. Le juge Kelen a par conséquent expliqué qu'interpréter l'expression « institution fédérale » de manière à y inclure le CPM et les cabinets

2011 SCC 25 (CanLII)

result" without express wording to that effect (paras. 57-60).

- Fourth, following the enactment of the *Access to Information Act*, the Information Commissioner's 1988-1989 Report to Parliament indicated that Ministers' offices were *not* subject to the provisions of the Act. The Commissioner adopted the same view in 1991, and again in 1997. These original interpretations confirm that the office of the Information Commissioner itself understood the intent of Parliament was not to include the PMO or a Minister's office in the government institutions listed in Schedule I of the Act (paras. 61-65).

- Fifth, since the time the Commissioner publicly urged Parliament to amend the legislation to clarify that the PMO and ministerial offices are subject to the Act, Parliament amended the Act several times, including recent amendments as part of the 2006 *Federal Accountability Act*, S.C. 2006, c. 9, and has not chosen to make this amendment. While Parliament's intention may not always be inferred from legislative silence, in this case, the silence is clear and constitutes relevant evidence of legislative intent: *Tele-Mobile Co. v. Ontario*, 2008 SCC 12, [2008] 1 S.C.R. 305, at para. 42 (paras. 66-67).

- Sixth, the Latin maxim of statutory interpretation *expressio unius est exclusio alterius* ("to express one thing is to exclude another") supports the Government's view. If Parliament had intended to include the PMO and Ministers' offices in Schedule I, it would have referred to them expressly (para. 68).

- Seventh, the evidence at trial demonstrated that there have been many Ministers without a portfolio since Confederation. If the *Access to Information Act* was intended to apply to the offices of Ministers, the Act would not apply to a Minister without a portfolio because he or she

des ministres concernés élargirait considérablement le droit d'accès. Si le législateur avait voulu qu'il en soit ainsi, il aurait employé des mots explicites en ce sens (par. 57-60).

- Quatrièmement, à la suite de l'adoption de la *Loi sur l'accès à l'information*, le Commissaire à l'information a déclaré, dans le rapport soumis au Parlement pour 1988-1989, que les cabinets des ministres *n*'étaient *pas* assujettis aux dispositions de la Loi. Le Commissaire a repris ce point de vue en 1991, puis de nouveau en 1997. Ces interprétations initiales confirment que le bureau même du Commissaire déduisait que le législateur entendait ne pas inclure le CPM ou les cabinets des ministres dans les institutions fédérales énumérées à l'annexe I de la Loi (par. 61-65).

- Cinquièmement, depuis que le Commissaire a invité publiquement le législateur à modifier la Loi pour préciser que le CPM et les cabinets des ministres sont assujettis à la *Loi sur l'accès à l'information*, le législateur a modifié la Loi à plusieurs reprises, notamment à l'occasion de l'adoption récente de la *Loi fédérale sur la responsabilité*, L.C. 2006, ch. 9, sans toutefois apporter la précision demandée. Bien qu'on ne puisse pas toujours déduire l'intention du législateur du silence de la loi, le silence du législateur constituait en l'espèce une preuve claire et pertinente de son intention : *Société Télé-Mobile c. Ontario*, 2008 CSC 12, [2008] 1 R.C.S. 305, par. 42 (par. 66-67).

- Sixièmement, la maxime latine d'interprétation des lois *expressio unius est exclusio alterius* (« la mention de l'un implique l'exclusion de l'autre ») appuie la thèse du gouvernement. Si le législateur avait voulu inclure le CPM et les cabinets des ministres dans l'annexe I, il les aurait mentionnés explicitement (par. 68).

- Septièmement, la preuve présentée au procès démontrait qu'il y avait eu depuis la Confédération de nombreux ministres sans portefeuille. Si l'on avait voulu qu'elle s'applique aux cabinets des ministres, la *Loi sur l'accès à l'information* ne s'appliquerait pas aux ministres sans

2011 SCC 25 (CanLII)

would not have a corresponding "government institution" set out in Schedule I. Such a result is absurd (para. 69).

- Eighth, the internal structure of the Act also provides insight on this question. Sections 21(1)(*a*), (*b*), (2)(*b*) and 26 of the *Access to Information Act* demonstrate that Parliament distinguished between a "government institution" and "a minister of the Crown". When drafting legislation, Parliament is assumed to have used words precisely and carefully, and so Parliament intended the terms to have different meanings (paras. 70-73).

- Ninth, provisions of the *Library and Archives of Canada Act*, S.C. 2004, c. 11, also draw a distinction between governmental records and ministerial records. The principle of consistent expression in statutory interpretation means that Parliament distinguishes between a "ministerial record" and a "departmental record" (paras. 74-76).

[28] At the conclusion of his analysis, Kelen J. held that the words in s. 4(1) of the *Access to Information Act* mean that the PMO and the relevant ministerial offices are *not* part of the "government institution" for which they are responsible. That is, the PMO cannot be interpreted as part of the PCO, the office of the Minister of National Defence is not part of the Department of National Defence, and the office of the Minister of Transport is not part of the Department of Transport.

[29] The Commissioner presents very little argument on any of the above-noted points. As I understand her submissions, she has only two specific complaints about the approach adopted by Kelen J. and affirmed by the Federal Court of Appeal. First, she argues that the applications judge erred in his use of expert evidence as an interpretative aid. Second, and somewhat related to the first point, she argues that the Federal Court of Appeal erred in relying on a non-existing "constitutional convention" for distinguishing between ministerial offices and their respective government departments. I

portefeuille puisque ceux-ci ne disposent pas d'une « institution fédérale » correspondante énumérée à l'annexe I, ce qui serait absurde (par. 69).

- Huitièmement, l'économie de la Loi donne également une idée sur la question. Il ressort des al. 21(1)(*a*), *b*) et (2)*b*) et de l'art. 26 de la *Loi sur l'accès à l'information* que le législateur fait une distinction entre « institution fédérale » et « ministre ». Il faut supposer que, lorsqu'il rédige les lois, le législateur fédéral emploie les mots avec précision et avec soin. Le législateur entendait donc attribuer à ces termes des sens différents (par. 70-73).

- Neuvièmement, la *Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada*, L.C. 2004, ch. 11, fait aussi une distinction entre un « document ministériel » et un « document fédéral ». La distinction que le législateur établit entre « document fédéral » et « document ministériel » consacre la présomption d'uniformité des expressions en matière d'interprétation des lois (par. 74-76).

[28] Au terme de son analyse, le juge Kelen affirme qu'il ressort des termes employés au par. 4(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* que le CPM et les cabinets ministériels en cause *ne* font *pas* partie de l'« institution fédérale » dont ils sont responsables. Autrement dit, on ne saurait considérer que le CPM fait partie du BCP, que le cabinet du ministre de la Défense nationale fait partie du ministère de la Défense nationale et que le cabinet du ministre des Transports fait partie du ministère des Transports.

[29] La Commissaire a présenté très peu d'arguments sur l'un ou l'autre des points susmentionnés. Si j'ai bien compris sa thèse, les seuls reproches précis qu'elle adresse au sujet de la méthode retenue par le juge Kelen et confirmée par la Cour d'appel fédérale sont de deux ordres. Elle affirme tout d'abord que le juge de première instance a commis une erreur en se servant des témoignages des experts comme outil d'interprétation. En second lieu, ce qui se rattache quelque peu au premier point, elle soutient que la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en se fondant sur une « convention constitutionnelle » inexistante pour établir une distinction

2011 SCC 25 (CanLII)

will therefore deal specifically with these two arguments.

4.1.1 The Use of Expert Evidence

[30] After setting out the relevant principles of statutory interpretation, Kelen J. briefly considered the evidence tendered from "experts in government machinery" (para. 50). In particular, he examined the evidence of Mr. Nicholas d'Ombrain, Mr. Justice John Gomery, and a reference relied upon by Mr. d'Ombrain from the Honourable Robert Gordon Robertson, Clerk of the Privy Council and Secretary to the Cabinet from 1963 to 1975. Kelen J. summarized the gist of this evidence as follows, at paras. 50-51:

> While the two entities work closely together on some matters, the PMO is responsible for many matters unrelated to the PCO. The same is true with respect to the relationship between a minister's office and the department over which the minister presides.
>
> Accordingly, the evidence demonstrates that in the ordinary sense of the words in subsection 4(1) of the Act, the PMO and the relevant ministerial offices are not part of the "government institution" for which they are responsible.

[31] The Commissioner submits that reliance upon such expert evidence to interpret the *Access to Information Act* constitutes an error of law. She maintains that it was entirely appropriate for her office to consider expert political science evidence at the investigatory stage. However, opinion evidence is inadmissible in the courtroom to prove the ordinary meaning of legislative terms, "as the interpretation and articulation of domestic law lies at the very heart of the judicial function" (A.F., at para. 110). She contends that this approach confirms that both courts below "viewed the central issue of the reach of a 'government institution' as a question of fact, to be determined primarily if not entirely on the basis of expert evidence" (para. 112). She argues further that the courts below "did not at any point seek to determine what was included within a 'government institution' as a matter of law"; rather, they simply accepted the "assertion that a ministerial office is separate from

entre les divers cabinets ministériels et les ministères gouvernementaux respectifs auxquels ces cabinets correspondent. Je vais donc examiner spécifiquement ces deux moyens.

4.1.1 Recours à des témoignages d'experts

[30] Après avoir énoncé les principes d'interprétation législative applicables, le juge Kelen s'est brièvement arrêté sur le témoignage donné par des « experts de l'appareil gouvernemental » (par. 50). Il a notamment examiné le témoignage de M. Nicholas d'Ombrain et celui du juge John Gomery, en plus d'examiner les propos de M. Robert Gordon Robertson, greffier du Conseil privé et secrétaire du Cabinet de 1963 à 1975, rapportés par M. d'Ombrain. Le juge Kelen résume comme suit l'essentiel de ces témoignages, aux par. 50-51 :

> Les deux entités travaillent en étroite collaboration dans certains dossiers, mais le CPM est chargé de nombreuses affaires qui ne concernent pas le BCP. Il en va de même de la relation entre le cabinet d'un ministre et le ministère que dirige ce même ministre.
>
> Par conséquent, la preuve démontre que, selon le sens ordinaire des mots employés au paragraphe 4(1) de la Loi, le CPM et les cabinets des ministres ne font pas partie de l'« institution fédérale » dont ils sont responsables.

[31] La Commissaire affirme qu'en se fondant sur le témoignage de ces experts pour interpréter la *Loi sur l'accès à l'information*, le juge a commis une erreur de droit. Elle maintient qu'il convenait parfaitement que le Commissariat tienne compte du témoignage de politologues à l'étape de l'enquête, mais qu'un témoignage d'opinion n'est pas admissible en justice pour faire la preuve du sens courant des termes de la loi, [TRADUCTION] « étant donné que l'interprétation et l'articulation du droit interne se situent au cœur même de la fonction juridictionnelle » (m.a., par. 110). Elle soutient que cette façon de procéder permet d'affirmer que les deux juridictions inférieures « ont considéré la question centrale de la portée d'une "institution fédérale" comme une question de fait devant être jugée principalement, voire totalement, à la lumière de témoignages d'experts » (par. 112). Elle ajoute que les juridictions inférieures « n'ont jamais cherché à préciser ce que la notion d'"institution

2011 SCC 25 (CanLII)

the department over which the Minister presides" (para. 112).

[32] In response, the Government first observes that the Commissioner's position on this point is "particularly curious", as the expert evidence generated by the Commissioner's office and compiled for her investigation was used extensively to support her recommendations and then placed in the record before the Federal Court (R.F., at para. 103). In any event, the Government submits that expert evidence can be properly used as an interpretative aid in discerning the ordinary meaning of words by Parliament when such evidence is relevant and reliable: *Francis v. Baker*, [1999] 3 S.C.R. 250, at para. 35; and *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533, at para. 47. Further, Kelen J.'s reasons demonstrate that the expert evidence played a limited role in his analysis. He did not rely on any expert opinion on the meaning of the words used by Parliament as contended, given that no such opinion was tendered by the witnesses. He considered this evidence, rather, to situate the interpretative exercise in its proper context, an approach which was then correctly upheld by the Federal Court of Appeal.

[33] I agree with the Government. No objection was raised in respect of this evidence in first instance, not surprisingly in my view, as consideration of expert evidence in the context of these applications was entirely appropriate. It is also apparent from Kelen J.'s reasons that he merely relied upon the expert evidence tendered by both parties to better appreciate the day-to-day workings of the government and to situate his interpretation of the *Access to Information Act* within its proper context. Further, Kelen J.'s meticulous analysis of the law belies any contention that he "viewed the central issue of the reach of a 'government institution' as a question of fact"

fédérale" englobait en droit » et qu'elles se sont plutôt contentées d'accepter [TRADUCTION] « l'assertion qu'un cabinet ministériel est distinct du ministère dont le ministre est responsable » (par. 112).

[32] En réponse, le gouvernement fait tout d'abord observer que la thèse de la Commissaire sur ce point est [TRADUCTION] « d'autant plus curieuse » que, pour appuyer ses recommandations, la Commissaire a utilisé abondamment les témoignages d'experts recueillis par le Commissariat à l'information en vue de l'enquête de la Commissaire et qu'elle les a ensuite versés au dossier soumis à la Cour fédérale (m.i., par. 103). En tout état de cause, le gouvernement affirme que l'on peut régulièrement utiliser les témoignages des experts pour faciliter l'interprétation afin de discerner le sens courant des termes employés par le législateur lorsque ces témoignages sont pertinents et fiables : *Francis c. Baker*, [1999] 3 R.C.S. 250, par. 35; et *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533, par. 47. Il ressort par ailleurs des motifs du juge Kelen que les témoignages d'experts ont joué un rôle limité dans son analyse. Contrairement à ce qu'on a affirmé, le juge Kelen ne s'est fondé sur aucune opinion d'expert pour déterminer le sens des termes employés par le législateur, puisque les témoins n'ont formulé aucune opinion en ce sens. Il a plutôt tenu compte de ces témoignages pour situer l'exercice d'interprétation dans son contexte, une méthode que la Cour d'appel fédérale a eu raison de confirmer par la suite.

[33] Je suis d'accord avec le gouvernement. Aucune objection n'a été soulevée au sujet de ces témoignages en première instance, ce qui à mon avis n'a rien d'étonnant, puisqu'il était parfaitement acceptable de tenir compte de ces témoignages d'experts dans le contexte des présentes demandes. Il ressort également de ses motifs que le juge Kelen a simplement recouru aux témoignages d'experts présentés par les deux parties pour mieux comprendre les rouages du gouvernement et pour être en mesure de situer son interprétation de la *Loi sur l'accès à l'information* dans le bon contexte. Par ailleurs, l'analyse méticuleuse que le juge Kelen a faite des règles de droit infirme tout argument qu'il

2011 SCC 25 (CanLII)

(A.F., at para. 112). His reasons demonstrate, rather, that he conducted a full analysis of the text, guided by well-established principles of statutory interpretation. I see no merit to the Commissioner's argument on the alleged misuse of expert evidence.

[TRADUCTION] « considér[ait] la question centrale de la portée d'une "institution fédérale" comme une question de fait » (m.a., par. 112). Ses motifs démontrent plutôt qu'il a procédé à une analyse approfondie du texte, en se guidant sur des principes bien établis d'interprétation des lois. L'argument de la Commissaire au sujet du présumé mauvais usage qui a été fait des témoignages d'experts est mal fondé à mon avis.

4.1.2 Alleged Reliance on a Non-Existing Constitutional Convention

[34] Along the same lines, the Commissioner takes issue with Sharlow J.A.'s characterization of the distinction between ministerial offices and their respective government departments as a "well understood convention" (Decision 1, at para. 7; Decision 2, at para. 7). The Commissioner focuses a significant portion of her argument on the legal criteria for a constitutional convention and takes the position that none is met here. She therefore argues that this phrase demonstrates that the Federal Court of Appeal "erroneously accorded constitutional weight to a disputed, ill-defined and inconsistently followed practice" (A.F., at para. 116).

[35] The Government responds that the Commissioner used the term "convention" in her material in the courts below simply to describe an understanding of the roles and duties of Ministers and government institutions. The Government submits that, similarly, when Sharlow J.A. used the phrase "well understood convention", it is clear from the context that she was simply referring to the day-to-day workings or "conventions" of government.

[36] Again, I agree with the Government on this point. I find no support at all in the record for the suggestion that Sharlow J.A. was actually referring to constitutional conventions in their legal sense.

4.1.2 Présumé recours à une convention constitutionnelle inexistante

[34] Dans le même ordre d'idées, la Commissaire s'oppose à la conclusion de la juge Sharlow selon laquelle la distinction qui existe entre le cabinet d'un ministre et le ministère correspondant repose sur une « convention bien établie » (décision 1, par. 7; décision 2, par. 7). La Commissaire axe une partie importante de son argumentation sur les critères légaux régissant l'existence d'une convention constitutionnelle et elle adopte le point de vue qu'aucun de ces critères n'a été respecté en l'espèce. Elle soutient par conséquent que cette expression démontre que la Cour d'appel fédérale [TRADUCTION] « a accordé par erreur une valeur constitutionnelle à un usage contesté, mal défini et qui n'est pas suivi de façon constante » (m.a., par. 116).

[35] Le gouvernement rétorque que la Commissaire n'emploie le terme « convention » dans les documents qu'elle a soumis aux juridictions inférieures que pour évoquer une compréhension du rôle et des attributions des ministres et des institutions fédérales. Le gouvernement ajoute, dans le même ordre d'idées, qu'il ressort clairement du contexte que, lorsqu'elle emploie l'expression « convention bien établie », la juge Sharlow fait simplement allusion aux rouages ou aux « conventions » régissant le fonctionnement du gouvernement.

[36] J'abonde là encore dans le sens du gouvernement. Je ne trouve rien au dossier qui appuie l'idée que la juge Sharlow faisait effectivement allusion à des conventions constitutionnelles au sens juridique de cette expression.

2011 SCC 25 (CanLII)

4.1.3 "Function-Based" Approach Advocated by the Information Commissioner

[37] Except for the above-noted specific complaints about the use of expert evidence and the reliance on government "conventions", the Commissioner's arguments are grounded primarily in broad principles of constitutional law, political theory, democratic accountability, and ministerial responsibility. The Commissioner expounds on these principles in considerable detail and submits that "the right of access and apparatus created by [the *Access to Information Act* was] meant [by Parliament] to be integrated into these legal rules" and "to function as a supplementary mechanism to ensure accountability for the exercise of executive power" (A.F., at para. 102). She therefore urges the Court to adopt a "function-based analysis" so as to create a dividing line between a Minister's departmental functions on the one hand and non-departmental functions on the other. She explains in her factum that this "analysis is easily translated into the scheme" of the *Access to Information Act* in respect of the ministerial offices at issue in the following manner (A.F., at para. 150):

> . . . a record is subject to [the *Access to Information Act*], regardless of its physical form or location, where it was created by or on behalf of a Minister to document or give effect to a Minister's exercise of departmental powers, duties or functions, or relies directly on departmental staff in order to exercise the Minister's departmental powers, duties or functions. By contrast, the record is not subject to [the *Access to Information Act*] if it is created by the Minister or exempt staff for political or non-departmental purposes. Similarly, if the Minister or exempt staff receive information from departmental staff, and then generate further records for political, non-departmental purposes, the additions are not subject to [the *Access to Information Act*].

[38] The Commissioner further submits that a similar analysis could be adopted in relation to Ministers of State "[t]o the extent that a Minister of State exercises the powers, duties and functions of a department", and also "in relation to government institutions other than departments that fall within

4.1.3 Approche « fonctionnelle » préconisée par la Commissaire à l'information

[37] Hormis les griefs précis déjà mentionnés en ce qui a trait au recours à des témoignages d'experts et à des « conventions » gouvernementales, la thèse de la Commissaire repose principalement sur des principes généraux de droit constitutionnel, de théorie politique, de responsabilité démocratique et de responsabilité ministérielle. La Commissaire disserte longuement sur ces principes et affirme que [TRADUCTION] « le législateur entendait que le droit d'accès et le mécanisme créés par [la *Loi sur l'accès à l'information*] soient intégrés dans ces principes juridiques » et « qu'ils servent de mécanisme supplétif pour assurer que le pouvoir exécutif rende compte de la façon dont il exerce ses pouvoirs » (m.a., par. 102). La Commissaire exhorte par conséquent la Cour à adopter dans son analyse une « approche fonctionnelle » de manière à tracer une ligne de démarcation entre, d'une part, les fonctions ministérielles du ministre et, d'autre part, ses fonctions non ministérielles. Elle explique dans son mémoire qu'[TRADUCTION] « il est facile de transposer cette analyse à l'économie » de la *Loi sur l'accès à l'information* pour ce qui est du cabinet ministériel en litige de la manière suivante (m.a., par. 150) :

> [TRADUCTION] . . . un document est assujetti à [la *Loi sur l'accès à l'information*] indépendamment de son aspect physique ou du lieu où il se trouve, s'il a été créé par le ministre ou en son nom pour documenter l'exercice que le ministre fait de ses attributions ministérielles ou pour donner effet à cet exercice, ou s'il s'en remet directement au personnel ministériel pour exercer les attributions du ministre. En revanche, un document échappe à l'application de la [*Loi sur l'accès à l'information*] s'il est créé par le ministre ou par des membres de son personnel exonéré à des fins non politiques ou non ministérielles. De même, si le ministre ou le personnel exonéré reçoit des renseignements du personnel ministériel et crée ensuite d'autres documents à des fins politiques ou non ministérielles, ces nouveaux renseignements ne sont pas assujettis à [la *Loi sur l'accès à l'information*].

[38] La Commissaire plaide qu'on pourrait adopter une analyse similaire dans le cas des ministres d'État [TRADUCTION] « [d]ans la mesure où un ministre d'État exerce les attributions d'un ministère » de même que « dans le cas des institutions fédérales autres que les ministères qui relèvent

2011 SCC 25 (CanLII)

the portfolio responsibilities of a given Minister (or Minister of State)" (A.F., at paras. 152-53).

[39] The Government submits that the "function-based" approach advocated by the Commissioner renders the list of institutions detailed in Schedule I essentially meaningless. Her approach is entirely focused on the nature and content of the record and, as such, conflates the issue of defining "government institution" with the issue of how one determines which entity has "control" of a specific record. Moreover, although the Commissioner recognizes that political and non-departmental matters would not be subject to release under the Act, the statute provides no exemption for such records. Her attempt to remedy this deficiency by conceptually building it into a function-based definition of "government institution" goes "well beyond any concept of statutory interpretation recognized by this or any other Court" (R.F., at para. 129).

[40] I agree with the Government. None of the broad principles relied upon by the Commissioner is contentious in these appeals. In my respectful view, nor are they particularly helpful in answering the questions of statutory interpretation at issue. For example, the Commissioner relies heavily on the quasi-constitutional characterization of the *Access to Information Act*. (See *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773, where the Court affirmed this status in respect of the *Official Languages Act*, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.), and the *Privacy Act* (paras. 23-25).) She argues that, as such, the purpose of the Act becomes of paramount importance in the interpretative exercise, and that the legislation should be interpreted broadly in order to best promote the principles of responsible government and democratic accountability. While I agree that the *Access to Information Act* may be considered quasi-constitutional in nature, thus highlighting its important purpose, this does not alter the general principles of statutory interpretation. The fundamental difficulty with the

des responsabilités rattachées au portefeuille d'un ministre (ou ministre d'État) déterminé » (m.a., par. 152-153).

[39] Le gouvernement affirme que l'approche « fonctionnelle » préconisée par la Commissaire vide à toutes fins utiles de son sens la liste des institutions énumérées à l'annexe I. La Commissaire axe entièrement son approche sur la nature et le contenu du document, confondant ainsi la question de la définition d'« institution fédérale » avec celle de savoir comment on s'y prend pour déterminer de quelle entité « relève » un document précis. Qui plus est, bien que la Commissaire reconnaisse que les documents politiques ou non ministériels échappent à l'obligation de communication prévue par la Loi, cette Loi ne prévoit pas d'exceptions dans le cas de ces documents. La tentative que fait la Commissaire pour combler cette lacune en incorporant conceptuellement dans la Loi une définition fonctionnelle de l'expression « institution fédérale » [TRADUCTION] « va bien au-delà de tout concept d'interprétation des lois reconnu par notre Cour ou par toute autre juridiction » (m.i., par. 129).

[40] J'abonde dans le sens du gouvernement. Aucun des principes généraux cités par la Commissaire n'est controversé dans les présents pourvois. À mon humble avis, ces principes ne sont pas non plus particulièrement utiles pour trancher les questions d'interprétation des lois en cause. Par exemple, la Commissaire table fortement sur le fait que la *Loi sur l'accès à l'information* a été qualifiée de loi quasi constitutionnelle (voir l'arrêt *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773, dans lequel la Cour a reconnu un statut de loi quasi constitutionnelle à la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. 1985, ch. 31 (4e suppl.), et à la *Loi sur la protection des renseignements personnels* (par. 23-25)). Elle affirme que l'objet de la Loi acquiert de ce fait une importance capitale lorsqu'il s'agit d'interpréter la Loi et que celle-ci devrait être interprétée d'une manière libérale pour mieux promouvoir les principes de gouvernement responsable et de responsabilité démocratique. Bien que je sois d'accord avec l'appelante pour dire que la *Loi sur l'accès à l'information* peut être considérée comme une loi de

2011 SCC 25 (CanLII)

Commissioner's approach to the interpretation of the term "government institution" is that she avoids any direct reference to the legislative provision at issue. The Court cannot disregard the actual words chosen by Parliament and rewrite the legislation to accord with its own view of how the legislative purpose could be better promoted.

[41] It is important to recall that Parliament's statement of purpose in s. 2 of the Act recognizes that exceptions to public accessibility are "necessary". For example, in s. 21, Parliament has recognized the need for confidential advice to be sought by and provided to a Minister and, consequently, records in a government institution offering such advice are exempt from disclosure at the discretion of the head of the institution. The advice provided to a Minister may come from a variety of sources and may pertain to a broad range of matters, including matters relating to the department over which the Minister presides. Some of these matters may have a political dimension and some may not. Similarly, the policy rationale for excluding the Minister's office altogether from the definition of "government institution" can be found in the need for a private space to allow for the full and frank discussion of issues. As the Government rightly submits: "It is the process of being able to deal with the distinct types of information, including information that involves political considerations, rather than the specific contents of the records" that Parliament sought to protect by not extending the right of access to the Minister's office (R.F., at para. 82). Of course, not all documents in a Minister's office are excluded from the scope of the Act. As we shall see, despite its physical location in a ministerial office, any document which is "under the control" of the related, or any other, government institution is subject to disclosure.

nature quasi constitutionnelle — ce qui fait ressortir l'importance de son objet —, j'estime que cette qualification ne change en rien les principes généraux d'interprétation des lois. Le problème fondamental que comporte la méthode d'interprétation de l'expression « institution fédérale » que préconise la Commissaire réside dans le fait qu'elle évite de citer directement la disposition législative en cause. La Cour ne peut faire fi des termes que le législateur a effectivement employés et récrire le texte de loi en fonction de sa propre opinion sur la façon dont l'objet de la loi pourrait être mieux favorisé.

[41] Il importe de se rappeler qu'à l'art. 2 de la Loi, le législateur reconnaît, dans l'énoncé de l'objet de la Loi, que les exceptions au droit du public à la communication sont « indispensables ». Par exemple, à l'art. 21, le législateur reconnaît le besoin qu'ont les ministres de solliciter et de recevoir des avis confidentiels de sorte que les documents d'une institution fédérale qui contiennent de tels avis sont soustraits à la communication, à la discrétion du responsable de l'institution. Les avis qui sont fournis à un ministre peuvent provenir de diverses sources et peuvent concerner une vaste gamme de questions, notamment des questions se rapportant au ministère dont le ministre est responsable. Certaines de ces questions peuvent revêtir une dimension politique et d'autres, non. Dans la même veine, la raison de principe qui justifie d'exclure complètement le cabinet d'un ministre de la définition d'« institution fédérale » peut résider dans la nécessité de prévoir un espace privé où il est possible de débattre ouvertement et franchement de certaines questions. Comme le soutient à juste titre le gouvernement, [TRADUCTION] « ce n'est pas le contenu précis des documents, mais bien le processus permettant de traiter divers types de renseignements, y compris ceux qui comportent des considérations politiques », que le législateur a cherché à protéger en s'abstenant d'élargir le droit d'accès au cabinet d'un ministre (m.i., par. 82). Bien entendu, certains documents se trouvant au cabinet d'un ministre n'échappent pas à la portée de la Loi. Comme nous le verrons, un document « relevant de » l'institution fédérale concernée ou de toute autre institution fédérale est sujet à divulgation même s'il se trouve physiquement à l'intérieur du cabinet d'un ministre.

2011 SCC 25 (CanLII)

[42] The functional approach advocated by the Commissioner not only creates the problem identified by Kelen J. that some Ministers would be covered by the Act, whereas others would not. It also ignores the practical difficulty of carving out a political class exemption when none is provided in the Act. If a Minister's office is a government institution, all records under its control would be subject to release under the Act, unless expressly exempted or excluded by the Act. The proposal of carving out "political" documents based on an analysis of their content is easier said than done. As the Government notes, "records in a Minister's office are not neatly arranged into clearly defined 'political', 'constituent' and 'departmental' piles. The intermingling of these issues and facts is what makes the Minister's office unique. The simplistic approach of 'carving out' political records is unrealistic" (R.F., at para. 88).

[42] L'approche fonctionnelle préconisée par la Commissaire crée non seulement le problème déjà évoqué par le juge Kelen, en l'occurrence le fait que certains ministres seraient assujettis à la Loi alors que d'autres ne le seraient pas, mais elle méconnaît aussi les difficultés pratiques engendrées par l'exclusion des renseignements politiques alors que la Loi ne prévoit aucune catégorie de ce genre. Si le cabinet d'un ministre constitue une institution fédérale, tous les documents qui en relèvent devraient être communiqués conformément à la Loi, sauf s'ils sont expressément exemptés ou exclus par la Loi. L'idée d'exclure les documents « politiques » en se fondant sur l'analyse de leur contenu est plus facile à évoquer qu'à réaliser. Ainsi que le gouvernement le signale, [TRADUCTION] « les documents qui se trouvent au cabinet du ministre ne sont pas soigneusement classés en piles portant la claire mention "politique", "électeurs" et "affaires ministérielles". L'entrelacement de ces questions et de ces faits confère un caractère unique au cabinet du ministre. La solution simpliste consistant à "exclure" les documents politiques n'est pas réaliste » (m.i., par. 88).

[43] Of course, Parliament could have opted for a different access scheme. However, it did not. Kelen J.'s interpretative analysis contains no error. The meaning of "government institution" is clear. In my view, the courts below rightly concluded that no contextual consideration warrants the Court interpreting Parliament to have intended that the definition of "government institution" include ministerial offices. I would not give effect to this ground of appeal.

[43] Le législateur aurait bien sûr pu opter pour un régime d'accès à l'information différent. Mais ce n'est pas ce qu'il a fait. L'analyse interprétative du juge Kelen n'est entachée d'aucune erreur. Le sens de l'expression « institution fédérale » est clair. À mon avis, c'est à bon droit que les juridictions inférieures ont conclu qu'aucune considération d'ordre contextuel ne justifie la Cour de penser que le législateur voulait que les cabinets ministériels soient inclus dans la définition de l'expression « institution fédérale ». Je ne retiendrais donc pas ce moyen d'appel.

4.2 *Issue 2: Are the Records Requested, Despite Their Physical Location in the Respective Ministerial Offices, "Under the Control" of the Related Government Institution Within the Meaning of Section 4 of the Access to Information Act?*

4.2 *Deuxième question : Les documents demandés « relèvent »-ils de l'institution fédérale concernée au sens de l'art. 4 de la Loi sur l'accès à l'information malgré le fait qu'ils se trouvent matériellement dans les cabinets ministériels en question?*

[44] In light of my conclusion regarding the first issue, the question then becomes whether the requested records held within the respective

[44] Vu ma conclusion sur la première question, il s'agit maintenant de savoir si les documents demandés qui se trouvent dans les cabinets ministériels

2011 SCC 25 (CanLII)

ministerial offices are nonetheless "under the control" of their related government institutions within the meaning of s. 4(1) of the Act. Kelen J. concluded that they were not, and the Federal Court of Appeal upheld his decision. The Commissioner appeals from this conclusion.

[45] None of the Commissioner's arguments is directed at the findings of fact made by Kelen J. regarding the particular records requested. The success of the Commissioner's appeal on this point is dependent, rather, on whether the Court accepts her proposed test for determining what constitutes "control" for the purposes of access under the Act. As I will explain, the test for control proposed by the Commissioner is entirely focussed on the function or content of the record and, in substance, is essentially the same as the test she proposes for defining a "government institution". Consequently, much for the reasons stated above, the Commissioner's interpretation of the word "control" cannot be sustained as it finds no support in the wording of the Act.

[46] First, I will review the control test adopted by the courts below.

[47] The word "control" is an undefined term in the statute. Its meaning has been judicially considered in a number of cases, and Kelen J. turned to this jurisprudence for guidance. In particular, he reviewed the following cases: *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1993] 3 F.C. 320 (T.D.); *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1995] 2 F.C. 110 (C.A.); *Privacy Commissioner (Can.) v. Canada Labour Relations Board* (2000), 257 N.R. 66 (F.C.A.); *Rubin v. Canada (Minister of Foreign Affairs and International Trade)*, 2001 FCT 440, 204 F.T.R. 313; *Canada (Attorney General) v. Information Commissioner (Can.)*, 2001 FCA 25, 268 N.R. 328; and *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, 2004 FCA 286, 328 N.R. 98. From this jurisprudence, Kelen J. gleaned

en question « relèvent » malgré tout de l'institution fédérale concernée au sens du par. 4(1) de la Loi. Le juge Kelen a répondu par la négative à cette question, et la Cour d'appel fédérale a confirmé sa décision. La Commissaire se pourvoit contre cette conclusion.

[45] Aucun des arguments de la Commissaire ne porte sur les conclusions de fait tirées par le juge Kelen au sujet des documents demandés. Le succès du pourvoi de la Commissaire sur ce point dépend plutôt de la réponse à la question de savoir si la Cour accepte le critère qu'elle propose pour déterminer si un document « relève » d'une institution fédérale au sens de la Loi et doit de ce fait être communiqué. Comme je vais l'expliquer, le critère proposé par la Commissaire pour déterminer si un document « relève » d'une institution fédérale est entièrement axé sur la fonction ou le contenu du document et correspond essentiellement au critère qu'elle propose pour définir une « institution fédérale ». En conséquence, en grande partie pour les motifs déjà exposés, l'interprétation que la Commissaire donne de l'expression « relevant de » ne peut être retenue parce qu'elle ne trouve aucun appui dans le libellé de la Loi.

[46] Je vais d'abord examiner le critère adopté par les juridictions inférieures au sujet de la notion véhiculée par l'expression « relevant de ».

[47] L'expression « relevant de » n'est pas définie dans la Loi. Les tribunaux se sont penchés sur sa signification dans plusieurs affaires et le juge Kelen a puisé dans cette jurisprudence pour trouver des pistes de solution. Il a notamment examiné les décisions suivantes : *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1993] 3 C.F. 320 (1re inst.); *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1995] 2 C.F. 110 (C.A.); *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée du Canada) c. Canada (Conseil canadien des relations du travail)*, 2000 CanLII 15487 (C.A.F.); *Rubin c. Canada (Ministre des Affaires étrangères et du Commerce international)*, 2001 CFPI 440 (CanLII); *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information)*, 2001 CAF 25, 268 N.R. 328, et *Société canadienne*

2011 SCC 25 (CanLII)

a number of principles, which I will paraphrase as follows.

[48] As "control" is not a defined term in the Act, it should be given its ordinary and popular meaning. Further, in order to create a meaningful right of access to government information, it should be given a broad and liberal interpretation. Had Parliament intended to restrict the notion of control to the power to dispose or to get rid of the documents in question, it could have done so. It has not. In reaching a finding of whether records are "under the control of a government institution", courts have considered "ultimate" control as well as "immediate" control, "partial" as well as "full" control, "transient" as well as "lasting" control, and "*de jure*" as well as "*de facto*" control. While "control" is to be given its broadest possible meaning, it cannot be stretched beyond reason. Courts can determine the meaning of a word such as "control" with the aid of dictionaries. The *Canadian Oxford Dictionary* defines "control" as "the power of directing, command (under the control of)" (2001, at p. 307). In this case, "control" means that a senior official with the government institution (other than the Minister) has some power of direction or command over a document, even if it is only on a "partial" basis, a "transient" basis, or a "*de facto*" basis. The contents of the records and the circumstances in which they came into being are relevant to determine whether they are under the control of a government institution for the purposes of disclosure under the Act (paras. 91-95).

[49] In applying these principles to the records at issue, Kelen J. articulated the following test, at para. 93:

des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux), 2004 CAF 286 (CanLII). Le juge Kelen a dégagé de cette jurisprudence un certain nombre de principes, que je vais paraphraser comme suit.

[48] L'expression « relevant de » n'est pas définie dans la Loi. Il convient donc de lui donner son sens ordinaire ou le plus répandu. Par ailleurs, pour conférer un droit d'accès efficace aux documents de l'administration fédérale, il convient d'interpréter cette expression de façon libérale et généreuse. Le législateur aurait pu, s'il l'avait voulu, limiter cette notion au pouvoir de « disposer » des documents en question, c'est-à-dire au pouvoir de s'en débarrasser. Or, il ne l'a pas fait. Pour savoir si des documents « relèvent d'une institution fédérale », les tribunaux se sont demandé s'ils en relèvent de façon « ultime » ou « immédiate », « complète » ou « partielle », « temporaire » ou « permanente » ou encore « *de jure* » ou « *de facto* ». L'expression doit être interprétée de la manière la plus large possible, mais elle ne saurait être étendue plus que de raison. Les tribunaux peuvent déterminer le sens d'une expression comme « relevant de » avec l'aide de dictionnaires. Le *Grand Robert de la langue française* (version électronique) définit « relever de » comme suit : « (Choses). Être du ressort de . . . (ressortir), dépendre de . . . (en parlant d'un fait). » Le *Canadian Oxford Dictionary* définit comme suit le terme anglais « *control* » employé dans la version anglaise de la Loi : [TRADUCTION] . . . pouvoir de diriger, autorité (relevant de) (2001, p. 307). Dans la présente affaire, l'expression « relevant de » signifie qu'un haut fonctionnaire de l'institution fédérale en cause (autre que le ministre) exerce un certain pouvoir de direction ou une autorité à l'égard d'un document, même si ce n'est qu'un pouvoir « partiel », « temporaire » ou « *de facto* ». Le contenu des documents et les circonstances dans lesquelles ils ont été établis permettront de dire s'ils relèvent d'une institution fédérale pour les besoins de leur communication aux termes de la Loi (par. 91-95).

[49] Pour appliquer ces principes aux documents en litige, le juge Kelen a articulé le critère suivant, au par. 93 :

2011 SCC 25 (CanLII)

Upon review by the Court, if the content of a document in the PMO or the offices of the Ministers of National Defence and Transport relates to a departmental matter, and the circumstances in which the document came into being show that the deputy minister or other senior officials in the department could request and obtain a copy of that document to deal with the subject-matter, then that document is under the control of the government institution. [Emphasis deleted.]

[50] The Federal Court of Appeal agreed with this test, holding that, in the context of these cases where the record requested is not in the physical possession of a government institution, the record will nonetheless be under its control if two questions are answered in the affirmative: (1) Do the contents of the document relate to a departmental matter? (2) Could the government institution reasonably expect to obtain a copy of the document upon request? (Decision 1, at paras. 8-9).

[51] As I understand her arguments, the Commissioner does not take issue with any of the principles Kelen J. gleaned from his review of the relevant jurisprudence. Indeed, she substantially adopts these principles in her factum at para. 168 and rightly so. Those principles should inform the analysis. Her complaint lies, rather, with how these principles were distilled into the two-step inquiry described above. She submits that the courts below have erred in law by essentially reducing the legal inquiry concerning "control" to two seemingly simple factual questions — whether the record relates to a departmental matter and whether senior members of the departmental staff could request and obtain a copy of the record. She submits that these factual indicia can be too easily manipulated by government actors to avoid releasing documents that validly fall within the scope of the Act. In particular, she submits that the "mechanism of a hypothetical 'request'" under step two of the test is weak and unacceptable as it "inappropriately relies on past practices and prevalent expectations, rather than the legal relationships at issue" (A.F., at para. 169). Put more colloquially, she argues that if this Court adopts the control test articulated in the courts below, the Minister's office may effectively

Après examen, si le contenu d'un document en la possession du CPM, du cabinet du ministre de la Défense nationale ou du cabinet du ministre des Transports se rapporte à une affaire ministérielle, et si les circonstances dans lesquelles le document a été créé montrent que le sous-ministre ou les autres hauts fonctionnaires du ministère pourraient demander et obtenir une copie de ce document pour traiter l'affaire, la Cour est d'avis que ce document relève de l'institution fédérale. [Soulignement omis.]

[50] La Cour d'appel fédérale a accepté ce critère en précisant que, dans le contexte des présentes affaires dans lesquelles l'institution n'a pas le document en sa possession matérielle, le document relèvera quand même de l'institution fédérale si l'on répond par l'affirmative aux deux questions suivantes : (1) Le contenu du document se rapporte-t-il à une affaire ministérielle? (2) L'institution fédérale pourrait-elle raisonnablement s'attendre à obtenir une copie du document sur demande? (décision 1, par. 8-9).

[51] Si je comprends bien ses arguments, la Commissaire ne s'oppose à aucun des principes que le juge Kelen a dégagés de son examen de la jurisprudence pertinente. Elle les fait d'ailleurs essentiellement siens dans son mémoire au par. 168 et c'est à raison qu'elle le fait. Ces principes devraient guider l'analyse. Son grief porte plutôt sur la façon dont ces principes ont été exprimés dans l'analyse en deux étapes décrite précédemment. Elle affirme que les juridictions inférieures ont commis une erreur de droit en réduisant l'analyse juridique de l'expression « relevant de » à deux questions factuelles apparemment simples : celle de savoir si le document se rapporte à une affaire ministérielle, et celle de savoir si des cadres supérieurs du ministère pourraient obtenir copie du document sur demande. Elle soutient que ces indices factuels peuvent être trop aisément manipulés par un représentant du gouvernement pour éviter de communiquer des documents qui devraient valablement l'être aux termes de la Loi. Elle prétend en particulier que le [TRADUCTION] « mécanisme de la "demande" hypothétique » prévu par le second volet du critère est faible et inacceptable « parce qu'il repose de façon inadmissible sur des usages du passé et sur des attentes actuelles plutôt que sur les rapports juridiques en cause »

2011 SCC 25 (CanLII)

become a "black hole" used to shield certain sensitive documents that properly fall within the ambit of the *Access to Information Act* (A.F., at para. 162).

[52] I agree with the Commissioner that it would be an error to interpret the words "under the control" in a manner that allowed government actors to turn the Minister's office into a "black hole" to shelter sensitive records that should otherwise be produced to the requester in accordance with the law. However, as I will explain, I am not persuaded that the courts below erred as she contends. In essence, the Commissioner's complaint on this ground of appeal is based on the same criticism of the institutional distinction between the Minister and the department over which he or she presides argued under the first ground. This is readily apparent from the alternative test that she proposes. In order to counter the "black hole" problem, the Commissioner urges the Court to hold that a record in a Minister's office is under the control of the corresponding government institution when the following two conditions are met:

(a) the record was obtained or generated by the Minister or on his or her behalf; and

(b) the record documents or gives effect to the Minister's exercise of departmental powers, duties or functions, or relies directly on departmental staff in order to exercise the Minister's departmental powers, duties or functions. [A.F., at para. 172]

[53] As the Government rightly responds, the test for control proposed by the Commissioner effectively eliminates the need to consider the definition of "government institution". As the Government puts it in its factum: "If the function

(m.a., par. 169). Autrement dit, elle fait valoir que si notre Cour retient le critère de la notion véhiculée par l'expression « relevant de » que les juridictions inférieures ont formulé, le cabinet du ministre peut effectivement devenir une sorte d'« oubliette » permettant la mise au secret de certains documents délicats qui devraient être communiqués sur demande aux termes de la *Loi sur l'accès à l'information* (m.a., par. 162).

[52] Je suis d'accord avec la Commissaire pour dire que l'on aurait tort d'interpréter l'expression « relevant de » d'une manière qui permettrait aux représentants du gouvernement de transformer le cabinet du ministre en une « oubliette » permettant de mettre à l'abri des documents délicats que l'on devrait autrement communiquer à l'auteur de la demande pour respecter la Loi. Toutefois, ainsi que je vais l'expliquer, je ne suis pas persuadée que les juridictions inférieures ont commis l'erreur que la Commissaire leur reproche. Le grief que la Commissaire articule en ce qui concerne ce moyen d'appel repose essentiellement sur la même critique que celle qu'elle formule à l'appui de son premier moyen relativement à la distinction institutionnelle entre le ministre et le ministère dont il est responsable. Cette similitude ressort à l'évidence du critère qu'elle propose à titre subsidiaire. Pour contrer le problème de l'« oubliette », la Commissaire exhorte la Cour à juger que tout document se trouvant au cabinet d'un ministre relève de l'institution fédérale correspondante dès lors que les deux conditions suivantes sont réunies :

[TRADUCTION]

a) le document a été obtenu ou créé par le ministre ou en son nom;

b) le document traite de l'exercice que le ministre fait de ses attributions ministérielles ou donne effet à cet exercice, ou s'en remet directement au personnel ministériel pour exercer les attributions du ministre. [m.a., par. 172]

[53] Ainsi que le gouvernement rétorque à juste titre, le critère que propose la Commissaire au sujet de la notion véhiculée par l'expression « relevant de » a pour effet d'écarter la nécessité de tenir compte de la définition de l'expression « institution

2011 SCC 25 (CanLII)

or content of the record determines control, then it does not matter if the record is in a government institution or a Minister's Office, as they are the same entity for the purposes of determining 'control'" (R.F., at para. 179). I agree. A decision on the issue of control based almost exclusively on the content of the record would have the effect of extending the reach of the Act into the Minister's office where, as discussed earlier, Parliament has chosen not to go.

[54] Further, the Commissioner's argument on the deficiency of the control test crafted by the courts below presupposes that the two-part distillation of the test, particularly as articulated by the Federal Court of Appeal, is not intended to fully capture the principles upon which the test was crafted. I do not read the judgments below as having that effect. As Kelen J. made clear, the notion of control must be given a broad and liberal meaning in order to create a meaningful right of access to government information. While physical control over a document will obviously play a leading role in any case, it is not determinative of the issue of control. Thus, if the record requested is located in a Minister's office, this does not end the inquiry. The Minister's office does not become a "black hole" as contended. Rather, this is the point at which the two-step inquiry commences. Where the documents requested are not in the physical possession of the government institution, the inquiry proceeds as follows.

[55] Step one of the test acts as a useful screening device. It asks whether the record relates to a departmental matter. If it does not, that indeed ends the inquiry. The Commissioner agrees that

fédérale ». Ainsi que le gouvernement l'explique dans son mémoire : [TRADUCTION] « Si c'est son rôle ou son contenu qui détermine si un document relève ou non d'une institution fédérale, il est alors indifférent qu'il se trouve dans une institution fédérale ou au cabinet d'un ministre, puisqu'il s'agit de la même entité lorsqu'il s'agit de savoir de qui ce document "relève" » (m.i., par. 179). Je suis du même avis. Une décision sur la question de savoir de qui relève un document qui reposerait presque exclusivement sur le contenu du document aurait pour effet d'élargir la portée de la Loi en y englobant le cabinet des ministres alors que, comme nous l'avons déjà vu, le législateur a choisi de soustraire les cabinets des ministres à l'application de la Loi.

[54] Par ailleurs, l'argument qu'avance la Commissaire au sujet des lacunes que comporterait le critère de la notion véhiculée par l'expression « relevant de » qui a été élaboré par les juridictions inférieures, et notamment par la Cour d'appel fédérale, présuppose que le fait que ce critère a été scindé en deux volets n'est pas censé rendre pleinement compte des principes sur le fondement desquels il a été élaboré. Selon mon interprétation, les jugements des juridictions inférieures n'ont pas cet effet. Ainsi que le juge Kelen l'a bien précisé, l'expression « relevant de » doit être interprétée d'une manière large et libérale pour assurer un droit d'accès efficace aux documents de l'administration fédérale. Bien que la possession matérielle du document joue de toute évidence un rôle important dans chaque cas, elle ne constitue pas un facteur déterminant sur la réponse à la question de savoir de qui ce document relève. Ce n'est donc pas parce que le document demandé se trouve au cabinet du ministre que l'analyse s'arrête là. Le cabinet du ministre ne devient pas l'« oubliette » où les documents sont relégués comme on l'a prétendu. C'est en fait à ce point qu'il convient d'entamer l'analyse en deux étapes. Si l'institution fédérale n'a pas la possession matérielle des documents demandés, l'analyse procède de la façon suivante.

[55] La première étape de ce critère se veut un mécanisme de tamisage utile. À cette étape, on se demande si le document se rapporte à une affaire ministérielle. Si tel n'est pas le cas, on ne pousse

2011 SCC 25 (CanLII)

the *Access to Information Act* is not intended to capture non-departmental matters in the possession of Ministers of the Crown. If the record requested relates to a departmental matter, the inquiry into control continues.

[56] Under step two, *all* relevant factors must be considered in order to determine whether the government institution could reasonably expect to obtain a copy upon request. These factors include the substantive content of the record, the circumstances in which it was created, and the legal relationship between the government institution and the record holder. The Commissioner is correct in saying that any expectation to obtain a copy of the record cannot be based on "past practices and prevalent expectations" that bear no relationship on the nature and contents of the record, on the actual legal relationship between the government institution and the record holder, or on practices intended to avoid the application of the *Access to Information Act* (A.F., at para. 169). The reasonable expectation test is objective. If a senior official of the government institution, based on all relevant factors, reasonably *should* be able to obtain a copy of the record, the test is made out and the record must be disclosed, unless it is subject to any specific statutory exemption. In applying the test, the word "could" is to be understood accordingly.

[57] My colleague LeBel J. agrees with this control test, but takes exception to the creation of "an implied presumption that the public does not have a right of access to records in a Minister's office" (para. 76). With respect, his concern is founded on a misinterpretation of these reasons. There is no presumption of inaccessibility. As LeBel J. rightly notes, at para. 91:

The fact that Ministers' offices are separate and different from government institutions does not mean that a government institution cannot control a record

pas l'analyse plus loin. La Commissaire reconnaît que la *Loi sur l'accès à l'information* ne vise pas à englober les affaires non ministérielles se trouvant en la possession des ministres fédéraux. Si le document demandé se rapporte à une affaire ministérielle, l'analyse se poursuit pour déterminer s'il relève ou non de l'institution fédérale.

[56] À la seconde étape, il faut tenir compte de *tous* les facteurs pertinents pour déterminer si l'institution fédérale pourrait raisonnablement s'attendre à obtenir une copie du document sur demande. Parmi ces facteurs, mentionnons la teneur réelle du document, les circonstances dans lesquelles il a été créé et les rapports juridiques qu'entretiennent l'institution fédérale et le détenteur du document. La Commissaire a raison de dire qu'on ne peut s'attendre à obtenir une copie du document en se fondant [TRADUCTION] « sur des usages du passé et sur des attentes actuelles » sans lien avec la nature et le contenu du document, sur les rapports juridiques qui existent effectivement entre l'institution fédérale et le détenteur du document ou sur des pratiques visant à se dérober à l'application de la *Loi sur l'accès à l'information* (m.a., par. 169). Le critère de l'attente raisonnable est objectif. Si, compte tenu de tous les facteurs pertinents, le cadre supérieur de l'institution fédérale *devrait* raisonnablement être en mesure d'obtenir une copie du document, le critère est satisfait et le document doit être communiqué, à moins qu'il ne soit assujetti à une exemption spécifique prévue par la loi. Pour l'application du critère, le mot « pourrait » doit être interprété dans le même sens.

[57] Mon collègue le juge LeBel souscrit à ce critère de la notion véhiculée par l'expression « relevant de », mais il s'inscrit en faux contre le fait de créer « implicitement une présomption qui priverait le public de tout droit d'accès aux documents se trouvant au cabinet d'un ministre » (par. 76). En toute déférence, sa crainte repose sur une mauvaise interprétation des présents motifs. Il n'existe aucune présomption d'inaccessibilité. Comme le fait remarquer à bon droit le juge LeBel au par. 91 :

Bien que les cabinets des ministres soient autonomes et différents des institutions fédérales, cette considération n'empêche pas un document qui ne se trouve pas

2011 SCC 25 (CanLII)

that is not in its premises. If a government institution controls a record in a Minister's office, the record falls within the scope of the Act. If it falls within the scope of the Act, the head must facilitate access to it on the basis of the procedure and the limits specified in the Act.

[58] I agree. Conversely, if a document is under the control of the Minister's office and *not* under the control of the related, or any other, government institution, it does not fall within the purview of the *Access to Information Act*. If one views this result as creating a factual "presumption of inaccessibility", or alternatively an implied exemption for political records, in my respectful view, it is a consequence that inevitably flows from the fact that Ministers' offices are not government institutions within the meaning of the Act, a conclusion with which LeBel J. agrees.

[59] Thus, the test articulated by the courts below, properly applied, does not lead to the wholesale hiding of records in ministerial offices. Rather, it is crafted to answer the concern. In addition, as the Government rightly notes, Parliament has included strong investigatory provisions that guard against intentional acts to hinder or obstruct an individual's right to access. My colleague reviews some of these investigatory powers. It is true, as he points out, that the statutory power to enter any "government institution" would not allow the Commissioner to enter a Minister's office. However, again here, it seems to me that this result inevitably flows from the limited scope of the term "government institution" and must be taken to have been intended by Parliament. I disagree with my colleague that this limitation on the Commissioner's powers effectively leaves the Minister as head of the government institution with the final say as to whether a given document is under the control of a government institution (para. 109). The Commissioner has significant powers of investigation that include the authority to "summon and enforce the appearance of persons", including Ministers, "and compel them to give oral or written evidence on oath and to produce such documents and things as the Commissioner deems

dans les locaux d'une institution fédérale de relever de cette dernière. Si un document conservé au cabinet d'un ministre relève d'une institution fédérale, la Loi s'applique à ce document. En pareil cas, le responsable doit faciliter l'accès au document conformément à la procédure et aux limites prescrites par la Loi.

[58] Je suis d'accord sur ce point. À l'inverse, un document relevant du cabinet d'un ministre mais *non* de l'institution fédérale concernée ou de toute autre institution fédérale ne tombe pas sous le coup de la *Loi sur l'accès à l'information*. Si l'on considère que cette règle crée, dans les faits, une « présomption d'inaccessibilité » ou, subsidiairement, une exemption implicite applicable aux documents politiques, j'estime en toute déférence que cette règle découle inévitablement du fait que les cabinets des ministres ne sont pas des institutions fédérales au sens de la Loi, une conclusion à laquelle souscrit le juge LeBel.

[59] En conséquence, une application appropriée du critère articulé par les juridictions inférieures ne conduit pas à une mise au secret générale des documents se trouvant dans les cabinets ministériels. Le critère est plutôt conçu de manière à éviter ce problème. Qui plus est, ainsi que le gouvernement le fait observer avec raison, le législateur a prévu des dispositions d'enquête solides pour éviter toute tentative délibérée d'entraver le droit d'accès des citoyens. Mon collègue passe en revue certains de ces pouvoirs d'enquête. Comme il le souligne, le pouvoir légal du Commissaire de pénétrer dans les locaux d'une « institution fédérale » ne lui permettrait certes pas d'entrer dans le cabinet d'un ministre. Mais là encore, il me semble que cette règle découle inévitablement de la portée limitée du terme « institution fédérale », et qu'on doit présumer que telle était l'intention du législateur. Je ne suis pas d'accord avec mon collègue pour dire que cette restriction des pouvoirs du Commissaire laisse bel et bien le ministre, en qualité de responsable de l'institution fédérale, décider en dernier ressort si un document donné relève de cette institution (par. 109). Le Commissaire dispose de pouvoirs d'enquête considérables, notamment celui d'« assigner et de contraindre des témoins », y compris des ministres, « à comparaître devant lui,

2011 SCC 25 (CanLII)

requisite to the full investigation and consideration of the complaint, in the same manner and to the same extent as a superior court of record": s. 36(1)(*a*). Further, as an additional safeguard, any refusal to disclose requested records is subject to independent review by the courts on a standard of correctness.

[60] In the result, I agree with the Federal Court of Appeal that the two questions posed by Kelen J. were adequate to determine whether the records requested in the three applications at issue were under the control of a government institution. It is also clear from his detailed analysis that he considered all relevant factors on an objective basis, as discussed above. Applying this test to the material before him, he concluded that none of the requested records was in the control of a government institution. In brief, he disposed of the first three applications on the following bases.

[61] First, the Prime Minister's agendas were not under the control of the PCO. The agendas were created by the Prime Minister's exempt staff and were always in possession of the Prime Minister or his exempt staff. No "government institution" had physical possession of the records or the right to obtain them.

[62] Second, the Minister of Transport's unabridged and abridged agendas were not under the control of a government institution. The unabridged agendas were always in the possession of the Minister's office and were not provided to the Deputy Minister or anyone else in the government institution. The abridged agendas were in the possession of the government institution for a limited time, but were not kept after the relevant date and there was no expectation that the Minister's office would provide the agendas for a second time.

[63] Third, the notebooks held in the Minister of National Defence's office were not under the control of the Department of National Defence. They were

à déposer verbalement ou par écrit sous la foi du serment et à produire les pièces qu'il juge indispensables pour instruire et examiner à fond les plaintes dont il est saisi, de la même façon et dans la même mesure qu'une cour supérieure d'archives » : al. 36(1)*a*). De plus, à titre de garantie supplémentaire, tout refus de communication des documents demandés peut faire l'objet d'un examen judiciaire indépendant selon la norme de la décision correcte.

[60] Je suis donc d'accord avec la Cour d'appel fédérale pour dire que les deux questions posées par le juge Kelen permettaient de déterminer si les documents réclamés dans les trois demandes en litige relevaient d'une institution fédérale. Il ressort également de son analyse détaillée que le juge Kelen a tenu compte de tous les facteurs pertinents de façon objective comme nous l'avons déjà vu. Appliquant ce critère aux documents qui lui étaient soumis, le juge Kelen a conclu qu'aucun des documents demandés ne relevait d'une institution fédérale. En bref, il a tranché les trois premières demandes sur le fondement suivant.

[61] En premier lieu, le juge Kelen a conclu que les agendas du premier ministre ne relevaient pas du BCP. Les agendas avaient été créés par des membres du personnel exonéré du premier ministre et ils demeuraient toujours en la possession du premier ministre ou de son personnel exonéré. Aucune « institution fédérale » n'avait la possession matérielle des documents ou le droit de les obtenir.

[62] Deuxièmement, les copies abrégées ou non abrégées des agendas du ministre des Transports ne relevaient pas d'une institution fédérale. Les agendas originaux demeuraient toujours en la possession du cabinet du ministre et ils n'étaient communiqués ni au sous-ministre ni à personne d'autre au sein de l'institution fédérale. Les agendas abrégés se trouvaient en la possession de l'institution fédérale pour une période de temps limitée, mais ils n'étaient pas conservés après la date en cause et personne ne s'attendait à ce que le cabinet du ministre communique les agendas une seconde fois.

[63] Troisièmement, les blocs-notes détenus par le cabinet du ministre de la Défense nationale ne relevaient pas du ministère de la Défense nationale.

2011 SCC 25 (CanLII)

created and maintained by exempt staff for their personal use and would not have been produced to government officials. While the Minister relied upon his exempt staff for taking notes of meetings, he himself never looked at the notes. The emails also were not under the control of the Department of National Defence. They did not contain substantive information about departmental matters.

[64] As stated earlier, the Commissioner presents virtually no argument in respect of the findings of fact made by Kelen J. I agree with the Federal Court of Appeal that the conclusions reached by Kelen J. on the issue of control were open to him on the record and entitled to deference.

[65] I would not give effect to the second ground of appeal on the issue of control. Consequently, I would dismiss the Commissioner's appeals on the first three applications with costs.

[66] On the fourth application, it is agreed that the Prime Minister's agendas in the possession of the RCMP and the PCO were under the control of a "government institution" for the purposes of the *Access to Information Act*. Therefore, this brings us to the final issue.

4.3 *Issue 3: Are the Prime Minister's Agendas at Issue Exempt or Excluded From Disclosure Pursuant to Section 19 of the Access to Information Act and Section 3(j) of the Privacy Act?*

[67] The definition of "government institution" is the same under both the *Access to Information Act* and the *Privacy Act*. The RCMP and the PCO are specifically listed in Schedule I and,

Ils étaient créés et conservés par le personnel exonéré pour son usage personnel et ils n'auraient pas été communiqués aux fonctionnaires du gouvernement. Même si le ministre comptait sur son personnel exonéré pour prendre des notes lors des rencontres, il ne consultait jamais lui-même ces notes. Les courriels ne relevaient pas non plus du ministère de la Défense nationale. Ils ne renfermaient pas de renseignements de fond portant sur des affaires ministérielles.

[64] Comme nous l'avons déjà précisé, la Commissaire n'invoque pratiquement aucun argument au sujet des conclusions de fait tirées par le juge Kelen. Je suis d'accord avec la Cour d'appel fédérale pour dire que, compte tenu du dossier, il était loisible au juge Kelen de tirer les conclusions auxquelles il en est arrivé sur la question de savoir si les documents relevaient ou non d'une institution fédérale. J'estime également qu'il y a lieu de faire preuve de déférence envers ces conclusions.

[65] Je ne retiendrais pas le second moyen d'appel en ce qui concerne la question de savoir si les documents relevaient ou non d'une institution fédérale. En conséquence, je suis d'avis de rejeter avec dépens les pourvois formés par la Commissaire sur les trois premières demandes.

[66] Sur la quatrième demande, il est acquis aux débats que les agendas du premier ministre qui se trouvaient en la possession de la GRC et du BCP relevaient d'une « institution fédérale » au sens de la *Loi sur l'accès à l'information*. Ce qui nous amène donc à la dernière question à trancher.

4.3 *Troisième question : Les agendas en cause du premier ministre sont-ils soustraits à la communication en vertu de l'art. 19 de la Loi sur l'accès à l'information et de l'al. j) de la définition de « renseignements personnels » figurant à l'art. 3 de la Loi sur la protection des renseignements personnels?*

[67] La définition d'« institution fédérale » est la même dans la *Loi sur l'accès à l'information* et dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. La GRC et le BCP sont expressément nommés

2011 SCC 25 (CanLII)

as such, are government institutions. Records under their control must be disclosed, subject to certain statutory exemptions. Section 19(1) of the *Access to Information Act* prohibits the head of a government institution from releasing any record that contains "personal information as defined in section 3 of the *Privacy Act*". However, s. 3(*j*) creates an exception by allowing for the disclosure of personal information where such information pertains to "an individual who is or was an officer or employee of a government institution" and where the information in question "relates to the position or functions of the individual". In short, the s. 3(*j*) exception will apply, and those parts of the Prime Minister's agenda that relate to his job must be disclosed, if the Prime Minister is an "officer . . . of a government institution".

à l'annexe I et ils constituent donc des institutions fédérales. Les documents relevant de la GRC et du BCP doivent donc être communiqués, sous réserve de certaines exceptions prévues par la Loi. Le paragraphe 19(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* prévoit que le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents « contenant les renseignements personnels visés à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ». L'alinéa *j*) de la définition de « renseignements personnels » figurant à l'art. 3 de cette dernière Loi prévoit toutefois une exception en permettant la communication de renseignements personnels qui concernent « un cadre ou employé, actuel ou ancien, d'une institution fédérale » et qui portent « sur son poste ou ses fonctions ». Bref, l'exception prévue à cet alinéa joue si le premier ministre est un « cadre [. . .] d'une institution fédérale », auquel cas les passages de l'agenda du premier ministre qui portent sur son poste doivent être communiqués.

[68] Under both statutes, the "head" of a government institution includes "in the case of a department or ministry of state, the member of the Queen's Privy Council for Canada". The Prime Minister is the head of the PCO under this definition. The term "officer", however, is not defined. The question is whether the Prime Minister as "head" of a government institution is also an "officer" of that institution.

[68] Sous le régime des deux lois en question, le « responsable » d'une institution fédérale comprend « [l]e membre du Conseil privé de la Reine pour le Canada sous l'autorité duquel est placé un ministère ou un département d'État ». Le premier ministre est le responsable du BCP au sens de cette définition. Le terme « cadre » n'est cependant pas défini. La question qui se pose est celle de savoir si le premier ministre, en tant que « responsable » d'une institution fédérale, est également un « cadre » de cette institution.

[69] Kelen J. held that he was. In reaching this conclusion, he relied upon the definition of "public officer" found in the *Financial Administration Act*, R.S.C. 1985, c. F-11, s. 2, which includes "a minister of the Crown and any person employed in the federal public administration". He also relied on the definition of "public officer" in the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 2, which includes "any person in the federal public administration who is authorized by or under an enactment to do or enforce the doing of an act or thing or to exercise a power, or on whom a duty is imposed by or under an enactment" (para. 107).

[69] Le juge Kelen a répondu par l'affirmative à cette question. Pour en arriver à cette conclusion, il s'est fondé sur la définition de l'expression « fonctionnaire public » que l'on trouve dans la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. 1985, ch. F-11, art. 2, en l'occurrence : « Ministre ou toute autre personne employée dans l'administration publique fédérale ». Il s'est également fondé sur la définition de « fonctionnaire public » de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 2, en l'occurrence : « Agent de l'administration publique fédérale dont les pouvoirs ou obligations sont prévus par un texte » (par. 107).

2011 SCC 25 (CanLII)

[70] The Federal Court of Appeal reversed this finding, holding that Kelen J. "erred in law in importing into the *Privacy Act* the definitions of 'public officer' from statutes dealing with different subjects that use that term in different contexts" (Decision 2, at para. 5). In its view, "[t]he same understanding about the special governmental role of the Prime Minister" discussed in the first three applications "would have formed part of the foundation for the drafting of the *Privacy Act*" (para. 8). The Federal Court of Appeal concluded that it would be inconsistent with Parliament's intention to interpret the *Privacy Act* in a way that would include the Prime Minister as an officer of a government institution.

[71] I agree with the Federal Court of Appeal that Kelen J. erred in relying on the definition of "public officer" in two other statutes. It is clear that the definition of "public officer" found in the *Financial Administration Act* is a broad definition which deals with an unrelated subject and operates in a different context. The definition contained in the *Interpretation Act* could arguably be relevant, as s. 3(1) states: "Every provision of this Act applies, unless a contrary intention appears, to every enactment, whether enacted before or after the commencement of this Act". However, I find no support for incorporating the definition of "public officer" in this context. First, while there may be overlap between the two terms, the term "public officer" used in the *Interpretation Act* is simply not the same as the term "officer . . . of a government institution" used in the *Privacy Act*. Second, the definition "public officer" is contained in the list of definitions under s. 2 of the *Interpretation Act*, which is expressly stated to apply "[i]n this Act". The definition is not repeated in the definitions contained in s. 35, which conversely, apply "[i]n every enactment". Finally, the *Interpretation Act* itself differentiates between a "public officer" and a "minister of the Crown" (see, e.g., s. 24). In my view, the Federal Court of Appeal rightly concluded that the meaning of "officer of a

[70] La Cour d'appel fédérale a infirmé cette conclusion en jugeant que le juge Kelen « a commis une erreur de droit en important dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels* la définition de "fonctionnaire public" de lois portant sur des sujets différents et qui emploient cette expression dans des contextes différents » (décision 2, par. 5). À son avis, « [l]a rédaction de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* aurait été inspirée en partie de cette même compréhension [retenue dans les trois premières demandes] de la fonction du premier ministre au sein du gouvernement » (par. 8). La Cour d'appel fédérale a conclu qu'il irait à l'encontre de la volonté du législateur d'interpréter la *Loi sur la protection des renseignements personnels* de manière à assimiler le premier ministre à un cadre d'une institution fédérale.

[71] Je suis d'accord avec la Cour d'appel fédérale pour dire que le juge Kelen a commis une erreur en se fondant sur la définition de l'expression « fonctionnaire public » donnée par deux autres lois. Il est évident que la définition de l'expression « fonctionnaire public » que l'on trouve dans la *Loi sur la gestion des finances publiques* est une définition large qui porte sur un tout autre objet et qui s'applique dans un contexte différent. On pourrait soutenir que la définition que donne la *Loi d'interprétation* est pertinente, si l'on tient compte du libellé du par. 3(1) qui dispose : « Sauf indication contraire, la présente loi s'applique à tous les textes, indépendamment de leur date d'édiction. » Je ne vois toutefois rien qui justifierait d'incorporer la définition de « fonctionnaire public » dans ce contexte. En premier lieu, bien que les acceptions du terme « cadre » et de l'expression « fonctionnaire public » puissent se recouper, cette dernière expression, telle qu'elle est employée dans la *Loi d'interprétation*, n'est tout simplement pas la même que l'expression « cadre [. . .] d'une institution fédérale » que l'on trouve dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. En deuxième lieu, la définition de « fonctionnaire public » se trouve dans la liste des définitions qui sont prévues à l'art. 2 de la *Loi d'interprétation*, et qui, selon ce que cette Loi précise bien, ne s'appliquent qu'« à la présente loi ».

2011 SCC 25 (CanLII)

government institution" must be ascertained in its proper context.

[72] In effect, the Commissioner's position on this issue follows the same rationale underlying her arguments on the other grounds of appeal. She argues in favour of a function-based approach in order to interpret the term "officer", according to which a Minister would be considered an officer of a government institution when exercising powers in relation to the institution, and not an officer of a government institution when exercising powers unrelated to the institution. The problem with this approach, however, is that there is nothing in either statute suggesting that a person might be an officer for some purposes and not for others.

[73] Nor is there any support in either statute for finding that a Minister is intended to be an "officer" of the government institution simply because he is the "head" of that institution. In fact, s. 73 of the *Access to Information Act* suggests the opposite, given that it provides that the "head" of the government institution may delegate powers and duties under the Act to one or more "officers or employees" of the government institution. A distinction is therefore drawn between "head" and "officer" in that provision. Further, as noted earlier in discussing the definition of "government institution", s. 21 of the *Access to Information Act* also makes a distinction between "officer", "employee", and "minister".

[74] Finally, as this Court explained in *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403 (*per* La Forest J. in dissent but not on this point), and reiterated in *RCMP*, the *Access to Information*

Cette définition n'est pas reprise dans les définitions que l'on trouve à l'art. 35, lequel, à l'inverse, s'applique « à tous les textes ». Enfin, la *Loi d'interprétation* fait elle-même une distinction entre un « fonctionnaire public » et un « ministre » (voir, p. ex., l'art. 24). À mon avis, c'est à bon droit que la Cour d'appel fédérale a conclu que le sens de l'expression « cadre d'une institution fédérale » doit être déterminé en le situant dans le contexte qui lui est propre.

[72] En fait, la thèse de la Commissaire sur ce point suit le même raisonnement que celui qui est à la base des arguments qu'elle fait valoir au sujet des autres moyens d'appel. Elle plaide en faveur d'une approche fonctionnelle qui ferait en sorte que l'on interprète le terme « cadre » en considérant un ministre comme un cadre d'une institution fédérale lorsqu'il exerce ses pouvoirs en rapport avec l'institution, et différemment d'un cadre d'une institution fédérale lorsqu'il exerce des pouvoirs qui ne sont pas reliés à l'institution. Le problème que comporte cette approche réside toutefois dans le fait que rien, dans l'une ou l'autre loi, ne permet de penser qu'une personne pourrait être un cadre pour certaines fins et non pour d'autres.

[73] Aucune des deux lois ne permet non plus de conclure qu'un ministre est censé être un « cadre » de l'institution fédérale du simple fait qu'il est le « responsable » de cette institution. En fait, l'art. 73 de la *Loi sur l'accès à l'information* laisse entrevoir le contraire, compte tenu du fait qu'il prévoit que le « responsable » d'une institution fédérale peut déléguer certaines de ses attributions à « des cadres ou employés » de l'institution. Cette disposition établit donc une distinction entre un « responsable » et un « cadre ». De plus, ainsi que je l'ai déjà signalé en discutant de la définition de l'expression « institution fédérale », l'art. 21 de la *Loi sur l'accès à l'information* établit également une distinction entre les termes « dirigeant », « employé » et « ministre ».

[74] Enfin, comme notre Cour l'a expliqué dans l'arrêt *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403 (le juge La Forest, dissident, mais pas sur ce point), et l'a répété dans l'arrêt

2011 SCC 25 (CanLII)

Act and the *Privacy Act* are to be read together as a seamless code. The interpretation of Kelen J. and the Commissioner would create discordance between the two statutes. Under the *Access to Information Act*, a Minister or Prime Minister would not be part of a government institution, while under the *Privacy Act*, he would be considered an "officer" of the government institution. I agree with the Federal Court of Appeal. Had Parliament intended the Prime Minister to be treated as an "officer" of the PCO pursuant to the *Privacy Act*, it would have said so expressly. Applying s. 3(*j*) of the *Privacy Act* to the relevant portions of the Prime Minister's agenda under the control of the RCMP and the PCO, I conclude that they fall outside the scope of the access to information regime.

[75] I would therefore dismiss the Commissioner's appeal on the fourth application with costs.

The following are the reasons delivered by

LeBel J. —

1. Overview

[76] I agree with Charron J.'s conclusions and with much of what she says in her reasons, including her findings on the applicable standard of review and on the use of expert evidence, and the control test she proposes. I also agree with my colleague's view that a Minister's office is not a "government institution" for the purposes of the *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1 ("the Act"). Nonetheless, in my opinion, this conclusion cannot be the basis for an implied exception for political records. The legal relationship between a Minister's office and the government institution for which the Minister is responsible may have some bearing on whether or not the institution in question controls a

GRC, la *Loi sur l'accès à l'information* et la *Loi sur la protection des renseignements personnels* doivent être considérées ensemble comme s'il s'agissait d'un code homogène. L'interprétation proposée par le juge Kelen et par la Commissaire créerait une dissonance entre ces deux lois. Suivant la *Loi sur l'accès à l'information*, un ministre ou le premier ministre ne feraient pas partie d'institutions fédérales, tandis que, sous le régime de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, ils seraient considérés comme des « cadres » d'institutions fédérales. J'abonde dans le sens de la Cour d'appel fédérale. Si le législateur fédéral avait voulu que le premier ministre soit assimilé à un « cadre » du BCP pour l'application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, il l'aurait dit explicitement. Appliquant aux passages pertinents de l'agenda du premier ministre relevant de la GRC et du BCP, l'al. *j*) de la définition de « renseignements personnels » figurant à l'art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, je conclus que ces passages échappent à l'application du régime d'accès à l'information.

[75] Je suis par conséquent d'avis de rejeter avec dépens le pourvoi de la Commissaire en ce qui concerne la quatrième demande.

Version française des motifs rendus par

Le juge LeBel —

1. Aperçu général

[76] Je souscris aux conclusions de la juge Charron et, dans une large mesure, aux propos qu'elle tient dans ses motifs, notamment ses constatations sur la norme de contrôle applicable et sur l'utilisation de la preuve d'expert, ainsi qu'au critère qu'elle propose à l'égard de l'expression « relevant de ». Je partage également l'avis de ma collègue que le cabinet d'un ministre n'est pas une « institution fédérale » pour l'application de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, ch. A-1 (« la Loi »). J'estime néanmoins que cette conclusion ne saurait justifier la création d'une exception implicite au sujet des documents politiques. Les rapports juridiques entre le cabinet d'un ministre et

2011 SCC 25 (CanLII)

requested record. However, that relationship does not give rise to an implied presumption that the public does not have a right of access to records in a Minister's office.

[77] As my colleague points out, at para. 41, s. 2 of the *Access to Information Act* indicates that exceptions to the public's right of access must be "necessary". Moreover, such exceptions must be "limited and specific" according to the Act. If the Act does not specifically exempt political records, the right of access is presumed to apply to them. For the reasons that follow, I disagree with my colleague and with the Government that this presumption, which follows from a plain reading of the Act, "would dramatically expand the access to information regime in Canada" (see para. 13).

2. Purpose of the *Access to Information Act*: To Strike a Balance Between Democracy and Efficient Governance

[78] As my colleague points out in para. 15, this Court recently stated that access to government information "can increase transparency in government, contribute to an informed public, and enhance an open and democratic society. Some information in the hands of those institutions is, however, entitled to protection in order to prevent the impairment of those very principles and promote good governance" (*Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815, *per* McLachlin C.J. and Abella J., at para. 1).

[79] Access to information legislation embodies values that are fundamental to our democracy. In *Criminal Lawyers' Association*, this Court recognized that where access to government information is essential, it is protected by the right to freedom of expression under s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a derivative right. Statutes that protect *Charter* rights

l'institution fédérale dont celui-ci est responsable peuvent avoir une certaine incidence sur la question de savoir si le document demandé relève de l'institution en cause. Cependant, ces rapports juridiques ne créent pas implicitement une présomption qui priverait le public de tout droit d'accès aux documents se trouvant au cabinet d'un ministre.

[77] Comme ma collègue le souligne au par. 41, l'art. 2 de la Loi indique que les exceptions au droit d'accès du public doivent être « indispensables ». De plus, selon la Loi, ces exceptions doivent être « précises et limitées ». Si la Loi ne prévoit pas explicitement qu'ils sont exemptés, il faut présumer que le droit d'accès s'applique aux documents politiques. Pour les motifs qui suivent, je ne puis convenir avec ma collègue et le gouvernement que cette présomption, clairement exprimée dans la Loi, « aurait pour effet d'élargir considérablement la portée du régime d'accès à l'information au Canada » (voir le par. 13).

2. L'objet de la *Loi sur l'accès à l'information* : établir un équilibre entre la démocratie et une gouvernance efficace

[78] Comme ma collègue le souligne au par. 15 de ses motifs, notre Cour a récemment affirmé que l'accès aux renseignements gouvernementaux « peut accroître la transparence du gouvernement, aider le public à se former une opinion éclairée et favoriser une société ouverte et démocratique. Certains renseignements détenus par ces institutions doivent toutefois être protégés pour empêcher une atteinte à ces mêmes principes et promouvoir une bonne gouvernance » (*Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815, la juge en chef McLachlin et la juge Abella, par. 1).

[79] La législation en matière d'accès à l'information incarne des valeurs fondamentales pour notre démocratie. La Cour a reconnu dans l'arrêt *Criminal Lawyers' Association* que l'accès aux renseignements gouvernementaux a un caractère essentiel et jouit, en tant que droit dérivé, de la garantie de la liberté d'expression accordée par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

2011 SCC 25 (CanLII)

have often been found to have quasi-constitutional status (see, e.g., *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773, at paras. 21-23, but also *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84, and *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345). One such statute is the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, which, as has often been stated, must be read together with the *Access to Information Act* as a "seamless code" (see *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, 2003 SCC 8, [2003] 1 S.C.R. 66, at para. 22, and *H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2006 SCC 13, [2006] 1 S.C.R. 441, at para. 2).

[80] Moreover, this Court's position is consistent with the view that access to information legislation creates and safeguards certain values — transparency, accountability and governance — that are essential to making democracy workable (see M. W. Drapeau and M.-A. Racicot, *Federal Access to Information and Privacy Legislation Annotated 2011* (2010), at p. v). Before the advent of modern government, the mechanisms that embodied these values were subsumed in the doctrine of ministerial responsibility, according to which Ministers were accountable to Parliament for their actions. The sovereign Parliament, and only Parliament, was responsible for holding governments to account (J. F. McEldowney, "Accountability and Governance: Managing Change and Transparency in Democratic Government" (2008), 1 *J.P.P.L.* 203, at pp. 203-4).

[81] As McEldowney observes, the growing complexity of modern government has entailed unprecedented delegation of parliamentary powers to the executive branch of government. In this context, "[t]he complexity and variety of bodies involved in decision-making has contributed to a gap in our system of accountability" (p. 209). In Canada, access to information legislation was enacted to respond to and deal with the rising

De plus, les lois protégeant des droits garantis par la *Charte* ont souvent été qualifiées de quasi constitutionnelles (voir, p. ex., *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773, par. 21-23, mais aussi *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84, et *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345). Citons à titre d'exemple la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21, qui, comme on l'a affirmé à maintes reprises, doit être interprétée conjointement avec la *Loi sur l'accès à l'information* comme un « code homogène » (voir *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, 2003 CSC 8, [2003] 1 R.C.S. 66, par. 22, et *Cie H.J. Heinz du Canada ltée c. Canada (Procureur général)*, 2006 CSC 13, [2006] 1 R.C.S. 441, par. 2).

[80] De plus, la position de notre Cour concorde avec l'opinion que la législation en matière d'accès à l'information établit et protège certaines valeurs — la transparence, la responsabilité et la gouvernance — essentielles au bon fonctionnement de la démocratie (voir M. W. Drapeau et M.-A. Racicot, *Federal Access to Information and Privacy Legislation Annotated 2011* (2010), p. v). Avant l'avènement de l'État moderne, les mécanismes qui incarnaient ces valeurs étaient subordonnés au principe de la responsabilité ministérielle, selon lequel les ministres devaient rendre compte de leurs actes devant le Parlement. Seul le Parlement souverain pouvait demander des comptes aux gouvernements (J. F. McEldowney, « Accountability and Governance : Managing Change and Transparency in Democratic Government » (2008), 1 *J.P.P.L.* 203, p. 203-204).

[81] Comme le fait remarquer McEldowney, la complexité croissante de l'État moderne a donné lieu à une délégation sans précédent des pouvoirs du Parlement aux organes exécutifs du gouvernement. Dans ce contexte, [TRADUCTION] « [l]a complexité et la diversité des organismes participant à la prise des décisions a entraîné un décalage dans le régime de responsabilité canadien » (p. 209). La législation canadienne en matière d'accès

2011 SCC 25 (CanLII)

power of administrative agencies (see *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at paras. 60-61; see also G. J. Levine, *The Law of Government Ethics: Federal, Ontario and British Columbia* (2007), at pp. 109-10).

[82] This being said, in access to information matters, the Court has consistently sought to ensure a degree of government accountability to Canadian citizens, while at the same time accepting that rights of access and the values they safeguard must be balanced against the interests of efficient governance (see *Criminal Lawyers' Association*, at para. 1, and *Dagg*, at paras. 45-57). This balance has been struck in access to information legislation by means of a presumption of a right of access — as opposed to a presumption that access should be refused — to all records, subject to exceptions that are specified in the legislation.

[83] In *Criminal Lawyers' Association*, this Court reaffirmed that the right of access to government documents is not absolute (para. 35; see also *Rubin v. Canada (Clerk of the Privy Council)*, [1996] 1 S.C.R. 6). There is no constitutional right of access. The right is created by statute and is subject to specific exceptions provided for in the statute. Though the right must be interpreted liberally, exceptions to it must be interpreted narrowly, as is suggested by s. 2 of the Act, which requires that exceptions be not only "specific", but "limited". Accordingly, it is imperative that exemptions be limited to those provided for in ss. 13 to 26; qualifying words should not be read into the Act (see *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1995] 2 F.C. 110 (C.A.)).

3. To Protect "Full and Frank Discussion" in a Minister's Office Without Excluding Ministers' Offices From the Scope of the Act

[84] "[P]olitical records" are not explicitly exempt from disclosure under the *Access to Information Act*. They are records that pertain to

à l'information a été adoptée en réaction au pouvoir grandissant de l'administration (voir *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, par. 60-61; voir aussi G. J. Levine, *The Law of Government Ethics : Federal, Ontario and British Columbia* (2007), p. 109-110).

[82] Cela dit, dans le domaine de l'accès à l'information, la Cour a toujours cherché à assurer un certain degré de responsabilité gouvernementale envers les citoyens canadiens, tout en reconnaissant la nécessité de concilier, d'une part, les droits d'accès et les valeurs que ceux-ci protègent et, d'autre part, les intérêts d'une gouvernance efficace (voir *Criminal Lawyers' Association*, par. 1, et *Dagg*, par. 45-57). La législation en matière d'accès à l'information a réalisé cet équilibre en créant une présomption d'accessibilité de tous les documents, sous réserve des exceptions prévues par la législation — plutôt qu'une présomption selon laquelle l'accès doit être refusé.

[83] Dans *Criminal Lawyers' Association*, la Cour a réitéré que le droit d'accès aux documents gouvernementaux n'est pas absolu (par. 35, voir aussi *Rubin c. Canada (Greffier du Conseil privé)*, [1996] 1 R.C.S. 6). La Constitution ne garantit pas un tel droit d'accès. La Loi crée ce droit et le subordonne aux exceptions précises qu'elle prescrit. Ce droit commande une interprétation libérale, mais les exceptions dont il est assorti doivent recevoir une interprétation étroite, comme l'indique l'art. 2 de la Loi, selon lequel les exceptions seront non seulement « précises », mais aussi « limitées ». Il est donc impératif que les exemptions se limitent à celles énumérées aux art. 13 à 26; il faut éviter d'ajouter à la Loi, par interprétation, des termes restrictifs (voir *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1995] 2 C.F. 110 (C.A.)).

3. Protéger la tenue de « débats ouverts et francs » au cabinet d'un ministre sans exclure ce cabinet du champ d'application de la Loi

[84] La Loi ne soustrait pas explicitement les « documents politiques » à la communication. Ces documents concernent les activités du ministre en

2011 SCC 25 (CanLII)

a Minister's activities as a member of a political party, as opposed to his or her duties as a member of Cabinet who is accountable to Parliament for the administration of a government department. In line with the interpretative approach adopted by this Court in *Criminal Lawyers' Association*, we must conclude that the right of access can be presumed to apply to political records but that it is subject to any of the statutory exceptions that apply. These exceptions reflect the complexity of the various functions of Ministers of the Crown in a modern parliamentary democracy.

[85] I agree completely with my colleague that this interpretative approach must be reconciled with "the need for a private space to allow for the full and frank discussion of issues" (para. 41). I also agree with her that in s. 21 of the Act, Parliament has recognized "the need for confidential advice to be sought by and provided to a Minister and [that], consequently, records in a government institution offering such advice are exempt from disclosure at the discretion of the head of the institution" (para. 41). I would contend, however, that the structure of the Act and the inclusion of s. 21 already address this concern explicitly.

[86] As a result, I disagree with the assertion that the need for a full and frank discussion justifies excluding Ministers' offices from the scope of the Act. To read such a broad exemption into the Act is not "necessary" within the meaning of s. 2, because the concern is already addressed explicitly. In my view, to read this exclusion into the Act is to deviate from the approach adopted by the Court in *Criminal Lawyers' Association*, as outlined above.

[87] The conclusion that a Minister's office is not a government institution flows from the modern approach to statutory interpretation, which my colleague describes as a "general roadmap", at para. 27. But I feel it necessary to distance myself from the findings of Kelen J., which my colleague draws

sa qualité de membre d'un parti politique plutôt que les fonctions qu'il exerce à titre de membre du Cabinet, responsable devant le Parlement de l'administration d'un ministère. Pour rester fidèle à la méthode d'interprétation que la Cour a retenue dans *Criminal Lawyers' Association*, nous devons conclure que le droit d'accès est présumé s'appliquer aux documents politiques sous réserve des exceptions légales applicables. Ces exceptions traduisent la complexité des différentes fonctions qu'exercent les ministres dans une démocratie parlementaire moderne.

[85] Je suis tout à fait d'accord avec ma collègue pour affirmer qu'il faut concilier cette méthode d'interprétation avec « la nécessité de prévoir un espace privé où il est possible de débattre ouvertement et franchement de certaines questions » (par. 41). Je conviens aussi avec elle que le législateur reconnaît, à l'art. 21 de la Loi, « le besoin qu'ont les ministres de solliciter et de recevoir des avis confidentiels de sorte que les documents d'une institution fédérale qui contiennent de tels avis sont soustraits à la communication, à la discrétion du responsable de l'institution » (par. 41). Toutefois, à mon avis, l'économie de la Loi et l'insertion de l'art. 21 répondent déjà expressément à cette nécessité.

[86] En conséquence, je ne peux souscrire à l'affirmation de ma collègue que la nécessité d'un débat ouvert et franc justifie de soustraire les cabinets des ministres à l'application de la Loi. Il n'est pas « indispensable », au sens de l'art. 2, d'incorporer par interprétation à la Loi une exemption aussi générale, car la Loi pourvoit déjà expressément à cette préoccupation. À mon avis, intégrer par interprétation pareille exclusion dans la Loi ne respecte pas l'approche retenue par notre Cour dans *Criminal Lawyers' Association*, comme je l'ai expliqué précédemment.

[87] La conclusion que le cabinet d'un ministre n'est pas une institution fédérale découle de la méthode moderne d'interprétation des lois, méthode que ma collègue qualifie d'« indications générales » au par. 27. J'estime toutefois nécessaire d'exprimer ma réserve à l'égard des conclusions du

2011 SCC 25 (CanLII)

on as "useful guideposts" for her interpretation (para. 27).

[88] More specifically, I take issue with Kelen J.'s interpretation of Parliament's silence regarding political records (2008 FC 766, [2009] 2 F.C.R. 86, at paras. 57-60). On the basis of that silence, Kelen J. reasoned that an interpretation of the term "government institution" that included Ministers' offices would dramatically extend the right of access. I cannot agree with this view.

[89] As I mentioned above, this Court's approach has been that access to information legislation creates a general right of access to which there are necessary exceptions that must be limited and specific. If the legislature is silent with respect to a given class of documents, such as political records, courts must assume, *prima facie* at least, that the documents in question are not exempt. Whether access can indeed be obtained as requested is a different matter for which it is necessary to design an appropriate control test. Therefore, it cannot be inferred from the legislature's silence that political records were not intended to be disclosed at all. Politics and administration are sometimes intertwined in our democratic system. As a result, the contents of ministerial records may straddle the two worlds of politics and pure administration, if it is even possible to draw so sharp a distinction between the different roles of Ministers in Canada's political system. On this basis, the much bolder inference that Ministers' offices are presumptively excluded from the purview of the *Access to Information Act* is also incorrect.

[90] Kelen J. also concluded that all ministerial records are presumptively excluded on the basis that the *Library and Archives of Canada Act*, S.C. 2004, c. 11, differentiates "government records" from "ministerial records". Government records and ministerial records are indeed different. In s. 2 of the *Library and Archives of Canada Act*, a "government record" is defined as "a record that is

juge Kelen, que ma collègue utilise comme « points de repère utiles » pour son interprétation (par. 27).

[88] Je m'inscris plus particulièrement en faux contre l'interprétation donnée par le juge Kelen au silence du législateur à propos des documents politiques (2008 CF 766, [2009] 2 R.C.F. 86, par. 57-60). En raison de ce silence, le juge Kelen estime qu'interpréter « institution fédérale » comme englobant les cabinets des ministres aurait pour effet d'élargir considérablement le droit d'accès. Je ne puis accepter son raisonnement sur ce point.

[89] Rappelons que, selon la Cour, la législation en matière d'accès à l'information crée un droit général d'accès assorti d'exceptions indispensables qui doivent demeurer limitées et précises. Si le législateur reste muet à l'égard d'une catégorie donnée de documents, comme les documents politiques, les cours doivent présumer, du moins à première vue, que ces documents ne sont pas soustraits à la communication. La possibilité d'obtenir sur demande l'accès à ces documents est une question distincte qui commande l'élaboration d'un critère adéquat pour dégager le sens de l'expression « relevant de ». On ne saurait donc conclure du silence du législateur que les documents politiques se trouvent exclus de l'application de l'obligation générale de communication. Dans notre régime démocratique, le politique et l'administratif se chevauchent parfois. Par conséquent, le contenu des documents ministériels peut recouper les sphères de la politique et de l'administration pure, à supposer qu'il soit même possible d'établir une distinction aussi nette entre les différents rôles attribués aux ministres dans le régime politique canadien. En conséquence, la conclusion beaucoup plus tranchée que les cabinets des ministres sont présumés soustraits à l'application de la Loi est elle aussi incorrecte.

[90] Le juge Kelen a également conclu à l'existence d'une présomption d'inaccessibilité de tous les documents ministériels en se fondant sur la *Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada*, L.C. 2004, ch. 11, qui distingue les « documents fédéraux » des « documents ministériels ». Ces deux types de documents sont effectivement différents. Selon l'art. 2 de la *Loi sur la Bibliothèque et les*

2011 SCC 25 (CanLII)

under the control of a government institution". On the other hand, a "ministerial record" is a record

of a member of the Queen's Privy Council for Canada who holds the office of a minister and that pertains to that office, other than a record that is of a personal or political nature or that is a government record.

[91] With respect, the fact that these two kinds of records are treated differently in the *Library and Archives of Canada Act* does not mean that ministerial records are presumptively outside the scope of the *Access to Information Act*. My position on the legal relationship between a Minister's office and the government institution for which the Minister is responsible flows from a plain reading of the Act. As my colleague mentions, Ministers' offices are not listed in Schedule I of the Act, and I accordingly agree with her that they should not be considered "government institutions" for the purposes of the Act. This being said, it does not follow that Ministers' offices are presumptively excluded from the scope of the Act. The fact that Ministers' offices are separate and different from government institutions does not mean that a government institution cannot control a record that is not in its premises. If a government institution controls a record in a Minister's office, the record falls within the scope of the Act. If it falls within the scope of the Act, the head must facilitate access to it on the basis of the procedure and the limits specified in the Act.

[92] The *Access to Information Act* applies to records. Ministers' offices remain within the scope of the Act inasmuch as they possess "record[s] under the control of a government institution" (s. 4). The right of access is presumed to apply to such records unless they fall under a specific exemption.

[93] In my view, the presumption that the Act applies to Ministers' offices does not expand the right of access at all. Any requested record that is

Archives du Canada, « document fédéral » s'entend d'un « [d]ocument qui relève d'une institution fédérale ». Pour sa part, le « document ministériel » est un document afférent à la qualité de ministre

d'un membre du Conseil privé de la Reine pour le Canada, à l'exclusion des documents personnels ou politiques et des documents fédéraux.

[91] Avec égards pour l'opinion contraire, la différence de traitement faite entre ces deux types de documents dans la *Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada* ne signifie pas qu'il existe une présomption soustrayant les documents ministériels à l'application de la Loi. Ma position concernant les rapports juridiques qu'entretiennent le cabinet d'un ministre et l'institution fédérale dont celui-ci est responsable se fonde sur le sens clair de la Loi. Comme l'affirme ma collègue, les cabinets des ministres ne figurent pas à l'annexe I de la Loi, et je conviens donc avec elle qu'ils ne doivent pas être considérés comme des « institutions fédérales » pour l'application de la Loi. Cela dit, il ne s'ensuit pas que les cabinets des ministres sont présumés échapper à l'application de la Loi. Bien que les cabinets des ministres soient autonomes et différents des institutions fédérales, cette considération n'empêche pas un document qui ne se trouve pas dans les locaux d'une institution fédérale de relever de cette dernière. Si un document conservé au cabinet d'un ministre relève d'une institution fédérale, la Loi s'applique à ce document. En pareil cas, le responsable doit faciliter l'accès au document conformément à la procédure et aux limites prescrites par la Loi.

[92] La Loi s'applique aux documents et les cabinets des ministres continuent de relever du champ d'application de celle-ci dans la mesure où ils sont en possession de « documents des institutions fédérales » (art. 4). Le droit d'accès est présumé viser ces documents si aucune exemption précise ne s'applique à leur égard.

[93] À mon avis, la présomption que la Loi s'applique aux cabinets des ministres n'a aucunement pour effet d'élargir le droit d'accès. Tout document

2011 SCC 25 (CanLII)

located in a Minister's office is subject to the two-part control test proposed by my colleague.

[94] For this purpose, the "head" of the government institution must determine, first, whether the requested record relates to a departmental matter. In other words, does the record contain government information? This first stage of the test, "a useful screening device" (para. 55), will exclude all documents, such as political records (e.g. plans for a party fundraiser), that do not relate to a departmental matter.

[95] Second, the head of the government institution must determine whether the institution could reasonably expect to obtain a copy of the record upon request. As my colleague proposes, this stage of the test requires an objective analysis to determine whether that expectation is reasonable in which all relevant factors, including the content of the record, the circumstances in which it was created and the legal relationship between the government institution and the record holder, are taken into account (para. 56). If the record holder is the Minister, the fact that his or her office is not part of the government institution he or she oversees may weigh in the balance; it does not, however, create a presumption of an exception to the right of access.

4. Question of "Hybrid" Records

[96] The *Access to Information Act* is of course not applied in a vacuum. The reality that Ministers wear many hats must be taken into account in doing so. Thus, a Minister is a member of Cabinet who is accountable to Parliament for the administration of a government department, but is usually also a Member of Parliament in addition to being a member of a political party for which he or she performs various functions and, finally, a private person. Records connected with these different functions may blend into each other in the course of regular business.

demandé qui se trouve au cabinet d'un ministre demeure assujetti au critère d'application en deux étapes de l'expression « relevant de » que propose ma collègue.

[94] À cette fin, le « responsable » de l'institution fédérale doit d'abord décider si le document demandé se rapporte à une affaire ministérielle. Autrement dit, le document contient-il des renseignements gouvernementaux? Cette première étape du critère, à savoir « un mécanisme de tamisage utile » (par. 55), permet d'exclure tous les documents — tels les documents politiques (p. ex., des projets de collecte de fonds pour un parti) — qui ne se rapportent pas à une affaire ministérielle.

[95] Deuxièmement, le responsable de l'institution fédérale doit se demander s'il est raisonnable de s'attendre à ce que l'institution obtienne une copie du document sur demande. Comme l'indique ma collègue, cette étape du critère implique une analyse objective du caractère raisonnable des attentes qui tienne compte de tous les critères pertinents, notamment la teneur du document, les circonstances dans lesquelles il a été créé et les rapports juridiques qu'entretiennent l'institution fédérale et le détenteur du document (par. 56). Si le ministre détient le document, le fait que son cabinet ne fasse pas partie de l'institution fédérale qu'il dirige peut être pris en considération, mais ce facteur ne fait toutefois pas présumer l'existence d'une exception au droit d'accès au document.

4. La question des documents « mixtes »

[96] Bien entendu, la Loi ne s'applique pas dans l'abstrait. Son application doit tenir compte du fait que les ministres agissent en plusieurs qualités. Ainsi, le ministre est non seulement membre du Cabinet et responsable devant le Parlement de l'administration d'un ministère, mais il est aussi, dans la plupart des cas, un député, en plus d'appartenir à un parti politique pour le compte duquel il exerce différentes fonctions et, enfin, il demeure un particulier. Il est donc normal que des documents portent sur des sujets se rattachant à ces diverses qualités du ministre.

2011 SCC 25 (CanLII)

[97] As I mentioned above, the right of access is presumed to apply to "political records", but such records are unlikely to be under the control of a government institution if they do not relate to a departmental matter. At the other end of the spectrum are records that relate to departmental matters and are under the control of a government institution. I will refer to the latter as "government records" for the purposes of this discussion. If requested, government records should be disclosed under the *Access to Information Act*.

[98] It is conceivable, however, that many records will not fall neatly into one category or another. For example, departmental matters are sometimes decided on the basis of political priorities. Documents in which departmental targets are assessed in light of political aims would fall into a grey area. I will refer to such documents as "hybrid records".

[99] The *Access to Information Act* provides for the existence of this grey area, at least to some extent. Thus, s. 25 provides for the severance of part of a record. Where a Minister is authorized to refuse to disclose a record, the Minister can redact the exempted portions of the document, but must disclose the portions that are not exempted.

[100] In addition, s. 21(1) provides that, subject to specific exceptions in s. 21(2), a Minister has a very broad authorization to refuse to disclose a requested record that contains any of the following:

> **21.** (1) . . .
>
> (*a*) advice or recommendations developed by or for a government institution or a minister of the Crown,
>
> (*b*) an account of consultations or deliberations in which directors, officers or employees of a government institution, a minister of the Crown or the staff of a minister participate,
>
> (*c*) positions or plans developed for the purpose of negotiations carried on or to be carried on by

[97] Comme je l'ai mentionné précédemment, le droit d'accès est présumé viser les « documents politiques », mais il est peu probable que ces documents relèvent d'une institution fédérale s'ils ne se rapportent pas à une affaire ministérielle. On trouve, à l'autre extrémité du spectre, les documents relatifs à une affaire ministérielle qui relèvent d'une institution fédérale. J'appellerai ceux-ci les « documents fédéraux » pour les besoins de la présente analyse. Les documents fédéraux doivent être communiqués sur demande en application de la Loi.

[98] Il se peut toutefois que bon nombre de documents ne relèvent pas clairement de l'une ou l'autre de ces catégories. Par exemple, certaines affaires ministérielles sont parfois décidées en fonction de priorités d'ordre politique. Les documents dans lesquels des objectifs ministériels sont appréciés à la lumière de buts politiques se situeraient dans une zone grise. Je qualifierai de « mixtes » les documents de ce genre.

[99] La Loi tient compte, du moins dans une certaine mesure, de l'existence de cette zone grise. Ainsi, l'art. 25 prévoit la possibilité d'expurger des parties de documents. Lorsqu'il est autorisé à refuser la communication d'un document, le ministre peut expurger les parties du document qui sont soustraites à la communication, mais il doit communiquer celles qui ne le sont pas.

[100] Qui plus est, le par. 21(1) dispose que, sous réserve des exceptions précises établies au par. (2), le ministre est investi d'un très large pouvoir l'autorisant à refuser de communiquer tout document demandé, daté de moins de vingt ans, lorsqu'il contient un des éléments suivants :

> **21.** (1) . . .
>
> *a*) des avis ou recommandations élaborés par ou pour une institution fédérale ou un ministre;
>
> *b*) des comptes rendus de consultations ou délibérations auxquelles ont participé des administrateurs, dirigeants ou employés d'une institution fédérale, un ministre ou son personnel;
>
> *c*) des projets préparés ou des renseignements portant sur des positions envisagées dans le cadre de

2011 SCC 25 (CanLII)

or on behalf of the Government of Canada and considerations relating thereto, or

(*d*) plans relating to the management of personnel or the administration of a government institution that have not yet been put into operation,

if the record came into existence less than twenty years prior to the request.

Section 21(2) reads as follows:

21. . . .

(2) Subsection (1) does not apply in respect of a record that contains

(*a*) an account of, or a statement of reasons for, a decision that is made in the exercise of a discretionary power or an adjudicative function and that affects the rights of a person; or

(*b*) a report prepared by a consultant or an adviser who was not a director, an officer or an employee of a government institution or a member of the staff of a minister of the Crown at the time the report was prepared.

[101] Section 21 covers many of the circumstances in which certain kinds of hybrid records that contain information relating to departmental matters are produced (see s. 21(1)(*a*)). Section 21(1) is specifically designed to cover material produced in the course of *full and frank discussions*, such as deliberations in which directors, officers or employees of a government institution participate together with a Minister or a Minister's staff (see s. 21(1)(*b*)).

5. Investigatory Powers of the Commissioner

[102] Though the head of a government institution has a broad discretion to either disclose or retain hybrid records, the Information Commissioner is given equally broad investigatory powers in s. 36 of the *Access to Information Act*. These powers can act as a check on the Minister's discretion. As I mentioned above, Parliament has sought to strike a balance between access rights and efficient governance. On the one hand, through s. 21 and the

négociations menées ou à mener par le gouvernement du Canada ou en son nom, ainsi que des renseignements portant sur les considérations qui y sont liées;

d) des projets relatifs à la gestion du personnel ou à l'administration d'une institution fédérale et qui n'ont pas encore été mis en œuvre.

Le paragraphe (2) est rédigé en ces termes :

21. . . .

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux documents contenant :

a) le compte rendu ou l'exposé des motifs d'une décision qui est prise dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ou rendue dans l'exercice d'une fonction judiciaire ou quasi judiciaire et qui touche les droits d'une personne;

b) le rapport établi par un consultant ou un conseiller qui, à l'époque où le rapport a été établi, n'était pas un administrateur, un dirigeant ou un employé d'une institution fédérale ou n'appartenait pas au personnel d'un ministre, selon le cas.

[101] L'article 21 vise bon nombre des circonstances dans lesquelles sont produits certains types de documents mixtes contenant des renseignements sur des affaires ministérielles (voir l'al. 21(1)*a*)). Le paragraphe 21(1) s'applique spécifiquement aux documents produits dans le cours de *débats ouverts et francs*, par exemple des délibérations auxquelles des administrateurs, dirigeants ou employés d'une institution fédérale ont participé conjointement avec un ministre ou son personnel (voir l'al. 21(1)*b*)).

5. Les pouvoirs d'enquête du Commissaire

[102] Bien que le responsable d'une institution fédérale dispose d'un large pouvoir discrétionnaire l'habilitant à communiquer ou à conserver des documents mixtes, l'art. 36 de la Loi investit le Commissaire à l'information de pouvoirs d'enquête tout aussi larges, qui peuvent être utilisés comme contrepoids au pouvoir discrétionnaire du ministre. Comme je l'ai déjà mentionné, le législateur a cherché à établir un équilibre entre le droit d'accès

2011 SCC 25 (CanLII)

general structure of the Act, Parliament has created a space in which Ministers may review and debate issues in private. On the other hand, through s. 36 and the general structure of the Act, Parliament has ensured that this private space is not abused.

et une gouvernance efficace. D'une part, le législateur a créé, par l'art. 21 et l'économie générale de la Loi, un espace où les ministres peuvent examiner certaines questions et en débattre en privé. D'autre part, le législateur a veillé, au moyen de l'art. 36 et de l'économie générale de la Loi, à ce que l'on n'abuse pas du recours à cet espace privé.

[103] The Commissioner has the same power to summon witnesses and compel them to give evidence as a superior court of record (s. 36(1)(*a*)), and also has the power to administer oaths (s. 36(1)(*b*)), and to receive and accept such evidence as the Commissioner sees fit (s. 36(1)(*c*)). The Commissioner may also enter any premises of a government institution for the purposes of an investigation, as well as converse with persons and examine documents in those premises (s. 36(1)(*d*)). However, since a Minister's office is not a government institution for the purposes of the Act, the Commissioner does not have the power to enter one.

[103] Le Commissaire possède, pour assigner et contraindre des témoins à déposer, le même pouvoir que celui d'une cour supérieure d'archives (al. 36(1)*a*)). Il dispose aussi du pouvoir de faire prêter serment (al. 36(1)*b*)) et de recevoir tous les éléments de preuve qu'il estime indiqués (al. 36(1)*c*)). De plus, le Commissaire peut pénétrer dans les locaux d'une institution fédérale pour les besoins d'une enquête, et il peut s'entretenir avec des personnes et examiner des documents qui se trouvent dans ces locaux (al. 36(1)*d*)). Mais comme le cabinet d'un ministre n'est pas une institution fédérale pour l'application de la Loi, le Commissaire ne dispose pas du pouvoir d'y entrer.

[104] Importantly, pursuant to s. 36(2), the Commissioner has the power to examine "any record to which this Act applies that is under the control of a government institution". In light of the above reasoning, records located in a Minister's office can fall within the ambit of this provision. Section 36(2) is crucial to the balance Parliament intended to strike. Indeed, it is the first mechanism, prior to judicial review, for applying the principle that "decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government" (s. 2).

[104] Fait important, le par. 36(2) investit le Commissaire du pouvoir d'examiner « tous les documents qui relèvent d'une institution fédérale et auxquels la présente loi s'applique ». Pour les raisons exposées ci-dessus, cette disposition peut s'appliquer aux documents qui se trouvent au cabinet d'un ministre. Le paragraphe 36(2) constitue un élément essentiel au maintien de cet équilibre recherché par le législateur. Il s'agit en fait du premier mécanisme, avant le contrôle judiciaire, permettant d'appliquer le principe selon lequel « les décisions quant à la communication [sont] susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif » (art. 2).

[105] Under s. 21, the head of a government institution is responsible for determining whether requested hybrid documents located in a Minister's office should be disclosed. The first step in the assessment is to consider whether the records fall within the scope of the Act: for this purpose, the head must perform the control test we propose. If the requested documents are found to fall within the scope of the Act, the head must then perform the second step of the assessment process: to determine

[105] Aux termes de l'art. 21, il appartient au responsable d'une institution fédérale de déterminer si les documents mixtes demandés qui se trouvent au cabinet d'un ministre doivent être communiqués. La première étape de cet examen consiste à établir si les documents tombent dans le champ d'application de la Loi; à cette fin, le responsable doit utiliser le critère d'application de l'expression « relevant de » que nous préconisons. S'il juge que les documents demandés tombent sous

2011 SCC 25 (CanLII)

whether the requested records fall under any of the exemptions provided for in the Act, including in s. 21. Depending on which exemption applies, the head may or may not have the discretion to disclose the document.

[106] The purpose of the Commissioner's investigatory powers is to determine whether the head of a government institution has complied with the Act in performing his or her duties. This includes an inquiry into whether the head has conducted the correct analysis at both stages.

[107] If a head claims to have refused access on the basis that the requested document was not under the control of a government institution, then the Commissioner may exercise only his or her powers under s. 36(1)(*a*) to (*c*). If the evidence garnered under those subsections leads the Commissioner to believe that the documents are likely under the control of a government institution, he or she may examine them to ascertain whether the control test was applied properly.

[108] If the Commissioner is entitled to inquire into whether the head applied the control test properly, the Commissioner may require access to some documents that are ultimately outside the scope of the Act. This does not broaden the public's right of access. Section 35(1) of the Act provides that "[e]very investigation of a complaint . . . by the Information Commissioner shall be conducted in private." Further, in the course of an investigation, parties affected by the investigation have a right to make representations (s. 35(2)). Following an investigation, the Commissioner cannot compel the head of a government institution to disclose the documents in question; rather, the Commissioner may only make recommendations to the head (s. 37). Finally, anyone who has been refused access to such records after an investigation is entitled to apply for judicial review of the decision (s. 41).

le coup de la Loi, le responsable doit alors, à la deuxième étape de l'examen, se demander s'ils sont assujettis à l'une des exemptions prévues à la Loi, notamment à l'art. 21. Selon l'exemption applicable, le responsable peut disposer ou non du pouvoir discrétionnaire de communiquer le document.

[106] Les pouvoirs d'enquête du Commissaire doivent lui permettre d'établir si le responsable d'une institution fédérale s'est conformé à la Loi dans l'exercice de ses fonctions. Pour ces fins, le Commissaire peut notamment enquêter pour déterminer si le responsable a bien respecté les deux étapes de l'analyse.

[107] Si un responsable prétend avoir refusé l'accès au document demandé parce que celui-ci ne relevait pas d'une institution fédérale, le Commissaire ne peut alors exercer que les pouvoirs que lui confèrent les al. 36(1)*a*) à *c*). Si la preuve recueillie en vertu des alinéas susmentionnés amène le Commissaire à croire que les documents relèvent vraisemblablement d'une institution fédérale, il peut les examiner pour vérifier si le critère d'application de l'expression « relevant de » a été utilisé correctement.

[108] Si le Commissaire a le droit d'enquêter pour établir si le responsable a bien utilisé le critère relatif à l'expression « relevant de », il peut avoir besoin d'accéder à certains documents qui, en dernière analyse, échappent à la portée de la Loi. Ce pouvoir n'élargit pas le droit d'accès du public car, aux termes du par. 35(1) de la Loi, « [l]es enquêtes menées sur les plaintes par le Commissaire [. . .] sont secrètes. » Par surcroît, les parties touchées par l'enquête ont le droit de faire des observations au cours de celle-ci (par. 35(2)). Le Commissaire ne peut pas contraindre le responsable d'une institution fédérale à communiquer les documents en question à la suite d'une enquête; il peut seulement lui transmettre des recommandations (art. 37). Enfin, les personnes auxquelles on a refusé de communiquer ces documents possèdent le droit d'exercer un recours en révision de la décision (art. 41).

2011 SCC 25 (CanLII)

[109] With respect, I am of the view that a presumption that a Minister's records are beyond the scope of the Act would upset the balance between the head's discretionary powers and the Commissioner's powers of investigation. My colleague's analysis involves a presumption that the Commissioner would have no power whatsoever to examine records located in a Minister's office. The Commissioner's power would be limited to summoning witnesses and compelling them to give evidence concerning such records. Even if that evidence led the Commissioner to suspect that the control test had not been applied properly, the Commissioner would not be able to examine the documents to confirm his or her suspicions. Such an interpretation of the Act would effectively leave the head of a government institution with the final say as to whether a given document was under the institution's control and would run counter to the purpose of the Act as outlined in s. 2, according to which decisions on the disclosure of government information must be reviewed independently. In my opinion, the presumption of an exception to the right of access that my colleague proposes would significantly weaken the Commissioner's powers of investigation, which are crucial to the intended balance between access to information and good governance.

6. Application to the Records at Issue

[110] I agree with my colleague that, in the circumstances in which the records at issue in the first three applications were created and managed, a government institution would not have a reasonable expectation of obtaining them and that these documents were therefore not under the control of a government institution.

[111] As for the records in the possession of the Privy Council Office and the Royal Canadian Mounted Police, I agree with my colleague that, even though they were under the control of a government institution, they were subject to s. 19 of the *Access to Information Act* and the heads of

[109] En toute déférence, j'estime qu'une présomption écartant les documents d'un ministre du champ d'application de la Loi romprait l'équilibre qui existe entre le pouvoir discrétionnaire du responsable et le pouvoir d'enquête du Commissaire. Dans son analyse, ma collègue présume que le Commissaire ne disposerait d'aucun pouvoir d'examiner des documents se trouvant au cabinet d'un ministre. Le Commissaire détiendrait seulement le pouvoir d'assigner et de contraindre des témoins à déposer au sujet de ces documents. Même si de tels éléments de preuve amenaient le Commissaire à soupçonner que le critère relatif à l'expression « relevant de » n'a pas été appliqué correctement, il ne serait pas autorisé à examiner les documents pour confirmer ses soupçons. Si elle est retenue, cette interprétation de la Loi laisserait effectivement au responsable d'une institution fédérale le soin de décider en dernier ressort si un document donné relève de l'institution fédérale en cause et irait à l'encontre de l'objet de la Loi, exposé à l'art. 2, soit que les décisions quant à la communication sont susceptibles de recours indépendants. À mon avis, la présomption proposée par ma collègue, selon laquelle le droit d'accès est soumis à une telle exception, affaiblirait considérablement les pouvoirs d'enquête du Commissaire, malgré leur caractère fondamental pour le maintien de l'équilibre recherché entre l'accès à l'information et la bonne gouvernance.

6. Application aux documents en cause

[110] À l'instar de ma collègue, j'estime que, vu les circonstances dans lesquelles les documents en question dans les trois premières demandes ont été rédigés et gérés, une institution fédérale ne pourrait raisonnablement pas s'attendre à les obtenir. Les documents ne relevaient donc pas d'une institution fédérale.

[111] Quant aux documents que possèdent le Bureau du Conseil privé et la Gendarmerie royale du Canada, je suis d'accord avec ma collègue pour conclure que l'art. 19 de la *Loi sur l'accès à l'information* s'applique à eux même s'ils relevaient d'une institution fédérale. Par conséquent, les

2011 SCC 25 (CanLII)

those institutions accordingly had an obligation to refuse to disclose them.

[112] For these reasons, I would dismiss the appeals.

Appeals dismissed with costs.

Solicitor for the appellant: Information Commissioner of Canada, Ottawa.

Solicitor for the respondents: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the interveners: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

responsables de ces institutions étaient tenus d'en refuser la communication.

[112] Pour ces motifs, je rejetterais les pourvois.

Pourvois rejetés avec dépens.

Procureur de l'appelant : Commissaire à l'information du Canada, Ottawa.

Procureur des intimés : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs des intervenantes : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

2011 SCC 25 (CanLII)

Cash Converters Canada Inc. et al. v. The Corporation of The City of Oshawa, and The Attorney General of Ontario and Information and Privacy Commissioner of Ontario, Intervenors

[Indexed as: Cash Converters Canada Inc. v. Oshawa (City)]

86 O.R. (3d) 401

2007 ONCA 502 (CanLII)

Court of Appeal for Ontario,
O'Connor A.C.J.O., Feldman and Rouleau JJ.A.
July 4, 2007

Municipal law -- By-laws -- Validity -- Licensing by-law requiring dealers of second-hand goods to submit daily reports to police including detailed personal information about vendors of each item -- By-law being authorized under s. 150(2) of Municipal Act as "consumer protection" legislation -- By-law conflicting with s. 28(2) of Municipal Freedom of Information and Privacy Protection Act -- Impugned sections of by-law being of no force or effect -- Municipal Act, 2001, S.O. 2001, c. 25, s. 150 -- Municipal Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. M.56, s. 28(2).

In 2004, the City replaced its licensing by-law for second-hand goods dealers with a new by-law which requires dealers of second-hand goods to submit daily reports to the police, electronically, which include detailed personal information about the vendors of each item. The applicants brought an application attacking the validity of the by-law. The application was dismissed. The applicants appealed.

Held, the appeal should be allowed.

The by-law was enacted under s. 150(1) of the Municipal Act, 2001. Section 150(2) of the Act provides that a municipality may only exercise its licensing powers for one or more of three

purposes, namely, health and safety, nuisance control and consumer protection. The City submitted that collecting information about goods and vendors may deter unscrupulous vendors from attempting to sell stolen goods and that this can be seen as a form of consumer protection by helping to keep stolen goods out of the marketplace.

Under s. 14 of the Municipal Act, 2001, to the extent of any conflict with a provincial or federal Act or regulation, a by-law is "without effect". Section 28(2) of the Municipal Freedom of Information and Protection of Privacy Act ("MFIPPA") provides that no person shall collect information on behalf of an institution (which includes a municipality) unless the collection is expressly authorized by statute, used for the purposes of law enforcement or necessary to the proper administration of a lawfully authorized activity. The application judge erred in finding that the collection of personal information was "expressly authorized by statute" on the basis that the by-law itself was authorized under s. 150(2) of the Municipal Act, 2001. The phrase "expressly authorized by statute" means that the specific types of personal information collected must be expressly described either in a statute or in a regulation that has been authorized by a general reference to the activity in a statute. It was not the intention of the legislature to allow municipalities, simply by virtue of their power to enact by-laws, to determine the type of personal information that can be collected. Although some of the information collected might ultimately be used for law enforcement, the purpose of the by-law was consumer protection, not law enforcement. In order to show that the collection of personal information is "necessary to the proper administration of a lawfully authorized activity", an institution is required to show that each item or [page402] class of personal information that is to be collected is necessary to properly administer that activity. Where the personal information would merely be helpful to the activity, it is not "necessary" within the meaning of the MFIPPA. Similarly, where the purpose could be accomplished another way, the institution is obliged to choose the other route. In this case, the City failed to demonstrate that the impugned provisions of the new by-law were necessary for an effective consumer protection regime to

2007 ONCA 502 (CanLII)

license second-hand dealers. The impugned provisions did not come within the exceptions in s. 28(2) of the MFIPPA. The provisions were of no force or effect.

Cases referred to

Toronto Taxi Alliance Inc. v. Toronto (City) (2005), 77 O.R. (3d) 721, [2005] O.J. No. 5460, 205 O.A.C. 160, 18 M.P.L.R. (4th) 89 (C.A.), affg (2005), 74 O.R. (3d) 447, [2005] O.J. No. 320 (S.C.J.), consd

Other cases referred to

114957 Canada Lte (Spraytech, Socit d'arossage) v. Hudson (Town), [2001] 2 S.C.R. 241, [2001] S.C.J. No. 42, 200 D.L.R. (4th) 419, 171 N.R. 201, 19 M.P.L.R. (3d) 1, 2001 SCC 40; Croplife Canada v. Toronto (City) (2005), 75 O.R. (3d) 357, [2005] O.J. No. 1896, 198 O.A.C. 35, 254 D.L.R. (4th) 40, 14 C.E.L.R. (3d) 207, 10 M.P.L.R. (4th) 1 (C.A.) [Leave to apeeal to S.C.C. denied [2005] S.C.C.A. No. 329]; Dagg v. Canada (Minister of Finance), [1997] 2 S.C.R. 403, [1997] S.C.J. No. 63, 148 D.L.R. (4th) 385, 213 N.R. 161; H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General), [2006] 1 S.C.R. 441, [2006] S.C.J. No. 13, 266 D.L.R. (4th) 675; Institution: A Board of Education, [1996] O.I.P.C. No. 449; Institution: A College of Applied Arts and Technology, [1995] O.I.P.C. No. 546; Institution: A Municipality, [1993] O.I.P.C. No. 381; Institution: A Public School Board, [1994] O.I.P.C. No. 457; Institution: Ministry of Community and Social Services, [1995] O.I.P.C. No. 534; Institution: Ministry of Housing, [1995] O.I.P.C. No. 315; Institution: Ministry of Natural Resources, [1994] O.I.P.C. No. 447; K.E. Gostlin Enterprises Ltd., [2005] B.C.I.P.C.D. No. 18; Kirkpatrick v. Maple Ridge (District), [1986] 2 S.C.R. 124, [1986] S.C.J. No. 47, 6 B.C.L.R. (2d) 273, 30 D.L.R. (4th) 431, 69 N.R. 100, [1986] 6 W.W.R. 97, 34 M.P.L.R. 128; Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages), [2002] 2 S.C.R. 773, [2002] S.C.J. No. 55, 214 D.L.R. (4th) 1, 289 N.R. 282, 2002 SCC 53, (sub nom. Lavigne v. Commissioner of Official Languages (Can.));

2007 ONCA 502 (CanLII)

Longueuil Navigation Co. v. Montreal (City) (1888), 15 S.C.R. 566, [1888] S.C.J. No. 28; Montreal (City) v. Civic Parking Centre Ltd., [1981] 2 S.C.R. 541, [1981] S.C.J. No. 96, 41 N.R. 393, 18 M.P.L.R. 239; Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd., [2000] 1 S.C.R. 342, [2000] S.C.J. No. 14, 76 B.C.L.R. (3d) 201, 183 D.L.R. (4th) 1, 251 N.R. 42, [2000] 6 W.W.R. 403, 9 M.P.L.R. (3d) 1; Regional Municipality of Niagara (Re), [2004] O.I.P.C. No. 261; Rick Arsenault Enterprises Inc. (Re), [2005] A.I.P.C.D. No. 45; Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan, [2005] 1 S.C.R. 188, [2005] S.C.J. No. 1, 257 Sask. R. 171, 250 D.L.R. (4th) 411, 331 N.R. 116, 342 W.A.C. 171, 2005 SCC 13, [2005] 9 W.W.R. 403; Sarnia Police Service (Re), [2005] O.I.P.C. No. 28; Toronto Community Housing Corp. (Re), [2004] O.I.P.C. No. 196; United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City), [2004] 1 S.C.R. 485, [2004] S.C.J. No. 19, 346 A.R. 4, 236 D.L.R. (4th) 385, 318 N.R. 170, 320 W.A.C. 4, [2004] 7 W.W.R. 603, 46 M.P.L.R. (3d) 1, 2004 SCC 19, 50 M.V.R. (4th) 1, 26 Alta. L.R. (4th) 1, 18 R.P.R. (4th) 1

Statutes referred to

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8.
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31
Municipal Act, 2001, S.O. 2001, c. 25, ss. 14 [as am.], 150
[page403]
Municipal Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. M.56, ss. 10(2), 14(1)(a) [as am.], 28(2), 29(1) [as am.], 31(a), 32(b) [as am.], 46(a)
Pawnbrokers Act, R.S.O. 1990, c. P.6, as am. by S.O. 2002, c. 17, Sched. F, ss. 9, 13
Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21

Authorities referred to

Ontario, Commission on Freedom of Information and Protection of Individual Privacy, Public Government for Private People: The Report of the Commission on Freedom of Information and Protection of Individual Privacy/1980, Vol. 3 (Toronto: Queen's Printer, 1980)

2007 ONCA 502 (CanLII)

APPEAL from the judgment of Belobaba J., [2006] O.J. No. 490, [2006] O.T.C. 120 (S.C.J.), dismissing an application for declaration that parts of a municipal by-law were invalid.

2007 ONCA 502 (CanLII)

David Sterns, for appellants.

David J. Potts, for respondent.

William S. Challis and Stephen L. McCammon, for the Information and Privacy Commissioner.

The judgment of the court was delivered by

[1] FELDMAN J.A.: -- The City of Oshawa replaced its licensing by-law for second-hand goods dealers on April 24, 2004. The new by-law requires dealers of second-hand goods to submit electronically to police daily reports of all transactions, including detailed personal information about the vendors of each item. The by-law also requires dealers to pay an administrative fee for each report submitted. The application judge held that the by-law was validly enacted and did not contravene provincial privacy legislation. For the reasons that follow, I would allow the appeal.

Background

[2] The City of Oshawa has been licensing dealers of second-hand goods since 1974. The original licensing by-law required every licensed dealer to maintain at the store a register of daily transactions. The record included particulars of each item purchased as well as the name, address and description of the person from whom the purchase was made. Between 1974 and 1983, these records were open to police inspection and the dealer was also required to deliver the information to the local police by 9 a.m. each day. In 1983, the by-law was amended to require dealers simply to maintain

the register, which was subject to inspection by police. The purposes of the record inspection system were to help monitor by-law compliance and to assist police in the investigation and recovery of stolen property. [page404]

[3] By 2003, there were 33 licensed second-hand goods dealers operating in Oshawa. In order to improve enforcement of the by-law, it was recommended that the City eliminate both the manual recording of information and the need for police officers to attend the second-hand stores to review the records by replacing those procedures with a system of electronic collection and reporting of information by the dealers.

[4] On April 26, 2004, the City replaced the former by-law regulating second-hand shops with By-Law 46-2004, which requires that comprehensive electronic records be maintained and transmitted to police at least daily, and in some cases in real time. The impugned provisions, found in Schedule "A" to the by-law, are as follows.

> 10. No second hand dealer shall permit the acquisition of a second hand good unless a record respecting the second hand good is created at the time of acquisition that includes the following particulars:
>
> a. Date and time of acquisition
>
> . . . . .
>
> c. The identity of the person from whom the second hand good was acquired including each of the following:
>
> i. Name;
>
> ii. Gender;
>
> iii. Date of birth;
>
> iv. Residential address;

2007 ONCA 502 (CanLII)

v. Telephone number; and

vi. Approximate height

d. Personal identification to verify the person's identification . . . in accordance with section 15 . . .

. . . . .

15. For the purposes of paragraph 10(d) . . . a second hand dealer must review an original, current, valid copy of at least three of the following types of personal identification, one of which must include a photograph of the person from whom the second hand good is acquired:

a. Driver's licence issued by a province or territory of Canada including a photograph of the person;

b. Birth certificate issued by a province or territory of Canada;

c. Canadian passport including a photograph of the person;

d. Canadian citizenship card including a photograph of the person;

e. Certificate of Indian Status issued by the government of Canada; [page405]

f. Conditions Release card issued by the government of Canada;

g. Canadian Armed Forces identification card; and

h. "Bring Your Identification" card issued by the Alcohol and Gaming Commission.

2007 ONCA 502 (CanLII)

. . . . .

20. Each second hand dealer shall transmit to Durham Regional Police Service as soon as is practicable but, in any event, no less frequently than weekly, copies of the records contemplated by sections 10, 12 and 13 of this Schedule.

. . . . .

22. For the purposes of section 21 of this Schedule, the following are the standards that the City Clerk may prescribe for a particular second hand dealer, at any time during the term of the licence and to the City Clerk's satisfaction:

a. Daily transmission of each record to Durham Regional Police Service, provided, however, that in the event that the second hand dealer is determined by a court of competent jurisdiction to have failed to comply with any provision of this Schedule, the City Clerk may require real time transmission of each such record;

b. Maintenance of each record in a particular digitized electronic format capable of transmission via the internet within a secure environment including 128-bit encryption;

. . . . .

f. Payment on a monthly basis in the manner from time to time prescribed by the City Clerk of a fee up to $1.00 for each record required pursuant to section 10 and 12 of this Schedule . . .

[5] The by-law was enacted under s. 150(1) of the Municipal Act, 2001, S.O. 2001, c. 25, which provides that a municipality may license, regulate and govern any business wholly or partly carried on within the municipality. Section 150(2) of the Act provides that a municipality may only exercise its licensing

2007 ONCA 502 (CanLII)

powers for one or more of three purposes, namely health and safety, nuisance control and consumer protection.

[6] Schedule "B" to the by-law sets out the City's explanation of its reasons for licensing. Although the City makes reference to health and safety and nuisance control, it relies primarily on the consumer protection purpose as follows:

> The City of Oshawa has chosen to licence [sic], regulate and govern owners of second hand goods and salvage yard to enhance and encourage equal, fair and courteous treatment of customers, protect the property of customers, ensure products made available for resale are not stolen, promote accountability, and support proper and good business practices. [page406]
>
> This reason relates to consumer protection as licensing and regulation aim to prevent, mitigate or redress losses to, or practices which might negatively impact on second hand goods and salvage yard owners and members of the public.

[7] The appellant Cash Converters Canada Inc. is the Canadian franchisor or the Cash Converters chain of second-hand stores. The appellant 1151245 is a Cash Converters franchisee and carries on business as a licensed dealer of second-hand goods in the City of Oshawa. The appellants brought an application to quash the provisions of the by-law set out above on the ground that they exceed the statutory and constitutional authority of the municipality. The appellants also argued that the impugned provisions conflict with both federal and provincial privacy legislation and that they are discriminatory insofar as they apply only to some dealers of second-hand goods. Finally, the appellants submitted that the transaction fee is invalid because it exceeds the cost of administering and enforcing the by-law.

[8] The application judge rejected all of the appellants' arguments. He held that the by-law was properly rooted in the province's property and civil rights power and was not in relation to criminal law; that it was authorized under s. 150 of the Municipal Act, 2001; and that it was not discriminatory.

2007 ONCA 502 (CanLII)

He further held that the by-law did not conflict with federal or provincial privacy laws, and that the challenge to the transaction fee was premature.

[9] On appeal to this court, the appellants maintain that the by-law exceeds the city's legislative competence and violates provincial privacy legislation. The appellants also maintain that the transaction fee is not authorized. The appellants do not appeal the application judge's findings that the by-law was properly grounded in the province's power over property and civil rights and that it was not discriminatory.

[10] The Attorney General intervened in the application in support of the constitutionality of the provisions. As no constitutional issue was raised on appeal, the Attorney General did not intervene before this court. The Information and Privacy Commissioner of Ontario intervened in the appeal as a friend of the court.

Issues

[11] The appellants challenge three conclusions reached by the application judge as the basis for upholding the validity of the by-law and raises them as issues on this appeal:
[page407]

(1) Is the by-law authorized under the Municipal Act, 2001?

(2) Does the by-law conflict with s. 28(2) of the Municipal Freedom of Information and Privacy Protection Act, R.S.O. 1990, c. M.56?

(3) Is the transaction fee authorized under the Municipal Act, 2001?

Analysis

(1) Is the by-law authorized under s. 150(2) of the Municipal Act, 2001 as "consumer protection" legislation?

2007 ONCA 502 (CanLII)

[12] Subsections 150(1) and (2) of the Municipal Act, 2001 provide:

> 150(1) Subject to the Theatres Act and the Retail Business Holidays Act, a local municipality may license, regulate and govern any business wholly or partly carried on within the municipality even if the business is being carried on from a location outside the municipality.
>
> (2) Except as otherwise provided, a municipality may only exercise its licensing powers under this section, including imposing conditions, for one or more of the following purposes:
>
> 1. Health and safety.
>
> 2. Nuisance control.
>
> 3. Consumer protection.

Although in Schedule "B" to the by-law, titled, "Explanation of Reasons for Licensing", the city relies on all three purposes to support the by-law, on this application, it says that the essential purpose of the by-law is consumer protection.

[13] In her affidavit, the deputy city clerk states that the record-keeping requirements imposed on second-hand dealers by the impugned by-law and its predecessor by-laws are:

> . . . integral to its consumer protection objective as they are regulatory in nature and effect and are aimed at the suppression of conditions that may lead to the commission of crimes. Specifically, the identification of the person from whom a second hand dealer acquires a second hand good, the matching of that information to particulars of the second hand good acquired and the collection of the record on behalf of the city are intended to discourage unscrupulous individuals from transacting business with second hand dealers. These measures are intended to protect second hand dealers as purchasers of second hand goods and to also protect the dealers' customers.

2007 ONCA 502 (CanLII)

[14] The deputy clerk also points to timely and effective assistance to dealers and their customers where the dealer acquires [page408] and resells a stolen good as an ancillary benefit of the record collection function.

[15] She then states that the effectiveness of the record collection function is directly related to the consumer protection objective of the by-law because vendors of second-hand goods "are less likely to be unscrupulous if they know the records are being collected in a timely and effective fashion". She identifies para. 22(a) of the impugned by-law, which is the paragraph that allows the city clerk to require a dealer to transmit the records to the police daily or in some circumstances, in real time, as a provision directly aimed at improving the record collection component of the record-keeping requirements.

[16] In other words, the city justifies the new by-law on the same basis as the one it replaced, as consumer protection legislation that protects dealers and their customers by collecting information about the vendors of second-hand goods. It is the collection of this information that deters those who deal in stolen property from trying to sell such goods to licensed dealers. The new features of the by-law enhance or improve the information collection function and therefore the consumer protection purpose of the by-law.

[17] The appellants' objection to the new licensing conditions is that dealers are now obliged to collect personal, private information about the vendor of the second-hand goods, including a photograph and three pieces of official identification that many people would not ordinarily carry, and to transmit that information electronically to the police at least daily if not in real time. The appellants state that in this way, "the by-law gives the police access to sensitive profiling information on a targeted, partly low-income group of consumers, for unlimited uses including criminal investigation and prosecution, without search warrant protection, judicial supervision or any legal safeguards whatsoever".

2007 ONCA 502 (CanLII)

[18] The appellant 1151245 Ontario Inc. is the Oshawa franchisee of the Cash Converters group of stores. These stores buy and sell second-hand goods. They are not pawn-brokers nor do they provide pay-day loans. Of the over 28,000 items the Oshawa franchisee purchased in 2003, 30 items valued at approximately $1,200 were seized in connection with police investigations, and the store was not told whether any of these items was later found to be stolen. The city adduced no evidence of any actual problem involving the purchase and sale of stolen goods by second-hand dealers.

[19] The appellants submit that the new by-law is not intended to protect consumers, but rather to assist the police in [page409] investigating and prosecuting crimes related to stolen property. The evidence is that a software dealer called BWI promoted the system described in the by-law for use by the city and the local police. Its system allows the police to collect for their own use the data required by the by-law about each person who sells any second-hand good to a dealer. The fees proposed to be charged for each transmittal are to defray the cost of the system to the city.

[20] The proper approach to the interpretation of municipal powers has recently been discussed by the Supreme Court and followed by this court in such cases as 114957 Canada Lte (Spraytech, Socit d'arrosage) v. Hudson (Town), [2001] 2 S.C.R. 241, [2001] S.C.J. No. 42; Croplife Canada v. Toronto (City) (2005), 75 O.R. (3d) 357, [2005] O.J. No. 1896 (C.A.), leave to appeal denied [2005] S.C.C.A. No. 329; Toronto Taxi Alliance Inc. v. Toronto (City) (2005), 77 O.R. (3d) 721, [2005] O.J. No. 5460 (C.A.); United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City), [2004] 1 S.C.R. 485, [2004] S.C.J. No. 19. The question whether a by-law is ultra vires the jurisdiction of the enacting municipality is a question of law which is reviewed on the standard of correctness. However, in determining the question, courts are to take a broad and purposive approach to the construction and interpretation of municipal powers. See United Taxi at para. 6.

[21] It is common ground that under the 2001 version of the Municipal Act pursuant to which this by-law was passed, the

2007 ONCA 502 (CanLII)

municipality's licensing power can be exercised only for the three purposes set out in s. 150(2). In Toronto Taxi, the application judge [at para. 50] had concluded that the city had not shown that Toronto's new taxi cab licensing by-law was enacted for the purposes of health and safety and consumer protection as asserted by the city and that the real purpose was to "re-engineer the taxi-cab industry in order to eliminate middlemen and to redistribute revenues generated by the industry in favour of active participants". This court disagreed with the narrow approach taken by the application judge. The court reviewed the Task Force Report that led to the enactment of the by-law and concluded that the report provided both a factual basis and a rational connection between the means chosen to overhaul the taxi licensing system and the health and safety and consumer protection objectives of the city. The court acknowledged that these objectives would only be indirect effects of the new system, but deferred to the municipality on the issue of the potential effectiveness of its legislative initiatives. [page410]

[22] In my view, a similar approach should be taken in this case. I agree with the applicants that there is no suggestion that the former licensing by-law was ineffective or that the new and much more onerous provisions regarding the collection and transmittal to the police of personal information about vendors of second-hand goods is a necessary addition to the by-law for the consumer protection purpose. It appears that what drove the adoption of this new licensing by-law was the initiative of the BWI software vendor together with the desire of the police to be able to obtain this information for their database electronically without attending personally at the dealers' premises.

[23] However, the fundamental premise that collection of information about the goods and the vendors may deter unscrupulous vendors from attempting to sell stolen goods can be seen as a form of consumer protection by helping to keep stolen goods out of the marketplace and possibly thereby deterring those who may be inclined to steal goods for that purpose. As this court stated in Toronto Taxi, referring to the Supreme Court of Canada decision in Nanaimo (City) v. Rascal

2007 ONCA 502 (CanLII)

Trucking Ltd., [2000] 1 S.C.R. 342, [2000] S.C.J. No. 14, "A reviewing court should not second-guess the municipality as to whether the by-law will be more or less effective in achieving the intended purpose or purposes" (para. 46).

[24] Giving "consumer protection" a broad and generous interpretation that allows the municipality to achieve its legitimate interests (see Croplife at para. 37), I am satisfied that the enactment of this by-law fell within the municipality's authority and is not ultra vires. I would therefore not give effect to this ground of appeal.

(2) Does the by-law conflict with s. 28(2) of the Municipal Freedom of Information and Privacy Protection Act?

[25] Under s. 14 of the Municipal Act, 2001, to the extent of any conflict with a provincial or federal Act or regulation, a by-law is "without effect". Section 28(2) of the Municipal Freedom of Information and Protection of Privacy Act ("MFIPPA") provides:

> 28(2) No person shall collect personal information on behalf of an institution [which includes a municipality: s. 2] unless the collection is expressly authorized by statute, used for the purposes of law enforcement or necessary to the proper administration of a lawfully authorized activity.

[26] The appellants submit that the provisions of the by-law that mandate the collection of personal information about vendors of goods to licensed second-hand goods dealers and the daily [page411] transmission of that information electronically to the police, conflict with s. 28(2).

[27] The Information and Privacy Commissioner of Ontario intervened on the appeal as friend of the court, for the purposes of providing the court with the history of privacy legislation, the role of the Commissioner under that legislation and the case law and jurisprudence on privacy issues, including the interpretation and application of MFIPPA. In that role, the Commissioner took no position on the specific question to be decided by the court.

2007 ONCA 502 (CanLII)

[28] The Commissioner has recognized expertise in the interpretation and application of the statutes relating to personal information and the protection of privacy. The Commissioner is given primary responsibility under the privacy statutes (MFIPPA, Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31 ("FIPPA")) for supervising compliance. Most frequently, privacy issues arise by way of a complaint relating to the collection of personal information by or on behalf of a government or institution. In most cases, therefore, it is the Commissioner, not the courts, who determines whether the collection of private information contravenes MFIPPA, and if so, orders the information destroyed. Where collection is authorized under s. 28(2), the Commissioner may still determine whether the information has been properly collected in accordance with other provisions of the Act and make appropriate orders.

[29] The right to privacy of personal information is interpreted in the context of the history of privacy legislation in Canada and of the treatment of that right by the courts. The Supreme Court of Canada has characterized the federal Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21 as quasi-constitutional because of the critical role that privacy plays in the preservation of a free and democratic society. In Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages), [2002] 2 S.C.R. 773, [2002] S.C.J. No. 55, Gonthier J. observed that exceptions from the rights set out in the act should be interpreted narrowly, with any doubt resolved in favour of preserving the right and with the burden of persuasion on the person asserting the exception (at paras. 30-31). In Dagg v. Canada (Minister of Finance), [1997] 2 S.C.R. 403, [1997] S.C.J. No. 63, the court articulated the governing principles of privacy law including that protection of privacy is a fundamental value in modern democracies and is enshrined in ss. 7 and 8 of the Charter, and privacy rights are to be compromised only where there is a compelling state interest for doing so (at paras. 65, 66 and 71). And in H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General), [2006] 1 S.C.R. 441, [2006] S.C.J. No. 13, [page412] Deschamps J. stated [at para. 26]:

2007 ONCA 502 (CanLII)

> [I]n a situation involving personal information about an individual, the right to privacy is paramount over the right of access to information, except as prescribed by the legislation.

[30] In Ontario, the Williams Commission Report led to the enactment of FIPPA in 1987 and MFIPPA in 1991. The Williams Commission identified three specific concerns respecting government data banks: (1) where government collects personal information, the individual is unlikely to have an effective choice to refuse to supply the information; (2) because its activity is so broad, government holds very extensive personal information about individuals; (3) there is public anxiety about government agencies sharing their holdings of personal information and building comprehensive personal files on individuals (Public Government for Private People: The Report of the Commission on Freedom of Information and Protection of Individual Privacy/1980, Vol. 3 (Toronto: Queen's Printer, 1980) at pp. 504-05). The commission [at p. 667] concluded that:

> a privacy protection policy intended to preserve informational privacy would therefore attempt to restrict personal data-gathering activity to that which appears to be necessary to meet legitimate social objectives and would attempt to maximize the control that individuals are able to exert over subsequent use and dissemination of information surrendered to institutional records keepers.

[31] This approach underlies the three standards for the collection of personal information that are set out in s. 28(2) of MFIPPA: the collection must be either expressly authorized by statute, used for the purposes of law enforcement, or necessary to the proper administration of a lawfully authorized activity.

[32] In Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan, [2005] 1 S.C.R. 188, [2005] S.C.J. No. 1, the Supreme Court set out a two-pronged test to determine how to apply the paramountcy doctrine where federal and provincial legislation

2007 ONCA 502 (CanLII)

overlaps: (1) can a person simultaneously comply with both provisions (the "impossibility of dual compliance" test), and (2) does the provincial provision frustrate Parliament's purpose in enacting the federal provision? In Croplife, supra, this court held that the same two-pronged test should be used to interpret and apply s. 14 of the Municipal Act, 2001 (at para. 63).

[33] Applying that test, the application judge found that the by-law does not conflict with s. 28(2) of MFIPPA. He cited three rationales for his conclusion. He first found that the first prong of the test is met so long as the information is collected on consent. [page413] He also concluded, based on s. 22(e) of Schedule "A" to the by-law, which provides that the City Clerk may prescribe procedures "to ensure compliance with MFIPPA . . .", that the by-law expressly anticipates and provides for compliance with privacy laws. He found that the second prong of the test was met because there was no evidence that the information transmission requirements of the by-law frustrated the legislative purpose of MFIPPA. Finally, he concluded that the collection of personal information by licensed second-hand dealers complies with s. 28(2) on the basis that it is "expressly authorized by statute", because the by-law is authorized by s. 150(2) of the Municipal Act, 2001.

[34] It is conceded on the appeal that the application judge erred in law by finding that s. 28(2) does not apply where the information is collected on consent. Consent is not one of the three conditions set out in s. 28(2) that allow the collection of personal information by or on behalf of a municipality. This was observed by the Commissioner in Investigation I94-068P, Institution: Ministry of Community and Social Services, [1995] O.I.P.C. No. 534. In contrast, where the legislature wishes any aspect of the Act to operate based on consent it has so provided. See, for instance, the provisions regarding disclosure of certain information under s. 10(2), 14(1)(a) and 32(b), the manner of collection under s. 29(1) or the use of certain information under s. 31(a). I also agree with the appellants that contrary to the observation of the application judge, there is evidence in the record that some people who sell second-hand goods require the proceeds to meet their daily

2007 ONCA 502 (CanLII)

needs and therefore, when faced with the choice of providing the information or not selling the goods, cannot confidently be said to be giving their consent freely.

[35] The application judge also erred in law when he found that the collection of personal information was "expressly authorized by statute" on the basis that the by-law itself was authorized under s. 150(2).

[36] The phrase "expressly authorized by statute" has been interpreted by the Commissioner to mean that the specific types of personal information collected be expressly described either in a statute or in a regulation that has been authorized by a general reference to the activity in a statute. See Investigation I95-030P, Institution: A College of Applied Arts and Technology, [1995] O.I.P.C. No. 546; Investigation I96-057M, Institution: A Board of Education, [1996] O.I.P.C. No. 449, at paras. 17-18.

[37] For example, s. 9 of the Pawnbrokers Act, R.S.O. 1990, c. P.6 specifically obliges a pawnbroker to keep a book with the [page414] full name, address and description of the person who pawns an article sufficient to identify the person as well as details of the person's identification or a note that the person did not produce identification, and s. 13 requires pawnbrokers to make a daily report of the information to the chief of police or the person designated by by-law. There is no similar provision in the Municipal Act, 2001. The structure of the Act indicates that it was not the intention of the legislature to allow municipalities, simply by virtue of their power to enact by-laws, to determine the type of personal information that can be collected.

[38] Section 28(2) also allows personal information to be collected on behalf of an institution if the information is "used for the purposes of law enforcement". Of significant concern in this case is the wholesale transmission to the police of a significant amount of personal information about individuals. This transmission occurs before there is any basis to suspect that the goods that were sold to the second-hand dealer were stolen and is made with no limit as to its use by

2007 ONCA 502 (CanLII)

the police or by those to whom the police may share the information. Although some of the information collected may ultimately be used for law enforcement, the purpose of the by-law and its intent in obliging vendors of second-hand goods to disclose so much personal information and transmitting all of it to the police is for consumer protection and not law enforcement.

[39] The City's main position on the appeal is that the reason the by-law does not conflict with s. 28(2) of the MFIPPA is because it meets the third criterion of the section: the collection of the personal information under the by-law is "necessary to the proper administration of a lawfully authorized activity", that is, the administration of the licensing of second-hand goods dealers.

[40] Again, the jurisprudence developed by the Privacy Commissioner interpreting this provision is both helpful and persuasive of the proper approach to be taken by the courts as well. In cases decided by the Commissioner's office, it has required that in order to meet the necessity condition, the institution must show that each item or class of personal information that is to be collected is necessary to properly administer the lawfully authorized activity. Consequently, where the personal information would merely be helpful to the activity, it is not "necessary" within the meaning of the Act. Similarly, where the purpose can be accomplished another way, the institution is obliged to choose the other route.

[41] The Commissioner's approach in complaints that come before her office is to examine in detail the types of information [page415] being collected and to determine whether each type is necessary for the collecting institution's activity. For example, in Re Toronto Community Housing Corp., [2004] O.I.P.C. No. 196, the Commissioner received a complaint from a tenant that the housing corporation was requiring tenants who wanted parking stickers to provide copies of vehicle insurance and ownership papers which the tenant said was not authorized by the lease. The corporation justified its action because it wanted to address problems of break-ins, vandalism and illegally parked cars. These problems were caused

2007 ONCA 502 (CanLII)

by tenants who abused the parking system by renting out spaces to non-residents who then gained access to the building and parked in other residents' allocated parking spots. Also people were vandalizing the entry system mechanism, which then required costly repairs.

[42] The Commissioner considered individually the requirements to provide vehicle ownership documentation and vehicle insurance verification. The Commissioner determined that the ownership documents were necessary so that corporation staff could see that cars parked in the garage were owned by the tenants themselves. However, the Commissioner was not satisfied that the corporation needed the insurance information to properly administer the parking program and found that collection of the insurance information was not in compliance with s. 28(2) of the Act.

[43] The same approach is taken by other provincial privacy commissions. For example, in Re Rick Arsenault Enterprises Inc., [2005] A.I.P.C.D. No. 45, the Alberta Information and Privacy Commissioner received a complaint that a Canadian Tire store, a provincially regulated organization under the jurisdiction of the Commissioner, had refused to complete a return of goods without obtaining certain personal information including the driver's licence number of the person returning the goods. As in the case on appeal, the stated purpose of collecting the information was to deter fraud. The evidence was that the store acknowledged that simply authenticating and confirming the identity of the individual returning the goods was sufficient for their purposes. The commission viewed this as a concession that the collection and retention of driver's licence numbers was not necessary for deterring fraud and therefore was not permitted under the Act. See also Re K.E. Gostlin Enterprises Ltd., [2005] B.C.I.P.C.D. No. 18.

[44] The intervenor provided the court with many examples of decisions of the Ontario Commissioner under the necessity criterion where the Commissioner examined each piece or category of personal information being collected by the public institution and [page416] the reason for collecting it, and determined for each whether that collection was necessary in

2007 ONCA 502 (CanLII)

order to properly administer the activity that the institution was carrying on. If it was not, the institution was prohibited from collecting the information. See for example: Institution: A Public School Board, [1994] O.I.P.C. No. 457; Institution: A College of Applied Arts and Technology, supra; Institution: A Board of Education, supra; Institution: Ministry of Natural Resources, [1994] O.I.P.C. No. 447; Re Sarnia Police Service, [2005] O.I.P.C. No. 28; Institution: Ministry of Housing, [1995] O.I.P.C. No. 315; Institution: A Municipality, [1993] O.I.P.C. No. 381; Re Regional Municipality of Niagara, [2004] O.I.P.C. No. 261.

[45] In my view, this same approach to the interpretation and application of the necessity criterion in s. 28(2) ought to be employed by the court. The Commissioner's approach is both logical and effective in implementing the purposes of the privacy legislation. By using the same approach, the effect is to apply the Act in the same way whether an issue arises by complaint to the commission or in this context, where the court is asked to determine a conflict between, in this case, a by-law and MFIPPA.

[46] Using that approach, the issue is whether the city has satisfied its onus to demonstrate that both the collection of all of the information and identification required by the by-law, as well as the daily transmission of that information to the police for storage in their data bank, is necessary for an effective consumer protection regime to license second-hand dealers that deters people from dealing in stolen goods. Both must be justified because it is clear that the by-law is structured to operate as a co-ordinated scheme that includes both the collection and the daily transmission of all the information to the police for storage in their data bank.

[47] In her affidavit filed on behalf of the city, the Deputy City Clerk deposes that in a 2003 report for the city by its Commissioner of Corporate Services, the Commissioner identified two issues, manual record-keeping and the burden on the police, as reasons to consider electronic-computerized procedures to improve the enforcement of the by-law then in existence.

2007 ONCA 502 (CanLII)

[48] The Deputy City Clerk states that the collection of identity information from vendors of second-hand goods is aimed at suppressing crime and is intended to discourage unscrupulous people from transacting business with second-hand dealers. If such people know that the records are being collected in a timely and effective fashion, they are less likely to be unscrupulous. [page417]

[49] The effect of this evidence is that the new provisions are intended to improve the old system by modernizing the recording of the information using computers and by making the system easier for the police to administer because they receive the information electronically on a daily basis without travelling to the second-hand stores. However, it is clear that there is no attempt to say that the new provisions are necessary for administering the licensing system or for its effectiveness. In contrast, in Toronto Taxi Alliance Inc. v. Toronto (City), supra, the city had two task force reports that discussed the problem with taxi licenses and how the new by-law would address the problem.

[50] The appellants point out that there is no evidence to suggest that there is a growing problem in the municipality regarding the sale of stolen goods to second-hand dealers. On the contrary, there were only 30 suspected stolen items with a total value of $1,200, out of the 28,000 items dealt with by the Oshawa franchisee in 2003. Nor is there evidence that unscrupulous persons are more deterred by the electronic collection and transmission of personal information than by manual collection and transmission to the police.

[51] The effect of the new by-law is to facilitate the collection and electronic recording of detailed, identifying information about persons, mostly innocent but some unscrupulous, including their photograph and details of three pieces of identification as well as the time of their visit to the store and the nature of the goods offered for sale. This information is then transmitted and stored in a police database and available for use and transmission by the police without any restriction and without any judicial oversight. The intent of MFIPPA is to ensure that the collection and retention of

2007 ONCA 502 (CanLII)

private information is strictly controlled and justified.

[52] Based on the evidence in this application, the city has not demonstrated that the impugned provisions of the new by-law that mandate the collection and electronic transmission to police of detailed personal information about vendors of second-hand goods, is necessary for an effective consumer protection regime to license second-hand dealers. Given my conclusions that the impugned provisions in the new by-law do not come within the exceptions in s. 28(2) of MFIPPA, I am of the view that the application judge erred in law in his application of the Rothman's test.

[53] In this application, the city effectively took an "all or nothing approach" to the by-law, and did not seek to justify the provisions clause by clause. As a result, I would declare the challenged [page418] sections of Schedule A to the by-law: ss. 10(c), (d), 15, 20, 22(a), and (b) to be "of no effect" under s. 14 of the Municipal Act, 2001.

[54] This conclusion does not preclude the city from enacting a new second-hand goods dealers' licensing by-law with provisions regarding the collection and transmission of some personal information that it may well be able to justify under s. 28(2). I would note that s. 46(a) of MFIPPA allows the Commissioner to "offer comment on the privacy protection implications of proposed programs of institutions". There is much merit, in my view, for a city to make use of this provision to have any proposed new by-law vetted through a detailed examination of each provision and the necessity for it by the Commissioner at first instance, rather than by a court. The Commissioner has both the expertise and the experience in addressing these types of issues and can do so in a more efficient and cost-effective manner than a court.

(3) Is the transaction fee authorized under the Act?

[55] Section 22(f) of the by-law imposes a fee on licensed second-hand goods dealers of up to $1.00 per transaction. The city relies on s. 150(8) of the Act, which allows the city to impose "special conditions" for a business license, and on s.

2007 ONCA 502 (CanLII)

150(9) that restricts the total fees that can be charged for a license to the "costs directly related to the administration and enforcement of the by-law. . .". The appellants challenge s. 22(f) on the basis that it does not specifically authorize a volumetric fee as required by the Supreme Court of Canada in three cases, Kirkpatrick v. Maple Ridge (District), [1986] 2 S.C.R. 124, [1986] S.C.J. No. 47, 30 D.L.R. (4th) 431; Montral (City) v. Civic Parking Centre Ltd., [1981] 2 S.C.R. 541, [1981] S.C.J. No. 96; Longueil Navigation Co. v. Montral (City) (1888), 15 S.C.R. 566, [1888] S.C.J. No. 28.

[56] The application judge was not referred to these Supreme Court cases and decided the issue based on the application of s. 150(9).

[57] As I would declare of no effect the sections that mandate the transmission of the collected personal information to the police, the transaction fee provision becomes moot on this appeal. Furthermore, if the city were to reintroduce a licensing by-law that does not conflict with s. 28(2) of MFIPPA, it will do so under the new Municipal Act that came into effect on January 1, 2007. Under the new provisions, s. 150(2) of the Act has been repealed and replaced with new licensing powers and s. 150(9) has been repealed and replaced with new provisions [page419] regarding licensing fees. In those circumstances, it is unnecessary to address this issue. [See Note 1 below]

Result

[58] In the result, I would allow the appeal, set aside the order of the application judge and declare ss. 10(c) and (d), 15, 20, 22(a) and (b) of the by-law of no effect with costs of the appeal to the appellants on the partial indemnity scale fixed at $25,000 inclusive of disbursements and GST, and costs of the original application fixed in the amount of $20,000 inclusive of disbursements and GST.

Appeal allowed.

Notes

2007 ONCA 502 (CanLII)

Note 1: As the amended Municipal Act (in force January 1, 2007) no longer contains s. 150(2), any replacement licensing by-law may also undergo a different analysis regarding compliance with s. 28(2) of MFIPPA in relation to the use of the information for law enforcement purposes.

2007 ONCA 502 (CanLII)

Adil Charkaoui *Appellant*

v.

Minister of Citizenship and Immigration and Minister of Public Safety and Emergency Preparedness *Respondents*

and

Attorney General of Ontario, Amnesty International, British Columbia Civil Liberties Association, Canadian Bar Association, Canadian Civil Liberties Association, Canadian Council for Refugees, African Canadian Legal Clinic, International Civil Liberties Monitoring Group, National Anti-Racism Council of Canada, Canadian Arab Federation, Canadian Council on American-Islamic Relations, Canadian Muslim Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Federation of Law Societies of Canada, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic, and Human Rights Watch *Interveners*

- and -

Hassan Almrei *Appellant*

v.

Minister of Citizenship and Immigration and Minister of Public Safety and Emergency Preparedness *Respondents*

and

Attorney General of Ontario, Amnesty International, British Columbia Civil Liberties Association, Canadian Bar Association, Canadian Civil Liberties Association, Canadian Council for Refugees,

Adil Charkaoui *Appelant*

c.

Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile *Intimés*

et

Procureur général de l'Ontario, Amnistie internationale, British Columbia Civil Liberties Association, Association du Barreau canadien, Association canadienne des libertés civiles, Conseil canadien pour les réfugiés, African Canadian Legal Clinic, Coalition pour la surveillance internationale des libertés civiles, National Anti-Racism Council of Canada, Fédération canado-arabe, Canadian Council on American-Islamic Relations, Canadian Muslim Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic et Human Rights Watch *Intervenants*

- et -

Hassan Almrei *Appelant*

c.

Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile *Intimés*

et

Procureur général de l'Ontario, Amnistie internationale, British Columbia Civil Liberties Association, Association du Barreau canadien, Association canadienne des libertés civiles, Conseil canadien pour les réfugiés,

2007 SCC 9 (CanLII)

2007 SCC 9 (CanLII)

African Canadian Legal Clinic, International Civil Liberties Monitoring Group, National Anti-Racism Council of Canada, Canadian Council on American-Islamic Relations, Canadian Muslim Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Federation of Law Societies of Canada, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic, and Human Rights Watch *Interveners*

- and -

Mohamed Harkat *Appellant*

v.

Minister of Citizenship and Immigration, Minister of Public Safety and Emergency Preparedness, and Attorney General of Canada *Respondents*

and

Attorney General of Ontario, Amnesty International, British Columbia Civil Liberties Association, Canadian Bar Association, Canadian Civil Liberties Association, Canadian Council for Refugees, African Canadian Legal Clinic, International Civil Liberties Monitoring Group, National Anti-Racism Council of Canada, Canadian Council on American-Islamic Relations, Canadian Muslim Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Federation of Law Societies of Canada, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic, and Human Rights Watch *Interveners*

African Canadian Legal Clinic, Coalition pour la surveillance internationale des libertés civiles, National Anti-Racism Council of Canada, Canadian Council on American-Islamic Relations, Canadian Muslim Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic et Human Rights Watch *Intervenants*

- et -

Mohamed Harkat *Appelant*

c.

Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile et procureur général du Canada *Intimés*

et

Procureur général de l'Ontario, Amnistie internationale, British Columbia Civil Liberties Association, Association du Barreau canadien, Association canadienne des libertés civiles, Conseil canadien pour les réfugiés, African Canadian Legal Clinic, Coalition pour la surveillance internationale des libertés civiles, National Anti-Racism Council of Canada, Canadian Council on American-Islamic Relations, Canadian Muslim Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic et Human Rights Watch *Intervenants*

INDEXED AS: CHARKAOUI *v.* CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)

RÉPERTORIÉ : CHARKAOUI *c.* CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

2007 SCC 9 (CanLII)

Neutral citation: 2007 SCC 9.

File Nos.: 30762, 30929, 31178.

2006: June 13, 14, 15; 2007: February 23.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of person — Fundamental justice — Fair hearing — Immigration — Removal — Permanent resident and foreign nationals detained following issuance of certificates stating that they are inadmissible to Canada on grounds of security — Judge reviewing reasonableness of certificate must ensure confidentiality of information on which certificate is based if disclosure would be injurious to national security — Named persons in certificates denied opportunity to known case put against them — Whether named persons deprived of their right to life, liberty and security of person in accordance with principles of fundamental justice — If not, whether limit imposed on named persons' constitutional right justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Right to prompt review of detention — Immigration — Removal — Detention of foreign nationals automatic upon issuance of certificate stating they are inadmissible to Canada on grounds of security — Whether detention without warrant or lack of review of detention until 120 days after reasonableness of certificate judicially confirmed infringes guarantee against arbitrary detention — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 9, 10(c).

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual treatment — Fundamental justice — Immigration — Extended period of detention pending removal — Permanent resident and foreign nationals detained following issuance of certificates stating that they are inadmissible to Canada on grounds of security — Immigration legislation permitting lengthy and indeterminate detention or lengthy periods subject to onerous release conditions — Whether legislation constitutes cruel and

Référence neutre : 2007 CSC 9.

N[os] du greffe : 30762, 30929, 31178.

2006 : 13, 14, 15 juin; 2007 : 23 février.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Justice fondamentale — Audition équitable — Immigration — Renvoi — Résident permanent et étrangers détenus à la suite de la délivrance de certificats attestant qu'ils sont interdits de territoire au Canada pour raison de sécurité — Juge saisi de l'examen du caractère raisonnable du certificat tenu de garantir la confidentialité des renseignements justifiant le certificat dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale — Personnes désignées dans les certificats privées de la possibilité de connaître la preuve pesant contre elles — L'atteinte portée au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité des personnes désignées est-elle conforme aux principes de justice fondamentale? — Si non, l'atteinte au droit constitutionnel des personnes désignées est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Droit de faire contrôler promptement la légalité de la détention — Immigration — Renvoi — Détention automatique des étrangers dès la délivrance d'un certificat attestant qu'ils sont interdits de territoire au Canada pour raison de sécurité — La mise en détention sans mandat ou l'absence de contrôle de la détention pendant 120 jours suivant la confirmation judiciaire du caractère raisonnable du certificat violent-elles le droit à la protection contre la détention arbitraire? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 9, 10c).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Traitement cruel et inusité — Justice fondamentale — Immigration — Période de détention prolongée en attente du renvoi — Résident permanent et étrangers détenus à la suite de la délivrance de certificats attestant qu'ils sont interdits de territoire au Canada pour raison de sécurité — Loi sur l'immigration permettant la détention prolongée ou pour une durée indéterminée et l'assujettissement à de sévères conditions de mise en liberté pendant une

unusual treatment or is inconsistent with principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 12.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — Immigration — Removal — Whether deportation scheme applicable only to non-citizens infringes equality rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1).

Constitutional law — Rule of law — Immigration — Removal — Permanent resident and foreign nationals detained following issuance of certificates stating that they are inadmissible to Canada on grounds of security — Judge's determination on reasonableness of certificate final — Whether unavailability of appeal infringes rule of law — Whether rule of law prohibits automatic detention or detention on basis of executive decision.

Immigration law — Inadmissibility and removal — Permanent resident and foreign nationals detained following issuance of certificates stating that they are inadmissible to Canada on grounds of security — Whether scheme under which certificates issued and detentions ordered constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9, 10(c), 12, 15 — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 33, 77 to 85.

The *Immigration and Refugee Protection Act* ("*IRPA*") allows the Minister of Citizenship and Immigration and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness to issue a certificate declaring that a foreign national or permanent resident is inadmissible to Canada on grounds of security, among others (s. 77), and leading to the detention of the person named in the certificate. The certificate and the detention are both subject to review by a judge of the Federal Court, in a process that may deprive the person of some or all of the information on the basis of which the certificate was issued or the detention ordered (s. 78). Once a certificate is issued, a permanent resident may be detained, and the detention must be reviewed within 48 hours; in the case of a foreign national, the detention is automatic and that person cannot apply for review until 120 days after a judge determines the certificate to be reasonable (ss. 82-84). The judge's determination on the reasonableness of the certificate cannot be appealed or judicially reviewed (s. 80(3)). If the judge finds the certificate to be reasonable, it becomes a removal order, which cannot be appealed and which may be immediately enforced (s. 81).

longue période — La loi impose-t-elle un traitement cruel et inusité ou est-elle incompatible avec les principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 12.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Immigration — Renvoi — Un régime d'expulsion applicable seulement aux non-citoyens porte-t-il atteinte aux droits à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1).

Droit constitutionnel — Primauté du droit — Immigration — Renvoi — Résident permanent et étrangers détenus à la suite de la délivrance de certificats attestant qu'ils sont interdits de territoire au Canada pour raison de sécurité — Décision du juge sur le caractère raisonnable du certificat définitive — L'absence de droit d'appel est-elle contraire à la primauté du droit? — La primauté du droit interdit-elle la détention automatique ou la détention fondée sur une décision de l'exécutif?

Droit de l'immigration — Interdiction de territoire et renvoi — Résident permanent et étrangers détenus à la suite de la délivrance de certificats attestant qu'ils sont interdits de territoire au Canada pour raison de sécurité — Le régime régissant la délivrance de certificats et la détention est-il constitutionnel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9, 10c), 12, 15 — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 33, 77 à 85.

La *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (« *LIPR* ») permet au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et au ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile de délivrer un certificat attestant qu'un étranger ou un résident permanent est interdit de territoire au Canada, notamment pour raison de sécurité (art. 77), et entraînant la détention de la personne désignée dans le certificat. Le certificat et la détention sont assujettis au contrôle d'un juge de la Cour fédérale, effectué selon des règles qui peuvent priver la personne de l'accès à la totalité ou à une partie des renseignements sur la foi desquels le certificat a été délivré ou sa détention ordonnée (art. 78). Après la délivrance du certificat, un résident permanent peut être mis en détention, et sa détention doit être contrôlée dans un délai de 48 heures; dans le cas d'un étranger, la détention est automatique et une demande de contrôle ne peut être présentée que 120 jours après la confirmation par un juge du caractère raisonnable du certificat (art. 82-84). La décision du juge sur le caractère raisonnable du certificat n'est pas susceptible d'appel ou de contrôle judiciaire (par. 80(3)). Le certificat considéré raisonnable par le juge devient une mesure de renvoi, qui est sans appel et peut être exécutée immédiatement (art. 81).

2007 SCC 9 (CanLII)

2007 SCC 9 (CanLII)

Certificates of inadmissibility have been issued by the Ministers against the appellants C, H and A. While C is a permanent resident, H and A are foreign nationals who had been recognized as Convention refugees. All were living in Canada when they were arrested and detained on the basis of allegations that they constituted a threat to the security of Canada by reason of involvement in terrorist activities. C and H were released on conditions in 2005 and 2006 respectively, but A remains in detention. Both the Federal Court and the Federal Court of Appeal upheld the constitutional validity of the *IRPA*'s certificate scheme.

Held: The appeals should be allowed.

(1) *Procedure for determining reasonableness of certificate and for review of detention*

The procedure under the *IRPA* for determining whether a certificate is reasonable and the detention review procedures infringe s. 7 of the *Charter*. While the deportation of a non-citizen in the immigration context may not in itself engage s. 7, features associated with deportation may do so. Here, s. 7 is clearly engaged because the person named in a certificate faces detention pending the outcome of the proceedings and because the process may lead to the person's removal to a place where his or her life or freedom would be threatened. Further, the *IRPA*'s impairment of the named person's right to life, liberty and security is not in accordance with the principles of fundamental justice. The procedure for determining whether a certificate is reasonable and the detention review procedure fail to assure the fair hearing that s. 7 requires before the state deprives a person of this right. [13-14] [17-18] [65]

The right to a fair hearing comprises the right to a hearing before an independent and impartial magistrate who must decide on the facts and the law, the right to know the case put against one, and the right to answer that case. While the *IRPA* procedures properly reflect the exigencies of the security context, security concerns cannot be used, at the s. 7 stage of the analysis, to excuse procedures that do not conform to fundamental justice. Here, the *IRPA* scheme includes a hearing and meets the requirement of independence and impartiality, but the secrecy required by the scheme denies the person named in a certificate the opportunity to know the case put against him or her, and hence to challenge the government's case. This, in turn, undermines the judge's ability to come to a decision based on all the relevant facts and law. The judges of the Federal Court,

Les ministres ont délivré des certificats d'interdiction de territoire contre les appelants C, H et A. C est un résident permanent, tandis que H et A sont des étrangers qui ont obtenu le statut de réfugié au sens de la Convention. Ils vivaient tous au Canada au moment de leur arrestation et de leur mise en détention sur le fondement d'allégations selon lesquelles ils constituaient une menace pour la sécurité du Canada en raison de leur participation à des activités terroristes. C et H ont été libérés sous conditions en 2005 et 2006 respectivement, mais A demeure détenu. La Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont confirmé la validité constitutionnelle du régime de certificats établi par la *LIPR*.

Arrêt : Les pourvois sont accueillis.

(1) *Les procédures d'examen du caractère raisonnable d'un certificat et de contrôle de la détention*

Les procédures d'examen du caractère raisonnable d'un certificat et de contrôle de la détention établies par la *LIPR* contreviennent à l'art. 7 de la *Charte*. Bien que l'expulsion d'un non-citoyen dans le contexte de l'immigration n'enclenche peut-être pas en soi l'application de l'art. 7, certains éléments rattachés à l'expulsion pourraient l'enclencher. En l'espèce, il est clair que l'art. 7 trouve application, parce que la personne désignée dans un certificat peut être mise en détention jusqu'à l'issue de la procédure et parce que le processus peut entraîner son renvoi vers une destination où sa vie ou sa liberté seraient menacées. De plus, l'atteinte portée par la *LIPR* au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne désignée n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. Les procédures d'examen du caractère raisonnable d'un certificat et de contrôle de la détention ne garantissent pas l'audition équitable requise par l'art. 7 lorsque l'État porte atteinte à ce droit. [13-14] [17-18] [65]

Le droit à une audition équitable comprend le droit à une audition devant un magistrat indépendant et impartial, qui rend une décision fondée sur les faits et sur le droit, le droit de chacun de connaître la preuve produite contre lui et le droit d'y répondre. Bien que les procédures établies par la *LIPR* tiennent compte, à bon droit, des exigences propres au contexte de la sécurité, les questions de sécurité ne peuvent servir à légitimer, à l'étape de l'analyse fondée sur l'art. 7, une procédure non conforme à la justice fondamentale. En l'occurrence, le régime établi par la *LIPR* inclut une audition et satisfait à l'exigence de l'indépendance et de l'impartialité du juge, mais le secret requis par le régime empêche la personne désignée de savoir ce qui lui est reproché et, partant, de contester la thèse du gouvernement. Ce qui a ensuite pour effet de miner la capacité du juge

2007 SCC 9 (CanLII)

who are required under the *IRPA* to conduct a searching examination of the reasonableness of the certificate, in an independent and judicial fashion and on the material placed before them, do not possess the full and independent powers to gather evidence that exist in an inquisitorial process. At the same time, the person named in a certificate is not given the disclosure and the right to participate in the proceedings that characterize the adversarial process. The result is a concern that the judge, despite his or her best efforts to get all the relevant evidence, may be obliged, perhaps unknowingly, to make the required decision based on only part of the relevant evidence. Similar concerns arise with respect to the requirement that the decision be based on the law. Without knowledge of the information put against him or her, the person named in a certificate may not be in a position to raise legal objections relating to the evidence, or to develop legal arguments based on the evidence. If s. 7 is to be satisfied, either the person must be given the necessary information, or a substantial substitute for that information must be found. The *IRPA* provides neither. [23] [27-31] [38] [45] [50-52] [61] [65]

de rendre une décision fondée sur l'ensemble des faits et du droit pertinents. Les juges de la Cour fédérale, qui sont tenus par la *LIPR* de procéder à un examen rigoureux du caractère raisonnable du certificat, de façon indépendante et judiciaire et à partir des renseignements dont ils disposent, ne sont pas investis de tous les pouvoirs indépendants de colliger les éléments de preuve que leur conférerait un processus inquisitoire. Par contre, la personne désignée dans le certificat ne bénéficie ni de la divulgation de la preuve ni du droit de participer à la procédure qui caractérisent un processus contradictoire. En conséquence, on craint que le juge, en dépit des efforts qu'il déploie pour obtenir toute la preuve pertinente, soit obligé — peut-être sans le savoir — de rendre sa décision sur le fondement d'une partie seulement de la preuve pertinente. Des problèmes semblables se posent quant au respect de l'exigence voulant que la décision soit fondée sur le droit. Ne sachant pas ce qui lui est reproché, il se peut que la personne désignée dans le certificat ne soit pas en mesure de soulever une objection juridique contre un élément de preuve ou de faire valoir des arguments de droit fondés sur la preuve. Pour respecter l'art. 7, il faut soit communiquer les renseignements nécessaires à l'intéressé, soit trouver une autre façon de l'informer pour l'essentiel. La *LIPR* ne prévoit ni l'un ni l'autre. [23] [27-31] [38] [45] [50-52] [61] [65]

The infringement of s. 7 is not saved by s. 1 of the *Charter*. While the protection of Canada's national security and related intelligence sources constitutes a pressing and substantial objective, and the non-disclosure of evidence at certificate hearings is rationally connected to this objective, the *IRPA* does not minimally impair the rights of persons named in certificates. Less intrusive alternatives developed in Canada and abroad, notably the use of special counsel to act on behalf of the named persons, illustrate that the government can do more to protect the individual while keeping critical information confidential than it has done in the *IRPA*. [66] [68] [70] [73] [85] [87]

La contravention à l'art. 7 n'est pas validée par application de l'article premier de la *Charte*. Bien que la protection de la sécurité nationale du Canada et des sources en matière de renseignement constitue un objectif urgent et réel et que la non-communication d'éléments de preuve dans le cadre d'une audition sur un certificat ait un lien rationnel avec cet objectif, la *LIPR* ne porte pas le moins possible atteinte aux droits des personnes désignées dans un certificat. Les solutions moins attentatoires conçues au Canada et à l'étranger, notamment le recours à un avocat spécial pour représenter les personnes désignées, démontrent que le législateur peut faire mieux qu'il ne l'a fait dans la *LIPR* pour protéger les individus tout en préservant la confidentialité des renseignements sensibles. [66] [68] [70] [73] [85] [87]

(2) *Detention of foreign nationals*

The detention of foreign nationals without warrant does not infringe the guarantee against arbitrary detention in s. 9 of the *Charter*. The triggering event for the detention of a foreign national is the signing under s. 77 of the *IRPA* of a certificate stating that the foreign national is inadmissible on grounds of security, violation of human or international rights, serious criminality or organized criminality. The security ground is based on the danger posed by the named person, and

(2) *Détention des étrangers*

La détention sans mandat des étrangers ne viole pas les droits à la protection contre la détention arbitraire garanti à l'art. 9 de la *Charte*. L'événement à l'origine de la détention d'un étranger est la signature, en vertu de l'art. 77 de la *LIPR*, du certificat attestant que cet étranger est interdit de territoire pour raison de sécurité, pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée. Le motif de la sécurité est basé sur le danger que

2007 SCC 9 (CanLII)

therefore provides a rational foundation for the detention. However, the lack of review of the detention of foreign nationals until 120 days after the reasonableness of the certificate has been judicially confirmed (s. 84(2)) infringes the guarantee against arbitrary detention in s. 9 of the *Charter*, which encompasses the right to prompt review of detention under s. 10(*c*) of the *Charter*. While there may be a need for some flexibility regarding the period for which a suspected terrorist may be detained, this cannot justify the complete denial of a timely detention review. [88-89] [91] [93]

The infringement of ss. 9 and 10(*c*) is not justified under s. 1 of the *Charter*. The *IRPA* provides permanent residents who pose a danger to national security with a mandatory detention review within 48 hours. It follows that denial of review for foreign nationals for 120 days after the certificate is confirmed does not minimally impair the rights guaranteed by ss. 9 and 10(*c*). [93-94]

(3) *Extended periods of detention*

While the s. 12 guarantee against cruel and unusual treatment cannot be used as a mechanism to challenge the overall fairness of a particular legislative regime, indefinite detention without hope of release or recourse to a legal process to procure release may cause psychological stress and therefore constitute cruel and unusual treatment. The *IRPA* in principle imposes detention only pending deportation, but it may in fact permit lengthy and indeterminate detention, or lengthy periods of detention subject to onerous release conditions. The principles of fundamental justice and the guarantee of freedom from cruel and unusual treatment require that, where a person is detained or is subject to onerous conditions of release for an extended period under immigration law, the detention or the conditions must be accompanied by a meaningful process of ongoing review that takes into account the context and circumstances of the individual case. The person must be accorded meaningful opportunities to challenge his or her continued detention or the conditions of his or her release. [97-98] [105] [107]

Extended periods of detention pending deportation under the certificate provisions of the *IRPA* do not violate ss. 7 and 12 of the *Charter* if accompanied by a process that provides regular opportunities for review

représente la personne désignée, et constitue un fondement rationnel pour la détention. Toutefois, l'absence de contrôle de la détention des étrangers avant que ne se soient écoulés 120 jours après la confirmation judiciaire du caractère raisonnable du certificat (par. 84(2)) porte atteinte à la protection contre la détention arbitraire garantie par l'art. 9 de la *Charte*, qui comprend le droit de faire contrôler promptement la légalité de la détention garanti par l'al. 10*c*) de la *Charte*. Certes, une certaine souplesse peut être nécessaire quant à la durée de la détention d'une personne soupçonnée de terrorisme, mais cela ne saurait justifier l'absence totale de possibilité de faire contrôler promptement la détention. [88-89] [91] [93]

La contravention à l'art. 9 et à l'al. 10*c*) n'est pas justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. La *LIPR* assure aux résidents permanents qui posent un danger pour la sécurité nationale le contrôle obligatoire de leur détention dans un délai de 48 heures. Par conséquent, empêcher le contrôle de la détention des étrangers durant les 120 jours qui suivent la confirmation du certificat ne porte pas le moins possible atteinte aux droits que garantissent aux étrangers l'art. 9 et l'al. 10*c*). [93-94]

(3) *Détention prolongée*

Bien que la garantie de l'art. 12 contre tout traitement cruel et inusité ne soit pas un mécanisme pouvant servir à contester globalement le caractère équitable d'un régime législatif particulier, la détention d'une durée indéterminée sans espoir d'être libéré, ni aucune voie de droit pour obtenir une mise en liberté, peut causer un stress psychologique et constituer de ce fait un traitement cruel et inusité. La *LIPR* n'impose en principe la détention qu'en attendant l'expulsion, mais elle peut en fait permettre une détention prolongée ou pour une durée indéterminée, ou l'assujettissement à de sévères conditions de mise en liberté pendant une longue période. Les principes de justice fondamentale et le droit à la protection contre tous traitements cruels ou inusités exigent que la détention d'une personne ou son assujettissement à de sévères conditions de mise en liberté pendant une longue période, en vertu du droit de l'immigration, soient assortis d'un processus valable de contrôle continu qui tienne compte du contexte et des circonstances propres à chaque cas. Chacun doit avoir la possibilité réelle de contester son maintien en détention ou ses conditions de mise en liberté. [97-98] [105] [107]

Les longues périodes de détention en attente de l'expulsion permises par les dispositions de la *LIPR* régissant les certificats ne contreviennent pas aux art. 7 et 12 de la *Charte* lorsqu'elles sont assorties d'un processus

of detention, taking into account all of the relevant factors, including the reasons for detention, the length of the detention, the reasons for the delay in deportation, the anticipated future length of detention, if applicable, and the availability of alternatives to detention. However, this does not preclude the possibility of a judge concluding at a certain point that a particular detention constitutes cruel and unusual treatment or is inconsistent with the principles of fundamental justice. [110-116] [123]

(4) *Differential treatment of citizens and non-citizens*

Since s. 6 of the *Charter* specifically provides for differential treatment of citizens and non-citizens in deportation matters, a deportation scheme that applies to non-citizens, but not to citizens, does not for that reason alone infringe s. 15 of the *Charter*. Even though the detention of some of the appellants has been long, the record does not establish that the detentions at issue have become unhinged from the state's purpose of deportation. [129] [131]

(5) *Rule of law*

The rule of law is not infringed by (1) the unavailability of an appeal of the designated judge's review of the reasonableness of the certificate; or (2) the provision for the issuance of an arrest warrant by the executive in the case of a permanent resident, or for mandatory arrest without a warrant following an executive decision in the case of a foreign national. First, there is no constitutional right to an appeal, nor can such a right be said to flow from the rule of law in the present context. Second, the rule of law does not categorically prohibit automatic detention, or detention on the basis of an executive decision, and the constitutional protections surrounding arrest and detention are set out in the *Charter*. [133] [136-137]

(6) *Remedy*

The *IRPA*'s procedure for the judicial approval of certificates is inconsistent with the *Charter*, and hence of no force or effect. This declaration is suspended for one year from the date of this judgment. If the government chooses to have the reasonableness of C's certificate determined during the one-year suspension period, the existing process under the *IRPA* will apply. After that period, H and A's certificates will lose their "reasonable" status and it will be open to them to apply to have the certificates quashed. Likewise, any certificates or detention reviews occurring after

qui offre la possibilité de faire contrôler régulièrement la détention en fonction de tous les facteurs pertinents, y compris les motifs de la détention, le temps passé en détention, les raisons qui retardent l'expulsion, la durée anticipée du prolongement de la détention, le cas échéant, et l'existence de solutions de rechange à la détention. Cela n'écarte toutefois pas la possibilité que, dans un cas particulier, un juge arrive à la conclusion que la détention constitue un traitement cruel et inusité ou est incompatible avec les principes de justice fondamentale. [110-116] [123]

(4) *Traitement différent des citoyens et des non-citoyens*

Comme l'art. 6 de la *Charte* prévoit expressément un traitement différent pour les citoyens et les non-citoyens en matière d'expulsion, un régime d'expulsion qui s'applique uniquement aux non-citoyens, à l'exclusion des citoyens, n'est pas de ce seul fait contraire à l'art. 15 de la *Charte*. En dépit de la longue détention de certains des appelants le dossier n'établit pas l'absence de lien entre les détentions en cause et l'objectif de l'État d'expulser les intéressés. [129] [131]

(5) *La primauté du droit*

Ni (1) l'absence d'un droit d'appel de la conclusion du juge désigné portant que le certificat est raisonnable, ni (2) les dispositions qui permettent au pouvoir exécutif de lancer un mandat d'arrestation, dans le cas d'un résident permanent, ou prévoient l'arrestation obligatoire sans mandat à la suite d'une décision du pouvoir exécutif, dans le cas d'un étranger, ne sont incompatibles avec la primauté du droit. Premièrement, le droit d'appel n'est pas garanti par la Constitution et on ne peut affirmer que ce droit découle de la primauté du droit dans le présent contexte. Deuxièmement, la primauté du droit n'interdit pas catégoriquement la détention automatique, ni la détention ordonnée par l'exécutif, et les protections constitutionnelles en cas d'arrestation et de détention sont énoncées dans la *Charte*. [133] [136-137]

(6) *Réparation*

La procédure de confirmation judiciaire des certificats établie par la *LIPR* est incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante. L'effet de la présente déclaration est suspendu pour un an à compter de la date du présent jugement. Si le gouvernement décide de faire examiner le caractère raisonnable du certificat visant C pendant cette période, la procédure existante prévue par la *LIPR* s'appliquera. Après ce délai, les certificats visant H et A perdront le caractère « raisonnable » qui leur a été reconnu et ils pourront en demander l'annulation. De même, l'examen d'un certificat et le contrôle de la

2007 SCC 9 (CanLII)

the one-year delay will be subject to the new process devised by Parliament. Further, s. 84(2), which denies a prompt hearing to foreign nationals by imposing a 120-day embargo, after confirmation of the certificate, on applications for release, is struck, and s. 83 is modified so as to allow for review of the detention of a foreign national both before and after the certificate has been deemed reasonable. [139-141]

Cases Cited

Referred to: *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *Jaballah (Re)* (2006), 148 C.R.R. (2d) 1, 2006 FC 1230; *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 539, 2005 SCC 51; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; *United States of America v. Ferras*, [2006] 2 S.C.R. 77, 2006 SCC 33; *R. v. Rodgers*, [2006] 1 S.C.R. 554, 2006 SCC 15; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41; *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74; *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 248, 2004 SCC 42; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Jaballah, Re* (2004), 247 F.T.R. 68, 2004 FC 299; *Charkaoui (Re)*, [2005] 3 F.C.R. 389, 2005 FC 248; *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 100, 2005 SCC 40; *R. v. Taubler* (1987), 20 O.A.C. 64; *R. v. Turlon* (1989), 49 C.C.C. (3d) 186; *Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice)*, [2005] 2 S.C.R. 286, 2005 SCC 44; *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, [2006] 2 S.C.R. 32, 2006 SCC 31; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Malik*, [2005] B.C.J. No. 521 (QL), 2005 BCSC 350; Eur. Court H.R., *Chahal v. United Kingdom*, judgment of 15 November 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V; *M. v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] 2 All E.R. 863,

détention effectués après l'expiration de cette période de un an seront assujettis au nouveau processus conçu par le législateur. De plus, le par. 84(2), qui nie aux étrangers détenus le droit à une audition dans un bref délai, en interdisant toute demande de mise en liberté pendant une période de 120 jours suivant la confirmation du certificat, est radié et l'art. 83 est modifié pour permettre le contrôle de la détention d'un étranger tant avant qu'après qu'il soit statué sur le caractère raisonnable du certificat. [139-141]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *Jaballah (Re)*, [2006] A.C.F. nº 1706 (QL), 2006 CF 1230; *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 539, 2005 CSC 51; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *États-Unis d'Amérique c. Ferras*, [2006] 2 R.C.S. 77, 2006 CSC 33; *R. c. Rodgers*, [2006] 1 R.C.S. 554, 2006 CSC 15; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41; *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74; *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248, 2004 CSC 42; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Jaballah, Re* (2004), 247 F.T.R. 68, 2004 CF 299; *Charkaoui (Re)*, [2005] 3 R.C.F. 389, 2005 CF 248; *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 100, 2005 CSC 40; *R. c. Taubler* (1987), 20 O.A.C. 64; *R. c. Turlon* (1989), 49 C.C.C. (3d) 186; *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)*, [2005] 2 R.C.S. 286, 2005 CSC 44; *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, [2006] 2 R.C.S. 32, 2006 CSC 31; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Malik*, [2005] B.C.J. No. 521 (QL), 2005 BCSC 350; Cour eur. D.H., *Chahal c. Royaume-Uni*, arrêt du 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V; *M. c. Secretary*

2007 SCC 9 (CanLII)

2007 SCC 9 (CanLII)

[2004] EWCA Civ 324, aff'g [2004] UKSIAC 17/2002 (BAILII), March 8, 2004; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001); *Slivenko v. Latvia* [GC], No. 48321/99, ECHR 2003-X; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Wiles*, [2005] 3 S.C.R. 895, 2005 SCC 84; *Sahin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 214; Eur. Court H.R., *Soering* case, judgment of 7 July 1989, Series A, No. 161; *Charkaoui (Re)*, [2004] 1 F.C.R. 528, 2003 FC 882; *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 24 Admin. L.R. (3d) 171; *Harkat v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 F.C.R. 321, 2006 FC 628; *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 270 F.T.R. 1, 2005 FC 1645; *R. v. Governor of Durham Prison, ex parte Singh*, [1984] 1 All E.R. 983; *A. v. Secretary of State for the Home Department*, [2005] 3 All E.R. 169, [2004] UKHL 56; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, [2005] 2 S.C.R. 473, 2005 SCC 49; *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53; *Zündel, Re* (2004), 331 N.R. 180, 2004 FCA 394.

Statutes and Regulations Cited

Anti-terrorism Act, S.C. 2001, c. 41.
Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 (U.K.), 2001, c. 24, s. 23.
Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, ss. 37 to 39, 38.01, 38.02, 38.04.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 6(1), 7, 9, 10(*c*), 11(*d*), 12, 15, 24(1).
Canadian Security Intelligence Service Act, S.C. 1984, c. 21 (later R.S.C. 1985, c. C-23).
Constitution Act, 1867, s. 96.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 487.055, 503(1).
Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 4.
Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2 (formerly *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52), ss. 39(2), (6), (9), (10), 40(1), 40.1.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 33, 55 to 58, 77 to 85, 112, 115.
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, r. 248.
Special Immigration Appeals Commission Act 1997 (U.K.), 1997, c. 68, s. 6(1), (4).
Special Immigration Appeals Commission (Procedure) Rules 2003, S.I. 2003/1034, rr. 35, 36, 38.

of State for the Home Department, [2004] 2 All E.R. 863, [2004] EWCA Civ 324, conf. [2004] UKSIAC 17/2002 (BAILII), 8 mars 2004; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Rasul c. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *Zadvydas c. Davis*, 533 U.S. 678 (2001); *Slivenko c. Lettonie* [GC], nº 48321/99, CEDH 2003-X; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Wiles*, [2005] 3 R.C.S. 895, 2005 CSC 84; *Sahin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 214; Cour eur. D.H., affaire *Soering*, arrêt du 7 juillet 1989, série A, nº 161; *Charkaoui (Re)*, [2004] 1 R.C.F. 528, 2003 CF 882; *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. nº 1114 (QL); *Harkat c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 1 R.C.F. 321, 2006 CF 628; *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] A.C.F. nº 1994 (QL), 2005 CF 1645; *R. c. Governor of Durham Prison, ex parte Singh*, [1984] 1 All E.R. 983; *A. c. Secretary of State for the Home Department*, [2005] 3 All E.R. 169, [2004] UKHL 56; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2005] 2 R.C.S. 473, 2005 CSC 49; *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53; *Zündel, Re*, [2004] A.C.F. nº 1982 (QL), 2004 CAF 394.

Lois et règlements cités

Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 (R.-U.), 2001, ch. 24, art. 23.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 6(1), 7, 9, 10*c*), 11*d*), 12, 15, 24(1).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.055, 503(1).
Loi antiterroriste, L.C. 2001, ch. 41.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 96.
Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2 (auparavant *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52), art. 39(2), (6), (9), (10), 40(1), 40.1.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 33, 55 à 58, 77 à 85, 112, 115.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 37 à 39, 38.01, 38.02, 38.04.
Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, S.C. 1984, ch. 21 (maintenant L.R.C. 1985, ch. C-23).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 4.
Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, règle 248.
Special Immigration Appeals Commission Act 1997 (R.-U.), 1997, ch. 68, art. 6(1), (4).
Special Immigration Appeals Commission (Procedure) Rules 2003, S.I. 2003/1034, règles 35, 36, 38.

2007 SCC 9 (CanLII)

Treaties and Other International Instruments

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221, arts. 5, 14.

Authors Cited

Canada. Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. *A New Review Mechanism for the RCMP's National Security Activities*. Ottawa: The Commission, 2006.

Canada. Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. *Report of the Events Relating to Maher Arar: Analysis and Recommendations*. Ottawa: The Commission, 2006.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Citizenship and Immigration, *Evidence*, 1st Sess., 37th Parl., April 26, 2001 (online: http://cmte.parl.gc.ca/cmte/CommitteePublication.aspx?SourceID=54760).

Canada. Security Intelligence Review Committee. *Annual Report 1988-1989*. Ottawa: The Committee, 1989.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 1997 (updated 2006, release 1).

Hugessen, James K. "Watching the Watchers: Democratic Oversight", in David Daubney et al., eds., *Terrorism, Law and Democracy: How is Canada changing following September 11?* Montréal: Thémis, 2002, 381.

Rankin, Murray. "The Security Intelligence Review Committee: Reconciling National Security with Procedural Fairness" (1990), 3 *C.J.A.L.P.* 173.

Roach, Kent. "Ten Ways to Improve Canadian Anti-Terrorism Law" (2006), 51 *Crim. L.Q.* 102.

Stewart, Hamish. "Is Indefinite Detention of Terrorist Suspects Really Constitutional?" (2005), 54 *U.N.B.L.J.* 235.

United Kingdom. House of Commons Constitutional Affairs Committee. *The operation of the Special Immigration Appeals Commission (SIAC) and the use of Special Advocates*, 7th Report, Sess. 2004-05, vol. 1. London: Stationery Office, 2005.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Richard C.J. and Décary and Létourneau JJ.A.), [2005] 2 F.C.R. 299, 247 D.L.R. (4th) 405, 328 N.R. 201, 126 C.R.R. (2d) 298, 42 Imm. L.R. (3d) 165, [2004] F.C.J. No. 2060 (QL), 2004 FCA 421, upholding a decision of Noël J., [2004] 3 F.C.R. 32, 253 F.T.R. 22, 38 Imm. L.R. (3d) 56, [2003] F.C.J. No. 1816 (QL), 2003 FC 1419, refusing to declare

Traités et autres instruments internationaux

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221, art. 5, 14.

Doctrine citée

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration, *Témoignages*, 1re sess., 37e lég., 26 avril 2001 (en ligne : http://cmte.parl.gc.ca/cmte/CommitteePublication.aspx?COM=212&SourceId=54760&SwitchLanguage=1).

Canada. Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité. *Rapport annuel 1988-1989*. Ottawa : Le Comité, 1989.

Canada. Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations*. Ottawa : La Commission, 2006.

Canada. Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. *Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale*. Ottawa : La Commission, 2006.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 1997 (updated 2006, release 1).

Hugessen, James K. « Watching the Watchers : Democratic Oversight », dans David Daubney et autres, dir., *Terrorisme, droit et démocratie : Comment le Canada a-t-il changé après le 11 septembre?* Montréal : Thémis, 2002, 381.

Rankin, Murray. « The Security Intelligence Review Committee : Reconciling National Security with Procedural Fairness » (1990), 3 *C.J.A.L.P.* 173.

Roach, Kent. « Ten Ways to Improve Canadian Anti-Terrorism Law » (2006), 51 *Crim. L.Q.* 102.

Royaume-Uni. House of Commons Constitutional Affairs Committee. *The operation of the Special Immigration Appeals Commission (SIAC) and the use of Special Advocates*, 7th Report, Sess. 2004-05, vol. 1. London : Stationery Office, 2005.

Stewart, Hamish. « Is Indefinite Detention of Terrorist Suspects Really Constitutional? » (2005), 54 *R.D. U.N.-B.* 235.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (le juge en chef Richard et les juges Décary et Létourneau), [2005] 2 R.C.F. 299, 247 D.L.R. (4th) 405, 328 N.R. 201, 126 C.R.R. (2d) 298, 42 Imm. L.R. (3d) 165, [2004] A.C.F. no 2060 (QL), 2004 CAF 421, qui a maintenu la décision du juge Noël, [2004] 3 R.C.F. 32, 253 F.T.R. 22, 38 Imm. L.R. (3d) 56, [2003] A.C.F. no 1816 (QL),

parts of the *Immigration and Refugee Protection Act* unconstitutional at the request of the appellant Charkaoui. Appeal allowed.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Létourneau, Sexton and Sharlow JJ.A.), [2005] 3 F.C.R. 142, 251 D.L.R. (4th) 13, 330 N.R. 73, 45 Imm. L.R. (3d) 163, [2005] F.C.J. No. 213 (QL), 2005 FCA 54, upholding a decision of Blanchard J., [2004] 4 F.C.R. 327, 249 F.T.R. 53, 38 Imm. L.R. (3d) 117, [2004] F.C.J. No. 509 (QL), 2004 FC 420, refusing to declare parts of the *Immigration and Refugee Protection Act* unconstitutional at the request of the appellant Almrei. Appeal allowed.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Richard C.J. and Décary and Létourneau JJ.A.) (2005), 340 N.R. 286, [2005] F.C.J. No. 1467 (QL), 2005 FCA 285, upholding a decision of Dawson J. (2005), 261 F.T.R. 52, 45 Imm. L.R. (3d) 65, [2005] F.C.J. No. 481 (QL), 2005 FC 393, refusing to declare parts of the *Immigration and Refugee Protection Act* unconstitutional at the request of the appellant Harkat. Appeal allowed.

Johanne Doyon and *Julius H. Grey*, for the appellant Charkaoui.

John Norris and *Barbara Jackman*, for the appellant Almrei.

Paul D. Copeland and *Matt Webber*, for the appellant Harkat.

Bernard Laprade, *Normand Lemyre* and *Daniel Latulippe*, for the respondents (30762).

Urszula Kaczmarczyk, *Donald A. MacIntosh* and *Cheryl D. Mitchell*, for the respondents (30929).

Bernard Laprade, *Urszula Kaczmarczyk* and *Donald A. MacIntosh*, for the respondents (31178).

John Corelli and *Ian Bulmer*, for the intervener the Attorney General of Ontario (30762, 31178).

Shaun Nakatsuru and *Michael Doi*, for the intervener the Attorney General of Ontario (30929).

2003 CF 1419, qui a refusé de déclarer inconstitutionnelles certaines parties de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* à la demande de l'appelant Charkaoui. Pourvoi accueilli.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Létourneau, Sexton et Sharlow), [2005] 3 R.C.F. 142, 251 D.L.R. (4th) 13, 330 N.R. 73, 45 Imm. L.R. (3d) 163, [2005] A.C.F. nº 213 (QL), 2005 CAF 54, qui a maintenu une décision du juge Blanchard, [2004] 4 R.C.F. 327, 249 F.T.R. 53, 38 Imm. L.R. (3d) 117, [2004] A.C.F. nº 509 (QL), 2004 CF 420, qui a refusé de déclarer inconstitutionnelles certaines parties de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* à la demande de l'appelant Almrei. Pourvoi accueilli.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (le juge en chef Richard et les juges Décary et Létourneau) (2005), 340 N.R. 286, [2005] A.C.F. nº 1467 (QL), 2005 CAF 285, qui a maintenu une décision de la juge Dawson (2005), 261 F.T.R. 52, 45 Imm. L.R. (3d) 65, [2005] A.C.F. nº 481 (QL), 2005 CF 393, qui a refusé de déclarer inconstitutionnelles certaines parties de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* à la demande de l'appelant Harkat. Pourvoi accueilli.

Johanne Doyon et *Julius H. Grey*, pour l'appelant Charkaoui.

John Norris et *Barbara Jackman*, pour l'appelant Almrei.

Paul D. Copeland et *Matt Webber*, pour l'appelant Harkat.

Bernard Laprade, *Normand Lemyre* et *Daniel Latulippe*, pour les intimés (30762).

Urszula Kaczmarczyk, *Donald A. MacIntosh* et *Cheryl D. Mitchell*, pour les intimés (30929).

Bernard Laprade, *Urszula Kaczmarczyk* et *Donald A. MacIntosh*, pour les intimés (31178).

John Corelli et *Ian Bulmer*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario (30762, 31178).

Shaun Nakatsuru et *Michael Doi*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario (30929).

2007 SCC 9 (CanLII)

Michael Bossin, *Owen M. Rees*, *Vanessa Gruben* and *Thomas G. Conway*, for the intervener Amnesty International.

Gregory P. DelBigio and *Jason B. Gratl*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Lorne Waldman, for the intervener the Canadian Bar Association.

Edward L. Greenspan, *Q.C.*, and *David N. Tice*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Sharryn Aiken, *Marie Chen* and *Mary Eberts*, for the interveners the Canadian Council for Refugees, the African Canadian Legal Clinic, the International Civil Liberties Monitoring Group and the National Anti-Racism Council of Canada.

R. Douglas Elliott and *Gabriel R. Fahel*, for the intervener the Canadian Arab Federation.

David Baker and *Faisal Bhabha*, for the interveners the Canadian Council on American-Islamic Relations and the Canadian Muslim Civil, Liberties Association.

Michael Code, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Neil Finkelstein and *Catherine Beagan Flood*, for the intervener the Federation of Law Societies of Canada.

Sujit Choudhry and *Robert A. Centa*, for the interveners the University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic, and Human Rights Watch.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

1 One of the most fundamental responsibilities of a government is to ensure the security of its

Michael Bossin, *Owen M. Rees*, *Vanessa Gruben* et *Thomas G. Conway*, pour l'intervenante Amnistie internationale.

Gregory P. DelBigio et *Jason B. Gratl*, pour l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

Lorne Waldman, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Edward L. Greenspan, *c.r.*, et *David N. Tice*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Sharryn Aiken, *Marie Chen* et *Mary Eberts*, pour les intervenants le Conseil canadien pour les réfugiés, African Canadian Legal Clinic, la Coalition pour la surveillance internationale des libertés civiles et National Anti-Racism Council of Canada.

R. Douglas Elliott et *Gabriel R. Fahel*, pour l'intervenante la Fédération canado-arabe.

David Baker et *Faisal Bhabha*, pour les intervenants Canadian Council on American-Islamic Relations et Canadian Muslim Civil Liberties Association.

Michael Code, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Neil Finkelstein et *Catherine Beagan Flood*, pour l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada.

Sujit Choudhry et *Robert A. Centa*, pour les intervenantes University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic et Human Rights Watch.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

L'une des responsabilités les plus fondamentales d'un gouvernement est d'assurer la sécurité de

2007 SCC 9 (CanLII)

2007 SCC 9 (CanLII)

citizens. This may require it to act on information that it cannot disclose and to detain people who threaten national security. Yet in a constitutional democracy, governments must act accountably and in conformity with the Constitution and the rights and liberties it guarantees. These two propositions describe a tension that lies at the heart of modern democratic governance. It is a tension that must be resolved in a way that respects the imperatives both of security and of accountable constitutional governance.

ses citoyens. Pour y parvenir, il peut arriver qu'il doive agir sur la foi de renseignements qu'il ne peut divulguer ou détenir des personnes qui constituent une menace pour la sécurité nationale. En revanche, dans une démocratie constitutionnelle, le gouvernement doit agir de manière responsable, en conformité avec la Constitution et les droits et libertés qu'elle garantit. Ces deux propositions illustrent une tension inhérente au système de gouvernance démocratique moderne. Cette tension ne peut être réglée que dans le respect des impératifs à la fois de la sécurité et d'une gouvernance constitutionnelle responsable.

In this case, we are confronted with a statute, the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 ("*IRPA*"), that attempts to resolve this tension in the immigration context by allowing the Minister of Citizenship and Immigration (the "Minister"), and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (collectively "the ministers") to issue a certificate of inadmissibility leading to the detention of a permanent resident or foreign national deemed to be a threat to national security. The certificate and the detention are both subject to review by a judge, in a process that may deprive the person named in the certificate of some or all of the information on the basis of which the certificate was issued or the detention ordered. The question is whether the solution that Parliament has enacted conforms to the Constitution, and in particular the guarantees in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* that protect against unjustifiable intrusions on liberty, equality and the freedom from arbitrary detention and from cruel and unusual treatment.

2 Le pourvoi porte sur une loi qui est censée régler cette tension dans le contexte de l'immigration, soit la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (« *LIPR* »). Celle-ci autorise le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le « ministre ») et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (collectivement « les ministres ») à délivrer un certificat d'interdiction de territoire entraînant la détention d'un résident permanent ou d'un étranger considéré comme constituant un danger pour la sécurité nationale. Le certificat et la détention sont assujettis au contrôle d'un juge. La procédure de contrôle se déroule selon des règles qui peuvent priver la personne désignée dans le certificat de l'accès à la totalité ou à une partie des renseignements sur la foi desquels le certificat a été délivré ou sa détention ordonnée. Il s'agit en l'espèce de savoir si la solution retenue par le législateur est conforme à la Constitution, et plus particulièrement si elle respecte les garanties incluses dans la *Charte canadienne des droits et libertés* contre toute atteinte injustifiable à la liberté, à l'égalité, à la protection contre la détention arbitraire et à la protection contre tout traitement cruel et inusité.

I conclude that the *IRPA* unjustifiably violates s. 7 of the *Charter* by allowing the issuance of a certificate of inadmissibility based on secret material without providing for an independent agent at the stage of judicial review to better protect the named person's interests. I also conclude that some of the time limits in the provisions for continuing detention of a foreign national violate ss. 9 and

3 Je conclus que la *LIPR* contrevient de manière injustifiable à l'art. 7 de la *Charte* en autorisant la délivrance d'un certificat d'interdiction de territoire sur la foi de documents secrets, sans prévoir la participation d'un représentant indépendant à l'étape du contrôle judiciaire pour garantir le plus grand respect des intérêts de la personne désignée. Je conclus également que certains des délais

10(*c*) because they are arbitrary. I find that s. 12 has not been shown to be violated since a meaningful detention review process offers relief against the possibility of indefinite detention. Finally, I find that there is no breach of the s. 15 equality right.

II. Background

4 The provisions of the *IRPA* at issue in this case, reproduced in the Appendix, are part of Canada's immigration law. Their purpose is to permit the removal of non-citizens living in Canada — permanent residents and foreign nationals — on various grounds, including connection with terrorist activities. The scheme permits deportation on the basis of confidential information that is not to be disclosed to the person named in the certificate or anyone acting on the person's behalf or in his or her interest. The scheme was meant to "facilitat[e] the early removal of persons who are inadmissible on serious grounds, including persons posing a threat to the security of Canada" (*Clause by Clause Analysis* (2001), at p. 72). In reality, however, it may also lead to long periods of incarceration.

5 The *IRPA* requires the ministers to sign a certificate declaring that a foreign national or permanent resident is inadmissible to enter or remain in Canada on grounds of security, among others: s. 77. A judge of the Federal Court then reviews the certificate to determine whether it is reasonable: s. 80. If the state so requests, the review is conducted *in camera* and *ex parte*. The person named in the certificate has no right to see the material on the basis of which the certificate was issued. Non-sensitive material may be disclosed; sensitive or confidential material must not be disclosed if the government objects. The named person and his or her lawyer cannot see undisclosed material, although the ministers and the reviewing judge may rely on it. At the end of the day, the judge must provide the person with a summary of the case against him or her — a summary that does not

prévus par les dispositions permettant de maintenir un étranger en détention contreviennent à l'art. 9 et à l'al. 10*c*), parce qu'ils sont arbitraires. Je conclus qu'aucune contravention à l'art. 12 n'a été démontrée, étant donné qu'un processus valable de contrôle de la détention offre un recours contre la possibilité d'une détention d'une durée indéterminée. Enfin, je conclus à l'absence de violation du droit à l'égalité garanti par l'art. 15.

II. Les faits

Les dispositions en cause de la *LIPR*, reproduites en annexe, font partie intégrante du droit canadien de l'immigration. Elles visent à permettre le renvoi de non-citoyens qui vivent au Canada — résidents permanents et étrangers — pour divers motifs, y compris un lien avec des activités terroristes. Ce régime autorise l'expulsion sur la foi de renseignements confidentiels qui ne sont communiqués ni à la personne désignée dans le certificat ni à qui que ce soit qui agirait en son nom ou défendrait ses intérêts. Il avait pour objectif de [TRADUCTION] « facilit[er] le renvoi rapide des personnes interdites de territoire pour des motifs graves, notamment celles qui constituent un danger pour la sécurité du Canada » (*Clause by Clause Analysis* (2001), p. 72). Or, dans les faits, il peut aussi entraîner de longues périodes d'incarcération.

La *LIPR* exige que les ministres signent un certificat attestant qu'un étranger ou un résident permanent est interdit de territoire pour raison de sécurité, de sorte qu'il n'est autorisé ni à entrer ni à demeurer au Canada : art. 77. Un juge de la Cour fédérale examine ensuite le certificat afin de déterminer s'il est raisonnable : art. 80. Si l'État le demande, l'examen se déroule à huis clos et en l'absence de l'intéressé. La personne désignée dans le certificat n'a pas le droit de prendre connaissance des documents sur la foi desquels le certificat a été délivré. Les renseignements qui ne sont pas sensibles peuvent être communiqués. Par contre, les renseignements sensibles ou confidentiels ne peuvent pas être divulgués si le gouvernement s'oppose à leur divulgation. Ni la personne désignée ni son avocat ne peuvent prendre connaissance des renseignements tenus secrets, même si les ministres et le juge peuvent

2007 SCC 9 (CanLII)

disclose material that might compromise national security. If the judge determines that the certificate is reasonable, there is no appeal and no way to have the decision judicially reviewed: s. 80(3).

s'appuyer sur eux. En définitive, le juge fournit à l'intéressé un résumé de la preuve présentée contre lui — résumé qui ne divulgue aucun élément susceptible de porter atteinte à la sécurité nationale. Si le juge conclut que le certificat est raisonnable, sa décision n'est pas susceptible d'appel et il n'existe aucun moyen de la soumettre au contrôle judiciaire : par. 80(3).

2007 SCC 9 (CanLII)

The consequences of the issuance and confirmation of a certificate of inadmissibility vary, depending on whether the person is a permanent resident of Canada or a foreign national whose right to remain in Canada has not yet been confirmed. Permanent residents who the ministers have reasonable grounds to believe are a danger to national security *may* be held in detention. In order to detain them, the ministers must issue a warrant stating that the person is a threat to national security or to another person, or is unlikely to appear at a proceeding or for removal. Foreign nationals, meanwhile, *must* be detained once a certificate is issued: under s. 82(2), the detention is automatic. While the detention of a permanent resident must be reviewed within 48 hours, a foreign national, on the other hand, must apply for review, but may not do so until 120 days after a judge of the Federal Court determines the certificate to be reasonable. In both cases, if the judge finds the certificate to be reasonable, it becomes a removal order. Such an order deprives permanent residents of their status; their detention is then subject to review on the same basis as that of other foreign nationals.

6 Les conséquences de la délivrance et de la confirmation d'un certificat d'interdiction de territoire diffèrent selon que l'intéressé est un résident permanent du Canada ou un étranger dont le droit de demeurer au Canada n'a pas encore été confirmé. Les résidents permanents dont les ministres ont des motifs raisonnables de croire qu'ils constituent un danger pour la sécurité nationale *peuvent* être mis en détention. Pour ce faire, les ministres doivent lancer un mandat indiquant qu'ils constituent une menace soit pour la sécurité nationale soit pour la sécurité d'autrui ou qu'ils se soustrairont vraisemblablement à la procédure ou au renvoi. Pour leur part, les étrangers *doivent* être mis en détention dès la délivrance du certificat : selon le par. 82(2), la mise en détention est automatique. La détention d'un résident permanent doit être contrôlée dans un délai de 48 heures, tandis qu'un étranger doit présenter une demande pour faire contrôler sa détention et n'est pas autorisé à présenter sa demande avant l'expiration d'un délai de 120 jours après la décision d'un juge de la Cour fédérale concluant au caractère raisonnable du certificat. Dans les deux cas, le certificat considéré raisonnable par le juge devient une mesure de renvoi. À la suite de cette mesure, les résidents permanents perdent leur statut; leur détention est alors contrôlée de la même manière que celle des autres étrangers.

The removal order cannot be appealed and may be immediately enforced, thus eliminating the requirement of holding or continuing an examination or an admissibility hearing: s. 81(*b*). The detainee, whether a permanent resident or a foreign national, may no longer apply for protection: s. 81(*c*). Additionally, a refugee or a protected person determined to be inadmissible on any of the grounds for a certificate loses the protection of the

7 La mesure de renvoi est sans appel et peut être exécutée immédiatement, ce qui écarte l'obligation d'effectuer ou de poursuivre un contrôle ou une enquête. Qu'il soit un résident permanent ou un étranger, le détenu ne peut plus présenter une demande de protection : art. 81. En outre, une personne protégée ou un réfugié qui est interdit de territoire pour l'un ou l'autre des motifs de délivrance d'un certificat ne bénéficie plus du principe

principle of non-refoulement under s. 115(1) if, in the opinion of the Minister, the person should not be allowed to remain in Canada on the basis of the nature and severity of acts committed or of danger to the security of Canada: s. 115(2). This means that he or she may, at least in theory, be deported to torture.

8 A permanent resident detained under a certificate is entitled to a review of his or her detention every six months. Under s. 83(3), a judge must order the detention of a permanent resident to be continued if the judge is satisfied that the person continues to pose a danger to security or to the safety of another, or is unlikely to appear at a proceeding or for removal.

9 The detention of foreign nationals, on the other hand, is mandatory. If a foreign national has not been removed within 120 days of the certificate being found reasonable by a judge, however, the judge may order the person released on appropriate conditions if "satisfied that the foreign national will not be removed from Canada within a reasonable time and that the release will not pose a danger to national security or to the safety of any person": s. 84(2). Even if released, the foreign national may be deported.

10 Mr. Charkaoui is a permanent resident, while Messrs. Harkat and Almrei are foreign nationals who had been recognized as Convention refugees. All were living in Canada when they were arrested and detained. At the time of the decisions on appeal, all had been detained for some time — since 2003, 2002 and 2001 respectively. In 2001, a judge of the Federal Court determined Mr. Almrei's certificate to be reasonable; another determined Mr. Harkat's certificate to be reasonable in 2005. The reasonableness of Mr. Charkaoui's certificate has yet to be determined. Messrs. Charkaoui and Harkat were released on conditions in 2005 and 2006 respectively, but Mr. Harkat has been advised that he will be deported to Algeria, which he is contesting in other proceedings. Mr. Almrei remains in detention. In all these cases, the detentions were based on allegations that the individuals constituted a threat to the security of Canada by reason of involvement

du non-refoulement énoncé au par. 115(1) si, selon le ministre, cette personne ne devrait pas être présente au Canada en raison soit de la nature et de la gravité de ses actes passés, soit du danger qu'elle constitue pour la sécurité du Canada : par. 115(2). Elle pourrait donc, du moins en théorie, être renvoyée dans un pays où elle risque la torture.

Le résident permanent détenu à la suite de la délivrance d'un certificat a le droit de faire contrôler sa détention tous les six mois. Selon le par. 83(3), le juge ordonne le maintien en détention du résident permanent, s'il est convaincu que ce dernier constitue toujours un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi.

Par contre, la détention des étrangers est obligatoire. Un juge peut mettre en liberté, aux conditions qu'il estime indiquées, un étranger dont la mesure de renvoi n'a pas été exécutée 120 jours après qu'un juge ait conclu au caractère raisonnable du certificat, « sur preuve que la mesure ne sera pas exécutée dans un délai raisonnable et que la mise en liberté ne constituera pas un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui » : par. 84(2). L'étranger peut être expulsé même s'il a été remis en liberté.

M. Charkaoui est un résident permanent, tandis que MM. Harkat et Almrei sont des étrangers qui ont obtenu le statut de réfugié au sens de la Convention. Ils vivaient tous au Canada au moment de leur arrestation et de leur mise en détention. Au moment des décisions prononcées en appel, ils étaient tous détenus depuis un certain temps — soit depuis 2003, 2002 et 2001 respectivement. En 2001, un juge de la Cour fédérale a statué que le certificat visant M. Almrei était raisonnable; un autre juge a conclu au caractère raisonnable du certificat visant M. Harkat en 2005. Aucune décision n'a encore été rendue sur le caractère raisonnable du certificat visant M. Charkaoui. MM. Charkaoui et Harkat ont été libérés sous conditions en 2005 et 2006 respectivement. M. Harkat a néanmoins été informé qu'il serait expulsé en Algérie et il conteste cette décision dans une autre procédure. M. Almrei est toujours détenu. Ils ont tous été mis

2007 SCC 9 (CanLII)

in terrorist activities. In the course of their detentions, all three appellants challenged, unsuccessfully, the constitutionality of the *IRPA*'s certificate scheme and detention review process.

III. Issues

The appellants argue that the *IRPA*'s certificate scheme under which their detentions were ordered is unconstitutional. They argue that it violates five provisions of the *Charter*: the s. 7 guarantee of life, liberty and security of the person; the s. 9 guarantee against arbitrary detention; the s. 10(*c*) guarantee of a prompt review of detention; the s. 12 guarantee against cruel and unusual treatment; and the s. 15 guarantee of equal protection and equal benefit of the law. They also allege violations of unwritten constitutional principles. I discuss these claims under the following headings:

A. Does the *procedure* under the *IRPA* for determining the reasonableness of the certificate infringe s. 7 of the *Charter*, and if so, is the infringement justified under s. 1 of the *Charter*?

B. Does the *detention* of permanent residents or foreign nationals under the *IRPA* infringe ss. 7, 9, 10(*c*) or 12 of the *Charter*, and if so, are the infringements justified under s. 1 of the *Charter*?

C. Do the certificate and detention review procedures *discriminate* between citizens and non-citizens, contrary to s. 15 of the *Charter*, and if so, is the discrimination justified under s. 1 of the *Charter*?

en détention sur le fondement d'allégations selon lesquelles ils constituaient une menace pour la sécurité du Canada en raison de leur participation à des activités terroristes. Au cours de leur détention, les trois appelants ont contesté, sans succès, la constitutionnalité du régime de certificats et de la procédure de contrôle de la détention établis par la *LIPR*.

III. Les questions en litige

Les appelants invoquent l'inconstitutionnalité du régime de certificats établi dans la *LIPR*, en application duquel leur mise en détention a été ordonnée. Ils font valoir que ce régime enfreint cinq dispositions de la *Charte* soit : l'art. 7, qui garantit à chacun le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; l'art. 9, qui accorde une protection contre la détention arbitraire; l'al. 10*c*), qui garantit à chacun le droit de faire contrôler promptement la légalité de sa détention; l'art. 12, qui garantit le droit à la protection contre tout traitement cruel et inusité; et l'art. 15, qui garantit à tous le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi. Ils allèguent aussi la violation de principes constitutionnels non écrits. J'examinerai ces prétentions sous les rubriques suivantes :

A. La *procédure* d'examen du caractère raisonnable du certificat établie dans la *LIPR* contrevient-elle à l'art. 7 de la *Charte*? Dans l'affirmative, cette contravention est-elle justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*?

B. La *détention* de résidents permanents ou d'étrangers sous le régime de la *LIPR* contrevient-elle aux art. 7, 9, 10*c*) ou 12 de la *Charte*? Dans l'affirmative, ces contraventions sont-elles justifiées au sens de l'article premier de la *Charte*?

C. Les procédures d'examen des certificats et de contrôle de la détention créent-elles, entre les citoyens et les non-citoyens, une *discrimination* interdite par l'art. 15 de la *Charte*? Dans l'affirmative, cette discrimination est-elle justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*?

2007 SCC 9 (CanLII)

11

D. Are the *IRPA* certificate provisions inconsistent with the constitutional principle of the rule of law?

A. *Does the Procedure Under the IRPA for Determining the Reasonableness of the Certificate Infringe Section 7 of the Charter, and if so, Is the Infringement Justified Under Section 1 of the Charter?*

1. Is Section 7 of the *Charter* Engaged?

12 Section 7 of the *Charter* guarantees the right to life, liberty and security of the person, and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice. This requires a claimant to prove two matters: first, that there has been or could be a deprivation of the right to life, liberty and security of the person, and second, that the deprivation was not or would not be in accordance with the principles of fundamental justice. If the claimant succeeds, the government bears the burden of justifying the deprivation under s. 1, which provides that the rights guaranteed by the *Charter* are subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

13 The provisions at issue, found at Division 9 of Part 1 of the *IRPA*, clearly deprive detainees such as the appellants of their liberty. The person named in a certificate can face detention pending the outcome of the proceedings. In the case of a foreign national, this detention is automatic and lasts at least until 120 days *after* the certificate is deemed reasonable. For both foreign nationals and permanent residents, the period of detention can be, and frequently is, several years. Indeed, Mr. Almrei remains in detention and does not know when, if ever, he will be released.

14 The detainee's security may be further affected in various ways. The certificate process may lead to removal from Canada, to a place where his or

D. Les dispositions de la *LIPR* concernant les certificats sont-elles incompatibles avec le principe constitutionnel de la primauté du droit?

A. *La procédure d'examen du caractère raisonnable du certificat établie dans la LIPR contrevient-elle à l'art. 7 de la Charte? Dans l'affirmative, cette contravention est-elle justifiée au sens de l'article premier de la Charte?*

1. L'article 7 de la *Charte* trouve-t-il application?

L'article 7 de la *Charte* garantit à chacun le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne et précise qu'il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Le réclamant a donc le fardeau de prouver deux éléments : premièrement, qu'il a subi ou qu'il pourrait subir une atteinte à son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; deuxièmement, que cette atteinte ne respecte pas ou ne respecterait pas les principes de justice fondamentale. Si le réclamant réussit à faire cette preuve, le gouvernement a le fardeau de justifier l'atteinte en application de l'article premier, selon lequel les droits garantis par la *Charte* ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites raisonnables dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Les dispositions en cause, qui figurent dans la section 9 de la partie 1 de la *LIPR*, privent clairement les détenus comme les appelants de leur liberté. En effet, les personnes désignées dans un certificat peuvent être mises en détention jusqu'à l'issue de la procédure. Pour un étranger, cette détention est automatique et elle dure au moins 120 jours *après* la confirmation du caractère raisonnable du certificat. Tant pour les étrangers que pour les résidents permanents, la période de détention peut être de plusieurs années et atteint souvent cette durée. De fait, M. Almrei est toujours détenu et il ignore quand il sera remis en liberté, s'il l'est un jour.

En outre, il peut être porté atteinte à la sécurité du détenu de diverses autres façons. Le processus de délivrance d'un certificat peut entraîner

2007 SCC 9 (CanLII)

2007 SCC 9 (CanLII)

her life or freedom would be threatened: see e.g. *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 207, *per* Wilson J. A certificate may bring with it the accusation that one is a terrorist, which could cause irreparable harm to the individual, particularly if he or she is eventually deported to his or her home country. Finally, a person who is determined to be inadmissible on grounds of security loses the protection of s. 115(1) of the *IRPA*, which means that under s. 115(2), he or she can be deported to torture if the Minister is of the opinion that the person is a danger to the security of Canada.

In *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, this Court stated, at para. 76, that "barring extraordinary circumstances, deportation to torture will generally violate the principles of fundamental justice protected by s. 7 of the *Charter*." More recently, the Federal Court has ruled that another certificate detainee is at risk of torture if deported, and that there were no exceptional circumstances justifying such a deportation: *Jaballah (Re)* (2006), 148 C.R.R. (2d) 1, 2006 FC 1230. The appellants claim that they would be at risk of torture if deported to their countries of origin. But in each of their cases, this remains to be proven as part of an application for protection under the provisions of Part 2 of the *IRPA*. The issue of deportation to torture is consequently not before us here.

The individual interests at stake suggest that s. 7 of the *Charter*, the purpose of which is to protect the life, liberty and security of the person, is engaged, and this leads directly to the question whether the *IRPA*'s impingement on these interests conforms to the principles of fundamental justice. The government argues, relying on *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 539, 2005 SCC 51, that s. 7 does not apply because this is an immigration matter. The comment from that case on which the government relies was made in response to a claim that to deport a non-citizen violates s. 7 of the *Charter*. In

son renvoi du Canada vers une destination où sa vie ou sa liberté seraient menacées : voir, p. ex., *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, p. 207, la juge Wilson. Un certificat peut aussi présenter une personne comme un terroriste, ce qui risque de lui causer un tort irréparable, surtout si elle est expulsée par la suite vers son pays d'origine. Finalement, une personne interdite de territoire pour raison de sécurité perd la protection accordée par le par. 115(1) de la *LIPR*, ce qui signifie qu'elle peut, en application du par. 115(2), être expulsée vers une destination où elle risque la torture si le ministre est d'avis qu'elle constitue un danger pour la sécurité du Canada.

15 Dans *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, par. 76, la Cour a affirmé que « sauf circonstances extraordinaires, une expulsion impliquant un risque de torture violera généralement les principes de justice fondamentale protégés par l'art. 7 de la *Charte* ». Plus récemment, la Cour fédérale a statué qu'une autre personne détenue en vertu d'un certificat risque la torture si elle est expulsée, et qu'aucune circonstance exceptionnelle ne justifie son expulsion : *Jaballah (Re)*, [2006] A.C.F. n° 1706 (QL), 2006 CF 1230. Les appelants soutiennent qu'ils risquent la torture s'ils sont expulsés vers leur pays d'origine. Mais dans chacun de leurs cas, le risque de torture reste à démontrer dans le cadre d'une demande de protection aux termes de la partie 2 de la *LIPR*. Par conséquent, nous ne sommes pas saisis en l'espèce de la question de l'expulsion comportant un risque de torture.

16 Les intérêts personnels en jeu indiquent que l'art. 7 de la *Charte*, qui vise à protéger la vie, la liberté et la sécurité de la personne, trouve application. Ce qui nous amène directement à la question de savoir si l'atteinte portée à ces intérêts par la *LIPR* est conforme aux principes de justice fondamentale. Le gouvernement soutient que l'art. 7 ne s'applique pas parce qu'il s'agit d'une affaire d'immigration. Il se fonde à cet égard sur l'arrêt *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 539, 2005 CSC 51. L'affirmation sur laquelle s'appuie le gouvernement a été faite en réponse à une prétention selon laquelle l'expulsion

considering this claim, the Court, *per* McLachlin C.J., noted, at para. 46, citing *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at p. 733, that "[t]he most fundamental principle of immigration law is that non-citizens do not have an unqualified right to enter or remain in Canada". The Court added: "Thus the deportation of a non-citizen in itself cannot implicate the liberty and security interests protected by s. 7" (*Medovarski*, at para. 46 (emphasis added)).

17 *Medovarski* thus does not stand for the proposition that proceedings related to deportation in the immigration context are immune from s. 7 scrutiny. While the deportation of a non-citizen in the immigration context may not *in itself* engage s. 7 of the *Charter*, some features associated with deportation, such as detention in the course of the certificate process or the prospect of deportation to torture, may do so.

18 In determining whether s. 7 applies, we must look at the interests at stake rather than the legal label attached to the impugned legislation. As Professor Hamish Stewart writes:

> Many of the principles of fundamental justice were developed in criminal cases, but their application is not restricted to criminal cases: they apply whenever one of the three protected interests is engaged. Put another way, the principles of fundamental justice apply in *criminal* proceedings, not because they are criminal proceedings, but because the liberty interest is always engaged in criminal proceedings. [Emphasis in original.]
>
> ("Is Indefinite Detention of Terrorist Suspects Really Constitutional?" (2005), 54 *U.N.B.L.J.* 235, at p. 242)

I conclude that the appellants' challenges to the fairness of the process leading to possible deportation and the loss of liberty associated with detention raise important issues of liberty and security, and that s. 7 of the *Charter* is engaged.

d'un non-citoyen contrevenait à l'art. 7 de la *Charte*. En statuant sur cet argument, la Cour, sous la plume de la juge en chef McLachlin, a cité au par. 46 l'arrêt *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, p. 733, précisant que « [l]e principe le plus fondamental du droit de l'immigration veut que les non-citoyens n'aient pas un droit absolu d'entrer ou de demeurer au Canada ». La Cour a ajouté « À elle seule, l'expulsion d'un non-citoyen ne peut mettre en cause les droits à la liberté et à la sécurité garantis par l'art. 7 » (*Medovarski*, par. 46 (je souligne)).

Ainsi, *Medovarski* ne permet pas d'affirmer que la procédure d'expulsion, dans le contexte de l'immigration, échappe à l'examen fondé sur l'art. 7. Si l'expulsion d'un non-citoyen dans le contexte de l'immigration n'enclenche peut-être pas *en soi* l'application de l'art. 7 de la *Charte*, certains éléments rattachés à l'expulsion, telles la détention au cours du processus de délivrance et d'examen d'un certificat ou l'éventualité d'un renvoi vers un pays où il existe un risque de torture, pourraient en entraîner l'application.

Pour déterminer si l'art. 7 s'applique, nous devons tenir compte des intérêts en cause plutôt que de la caractérisation juridique de la loi contestée. Comme l'écrit le professeur Hamish Stewart :

> [TRADUCTION] De nombreux principes de justice fondamentale ont été élaborés dans le cadre de causes criminelles. Cependant, leur application ne se limite pas à ce type de cause : ils s'appliquent dès lors que l'un des trois droits protégés est en jeu. Autrement dit, les principes de justice fondamentale s'appliquent aux instances *criminelles*, non pas parce qu'il s'agit d'instances criminelles, mais parce que le droit à la liberté y est toujours en jeu. [En italique dans l'original.]
>
> (« Is Indefinite Detention of Terrorist Suspects Really Constitutional? » (2005), 54 *R.D. U.N.-B.* 235, p. 242)

Je conclus que les arguments des appelants touchant l'équité du processus qui peut mener à l'expulsion et la perte de liberté liée à la détention soulèvent d'importantes questions quant à la liberté et à la sécurité et que l'art. 7 de la *Charte* trouve application.

2007 SCC 9 (CanLII)

2007 SCC 9 (CanLII)

2. How Do Security Considerations Affect the Section 7 Analysis?

Section 7 of the *Charter* requires that laws that interfere with life, liberty and security of the person conform to the principles of fundamental justice — the basic principles that underlie our notions of justice and fair process. These principles include a guarantee of procedural fairness, having regard to the circumstances and consequences of the intrusion on life, liberty or security: *Suresh*, at para. 113.

Section 7 of the *Charter* requires not a particular type of process, but a fair process having regard to the nature of the proceedings and the interests at stake: *United States of America v. Ferras*, [2006] 2 S.C.R. 77, 2006 SCC 33, at para. 14; *R. v. Rodgers*, [2006] 1 S.C.R. 554, 2006 SCC 15, at para. 47; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631, at pp. 656-57. The procedures required to meet the demands of fundamental justice depend on the context (see *Rodgers*; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 361; *Chiarelli*, at pp. 743-44; *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41, at paras. 20-21). Societal interests may be taken into account in elucidating the applicable principles of fundamental justice: *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74, at para. 98.

Unlike s. 1, s. 7 is not concerned with whether a limit on life, liberty or security of the person is *justified*, but with whether the limit has been imposed in a way that respects the principles of fundamental justice. Hence, it has been held that s. 7 does not permit "a free-standing inquiry . . . into whether a particular legislative measure 'strikes the right balance' between individual and societal interests in general" (*Malmo-Levine*, at para. 96). Nor is "achieving the right balance . . . itself an overarching principle of fundamental justice" (*ibid.*). As the majority in *Malmo-Levine* noted, to hold otherwise "would entirely collapse the s. 1 inquiry into s. 7" (*ibid.*). This in turn would relieve the state from its

2. Comment les considérations relatives à la sécurité influencent-elles l'analyse fondée sur l'art. 7?

19 L'article 7 de la *Charte* exige que les lois qui portent atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne respectent les principes de justice fondamentale — c'est-à-dire les principes fondamentaux qui sous-tendent notre conception de la justice et de l'équité procédurale. Ces principes comprennent une garantie d'équité procédurale, liée aux circonstances et conséquences de l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité : *Suresh*, par. 113.

20 L'article 7 de la *Charte* exige non pas un type particulier de procédure, mais une procédure équitable eu égard à la nature de l'instance et des intérêts en cause : *États-Unis d'Amérique c. Ferras*, [2006] 2 R.C.S. 77, 2006 CSC 33, par. 14; *R. c. Rodgers*, [2006] 1 R.C.S. 554, 2006 CSC 15, par. 47; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631, p. 656-657. Les mesures procédurales requises par la justice fondamentale dépendent du contexte (voir *Rodgers*; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 361; *Chiarelli*, p. 743-744; *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41, par. 20-21). On peut prendre les intérêts sociétaux en considération pour clarifier les principes applicables de justice fondamentale : *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, par. 98.

21 Contrairement à l'article premier, l'art. 7 ne soulève pas la question de savoir si l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne est *justifiée*, mais plutôt celle de savoir si l'atteinte a été portée en conformité avec les principes de justice fondamentale. Par conséquent, il a été statué que l'art. 7 n'autorise pas la tenue d'« un examen distinct pour décider si une mesure législative donnée établit un "juste équilibre" entre les droits de l'individu et les intérêts de la société en général » (*Malmo-Levine*, par. 96). La Cour ne croyait pas non plus que « l'établissement d'un juste équilibre constitue en soi un principe de justice fondamentale dominant » (*ibid.*). Comme l'a noté la

burden of justifying intrusive measures, and require the *Charter* complainant to show that the measures are not justified.

22 The question at the s. 7 stage is whether the principles of fundamental justice relevant to the case have been observed in substance, having regard to the context and the seriousness of the violation. The issue is whether the process is fundamentally unfair to the affected person. If so, the deprivation of life, liberty or security of the person simply does not conform to the requirements of s. 7. The inquiry then shifts to s. 1 of the *Charter*, at which point the government has an opportunity to establish that the flawed process is nevertheless justified having regard, notably, to the public interest.

23 It follows that while administrative constraints associated with the context of national security may inform the analysis on whether a particular process is fundamentally unfair, security concerns cannot be used to excuse procedures that do not conform to fundamental justice at the s. 7 stage of the analysis. If the context makes it impossible to adhere to the principles of fundamental justice in their usual form, adequate substitutes may be found. But the principles must be respected to pass the hurdle of s. 7. That is the bottom line.

24 In the instant case, the context is the detention, incidental to their removal or an attempt to remove them from the country, of permanent residents and foreign nationals who the ministers conclude pose a threat to national security. This context may impose certain administrative constraints that may be properly considered at the s. 7 stage. Full disclosure of the information relied on may not be possible. The executive branch of government may be required to act quickly, without recourse, at

majorité dans *Malmo-Levine*, le raisonnement contraire « intègre entièrement l'examen que commande l'article premier à l'analyse fondée sur l'art. 7 » (*ibid.*). Ainsi, l'État se trouverait libéré du fardeau de justifier les mesures attentatoires et la personne qui invoque la *Charte* aurait l'obligation de démontrer que les mesures contestées ne sont pas justifiées.

À l'étape de l'analyse fondée sur l'art. 7, il s'agit de savoir si les principes de justice fondamentale pertinents ont été respectés pour l'essentiel, compte tenu du contexte et de la gravité de l'atteinte. Il faut se demander si la procédure est fondamentalement inéquitable envers la personne touchée. Dans l'affirmative, l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne n'est tout simplement pas conforme aux exigences de l'art. 7. Il faut alors passer à l'étape de l'application de l'article premier de la *Charte*, à laquelle le gouvernement peut démontrer que la procédure irrégulière est néanmoins justifiée compte tenu, notamment, de l'intérêt public.

Ainsi, bien que l'analyse visant à déterminer si une procédure est fondamentalement inéquitable puisse tenir compte de contraintes administratives particulières liées au contexte de sécurité nationale, les questions de sécurité ne peuvent servir à légitimer, à l'étape de l'analyse fondée sur l'art. 7, une procédure non conforme à la justice fondamentale. Dans les cas où le contexte ne permet pas l'utilisation des moyens habituels de satisfaire aux principes de justice fondamentale, il est possible de recourir à d'autres moyens convenables. La procédure doit néanmoins être conforme aux principes de justice fondamentale pour résister à l'analyse dictée par l'art. 7. C'est ce qui est essentiel.

Le pourvoi a pour contexte la détention de résidents permanents et d'étrangers, que les ministres considèrent comme une menace pour la sécurité nationale, accessoirement à leur renvoi ou à une tentative de les renvoyer du Canada. Ce contexte peut engendrer certaines contraintes administratives qui peuvent, à bon droit, être prises en considération à l'étape de l'analyse fondée sur l'art. 7. Tous les renseignements qui servent de fondement à l'affaire ne peuvent peut-être pas être divulgués.

2007 SCC 9 (CanLII)

least in the first instance, to the judicial procedures normally required for the deprivation of liberty or security of the person.

Il est possible que le pouvoir exécutif doive agir rapidement, sans recourir, du moins au départ, à la procédure judiciaire exigée normalement lorsqu'il y a atteinte à la liberté ou à la sécurité d'une personne.

At the same time, it is a context that may have important, indeed chilling, consequences for the detainee. The seriousness of the individual interests at stake forms part of the contextual analysis. As this Court stated in *Suresh*, "[t]he greater the effect on the life of the individual by the decision, the greater the need for procedural protections to meet the common law duty of fairness and the requirements of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*" (para. 118). Thus, "factual situations which are closer or analogous to criminal proceedings will merit greater vigilance by the courts": *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053, at p. 1077, *per* Iacobucci J.

25 Par ailleurs, ce contexte risque d'avoir des conséquences importantes — en fait, terrifiantes — pour la personne détenue. L'importance des intérêts individuels en jeu fait partie de l'analyse contextuelle. Comme la Cour l'a affirmé dans *Suresh* : « Plus l'incidence de la décision sur la vie de l'intéressé est grande, plus les garanties procédurales doivent être importantes afin que soient respectées l'obligation d'équité en common law et les exigences de la justice fondamentale consacrées par l'art. 7 de la *Charte* » (par. 118). Ainsi, « les tribunaux devront être plus vigilants en ce qui concerne les situations de fait qui se rapprochent davantage des procédures criminelles ou qui leur sont analogues » : *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053, p. 1077, le juge Iacobucci.

The potential consequences of deportation combined with allegations of terrorism have been under a harsh spotlight due to the recent report of the Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. Mr. Arar, a Canadian citizen born in Syria, was detained by American officials and deported to Syria. The report concludes that it is "very likely that, in making the decisions to detain and remove Mr. Arar to Syria, the U.S. authorities relied on information about Mr. Arar provided by the RCMP", including unfounded suspicions linking Mr. Arar to terrorist groups: *Report of the Events Relating to Maher Arar: Analysis and Recommendations* (2006) ("Arar Inquiry"), at p. 30. In Syria, Mr. Arar was tortured and detained under inhumane conditions for over 11 months. In his report, Commissioner O'Connor recommends enhanced review and accountability mechanisms for agencies dealing with national security, including not only the Royal Canadian Mounted Police, but also Citizenship and Immigration Canada and the Canada Border Services Agency. He notes that these immigration-related institutions can have an

26 Les conséquences possibles d'un renvoi combiné à des allégations de terrorisme sont cruellement ressorties dans le rapport récent de la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. Citoyen canadien né en Syrie, M. Arar a été détenu par les autorités américaines et expulsé vers la Syrie. Le rapport a conclu qu'en « prenant les décisions de détenir M. Arar puis de le renvoyer en Syrie, les autorités américaines se sont très probablement appuyées sur l'information concernant M. Arar que leur avait fournie la GRC », notamment des soupçons non fondés reliant M. Arar à des groupes terroristes : *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations* (2006) (« Commission Arar »), p. 32. En Syrie, M. Arar a été torturé et détenu durant 11 mois dans des conditions inhumaines. Dans son rapport, le commissaire O'Connor a recommandé un renforcement des mécanismes d'examen et de reddition de compte pour les organismes menant des activités reliées à la sécurité nationale, ce qui inclut non seulement la Gendarmerie royale du Canada, mais aussi Citoyenneté et Immigration Canada et

2007 SCC 9 (CanLII)

2007 SCC 9 (CanLII)

important impact on individual rights but that there is a lack of transparency surrounding their activities because their activities often involve sensitive national security information that cannot be disclosed to the public: *A New Review Mechanism for the RCMP's National Security Activities* (2006), at pp. 562-65. Moreover, the sensitive nature of security information means that investigations lead to fewer prosecutions. This, in turn, restricts the ability of courts to guarantee individual rights: "Unless charges are laid, . . . the choice of investigative targets, methods of information collection and exchange, and means of investigation generally will not be subject to judicial scrutiny, media coverage or public debate" (p. 439).

l'Agence des services frontaliers du Canada. Il a fait remarquer que ces organismes reliés à l'immigration peuvent avoir une forte incidence sur les droits individuels, mais qu'ils manquent de transparence dans leurs activités parce que celles-ci impliquent souvent des renseignements sensibles touchant la sécurité nationale qui ne peuvent être rendus publics : *Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale* (2006), p. 623-627. En outre, en raison de la nature sensible des renseignements de sécurité, les enquêtes donnent lieu à moins de poursuites, ce qui restreint pour les tribunaux la possibilité de garantir les droits individuels : « à moins que des accusations ne soient déposées, le choix des cibles des enquêtes, les méthodes de collecte et d'échange d'information et les méthodes d'enquête en général ne feront pas l'objet d'examen judiciaire, de couverture médiatique ou de discussion publique » (p. 487-488).

27 The procedures required to conform to the principles of fundamental justice must reflect the exigencies of the security context. Yet they cannot be permitted to erode the essence of s. 7. The principles of fundamental justice cannot be reduced to the point where they cease to provide the protection of due process that lies at the heart of s. 7 of the *Charter*. The protection may not be as complete as in a case where national security constraints do not operate. But to satisfy s. 7, meaningful and substantial protection there must be.

Les mesures requises pour assurer la justice fondamentale doivent tenir compte des exigences propres au contexte de la sécurité. Il faut toutefois s'assurer que l'essence de l'art. 7 demeure intacte. Les principes de justice fondamentale ne peuvent être réduits au point de ne plus offrir la protection de l'application régulière de la loi qui constitue le fondement même de l'art. 7 de la *Charte*. Il se peut que cette protection ne soit pas aussi complète qu'en l'absence de contraintes liées à la sécurité nationale. Mais il demeure qu'il ne saurait y avoir conformité avec l'art. 7 sans une protection véritable et substantielle.

3. Relevant Principles of Fundamental Justice

3. Les principes pertinents de justice fondamentale

28 The overarching principle of fundamental justice that applies here is this: before the state can detain people for significant periods of time, it must accord them a fair judicial process: *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46. "It is an ancient and venerable principle that no person shall lose his or her liberty without due process according to the law, which must involve a meaningful judicial process": *Ferras*, at para. 19. This principle emerged in the

Le principe primordial de justice fondamentale applicable ici est le suivant : l'État ne peut détenir longtemps une personne sans lui avoir préalablement permis de bénéficier d'une procédure judiciaire équitable : *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46. « C'est un ancien principe vénérable que nul ne peut être privé de sa liberté sans avoir pu bénéficier de l'application régulière de la loi, qui doit comporter un processus

era of feudal monarchy, in the form of the right to be brought before a judge on a motion of *habeas corpus*. It remains as fundamental to our modern conception of liberty as it was in the days of King John.

judiciaire valable » : *Ferras*, par. 19. Ce principe a vu le jour à l'époque de la monarchie féodale, sous la forme du droit de comparaître devant un juge à la suite d'une demande d'*habeas corpus*. Il demeure aussi fondamental dans notre conception moderne de la liberté qu'il l'était à l'époque du Roi Jean.

This basic principle has a number of facets. It comprises the right to a *hearing*. It requires that the hearing be *before an independent and impartial magistrate*. It demands a *decision by the magistrate on the facts and the law*. And it entails the *right to know the case put against one*, and the *right to answer that case*. Precisely how these requirements are met will vary with the context. But for s. 7 to be satisfied, each of them must be met in substance.

29 Ce principe de base comporte de nombreuses facettes, y compris le droit à une *audition*. Il commande que cette audition se déroule *devant un magistrat indépendant et impartial*, et que la *décision du magistrat soit fondée sur les faits et sur le droit*. Il emporte le *droit de chacun de connaître la preuve produite contre lui* et le *droit d'y répondre*. La façon précise de se conformer à ces exigences variera selon le contexte. Mais pour respecter l'art. 7, il faut satisfaire pour l'essentiel à chacune d'elles.

The *IRPA* process includes a hearing. The process consists of two phases, one executive and one judicial. There is no hearing at the executive phase that results in issuance of the certificate. However, this is followed by a review before a judge, where the named person is afforded a hearing. Thus, the first requirement, that of a hearing, is met.

30 Le processus établi par la *LIPR* comporte une audition. Il comprend deux étapes, l'une de nature exécutive, l'autre de nature judiciaire. Il n'y a pas d'audition à l'étape de nature exécutive qui mène à la délivrance du certificat. Celle-ci est toutefois suivie d'un examen par un juge désigné, à l'occasion duquel la personne désignée a droit à une audition. Par conséquent, le processus répond à la première exigence, soit la tenue d'une audition.

Questions arise, however, on the other requirements, namely: that the judge be independent and impartial; that the judge make a judicial decision based on the facts and the law; and finally, that the named person be afforded an opportunity to meet the case put against him or her by being informed of that case and being allowed to question or counter it. I conclude that the *IRPA* scheme meets the first requirement of independence and impartiality, but fails to satisfy the second and third requirements, which are interrelated here.

31 Les autres exigences soulèvent toutefois les questions suivantes : le juge est-il indépendant et impartial? Le juge prononce-t-il un jugement fondé sur les faits et sur le droit? Enfin, la personne désignée a-t-elle la possibilité de répondre aux allégations formulées contre elle en prenant connaissance de la preuve et en ayant la possibilité de la contester ou de présenter une contre-preuve? Je conclus que le régime établi par la *LIPR* répond à la première exigence, soit celle de l'indépendance et de l'impartialité du juge, mais ne satisfait ni à la deuxième ni à la troisième, qui sont interreliées en l'espèce.

4. Is the Judge Independent and Impartial?

4. Le juge est-il indépendant et impartial?

32 Même si la portée de l'audition requise peut varier selon le contexte (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2

Although the scope of the required hearing can vary according to context (*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2

2007 SCC 9 (CanLII)

2007 SCC 9 (CanLII)

S.C.R. 817), a hearing must include "[a]n independent judicial phase and an impartial judge" (*Ferras*, at para. 25). This requirement is also consistent with the unwritten constitutional principle of judicial independence: *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3. It has also been called "the cornerstone of the common law duty of procedural fairness" (*Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 248, 2004 SCC 42 ("*Re Bagri*"), at para. 81), and is necessary in order to ensure judicial impartiality: *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at p. 139. It is not enough that the judge in fact be independent and impartial; fundamental justice requires that the judge also appear to be independent and impartial. This flows from the fact that judicial independence has two facets: actual independence and perceived independence (*Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at p. 689).

R.C.S. 817), elle doit comprendre « [u]ne étape judiciaire indépendante et un juge impartial » (*Ferras*, par. 25). Cette exigence est aussi compatible avec le principe constitutionnel non écrit de l'indépendance judiciaire : *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3. Cette indépendance a aussi été décrite comme « la pierre d'assise de l'obligation d'équité procédurale reconnue par la common law » (*Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248, 2004 CSC 42 (« *Re Bagri* »), par. 81) et elle est nécessaire pour garantir l'impartialité judiciaire : *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, p. 139. Il ne suffit pas que ce juge soit indépendant et impartial en réalité; la justice fondamentale exige en effet qu'il le soit aussi en apparence. Cette règle découle du fait que l'indépendance judiciaire a deux facettes : l'indépendance réelle et la perception d'indépendance (*Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 689).

33 The *IRPA* scheme provides for the certificate issued by the ministers to be reviewed by a "designated judge", a judge of the Federal Court of Canada. The question here is whether, from an institutional perspective, the role assigned to designated judges under the *IRPA* leads to a perception that independence and impartiality are compromised.

Selon le régime créé par la *LIPR*, le certificat délivré par les ministres doit être examiné par un « juge désigné », un juge de la Cour fédérale du Canada. La question qui se pose en l'espèce est celle de savoir si, du point de vue institutionnel, le rôle confié aux juges désignés par la *LIPR* crée l'impression que leur indépendance et leur impartialité est compromise.

34 The designated judge has been aptly described as the "cornerstone of the procedure established by Parliament" in the *IRPA* (*Charkaoui (Re)*, [2004] 3 F.C.R. 32, 2003 FC 1419, at para. 120, *per* Noël J.). The judge is the sole avenue of review for the named person and the only person capable of providing the essential judicial component of the process.

Le juge désigné a été décrit avec justesse comme la « pierre angulaire de la procédure établie par le législateur » dans la *LIPR* (*Charkaoui (Re)*, [2004] 3 R.C.F. 32, 2003 CF 1419, par. 120, le juge Noël). Le juge est l'unique voie de recours pour la personne désignée et la seule personne capable de conférer au processus son caractère judiciaire essentiel.

35 When reviewing the certificate, the judge sees all the material relied on by the government. But if the government claims confidentiality for certain material, the judge cannot share this material with the named person. The judge must make his or her decision without hearing any objections the named person might be able to make, were he or she granted access to the whole of the record. Part of the hearing may be held *in camera*, with only the

Lorsqu'il examine le certificat, le juge prend connaissance de tous les renseignements sur lesquels s'est fondé le gouvernement. Néanmoins, si ce dernier invoque la confidentialité de certains renseignements, le juge ne peut les communiquer à la personne désignée. Il doit donc rendre sa décision sans entendre les objections que la personne désignée pourrait faire valoir si elle avait accès au dossier en entier. Une partie de l'audience peut se

judge and the government lawyers in the room. The named person is not there. His or her lawyer is not there. There is no one to speak for the person or to test the evidence put against him or her.

dérouler à huis clos en présence uniquement du juge et des avocats du gouvernement. Ni la personne désignée ni son avocat ne sont présents. Personne n'est là pour parler au nom de la personne désignée ou pour contester les éléments de preuve produits contre elle.

These circumstances may give rise to a perception that the designated judge under the *IRPA* may not be entirely independent and impartial as between the state and the person named in the certificate. Speaking at a conference in March 2002, Hugessen J. of the Federal Court expressed unease with the role assigned to designated judges under the *IRPA*:

36 Ces circonstances peuvent créer l'impression que le juge désigné sous le régime de la *LIPR* n'est peut-être pas complètement indépendant et impartial à l'égard de l'État et de la personne désignée dans le certificat. Dans le cadre d'une conférence, en mars 2002, le juge Hugessen de la Cour fédérale a exprimé sa réticence devant le rôle confié aux juges désignés par la *LIPR* :

> We do not like this process of having to sit alone hearing only one party,. and looking at the materials produced by only one party . . . .
>
> If there is one thing that I learned in my practice at the Bar, and I have managed to retain it through all these years, it is that good cross-examination requires really careful preparation and a good knowledge of your case. And by definition, judges do not do that. . . . [W]e do not have any knowledge except what is given to us and when it is only given to us by one party we are not well suited to test the materials that are put before us. [Emphasis added.]
>
> (J. K. Hugessen, "Watching the Watchers: Democratic Oversight", in D. Daubney et al., eds., *Terrorism, Law and Democracy: How is Canada changing following September 11?* (2002), 381, at p. 384)

> [TRADUCTION] Nous n'aimons pas ce processus qui consiste à entendre seulement une partie et à prendre connaissance des documents produits par une seule partie . . .
>
> S'il est une chose que j'ai apprise dans l'exercice de la profession d'avocat, et que je n'ai pas oubliée après toutes ces années, c'est qu'un bon contre-interrogatoire demande une préparation très minutieuse et une bonne connaissance de la cause. Or, par définition, les juges ne font pas ce genre de travail. [. . .] [N]ous ne connaissons rien de la cause à part ce qu'on nous en dit et lorsque l'information que nous recevons émane d'une seule partie, nous ne sommes pas vraiment en mesure d'en apprécier la valeur. [Je souligne.]
>
> (J. K. Hugessen, « Watching the Watchers : Democratic Oversight », dans D. Daubney et autres, dir., *Terrorisme, droit et démocratie : Comment le Canada a-t-il changé après le 11 septembre?* (2002), 381, p. 384)

Three related concerns arise with respect to independence and impartiality. First is the concern that the *IRPA* may be perceived to deprive the judge of his or her independent judicial role and co-opt the judge as an agent of the executive branch of government. Second is the concern that the designated judge functions as an investigative officer rather than a judge. Third is the concern that the judge, whose role includes compensating for the fact that the named person may not have access to material and may not be present at the hearing, will become associated with this person's case.

37 Trois problèmes se posent relativement à l'indépendance et à l'impartialité. Premièrement, la *LIPR* peut être perçue comme dépouillant le juge de sa fonction de magistrat indépendant pour lui attribuer le rôle de mandataire du pouvoir exécutif. Deuxièmement, le juge désigné agirait comme un enquêteur plutôt que comme un juge. Troisièmement, comme son rôle consiste aussi à pallier la possibilité que la personne désignée n'ait pas accès à l'information et ne puisse assister à l'audience, le juge pourrait devenir associé à la cause de cette personne.

2007 SCC 9 (CanLII)

38 The first concern is linked to the degree of deference that the judge accords to the ministers' conclusion that the facts supported the issuance of a certificate and the detention of the named person. Judges working under the process have eschewed an overly deferential approach, insisting instead on a searching examination of the reasonableness of the certificate on the material placed before them: *Jaballah, Re* (2004), 247 F.T.R. 68, 2004 FC 299; *Charkaoui (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 299, 2004 FCA 421, at para. 74. They are correct to do so, having regard to the language of the provision, the history of its adoption, and the role of the designated judge.

39 First, an active role for the designated judge is justified by the language of the *IRPA* and the standards of review it establishes. The statute requires the designated judge to determine whether the certificate is "reasonable", and emphasizes factual scrutiny by instructing the judge to do so "on the basis of the information and evidence available" (s. 80(1)). This language, as well as the accompanying factual, legal and administrative context, leads to the conclusion that the designated judge must review the certificate on a standard of reasonableness. Likewise, since the ministers' decision to detain a permanent resident is based on "reasonable grounds to believe" (s. 82(1)), "[i]t is logical to assume that in subsequent reviews by a designated judge, the same standard will be used" (*Charkaoui (Re)*, [2005] 3 F.C.R. 389, 2005 FC 248, at para. 30). The "reasonable grounds to believe" standard requires the judge to consider whether "there is an objective basis . . . which is based on compelling and credible information": *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 100, 2005 SCC 40, at para. 114. "Reasonable grounds to believe" is the appropriate standard for judges to apply when reviewing a continuation of detention under the certificate provisions of the *IRPA*. The *IRPA* therefore does not ask the designated judge to be deferential, but, rather, asks him or her to engage in a searching review.

Le premier problème tient au degré de retenue du juge envers la conclusion des ministres selon laquelle les faits justifiaient la délivrance du certificat et la détention de la personne désignée. Dans le contexte de ce processus, les juges évitent de faire preuve d'une retenue excessive, insistant plutôt sur un examen rigoureux du caractère raisonnable du certificat à partir des renseignements dont ils disposent : *Jaballah, Re* (2004), 247 F.T.R. 68, 2004 CF 299; *Charkaoui (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 299, 2004 CAF 421, par. 74. C'est à bon droit qu'ils agissent ainsi, étant donné le libellé de la disposition législative, l'historique de son adoption et le rôle du juge désigné.

Premièrement, le libellé de la *LIPR* et la norme de contrôle qu'elle établit justifient que le juge désigné joue un rôle actif. La loi exige que les juges désignés décident du « caractère raisonnable » des certificats et insiste sur l'examen minutieux des faits en donnant instruction au juge de rendre sa décision « compte tenu des renseignements et autres éléments de preuve dont il dispose » (par. 80(1)). Ces termes, ainsi que leur contexte factuel, juridique et administratif, mènent à la conclusion que le juge désigné doit examiner le certificat selon la norme du caractère raisonnable. De même, comme la décision des ministres de détenir un résident permanent est fondée sur « des motifs raisonnables de croire » (par. 82(1)), « [i]l est logique de penser que lors de révisions subséquentes par un juge désigné, la même norme sera utilisée » (*Charkaoui (Re)*, [2005] 3 R.C.F. 389, 2005 CF 248, par. 30). La norme des « motifs raisonnables de croire » exige que le juge se demande s'il existe « un fondement objectif reposant sur des renseignements concluants et dignes de foi » : *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 100, 2005 CSC 40, par. 114. C'est la norme des « motifs raisonnables de croire » que les juges doivent appliquer lorsqu'ils contrôlent le maintien en détention sous le régime des dispositions de la *LIPR* régissant les certificats. La *LIPR* n'impose pas une grande retenue au juge désigné, mais l'oblige à procéder à un examen approfondi.

2007 SCC 9 (CanLII)

2007 SCC 9 (CanLII)

This interpretation of the *IRPA* is confirmed by statements made in the course of the adoption of the scheme. While it was considering the *IRPA*, the Standing Committee on Citizenship and Immigration was informed that the role of the designated judge would be to avoid treatment that is unfair, arbitrary, or in violation of due process (Transcript of the Standing Committee on Citizenship and Immigration, Thursday, April 26, 2001 (online)).

Finally, the fact that the designated judge may have access to more information than the ministers did in making their initial decision to issue a certificate and detain suggests that the judge possesses relative expertise on the matters at issue and is no mere rubber stamp: *Charkaoui (Re)*, 2003 FC 1419, at para. 125.

I conclude that a non-deferential role for the designated judge goes some distance toward alleviating the first concern, that the judge will be perceived to be in the camp of the government.

The second concern is that the judge may be seen to function more as an investigator than as an independent and impartial adjudicator. The law is clear that the principles of fundamental justice are breached if a judge is reduced to an executive, investigative function. At the same time, the mere fact that a judge is required to assist in an investigative activity does not deprive the judge of the requisite independence. In *Re Bagri*, the Court considered whether a provision of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, that provides for a judge to assist the state in gathering evidence in the investigation of a terrorist offence violated s. 7 or s. 11(*d*) of the *Charter.* Under s. 83.28, a judge can order a person to attend before the judge (or before another judge) to give information on a suspected past or future terrorism offence, and supervise the taking of the person's statement. The hearing can take place *in camera*, and its very existence can be kept secret. Critics of s. 83.28 argued that it co-opts the presiding judge into performing an

Cette interprétation de la *LIPR* est corroborée par des déclarations faites durant le processus d'adoption du régime. Les témoignages présentés au Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration qui étudiait la *LIPR* lui ont révélé que le rôle du juge désigné consiste à éviter tout traitement injuste ou arbitraire et à garantir l'application régulière de la loi (Transcription des travaux du Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration, le jeudi 26 avril 2001 (en ligne)).

Enfin, le fait que le juge désigné ait accès à plus de renseignements que les ministres n'en avaient à leur disposition pour prendre leur décision initiale de délivrer un certificat et de mettre l'intéressé en détention porte à croire que le juge est relativement bien placé pour apprécier les questions en litige et ne se contente pas d'entériner machinalement cette décision : *Charkaoui (Re)*, 2003 CF 1419, par. 125.

Je conclus qu'attribuer au juge désigné un rôle qui ne l'oblige pas à faire preuve de retenue contribue à atténuer le premier problème, soit la possibilité que le juge soit perçu comme appartenant au camp du gouvernement.

Deuxièmement, on craint que le juge soit perçu davantage comme un enquêteur que comme un arbitre indépendant et impartial. Il est clair en droit qu'il serait contraire aux principes de justice fondamentale que le juge exerce une fonction purement exécutive, qui se limite à une enquête. Par contre, le simple fait qu'un juge soit appelé à participer à une activité d'enquête ne le prive pas de l'indépendance requise. Dans *Re Bagri*, la Cour devait décider si une disposition du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui autorise un juge à aider l'État à rechercher des éléments de preuve dans le cadre d'une enquête sur une infraction de terrorisme contrevenait à l'art. 7 ou à l'al. 11*d*) de la *Charte*. L'article 83.28 permet au juge d'ordonner qu'une personne comparaisse devant lui (ou devant un autre juge) pour fournir de l'information sur une infraction de terrorisme commise ou appréhendée et à superviser son interrogatoire. L'audience peut se dérouler à huis clos et même sa tenue peut être gardée secrète. Les critiques formulées contre l'art.

2007 SCC 9 (CanLII)

investigative rather than an adjudicative role. The majority held that the provision violates neither s. 7 of the *Charter* nor the unwritten principle of judicial independence. It stressed that s. 83.28 gives judges broad discretion to vary the terms of the order made under it and to ensure that constitutional and common law values are respected. It also noted that judges routinely participate in investigations in the criminal context and that their role in these situations is to "act as a check against state excess" (para. 86), and emphasized that in the context of investigative hearings the judge was not asked to question the individual or challenge the evidence, but merely to mediate and ensure the fairness of the proceeding. However, it warned that "once legislation invokes the aid of the judiciary, we must remain vigilant to ensure that the integrity of its role is not compromised or diluted" (para. 87).

83.28 voulaient qu'il permette au juge d'exercer des fonctions d'enquête plutôt que sa fonction juridictionnelle. La majorité a conclu que cette disposition ne viole ni l'art. 7 de la *Charte* ni le principe non écrit de l'indépendance judiciaire. Elle a précisé que l'art. 83.28 confère au juge un vaste pouvoir discrétionnaire pour fixer et modifier les modalités de l'ordonnance rendue en application de cet article et pour veiller au respect des valeurs reconnues par la Constitution et par la common law. La majorité a aussi souligné que les juges participent couramment à des enquêtes dans le contexte criminel et que, dans ces situations, leur rôle consiste à « refréner les excès de l'État » (par. 86). Elle a insisté sur le fait que, dans le cadre d'une enquête, le juge n'était pas appelé à poser des questions à l'intéressé ni à contester les éléments de preuve, mais simplement à agir comme médiateur et à garantir l'équité procédurale. Par contre, elle a prévenu que « dès qu'une mesure législative requiert l'aide du pouvoir judiciaire, il faut veiller à ce que l'intégrité du rôle de ce dernier ne soit ni compromise ni diminuée » (par. 87).

44 The *IRPA* provisions before the Court, like s. 83.28 of the *Criminal Code*, preserve the essential elements of the judicial role. It is even clearer in this case than in *Re Bagri* that the process established by the legislation at issue is not purely investigative; the judge's task of determining whether the certificate is "reasonable" seems on its face closer to adjudicative review of an executive act than to investigation. On the other hand, the provisions seem to require the judge to actively vet the evidence, an activity that the Court viewed as suspect in *Re Bagri*. Noël J., the designated judge for Mr. Charkaoui's case, stated:

Les dispositions de la *LIPR* en cause, à l'instar de l'art. 83.28 du *Code criminel*, préservent les éléments essentiels de la fonction judiciaire. Il est encore plus clair en l'espèce que dans *Re Bagri* que le processus établi par la loi n'est pas strictement de la nature d'une enquête; la tâche du juge de décider du « caractère raisonnable » du certificat semble d'emblée s'apparenter davantage au contrôle judiciaire d'un acte de l'exécutif qu'à une enquête. D'autre part, les dispositions semblent exiger que le juge passe concrètement les éléments de preuve au crible, tâche qui paraissait suspecte aux yeux de la Cour dans *Re Bagri*. Le juge Noël, juge désigné dans la cause de M. Charkaoui, a affirmé :

> Designated judges preside over hearings and hear the Minister's witnesses. They examine witnesses themselves as the need arises. They examine the documents carefully to determine which information is related to security and which information is not. In order to do so, they examine, among other things, the sources of the information, the way in which it was obtained, the reliability of the sources and the

> Le juge désigné préside les audiences et entend les témoins présentés par les ministres. Au besoin, il interroge lui-même ces témoins. Il examine soigneusement la documentation pour déterminer quels renseignements sont liés à la sécurité et lesquels ne le sont pas. Pour ce faire, il examine entre autres les sources des renseignements, la façon dont ces renseignements ont été obtenus, la fiabilité des sources et la méthode

method used, and whether it is possible to corroborate the information by other means.

(2003 FC 1419, at para. 101)

These comments suggest that while the designated judge may be more involved in vetting and skeptically scrutinizing the evidence than would be the case in a normal judicial hearing, the judge is nevertheless performing the adjudicative function of evaluation, rather than the executive function of investigation. However, care must be taken to avoid allowing the investigative aspect of the process to overwhelm its adjudicative aspect.

The third concern is that the judge's role as sole protector of the named person's interest may associate the judge, in fact or perception, with that interest. A judge who is obliged to take on a "defence" role in the absence of counsel may unconsciously become associated with that camp: *R. v. Taubler* (1987), 20 O.A.C. 64, at p. 71; *R. v. Turlon* (1989), 49 C.C.C. (3d) 186 (Ont. C.A.), at p. 191. This concern must be balanced against the opposite concern that the judge may appear to be part of the government scheme and hence in the government's camp. The critical consideration, however, is that the *IRPA* permits — indeed requires — the judge to conduct the review in an independent and judicial fashion. Provided the judge does so, the scheme cannot be condemned on the ground that he or she is, in fact or perception, in the named person's camp.

I conclude that, on its face, the *IRPA* process is designed to preserve the independence and impartiality of the designated judge, as required by s. 7. Properly followed by judges committed to a searching review, it cannot be said to compromise the perceived independence and impartiality of the designated judge.

I note that this conclusion conclusively rebuts the appellant Charkaoui's contention that the *IRPA* breaches the unwritten constitutional principle of

utilisée, ainsi que la possibilité de corroborer ces renseignements par d'autres moyens lorsque cela est possible.

(2003 CF 1419, par. 101)

Ces commentaires indiquent que, même si un juge désigné participe davantage au criblage et à l'examen critique des éléments de preuve que dans le cadre d'une audition judiciaire normale, il continue d'exercer sa fonction judiciaire d'évaluation, plutôt que la fonction exécutive d'enquête. Il faut toutefois veiller à ce que le volet d'enquête du processus n'en supplante pas le volet judiciaire.

45 Troisièmement, on craint que le juge, en raison de son rôle de protecteur unique des intérêts de la personne désignée, puisse être associé, en réalité ou en apparence, aux intérêts de cette personne. Un juge tenu d'assumer le rôle de la « défense » en l'absence d'un avocat pourrait devenir inconsciemment associé à ce camp : *R. c. Taubler* (1987), 20 O.A.C. 64, p. 71; *R. c. Turlon* (1989), 49 C.C.C. (3d) 186 (C.A. Ont.), p. 191. Cette crainte doit être soupesée en regard de l'éventualité opposée que le juge soit perçu comme faisant partie intégrante du régime gouvernemental et appartenant au camp du gouvernement. La considération déterminante est toutefois que la *LIPR* permet au juge — lui enjoint en fait — de procéder au contrôle en agissant comme un magistrat indépendant exerçant des fonctions judiciaires. Dans la mesure où le juge agit effectivement ainsi, le régime ne peut être condamné sous prétexte que le juge se rangerait, en réalité ou en apparence, dans le camp de la personne désignée.

46 Je conclus qu'il ressort, à la simple lecture de la *LIPR*, que le processus qu'elle établit est conçu de façon à préserver l'indépendance et l'impartialité du juge désigné, comme l'exige l'art. 7. On ne saurait dire que l'indépendance et l'impartialité apparentes du juge désigné sont compromises, lorsque les juges appliquent correctement ce processus en procédant à un examen approfondi.

47 Soulignons que cette conclusion réfute définitivement la prétention de M. Charkaoui selon laquelle la *LIPR* contrevient au principe constitutionnel non

2007 SCC 9 (CanLII)

judicial independence affirmed in *Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice)*, [2005] 2 S.C.R. 286, 2005 SCC 44.

5. Is the Decision Based on the Facts and the Law?

48 To comply with s. 7 of the *Charter*, the magistrate must make a decision based on the facts and the law. In the extradition context, the principles of fundamental justice have been held to require, "at a minimum, a meaningful judicial assessment of the case on the basis of the evidence and the law. A judge considers the respective rights of the litigants or parties and makes findings of fact on the basis of evidence and applies the law to those findings. Both facts and law must be considered for a true adjudication. Since *Bonham's Case* [(1610), 8 Co. Rep. 113b, 77 E.R. 646], the essence of a judicial hearing has been the treatment of facts revealed by the evidence in consideration of the substantive rights of the parties as set down by law" (*Ferras*, at para. 25). The individual and societal interests at stake in the certificate of inadmissibility context suggest similar requirements.

49 The *IRPA* process at issue seeks to meet this requirement by placing material before the judge for evaluation. As a practical matter, most if not all of the material that the judge considers is produced by the government and can be vetted for reliability and sufficiency only by the judge. The normal standards used to ensure the reliability of evidence in court do not apply: s. 78(*j*). The named person may be shown little or none of the material relied on by the ministers and the judge, and may thus not be in a position to know or challenge the case against him or her. It follows that the judge's decision, while based on the evidence before him or her, may not be based on all of the evidence available.

50 There are two types of judicial systems, and they ensure that the full case is placed before the judge in two different ways. In inquisitorial systems, as in

écrit de l'indépendance judiciaire reconnu dans *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)*, [2005] 2 R.C.S. 286, 2005 CSC 44.

5. La décision est-elle fondée sur les faits et sur le droit?

Pour se conformer à l'art. 7 de la *Charte*, le magistrat doit rendre une décision fondée sur les faits et sur le droit. Dans le contexte de l'extradition, il a été jugé que la justice fondamentale « impose aux tribunaux au moins l'obligation de procéder à une appréciation valable de l'affaire en fonction de la preuve et du droit. Le juge examine les droits respectifs des parties et, d'après la preuve, tire des conclusions de fait auxquelles il applique le droit. Il doit examiner autant les faits que le droit pour arriver à une conclusion valable. Depuis l'affaire *Bonham* [(1610), 8 Co. Rep. 113b, 77 E.R. 646], l'essence d'une audience judiciaire est de traiter les faits révélés par la preuve selon les droits substantiels que la loi confère aux parties » (*Ferras*, par. 25). Les intérêts individuels et sociétaux en jeu dans le contexte des certificats d'interdiction de territoire supposent l'application d'une exigence semblable.

Le processus établi par la *LIPR* est censé répondre à cette exigence par la production de renseignements soumis à l'appréciation du juge. En pratique, la plupart sinon la totalité des documents examinés par le juge sont produits par le gouvernement et seul le juge peut les passer au crible pour déterminer s'ils sont fiables et suffisants. Les normes servant habituellement à garantir la fiabilité de la preuve soumise aux tribunaux ne s'appliquent pas : al. 78*j*). Il se peut que la personne désignée ne puisse pas prendre connaissance de la totalité ou d'une grande partie des renseignements sur lesquels s'appuient les ministres et le juge, et qu'elle ne soit donc pas en mesure de connaître ou de contester les allégations formulées contre elle. Par conséquent, le juge peut rendre une décision qui, bien que fondée sur la preuve dont il dispose, n'est pas fondée sur tous les éléments de preuve disponibles.

Il existe deux types de systèmes de justice, qui garantissent de deux manières différentes que le juge dispose d'une preuve complète. Dans un système de

2007 SCC 9 (CanLII)

2007 SCC 9 (CanLII)

Continental Europe, the judge takes charge of the gathering of evidence in an independent and impartial way. By contrast, an adversarial system, which is the norm in Canada, relies on the parties — who are entitled to disclosure of the case to meet, and to full participation in open proceedings — to produce the relevant evidence. The designated judge under the *IRPA* does not possess the full and independent powers to gather evidence that exist in the inquisitorial process. At the same time, the named person is not given the disclosure and the right to participate in the proceedings that characterize the adversarial process. The result is a concern that the designated judge, despite his or her best efforts to get all the relevant evidence, may be obliged — perhaps unknowingly — to make the required decision based on only part of the relevant evidence. As Hugessen J. has noted, the adversarial system provides "the real warranty that the outcome of what we do is going to be fair and just" (p. 385); without it, the judge may feel "a little bit like a fig leaf" (Proceedings of the March 2002 Conference, at p. 386).

type inquisitoire, comme on en retrouve notamment sur le continent européen, le juge dirige la collecte des éléments de preuve de façon impartiale et indépendante. Par contraste, un système contradictoire, qui constitue la norme au Canada, compte sur les parties — qui ont le droit de connaître les allégations formulées contre elles et de participer pleinement à une procédure publique — pour qu'elles produisent les éléments de preuve pertinents. Sous le régime de la *LIPR*, le juge désigné n'est pas investi de tous les pouvoirs indépendants de colliger les éléments de preuve que lui conférerait le processus inquisitoire. Par contre, la personne désignée ne bénéficie ni de la divulgation de la preuve ni du droit de participer à la procédure qui caractérisent le processus contradictoire. En conséquence, on craint que le juge désigné, en dépit des efforts qu'il déploie pour obtenir toute la preuve pertinente, puisse être obligé — peut-être sans le savoir — de rendre la décision requise sur le fondement d'une partie seulement de la preuve pertinente. Comme l'a noté le juge Hugessen, le système contradictoire [TRADUCTION] « garantit réellement que l'issue de notre travail sera équitable et juste » (p. 385); sans lui, le juge pourrait avoir « un peu le sentiment d'être une feuille de vigne » (Actes de la conférence de mars 2002, p. 386).

Judges of the Federal Court have worked assiduously to overcome the difficulties inherent in the role the *IRPA* has assigned to them. To their credit, they have adopted a pseudo-inquisitorial role and sought to seriously test the protected documentation and information. But the role remains *pseudo*-inquisitorial. The judge is not afforded the power to independently investigate all relevant facts that true inquisitorial judges enjoy. At the same time, since the named person is not given a full picture of the case to meet, the judge cannot rely on the parties to present missing evidence. The result is that, at the end of the day, one cannot be sure that the judge has been exposed to the whole factual picture.

51 Les juges de la Cour fédérale ont travaillé avec acharnement pour surmonter les difficultés inhérentes au rôle que la *LIPR* leur a confié. Ils sont louables d'avoir assumé un rôle pseudo-inquisitoire et essayé de vérifier sérieusement les documents et les renseignements protégés. Leur rôle demeure néanmoins *pseudo*-inquisitoire. Le juge n'a pas, contrairement aux juges d'un véritable système inquisitoire, le pouvoir d'enquêter de façon indépendante sur tous les faits pertinents. Par ailleurs, comme la personne désignée n'est pas pleinement informée de ce qu'on lui reproche, le juge ne peut pas compter sur les parties pour lui présenter la preuve manquante. En définitive, on ne peut jamais avoir la certitude que le juge a pu prendre connaissance de tous les faits.

Similar concerns arise with respect to the requirement that the decision be based on the law. Without knowledge of the information put against him or her, the named person may not be in a position to raise legal objections relating to the evidence, or

52 Des problèmes semblables se posent quant au respect de l'exigence voulant que la décision soit fondée sur le droit. Ne sachant pas ce qui lui est reproché, il se peut que la personne désignée ne soit pas en mesure de soulever une objection juridique

to develop legal arguments based on the evidence. The named person is, to be sure, permitted to make legal representations. But without disclosure and full participation throughout the process, he or she may not be in a position to put forward a full legal argument.

6. Is the "Case to Meet" Principle Satisfied?

53 Last but not least, a fair hearing requires that the affected person be informed of the case against him or her, and be permitted to respond to that case. This right is well established in immigration law. The question is whether the procedures "provide an adequate opportunity for [an affected person] to state his case and know the case he has to meet" (*Singh*, at p. 213). Similarly, in *Suresh*, the Court held that a person facing deportation to torture under s. 53(1)(*b*) of the former *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2, must "[n]ot only . . . be informed of the case to be met . . . [but] also be given an opportunity to challenge the information of the Minister where issues as to its validity arise" (para. 123).

54 Under the *IRPA*'s certificate scheme, the named person may be deprived of access to some or all of the information put against him or her, which would deny the person the ability to know the case to meet. Without this information, the named person may not be in a position to contradict errors, identify omissions, challenge the credibility of informants or refute false allegations. This problem is serious in itself. It also underlies the concerns, discussed above, about the independence and impartiality of the designated judge, and the ability of the judge to make a decision based on the facts and law.

55 Confidentiality is a constant preoccupation of the certificate scheme. The judge "shall ensure" the confidentiality of the information on which the certificate is based and of any other evidence if, in the opinion of the judge, disclosure would be

contre un élément de preuve ou de faire valoir des arguments de droit fondés sur la preuve. Certes, la personne désignée est autorisée à présenter des arguments juridiques. Toutefois, sans la divulgation de la preuve et sans sa pleine participation du début à la fin du processus, elle n'est peut-être pas en mesure de préparer une argumentation complète sur les questions de droit.

6. Le principe selon lequel une partie a le droit de savoir ce qu'on lui reproche est-il respecté?

Dernier élément, qui n'est toutefois pas le moindre, une audition équitable suppose que l'intéressé soit informé des allégations formulées contre lui et ait la possibilité d'y répondre. Ce droit est bien établi en droit de l'immigration. Il s'agit de savoir si la procédure offre « à la personne [visée] une possibilité suffisante d'exposer sa cause et de savoir ce qu'elle doit prouver » (*Singh*, p. 213). De même, dans *Suresh*, la Cour a statué qu'une personne susceptible d'être expulsée vers un pays où elle risque la torture, en application de l'al. 53(1)*b*) de l'ancienne *Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2, « doit non seulement être informé[e] des éléments invoqués contre [elle], mais aussi avoir la possibilité de contester l'information recueillie par la ministre lorsque sa validité peut être mise en doute » (par. 123).

Sous le régime de certificats établi dans la *LIPR*, il est possible que la personne désignée n'ait pas accès à la totalité ou à une partie des renseignements produits contre elle, ce qui l'empêche de savoir ce qu'elle doit prouver. Il se peut que, privée de ces renseignements, elle ne soit pas en mesure de corriger les erreurs, relever les omissions, attaquer la crédibilité des informateurs ou réfuter les fausssetés. Ce problème est sérieux en soi. De surcroît, il alimente les craintes mentionnées précédemment concernant l'indépendance et l'impartialité du juge désigné et sa capacité à rendre une décision fondée sur les faits et sur le droit.

La confidentialité constitue une préoccupation constante dans le régime de certificats. Le juge « est tenu » de garantir la confidentialité des renseignements justifiant le certificat et des autres éléments de preuve dont la divulgation porterait atteinte,

2007 SCC 9 (CanLII)

2007 SCC 9 (CanLII)

injurious to national security or to the safety of any person: s. 78(*b*). At the request of either minister "at any time during the proceedings", the judge "shall hear" information or evidence in the absence of the named person and his or her counsel if, in the opinion of the judge, its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person: s. 78(*e*). The judge "shall provide" the named person with a summary of information that enables him or her to be reasonably informed of the circumstances giving rise to the certificate, but the summary cannot include anything that would, in the opinion of the judge, be injurious to national security or to the safety of any person: s. 78(*h*). Ultimately, the judge may have to consider information that is not included in the summary: s. 78(*g*). In the result, the judge may be required to decide the case, wholly or in part, on the basis of information that the named person and his or her counsel never see. The named person may know nothing of the case to meet, and although technically afforded an opportunity to be heard, may be left in a position of having no idea as to what needs to be said.

The same concerns arise with respect to the detention review process under ss. 83 and 84 of the *IRPA*. Section 78 applies to detention reviews under s. 83, and it has been found to apply to detention reviews under s. 84(2): *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 142, 2005 FCA 54, at paras. 71-72.

The right to know the case to be met is not absolute. Canadian statutes sometimes provide for *ex parte* or *in camera* hearings, in which judges must decide important issues after hearing from only one side. In *Rodgers*, the majority of this Court declined to recognize notice and participation as invariable constitutional norms, emphasizing a context-sensitive approach to procedural fairness. And in *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, [2006] 2 S.C.R. 32, 2006 SCC 31, the Court, *per* Rothstein J., held that while "[h]earing from both sides of an issue is a principle to be departed from only in exceptional circumstances", in the ordinary case, a judge would be

selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui : al. 78*b*). À la demande de l'un ou l'autre des ministres, présentée en tout temps au cours de la procédure, le juge « examine », en l'absence de la personne désignée et de son conseil, des renseignements ou des éléments de preuve dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui : al. 78*e*). Le juge « fournit » un résumé des renseignements à la personne désignée, afin de lui permettre d'être suffisamment informée des circonstances ayant donné lieu au certificat. Toutefois, ce résumé ne comporte aucun élément dont la divulgation porterait atteinte, selon le juge, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui : al. 78*h*). En définitive, le juge peut devoir tenir compte de renseignements qui ne font pas partie du résumé : al. 78*g*). Ainsi, il peut arriver que le juge doive rendre sa décision entièrement ou en partie sur la foi de renseignements que la personne désignée et son avocat ne verront jamais. La personne désignée pourrait ignorer totalement ce qu'on lui reproche et, même si elle a techniquement la possibilité d'être entendue, n'avoir aucune idée de la preuve qu'elle doit présenter.

56 Le même problème se pose relativement à la procédure de contrôle de la détention établie aux art. 83 et 84 de la *LIPR*. L'article 78 s'applique au contrôle de la détention visé à l'art. 83 et il a été jugé applicable au contrôle de la détention visé au par. 84(2) : *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 142, 2005 CAF 54, par. 71-72.

57 Le droit d'une partie de connaître la preuve qui pèse contre elle n'est pas absolu. Les lois canadiennes prévoient parfois la tenue d'audiences à huis clos ou *ex parte* au cours desquelles les juges doivent trancher des questions importantes après avoir entendu les arguments d'une seule partie. Dans *Rodgers*, la majorité de la Cour a refusé de reconnaître qu'un préavis et la participation à l'audition constituent des normes constitutionnelles immuables, insistant sur le principe voulant que l'équité procédurale dépende du contexte. Dans *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, [2006] 2 R.C.S. 32, 2006 CSC 31, le juge Rothstein, au nom de la Cour, a précisé que, si « [s]eules des

"well equipped . . . to determine whether a record is subject to [solicitor-client] privilege" without the assistance of counsel on both sides (para. 21).

circonstances exceptionnelles peuvent justifier une dérogation au principe selon lequel il faut entendre le point de vue des deux parties sur une question », en revanche, ordinairement, les juges sont « en mesure de déterminer si un document est protégé » par le secret professionnel de l'avocat, sans l'aide des avocats des deux parties (par. 21).

58 More particularly, the Court has repeatedly recognized that national security considerations can limit the extent of disclosure of information to the affected individual. In *Chiarelli*, this Court found that the Security Intelligence Review Committee could, in investigating certificates under the former *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52 (later R.S.C. 1985, c. I-2), refuse to disclose details of investigation techniques and police sources. The context for elucidating the principles of fundamental justice in that case included the state's "interest in effectively conducting national security and criminal intelligence investigations and in protecting police sources" (p. 744). In *Suresh*, this Court held that a refugee facing the possibility of deportation to torture was entitled to disclosure of all the information on which the Minister was basing his or her decision, "[s]ubject to privilege or similar valid reasons for reduced disclosure, such as safeguarding confidential public security documents" (para. 122). And, in *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75, the Court upheld the section of the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, that mandates *in camera* and *ex parte* proceedings where the government claims an exemption from disclosure on grounds of national security or maintenance of foreign confidences. The Court made clear that these societal concerns formed part of the relevant context for determining the scope of the applicable principles of fundamental justice (paras. 38-44).

Plus particulièrement, la Cour a reconnu à de nombreuses reprises que des considérations relatives à la sécurité nationale peuvent limiter l'étendue de la divulgation de renseignements à l'intéressé. Dans *Chiarelli*, la Cour a reconnu la légalité de la non-communication des détails relatifs aux méthodes d'enquête et aux sources utilisées par la police dans le cadre de la procédure d'examen des attestations par le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité sous le régime de l'ancienne *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52 (plus tard L.R.C. 1985, ch. I-2). Dans cette cause, le contexte en fonction duquel les principes de justice fondamentale ont été précisés comprenait l'« intérêt [de l'État] à mener efficacement les enquêtes en matière de sécurité nationale et de criminalité et à protéger les sources de renseignements de la police » (p. 744). Dans *Suresh*, la Cour a jugé qu'un réfugié susceptible d'être expulsé vers un pays où il risquait la torture avait le droit d'être informé de tous les renseignements sur lesquels la ministre avait fondé sa décision « sous réserve du caractère privilégié de certains documents ou de l'existence d'autres motifs valables d'en restreindre la communication, comme la nécessité de préserver la confidentialité de documents relatifs à la sécurité publique » (par. 122). De plus, dans *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75, la Cour a confirmé la constitutionnalité de l'article de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21, qui prescrit la tenue d'une audience à huis clos et *ex parte* lorsque le gouvernement invoque l'exception relative à la sécurité nationale ou aux renseignements confidentiels de source étrangère pour se soustraire à son obligation de communication. La Cour a alors clairement indiqué que ces préoccupations d'ordre social font partie du contexte pertinent dont il faut tenir compte pour déterminer la portée des principes applicables de justice fondamentale (par. 38-44).

2007 SCC 9 (CanLII)

2007 SCC 9 (CanLII)

In some contexts, substitutes for full disclosure may permit compliance with s. 7 of the *Charter*. For example, in *Rodgers*, the majority of the Court upheld the constitutionality of *ex parte* hearings for applications under s. 487.055 of the *Criminal Code* to take DNA samples from listed multiple offenders, on the ground that the protections Parliament had put in place were adequate (paras. 51-52). Similarly, in *Chiarelli*, the Court upheld the lack of disclosure on the basis that the information disclosed by way of summary and the opportunity to call witnesses and cross-examine RCMP witnesses who testified *in camera* satisfied the requirements of fundamental justice. And in *Ruby*, the Court held that the substitute measures provided by Parliament satisfied the constitutional requirements of procedural fairness (para. 42). Arbour J. stated: "In such circumstances, fairness is met through other procedural safeguards such as subsequent disclosure, judicial review and rights of appeal" (para. 40).

Dans certains contextes, des solutions de rechange à la divulgation complète peuvent satisfaire à l'art. 7 de la *Charte*. Par exemple, dans *Rodgers*, la majorité de la Cour a confirmé la constitutionnalité de l'audition *ex parte* d'une demande présentée en vertu de l'art. 487.055 du *Code criminel* en vue du prélèvement d'échantillons d'ADN de récidivistes désignés parce que les garanties mises en place par le législateur étaient adéquates (par. 51-52). De même, dans *Chiarelli*, la Cour a confirmé la constitutionnalité de la non-communication parce que la divulgation des renseignements dans le résumé, la possibilité de faire entendre des témoins et celle de contre-interroger les témoins de la GRC qui avaient déposé à huis clos répondaient aux exigences de la justice fondamentale. Dans *Ruby*, la Cour a statué que les solutions de rechange prévues par le législateur satisfaisaient aux exigences constitutionnelles d'équité procédurale (par. 42). La juge Arbour a affirmé : « [e]n pareils cas, l'équité est assurée par d'autres garanties procédurales telles que la communication subséquente de la preuve, le contrôle judiciaire et le droit d'appel » (par. 40).

Where limited disclosure or *ex parte* hearings have been found to satisfy the principles of fundamental justice, the intrusion on liberty and security has typically been less serious than that effected by the *IRPA*: *Rodgers*, at para. 53. It is one thing to deprive a person of full information where fingerprinting is at stake, and quite another to deny him or her information where the consequences are removal from the country or indefinite detention. Moreover, even in the less intrusive situations, courts have insisted that disclosure be as specific and complete as possible.

Lorsque la communication limitée ou les audiences *ex parte* ont été jugées conformes aux principes de justice fondamentale, l'atteinte à la liberté et à la sécurité était généralement moins sérieuse que celle portée par la *LIPR* : *Rodgers*, par. 53. C'est une chose de ne pas communiquer tous les renseignements à une personne lorsque seul est en jeu le prélèvement de ses empreintes digitales, c'en est une tout autre de refuser de lui transmettre des renseignements lorsqu'elle peut être renvoyée du pays ou détenue pendant une période indéterminée. Qui plus est, même dans les situations moins attentatoires, les juges ont insisté sur la nécessité de divulguer l'information la plus précise et la plus complète possible.

In the context of national security, non-disclosure, which may be extensive, coupled with the grave intrusions on liberty imposed on a detainee, makes it difficult, if not impossible, to find substitute procedures that will satisfy s. 7. Fundamental justice requires substantial compliance with the venerated principle that a person whose liberty is in jeopardy must be given an opportunity to know the

La non-communication dans le contexte de la sécurité nationale, dont l'étendue peut être assez vaste, ajoutée aux graves atteintes portées à la liberté d'une personne détenue, rend difficile, voire impossible, le recours à une solution de rechange qui satisfasse à l'art. 7. La justice fondamentale exige que soit respecté, pour l'essentiel, le principe vénérable voulant qu'une personne dont la liberté

case to meet, and an opportunity to meet the case. Yet the imperative of the protection of society may preclude this. Information may be obtained from other countries or from informers on condition that it not be disclosed. Or it may simply be so critical that it cannot be disclosed without risking public security. This is a reality of our modern world. If s. 7 is to be satisfied, either the person must be given the necessary information, or a substantial substitute for that information must be found. Neither is the case here.

62 The only protection the *IRPA* accords the named person is a review by a designated judge to determine whether the certificate is reasonable. The ministers argue that this is adequate in that it maintains a "delicate balance" between the right to a fair hearing and the need to protect confidential security intelligence information. The appellants, on the other hand, argue that the judge's efforts, however conscientious, cannot provide an effective substitute for informed participation.

63 I agree with the appellants. The issue at the s. 7 stage, as discussed above, is not whether the government has struck the right balance between the need for security and individual liberties; that is the issue at the stage of s. 1 justification of an established limitation on a *Charter* right. The question at the s. 7 stage is whether the basic requirements of procedural justice have been met, either in the usual way or in an alternative fashion appropriate to the context, having regard to the government's objective and the interests of the person affected. The fairness of the *IRPA* procedure rests entirely on the shoulders of the designated judge. Those shoulders cannot by themselves bear the heavy burden of assuring, in fact and appearance, that the decision on the reasonableness of the certificate is impartial, is based on a full view of the facts and law, and reflects the named person's knowledge of the case to meet. The judge, working under the constraints imposed by the *IRPA*, simply cannot fill the vacuum left by the removal of the traditional guarantees of

est menacée ait la possibilité de connaître la preuve produite contre elle et d'y répondre. Or, il se peut que la nécessité de protéger la société exclue cette possibilité. Des renseignements peuvent avoir été fournis par des pays ou des informateurs à la condition qu'ils ne soient pas divulgués. Il peut aussi arriver que des renseignements soient sensibles au point de ne pouvoir être communiqués sans que la sécurité publique soit compromise. C'est là une réalité de la société moderne. Pour respecter l'art. 7, il faut soit communiquer les renseignements nécessaires à la personne visée, soit trouver une autre façon de l'informer pour l'essentiel. Ni l'un ni l'autre n'a été fait en l'espèce.

La seule protection que la *LIPR* accorde à la personne désignée est l'examen du certificat par un juge désigné qui détermine s'il est raisonnable. Les ministres soutiennent que cette protection est adéquate et qu'elle crée un [TRADUCTION] « équilibre délicat » entre le droit à une audition équitable et la nécessité de préserver la confidentialité du renseignement de sécurité. Pour leur part, les appelants font valoir que les efforts du juge, aussi consciencieux soient-ils, ne constituent pas un substitut valable à la participation éclairée.

Je partage l'opinion des appelants. Rappelons qu'il ne s'agit pas de savoir, à l'étape de l'analyse fondée sur l'art. 7, si le gouvernement a atteint le bon équilibre entre la nécessité de préserver la sécurité et les libertés individuelles; cette question ne se pose qu'à l'étape de l'application de l'article premier, lorsqu'il s'agit de justifier une atteinte déjà établie à un droit protégé par la *Charte*. À l'étape de l'analyse fondée sur l'art. 7, il faut déterminer si les exigences fondamentales de la justice en matière de procédure ont été respectées, soit de la manière habituelle, soit d'une autre façon adaptée au contexte, compte tenu de l'objectif du gouvernement et des intérêts de la personne touchée. Le caractère équitable de la procédure établie par la *LIPR* repose entièrement sur les épaules du juge désigné. Ce dernier ne peut, à lui seul, s'acquitter du lourd fardeau de s'assurer que, tant en apparence qu'en réalité, la décision sur le caractère raisonnable du certificat soit impartiale, repose sur l'ensemble des faits et du droit et témoigne de la

2007 SCC 9 (CanLII)

a fair hearing. The judge sees only what the ministers put before him or her. The judge, knowing nothing else about the case, is not in a position to identify errors, find omissions or assess the credibility and truthfulness of the information in the way the named person would be. Although the judge may ask questions of the named person when the hearing is reopened, the judge is prevented from asking questions that might disclose the protected information. Likewise, since the named person does not know what has been put against him or her, he or she does not know what the designated judge needs to hear. If the judge cannot provide the named person with a summary of the information that is sufficient to enable the person to know the case to meet, then the judge cannot be satisfied that the information before him or her is sufficient or reliable. Despite the judge's best efforts to question the government's witnesses and scrutinize the documentary evidence, he or she is placed in the situation of asking questions and ultimately deciding the issues on the basis of incomplete and potentially unreliable information.

The judge is not helpless; he or she can note contradictions between documents, insist that there be at least some evidence on the critical points, and make limited inferences on the value and credibility of the information from its source. Nevertheless, the judge's activity on behalf of the named person is confined to what is presented by the ministers. The judge is therefore not in a position to compensate for the lack of informed scrutiny, challenge and counter-evidence that a person familiar with the case could bring. Such scrutiny is the whole point of the principle that a person whose liberty is in jeopardy must know the case to meet. Here that principle has not merely been limited; it has been effectively gutted. How can one meet a case one does not know?

connaissance par la personne désignée des allégations formulées contre elle. Le juge, assujetti aux contraintes fixées par la *LIPR*, ne peut tout simplement pas combler le vide créé par le retrait des garanties traditionnelles quant à la tenue d'une audition équitable. Le juge ne voit que ce que les ministres portent à sa connaissance. Ignorant tout du reste de la cause, il n'est pas en mesure de déceler les erreurs ou les omissions ni d'évaluer la crédibilité et la véracité des renseignements comme la personne désignée pourrait le faire. Même si le juge peut poser des questions à cette personne à la reprise de l'instance en sa présence, il doit éviter celles qui pourraient révéler des renseignements protégés. De même, comme la personne désignée ignore les allégations formulées contre elle, elle ignore quels renseignements elle doit fournir au juge désigné. Si le juge ne peut fournir à la personne désignée un résumé des renseignements qui soit suffisant pour que cette dernière sache quelle preuve elle doit produire, le juge ne peut être convaincu que les renseignements dont il dispose sont suffisants ou fiables. Peu importe les efforts qu'il déploie pour interroger les témoins du gouvernement et examiner la preuve documentaire, le juge se retrouve dans une situation où il doit poser des questions et, ultimement, rendre sa décision en s'appuyant sur des renseignements incomplets, qui ne sont peut-être pas fiables.

64 Certes, le juge dispose de certains moyens : il peut relever les contradictions entre les documents, insister pour qu'on lui fournisse au moins certains éléments de preuve sur les points cruciaux et tirer des conclusions limitées quant à la valeur et à la crédibilité des renseignements que lui fournit sa source. Néanmoins, sa participation au nom de la personne désignée se limite à ce que les ministres lui soumettent. Par conséquent, le juge n'est pas en mesure de compenser l'absence d'examen éclairé, de contestation et de contre-preuve par une personne qui serait au fait de la cause. Or, pareil examen est précisément ce que requiert le principe selon lequel une personne dont la liberté est en jeu doit savoir ce qu'on lui reproche. En l'espèce, ce principe n'a pas été simplement restreint, il a été vidé de sa substance. Comment peut-on réfuter des allégations dont on ignore tout?

2007 SCC 9 (CanLII)

7. Conclusion on Section 7

65 In the *IRPA*, an attempt has been made to meet the requirements of fundamental justice essentially through one mechanism — the designated judge charged with reviewing the certificate of inadmissibility and the detention. To Parliament's credit, a sincere attempt has been made to give the designated judge the powers necessary to discharge the role in an independent manner, based on the facts and the law. Yet, the secrecy required by the scheme denies the named person the opportunity to know the case put against him or her, and hence to challenge the government's case. This, in turn, undermines the judge's ability to come to a decision based on all the relevant facts and law. Despite the best efforts of judges of the Federal Court to breathe judicial life into the *IRPA* procedure, it fails to assure the fair hearing that s. 7 of the *Charter* requires before the state deprives a person of life, liberty or security of the person. I therefore conclude that the *IRPA*'s procedure for determining whether a certificate is reasonable does not conform to the principles of fundamental justice as embodied in s. 7 of the *Charter.* The same conclusion necessarily applies to the detention review procedures under ss. 83 and 84 of the *IRPA*.

8. Is the Limit Justified Under Section 1 of the *Charter*?

66 The *Charter* does not guarantee rights absolutely. The state is permitted to limit rights — including the s. 7 guarantee of life, liberty and security — if it can establish that the limits are demonstrably justifiable in a free and democratic society. This said, violations of s. 7 are not easily saved by s. 1. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, Lamer J. (as he then was) stated, for the majority:

> Section 1 may, for reasons of administrative expediency, successfully come to the rescue of an otherwise

7. Conclusion sur l'art. 7

La *LIPR* est censée répondre aux exigences de la justice fondamentale essentiellement grâce à un mécanisme — soit l'examen du caractère raisonnable du certificat d'interdiction de territoire et le contrôle de la détention par le juge désigné. Il faut reconnaître que le législateur a essayé sincèrement de conférer au juge désigné les pouvoirs nécessaires pour qu'il s'acquitte de sa tâche de manière indépendante, en se fondant sur les faits et sur le droit. Cependant, le secret requis par le processus empêche la personne désignée de savoir ce qui lui est reproché et, partant, de contester la thèse du gouvernement. Ce qui a ensuite pour effet de miner la capacité du juge de rendre une décision fondée sur l'ensemble des faits et du droit pertinents. En dépit des efforts déployés par les juges de la Cour fédérale pour insuffler un caractère judiciaire à la procédure établie par la *LIPR*, elle ne garantit pas la tenue de l'audition équitable dont une personne doit bénéficier en vertu de l'art. 7 de la *Charte* avant que l'État porte atteinte à son droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne. Par conséquent, je conclus que la procédure d'examen du caractère raisonnable d'un certificat établie par la *LIPR* n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte*. Cette conclusion vaut nécessairement aussi pour le contrôle de la détention prévu aux art. 83 et 84 de la *LIPR*.

8. Cette limite est-elle justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*?

La *Charte* ne protège pas les droits de façon absolue. En effet, l'État est autorisé à restreindre les droits garantis — y compris le droit de chacun à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne protégé par l'art. 7 — dans des limites dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Cela dit, les atteintes aux droits protégés par l'art. 7 ne sont pas faciles à valider par application de l'article premier. Dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a affirmé, au nom de la majorité :

> L'article premier peut, pour des motifs de commodité administrative, venir sauver ce qui constituerait par

2007 SCC 9 (CanLII)

violation of s. 7, but only in cases arising out of exceptional conditions, such as natural disasters, the outbreak of war, epidemics, and the like. [p. 518]

ailleurs une violation de l'art. 7, mais seulement dans les circonstances qui résultent de conditions exceptionnelles comme les désastres naturels, le déclenchement d'hostilités, les épidémies et ainsi de suite. [p. 518]

The rights protected by s. 7 — life, liberty, and security of the person — are basic to our conception of a free and democratic society, and hence are not easily overridden by competing social interests. It follows that violations of the principles of fundamental justice, specifically the right to a fair hearing, are difficult to justify under s. 1: *G. (J.)*. Nevertheless, the task may not be impossible, particularly in extraordinary circumstances where concerns are grave and the challenges complex.

Les droits protégés par l'art. 7 — la vie, la liberté et la sécurité de la personne — constituent le fondement même de notre conception d'une société libre et démocratique et peuvent difficilement être supplantés par des intérêts sociaux divergents. En conséquence, les dérogations aux principes de justice fondamentale, plus précisément au droit à une audition équitable, sont difficiles à justifier en application de l'article premier : *G. (J.)*. Toutefois, leur justification n'est pas nécessairement impossible, surtout dans des circonstances extraordinaires mettant en cause des préoccupations sérieuses et des problèmes complexes.

The test to be applied in determining whether a violation can be justified under s. 1, known as the *Oakes* test (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103), requires a pressing and substantial objective and proportional means. A finding of proportionality requires: (a) means rationally connected to the objective; (b) minimal impairment of rights; and (c) proportionality between the effects of the infringement and the importance of the objective.

67 Le test servant à déterminer si une atteinte est justifiée au sens de l'article premier, établi dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, exige que cette restriction vise un objectif urgent et réel et qu'elle soit proportionnée, c'est-à-dire a) qu'elle ait un lien rationnel avec l'objectif poursuivi, b) qu'elle porte le moins possible atteinte aux droits et c) que son effet attentatoire soit proportionnel à l'importance de l'objectif poursuivi.

The protection of Canada's national security and related intelligence sources undoubtedly constitutes a pressing and substantial objective. Moreover, the *IRPA*'s provisions regarding the non-disclosure of evidence at certificate hearings are rationally connected to this objective. The facts on this point are undisputed. Canada is a net importer of security information. This information is essential to the security and defence of Canada, and disclosure would adversely affect its flow and quality: see *Ruby*. This leaves the question whether the means Parliament has chosen, i.e. a certificate procedure leading to detention and deportation of non-citizens on the ground that they pose a threat to Canada's security, minimally impairs the rights of non-citizens.

68 La protection de la sécurité nationale du Canada et des sources en matière de renseignement constitue assurément un objectif urgent et réel. Les dispositions de la *LIPR* prévoyant la non-communication d'éléments de preuve dans le cadre d'une audition sur un certificat ont un lien rationnel avec cet objectif. Les faits à cet égard ne sont pas contestés. Le Canada est un importateur net de renseignements sur la sécurité. Or, ces derniers sont essentiels pour la sécurité et la défense du Canada, et leur divulgation nuirait à la circulation et à la qualité de ces renseignements : voir *Ruby*. Il reste donc à déterminer si le moyen choisi par le législateur, c'est-à-dire une procédure de délivrance et d'examen de certificats entraînant la détention et l'expulsion des non-citoyens qui constituent un danger pour la sécurité du Canada, porte le moins possible atteinte à leurs droits.

2007 SCC 9 (CanLII)

69 The realities that confront modern governments faced with the challenge of terrorism are stark. In the interest of security, it may be necessary to detain persons deemed to pose a threat. At the same time, security concerns may preclude disclosure of the evidence on which the detention is based. But these tensions are not new. As we shall see, Canada has already devised processes that go further in preserving s. 7 rights while protecting sensitive information; until recently, one of these solutions was applicable in the security certificate context. Nor are these tensions unique to Canada: in the specific context of anti-terrorism legislation, the United Kingdom uses special counsel to provide a measure of protection to the detained person's interests, while preserving the confidentiality of information that must be kept secret. These alternatives suggest that the *IRPA* regime, which places on the judge the entire burden of protecting the person's interest, does not minimally impair the rights of non-citizens, and hence cannot be saved under s. 1 of the *Charter.*

Les gouvernements modernes aux prises avec le terrorisme font face à de graves réalités. Dans l'intérêt de la sécurité, il peut être nécessaire de détenir des personnes considérées comme une menace. Par contre, des préoccupations relatives à la sécurité peuvent empêcher la divulgation des éléments de preuve sur lesquels se fonde leur détention. Or, ces tensions ne sont pas nouvelles. Comme nous le verrons, le Canada a déjà établi des processus qui sauvegardent davantage les droits garantis par l'art. 7, tout en protégeant l'information sensible; jusqu'à tout récemment, l'une de ces solutions s'appliquait dans le contexte des attestations de sécurité. Ces tensions ne sont pas non plus particulières au Canada. Dans le contexte spécifique de la législation antiterroriste, le Royaume-Uni fait appel à un avocat spécial pour protéger les intérêts de la personne détenue tout en préservant la confidentialité des renseignements qui doivent rester secrets. Ces autres solutions indiquent que le régime établi par la *LIPR*, qui fait porter entièrement au juge le fardeau de protéger les intérêts de la personne, ne porte pas le moins possible atteinte aux droits des non-citoyens et ne peut donc être validé par application de l'article premier de la *Charte*.

(a) *Less Intrusive Alternatives*

a) *Les solutions moins attentatoires*

70 This is not the first time Canada has had to reconcile the demands of national security with the procedural rights guaranteed by the *Charter.* In a number of legal contexts, Canadian government institutions have found ways to protect sensitive information while treating individuals fairly. In some situations, the solution has involved the use of special counsel, in a manner closely approximating an adversarial process.

Ce n'est pas la première fois que le Canada doit concilier les impératifs de la sécurité nationale et les droits procéduraux garantis par la *Charte*. Dans plusieurs contextes juridiques, des institutions gouvernementales canadiennes ont trouvé des façons de protéger des renseignements sensibles tout en accordant aux personnes un traitement juste. Dans certains cas, la solution comportait le recours à un avocat spécial, un processus très semblable au processus contradictoire.

71 The Security Intelligence Review Committee ("SIRC") is an independent review body that monitors the activities of the Canadian Security Intelligence Service ("CSIS"). Established in 1984 under the *Canadian Security Intelligence Service Act*, S.C. 1984, c. 21 (now R.S.C. 1985, c. C-23), SIRC is composed of three to five members of the Privy Council who are not currently serving in Parliament. Under the former *Immigration Act*,

Le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (« CSARS ») est un organisme d'examen indépendant qui surveille les activités du Service canadien du renseignement de sécurité (« SCRS »). Constitué en 1984 par la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, S.C. 1984, ch. 21 (maintenant L.R.C. 1985, ch. C-23), le CSARS se compose de trois à cinq membres du Conseil privé qui ne sont pas en fonction

2007 SCC 9 (CanLII)

2007 SCC 9 (CanLII)

SIRC had the power to vet findings of inadmissibility based on alleged threats to national security; a ministerial certificate could not be issued without a SIRC investigation. If the Minister of Employment and Immigration and the Solicitor General were of the opinion that a non-citizen was inadmissible due to involvement in organized crime, espionage, subversion, acts of violence, etc., they were first obliged to make a report to SIRC: *Immigration Act*, s. 39(2). SIRC would then investigate the grounds for the report, providing the affected person with "a statement summarizing such information available to it as will enable the person to be as fully informed as possible of the circumstances giving rise to the report": s. 39(6). After completing its investigation, SIRC would send a report to the Governor in Council containing its recommendation as to whether a security certificate should be issued: s. 39(9). A copy of the same report would be provided to the non-citizen: s. 39(10). If the Governor in Council was satisfied that the non-citizen was inadmissible on appropriate grounds, he or she could then direct the Minister of Employment and Immigration to issue a security certificate: s. 40(1).

Empowered to develop its own investigative procedures, SIRC established a formal adversarial process, with "a court-like hearing room" and "procedures that mirrored judicial proceedings as much as possible". The process also included an independent panel of lawyers with security clearances to act as counsel to SIRC (M. Rankin, "The Security Intelligence Review Committee: Reconciling National Security with Procedural Fairness" (1990), 3 *C.J.A.L.P.* 173, at p. 179).

A SIRC member presiding at a hearing had the discretion to balance national security against procedural fairness in determining how much information could be disclosed to the affected person. The non-citizen and his or her counsel would normally be present in the hearing room, except

au Parlement. Sous le régime de l'ancienne *Loi sur l'immigration*, le CSARS avait le pouvoir de contrôler les déclarations d'inadmissibilité fondées sur la possibilité de menaces à la sécurité nationale; une attestation du ministre ne pouvait être délivrée sans une enquête du CSARS. Si le ministre de l'Emploi et de l'Immigration et le solliciteur général étaient d'avis qu'un non-citoyen était inadmissible en raison de sa participation notamment à des activités du crime organisé ou à des actes d'espionnage, de subversion ou de violence, ils devaient d'abord en faire rapport au CSARS : *Loi sur l'immigration*, par. 39(2). Le CSARS faisait ensuite enquête sur les motifs exposés au rapport et envoyait à la personne visée par le rapport « un résumé des informations dont il dispose » afin de lui permettre « d'être informé[e] le mieux possible des circonstances qui ont donné lieu » au rapport : par. 39(6). Une fois son enquête complétée, le CSARS devait envoyer au gouverneur en conseil un rapport contenant ses recommandations quant à l'opportunité de délivrer une attestation de sécurité : par. 39(9). Une copie de ce rapport devait être envoyée au non-citoyen : par. 39(10). Si le gouverneur en conseil était d'avis que le non-citoyen était inadmissible pour l'un des motifs prévus, il pouvait alors ordonner au ministre de l'Emploi et de l'Immigration de délivrer une attestation de sécurité : par. 40(1).

72 Habilité à établir ses propres procédures d'enquête, le CSARS a instauré un processus contradictoire officiel ainsi qu'une [TRADUCTION] « salle d'audience similaire à celle d'un tribunal » et « des procédures aussi identiques que possible à des procédures judiciaires ». Le processus comprenait également un groupe indépendant d'avocats ayant les habilitations de sécurité voulues et chargés de conseiller le CSARS (M. Rankin, « The Security Intelligence Review Committee : Reconciling National Security with Procedural Fairness » (1990), 3 *C.J.A.L.P.* 173, p. 179).

73 Les membres du CSARS présidant l'audience pouvaient établir un équilibre entre la sécurité nationale et l'équité procédurale en déterminant les renseignements qui pouvaient être communiqués à l'intéressé. Le non-citoyen et son avocat pouvaient normalement être présents dans la salle d'audience,

2007 SCC 9 (CanLII)

when sensitive national security evidence was tendered. (The presiding SIRC member would decide whether to exclude the non-citizen during certain testimony.) At such a juncture, independent, security-cleared SIRC counsel would act on behalf of the non-citizen. The SIRC counsel were instructed to cross-examine witnesses for CSIS "with as much vigour as one would expect from the complainant's counsel" (Rankin, at p. 184; SIRC *Annual Report 1988-1989* (1989) ("SIRC *Annual Report*"), at p. 64). At the end of this *ex parte* portion of the hearing, the excluded person would be brought back into the room and provided with a summary, which would include "the gist of the evidence, without disclosing the national security information" (SIRC *Annual Report*, at p. 64). The SIRC counsel would negotiate the contents of the summary with CSIS, under the supervision of the presiding SIRC member (*ibid.*). The affected person and his or her counsel would then be allowed to ask their own questions, and to cross-examine on the basis of the summary (Rankin, at p. 184).

sauf lorsque des éléments de preuve sensibles relatifs à la sécurité nationale étaient présentés. (Le membre du CSARS présidant l'audience déterminait s'il fallait exclure le non-citoyen lors de l'audition de certains témoins.) Le cas échéant, un avocat indépendant du CSARS ayant l'habilitation de sécurité voulue représentait le non-citoyen. Les avocats du CSARS avaient le mandat de contre-interroger les témoins du SCRS [TRADUCTION] « avec un zèle égal à celui dont ferait normalement preuve l'avocat du plaignant » (Rankin, p. 184; *Rapport annuel 1988-1989* du CSARS (1989) (« Rapport annuel du CSARS »), p. 67). À la fin de cette partie de l'audition tenue *ex parte*, la personne exclue était ramenée dans la salle et avait droit à un résumé comprenant « les grandes lignes de la preuve qui [venait] d'être présentée, sans rien divulguer de ce qui peut avoir trait à l'intérêt national » (*Rapport annuel* du CSARS, p. 67). L'avocat du CSARS négociait le contenu du résumé avec le SCRS, sous la surveillance du membre du CSARS qui présidait l'audience (*ibid.*). L'intéressé et son avocat pouvaient alors poser leurs propres questions et contre-interroger les témoins à partir de ce résumé (Rankin, p. 184).

74 In the words of Professor Rankin, SIRC's procedures represented "an attempt to preserve the best features of the adversarial process with its insistence on vigorous cross-examination, but not to run afoul of the requirements of national security" (p. 185). These procedures illustrate how special counsel can provide not only an effective substitute for informed participation, but can also help bolster actual informed participation by the affected person. Since the special counsel had a role in determining how much information would be included in the summary, disclosure was presumably more complete than would otherwise have been the case. Sensitive national security information was still protected, but the executive was required to justify the breadth of this protection.

Comme l'a écrit le professeur Rankin, ces procédures du CSARS constituaient [TRADUCTION] « une tentative de préserver les meilleurs éléments du processus contradictoire, qui met l'accent sur un contre-interrogatoire vigoureux, sans toutefois aller à l'encontre des exigences de la sécurité nationale » (p. 185). La procédure du CSARS montre que le recours à l'avocat spécial peut non seulement offrir une solution de rechange efficace à la participation éclairée, mais peut aussi contribuer à favoriser une véritable participation éclairée de l'intéressé. Étant donné que l'avocat spécial intervenait dans la détermination des renseignements à inclure dans le résumé, il faut supposer que la divulgation était plus complète qu'elle ne l'aurait été sans sa participation. Les renseignements sensibles touchant la sécurité nationale demeuraient protégés, mais le pouvoir exécutif devait justifier l'étendue de cette protection.

75 In 1988 Parliament added s. 40.1 to the *Immigration Act* to empower the Minister and the

En 1988, le législateur a ajouté l'art. 40.1 à la *Loi sur l'immigration* pour autoriser le ministre et

2007 SCC 9 (CanLII)

Solicitor General to issue security certificates in respect of foreign nationals. Section 40.1 effectively bypassed the SIRC investigation process where foreign nationals were concerned, instead referring the certificate to a designated judge of the Federal Court for subsequent review. Security certificates in respect of permanent residents remained subject to SIRC scrutiny until 2002, when Parliament repealed the *Immigration Act* and replaced it with the *IRPA*.

le solliciteur général à délivrer des attestations de sécurité à l'égard des étrangers. Cet article permettait de contourner dans ce cas le processus d'enquête du CSARS et de renvoyer pour examen à un juge désigné de la Cour fédérale le certificat visant l'étranger. Les attestations de sécurité à l'égard des résidents permanents sont demeurées assujetties aux enquêtes du CSARS jusqu'en 2002, lorsque le législateur a abrogé la *Loi sur l'immigration* pour la remplacer par la *LIPR*.

Certain elements of SIRC process may be inappropriate to the context of terrorism. Where there is a risk of catastrophic acts of violence, it would be foolhardy to require a lengthy review process *before* a certificate could be issued. But it was not suggested before this Court that SIRC's special counsel system had not functioned well in connection with the review of certificates under the *Immigration Act*, nor was any explanation given for why, under the new system for vetting certificates and reviewing detentions, a special counsel process had not been retained.

76 Certains éléments du processus du CSARS peuvent être inadaptés au contexte du terrorisme. Devant un risque d'actes de violence catastrophiques, il serait téméraire d'exiger un long processus d'examen *avant* qu'un certificat soit délivré. Mais on n'a pas laissé entendre devant notre Cour que la procédure faisant appel à un avocat spécial du CSARS n'avait pas bien fonctionné pour l'examen des certificats sous le régime de la *Loi sur l'immigration*, ni expliqué pourquoi le recours à un avocat spécial n'a pas été retenu dans le nouveau processus d'examen des certificats et de contrôle de la détention.

The SIRC process is not the only example of the Canadian legal system striking a better balance between the protection of sensitive information and the procedural rights of individuals. A current example is found in the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5 ("*CEA*"), which permits the government to object to the disclosure of information on grounds of public interest, in proceedings to which the Act applies: ss. 37 to 39. Under the recent amendments to the *CEA* set out in the *Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41, a participant in a proceeding who is required to disclose or expects to disclose potentially injurious or sensitive information, or who believes that such information might be disclosed, must notify the Attorney General about the potential disclosure, and the Attorney General may then apply to the Federal Court for an order prohibiting the disclosure of the information: ss. 38.01, 38.02, 38.04. The judge enjoys considerable discretion in deciding whether the information should be disclosed. If the judge concludes that disclosure of the information would be injurious to international relations, national defence or national

77 Dans le système juridique canadien, l'exemple du CSARS n'est pas le seul cas où un juste équilibre a été établi entre la protection des renseignements sensibles et les droits procéduraux individuels. On en trouve un autre exemple dans l'actuelle *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5 (« *LPC* »), qui permet au gouvernement, dans le cadre des procédures visées par la Loi, de s'opposer à la divulgation de renseignements pour des raisons d'intérêt public : art. 37 à 39. Les modifications apportées récemment à la *LPC* par la *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41, obligent tout participant qui, dans le cadre d'une instance, est tenu de divulguer, prévoit divulguer ou s'attend à ce que soient divulgués des renseignements qu'il croit sensibles ou potentiellement préjudiciables à aviser le procureur général de la possibilité de divulgation. Ce dernier peut alors demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance interdisant la divulgation des renseignements : art. 38.01, 38.02 et 38.04. Le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire considérable pour décider si les renseignements devraient être divulgués. S'il conclut que la divulgation de

2007 SCC 9 (CanLII)

security, but that the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure, the judge may order the disclosure of all or part of the information, on such conditions as he or she sees fit. No similar residual discretion exists under the *IRPA*, which requires judges not to disclose information the disclosure of which would be injurious to national security or to the safety of any person. Moreover, the *CEA* makes no provision for the use of information that has not been disclosed. While the *CEA* does not address the same problems as the *IRPA*, and hence is of limited assistance here, it illustrates Parliament's concern under other legislation for striking a sensitive balance between the need for protection of confidential information and the rights of the individual.

78 Crown and defence counsel in the recent Air India trial (*R. v. Malik*, [2005] B.C.J. No. 521 (QL), 2005 BCSC 350) were faced with the task of managing security and intelligence information and attempting to protect procedural fairness. The Crown was in possession of the fruits of a 17-year-long investigation into the terrorist bombing of a passenger aircraft and a related explosion in Narita, Japan. It withheld material on the basis of relevance, national security privilege and litigation privilege. Crown and defence counsel came to an agreement under which defence counsel obtained consents from their clients to conduct a preliminary review of the withheld material, on written undertakings not to disclose the material to anyone, including the client. Disclosure in a specific trial, to a select group of counsel on undertakings, may not provide a working model for general deportation legislation that must deal with a wide variety of counsel in a host of cases. Nevertheless, the procedures adopted in the Air India trial suggest that a search should be made for a less intrusive solution than the one found in the *IRPA*.

renseignements serait préjudiciable pour les relations internationales ou pour la défense ou la sécurité nationales, mais que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur celles qui justifient la non-divulgation, le juge peut ordonner la divulgation de tout ou partie des renseignements aux conditions qu'il estime indiquées. La *LIPR* ne confère aucun pouvoir discrétionnaire résiduel semblable; elle commande aux juges de garantir la confidentialité des renseignements dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. En outre, la *LPC* ne contient aucune disposition relative à l'utilisation des renseignements qui n'ont pas été divulgués. Bien que la *LPC* ne traite pas du même problème que la *LIPR* et, qu'en conséquence, elle ne soit que d'une utilité limitée en l'espèce, elle illustre le souci qu'a eu le législateur, dans une autre loi, d'établir un équilibre subtil entre la nécessité de protéger les renseignements confidentiels et les droits des individus.

Dans le récent procès concernant Air India (*R. c. Malik*, [2005] B.C.J. No. 521 (QL), 2005 BCSC 350), les avocats du ministère public et de la défense ont été appelés à gérer des renseignements de sécurité et à tenter de protéger l'équité procédurale. Le ministère public avait en main le fruit de 17 longues années d'enquête sur l'attentat terroriste perpétré contre un avion de passagers ainsi que sur une explosion liée à la même affaire survenue à Narita, au Japon. Il a retenu des renseignements en invoquant la pertinence, le privilège de la sécurité nationale et le privilège relatif au litige. Le ministère public et la défense ont convenu que les avocats de la défense obtiendraient le consentement de leurs clients pour procéder à un examen préliminaire des documents retenus après s'être engagés par écrit à ne pas en divulguer le contenu à qui que ce soit, y compris leurs clients. La divulgation dans le cadre d'un procès spécifique, à un groupe limité d'avocats sous réserve d'engagements, ne constitue peut-être pas une solution pratique dans le contexte d'une loi générale sur l'expulsion qui suppose l'intervention de nombreux avocats différents dans un très grand nombre de causes. Néanmoins, les procédures adoptées pour le procès concernant Air India indiquent qu'il faut chercher une solution moins attentatoire que celle retenue dans la *LIPR*.

2007 SCC 9 (CanLII)

The Arar Inquiry provides another example of the use of special counsel in Canada. The Commission had to examine confidential information related to the investigation of terrorism plots while preserving Mr. Arar's and the public's interest in disclosure. The Commission was governed by the *CEA*. To help assess claims for confidentiality, the Commissioner was assisted by independent security-cleared legal counsel with a background in security and intelligence, whose role was to act as *amicus curiae* on confidentiality applications. The scheme's aim was to ensure that only information that was rightly subject to national security confidentiality was kept from public view. There is no indication that these procedures increased the risk of disclosure of protected information.

79 La Commission Arar offre un autre exemple du recours à des avocats spéciaux au Canada. La Commission devait examiner des renseignements confidentiels concernant des enquêtes sur des complots terroristes tout en protégeant les intérêts de M. Arar et du public à ce que ces renseignements soient divulgués. La Commission était régie par la *LPC*. Pour l'aider à évaluer les allégations de confidentialité, le commissaire bénéficiait de l'assistance d'un conseiller juridique indépendant, ayant une habilitation de sécurité et de l'expérience en matière de renseignement et de sécurité, qui devait agir en qualité d'*amicus curiae* relativement aux demandes fondées sur la confidentialité. Ce processus visait à garantir que seuls les renseignements qui devaient à bon droit être gardés secrets pour des motifs de sécurité nationale soient soustraits à la connaissance du public. Rien n'indique que cette procédure ait accru le risque de divulgation de renseignements protégés.

Finally, I note the special advocate system employed by the Special Immigration Appeals Commission ("SIAC") in the United Kingdom. SIAC and the special advocate system were created in response to *Chahal v. United Kingdom*, 15 November 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V, p. 1831, in which the European Court of Human Rights had held that the procedure then in place was inadequate. The court in *Chahal* commented favourably on the idea of security-cleared counsel instructed by the court, identifying it as being Canadian in origin (perhaps referring to the procedure developed by SIRC).

80 Enfin, soulignons l'existence du système de représentant spécial utilisé par la Special Immigration Appeals Commission (« SIAC ») au Royaume-Uni. Cette dernière et le système de représentant spécial ont été créés en réponse à la décision de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V, p. 1831, selon laquelle la procédure en place à l'époque était inadéquate. Dans cette décision, la cour a émis des commentaires favorables au concept d'un avocat qui posséderait une habilitation de sécurité et recevrait ses instructions de la cour, précisant que ce concept était d'origine canadienne (faisant peut-être allusion à la procédure instaurée par le CSARS).

The U.K.'s special advocate system resembles the Canadian SIRC model. Section 6(1) of the *Special Immigration Appeals Commission Act 1997* (U.K.), 1997, c. 68, states that the special advocate is appointed to "represent the interests of an appellant" in any proceedings before SIAC from which the appellant and his or her legal representatives are excluded. Section 6(4), however, specifies that the special advocate "shall not be responsible to the person whose interests he is appointed

81 Le système de représentant spécial du Royaume-Uni ressemble au modèle canadien utilisé par le CSARS. Le paragraphe 6(1) de la *Special Immigration Appeals Commission Act 1997* (R.-U.), 1997, ch. 68, prévoit que le représentant spécial est nommé pour [TRADUCTION] « représenter les intérêts d'un appelant » dans toute procédure dont est saisie la SIAC et dont sont exclus l'appelant et son conseiller juridique. Par contre, le par. 6(4) précise que le représentant spécial [TRADUCTION]

to represent". Rule 35 of the *Special Immigration Appeals Commission (Procedure) Rules 2003*, S.I. 2003/1034, sets out the special advocate's three main functions: (1) to make submissions to the Commission at any hearings from which the appellant and the appellant's representatives are excluded; (2) to cross-examine witnesses at any such hearings; and (3) to make written submissions to the Commission. After seeing the protected information, the special advocate may not communicate with the appellant or the appellant's representative without authorization from the Commission: rule 36. If the special advocate requests such authorization, the Commission gives the Secretary of State an opportunity to object to the proposed communication before deciding whether to authorize it: rule 38.

82 The use of special advocates has received widespread support in Canadian academic commentary. Professor Roach, for example, criticizes the Court of Appeal's conclusion in *Charkaoui (Re)*, 2004 FCA 421, that such a measure is not constitutionally required:

> In my view, this approach was in error because *in camera* and *ex parte* hearings offend basic notions of a fair hearing and special advocates constitute one example of an approach that is a more proportionate response to reconciling the need to keep some information secret and the need to ensure as much fairness and adversarial challenge as possible. [Emphasis added.]

(K. Roach, "Ten Ways to Improve Canadian Anti-Terrorism Law" (2006), 51 *Crim. L.Q.* 102, at p. 120)

83 This said, the U.K.'s special advocate system has also been criticized for not going far enough. In April 2005, the House of Commons Constitutional Affairs Committee published a report on the operation of SIAC and the use of special advocates (*The operation of the Special Immigration Appeals Commission (SIAC) and the use of Special Advocates*). The Committee listed three important disadvantages faced by special advocates: (1) once they have seen the confidential material, they

« n'est pas responsable envers la personne dont il est chargé de représenter les intérêts ». La règle 35 des *Special Immigration Appeals Commission (Procedure) Rules 2003*, S.I. 2003/1034, précise les trois principales fonctions du représentant spécial : (1) présenter des observations à la Commission à toutes les audiences dont l'appelant et son représentant sont exclus; (2) contre-interroger les témoins durant ces audiences; et (3) présenter des observations écrites à la Commission. Selon la règle 36, le représentant spécial ne peut communiquer ni avec l'appelant ni avec son représentant après avoir pris connaissance des renseignements protégés, sauf avec l'autorisation de la Commission. Si le représentant spécial demande une telle autorisation, la Commission accorde au secrétaire d'État l'occasion de s'opposer à la communication avant de décider s'il y a lieu de l'autoriser : règle 38.

Le recours aux représentants spéciaux bénéficie d'un large appui dans la doctrine canadienne. Le professeur Roach, par exemple, critique la conclusion de la Cour d'appel dans *Charkaoui (Re)*, 2004 CAF 421, selon laquelle une telle mesure n'est pas requise par la Constitution :

> [TRADUCTION] À mon avis, ce raisonnement était erroné parce que la tenue d'audiences à huis clos et *ex parte* heurtent la notion fondamentale d'audition équitable et que les représentants spéciaux constituent un exemple de réponse plus proportionnée au besoin de concilier la nécessité de garder certains renseignements secrets et celle de garantir le plus possible l'équité du processus et sa nature contradictoire. [Je souligne.]

(K. Roach, « Ten Ways to Improve Canadian Anti-Terrorism Law » (2006), 51 *Crim. L.Q.* 102, p. 120)

Cela dit, on a aussi reproché au système de représentant spécial du Royaume-Uni de ne pas aller assez loin. Le Comité sur les affaires constitutionnelles de la Chambre des communes a publié, en avril 2005, un rapport sur le fonctionnement de la SIAC et sur le recours aux représentants spéciaux (*The operation of the Special Immigration Appeals Commission (SIAC) and the use of Special Advocates*). Le Comité a énuméré trois désavantages importants avec lesquels les représentants

2007 SCC 9 (CanLII)

cannot, subject to narrow exceptions, take instructions from the appellant or the appellant's counsel; (2) they lack the resources of an ordinary legal team, for the purpose of conducting in secret a full defence; and (3) they have no power to call witnesses (para. 52).

spéciaux doivent composer : (1) après avoir pris connaissance des renseignements secrets, ils ne peuvent plus, sous réserve de rares exceptions, recevoir d'instructions de l'appelant ou de son avocat; (2) pour les aider à assurer une défense pleine et entière en secret, ils ne disposent pas d'une équipe de juristes comme c'est le cas habituellement; (3) ils ne sont pas habilités à assigner des témoins (par. 52).

Despite these difficulties, SIAC itself has commented favourably on the assistance provided by special advocates, stating that as a result of the "rigorous cross-examination" of the government's evidence by the special advocate, it was satisfied that the government's assertions were unsupported by the evidence (*M. v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKSIAC 17/2002 (BAILII), March 8, 2004, at para. 10). The England and Wales Court of Appeal upheld SIAC's decision: [2004] 2 All E.R. 863, [2004] EWCA Civ 324.

84 En dépit de ces difficultés, la SIAC elle-même a fait des commentaires favorables sur l'aide fournie par les représentants spéciaux, affirmant qu'en raison du [TRADUCTION] « contre-interrogatoire rigoureux » des témoins du gouvernement par le représentant spécial, elle était convaincue que les allégations du gouvernement n'étaient pas étayées par la preuve (*M. c. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKSIAC 17/2002 (BAILII), 8 mars 2004, par. 10). La Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles a confirmé la décision de la SIAC : [2004] 2 All E.R. 863, [2004] EWCA Civ 324.

(b) *The IRPA Scheme Does Not Minimally Impair the Named Person's Rights*

b) *Le régime établi par la LIPR ne porte pas le moins possible atteinte aux droits de la personne désignée*

Parliament is not required to use the *perfect*, or least restrictive, alternative to achieve its objective: *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303. However, bearing in mind the deference that is owed to Parliament in its legislative choices, the alternatives discussed demonstrate that the *IRPA* does not minimally impair the named person's rights.

85 Pour atteindre son objectif, le législateur n'est pas tenu d'utiliser la solution *parfaite*, ou celle qui soit la moins attentatoire : *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303. Cependant, tout en gardant à l'esprit le respect dû aux choix législatifs du Parlement, j'estime que les solutions mentionnées démontrent que la *LIPR* ne porte pas le moins possible atteinte aux droits de la personne désignée.

Under the *IRPA*, the government effectively decides what can be disclosed to the named person. Not only is the named person not shown the information and not permitted to participate in proceedings involving it, but no one but the judge may look at the information with a view to protecting the named person's interests. Why the drafters of the legislation did not provide for special counsel to objectively review the material with a view to protecting the named person's interest, as was formerly done for the review of security certificates by

86 Sous le régime de la *LIPR*, le gouvernement détermine en fait ce qui peut être divulgué à la personne désignée. Non seulement cette dernière n'a pas accès aux renseignements et n'est pas autorisée à participer à la procédure qui la concerne, mais seul le juge peut prendre connaissance des renseignements pour protéger les intérêts de la personne désignée. Rien n'explique pourquoi les rédacteurs de la loi n'ont pas prévu qu'un avocat spécial examine objectivement les documents pour protéger les intérêts de la personne désignée, comme cela

2007 SCC 9 (CanLII)

SIRC and is presently done in the United Kingdom, has not been explained. The special counsel system may not be perfect from the named person's perspective, given that special counsel cannot reveal confidential material. But, without compromising security, it better protects the named person's s. 7 interests.

87 I conclude that the *IRPA*'s procedures for determining whether a certificate is reasonable and for detention review cannot be justified as minimal impairments of the individual's right to a judicial determination on the facts and the law and right to know and meet the case. Mechanisms developed in Canada and abroad illustrate that the government can do more to protect the individual while keeping critical information confidential than it has done in the *IRPA*. Precisely what more should be done is a matter for Parliament to decide. But it is clear that more must be done to meet the requirements of a free and democratic society.

B. *Does the Detention of Permanent Residents or Foreign Nationals Under the IRPA Infringe Sections 7, 9, 10(c) or 12 of the Charter, and if so, Are the Infringements Justified Under Section 1 of the Charter?*

1. Time Constraints on Review for Foreign Nationals: Breach of Section 9 or Section 10(*c*)?

88 Section 9 of the *Charter* guarantees freedom from arbitrary detention. This guarantee expresses one of the most fundamental norms of the rule of law. The state may not detain arbitrarily, but only in accordance with the law. The appellant Mr. Almrei argues that detention under the *IRPA* is arbitrary with respect to foreign nationals, first because it permits their detention without warrant and without regard to their personal circumstances, and second because it prevents review until 120 days

se faisait pour l'examen des attestations de sécurité par le CSARS et comme cela se fait présentement au Royaume-Uni. Du point de vue de la personne désignée, le recours à un avocat spécial n'est peut-être pas parfait puisque celui-ci ne peut communiquer l'information confidentielle. En revanche, un tel système protège mieux les droits de la personne désignée garantis par l'art. 7 et ce, sans compromettre la sécurité.

Je conclus que les procédures d'examen du caractère raisonnable des certificats et de contrôle de la détention établies par la *LIPR* ne peuvent se justifier parce qu'elles ne portent pas le moins possible atteinte au droit d'une personne à une décision judiciaire fondée sur les faits et sur le droit, et à son droit de connaître la preuve qui pèse contre elle et d'y répondre. Des mécanismes conçus au Canada et à l'étranger démontrent que le législateur peut faire mieux qu'il ne l'a fait dans la *LIPR* pour protéger les individus tout en préservant la confidentialité des renseignements sensibles. C'est au législateur qu'il appartient de déterminer précisément quels correctifs doivent être apportés, mais il est évident qu'il doit faire davantage pour satisfaire aux exigences d'une société libre et démocratique.

B. *La détention de résidents permanents ou d'étrangers sous le régime de la LIPR contrevient-elle aux art. 7, 9, 10c) ou 12 de la Charte? Dans l'affirmative, ces contraventions sont-elles justifiées au sens de l'article premier de la Charte?*

1. Les délais qui précèdent le contrôle de la détention des étrangers violent-ils l'art. 9 ou l'al. 10*c*)?

L'article 9 de la *Charte* garantit le droit à la protection contre la détention arbitraire. Cette garantie exprime une des normes les plus fondamentales de la primauté du droit. L'État ne peut pas détenir une personne arbitrairement. Une personne ne peut être mise en détention qu'en conformité avec le droit. M. Almrei soutient que la détention autorisée par la *LIPR* est arbitraire à l'égard des étrangers parce que, premièrement, elle permet leur détention sans mandat et sans égard à leur situation personnelle

2007 SCC 9 (CanLII)

after the certificate is confirmed. In both respects, foreign nationals are treated differently than permanent residents.

I would reject Mr. Almrei's argument that automatic detention of foreign nationals is arbitrary because it is effected without regard to the personal circumstances of the detainee. Detention is not arbitrary where there are "standards that are rationally related to the purpose of the power of detention": P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 46-5. The triggering event for the detention of a foreign national is the signing of a certificate stating that the foreign national is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality. The security ground is based on the danger posed by the named person, and therefore provides a rational foundation for the detention. *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, in which this Court struck down a provision of the *Criminal Code* requiring that an accused acquitted of an offence on the basis of an insanity defence be detained automatically without a hearing, is distinguishable. The Court held that it was arbitrary to require the detention of persons acquitted by reason of mental disorder without the application of any standard whatsoever, because "[n]ot all of these individuals will be dangerous": at p. 1013, *per* Lamer C.J. But in the national security context, the signature of a certificate under s. 77 of the *IRPA* on the ground of security is necessarily related to the dangerousness of the individual. While not all the other grounds for the issuance of a certificate under s. 77(1) are conclusive of the danger posed by the named person, danger is not the only constitutional basis upon which an individual can be detained, and arbitrariness of detention under the other grounds was not argued.

This leaves Mr. Almrei's argument that the *IRPA* imposes arbitrary detention because it prevents review of the detention of foreign nationals until 120 days after the certificate is confirmed.

et, deuxièmement, elle interdit le contrôle de la détention pendant 120 jours après la confirmation du certificat. À ces deux égards, les étrangers sont traités différemment des résidents permanents.

89 Je rejetterais l'argument de M. Almrei selon lequel la détention automatique des étrangers est arbitraire parce qu'elle s'applique sans qu'il soit tenu compte de la situation personnelle du détenu. La détention n'est pas arbitraire quand elle se fonde sur des [TRADUCTION] « critères qui ont un lien rationnel avec l'objectif visé par l'attribution du pouvoir de détention » : P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, p. 46-5. L'événement à l'origine de la détention d'un étranger est la signature du certificat attestant que ce dernier est interdit de territoire pour raison de sécurité, pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée. Le motif de la sécurité est basé sur le danger que représente la personne désignée, et constitue un fondement rationnel pour la détention. Il faut établir une distinction avec l'arrêt *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, qui a annulé les dispositions du *Code criminel* prévoyant la détention automatique, sans audition, d'un accusé acquitté pour cause d'aliénation mentale. Dans cette affaire, la Cour a statué que la détention obligatoire des personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale, sans l'application de quelque norme que ce soit, était arbitraire parce que « ces personnes ne sont pas toutes dangereuses » : p. 1013, le juge en chef Lamer. Or, dans le contexte de la sécurité nationale, la signature d'un certificat pour raison de sécurité en vertu de l'art. 77 de la *LIPR* a nécessairement un lien avec le caractère dangereux de l'individu. Bien que tous les autres motifs de délivrance d'un certificat prévus au par. 77(1) ne soient pas probants quant au danger que pose la personne désignée, le danger n'est pas le seul motif valable du point de vue constitutionnel pour lequel une personne peut être détenue et le caractère arbitraire de la détention pour ces autres motifs n'a pas été plaidé.

90 Il reste donc à examiner l'argument de M. Almrei selon lequel la *LIPR* inflige une détention arbitraire parce qu'elle interdit tout contrôle de la détention des étrangers dans les 120 jours suivant

2007 SCC 9 (CanLII)

Whether through *habeas corpus* or statutory mechanisms, foreign nationals, like others, have a right to prompt review to ensure that their detention complies with the law. This principle is affirmed in s. 10(*c*) of the *Charter*. It is also recognized internationally: see *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001); art. 5 of the *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221 ("*European Convention on Human Rights*"); *Slivenko v. Latvia* [GC], No. 48321/99, ECHR 2003-X, p. 229. While the government accepts this principle, it argues that the 120-day period in s. 84(2) is sufficiently prompt, relying, as did the courts below, on the fact that foreign nationals can apply for release and depart from Canada at any time.

91 The lack of review for foreign nationals until 120 days after the reasonableness of the certificate has been judicially determined violates the guarantee against arbitrary detention in s. 9 of the *Charter*, a guarantee which encompasses the right to prompt review of detention under s. 10(*c*) of the *Charter*. Permanent residents named in certificates are entitled to an automatic review within 48 hours. The same time frame for review of detention applies to both permanent residents and foreign nationals under s. 57 of the *IRPA*. And under the *Criminal Code*, a person who is arrested with or without a warrant is to be brought before a judge within 24 hours, or as soon as possible: s. 503(1). These provisions indicate the seriousness with which the deprivation of liberty is viewed, and offer guidance as to acceptable delays before this deprivation is reviewed.

92 The government submits that the detention provisions, and more specifically the absence of review for foreign nationals until 120 days after the certificate has been determined to be reasonable, reflect its objective of creating a timely removal process for individuals thought to constitute a danger to national security, and asserts that

la confirmation du certificat. Les étrangers ont, au même titre que les autres, le droit de faire contrôler la légalité de leur détention, que ce soit par *habeas corpus* ou par un mécanisme d'origine législative. Ce principe est consacré à l'al. 10*c*) de la *Charte*. Il est aussi reconnu à l'échelle internationale : voir *Rasul c. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *Zadvydas c. Davis*, 533 U.S. 678 (2001); l'art. 5 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221 (« *Convention européenne des droits de l'homme* »); *Slivenko c. Lettonie* [GC], nº 48321/99, CEDH 2003-X, p. 289. Bien que le gouvernement souscrive à ce principe, il fait valoir que la période de 120 jours prévue au par. 84(2) permet un examen suffisamment rapide, se fondant à cet égard, comme les juridictions inférieures, sur le fait que les étrangers peuvent à tout moment demander leur libération pour quitter le Canada.

L'absence de contrôle de la détention des étrangers avant que ne se soient écoulés 120 jours après la confirmation judiciaire du caractère raisonnable du certificat porte atteinte à la protection contre la détention arbitraire garantie par l'art. 9 de la *Charte*, une garantie qui comprend le droit de faire contrôler promptement la légalité de la détention énoncé à l'al. 10*c*) de la *Charte*. Les résidents permanents désignés dans un certificat ont droit à un contrôle automatique dans les 48 heures. L'article 57 de la *LIPR* fixe le même délai pour le contrôle de la détention des étrangers et des résidents permanents. De plus, le *Code criminel* exige qu'une personne mise en état d'arrestation avec ou sans mandat comparaisse devant un juge dans un délai de 24 heures ou le plus tôt possible : art. 503(1). Ces dispositions révèlent à quel point la privation de liberté est considérée comme grave et peuvent servir de guide quant aux délais acceptables pour le contrôle de cette privation.

Le gouvernement soutient que les dispositions relatives à la détention, et plus précisément l'absence de contrôle de la détention des étrangers dans les 120 jours suivant la confirmation du caractère raisonnable du certificat, reflètent son objectif de créer un processus de renvoi rapide des personnes dont on croit qu'elles constituent un danger pour

2007 SCC 9 (CanLII)

2007 SCC 9 (CanLII)

when the provisions were drafted, it was thought that the removal process would be so fast that there would be no need for review. This is more an admission of the excessiveness of the 120-day period than a justification.

It is clear that there may be a need for some flexibility regarding the period for which a suspected terrorist may be detained. Confronted with a terrorist threat, state officials may need to act immediately, in the absence of a fully documented case. It may take some time to verify and document the threat. Where state officials act expeditiously, the failure to meet an arbitrary target of a fixed number of hours should not mean the automatic release of the person, who may well be dangerous. However, this cannot justify the complete denial of a timely detention review. Permanent residents who pose a danger to national security are also meant to be removed expeditiously. If this objective can be pursued while providing permanent residents with a mandatory detention review within 48 hours, then how can a denial of review for foreign nationals for 120 days after the certificate is confirmed be considered a minimal impairment?

I conclude that the lack of timely review of the detention of foreign nationals violates s. 9 and s. 10(*c*) and cannot be saved by s. 1.

2. Do Extended Periods of Detention Under the Scheme Violate Section 7 or the Section 12 Guarantee Against Cruel and Unusual Treatment?

The question at this point is whether the extended detention that may occur under the *IRPA* violates the guarantee against cruel and unusual treatment under s. 12 of the *Charter*. The threshold for breach of s. 12 is high. As stated by Lamer J. in *Smith*, treatment or punishment is cruel and unusual if

la sécurité nationale. Il ajoute qu'au moment de rédiger les dispositions pertinentes, le législateur croyait que le processus de renvoi serait à ce point rapide qu'aucun contrôle ne serait nécessaire. Par cette affirmation, le gouvernement admet le caractère excessif de la période de 120 jours plus qu'il ne la justifie.

93 Certes, une certaine souplesse peut être nécessaire quant à la durée de la détention d'une personne soupçonnée de terrorisme. Devant une menace terroriste, les autorités peuvent devoir agir sur-le-champ, même si leur dossier n'est pas assez bien documenté. Il faut parfois un certain temps pour vérifier et documenter la menace. Si les autorités agissent rapidement, le fait qu'elles ne réussissent pas à respecter un délai arbitraire représentant un nombre précis d'heures ne devrait pas entraîner la remise en liberté automatique d'une personne qui peut fort bien être dangereuse. Toutefois, cela ne saurait justifier l'absence totale de possibilité de faire contrôler promptement la détention. Les résidents permanents qui posent un danger pour la sécurité nationale sont eux aussi censés être renvoyés promptement. S'il est possible d'atteindre cet objectif tout en accordant aux résidents permanents le contrôle automatique de leur détention dans les 48 heures, comment le refus de permettre le contrôle de la détention des étrangers dans les 120 jours suivant la confirmation du certificat peut-il être considéré comme une atteinte minimale?

94 Je conclus que l'impossibilité pour les étrangers de faire contrôler leur détention promptement enfreint l'art. 9 et l'al. 10*c*) et ne peut être validée par l'article premier de la *Charte*.

2. La détention prolongée permise par le régime viole-t-elle l'art. 7 ou le droit à la protection contre tout traitement cruel et inusité garanti par l'art. 12?

95 À ce stade, il s'agit de savoir si la détention prolongée possible sous le régime de la *LIPR* viole le droit à la protection contre tout traitement cruel et inusité garanti par l'art. 12 de la *Charte*. Le seuil de violation de l'art. 12 est élevé. Comme l'a affirmé le juge Lamer dans *Smith*, pour être cruels ou inusités,

it is "so excessive as to outrage [our] standards of decency": *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1067; also *R. v. Wiles*, [2005] 3 S.C.R. 895, 2005 SCC 84, at para. 4.

96 The s. 12 issue of cruel and unusual treatment is intertwined with s. 7 considerations, since the indefiniteness of detention, as well as the psychological stress it may cause, is related to the mechanisms available to the detainee to regain liberty. It is not the detention itself, or even its length, that is objectionable. Detention itself is never pleasant, but it is only cruel and unusual in the legal sense if it violates accepted norms of treatment. Denying the means required by the principles of fundamental justice to challenge a detention may render the detention arbitrarily indefinite and support the argument that it is cruel or unusual. (The same may be true of onerous conditions of release that seriously restrict a person's liberty without affording an opportunity to challenge the restrictions.) Conversely, a system that permits the detainee to challenge the detention and obtain a release if one is justified may lead to the conclusion that the detention is not cruel and unusual: see *Sahin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 214 (T.D.), *per* Rothstein J. (as he then was).

97 Mr. Almrei's first submission is that "the combination of the legislative scheme and the conditions of detention . . . [transforms] the Appellant's detention into one that is cruel and unusual". I would reject this submission. This Court has not, in its past decisions, recognized s. 12 as a mechanism to challenge the overall fairness of a particular legislative regime.

98 More narrowly, however, it has been recognized that indefinite detention in circumstances where the detainee has no hope of release or recourse to a legal process to procure his or her release may cause psychological stress and therefore constitute cruel and unusual treatment: Eur. Court H.R.,

le traitement ou la peine doivent être « excessi[fs] au point de ne pas être compatible[s] avec la dignité humaine » : *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1067; voir aussi *R. c. Wiles*, [2005] 3 R.C.S. 895, 2005 CSC 84, par. 4.

La question de la peine cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 est étroitement liée aux considérations relatives à l'art. 7, puisque le caractère indéterminé de la détention ainsi que le stress psychologique qui en découle sont liés aux mécanismes offerts au détenu pour recouvrer sa liberté. Ce n'est pas la détention en soi, ni même sa durée, qui est condamnable. Il est vrai que la détention en soi n'est jamais agréable, mais elle n'est cruelle et inusitée au sens juridique que si elle déroge aux normes de traitement reconnues. L'absence des moyens requis par les principes de justice fondamentale pour contester une détention peut en faire une détention d'une durée indéterminée arbitraire et servir à étayer l'argument selon lequel elle est cruelle ou inusitée. (Cela pourrait aussi valoir pour des conditions de libération sévères, qui restreignent sérieusement la liberté d'une personne sans qu'elle ait la possibilité de contester ces restrictions.) Inversement, un système permettant à un détenu de contester sa détention et d'être libéré s'il y a lieu, peut mener à la conclusion que la détention n'est ni cruelle ni inusitée : voir *Sahin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 214 (1re inst.), le juge Rothstein (maintenant juge de notre Cour).

M. Almrei soutient tout d'abord que [TRADUCTION] « combinés, le régime législatif et les conditions de détention [. . .] font que la détention de l'appelant est cruelle et inusitée ». Je suis d'avis de rejeter cette allégation. La jurisprudence de la Cour ne reconnaît pas l'art. 12 comme mécanisme servant à contester globalement le caractère équitable d'un régime législatif particulier.

On reconnaît cependant, de façon plus restrictive, que la détention d'une durée indéterminée dans des circonstances où le détenu n'a aucun espoir d'être libéré ni aucune voie de droit pour obtenir une remise en liberté peut lui causer un stress psychologique et constituer un traitement

2007 SCC 9 (CanLII)

2007 SCC 9 (CanLII)

Soering case, judgment of 7 July 1989, Series A, No. 161, at para. 111; compare *Lyons*, at pp. 339-41. However, for the reasons that follow, I conclude that the *IRPA* does not impose cruel and unusual treatment within the meaning of s. 12 of the *Charter* because, although detentions may be lengthy, the *IRPA*, properly interpreted, provides a process for reviewing detention and obtaining release and for reviewing and amending conditions of release, where appropriate.

cruel et inusité : Cour eur. D.H., affaire *Soering*, arrêt du 7 juillet 1989, série A, nº 161, par. 111; comparer à *Lyons*, p. 339-341. Cependant, pour les motifs qui suivent, je conclus que la *LIPR* n'inflige pas un traitement cruel et inusité au sens de l'art. 12 de la *Charte* parce que, même si les périodes de détention peuvent être longues, lorsqu'on l'interprète correctement, la *LIPR* établit un processus permettant de faire contrôler la détention et d'obtenir une remise en liberté, ainsi que de faire contrôler et modifier les conditions de libération, s'il y a lieu.

On its face, the *IRPA* permits detention pending deportation on security grounds. In reality, however, a release from detention may be difficult to obtain. The Federal Court suggested that Mr. Almrei "holds the key to his release": *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 4 F.C.R. 327, 2004 FC 420, at para. 138. But voluntary departure may be impossible. A person named in a certificate of inadmissibility may have nowhere to go. Other countries may assume such a person to be a terrorist and are likely to refuse entry, or the person may fear torture on his or her return. Deportation may fail for the same reasons, despite the observation that "[i]n our jurisdiction, at this moment, deportation to torture remains a possibility" in exceptional circumstances: *Almrei*, 2005 FCA 54, at para. 127. The only realistic option may be judicial release.

99 À première vue, la *LIPR* permet la détention en attente de l'expulsion pour raison de sécurité. En réalité, cependant, il peut être difficile d'obtenir une remise en liberté. La Cour fédérale a laissé entendre que M. Almrei « tient la clé de sa mise en liberté » : *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] 4 R.C.F. 327, 2004 CF 420, par. 138. Or, il se peut qu'un départ volontaire soit impossible. La personne désignée dans un certificat d'interdiction de territoire n'a peut-être nulle part où aller. Les autres pays pourraient tenir pour acquis qu'une telle personne est un terroriste et lui refuseront probablement l'accès à leur territoire. L'intéressé pourrait aussi craindre d'être torturé à son retour dans son pays. L'expulsion pourrait échouer pour les même raisons, en dépit de l'observation selon laquelle « [d]ans notre pays, à l'heure actuelle, le renvoi vers un pays qui pratique la torture demeure possible » dans des circonstances exceptionnelles : *Almrei*, 2005 CAF 54, par. 127. La seule solution réaliste pourrait bien être la mise en liberté par voie judiciaire.

In the case of a permanent resident, detention is continued if the judge is satisfied that the person "continues to be a danger to national security or to the safety of any person, or is unlikely to appear at a proceeding or for removal": s. 83(3). The ministers bear the initial burden of establishing that these criteria are met: *Charkaoui (Re)*, [2004] 1 F.C.R. 528, 2003 FC 882, at para. 36. In the case of a foreign national, release may be granted if the judge is "satisfied that the foreign national will not be removed from Canada within a reasonable time and that the release will not pose a danger to national security or to the safety of any

100 Un résident permanent est maintenu en détention si le juge est convaincu « qu'il constitue toujours un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi » : par. 83(3). Le fardeau initial d'établir ces faits incombe aux ministres : *Charkaoui (Re)*, [2004] 1 R.C.F. 528, 2003 CF 882, par. 36. Dans le cas d'un étranger, la mise en liberté peut être accordée « sur preuve que la mesure ne sera pas exécutée dans un délai raisonnable et que la mise en liberté ne constituera pas un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui » : par. 84(2). Contrairement au par.

person": s. 84(2). Unlike s. 83(3), s. 84(2) places the onus on the detainee: see *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 24 Admin. L.R. (3d) 171 (F.C.A.).

101 Courts thus far have understood these provisions to set a high standard for release. In interpreting the predecessor to s. 84(2) under the *Immigration Act*, the Federal Court of Appeal held that judicial release "cannot be an automatic or easy thing to achieve", and that it "is not to be routinely obtained": *Ahani*, at para. 13. At the same time, courts have read the provision as allowing the judge to inquire whether terms and conditions could make the release safe. This is an invitation that Federal Court judges have rightly accepted: *Harkat v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 F.C.R. 321, 2006 FC 628, at para. 82; *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 270 F.T.R. 1, 2005 FC 1645, at paras. 419-26. Likewise, when reviewing the detention of a permanent resident under s. 83(3), judges have examined the context that would surround release in order to determine whether the person would pose a security risk: *Charkaoui (Re)*, 2005 FC 248, at paras. 71-73.

102 The cases at bar illustrate the difficulty that may be encountered in seeking release from a detention imposed under the *IRPA*. At the time of writing, Mr. Almrei, a foreign national, has been detained for over five years. He cannot be deported until the Minister issues an opinion that he constitutes a danger to the public. But two "danger opinions" have already been quashed by the Federal Court, the last one in March 2005. The Minister has yet to issue a new one. In dismissing Mr. Almrei's application for judicial release, Layden-Stevenson J. held that Mr. Almrei had established that his removal was not imminent, was not a "done deal" and would not occur within a reasonable time (para. 272). However, she held that she was compelled to keep him in detention because she found that his release would pose a danger to national security under s. 84(2): *Almrei*, 2005 FC 1645. Mr. Almrei

83(3), le par. 84(2) impose le fardeau de la preuve au détenu : voir *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. nº 1114 (QL) (C.A.).

Jusqu'à présent, les tribunaux ont jugé que ces dispositions fixent une norme élevée pour accorder la libération. Appelée à interpréter la disposition de la *Loi sur l'immigration* aujourd'hui remplacée par le par. 84(2), la Cour d'appel fédérale a statué que la mise en liberté judiciaire « ne peut être automatique ou facile à obtenir » et qu'elle « ne sera pas accordée automatiquement » : *Ahani*, par. 13. Parallèlement, les tribunaux ont jugé que cette disposition autorise le juge à se demander si la mise en liberté pourrait être sécuritaire si elle était assortie de conditions. Il s'agit d'une invitation à laquelle les juges de la Cour fédérale ont répondu à bon droit : *Harkat c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 1 R.C.F. 321, 2006 CF 628, par. 82; *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] A.C.F. nº 1994 (QL), 2005 CF 1645, par. 419-426. De même, lors du contrôle de la détention d'un résident permanent en application du par. 83(3), les juges ont tenu compte du contexte dans lequel se déroulerait la mise en liberté pour déterminer si la personne constituerait un danger pour la sécurité : *Charkaoui (Re)*, 2005 CF 248, par. 71-73.

Les présents pourvois illustrent à quel point il peut être difficile d'obtenir une remise en liberté sous le régime de la *LIPR*. Au moment de rédiger les présents motifs, M. Almrei, un étranger, est détenu depuis plus de cinq ans. Il ne peut être expulsé tant que le ministre n'a pas émis un avis selon lequel il constitue un danger pour le public. Or, deux « avis de danger » ont déjà été annulés par la Cour fédérale, le dernier, en mars 2005. Le ministre n'a toujours pas délivré de nouvel avis. En rejetant la demande de mise en liberté judiciaire présentée par M. Almrei, la juge Layden-Stevenson a conclu que ce dernier avait établi que son renvoi n'était pas imminent, qu'il n'était pas un « fait accompli » et qu'il ne surviendrait pas dans un délai raisonnable (par. 272). Elle a néanmoins affirmé être tenue de le maintenir en détention parce qu'elle estimait que sa mise en liberté constituerait un danger pour la

2007 SCC 9 (CanLII)

2007 SCC 9 (CanLII)

argues that as far as he is concerned, his detention is indefinite.

Mr. Harkat has been released from detention, but remains under house arrest and continuous surveillance by the Canada Border Services Agency ("CBSA") and the RCMP by virtue of an order by Dawson J. He must at all times wear an electronic monitoring device and obtain the CBSA's permission before leaving his house. He must at all times be under the supervision of either his wife or his mother-in-law. Access to his residence is restricted to individuals who have posted sureties and to Mr. Harkat's legal counsel, as well as to emergency, fire, police and health care professionals. The CBSA is permitted to intercept all telephone and oral communications between Mr. Harkat and any third party. Mr. Harkat is forbidden to use any cellular phone or any computer with Internet connectivity. Breach of any of the numerous conditions in Dawson J.'s order would lead to automatic rearrest; however, these conditions are subject to ongoing review and amendment. The government is attempting to deport him to Algeria; whether this is possible may depend on the outcome of legal processes that are still pending.

Mr. Charkaoui has been released from detention under conditions that are somewhat less onerous: *Charkaoui (Re)*, 2005 FC 248, at para. 86. These conditions have a serious impact on his liberty, and he remains in jeopardy of being rearrested for a breach of his conditions. But the conditions are subject to ongoing review and have been amended several times subsequent to his release. More legal avenues remain to be explored. Whether the government will seek to deport Mr. Charkaoui or detain him anew may depend on the outcome of his application for protection and the determination of the reasonableness of his certificate.

It is thus clear that while the *IRPA* in principle imposes detention only pending deportation, it may in fact permit lengthy and indeterminate detention

sécurité nationale au sens du par. 84(2) : *Almrei*, 2005 CF 1645. M. Almrei se dit détenu pour une période indéterminée.

103 M. Harkat a été mis en liberté, mais il reste en détention à domicile et sous la surveillance constante de l'Agence des services frontaliers du Canada (« ASFC ») et de la GRC, conformément à une ordonnance rendue par la juge Dawson. Il doit porter en tout temps un bracelet de télésurveillance et ne peut quitter sa résidence sans la permission de l'ASFC. Il doit en tout temps rester sous la surveillance de son épouse ou de sa belle-mère. Seules les personnes qui ont déposé un cautionnement, l'avocat de M. Harkat, et les services d'urgence, soit les pompiers, les policiers et les professionnels de la santé, ont accès à sa résidence. L'ASFC est autorisée à intercepter toutes les communications téléphoniques ou verbales entre M. Harkat et un tiers. M. Harkat s'est vu interdire l'utilisation d'un téléphone cellulaire et d'un ordinateur avec accès à Internet. Tout manquement à l'une des nombreuses conditions de l'ordonnance de la juge Dawson entraînerait automatiquement son arrestation; ces conditions peuvent toutefois être révisées et modifiées en tout temps. Le gouvernement tente de l'expulser en Algérie; le succès de cette démarche pourrait dépendre de l'issue de procédures juridiques actuellement en cours.

104 M. Charkaoui a été mis en liberté sous des conditions un peu moins exigeantes : *Charkaoui (Re)*, 2005 CF 248, par. 86. Celles-ci ont de graves conséquences sur sa liberté et il risque toujours d'être remis en état d'arrestation en cas de manquement à l'une de ces conditions. Celles-ci peuvent toutefois être révisées de façon continue et ont été modifiées à plusieurs reprises après sa mise en liberté. Il reste des avenues juridiques à explorer. La décision du gouvernement de tenter d'expulser M. Charkaoui ou de le remettre en détention pourrait dépendre de l'issue de sa demande de protection et de la décision sur le caractère raisonnable du certificat délivré à son égard.

105 Il est donc clair que la *LIPR*, qui n'impose en principe la détention qu'en attendant l'expulsion, peut en fait permettre une détention prolongée ou

or lengthy periods subject to onerous release conditions. The next question is whether this violates s. 7 or s. 12 based on the applicable legal principles.

106 This Court has previously considered the possibility of indefinite detention in the criminal context. In *Lyons*, a majority of the Court held that "dangerous offender" legislation allowing for indefinite detention did not constitute cruel and unusual treatment or punishment within the meaning of s. 12 of the *Charter* because the statutory scheme includes a parole process that "ensures that incarceration is imposed for only as long as the circumstances of the individual case require" (p. 341, *per* La Forest J.). It is true that a judge can impose the dangerous offender designation only on a person who has been convicted of a serious personal injury offence; this Court indicated that a sentence of indeterminate detention, applied with respect to a future crime or a crime that had already been punished, would violate s. 7 of the *Charter* (pp. 327-28, *per* La Forest J.). But the use in criminal law of indeterminate detention as a tool of sentencing — serving both a punitive and a preventive function — does not establish the constitutionality of preventive detention measures in the immigration context.

107 The principles underlying *Lyons* must be adapted in the case at bar to the immigration context, which requires a period of time for review of the named person's right to remain in Canada. Drawing on them, I conclude that the s. 7 principles of fundamental justice and the s. 12 guarantee of freedom from cruel and unusual treatment require that, where a person is detained or is subject to onerous conditions of release for an extended period under immigration law, the detention or the conditions must be accompanied by a meaningful process of ongoing review that takes into account the context and circumstances of the individual case. Such persons must have meaningful opportunities to challenge their continued detention or the conditions of their release.

pour une durée indéterminée et l'assujettissement à de sévères conditions de mise en liberté pendant une longue période. La question suivante est de savoir si, suivant les principes de droit applicables, cela va à l'encontre des art. 7 ou 12.

La Cour a déjà examiné la possibilité d'une détention d'une durée indéterminée dans le contexte du droit criminel. Dans *Lyons*, la Cour a conclu à la majorité que la législation relative aux « délinquants dangereux » autorisant une détention d'une durée indéterminée ne constituait pas un traitement ou une peine cruels ou inusités au sens de l'art. 12 de la *Charte* parce que ce régime législatif établit un processus de libération conditionnelle qui « est le gage d'une incarcération qui ne durera dans chaque cas que le temps dicté par les circonstances » (p. 341, le juge La Forest). Il est vrai qu'un juge ne peut déclarer délinquant dangereux qu'une personne qui a été reconnue coupable d'une infraction qui constitue un sévice grave à la personne; la Cour a précisé qu'une peine d'une durée indéterminée infligée pour un crime qu'une personne n'a pas encore commis ou pour lequel elle a déjà été punie contreviendrait à l'art. 7 de la *Charte* (p. 327-328, le juge La Forest). Mais le recours à la détention d'une durée indéterminée comme outil de détermination de la peine en droit criminel — à des fins à la fois punitives et préventives — ne démontre pas la validité constitutionnelle de la détention préventive dans le contexte de l'immigration.

Les principes sur lesquels repose l'arrêt *Lyons* doivent en l'espèce être adaptés au contexte de l'immigration, qui exige un délai pour l'examen du droit d'une personne désignée de rester au Canada. Ces principes m'amènent à conclure que la justice fondamentale visée à l'art. 7 et le droit à la protection contre tous traitements cruels ou inusités garanti par l'art. 12 exigent que la détention d'une personne ou son assujettissement à de sévères conditions de mise en liberté pendant une longue période, en vertu du droit de l'immigration, soient assortis d'un processus valable de contrôle continu qui tienne compte du contexte et des circonstances propres à chaque cas. Cette personne doit avoir la possibilité réelle de contester son maintien en détention ou ses conditions de mise en liberté.

2007 SCC 9 (CanLII)

2007 SCC 9 (CanLII)

The type of process required has been explored in cases involving analogous situations. In *Sahin*, Rothstein J. had occasion to examine a situation of ongoing detention (for reasons unrelated to national security) under the *Immigration Act*. He concluded that "what amounts to an indefinite detention for a lengthy period of time may, in an appropriate case, constitute a deprivation of liberty that is not in accordance with the principles of fundamental justice" (p. 229) and held that ongoing detention under the *Immigration Act* could be constitutional if it resulted from the weighing of a number of factors (at pp. 231-32):

The following list, which, of course, is not exhaustive of all considerations, seems to me to at least address the more obvious [considerations]. Needless to say, the considerations relevant to a specific case, and the weight to be placed upon them, will depend upon the circumstances of the case.

(1) Reasons for the detention, i.e. is the applicant considered a danger to the public or is there a concern that he would not appear for removal. I would think that there is a stronger case for continuing a long detention when an individual is considered a danger to the public.

(2) Length of time in detention and length of time detention will likely continue. If an individual has been held in detention for some time as in the case at bar, and a further lengthy detention is anticipated, or if future detention time cannot be ascertained, I would think that these facts would tend to favour release.

(3) Has the applicant or the respondent caused any delay or has either not been as diligent as reasonably possible. Unexplained delay and even unexplained lack of diligence should count against the offending party.

(4) The availability, effectiveness and appropriateness of alternatives to detention such as outright release, bail bond, periodic reporting, confinement to a particular location or geographic area, the requirement to report changes of address or telephone numbers, detention in a form that could be less restrictive to the individual, etc.

A consideration that I think deserves significant weight is the amount of time that is anticipated until

Dans des causes portant sur des situations analogues, les tribunaux se sont prononcés sur le type de processus qui devrait être établi. Dans *Sahin*, le juge Rothstein a eu l'occasion d'examiner un cas de détention continue (fondée sur des motifs qui n'étaient pas reliés à la sécurité nationale) infligée sous le régime de la *Loi sur l'immigration*. Il a conclu qu'une « détention indéterminée pendant une longue période peut, dans certains cas, constituer une privation de liberté qui n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale » (p. 229) et il a jugé qu'une détention continue infligée sous le régime de la *Loi sur l'immigration* pouvait être conforme à la Constitution si elle faisait suite à l'appréciation de plusieurs facteurs (p. 231-232) :

La liste suivante, qui n'est bien entendu pas exhaustive, réunit au moins les facteurs les plus évidents, il me semble. Il est inutile de rappeler que les facteurs applicables à un cas d'espèce et leur importance relative dépendent des faits de la cause.

(1) Les motifs de détention, savoir si le requérant peut constituer une menace pour la sécurité publique ou peut se dérober à la mesure de renvoi. À mon avis, une longue détention est d'autant justifiable que l'intéressé est considéré comme une menace pour la sécurité publique.

(2) La durée de la détention et le temps pendant lequel la détention sera vraisemblablement prolongée. Si l'individu a été déjà détenu pendant un certain temps comme en l'espèce et s'il est prévu que la détention sera prolongée pour une longue période ou si on ne peut en prévoir la durée, je dirais que ces facteurs favorisent la mise en liberté.

(3) Le requérant ou l'intimé a-t-il causé un retard ou ne s'est-il pas montré aussi diligent qu'il est raisonnablement possible de l'être? Les retards inexpliqués ou même le manque inexpliqué de diligence doivent compter contre la partie qui en est responsable.

(4) La disponibilité, l'efficacité et l'opportunité d'autres solutions que la détention, telles que la mise en liberté, la liberté sous caution, la comparution au contrôle périodique, la résidence surveillée dans un lieu ou une localité, l'obligation de signaler les changements d'adresse ou de numéro de téléphone, la détention sous une forme moins restrictive de liberté, etc.

Un facteur qui doit peser lourd dans la balance est le temps qui se passera avant que l'on décide de façon

a final decision, determining, one way or the other, whether the applicant may remain in Canada or must leave.

109 Factors regarding release are considered in another part of the *IRPA* and the accompanying *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 ("*IRP Regulations*"). When a non-citizen not named in a certificate is detained because he or she is inadmissible and also is a danger to the public or is unlikely to appear for examination, the non-citizen is entitled to detention reviews before the Immigration and Refugee Board: *IRPA*, ss. 55 to 57. In determining whether the non-citizen should be held or released, the Board must take into account "prescribed factors": (a) the reason for detention; (b) the length of time in detention; (c) whether there are any elements that can assist in determining the length of time that detention is likely to continue and, if so, that length of time; (d) any unexplained delays or unexplained lack of diligence caused by the Department or the person concerned; and (e) the existence of alternatives to detention (s. 58 *IRPA* and r. 248 *IRP Regulations*).

110 I conclude that extended periods of detention under the certificate provisions of the *IRPA* do not violate ss. 7 and 12 of the *Charter* if accompanied by a process that provides regular opportunities for review of detention, taking into account all relevant factors, including the following:

(a) *Reasons for Detention*

111 The criteria for signing a certificate are "security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality" (s. 77). Detention pursuant to a certificate is justified on the basis of a continuing threat to national security or to the safety of any person. While the criteria for release under s. 83 of the *IRPA* also include the likelihood that a person will appear at a proceeding or for removal, a threat to national security or to the safety of a person is a more important factor for the purpose of justifying continued detention.

définitive si le requérant peut rester au Canada ou doit s'en aller.

Une autre partie de la *LIPR* et le *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (« *Règlement IPR* »), traitent aussi des facteurs applicables à la mise en liberté. Le non-citoyen qui n'est pas désigné dans un certificat et qui est détenu parce qu'il est interdit de territoire et qu'il constitue un danger pour la sécurité publique ou se soustraira vraisemblablement au contrôle, a droit au contrôle de sa détention par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié : *LIPR*, art. 55 à 57. Pour déterminer si un non-citoyen devrait être détenu ou mis en liberté, la Commission de l'immigration et du statut de réfugié doit prendre en compte des « critères réglementaires » : a) le motif de la détention; b) la durée de la détention; c) l'existence d'éléments permettant l'évaluation de la durée probable de la détention et, dans l'affirmative, cette période de temps; d) les retards inexpliqués ou le manque inexpliqué de diligence de la part du ministère ou de l'intéressé; e) l'existence de solutions de rechange à la détention (*LIPR*, art. 58, et *Règlement IPR*, art. 248).

Je conclus que les longues périodes de détention permises par les dispositions de la *LIPR* régissant les certificats ne contreviennent pas aux art. 7 et 12 de la *Charte*, lorsqu'elles sont assorties d'un processus qui offre la possibilité de faire contrôler régulièrement la détention en fonction des considérations suivantes :

a) *Les motifs de la détention*

Les ministres peuvent signer un certificat « pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée » (art. 77). La détention consécutive au dépôt d'un certificat est justifiée en raison d'un danger constant pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui. Bien que les critères de la mise en liberté prévus à l'art. 83 de la *LIPR* incluent aussi la probabilité que l'intéressé se soustraira à la procédure ou au renvoi, un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui constitue

2007 SCC 9 (CanLII)

The more serious the threat, the greater will be the justification for detention.

(b) *Length of Detention*

The length of the detention to date is an important factor, both from the perspective of the individual and from the perspective of national security. The longer the period, the less likely that an individual will remain a threat to security: "The imminence of danger may decline with the passage of time": *Charkaoui (Re)*, 2005 FC 248, at para. 74. Noël J. concluded that Mr. Charkaoui could be released safely from detention because his long period of detention had cut him off from whatever associations with extremist groups he may have had. Likewise, in Mr. Harkat's case, Dawson J. based her decision to release Mr. Harkat in part on the fact that the long period of detention meant that "his ability to communicate with persons in the Islamic extremist network has been disrupted": *Harkat*, 2006 FC 628, at para. 86.

A longer period of detention would also signify that the government would have had more time to gather evidence establishing the nature of the threat posed by the detained person. While the government's evidentiary onus may not be heavy at the initial detention review (see above, at para. 93), it must be heavier when the government has had more time to investigate and document the threat.

(c) *Reasons for the Delay in Deportation*

When reviewing detentions pending deportation, judges have assessed whether the delays have been caused by the detainees or the government: *Sahin*, at p. 231. In reviewing Mr. Almrei's application for release, the Federal Court of Appeal stated that a reviewing judge could "discount, in whole or in part, the delay resulting from proceedings resorted to by an applicant that have the precise effect of preventing compliance by the Crown with the law within a reasonable time": *Almrei*, 2005 FCA 54, at para. 58; see also *Harkat*, 2006 FC 628, at para. 30. Recourse by the government or the individual

un facteur plus important de justification du maintien en détention. Plus le danger est grave, plus la détention sera justifiée.

b) *Le temps passé en détention*

112 Le temps déjà passé en détention est un facteur important, tant du point de vue de l'individu que de celui de la sécurité nationale. Plus la détention se prolonge, moins l'individu sera susceptible de demeurer un danger pour la sécurité : « [d]e l'imminence d'un danger, il se peut que celui-ci décline avec le passage du temps » : *Charkaoui (Re)*, 2005 CF 248, par. 74. Le juge Noël a conclu que M. Charkaoui pouvait être mis en liberté sans danger parce que sa longue période de détention avait interrompu les rapports qu'il avait pu entretenir avec des groupes extrémistes. De même, la juge Dawson a fondé sa décision de remettre M. Harkat en liberté en partie sur le fait que, vu sa longue période de détention, il avait « ainsi cessé de pouvoir communiquer avec des membres du réseau islamiste extrémiste » : *Harkat*, 2006 CF 628, par. 86.

113 Une longue période de détention suppose également que le gouvernement a eu le temps de rassembler les éléments de preuve établissant la nature du danger que pose le détenu. Si le fardeau de la preuve qui incombe au gouvernement peut être assez peu exigeant lors du contrôle initial de la détention (voir par. 93 ci-dessus), il doit être plus lourd lorsque le gouvernement a eu plus de temps pour faire enquête et documenter le danger.

c) *Les raisons qui retardent l'expulsion*

114 Les juges appelés à contrôler la détention en attente de l'expulsion vérifient si le retard était attribuable au détenu ou au gouvernement : *Sahin*, p. 231. Lors de l'examen de la demande de mise en liberté de M. Almrei, la Cour d'appel fédérale a affirmé que le juge chargé de l'examen peut « ne pas tenir compte, en tout ou en partie, du délai résultant d'une procédure amorcée par le demandeur qui a pour effet précis d'empêcher la Couronne d'appliquer la loi dans un délai raisonnable » : *Almrei*, 2005 CAF 54, par. 58; voir également *Harkat*, 2006 CF 628, par. 30. On ne devrait pas reprocher

2007 SCC 9 (CanLII)

to applicable provisions of the *IRPA* that are reasonable in the circumstances and recourse by the individual to reasonable *Charter* challenges should not count against either party. On the other hand, an unexplained delay or lack of diligence should count against the offending party.

au gouvernement ou au détenu de se prévaloir, de façon raisonnable dans les circonstances, des dispositions applicables de la *LIPR*, ni reprocher au détenu une contestation raisonnable fondée sur la *Charte*. Par contre, il sera justifié de retenir un délai inexpliqué ou un manque de diligence contre la partie qui en est responsable.

(d) *Anticipated Future Length of Detention*

d) *La durée anticipée du prolongement de la détention*

115 If there will be a lengthy detention before deportation or if the future detention time cannot be ascertained, this is a factor that weighs in favour of release.

Si l'expulsion sera précédée d'une longue détention ou s'il n'est pas possible de déterminer pendant combien de temps la détention se prolongera, ce facteur jouera en faveur de la mise en liberté.

(e) *Availability of Alternatives to Detention*

e) *L'existence de solutions de rechange à la détention*

116 Stringent release conditions, such as those imposed on Mr. Charkaoui and Mr. Harkat, seriously limit individual liberty. However, they are less severe than incarceration. Alternatives to lengthy detention pursuant to a certificate, such as stringent release conditions, must not be a disproportionate response to the nature of the threat.

Des conditions de mise en liberté rigoureuses, comme celles imposées à M. Charkaoui et à M. Harkat, restreignent fortement la liberté individuelle. Toutefois, elles sont moins sévères que l'incarcération. Les solutions de rechange à une longue détention consécutive à un certificat, telles de sévères conditions de mise en liberté, ne doivent pas être disproportionnées par rapport à la nature du danger.

117 In other words, there must be detention reviews on a regular basis, at which times the reviewing judge should be able to look at all factors relevant to the justice of continued detention, including the possibility of the *IRPA*'s detention provisions being misused or abused. Analogous principles apply to extended periods of release subject to onerous or restrictive conditions: these conditions must be subject to ongoing, regular review under a review process that takes into account all the above factors, including the existence of alternatives to the conditions.

Autrement dit, il faut que la détention soit contrôlée régulièrement et que le juge qui la contrôle puisse tenir compte de tous les facteurs pertinents quant au bien-fondé du maintien de la détention, y compris la possibilité d'un mauvais usage ou d'une application abusive des dispositions de la *LIPR* autorisant la détention. Des principes analogues s'appliquent à la mise en liberté assortie de conditions sévères ou restrictives pendant une longue période : ces conditions doivent être révisées régulièrement, en fonction de tous les facteurs susmentionnés, y compris l'existence de solutions de rechange.

118 Do the provisions for review of detention under the *IRPA*'s certificate scheme satisfy these requirements? To answer this question, we must examine ss. 83(3) and 84(2) in greater detail.

Les dispositions de la *LIPR* qui régissent le contrôle de la détention découlant d'un certificat satisfont-elles à ces critères? Pour répondre à cette question, il faut examiner les par. 83(3) et 84(2) plus en détail.

2007 SCC 9 (CanLII)

Section 84(2) governs the release of foreign nationals. It requires the judge to consider whether the "release" of the detainee would pose a danger to security. This implies that the judge can consider terms and conditions that would neutralize the danger. The judge, if satisfied that the danger no longer exists or that it can be neutralized by conditions, may order the release.

Section 83(3), which applies to permanent residents, has a slightly different wording. It requires the judge to consider not whether the *release* would pose a danger as under s. 84(2), but whether the *permanent resident* continues to be a danger. An issue may arise as to whether this difference in wording affects the ability of the judge to fashion conditions and hence to order conditional release. In my view, there is no practical difference between saying a person's release would be a danger and saying that the person is a danger. I therefore read s. 83(3), like s. 84(2), as enabling the judge to consider whether any danger attendant on release can be mitigated by conditions.

On this basis, I conclude that for both foreign nationals and permanent residents, the *IRPA*'s certificate scheme provides a mechanism for review of detention, which permits the reviewing judge to fashion conditions that would neutralize the risk of danger upon release, and hence to order the release of the detainee.

Reviewing judges have also developed a practice of periodic review in connection with release procedures: *Charkaoui (Re)*, 2005 FC 248, at para. 86. In the immigration context, such periodic reviews must be understood to be required by ss. 7 and 12 of the *Charter*. The Federal Court of Appeal has suggested that once a foreign national has brought an application for release under s. 84(2), he or she cannot bring a new application except on the basis of (i) new evidence or (ii) a material change in circumstances since the previous application: *Almrei*,

119 Le paragraphe 84(2) régit la mise en liberté des étrangers. Il exige que le juge se demande si la « mise en liberté » du détenu constituerait ou non un danger pour la sécurité. Cela sous-entend que le juge peut prendre en considération les conditions qui neutraliseraient le danger. Le juge peut ordonner la mise en liberté s'il est convaincu que le danger s'est dissipé ou qu'il peut être neutralisé par l'imposition de conditions.

120 Le paragraphe 83(3), qui s'applique aux résidents permanents, est libellé quelque peu différemment. En effet, il exige que le juge se demande, non pas si la *mise en liberté* constituerait ou non un danger, comme sous le régime du par. 84(2), mais plutôt si le *résident permanent* constitue un danger. Cette différence dans le libellé pourrait soulever la question de la capacité du juge de concevoir des conditions et, en conséquence, d'ordonner la libération conditionnelle. À mon avis, il n'y a pas de différence pratique entre le fait de dire que la mise en liberté d'une personne constituerait un danger et celui de dire que la personne constitue un danger. Par conséquent, selon mon interprétation, le par. 83(3), à l'instar du par. 84(2), autorise le juge à se demander si un danger relié à la mise en liberté peut être atténué par l'imposition de conditions.

121 Par conséquent, je conclus que le régime de certificats établi par la *LIPR* prévoit, tant pour les étrangers que pour les résidents permanents, un mécanisme de contrôle de la détention qui permet au juge de concevoir des conditions efficaces pour neutraliser le risque associé à la mise en liberté et, par conséquent, de libérer le détenu.

122 Les juges ont aussi pris l'habitude de prévoir des contrôles périodiques de la mise en liberté : *Charkaoui (Re)*, 2005 CF 248, par. 86. Dans le contexte de l'immigration, ces contrôles périodiques doivent être considérés comme requis par les art. 7 et 12 de la *Charte*. La Cour d'appel fédérale a laissé entendre qu'un étranger qui a déjà présenté une demande de mise en liberté en vertu du par. 84(2) ne peut présenter une nouvelle demande, sauf pour faire valoir (i) une nouvelle preuve, ou (ii) un changement important dans les circonstances

2007 SCC 9 (CanLII)

2005 FCA 54; see also, *Ahani*, at paras. 14-15. Such an interpretation would lead to a holding that s. 84(2) is inconsistent with ss. 7 and 12; however, since s. 84(2) has already been found to infringe s. 9 and cannot be saved under s. 1, it is not necessary to decide this issue.

123 In summary, the *IRPA*, interpreted in conformity with the *Charter*, permits robust ongoing judicial review of the continued need for and justice of the detainee's detention pending deportation. On this basis, I conclude that extended periods of detention pending deportation under the certificate provisions of the *IRPA* do not violate s. 7 or s. 12 of the *Charter*, provided that reviewing courts adhere to the guidelines set out above. Thus, the *IRPA* procedure itself is not unconstitutional on this ground. However, this does not preclude the possibility of a judge concluding at a certain point that a particular detention constitutes cruel and unusual treatment or is inconsistent with the principles of fundamental justice, and therefore infringes the *Charter* in a manner that is remediable under s. 24(1) of the *Charter.*

124 These conclusions are consistent with English and American authority. Canada, it goes without saying, is not alone in facing the problem of detention in the immigration context in situations where deportation is difficult or impossible. Courts in the United Kingdom and the United States have suggested that detention in this context can be used only during the period where it is reasonably necessary for deportation purposes: *R. v. Governor of Durham Prison, ex parte Singh*, [1984] 1 All E.R. 983 (Q.B.); *Zadvydas*.

125 A case raising similar issues is the decision of the House of Lords in *A. v. Secretary of State for the Home Department*, [2005] 3 All E.R. 169, [2004] UKHL 56 ("*Re A*"). This was an appeal brought by nine foreign nationals who were suspected of involvement in terrorism, but were not charged with any crime. The United Kingdom

depuis la dernière demande : *Almrei*, 2005 CAF 54; voir aussi *Ahani*, par. 14-15. Suivant une telle interprétation, il faudrait conclure que le par. 84(2) est incompatible avec les art. 7 et 12; toutefois, comme j'ai déjà conclu que le par. 84(2) viole l'art. 9 et ne peut être validé par l'article premier, il n'est pas nécessaire de trancher cette question.

En résumé, lorsqu'elle est interprétée conformément à la *Charte*, la *LIPR* permet un contrôle judiciaire vigoureux et continu du bien-fondé et de la nécessité du maintien de la détention en attente de l'expulsion. Pour cette raison, je conclus que les longues périodes de détention avant le renvoi prévues par des dispositions de la *LIPR* relatives aux certificats ne contreviennent pas aux art. 7 ou 12 de la *Charte*, pourvu que le juge qui procède au contrôle suive les lignes directrices énoncées précédemment. La procédure établie par la *LIPR* n'est donc pas en soi inconstitutionnelle pour ce motif. Cela n'écarte toutefois pas la possibilité que, dans un cas particulier, un juge arrive à la conclusion que la détention constitue un traitement cruel et inusité ou est incompatible avec les principes de justice fondamentale, de sorte qu'elle constitue une violation de la *Charte* ouvrant droit à réparation conformément au par. 24(1) de la *Charte*.

Ces conclusions sont compatibles avec les décisions anglaises et américaines. Le Canada, il va sans dire, n'est pas le seul pays aux prises avec le problème de la détention dans le contexte de l'immigration lorsque l'expulsion est difficile ou impossible. Les tribunaux du Royaume-Uni et des États-Unis ont laissé entendre qu'il n'est possible de recourir à la détention dans ce contexte que durant la période raisonnablement nécessaire pour procéder à l'expulsion : *R. c. Governor of Durham Prison, ex parte Singh*, [1984] 1 All E.R. 983 (Q.B.); *Zadvydas*.

La décision de la Chambre des lords dans *A. c. Secretary of State for the Home Department*, [2005] 3 All E.R. 169, [2004] UKHL 56 (« *Re A* »), porte sur une question similaire. Il s'agissait d'un appel interjeté par neuf étrangers soupçonnés de participer à des activités terroristes mais qui n'étaient accusés d'aucun crime. Le gouvernement du

2007 SCC 9 (CanLII)

2007 SCC 9 (CanLII)

government sought to deport them, but in most cases this was impossible due to a risk of torture. So most of the individuals were detained at Belmarsh Prison under s. 23 of the *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001* (U.K.), 2001, c. 24. This provision empowered the government to detain suspected international terrorists under the provisions governing detention pending deportation, despite the fact that removal from the United Kingdom was temporarily or indefinitely prevented, in derogation from art. 5 of the *European Convention on Human Rights*: see *Chahal*.

Royaume-Uni a tenté de les expulser mais, dans la plupart des cas, il n'a pu le faire en raison d'un risque de torture. La plupart des intéressés étaient donc détenus à la prison de Belmarsh en vertu de l'art. 23 de l'*Anti-terrorism, Crime and Security Act, 2001* (R.-U.), 2001, ch. 24. Cette disposition autorisait le gouvernement à détenir les personnes soupçonnées de terrorisme international sous le régime des dispositions régissant la détention en attente de l'expulsion, même si le renvoi du Royaume-Uni était temporairement ou indéfiniment exclu, ce qui contrevenait à l'art. 5 de la *Convention européenne des droits de l'homme* : voir *Chahal*.

The government claimed that this derogation was necessary to combat the national security threat posed by Al-Qaeda terrorists. The House of Lords, by a majority of 8 to 1, accepted that Al-Qaeda terrorism represented a serious threat to the life of the nation, but seven of the eight Lords who accepted this premise nevertheless concluded that s. 23 was not strictly required by the exigencies of the situation. These same seven Lords also concluded that s. 23 was incompatible with art. 14 of the *European Convention on Human Rights*, because of the way it discriminated between nationals and non-nationals. The derogation permitting permanent detention of non-nationals treated them more harshly than nationals. Absent the possibility of deportation, it lost its character as an immigration provision, and hence constituted unlawful discrimination.

126 Le gouvernement affirmait que cette dérogation était nécessaire pour lutter contre le danger pour la sécurité nationale que présentaient les terroristes d'Al-Qaida. La Chambre des lords, à une majorité de huit contre un, a reconnu que le terrorisme d'Al-Qaida représentait un grave danger pour la vie de la nation, mais sept des huit juges de la majorité ont conclu que l'art. 23 n'était pas strictement nécessaire pour faire face à la situation. Les sept mêmes juges ont également conclu que l'art. 23 était incompatible avec l'art. 14 de la *Convention européenne des droits de l'homme* parce qu'il établissait une distinction entre les ressortissants et les non-ressortissants. La dérogation permettant la détention permanente des non-ressortissants leur appliquait un traitement plus sévère que celui réservé aux ressortissants. L'expulsion étant impossible, cette disposition ne relevait plus du droit de l'immigration et créait ainsi une distinction illicite.

The finding in *Re A* of breach of the detention norms under the European Convention on Human Rights was predicated on the U.K. Act's authorization of permanent detention. The *IRPA*, unlike the U.K. legislation under consideration in *Re A*, does not authorize indefinite detention and, interpreted as suggested above, provides an effective review process that meets the requirements of Canadian law.

127 Dans *Re A*, la conclusion selon laquelle il y avait violation des normes de détention établies dans la *Convention européenne des droits de l'homme* reposait sur le fait que la loi du Royaume-Uni permettait la détention permanente. Contrairement à cette loi, la *LIPR* n'autorise pas la détention pour une période indéterminée et, interprétée conformément aux motifs qui précèdent, elle prévoit un mécanisme de contrôle efficace qui respecte les exigences du droit canadien.

The fairness of the detention review procedure arises as an independent issue. I concluded above that this procedure, like the certificate

128 La question du caractère équitable de la procédure de contrôle de la détention se pose de façon indépendante. J'ai déjà conclu que cette procédure,

determination procedure, denies the right to a fair hearing and does so in a way that does not minimally impair the detainee's rights. For the reasons given earlier, Parliament must therefore revisit the provisions for detention review in order to meaningfully protect the procedural rights of detainees.

C. *Do the Certificate and Detention Review Procedures Discriminate Between Citizens and Non-Citizens, Contrary to Section 15 of the Charter, and if so, Is the Discrimination Justified Under Section 1 of the Charter?*

129 The appellant Mr. Charkaoui argues that the *IRPA* certificate scheme discriminates against non-citizens, contrary to s. 15(1) of the *Charter*. However, s. 6 of the *Charter* specifically allows for differential treatment of citizens and non-citizens in deportation matters: only citizens are accorded the right to enter, remain in and leave Canada (s. 6(1)). A deportation scheme that applies to non-citizens, but not to citizens, does not, for that reason alone, violate s. 15 of the *Charter*: *Chiarelli*.

130 It is argued that while this is so, there are two ways in which the *IRPA* could, in some circumstances, result in discrimination. First, detention may become indefinite as deportation is put off or becomes impossible, for example because there is no country to which the person can be deported. Second, the government could conceivably use the *IRPA* not for the purpose of deportation, but to detain the person on security grounds. In both situations, the source of the problem is that the detention is no longer related, in effect or purpose, to the goal of deportation. In *Re A*, the legislation considered by the House of Lords expressly provided for indefinite detention; this was an important factor leading to the majority's holding that the legislation went beyond the concerns of immigration legislation and thus wrongfully discriminated between

comme la procédure d'examen du certificat, nie le droit de l'intéressé à une audition équitable, et ce d'une manière qui ne porte pas le moins possible atteinte aux droits du détenu. Pour les motifs exprimés précédemment, le législateur doit donc réviser les dispositions relatives au contrôle de la détention afin de protéger réellement les droits procéduraux des détenus.

C. *Les procédures d'examen des certificats et de contrôle de la détention créent-elles, entre les citoyens et les non-citoyens, une discrimination interdite par l'art. 15 de la Charte? Dans l'affirmative, cette discrimination est-elle justifiée au sens de l'article premier de la Charte?*

M. Charkaoui fait valoir que le régime de certificats de sécurité établi par la *LIPR* crée, contre les non-citoyens, une discrimination interdite par le par. 15(1) de la *Charte*. Cependant, l'art. 6 de la *Charte* prévoit expressément un traitement différent pour les citoyens et les non-citoyens en matière d'expulsion : selon le par. 6(1), seuls les citoyens ont le droit de demeurer au Canada, d'y entrer et d'en sortir. Pour cette raison, un régime d'expulsion qui s'applique uniquement aux non-citoyens, à l'exclusion des citoyens, n'est pas, de ce seul fait, contraire à l'art. 15 de la *Charte* : *Chiarelli*.

On fait valoir que, malgré cela, la *LIPR* pourrait, dans certaines circonstances, avoir un effet discriminatoire à deux égards. Premièrement, la détention peut se prolonger pour une durée indéterminée si l'expulsion est remise ou si elle devient impossible, par exemple, parce que l'individu ne peut être expulsé vers aucun pays. Deuxièmement, il n'est pas impossible que le gouvernement utilise la *LIPR*, non pas en vue d'expulser une personne, mais pour la détenir pour des motifs de sécurité. Dans les deux situations, le problème découle du fait que la détention n'est plus liée, ni par son effet ni par son objet, à l'objectif de l'expulsion. Dans *Re A*, la loi dont la Chambre des lords était saisie prévoyait expressément la détention pour une durée indéterminée; il s'agissait là d'un facteur important qui a amené la majorité à conclure que la loi allait

2007 SCC 9 (CanLII)

nationals and non-nationals: paras. 54, 81, 134, 157-58, 180 and 229.

Even though the detention of some of the appellants has been long — indeed, Mr. Almrei's continues — the record on which we must rely does not establish that the detentions at issue have become unhinged from the state's purpose of deportation. More generally, the answer to these concerns lies in an effective review process that permits the judge to consider all matters relevant to the detention, as discussed earlier in these reasons.

I conclude that a breach of s. 15 of the *Charter* has not been established.

D. *Are the IRPA Certificate Provisions Inconsistent With the Constitutional Principle of the Rule of Law?*

The appellant Mr. Charkaoui claims that the unwritten constitutional principle of the rule of law is infringed by two aspects of the *IRPA* scheme: the unavailability of an appeal of the designated judge's determination that the certificate is reasonable; and the provision in s. 82 for the issuance of an arrest warrant by the executive (in the case of a permanent resident) or for mandatory arrest without a warrant following an executive decision (in the case of a foreign national).

The rule of law incorporates a number of themes. Most fundamentally, it requires government officials to exercise their authority according to law, and not arbitrarily: *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at p. 748-49. It requires the creation and maintenance of an actual order of positive laws: *Reference re Manitoba Language Rights*. And it is linked to the principle of judicial independence: *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*.

au-delà des questions d'immigration et qu'elle établissait de ce fait une distinction illicite entre les ressortissants et les non-ressortissants : par. 54, 81, 134, 157-158, 180 et 229.

131 En dépit de la longue détention de certains des appelants — d'ailleurs celle de M. Almrei se poursuit — le dossier sur lequel nous devons nous fonder n'établit pas l'absence de lien entre les détentions en cause et l'objectif de l'État d'expulser les intéressés. De façon plus générale, la réponse à ces préoccupations réside dans un processus de contrôle efficace qui permette au juge de prendre en considération toutes les questions pertinentes quant à la détention, comme je l'ai expliqué plus tôt.

132 Je conclus qu'aucune violation de l'art. 15 de la *Charte* n'a été établie.

D. *Les dispositions de la LIPR concernant les certificats sont-elles incompatibles avec le principe constitutionnel de la primauté du droit?*

133 M. Charkaoui soutient que deux aspects du régime établi par la *LIPR* violent le principe constitutionnel non écrit de la primauté du droit : l'absence d'un droit d'appel de la conclusion du juge désigné portant que le certificat est raisonnable, et les dispositions de l'art. 82 qui permettent au pouvoir exécutif de lancer un mandat d'arrestation (dans le cas d'un résident permanent) ou prévoient l'arrestation obligatoire sans mandat à la suite d'une décision du pouvoir exécutif (dans le cas d'un étranger).

134 La primauté du droit comporte un certain nombre d'aspects. Essentiellement, elle oblige les autorités gouvernementales à exercer leur pouvoir conformément à la loi et sans arbitraire : *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 748-749. Elle exige la création et le maintien d'un ordre réel de droit positif : *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*. Elle est aussi liée au principe de l'indépendance de la magistrature : *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*.

2007 SCC 9 (CanLII)

135 Mr. Charkaoui's claim is based not on any of these themes, but on the content of the *IRPA*. But as this Court held in *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, [2005] 2 S.C.R. 473, 2005 SCC 49, "it is difficult to conceive of how the rule of law could be used as a basis for invalidating legislation . . . based on its content" (para. 59). Even if this dictum leaves room for exceptions, Mr. Charkaoui has not established that the *IRPA* should be one of them.

136 First, Mr. Charkaoui argues that the rule of law is violated by the unavailability of an appeal of the judge's determination of the reasonableness of the certificate. But there is no constitutional right to an appeal (*Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53); nor can such a right be said to flow from the rule of law in this context. The Federal Court is a superior court, not an administrative tribunal: *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 4. Federal Court judges, when reviewing certificates under the *IRPA*, have all the powers of Federal Court judges and exercise their powers judicially. Moreover, the Federal Court of Appeal has reinforced the legality of the process by holding that it is appropriate to circumvent the s. 80(3) privative clause where the constitutionality of legislation is challenged (*Charkaoui (Re)*, 2004 FCA 421, at paras. 47-50) or where the named person alleges bias on the part of the designated judge (*Zündel, Re* (2004), 331 N.R. 180, 2004 FCA 394).

137 Second, Mr. Charkaoui argues that the rule of law is violated by the provision for arrest under a warrant issued by the executive (in the case of a permanent resident) or for automatic detention without a warrant (in the case of a foreign national). But the rule of law does not categorically prohibit automatic detention or detention on the basis of an executive decision. The constitutional protections surrounding arrest and detention are set out in the *Charter*, and it is hard to see what the rule of law could add to these provisions.

La prétention de M. Charkaoui ne repose sur aucun de ces aspects, mais sur le contenu de la *LIPR*. Or, comme la Cour l'a affirmé dans *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2005] 2 R.C.S. 473, 2005 CSC 49, « il est difficile de concevoir que la primauté du droit puisse servir à invalider une loi [. . .] en raison de son contenu » (par. 59). Même si cette remarque laisse croire que des exceptions sont possibles, M. Charkaoui n'a pas établi que la *LIPR* serait une de ces exceptions.

Premièrement, M. Charkaoui fait valoir que l'absence d'un droit d'appel de la décision du juge sur le caractère raisonnable du certificat est contraire au principe de la primauté du droit. Or, le droit d'appel n'est pas garanti par la Constitution (*Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53); on ne peut affirmer non plus que ce droit découle de la primauté du droit dans ce contexte. La Cour fédérale est une cour supérieure et non un tribunal administratif : *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 4. Lorsqu'ils examinent un certificat sous le régime de la *LIPR*, les juges de la Cour fédérale ont tous les pouvoirs des juges de la Cour fédérale et les exercent de manière judiciaire. En outre, la Cour d'appel fédérale a renforcé la légalité du processus en statuant qu'il est approprié de contourner la clause privative du par. 80(3) lorsque la constitutionnalité de la loi est attaquée (*Charkaoui (Re)*, 2004 CAF 421, par. 47-50) ou lorsque la personne désignée conteste l'impartialité du juge désigné (*Zündel, Re*, [2004] A.C.F. nº 1982 (QL), 2004 CAF 394).

Deuxièmement, M. Charkaoui prétend que les dispositions prévoyant l'arrestation en vertu d'un mandat lancé par l'exécutif (dans le cas des résidents permanents) ou la détention automatique sans mandat (dans le cas des étrangers) violent le principe de la primauté du droit. Toutefois, la primauté du droit n'interdit pas catégoriquement la détention automatique ni la détention fondée sur une décision de l'exécutif. Les protections constitutionnelles en cas d'arrestation et de détention sont énoncées dans la *Charte*, et il est difficile de voir ce que la primauté du droit peut y ajouter.

2007 SCC 9 (CanLII)

IV. Conclusion

The scheme set up under Division 9 of Part 1 of the *IRPA* suffers from two defects that are inconsistent with the *Charter.*

The first is that s. 78(*g*) allows for the use of evidence that is never disclosed to the named person without providing adequate measures to compensate for this non-disclosure and the constitutional problems it causes. It is clear from approaches adopted in other democracies, and in Canada itself in other security situations, that solutions can be devised that protect confidential security information and at the same time are less intrusive on the person's rights. It follows that the *IRPA*'s procedure for the judicial confirmation of certificates and review of detention violates s. 7 of the *Charter* and has not been shown to be justified under s. 1 of the *Charter.* I would declare the procedure to be inconsistent with the *Charter*, and hence of no force or effect.

However, in order to give Parliament time to amend the law, I would suspend this declaration for one year from the date of this judgment. If the government chooses to go forward with the proceedings to have the reasonableness of Mr. Charkaoui's certificate determined during the one-year suspension period, the existing process under the *IRPA* will apply. After one year, the certificates of Mr. Harkat and Mr. Almrei (and of any other individuals whose certificates have been deemed reasonable) will lose the "reasonable" status that has been conferred on them, and it will be open to them to apply to have the certificates quashed. If the government intends to employ a certificate after the one-year delay, it will need to seek a fresh determination of reasonableness under the new process devised by Parliament. Likewise, any detention review occurring after the delay will be subject to the new process.

The second defect is found in s. 84(2) of the *IRPA*, which denies a prompt hearing to foreign

IV. Conclusion

Le régime établi par la section 9 de la partie 1 de la *LIPR* est entaché de deux irrégularités incompatibles avec la *Charte.* 138

Premièrement, l'al. 78*g*) du régime autorise l'utilisation d'éléments de preuve qui ne sont jamais communiqués à la personne désignée, sans établir de mesures adéquates pour pallier cette absence de communication et pour résoudre les problèmes constitutionnels qui en découlent. Il ressort clairement des mesures mises en place par d'autres régimes démocratiques, et par le Canada lui-même dans d'autres situations relatives à la sécurité, qu'il est possible de concevoir des solutions qui protègent les renseignements de sécurité confidentiels, tout en portant moins atteinte aux droits des intéressés. Par conséquent, la procédure d'approbation des certificats et de contrôle de la détention établie dans la *LIPR* enfreint l'art. 7 de la *Charte* et n'a pas été justifiée en application de l'article premier de la *Charte*. Je suis d'avis de la déclarer incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante. 139

En revanche, pour donner au législateur le temps de modifier la loi, je suis d'avis de suspendre la prise d'effet de cette déclaration pour une période de un an à compter de la date du présent jugement. Si le gouvernement décide de faire examiner le caractère raisonnable du certificat visant M. Charkaoui pendant cette période, la procédure existante prévue par la *LIPR* s'appliquera. Après cette période de un an, les certificats visant M. Harkat et M. Almrei (et tous les autres certificats jugés raisonnables) perdront le caractère « raisonnable » qui leur a été reconnu et les personnes désignées dans ces certificats pourront en demander l'annulation. Si le gouvernement veut utiliser un certificat après cette période de un an, il devra le soumettre au nouveau processus conçu par le législateur pour en faire confirmer le caractère raisonnable. De même, tout contrôle d'une détention postérieur à l'expiration de cette période sera effectué en conformité avec ce nouveau processus. 140

La deuxième irrégularité tient au fait que le par. 84(2) de la *LIPR* nie aux étrangers détenus le droit à 141

2007 SCC 9 (CanLII)

nationals by imposing a 120-day embargo, after confirmation of the certificate, on applications for release. Counsel for the ministers submitted in oral argument that if this Court were to find that s. 84(2) violates the *Charter*, the appropriate remedy would be to strike s. 84(2) and read foreign nationals into s. 83. This is a good first step, but it does not provide a complete solution, since s. 83 deals with detention review only *until the certificate has been determined to be reasonable*, whereas s. 84(2) deals with detention review *after it has been determined to be reasonable*. Striking s. 84(2) would therefore leave no provision for review of detention of foreign nationals once the certificate has been deemed reasonable.

142 Accordingly, I conclude that the appropriate remedy is to strike s. 84(2) as well as to read foreign nationals into s. 83 and to strike the words "until a determination is made under subsection 80(1)" from s. 83(2).

143 I would allow the appeals with costs to the appellants, and answer the constitutional questions as follows:

1. Do ss. 33 and 77 to 85 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, in whole or in part or through their combined effect, offend the principle of judicial independence protected by:

   (a) s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, or

   (b) the Preamble to the *Constitution Act, 1867*?

Answer: No.

2. Do ss. 33 and 77 to 85 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, in whole or in part or through their combined effect, offend the constitutional principle of the rule of law?

Answer: No.

une audition dans un bref délai, car il interdit toute demande de mise en liberté pendant une période de 120 jours suivant la confirmation de leur certificat. Le procureur des ministres a fait valoir dans sa plaidoirie orale que, si la Cour devait conclure à l'inconstitutionnalité du par. 84(2), la solution appropriée consisterait à radier cette disposition et à interpréter l'art. 83 comme s'appliquant aussi aux étrangers. Il s'agit d'un premier pas dans la bonne direction, mais cette solution n'est pas suffisante. En effet, l'art. 83 traite uniquement du contrôle de la détention *jusqu'à ce qu'il soit statué sur le caractère raisonnable du certificat*, tandis que le par. 84(2) traite du contrôle de la détention *après qu'il a été statué sur le caractère raisonnable du certificat*. Une fois le par. 84(2) supprimé, aucune disposition ne prévoirait le contrôle de la détention des étrangers après que le certificat a été jugé raisonnable.

Par conséquent, je conclus que la réparation appropriée consiste à invalider le par. 84(2), à interpréter l'art. 83 comme s'il incluait les étrangers et à radier les mots « [t]ant qu'il n'est pas statué sur le certificat » du par. 83(2).

Je suis d'avis d'accueillir les pourvois avec dépens en faveur des appelants et de répondre comme suit aux questions constitutionnelles :

1. Les articles 33 et 77 à 85 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, contreviennent-ils, en totalité ou en partie ou encore par leur effet combiné, au principe de l'indépendance judiciaire consacré par :

   a) l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou

   b) le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse : Non.

2. Les articles 33 et 77 à 85 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, contreviennent-ils, en totalité ou en partie ou encore par leur effet combiné, au principe constitutionnel de la primauté du droit?

Réponse : Non.

2007 SCC 9 (CanLII)

3. Do ss. 33 and 77 to 85 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, in whole or in part or through their combined effect, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

5. Do ss. 33 and 77 to 85 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, in whole or in part or through their combined effect, infringe s. 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

6. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

7. Do ss. 33 and 77 to 85 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, in whole or in part or through their combined effect, infringe s. 10 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

8. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

9. Do ss. 33 and 77 to 85 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, in whole or in part or through their combined effect, infringe s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

3. Les articles 33 et 77 à 85 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, contreviennent-ils, en totalité ou en partie ou encore par leur effet combiné, à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui.

4. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

5. Les articles 33 et 77 à 85 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, contreviennent-ils, en totalité ou en partie ou encore par leur effet combiné, à l'art. 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui.

6. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

7. Les articles 33 et 77 à 85 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, contreviennent-ils, en totalité ou en partie ou encore par leur effet combiné, à l'art. 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui.

8. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

9. Les articles 33 et 77 à 85 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, contreviennent-ils, en totalité ou en partie ou encore par leur effet combiné, à l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

2007 SCC 9 (CanLII)

10. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to answer this question.

11. Do ss. 33 and 77 to 85 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, in whole or in part or through their combined effect, infringe s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

12. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to answer this question.

10. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

11. Les articles 33 et 77 à 85 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, contreviennent-ils, en totalité ou en partie ou encore par leur effet combiné, à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

12. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

APPENDIX

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27

33. [Rules of interpretation] The facts that constitute inadmissibility under sections 34 to 37 include facts arising from omissions and, unless otherwise provided, include facts for which there are reasonable grounds to believe that they have occurred, are occurring or may occur.

77. (1) [Referral of certificate] The Minister and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness shall sign a certificate stating that a permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality and refer it to the Federal Court, which shall make a determination under section 80.

(2) [Effect of referral] When the certificate is referred, a proceeding under this Act respecting the person named in the certificate, other than an application under

ANNEXE

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27

33. [Interprétation] Les faits — actes ou omissions — mentionnés aux articles 34 à 37 sont, sauf disposition contraire, appréciés sur la base de motifs raisonnables de croire qu'ils sont survenus, surviennent ou peuvent survenir.

77. (1) [Dépôt du certificat] Le ministre et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile déposent à la Cour fédérale le certificat attestant qu'un résident permanent ou qu'un étranger est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée pour qu'il en soit disposé au titre de l'article 80.

(2) [Effet du dépôt] Il ne peut être procédé à aucune instance visant le résident permanent ou l'étranger au titre de la présente loi tant qu'il n'a pas été statué sur

2007 SCC 9 (CanLII)

subsection 112(1), may not be commenced and, if commenced, must be adjourned, until the judge makes the determination.

78. [Judicial consideration] The following provisions govern the determination:

(*a*) the judge shall hear the matter;

(*b*) the judge shall ensure the confidentiality of the information on which the certificate is based and of any other evidence that may be provided to the judge if, in the opinion of the judge, its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person;

(*c*) the judge shall deal with all matters as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness and natural justice permit;

(*d*) the judge shall examine the information and any other evidence in private within seven days after the referral of the certificate for determination;

(*e*) on each request of the Minister or the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness made at any time during the proceedings, the judge shall hear all or part of the information or evidence in the absence of the permanent resident or the foreign national named in the certificate and their counsel if, in the opinion of the judge, its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person;

(*f*) the information or evidence described in paragraph (*e*) shall be returned to the Minister and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness and shall not be considered by the judge in deciding whether the certificate is reasonable if either the matter is withdrawn or if the judge determines that the information or evidence is not relevant or, if it is relevant, that it should be part of the summary;

(*g*) the information or evidence described in paragraph (*e*) shall not be included in the summary but may be considered by the judge in deciding whether the certificate is reasonable if the judge determines that the information or evidence is relevant but that its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person;

(*h*) the judge shall provide the permanent resident or the foreign national with a summary of the information or evidence that enables them to be reasonably informed of the circumstances giving rise to the certificate, but that does not include anything that in the opinion of the judge would be injurious to national security or to the safety of any person if disclosed;

le certificat; n'est pas visée la demande de protection prévue au paragraphe 112(1).

78. [Examen judiciaire] Les règles suivantes s'appliquent à l'affaire :

a) le juge entend l'affaire;

b) le juge est tenu de garantir la confidentialité des renseignements justifiant le certificat et des autres éléments de preuve qui pourraient lui être communiqués et dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

c) il procède, dans la mesure où les circonstances et les considérations d'équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et selon la procédure expéditive;

d) il examine, dans les sept jours suivant le dépôt du certificat et à huis clos, les renseignements et autres éléments de preuve;

e) à chaque demande d'un ministre, il examine, en l'absence du résident permanent ou de l'étranger et de son conseil, tout ou partie des renseignements ou autres éléments de preuve dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

f) ces renseignements ou éléments de preuve doivent être remis aux ministres et ne peuvent servir de fondement à l'affaire soit si le juge décide qu'ils ne sont pas pertinents ou, l'étant, devraient faire partie du résumé, soit en cas de retrait de la demande;

g) si le juge décide qu'ils sont pertinents, mais que leur divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle d'autrui, ils ne peuvent faire partie du résumé, mais peuvent servir de fondement à l'affaire;

h) le juge fournit au résident permanent ou à l'étranger, afin de lui permettre d'être suffisamment informé des circonstances ayant donné lieu au certificat, un résumé de la preuve ne comportant aucun élément dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

2007 SCC 9 (CanLII)

(*i*) the judge shall provide the permanent resident or the foreign national with an opportunity to be heard regarding their inadmissibility; and

(*j*) the judge may receive into evidence anything that, in the opinion of the judge, is appropriate, even if it is inadmissible in a court of law, and may base the decision on that evidence.

79. (1) [Proceedings suspended] On the request of the Minister, the permanent resident or the foreign national, a judge shall suspend a proceeding with respect to a certificate in order for the Minister to decide an application for protection made under subsection 112(1).

(2) [Proceedings resumed] If a proceeding is suspended under subsection (1) and the application for protection is decided, the Minister shall give notice of the decision to the permanent resident or the foreign national and to the judge, the judge shall resume the proceeding and the judge shall review the lawfulness of the decision of the Minister, taking into account the grounds referred to in subsection 18.1(4) of the *Federal Courts Act*.

80. (1) [Determination that certificate is reasonable] The judge shall, on the basis of the information and evidence available, determine whether the certificate is reasonable and whether the decision on the application for protection, if any, is lawfully made.

(2) [Determination that certificate is not reasonable] The judge shall quash a certificate if the judge is of the opinion that it is not reasonable. If the judge does not quash the certificate but determines that the decision on the application for protection is not lawfully made, the judge shall quash the decision and suspend the proceeding to allow the Minister to make a decision on the application for protection.

(3) [Determination not reviewable] The determination of the judge is final and may not be appealed or judicially reviewed.

81. [Effect of determination — removal order] If a certificate is determined to be reasonable under subsection 80(1),

(*a*) it is conclusive proof that the permanent resident or the foreign national named in it is inadmissible;

(*b*) it is a removal order that may not be appealed against and that is in force without the necessity of holding or continuing an examination or an admissibility hearing; and

(*c*) the person named in it may not apply for protection under subsection 112(1).

i) il donne au résident permanent ou à l'étranger la possibilité d'être entendu sur l'interdiction de territoire le visant;

j) il peut recevoir et admettre en preuve tout élément qu'il estime utile — même inadmissible en justice — et peut fonder sa décision sur celui-ci.

79. (1) [Suspension de l'affaire] Le juge suspend l'affaire, à la demande du résident permanent, de l'étranger ou du ministre, pour permettre à ce dernier de disposer d'une demande de protection visée au paragraphe 112(1).

(2) [Reprise de l'affaire] Le ministre notifie sa décision sur la demande de protection au résident permanent ou à l'étranger et au juge, lequel reprend l'affaire et contrôle la légalité de la décision, compte tenu des motifs visés au paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

80. (1) [Décision] Le juge décide du caractère raisonnable du certificat et, le cas échéant, de la légalité de la décision du ministre, compte tenu des renseignements et autres éléments de preuve dont il dispose.

(2) [Annulation du certificat] Il annule le certificat dont il ne peut conclure qu'il est raisonnable; si l'annulation ne vise que la décision du ministre il suspend l'affaire pour permettre au ministre de statuer sur celle-ci.

(3) [Caractère définitif de la décision] La décision du juge est définitive et n'est pas susceptible d'appel ou de contrôle judiciaire.

81. [Effet du certificat] Le certificat jugé raisonnable fait foi de l'interdiction de territoire et constitue une mesure de renvoi en vigueur et sans appel, sans qu'il soit nécessaire de procéder au contrôle ou à l'enquête; la personne visée ne peut dès lors demander la protection au titre du paragraphe 112(1).

2007 SCC 9 (CanLII)

Detention

82. (1) [Detention of permanent resident] The Minister and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness may issue a warrant for the arrest and detention of a permanent resident who is named in a certificate described in subsection 77(1) if they have reasonable grounds to believe that the permanent resident is a danger to national security or to the safety of any person or is unlikely to appear at a proceeding or for removal.

(2) [Mandatory detention] A foreign national who is named in a certificate described in subsection 77(1) shall be detained without the issue of a warrant.

83. (1) [Review of decision for detention] Not later than 48 hours after the beginning of detention of a permanent resident under section 82, a judge shall commence a review of the reasons for the continued detention. Section 78 applies with respect to the review, with any modifications that the circumstances require.

(2) [Further reviews] The permanent resident must, until a determination is made under subsection 80(1), be brought back before a judge at least once in the six-month period following each preceding review and at any other times that the judge may authorize.

(3) [Order for continuation] A judge shall order the detention to be continued if satisfied that the permanent resident continues to be a danger to national security or to the safety of any person, or is unlikely to appear at a proceeding or for removal.

84. (1) [Release] The Minister may, on application by a permanent resident or a foreign national, order their release from detention to permit their departure from Canada.

(2) [Judicial release] A judge may, on application by a foreign national who has not been removed from Canada within 120 days after the Federal Court determines a certificate to be reasonable, order the foreign national's release from detention, under terms and conditions that the judge considers appropriate, if satisfied that the foreign national will not be removed from Canada within a reasonable time and that the release will not pose a danger to national security or to the safety of any person.

85. [Inconsistency] In the case of an inconsistency between sections 82 to 84 and the provisions of Division 6, sections 82 to 84 prevail to the extent of the inconsistency.

Détention

82. (1) [Arrestation et détention facultatives] Le ministre et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile peuvent lancer un mandat pour l'arrestation et la mise en détention du résident permanent visé au certificat dont ils ont des motifs raisonnables de croire qu'il constitue un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi.

(2) [Détention obligatoire] L'étranger nommé au certificat est mis en détention sans nécessité de mandat.

83. (1) [Contrôle des motifs de la détention] Dans les quarante-huit heures suivant le début de la détention du résident permanent, le juge entreprend le contrôle des motifs justifiant le maintien en détention, l'article 78 s'appliquant, avec les adaptations nécessaires, au contrôle.

(2) [Comparutions supplémentaires] Tant qu'il n'est pas statué sur le certificat, l'intéressé comparaît au moins une fois dans les six mois suivant chaque contrôle, ou sur autorisation du juge.

(3) [Maintien en détention] L'intéressé est maintenu en détention sur preuve qu'il constitue toujours un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi.

84. (1) [Mise en liberté] Le ministre peut, sur demande, mettre le résident permanent ou l'étranger en liberté s'il veut quitter le Canada.

(2) [Mise en liberté judiciaire] Sur demande de l'étranger dont la mesure de renvoi n'a pas été exécutée dans les cent vingt jours suivant la décision sur le certificat, le juge peut, aux conditions qu'il estime indiquées, le mettre en liberté sur preuve que la mesure ne sera pas exécutée dans un délai raisonnable et que la mise en liberté ne constituera pas un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui.

85. [Incompatibilité] Les articles 82 à 84 l'emportent sur les dispositions incompatibles de la section 6.

2007 SCC 9 (CanLII)

2007 SCC 9 (CanLII)

Pre-removal Risk Assessment

Protection

112. (1) [Application for protection] A person in Canada, other than a person referred to in subsection 115(1), may, in accordance with the regulations, apply to the Minister for protection if they are subject to a removal order that is in force or are named in a certificate described in subsection 77(1).

(2) [Exception] Despite subsection (1), a person may not apply for protection if

(*a*) they are the subject of an authority to proceed issued under section 15 of the *Extradition Act*;

(*b*) they have made a claim to refugee protection that has been determined under paragraph 101(1)(*e*) to be ineligible;

(*c*) in the case of a person who has not left Canada since the application for protection was rejected, the prescribed period has not expired; or

(*d*) in the case of a person who has left Canada since the removal order came into force, less than six months have passed since they left Canada after their claim to refugee protection was determined to be ineligible, abandoned, withdrawn or rejected, or their application for protection was rejected.

(3) [Restriction] Refugee protection may not result from an application for protection if the person

(*a*) is determined to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights or organized criminality;

(*b*) is determined to be inadmissible on grounds of serious criminality with respect to a conviction in Canada punished by a term of imprisonment of at least two years or with respect to a conviction outside Canada for an offence that, if committed in Canada, would constitute an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years;

(*c*) made a claim to refugee protection that was rejected on the basis of section F of Article 1 of the Refugee Convention; or

(*d*) is named in a certificate referred to in subsection 77(1).

Examen des risques avant renvoi

Protection

112. (1) [Demande de protection] La personne se trouvant au Canada et qui n'est pas visée au paragraphe 115(1) peut, conformément aux règlements, demander la protection au ministre si elle est visée par une mesure de renvoi ayant pris effet ou nommée au certificat visé au paragraphe 77(1).

(2) [Exception] Elle n'est pas admise à demander la protection dans les cas suivants :

a) elle est visée par un arrêté introductif d'instance pris au titre de l'article 15 de la *Loi sur l'extradition*;

b) sa demande d'asile a été jugée irrecevable au titre de l'alinéa 101(1)*e*);

c) si elle n'a pas quitté le Canada après le rejet de sa demande de protection, le délai prévu par règlement n'a pas expiré;

d) dans le cas contraire, six mois ne se sont pas écoulés depuis son départ consécutif soit au rejet de sa demande d'asile ou de protection, soit à un prononcé d'irrecevabilité, de désistement ou de retrait de sa demande d'asile.

(3) [Restriction] L'asile ne peut être conféré au demandeur dans les cas suivants :

a) il est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou criminalité organisée;

b) il est interdit de territoire pour grande criminalité pour déclaration de culpabilité au Canada punie par un emprisonnement d'au moins deux ans ou pour toute déclaration de culpabilité à l'extérieur du Canada pour une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans;

c) il a été débouté de sa demande d'asile au titre de la section F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés;

d) il est nommé au certificat visé au paragraphe 77(1).

2007 SCC 9 (CanLII)

Principle of Non-refoulement

115. (1) [Protection] A protected person or a person who is recognized as a Convention refugee by another country to which the person may be returned shall not be removed from Canada to a country where they would be at risk of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion or at risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment.

(2) [Exceptions] Subsection (1) does not apply in the case of a person

(*a*) who is inadmissible on grounds of serious criminality and who constitutes, in the opinion of the Minister, a danger to the public in Canada; or

(*b*) who is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights or organized criminality if, in the opinion of the Minister, the person should not be allowed to remain in Canada on the basis of the nature and severity of acts committed or of danger to the security of Canada.

(3) [Removal of refugee] A person, after a determination under paragraph 101(1)(*e*) that the person's claim is ineligible, is to be sent to the country from which the person came to Canada, but may be sent to another country if that country is designated under subsection 102(1) or if the country from which the person came to Canada has rejected their claim for refugee protection.

Appeals allowed with costs.

Solicitors for the appellant Charkaoui: Doyon Morin, Montréal.

Solicitors for the appellant Almrei: Jackman & Associates, Toronto.

Solicitors for the appellant Harkat: Copeland, Duncan, Toronto.

Solicitors for the respondents: Deputy Attorney General of Canada, Ottawa; Attorney General of Canada, Toronto and Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener Amnesty International: McCarthy Tétrault, Ottawa.

Principe du non-refoulement

115. (1) [Principe] Ne peut être renvoyée dans un pays où elle risque la persécution du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques, la torture ou des traitements ou peines cruels et inusités, la personne protégée ou la personne dont il est statué que la qualité de réfugié lui a été reconnue par un autre pays vers lequel elle peut être renvoyée.

(2) [Exclusion] Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'interdit de territoire :

a) pour grande criminalité qui, selon le ministre, constitue un danger pour le public au Canada;

b) pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou criminalité organisée si, selon le ministre, il ne devrait pas être présent au Canada en raison soit de la nature et de la gravité de ses actes passés, soit du danger qu'il constitue pour la sécurité du Canada.

(3) [Renvoi de réfugié] Une personne ne peut, après prononcé d'irrecevabilité au titre de l'alinéa 101(1)*e*), être renvoyée que vers le pays d'où elle est arrivée au Canada sauf si le pays vers lequel elle sera renvoyée a été désigné au titre du paragraphe 102(1) ou que sa demande d'asile a été rejetée dans le pays d'où elle est arrivée au Canada.

Pourvois accueillis avec dépens.

Procureurs de l'appelant Charkaoui : Doyon Morin, Montréal.

Procureurs de l'appelant Almrei : Jackman & Associates, Toronto.

Procureurs de l'appelant Harkat : Copeland, Duncan, Toronto.

Procureurs des intimés : Sous-procureur général du Canada, Ottawa; Procureur général du Canada, Toronto et Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Amnistie internationale : McCarthy Tétrault, Ottawa.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Gregory P. DelBigio and Jason B. Gratl, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Gregory P. DelBigio et Jason B. Gratl, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Waldman & Associates, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Waldman & Associates, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Greenspan, White, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Greenspan, White, Toronto.

Solicitor for the interveners the Canadian Council for Refugees, the African Canadian Legal Clinic, the International Civil Liberties Monitoring Group and the National Anti-Racism Council of Canada: African Canadian Legal Clinic, Toronto.

Procureur des intervenants le Conseil canadien pour les réfugiés, African Canadian Legal Clinic, la Coalition pour la surveillance internationale des libertés civiles et National Anti-Racism Council of Canada : African Canadian Legal Clinic, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Arab Federation: Roy Elliott Kim O'Connor, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Fédération canado-arabe : Roy Elliott Kim O'Connor, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Council on American-Islamic Relations and the Canadian Muslim Civil Liberties Association: Bakerlaw, Toronto.

Procureurs des intervenants Canadian Council on American-Islamic Relations et Canadian Muslim Civil Liberties Association : Bakerlaw, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener the Federation of Law Societies of Canada: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the interveners the University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic, and Human Rights Watch: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Procureurs des intervenantes University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic et Human Rights Watch : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

2007 SCC 9 (CanLII)

Pierino Divito *Appellant*

v.

Minister of Public Safety and Emergency Preparedness *Respondent*

and

Canadian Civil Liberties Association, David Asper Centre for Constitutional Rights and British Columbia Civil Liberties Association *Interveners*

Indexed as: Divito *v.* Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)

2013 SCC 47

File No.: 34128.

2013: February 18; 2013: September 19.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Mobility rights — Right to enter Canada — Minister refusing offender transfer request by Canadian citizen imprisoned abroad, on basis of security concerns — Constitutional challenge of provisions governing international transfer of offenders made by Canadian citizen imprisoned abroad — Whether statutory provisions giving Minister discretion to grant or deny transfer request violate right to enter Canada and, if so, whether violation is justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 6(1) — International Transfer of Offenders Act, S.C. 2004, c. 21, ss. 8(1), 10(1)(a), (2)(a).

D, a Canadian citizen, was extradited to the U.S. where he pleaded guilty to serious drug offences and was sentenced to seven and a half years in prison. He submitted a request under the *International Transfer of Offenders Act*, S.C. 2004, c. 21 ("*ITOA*"), to be transferred

Pierino Divito *Appelant*

c.

Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile *Intimé*

et

Association canadienne des libertés civiles, David Asper Centre for Constitutional Rights et Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique *Intervenants*

Répertorié : Divito *c.* Canada (Sécurité publique et Protection civile)

2013 CSC 47

N° du greffe : 34128.

2013 : 18 février; 2013 : 19 septembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de circulation et d'établissement — Droit d'entrer au Canada — Refus par le ministre, fondé sur des préoccupations relatives à la sécurité, d'accéder à la demande de transfèrement d'un délinquant citoyen canadien emprisonné à l'étranger — Contestation constitutionnelle des dispositions régissant le transfèrement international de délinquants par un citoyen canadien emprisonné à l'étranger — Les dispositions législatives qui confèrent au ministre le pouvoir discrétionnaire de consentir ou non à la demande de transfèrement portent-elles atteinte au droit d'entrer au Canada et, dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 6(1) — Loi sur le transfèrement international des délinquants, L.C. 2004, ch. 21, art. 8(1), 10(1)a), (2)a).

D, un citoyen canadien, a été extradé aux États-Unis où il a plaidé coupable à des infractions graves liées à la drogue et a été condamné à sept ans et demi d'emprisonnement. Il a présenté une demande sous le régime de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*,

2013 SCC 47 (CanLII)

to Canada to serve the remainder of his American sentence. Under the *ITOA*, the consent of both the foreign state and the Canadian government are required before an offender can be returned to Canada. Sections 8(1), 10(1)(*a*) and 10(2)(*a*) of the *ITOA* give the Canadian Minister of Public Safety a discretion whether to consent to the transfer. D's request was approved by the U.S. but refused by the Minister on the basis that the nature of his offence and his affiliations suggested that D's return to Canada would constitute a potential threat to the safety of Canadians and the security of Canada. D sought judicial review of the Minister's decision, arguing that the existence of discretion under the *ITOA* to refuse to consent to the return of a Canadian in a foreign prison violated his right to enter Canada protected by s. 6(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Once it was confirmed that D was a Canadian citizen, he had the right to enter Canada and the Minister was required to consent to his return. The Federal Court dismissed D's application for judicial review of the Minister's refusal, concluding that the decision of the Minister was reasonable and that ss. 8(1), 10(1)(*a*) and 10(2)(*a*) of the *ITOA* did not violate D's right as a Canadian citizen to enter Canada under s. 6(1) of the *Charter*. D appealed only the issue of the constitutionality of the provisions, not the reasonableness of the Minister's decision. The Federal Court of Appeal dismissed the appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.: Mobility rights are protected by s. 6 of the *Charter*. These include the right in s. 6(1) of every citizen to enter, remain in, and leave Canada. The right of a Canadian citizen to enter and to remain in Canada is a fundamental right associated with citizenship. Without the ability to enter one's country of citizenship, the "right to have rights" within that country cannot be fully exercised. The right to enter should therefore be given a generous interpretation consistent with its purpose, the interests it was intended to protect and the broad construction of the right to enter in international law.

However, the mobility rights guaranteed by s. 6(1) of the *Charter* do not give a Canadian citizen an automatic right to serve a sentence in Canada. The *ITOA* and the treaties which it implements provide a statutory mechanism to transfer the supervision of a prison sentence from a foreign jurisdiction to Canada, since as a matter of

L.C. 2004, ch. 21 (« *LTID* »), afin d'être transféré au Canada pour purger le reste de la peine qui lui a été infligée aux États-Unis. Aux termes de la *LTID*, le retour au Canada d'un délinquant nécessite le consentement de l'entité étrangère et du gouvernement canadien. Le paragraphe 8(1) et les al. 10(1)*a*) et 10(2)*a*) de la *LTID* confèrent au ministre de la Sécurité publique du Canada le pouvoir discrétionnaire de consentir ou non au transfèrement. Les États-Unis ont approuvé la demande de D, mais le ministre l'a refusée au motif que la nature de son délit ainsi que ses affiliations suggéraient que le retour de D au Canada pourrait constituer une menace pour la sécurité du Canada et la sûreté des Canadiens. D a sollicité le contrôle judiciaire de la décision du ministre, faisant valoir que le pouvoir discrétionnaire conféré par la *LTID* de refuser de consentir au retour d'un Canadien emprisonné à l'étranger violait son droit d'entrer au Canada garanti par le par. 6(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Une fois sa citoyenneté canadienne établie, D estime qu'il avait le droit d'entrer au Canada et que le ministre devait consentir à son retour. La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire du refus du ministre, concluant que la décision de ce dernier était raisonnable et que le par. 8(1) et les al. 10(1)*a*) et 10(2)*a*) de la *LTID* ne violaient pas le droit de D, en tant que citoyen canadien, d'entrer au Canada, droit protégé par le par. 6(1) de la *Charte*. D a interjeté appel à l'égard de la question de la constitutionnalité des dispositions, et non à l'égard du caractère raisonnable de la décision du ministre. La Cour d'appel fédérale a rejeté le pourvoi.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les juges Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner : La liberté de circulation et d'établissement est protégée par l'art. 6 de la *Charte*. Elle comprend le droit prévu au par. 6(1) pour tout citoyen d'entrer au Canada, d'y demeurer et d'en sortir. Le droit d'un citoyen canadien d'entrer au Canada et d'y demeurer est donc un droit fondamental lié à la citoyenneté. Sans la possibilité d'entrer dans son pays de citoyenneté, le « droit d'avoir des droits » ne peut pas être pleinement exercé. Le droit d'entrer doit donc être interprété généreusement, en fonction de son objet, des intérêts qu'il visait à protéger et de l'interprétation large qui lui est donnée en droit international.

Toutefois, le droit de circulation garanti par le par. 6(1) de la *Charte* ne donne pas à un citoyen canadien le droit automatique de purger une peine au Canada. La *LTID* et les traités qu'elle met en œuvre prévoient un mécanisme législatif permettant de transférer la surveillance de l'exécution d'une peine d'un pays étranger au Canada,

2013 SCC 47 (CanLII)

international law, Canada has no legal authority to require the return of a citizen who is lawfully incarcerated by a foreign state. Independent of the *ITOA*, there is no *right* to serve a foreign prison sentence in Canada. The *ITOA* was not intended to create a right for Canadian citizens to require Canada to administer their foreign sentence. Nor does it impose a duty on the Canadian government to permit all such citizens to serve their foreign sentences in Canada. D's submission would result in a positive obligation on Canada to administer the sentences imposed upon Canadian citizens by foreign jurisdictions. This misconstrues what s. 6(1) protects. Although the *ITOA* contemplates a mechanism by which a citizen may return to Canada in the limited context of continuing incarceration for the purpose of serving their foreign sentence, s. 6(1) does not confer *a right* on Canadian citizens to serve their foreign sentences in Canada. The impugned provisions of the *ITOA*, which make a transfer possible, do not, as a result, represent a breach of s. 6(1). Once a foreign jurisdiction consents to a transfer under s. 8(1) of the *ITOA*, however, the Minister's discretion under ss. 10(1)(*a*) and 10(2)(*a*) is fully engaged and must be exercised reasonably, including in compliance with relevant *Charter* values. D's argument that the Minister *must* consent to the transfer of a Canadian citizen once a foreign state has provided its consent, calls into constitutional question not the impugned provisions, but the way the discretion is exercised. This calls for scrutiny of the reasonableness of the exercise of discretion, an issue that has not been appealed to this Court.

Per McLachlin C.J. and LeBel and Fish JJ.: Section 6(1) should be interpreted generously, in a manner that is consistent with the broad protection of mobility rights under international law and gives full effect to the provision's expansive breadth. Effective exercise of the rights conferred by s. 6(1) will often require the state's active cooperation, in part because of the extra-territorial application of the rights and the principle of sovereignty of nations. The *ITOA* was precisely designed to safeguard and facilitate the exercise of these s. 6(1) rights. Under that regime, once the foreign state has consented to the transfer, the sole impediment to the exercise of the citizen's s. 6(1) right is the Minister's discretion under ss. 8(1), 10(1)(*a*) and 10(2)(*a*) of the *ITOA*. Hence the provisions constitute a limitation on the rights protected by s. 6(1) of the *Charter*.

puisque, en droit international, le Canada n'a pas le pouvoir légal d'exiger le retour d'un citoyen qui est légalement détenu par un pays étranger. Indépendamment de la *LTID*, il n'existe pas de *droit* de purger au Canada une peine de prison infligée à l'étranger. La *LTID* ne visait pas à créer un droit pour les citoyens canadiens d'exiger que le Canada prenne en charge les peines qui leur sont infligées à l'étranger. Elle n'oblige pas non plus le gouvernement canadien à permettre à tous ses citoyens de purger ces peines au Canada. Selon les prétentions de D, le Canada aurait l'obligation de prendre en charge l'exécution des peines infligées aux citoyens canadiens par des pays étrangers. Cela constitue une interprétation erronée des droits protégés par le par. 6(1). Bien que la *LTID* permette à un citoyen de retourner au Canada dans ce but, dans le contexte restreint du maintien en détention, le par. 6(1) ne confère pas aux citoyens canadiens le *droit* de purger au Canada les peines qui leur ont été infligées à l'étranger. Les dispositions contestées de la *LTID*, qui rendent un transfèrement possible, ne constituent donc pas une violation du par. 6(1). Cela dit, une fois que le pays étranger consent au transfèrement en vertu du par. 8(1) de la *LTID*, le pouvoir discrétionnaire conféré au ministre par les al. 10(1)*a*) et 10(2)*a*) est entièrement applicable et doit être exercé de manière raisonnable, y compris de manière à respecter les valeurs pertinentes de la *Charte*. L'argument de D selon lequel le ministre *doit* consentir au transfèrement d'un citoyen canadien si le pays étranger y consent remet en question, sur le plan constitutionnel, non pas les dispositions contestées, mais la façon dont le ministre exerce son pouvoir discrétionnaire. Il faut donc examiner le caractère raisonnable de l'exercice du pouvoir discrétionnaire, une question qui n'a pas été portée en appel devant la Cour.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel et Fish : Il faut interpréter généreusement le par. 6(1), d'une manière qui soit cohérente avec la protection large que confère le droit international à la liberté de circulation et qui donne plein effet à la portée étendue de la disposition. L'exercice réel des droits conférés par le par. 6(1) exigera souvent la coopération active de l'État en raison, notamment, de leur application extraterritoriale et du principe de la souveraineté des nations. La *LTID* a été conçue précisément pour sauvegarder les droits garantis au par. 6(1) et pour en faciliter l'exercice. Selon ce régime, dès qu'un pays étranger a consenti à un transfèrement, le pouvoir discrétionnaire que confèrent le par. 8(1) et les al. 10(1)*a*) et 10(2)*a*) de la *LTID* au ministre devient le seul obstacle à ce qu'un citoyen exerce les droits que lui confère le par. 6(1). Les dispositions constituent donc une limite aux droits garantis par le par. 6(1) de la *Charte*.

2013 SCC 47 (CanLII)

The limitation is nonetheless justified under s. 1 of the *Charter*. Ensuring the security of Canada and the prevention of offences related to terrorism and organized crime are pressing and substantial objectives. Properly understood, the factors set out in ss. 10(1)(*a*) and 10(2)(*a*) of the *ITOA* relate to risks that arise upon the transfer of offenders before their release. Given that, in some cases, the objectives of the *ITOA* would be served by refusing a transfer based on those factors, the Minister's discretion to consider them on a case-by-case basis is rationally connected to the objectives. In addition, at least in some cases, refusing a transfer based on the factors will be the sole — and therefore the most minimally impairing — alternative open to the Minister. In light of both the binary nature of the Minister's decision and the citizen's continued incarceration, it is difficult to conceive of a less drastic means of achieving Parliament's protective purpose. Finally, the impugned provisions are proportionate in their effect. The beneficial effects of permitting the Minister to consider threats to Canadian security in deciding whether to permit a transfer are self-evident, and the prejudicial effect of a refusal on the mobility rights of Canadian citizens incarcerated abroad is palliated by the fact that the citizens in question will be able to enter Canada after serving their sentence in the foreign jurisdiction.

Since D no longer challenges the reasonableness of the Minister's decision, it is unnecessary to consider whether the Minister's discretion under the *ITOA* was properly exercised in this case. However, while the Minister's discretion is broad and flexible and entitled to a large measure of deference given the complex social and political problems being tackled, it must be exercised with due regard for the s. 6(1) *Charter* rights at stake.

Cases Cited

By Abella J.

Applied: *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66; **distinguished:** *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; **referred to:** *Divito v. Canada (Ministre de la Justice)*, 2004 CanLII 39111; *États-Unis d'Amérique v. Divito* (2004), 194 C.C.C. (3d) 148; *R. v. Gauvin* (1997), 187 N.B.R. (2d) 262; *R. v. Rumbaut*, 1998 CanLII 9816; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985]

Cette limite est néanmoins justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. Assurer la sécurité du Canada et prévenir les infractions de terrorisme ou d'organisation criminelle constituent des objectifs urgents et réels. Interprétés correctement, les facteurs énoncés aux al. 10(1)*a*) et 10(2)*a*) de la *LTID* ont trait à des risques qui surviennent à l'occasion du transfèrement de délinquants, avant leur libération. Puisque, dans certains cas, refuser le transfèrement en se fondant sur les facteurs énoncés dans la *LTID* servirait les objectifs qu'elle vise, le pouvoir discrétionnaire du ministre d'en tenir compte au cas par cas est lié rationnellement aux objectifs visés. De plus, du moins dans certains cas, le ministre n'aura d'autre choix que de refuser le transfèrement sur le fondement des facteurs contestés — ce qui constituera donc la solution la moins attentatoire. À la lumière tant de la nature binaire de la décision du ministre et de l'incarcération du citoyen qui se poursuit, il est difficile de concevoir un moyen moins drastique d'atteindre l'objectif de protection visé par le Parlement. Finalement, les dispositions contestées ont un effet proportionnel. Les effets bénéfiques de l'autorisation donnée au ministre de tenir compte des menaces à la sécurité des Canadiens lorsqu'il est appelé à consentir à un transfèrement sont évidents, et il est pallié à l'effet préjudiciable d'un refus sur la liberté de circulation des citoyens canadiens incarcérés à l'étranger par le fait que les citoyens en question pourront entrer au Canada après avoir purgé leur peine à l'étranger.

Puisque D ne conteste plus le caractère raisonnable de la décision du ministre, il n'est pas nécessaire de décider si le ministre a exercé judicieusement en l'espèce le pouvoir discrétionnaire que lui confère la *LTID*. Cela dit, même si ce pouvoir conféré au ministre est large et souple et qu'il convient d'y accorder une grande déférence compte tenu des problèmes sociaux et politiques complexes en jeu, il doit être exercé en tenant dûment compte des droits en cause protégés par le par. 6(1) de la *Charte.*

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêts appliqués : *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66; **distinction d'avec l'arrêt :** *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; **arrêts mentionnés :** *Divito c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2004 CanLII 39111; *Divito c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2004 CanLII 46681; *R. c. Gauvin* (1997), 187 R.N.-B. (2e) 262; *R. c. Rumbaut*, 1998 CanLII 9816; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984]

2013 SCC 47 (CanLII)

1 S.C.R. 295; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, 2002 SCC 68, [2002] 3 S.C.R. 519; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761; *Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395.

By LeBel and Fish JJ.

Applied: *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; **referred to:** *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Kamel v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 338, [2009] 1 F.C.R. 59, aff'd 2009 FCA 21, [2009] 4 F.C.R. 449; *Abdelrazik v. Canada (Minister of Foreign Affairs)*, 2009 FC 580, [2010] 1 F.C.R. 267; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798; *M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.*, [1999] 2 S.C.R. 961; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 6, 32, 33.
International Transfer of Offenders Act, S.C. 2004, c. 21, ss. 3, 8, 10(1), (2), 11(2), 31.
Safe Streets and Communities Act, S.C. 2012, c. 1, ss. 135, 136.
Transfer of Offenders Act, S.C. 1977-78, c. 9.

2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, 2002 CSC 68, [2002] 3 R.C.S. 519; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761; *Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395.

Citée par les juges LeBel et Fish

Arrêts appliqués : *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; **arrêts mentionnés :** *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Kamel c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 338, [2009] 1 R.C.F. 59, conf. par 2009 CAF 21, [2009] 4 R.C.F. 449; *Abdelrazik c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, 2009 CF 580, [2010] 1 R.C.F. 267; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *McKay c. The Queen*, [1965] R.C.S. 798; *M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 6, 32, 33.
Loi sur la sécurité des rues et des communautés, L.C. 2012, ch. 1, art. 135, 136.
Loi sur le transfèrement des délinquants, S.C. 1977-78, ch. 9.
Loi sur le transfèrement international des délinquants, L.C. 2004, ch. 21, art. 3, 8, 10(1), (2), 11(2), 31.

2013 SCC 47 (CanLII)

Treaties and Other International Instruments

International Covenant on Civil and Political Rights, Can. T.S. 1976 No. 47, arts. 12, 21.

Treaty Between Canada and the United States of America on the Execution of Penal Sentences, Can. T.S. 1978 No. 12, arts. II, III, IV.

Authors Cited

Arendt, Hannah. *The Origins of Totalitarianism*, new ed. London: George Allen and Unwin, 1967.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2011, release 1).

Kesby, Alison. *The Right to Have Rights: Citizenship, Humanity, and International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

Laskin, John B. "Mobility Rights under the *Charter*" (1982), 4 *S.C.L.R.* 89.

Maxwell on the Interpretation of Statutes, 11th ed. by Roy Wilson and Brian Galpin. London: Sweet & Maxwell, 1962.

Plachta, Michal. *Transfer of Prisoners under International Instruments and Domestic Legislation*. Freiburg im Breisgau, Germany: Eigenverlag Max-Planck-Institut, 1993.

Royce, Sylvia. "International Prisoner Transfer" (2009), 21 *Federal Sentencing Reporter* 186.

Sharpe, Robert J., and Kent Roach. *The Charter of Rights and Freedoms*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2009.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham: LexisNexis, 2008.

United Nations. Human Rights Committee. "General Comments Adopted by the Human Rights Committee under Article 40, Paragraph 4, of the International Covenant on Civil and Political Rights", General Comment No. 27 (67), CCPR/C/21, Rev. 1, Add. 9, November 2, 1999.

United Nations Office on Drugs and Crime. *Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons*. Vienna: United Nations, 2012.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Nadon, Trudel and Mainville JJ.A.), 2011 FCA 39, [2012] 4 F.C.R. 31, 413 N.R. 134, 267 C.C.C. (3d) 370, 229 C.R.R. (2d) 142, 96 Imm. L.R. (3d) 85, [2011] F.C.J. No. 100 (QL), 2011 CarswellNat 238, affirming a decision of Harrington J., 2009 FC 983, [2009] F.C.J. No. 1158 (QL), 2009 CarswellNat 5283. Appeal dismissed.

Traités et autres instruments internationaux

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, R.T. Can. 1976 nº 47, art. 12, 21.

Traité entre le Canada et les États-Unis d'Amérique sur l'exécution des peines imposées aux termes du droit criminel, R.T. Can. 1978 nº 12, art. II, III, IV.

Doctrine et autres documents cités

Arendt, Hannah. *Les origines du totalitarisme*, t. 2, *L'impérialisme*, trad. par Martine Leiris. Paris : Fayard, 1982.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007 (updated 2011, release 1).

Kesby, Alison. *The Right to Have Rights : Citizenship, Humanity, and International Law*. Oxford : Oxford University Press, 2012.

Laskin, John B. « Mobility Rights under the *Charter* » (1982), 4 *S.C.L.R.* 89.

Maxwell on the Interpretation of Statutes, 11th ed. by Roy Wilson and Brian Galpin. London : Sweet & Maxwell, 1962.

Nations Unies. Comité des droits de l'homme. « Observations générales adoptées par le Comité des droits de l'homme au titre du paragraphe 4 de l'article 40 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques », Observation générale nº 27 (67), CCPR/C/21, rev. 1, add. 9, 2 novembre 1999.

Office des Nations Unies contre la drogue et le crime. *Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons*. Vienne : Nations Unies, 2012.

Plachta, Michal. *Transfer of Prisoners under International Instruments and Domestic Legislation*. Freiburg im Breisgau, Germany : Eigenverlag Max-Planck-Institut, 1993.

Royce, Sylvia. « International Prisoner Transfer » (2009), 21 *Federal Sentencing Reporter* 186.

Sharpe, Robert J., and Kent Roach. *The Charter of Rights and Freedoms*, 4th ed. Toronto : Irwin Law, 2009.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham : LexisNexis, 2008.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Nadon, Trudel et Mainville), 2011 CAF 39, [2012] 4 R.C.F. 31, 413 N.R. 134, 267 C.C.C. (3d) 370, 229 C.R.R. (2d) 142, 96 Imm. L.R. (3d) 85, [2011] A.C.F. nº 100 (QL), 2011 CarswellNat 238, qui a confirmé une décision du juge Harrington, 2009 CF 983, [2009] A.C.F. nº 1158 (QL), 2009 CarswellNat 3004. Pourvoi rejeté.

2013 SCC 47 (CanLII)

Clemente Monterosso and *Laurent Carignan*, for the appellant.

Ginette Gobeil and *Claude Joyal*, for the respondent.

Lorne Waldman, *Clarisa Waldman* and *Tamara Morgenthau*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Audrey Macklin and *Cheryl Milne*, for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights.

Gib van Ert, *Michael Sobkin* and *Heather E. Cochran*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

The judgment of Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ. was delivered by

[1] ABELLA J. — Mobility rights are protected by s. 6 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. These include the right in s. 6(1) of every citizen to enter, remain in, and leave Canada. They are among the most cherished rights of citizenship.

[2] Pierino Divito, a Canadian citizen, was extradited to the United States where he pleaded guilty to serious drug offences and was sentenced to seven and a half years in prison. A few months later, he applied to the Canadian government to let him serve his American sentence in Canada. The Canadian government refused. This refusal, Mr. Divito argued, was a violation of his right as a Canadian citizen to enter Canada.

[3] With respect, I do not share his view that the mobility rights guaranteed by s. 6(1) of the *Charter* give a Canadian citizen in his circumstances an automatic right to serve a sentence in Canada.

Clemente Monterosso et *Laurent Carignan*, pour l'appelant.

Ginette Gobeil et *Claude Joyal*, pour l'intimé.

Lorne Waldman, *Clarisa Waldman* et *Tamara Morgenthau*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Audrey Macklin et *Cheryl Milne*, pour l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights.

Gib van Ert, *Michael Sobkin* et *Heather E. Cochran*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement des juges Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — La liberté de circulation et d'établissement est protégée par l'art. 6 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Elle comprend le droit d'entrer au Canada, d'y demeurer et d'en sortir, que le par. 6(1) garantit à tout citoyen. Ces droits sont parmi les plus prisés de ceux qui découlent de la citoyenneté.

[2] Pierino Divito, un citoyen canadien, a été extradé aux États-Unis où il a plaidé coupable à des infractions graves liées à la drogue et a été condamné à sept ans et demi d'emprisonnement. Quelques mois plus tard, il a présenté une demande au gouvernement canadien afin de pouvoir purger au Canada la peine qui lui a été infligée aux États-Unis. Le gouvernement canadien a refusé sa demande. Selon M. Divito, ce refus constituait une violation de son droit, en tant que citoyen canadien, d'entrer au Canada.

[3] Avec égards, je ne partage pas son point de vue selon lequel la liberté de circulation et d'établissement que garantit le par. 6(1) de la *Charte* confère automatiquement à un citoyen canadien se trouvant dans ce genre de situation le droit de purger une peine au Canada.

2013 SCC 47 (CanLII)

Background

[4] Pierino Divito was born in Italy in 1937. He immigrated to Canada when he was 16 and became a Canadian citizen in 1980.

[5] Since his arrival in Canada, Mr. Divito has been convicted of various offences dating back to 1962. In addition, a number of courts have found that Mr. Divito was involved in organized crime: *Divito v. Canada (Ministre de la Justice)*, 2004 CanLII 39111 (Que. C.A.), at para. 32; *États-Unis d'Amérique v. Divito* (2004), 194 C.C.C. (3d) 148 (Que. C.A), at para. 5; *R. v. Gauvin* (1997), 187 N.B.R. (2d) 262 (C.A.), at paras. 4-5; *R. v. Rumbaut*, 1998 CanLII 9816 (N.B.Q.B.), at pp. 9-10.

[6] In March 1995, a Canadian court convicted Mr. Divito of conspiring to import and traffic over 5,400 kg of cocaine in Nova Scotia and New Brunswick. The court sentenced Mr. Divito to 18 years in prison. While he was serving his sentence, the United States requested his extradition from Canada on charges of conspiracy to possess over 300 kg of cocaine with the intent to distribute in the state of Florida.

[7] In June 2005, after serving almost two-thirds of his Canadian sentence, Mr. Divito was extradited to the United States where he pleaded guilty in Florida to the American charges. In March 2006, he was sentenced to seven and a half years in prison. In sentencing Mr. Divito, the American court took his Canadian sentence into account and gave him credit for 145 months of time served.

[8] In December 2006, Mr. Divito submitted a request under the *International Transfer of Offenders Act*, S.C. 2004, c. 21 ("*ITOA*"), to be transferred to Canada to serve the remainder of his American sentence. Under s. 8 of the *ITOA*, the consent of both the foreign state and the Canadian government are required before an offender can be returned to Canada. Mr. Divito's request was approved by the United States, but was refused

Contexte

[4] Pierino Divito est né en Italie en 1937. Il a immigré au Canada à l'âge de 16 ans et a obtenu la citoyenneté canadienne en 1980.

[5] Depuis son arrivée au Canada, M. Divito a été reconnu coupable de diverses infractions qui remontent pour certaines à 1962. De plus, divers tribunaux ont conclu que M. Divito était impliqué dans le crime organisé : *Divito c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2004 CanLII 39111 (C.A. Qué.), par. 32; *Divito c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2004 CanLII 46681 (C.A. Qué.), par. 5; *R. c. Gauvin* (1997), 187 R.N.-B. (2e) 262 (C.A.), par. 4-5; *R. c. Rumbaut*, 1998 CanLII 9816 (B.R.N.-B.), p. 9-10.

[6] En mars 1995, un tribunal canadien a déclaré M. Divito coupable de complot en vue d'importer plus de 5 400 kg de cocaïne en Nouvelle-Écosse et au Nouveau-Brunswick et d'en faire le trafic. Le tribunal l'a condamné à 18 ans d'emprisonnement. Pendant qu'il purgeait sa peine, les autorités américaines ont demandé son extradition pour qu'il réponde à des accusations de complot en vue de posséder plus de 300 kg de cocaïne avec l'intention d'en faire le trafic dans l'État de la Floride.

[7] En juin 2005, après avoir purgé près des deux tiers de la peine qui lui avait été infligée au Canada, M. Divito a été extradé aux États-Unis et a plaidé coupable en Floride aux accusations qui y avaient été portées contre lui. En mars 2006, il a été condamné à sept ans et demi d'emprisonnement. Dans la détermination de sa peine, le tribunal américain a tenu compte du temps purgé au Canada et a réduit de 145 mois la durée de son emprisonnement.

[8] En décembre 2006, M. Divito a présenté une demande sous le régime de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*, L.C. 2004, ch. 21 (« *LTID* »), afin d'être transféré au Canada pour purger le reste de la peine qui lui avait été infligée aux États-Unis. Aux termes de l'art. 8 de la *LTID*, le retour au Canada d'un délinquant nécessite le consentement de l'entité étrangère et du gouvernement canadien. Les États-Unis ont

2013 SCC 47 (CanLII)

by the Canadian Minister of Public Safety and Emergency Preparedness in October 2007.

[9] Mr. Divito did not challenge the Minister's refusal. Instead, shortly after the first request was refused, he submitted a second transfer request. The American authorities again agreed. And again the Minister denied Mr. Divito's request, relying on s. 10(1)(*a*) of the *ITOA* because Mr. Divito was identified as an organized crime member and the offence involved a significant quantity of drugs:

> The nature of his offence and his affiliations suggest that the offender's return to Canada would constitute a potential threat to the safety of Canadians and the security of Canada.

[10] Mr. Divito sought judicial review of the Minister's second refusal on two grounds. The first was that the decision was unreasonable. The second was, essentially, that the existence of a discretion in ss. 8(1), 10(1)(*a*) and 10(2)(*a*) of the *ITOA* to refuse to consent to the return of a Canadian in a foreign prison violated his right to enter Canada protected by s. 6(1) of the *Charter.* Once it was confirmed that Mr. Divito was a Canadian citizen, he had the right to enter Canada and the Minister was required to consent to his return.

[11] The Federal Court dismissed the application for judicial review (2009 FC 983 (CanLII)). Applying a reasonableness standard of review, the court concluded that, in light of Mr. Divito's history of criminal activity, the decision of the Minister to deny a transfer in this case was reasonable. The court also held that the impugned provisions of the *ITOA* did not violate s. 6(1).

[12] Mr. Divito appealed only the issue of the constitutionality of the provisions of the *ITOA*, not the reasonableness of the Minister's decision. The Federal Court of Appeal dismissed the appeal (2011 FCA 39, [2012] 4 F.C.R. 31). The majority held that ss. 8(1), 10(1)(*a*) and 10(2)(*a*) of the *ITOA* did not infringe s. 6(1) of the *Charter*. The concurring

approuvé la demande de M. Divito, mais le ministre canadien de la Sécurité publique et de la Protection civile l'a refusée en octobre 2007.

[9] M. Divito n'a pas contesté le refus du ministre. Peu de temps après, il a plutôt déposé une deuxième demande de transfèrement. Les autorités américaines y ont consenti de nouveau, mais le ministre canadien a encore refusé, en se fondant sur l'al. 10(1)*a*) de la *LTID* parce que M. Divito était identifié comme étant un membre du crime organisé et que le délit comprenait une quantité importante de drogues :

> La nature du délit ainsi que les affiliations du détenu suggèrent que le retour du délinquant au Canada pourrait constituer une menace pour la sécurité du Canada et la sûreté des Canadiens.

[10] M. Divito a sollicité le contrôle judiciaire de ce deuxième refus pour deux motifs. Le premier, selon lequel la décision était déraisonnable. Et le second, selon lequel, essentiellement, le pouvoir discrétionnaire conféré par le par. 8(1) et les al. 10(1)*a*) et 10(2)*a*) de la *LTID* de refuser de consentir au retour d'un Canadien emprisonné à l'étranger violait son droit d'entrer au Canada garanti par le par. 6(1) de la *Charte*. Selon M. Divito, une fois sa citoyenneté canadienne établie, il avait le droit d'entrer au Canada et le ministre devait consentir à son retour.

[11] La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire (2009 CF 983 (CanLII)). En appliquant la norme de contrôle du caractère raisonnable, la cour a conclu que, compte tenu des antécédents d'activités criminelles de M. Divito, la décision du ministre de refuser un transfèrement en l'espèce était raisonnable. La cour a aussi conclu que les dispositions contestées de la *LTID* ne violaient pas le par. 6(1).

[12] M. Divito a interjeté appel à l'égard de la question de la constitutionnalité des dispositions de la *LTID*, et non à l'égard du caractère raisonnable de la décision du ministre. La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel (2011 CAF 39, [2012] 4 R.C.F. 31). Les juges majoritaires ont conclu que le par. 8(1) et les al. 10(1)*a*) et 10(2)*a*) de la *LTID* ne violent pas

2013 SCC 47 (CanLII)

judge found that the impugned provisions constituted *prima facie* infringements of s. 6(1) of the *Charter* but were justified under s. 1.

[13] On appeal to this Court, the Chief Justice stated the following constitutional questions:

(1) Do ss. 10(1)(*a*) and 10(2)(*a*), read in conjunction with s. 8(1), of the *International Transfer of Offenders Act*, S.C. 2004, c. 21, infringe the right guaranteed by s. 6(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

(2) If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Analysis

[14] Mr. Divito claims that once a foreign jurisdiction consents to a transfer, he has an absolute right as a citizen to enter Canada. The Canadian government has no discretion to refuse the transfer of a Canadian citizen who is lawfully incarcerated by a foreign state. In this Court, he is not challenging the reasonableness of the Minister's refusal. Nor is there any suggestion that he was denied due process or that there were any human rights abuses in the foreign jurisdiction.

[15] It is helpful to start with the context of the provisions at issue under both the *Charter* and the *ITOA*.

[16] Section 6 of the *Charter* states:

MOBILITY RIGHTS

Mobility of citizens

6. (1) Every citizen of Canada has the right to enter, remain in and leave Canada.

le par. 6(1) de la *Charte*. Le juge qui a rédigé une opinion concourante a conclu que les dispositions contestées constituaient des atteintes *prima facie* au droit garanti par le par. 6(1) de la *Charte*, mais qu'elles étaient justifiées au sens de l'article premier.

[13] Dans le présent pourvoi, la Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes :

(1) Les alinéas 10(1)*a*) et 10(2)*a*), lus en conjonction avec le par. 8(1), de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*, L.C. 2004, ch. 21, portent-ils atteinte au droit garanti par le par. 6(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

(2) Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique suivant l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Analyse

[14] Selon M. Divito, dès que le pays étranger consent à son transfèrement, il a le droit absolu, en tant que citoyen, d'entrer au Canada. Le gouvernement canadien n'aurait pas le pouvoir discrétionnaire de refuser le transfèrement d'un citoyen canadien incarcéré légalement dans un pays étranger. Devant la Cour, il ne conteste pas le caractère raisonnable du refus du ministre et il ne prétend pas non plus qu'on lui a refusé l'application régulière de la loi ou qu'il y a eu atteinte aux droits de la personne dans le pays étranger.

[15] Il est utile de commencer par le contexte des dispositions de la *Charte* et de la *LTID* en cause.

[16] L'article 6 de la *Charte* est libellé comme suit :

LIBERTÉ DE CIRCULATION ET D'ÉTABLISSEMENT

Liberté de circulation

6. (1) Tout citoyen canadien a le droit de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir.

2013 SCC 47 (CanLII)

Rights to move and gain livelihood

(2) Every citizen of Canada and every person who has the status of a permanent resident of Canada has the right

(*a*) to move to and take up residence in any province; and

(*b*) to pursue the gaining of a livelihood in any province.

Limitation

(3) The rights specified in subsection (2) are subject to

(*a*) any laws or practices of general application in force in a province other than those that discriminate among persons primarily on the basis of province of present or previous residence; and

(*b*) any laws providing for reasonable residency requirements as a qualification for the receipt of publicly provided social services.

Affirmative action programs

(4) Subsections (2) and (3) do not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration in a province of conditions of individuals in that province who are socially or economically disadvantaged if the rate of employment in that province is below the rate of employment in Canada.

[17] There are therefore two sets of mobility rights. The first set, found in s. 6(1), is the right of every Canadian citizen to enter, remain in, and leave Canada. The second set, outlined in s. 6(2) to (4), gives citizens *and* permanent residents the right to move to, live in, and work in any province subject to certain limitations.

[18] The focus of this appeal is on s. 6(1). There are three rights found in s. 6(1): the right to enter, remain in, and leave Canada. Only the right to enter is at issue in this appeal.

[19] We must first consider the scope of the s. 6(1) right. We start with this Court's primordial

Liberté d'établissement

(2) Tout citoyen canadien et toute personne ayant le statut de résident permanent au Canada ont le droit :

a) de se déplacer dans tout le pays et d'établir leur résidence dans toute province;

b) de gagner leur vie dans toute province.

Restriction

(3) Les droits mentionnés au paragraphe (2) sont subordonnés :

a) aux lois et usages d'application générale en vigueur dans une province donnée, s'ils n'établissent entre les personnes aucune distinction fondée principalement sur la province de résidence antérieure ou actuelle;

b) aux lois prévoyant de justes conditions de résidence en vue de l'obtention des services sociaux publics.

Programmes de promotion sociale

(4) Les paragraphes (2) et (3) n'ont pas pour objet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer, dans une province, la situation d'individus défavorisés socialement ou économiquement, si le taux d'emploi dans la province est inférieur à la moyenne nationale.

[17] La liberté de circulation et d'établissement comprend donc deux catégories de droits. La première, dont il est question au par. 6(1), vise le droit de tout citoyen canadien d'entrer au Canada, d'y demeurer et d'en sortir. La deuxième, énoncée aux par. 6(2) à (4), donne, aux citoyens *et* aux personnes ayant le statut de résident permanent, le droit de se déplacer, d'établir leur résidence et de gagner leur vie dans toute province, sous réserve de certaines limites.

[18] C'est le par. 6(1) qui est au cœur du présent pourvoi. Ce paragraphe garantit trois droits : le droit d'entrer au Canada, celui d'y demeurer et celui d'en sortir. Seul le droit d'entrer est en cause dans le présent pourvoi.

[19] Nous devons d'abord examiner la portée du droit conféré par le par. 6(1). Commençons avec

2013 SCC 47 (CanLII)

direction that rights be defined generously in light of the interests the *Charter* was intended to protect: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 156; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 53. In *Big M Drug Mart Ltd.*, Dickson J. summarized the requisite approach as follows:

In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, this Court expressed the view that the proper approach to the definition of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* was a purposive one. The meaning of a right or freedom guaranteed by the *Charter* was to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee; *it was to be understood, in other words, in the light of the interests it was meant to protect*.

In my view this analysis is to be undertaken, and the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*. The interpretation should be, as the judgment in *Southam* emphasizes, a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter*'s protection. *At the same time it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question*, but to recall that the *Charter* was not enacted in a vacuum, and must therefore, as this Court's decision in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, illustrates, be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts. [Emphasis added; emphasis in original deleted; p. 344.]

[20] Accordingly, the inquiry necessarily begins with an analysis of the purpose of the guarantee in s. 6(1) and a consideration of what the right of citizens to enter Canada was intended to protect.

[21] The protection for citizens in s. 6(1), like most modern human rights protections, had its origins in the cataclysmic rights violations of WWII. Writing in the aftermath of that war about her own

la directive primordiale de la Cour selon laquelle les droits doivent être interprétés généreusement, en fonction des intérêts que la *Charte* visait à protéger : *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 156; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 53. Dans *Big M Drug Mart Ltd.*, le juge Dickson a résumé la méthode d'analyse à adopter de la façon suivante :

Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, la Cour a exprimé l'avis que la façon d'aborder la définition des droits et des libertés garantis par la *Charte* consiste à examiner l'objet visé. Le sens d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie; *en d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger*.

À mon avis, il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*. *En même temps, il importe de ne pas aller au-delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question* et de se rappeler que la *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et que, par conséquent, comme l'illustre l'arrêt de cette Cour *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés. [Italiques ajoutés; soulignement dans l'original omis; p. 344.]

[20] Par conséquent, l'examen doit débuter par une analyse de l'objet de la garantie prévue au par. 6(1) et par une analyse de ce que le droit des citoyens d'entrer au Canada visait à protéger.

[21] La protection prévue au par. 6(1), comme la plupart des protections modernes en matière de droits de la personne, tire ses origines des violations cataclysmiques des droits pendant la Seconde

2013 SCC 47 (CanLII)

experience, Hannah Arendt observed that a "right to have rights" flows from citizenship and belonging to a distinct national community: *The Origins of Totalitarianism* (new ed. 1967), at p. 296; Alison Kesby, *The Right to Have Rights: Citizenship, Humanity, and International Law* (2012), at p. 5. Without the ability to enter one's country of citizenship, the "right to have rights" cannot be fully exercised. The right of a Canadian citizen to enter and to remain in Canada is therefore a fundamental right associated with citizenship.

[22] Canada's international obligations and relevant principles of international law are also instructive in defining the right: *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292. In *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, Dickson C.J., dissenting, described the template for considering the international legal context as follows:

> The content of Canada's international human rights obligations is, in my view, an important indicia of the meaning of "the full benefit of the *Charter*'s protection". I believe that the *Charter* should generally be presumed to provide protection at least as great as that afforded by similar provisions in international human rights documents which Canada has ratified. [p. 349]

[23] More recently, in *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, McLachlin C.J. and LeBel J. confirmed that, "the *Charter* should be presumed to provide at least as great a level of protection as is found in the international human rights documents that Canada has ratified" (para. 70). This helps frame the interpretive scope of s. 6(1).

Guerre mondiale. Écrivant sur sa propre expérience de cette guerre, Hannah Arendt a fait remarquer que le « droit d'avoir des droits » découle de la citoyenneté et de l'appartenance à une communauté nationale distincte : *Les origines du totalitarisme*, t. 2, *L'impérialisme* (1982), p. 281; Alison Kesby, *The Right to Have Rights : Citizenship, Humanity, and International Law* (2012), p. 5. Sans la possibilité d'entrer dans son pays de citoyenneté, le « droit d'avoir des droits » ne peut pas être pleinement exercé. Le droit d'un citoyen canadien d'entrer au Canada et d'y demeurer est donc un droit fondamental lié à la citoyenneté.

[22] Les obligations internationales du Canada et les principes de droit international pertinents sont aussi instructifs lorsque vient le temps de définir le droit : *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292. Dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, le juge en chef Dickson, dissident, a décrit de la façon suivante le cadre d'analyse du contexte juridique international :

> Le contenu des obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne est, à mon avis, un indice important du sens de l'expression « bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte* ». Je crois qu'il faut présumer, en général, que la *Charte* accorde une protection à tout le moins aussi grande que celle qu'offrent les dispositions similaires des instruments internationaux que le Canada a ratifiés en matière de droits de la personne. [p. 349]

[23] Plus récemment, dans *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, la juge en chef McLachlin et le juge LeBel ont confirmé qu'« il faut présumer que la *Charte* accorde une protection au moins aussi grande que les instruments internationaux ratifiés par le Canada en matière de droits de la personne » (par. 70). Cela aide à circonscrire l'interprétation qu'il convient de donner au par. 6(1).

2013 SCC 47 (CanLII)

[24] The international law inspiration for s. 6(1) of the *Charter* is generally considered to be art. 12 of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, Can. T.S. 1976 No. 47 ("ICCPR"), which has been ratified by 167 states, including Canada: John B. Laskin, "Mobility Rights under the *Charter*" (1982), 4 *S.C.L.R.* 89, at p. 89; Robert J. Sharpe and Kent Roach, *The Charter of Rights and Freedoms* (4th ed. 2009), at p. 212.

[25] As a treaty to which Canada is a signatory, the ICCPR is binding. As a result, the rights protected by the ICCPR provide a minimum level of protection in interpreting the mobility rights under the *Charter*. Article 12 of the ICCPR states:

1. Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence.

2. Everyone shall be free to leave any country, including his own.

3. The above-mentioned rights shall not be subject to any restrictions except those which are provided by law, are necessary to protect national security, public order (*ordre public*), public health or morals or the rights and freedoms of others, and are consistent with the other rights recognized in the present Covenant.

4. *No one shall be arbitrarily deprived of the right to enter his own country.*

[26] In 1999, the U.N. Human Rights Committee issued guidelines for the interpretation of art. 12 of the ICCPR in its "General Comment No. 27: Freedom of Movement". Paragraph 19 of the General Comment states, in part, that "[t]he right of a person to enter his or her own country recognizes the special relationship of a person to that country". The General Comment also provides some guidance on the interpretation of "arbitrarily" in art. 12(4):

In no case may a person be *arbitrarily deprived* of the right to enter his or her own country. The reference to

[24] On considère habituellement que le par. 6(1) de la *Charte* s'inspire, en droit international, de l'art. 12 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, R.T. Can. 1976 nº 47 (« PIDCP »), qui a été ratifié par 167 pays, dont le Canada : John B. Laskin, « Mobility Rights under the *Charter* » (1982), 4 *S.C.L.R.* 89, p. 89; Robert J. Sharpe et Kent Roach, *The Charter of Rights and Freedoms* (4e éd. 2009), p. 212.

[25] S'agissant d'un traité dont le Canada est signataire, le PIDCP lie les parties. Par conséquent, les droits qu'il protège énoncent un niveau minimal de protection dont il faut tenir compte dans l'interprétation du droit de circulation et d'établissement prévu dans la *Charte*. L'article 12 du PIDCP est ainsi libellé :

1. Quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence.

2. Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien.

3. Les droits mentionnés ci-dessus ne peuvent être l'objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et compatibles avec les autres droits reconnus par le présent Pacte.

4. *Nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays.*

[26] En 1999, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a publié des lignes directrices quant à l'interprétation de l'art. 12 du PIDCP dans le document intitulé « Observation générale nº 27 : Liberté de circulation ». Au paragraphe 19, il est notamment indiqué que « [l]e droit d'une personne d'entrer dans son propre pays reconnaît l'existence d'une relation spéciale de l'individu à l'égard du pays concerné ». L'observation générale donne également certaines précisions sur la manière d'interpréter la notion d'« arbitraire » évoquée au par. 12(4) :

En aucun cas un individu ne peut être *privé arbitrairement* du droit d'entrer dans son propre pays. La notion

2013 SCC 47 (CanLII)

the concept of arbitrariness in this context is intended to emphasize that it applies to all State action, legislative, administrative and judicial; it guarantees that even interference provided for by law *should be in accordance with the provisions, aims and objectives of the Covenant and should be, in any event, reasonable in the particular circumstances*. *The Committee considers that there are few, if any, circumstances in which deprivation of the right to enter one's own country could be reasonable*. A State party must not, by stripping a person of nationality or by expelling an individual to a third country, arbitrarily prevent this person from returning to his or her own country. [Emphasis added; para. 21.]

d'arbitraire est évoquée dans ce contexte dans le but de souligner qu'elle s'applique à toutes les mesures prises par l'État, au niveau législatif, administratif et judiciaire; l'objet est de garantir que même une immixtion prévue par la loi *soit conforme aux dispositions, aux buts et aux objectifs du Pacte et soit, dans tous les cas, raisonnable eu égard aux circonstances particulières*. *Le Comité considère que les cas dans lesquels la privation du droit d'une personne d'entrer dans son propre pays pourrait être raisonnable, s'ils existent, sont rares*. Les États parties ne doivent pas, en privant une personne de sa nationalité ou en l'expulsant vers un autre pays, priver arbitrairement celle-ci de retourner dans son propre pays. [Italiques ajoutés; par. 21.]

[27] Although art. 12(4) protects against *arbitrary* interference with the right to enter, the U.N. Human Rights Committee's interpretation of the scope of the right suggests that there are in fact "few, if any" limitations on the right to enter that would be considered reasonable. The right to enter protected by s. 6(1) of the *Charter* should therefore be interpreted in a way that is consistent with the broad protection under international law.

[27] Bien que le par. 12(4) garantisse qu'il n'y ait pas d'immixtion *arbitraire* dans le droit d'entrer, l'interprétation que fait le Comité des droits de l'homme des Nations Unies de la portée du droit donne à penser que, dans les faits, les cas dans lesquels la privation du droit d'une personne d'entrer dans son pays pourrait être considérée comme raisonnable, « s'ils existent, sont rares ». Le droit d'entrer au Canada protégé par le par. 6(1) de la *Charte* devrait donc être interprété d'une manière qui soit compatible avec la protection générale conférée par le droit international.

[28] The expansive breadth of the protection is also consistent with the fact that s. 6(1) of the *Charter* is exempt from the legislative override in s. 33: *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, 2002 SCC 68, [2002] 3 S.C.R. 519, at para. 11. Moreover, the other rights conferred by s. 6 of the *Charter* in s. 6(2) are subject to express limitations within the provision itself in ss. 6(3) and 6(4). The fact that s. 6(1) is not subject to such limitations also confirms its plenitude.

[28] La portée étendue de la protection est aussi compatible avec le fait que le par. 6(1) de la *Charte* est soustrait à l'application de l'art. 33 : *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, 2002 CSC 68, [2002] 3 R.C.S. 519, par. 11. De plus, les autres droits conférés par l'art. 6 de la *Charte*, plus précisément au par. 6(2), sont assujettis à des restrictions expresses prévues dans la disposition comme telle, aux par. 6(3) et 6(4). Le fait que le par. 6(1) ne soit pas assujetti à ces restrictions confirme aussi sa plénitude.

[29] And, finally in *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, a case involving extradition, this Court recognized that the "intimate relation between a citizen and his country" invited a generous interpretation of a related right in s. 6(1), namely the right to remain in Canada (p. 1480).

[29] Enfin, dans *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, une affaire d'extradition, la Cour a reconnu que le « rapport étroit qui existe entre un citoyen et son pays » commande une interprétation libérale d'un droit connexe énoncé au par. 6(1), à savoir le droit de demeurer au Canada (p. 1480).

[30] This brings us to the provisions dealing with the international transfer of prisoners.

[30] Ce qui nous amène aux dispositions portant sur le transfèrement international des détenus.

2013 SCC 47 (CanLII)

[31] In 1977, Canada and the United States signed the *Treaty Between Canada and the United States of America on the Execution of Penal Sentences*, Can. T.S. 1978 No. 12, a bilateral treaty to facilitate international prisoner transfer between Canada and the United States. Under the treaty, offenders sentenced to imprisonment in either country may be transferred to the country of which they are a citizen if the sending state, the receiving state, and the offender all provide their consent.

[32] The application of the treaty is subject to a number of conditions set out in art. II: that the offence for which the offender was convicted and sentenced is one which would also be punishable as a crime in the receiving state; that the offender is a citizen of the receiving state; that the offence is not an offence under immigration laws or military laws; that there is at least six months of the offender's sentence remaining to be served; and that no proceeding by way of an appeal or collateral attack upon the conviction or sentence is pending in the sending state and the prescribed time for an appeal has expired.

[33] Under art. IV of the treaty, the completion of a transferred offender's sentence is to be carried out according to the laws and procedures of the receiving country, including the application of any provisions for reduction of the term of imprisonment by parole, conditional release, or otherwise.

[34] Pursuant to art. III of the treaty, both Canada and the United States made a commitment to giving legal effect to the treaty within their territory. Accordingly, in 1978, Parliament adopted the *Transfer of Offenders Act*, S.C. 1977-78, c. 9, which implemented the treaty with the United States as well as a similar treaty with Mexico. Under this legislation, the Minister was granted an unfettered discretion to approve or refuse the transfer of a Canadian citizen. Canada has since concluded numerous bilateral and multilateral treaties dealing with international prisoner transfers.

[31] En 1977, le Canada et les États-Unis ont signé le *Traité entre le Canada et les États-Unis d'Amérique sur l'exécution des peines imposées aux termes du droit criminel*, R.T. Can. 1978 nº 12, un traité bilatéral visant à faciliter le transfèrement international des détenus entre le Canada et les États-Unis. Aux termes de ce traité, les délinquants condamnés à l'emprisonnement dans l'un de ces pays peuvent être transférés dans leur pays de citoyenneté si le pays d'origine, le pays d'accueil et le délinquant visé sont d'accord.

[32] Le traité s'applique sous réserve de certaines conditions énoncées à l'art. II : que l'infraction pour laquelle le délinquant a été déclaré coupable et condamné en soit une qui serait aussi punissable dans le pays d'accueil; que le délinquant soit un citoyen du pays d'accueil; que l'infraction n'en soit pas une aux termes des lois sur l'immigration ou des lois militaires; que le délinquant ait encore au moins six mois de peine à subir; et qu'aucune procédure sur la déclaration de culpabilité ou la peine du délinquant entamée par voie d'appel ou de moyen indirect (*collateral attack*) ne soit en suspens dans le pays d'origine et que le délai d'appel de la déclaration de culpabilité ou de la peine du délinquant soit expiré.

[33] Aux termes de l'art. IV du traité, l'exécution de la peine d'un délinquant transféré s'effectue selon les lois et règles du pays d'accueil, y compris toutes dispositions de réduction de la durée d'emprisonnement par une libération conditionnelle, une libération sous condition ou autrement.

[34] En vertu de l'art. III du traité, le Canada et les États-Unis se sont engagés à donner effet juridique au traité sur leur territoire. Par conséquent, en 1978, le législateur a adopté la *Loi sur le transfèrement des délinquants*, S.C. 1977-78, ch. 9, qui assurait la mise en œuvre du traité avec les États-Unis ainsi que d'un traité semblable conclu avec le Mexique. Cette loi a conféré au ministre un pouvoir discrétionnaire absolu d'accepter ou de refuser le transfèrement d'un citoyen canadien. Depuis, le Canada a conclu un grand nombre de traités bilatéraux et multilatéraux concernant le transfèrement international des détenus.

2013 SCC 47 (CanLII)

[35] In 2004, the *Transfer of Offenders Act* was replaced by the *ITOA*. The purpose of the *ITOA* was set out in s. 3 as being:

> . . . to contribute to the administration of justice and the rehabilitation of offenders and their reintegration into the community by enabling offenders to serve their sentences in the country of which they are citizens or nationals.

[36] The *ITOA* included several important modifications of the legislative scheme, namely new provisions setting out the purposes of the legislation and a requirement that reasons be provided when the Minister's consent is refused (s. 11(2)). Notably, a section was added that listed the factors which the Minister must consider in determining whether to consent to the transfer of Canadian and foreign offenders.[1]

[37] The relevant provisions of the *ITOA* are ss. 8(1) and 10(1) and (2). At the time of Mr. Divito's request, they stated:

> **8.** (1) *The consent of the three parties to a transfer — the offender, the foreign entity and Canada — is required.*
>
> . . .
>
> **10.** (1) *In determining whether to consent to the transfer of a Canadian offender, the Minister shall consider the following factors:*
>
> (*a*) *whether the offender's return to Canada would constitute a threat to the security of Canada;*
>
> (*b*) whether the offender left or remained outside Canada with the intention of abandoning Canada as their place of permanent residence;

1 In 2012, the *ITOA* was further amended, including the addition of "enhanc[ing] public safety" as one of the purposes of the Act, by changing "shall" to "may" in ss. 10(1) and 10(2), and by adding factors for the Minister to consider in exercising his or her discretion under ss. 10(1) and 10(2). These amendments were not in force at the time of Mr. Divito's transfer request.

[35] En 2004, la *Loi sur le transfèrement des délinquants* a été remplacée par la *LTID*, dont l'objet est énoncé à l'art. 3 :

> . . . de faciliter l'administration de la justice et la réadaptation et la réinsertion sociale des délinquants en permettant à ceux-ci de purger leur peine dans le pays dont ils sont citoyens ou nationaux.

[36] La *LTID* comprend plusieurs changements importants au régime législatif. Elle comporte notamment de nouvelles dispositions établissant l'objet de la loi ainsi qu'une exigence selon laquelle le refus de consentement de la part du ministre doit être motivé (par. 11(2)). Il convient de souligner qu'un article a été ajouté en vue d'énumérer les facteurs dont le ministre doit tenir compte pour décider s'il consent ou non au transfèrement des délinquants canadiens ou étrangers[1].

[37] Les dispositions pertinentes de la *LTID* sont les par. 8(1), 10(1) et (2). Au moment de la demande de M. Divito, elles étaient ainsi libellées :

> **8.** (1) *Le transfèrement nécessite le consentement des trois parties en cause, soit le délinquant, l'entité étrangère et le Canada.*
>
> . . .
>
> **10.** (1) *Le ministre tient compte des facteurs ci-après pour décider s'il consent au transfèrement du délinquant canadien :*
>
> *a*) *le retour au Canada du délinquant peut constituer une menace pour la sécurité du Canada;*
>
> *b*) le délinquant a quitté le Canada ou est demeuré à l'étranger avec l'intention de ne plus considérer le Canada comme le lieu de sa résidence permanente;

1 En 2012, la *LTID* a été de nouveau modifiée. Un des objets de la Loi consiste depuis à « renforcer la sécurité publique ». Aux par. 10(1) et 10(2), le verbe est passé de « tient compte » à « peut tenir compte » et des facteurs dont le ministre doit tenir compte dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confèrent les par. 10(1) et 10(2) ont été ajoutés. Ces modifications n'étaient pas en vigueur au moment de la demande de transfèrement de M. Divito.

2013 SCC 47 (CanLII)

(*c*) whether the offender has social or family ties in Canada; and

(*d*) whether the foreign entity or its prison system presents a serious threat to the offender's security or human rights.

(2) *In determining whether to consent to the transfer of a Canadian or foreign offender, the Minister shall consider the following factors:*

(*a*) *whether, in the Minister's opinion, the offender will, after the transfer, commit a terrorism offence or criminal organization offence within the meaning of section 2 of the Criminal Code; and*

(*b*) whether the offender was previously transferred under this Act or the *Transfer of Offenders Act*, chapter T-15 of the Revised Statutes of Canada, 1985.

[38] Only ss. 8(1), 10(1)(*a*) and 10(2)(*a*), which have been italicized for ease of reference, have been challenged by Mr. Divito. The essence of the challenge is that these provisions operate in a way that violates Mr. Divito's right to enter Canada under s. 6(1) of the *Charter*, a right he says is automatic once the foreign jurisdiction consents to the transfer.

[39] These provisions provide the Minister with a discretion whether to consent to the transfer of a Canadian offender. Mr. Divito argues that there should be no discretion — once an incarcerated citizen's transfer is consented to by a foreign jurisdiction, the citizen's right to enter under s. 6(1) of the *Charter* requires that the Minister consent. In essence, Mr. Divito argues that s. 6(1) includes an automatic right to serve a foreign prison sentence in Canada if the foreign state consents. His submission would result in a positive obligation on Canada to administer the sentences imposed upon Canadian citizens by foreign jurisdictions. This, in my respectful view, misconstrues what s. 6(1) protects.

[40] In international law, requiring the return of an offender to his or her home state infringes the

c) le délinquant a des liens sociaux ou familiaux au Canada;

d) l'entité étrangère ou son système carcéral constitue une menace sérieuse pour la sécurité du délinquant ou ses droits de la personne.

(2) *Il tient compte des facteurs ci-après pour décider s'il consent au transfèrement du délinquant canadien ou étranger :*

a) *à son avis, le délinquant commettra, après son transfèrement, une infraction de terrorisme ou une infraction d'organisation criminelle, au sens de l'article 2 du Code criminel;*

b) le délinquant a déjà été transféré en vertu de la présente loi ou de la *Loi sur le transfèrement des délinquants*, chapitre T-15 des Lois révisées du Canada (1985).

[38] Seuls les par. 8(1) et al. 10(1)*a*) et 10(2)*a*) — qui sont en italique pour plus de commodité — ont été contestés par M. Divito, essentiellement parce qu'il estime qu'ils ont pour effet de violer son droit d'entrer au Canada garanti par le par. 6(1) de la *Charte*, un droit qui, selon lui, s'applique automatiquement dès que le pays étranger consent au transfèrement.

[39] Ces dispositions confèrent au ministre le pouvoir discrétionnaire de consentir ou non au transfèrement d'un délinquant canadien. Or, d'après M. Divito, le ministre ne devrait pas jouir de ce pouvoir discrétionnaire puisque, une fois que le pays étranger a consenti au transfèrement du citoyen détenu, le droit de ce citoyen d'entrer au Canada garantit par le par. 6(1) de la *Charte* exige le consentement du ministre. Donc, essentiellement, M. Divito prétend que le par. 6(1) confère le droit automatique de purger au Canada une peine infligée à l'étranger si le pays étranger y consent. Si tel était le cas, le Canada aurait donc l'obligation de prendre en charge l'exécution des peines infligées aux citoyens canadiens par des pays étrangers. Avec égards, cela constitue une interprétation erronée des droits protégés par le par. 6(1).

[40] En droit international, exiger le retour d'un délinquant dans son pays d'origine va à l'encontre

2013 SCC 47 (CanLII)

doctrine of state sovereignty: it violates the territoriality of the criminal law and the exclusive right of the state to administer criminal justice: Michal Plachta, *Transfer of Prisoners under International Instruments and Domestic Legislation* (1993), at pp. 134-49; United Nations Office on Drugs and Crime, *Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons* (2012), at pp. 14 and 17. Accordingly, prior to the implementation of bilateral and multilateral treaties for the transfer of prisoners, "[i]t was firmly believed that States had the authority to enforce the criminal sentences of their own courts only, making it impossible for them to enforce the sentences of other States" (p. 17). In other words, as a matter of international law, Canada has no legal authority to *require* the return of a citizen who is lawfully incarcerated by a foreign state.

[41] The question then becomes what effect the *Treaty Between Canada and the United States of America on the Execution of Penal Sentences* and the *ITOA* have on an imprisoned citizen's ability to enter Canada for the purpose of serving his or her sentence in Canada.

[42] The *Treaty Between Canada and the United States of America on the Execution of Penal Sentences* and other similar treaties were entered into to facilitate the return of offenders serving a penal sentence in a foreign country in order to permit them to serve the remainder of their sentence in their home country. The purpose of these treaties was to promote the social rehabilitation and reintegration of prisoners by permitting offenders imprisoned in a foreign jurisdiction to serve their sentence in their home country closer to their families and where the culture, language and customs would be more familiar: United Nations Office on Drugs and Crime, at pp. 9-15; Sylvia Royce, "International Prisoner Transfer" (2009), 21 *Federal Sentencing Reporter* 186, at p. 186.

[43] Underlying the creation of these treaties was the understanding that, absent a treaty, Canada was without a meaningful legal mechanism to administer the sentences imposed upon Canadian citizens

du principe de la souveraineté de l'État : cela porte atteinte au principe de la territorialité en droit pénal et au droit exclusif de l'État d'administrer la justice criminelle : Michal Plachta, *Transfer of Prisoners under International Instruments and Domestic Legislation* (1993), p. 134-149; Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, *Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons* (2012), p. 14 et 17. Par conséquent, avant la mise en œuvre des traités bilatéraux et multilatéraux quant au transfèrement des détenus, [TRADUCTION] « [l]es gens croyaient fermement qu'un pays pouvait exécuter uniquement les peines criminelles infligées par ses propres tribunaux, de sorte qu'il lui était impossible d'exécuter les peines infligées par d'autres pays » (p. 17). Autrement dit, en droit international, le Canada n'a pas le pouvoir légal d'*exiger* le retour d'un citoyen qui est légalement détenu par un pays étranger.

[41] Il s'agit donc de mesurer l'effet du *Traité entre le Canada et les États-Unis d'Amérique sur l'exécution des peines imposées aux termes du droit criminel* et celui de la *LTID* sur la capacité d'un citoyen emprisonné à l'étranger d'entrer au Canada dans le but d'y purger sa peine.

[42] Le *Traité entre le Canada et les États-Unis d'Amérique sur l'exécution des peines imposées aux termes du droit criminel* et d'autres traités semblables ont été conclus dans le but de faciliter le retour des délinquants qui purgent une peine dans un pays étranger afin qu'ils puissent en purger le reste dans leur pays d'origine. Ces traités visaient à favoriser la réadaptation et la réinsertion sociale des détenus en permettant aux délinquants emprisonnés à l'étranger de purger leur peine dans leur pays d'origine, plus près de leur famille, et dans un endroit où la culture, la langue et les coutumes leur sont plus familières : Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, p. 9-15; Sylvia Royce, « International Prisoner Transfer » (2009), 21 *Federal Sentencing Reporter* 186, p. 186.

[43] Ces traités avaient été conçus sur le fondement du fait que, sans eux, le Canada ne disposait d'aucun mécanisme juridique utile lui permettant de prendre en charge les peines infligées à des

2013 SCC 47 (CanLII)

who are lawfully incarcerated in a foreign state.[2] The *ITOA* and the treaties it implements provide a statutory mechanism to transfer the supervision of a prison sentence from a foreign jurisdiction to Canada.

[44] The *ITOA* requires the consent of the foreign jurisdiction since, as a matter of international law, Canada has no meaningful legal authority to *require* the return of an imprisoned citizen. As the provisions of the treaty make clear, the consent of the foreign state to transfer an offender is premised on Canada undertaking to administer the offender's foreign sentence. The *ITOA* and the treaties which it implements therefore provide an exception to the doctrine of state sovereignty in international law: a statutory mechanism under which Canada may, in certain circumstances, assume legal obligations towards a foreign state. The *ITOA* was not intended to create a right for Canadian citizens to *require* Canada to administer their foreign sentence.

[45] The ability of prisoners to serve their sentence in Canada is therefore a creation of legislation. Independent of the *ITOA*, there is no right to serve a foreign prison sentence in Canada. In my view, although the *ITOA* contemplates a mechanism by which a citizen may return to Canada in the limited context of continuing incarceration for the purpose of serving their foreign sentence, s. 6(1) does not confer a right on Canadian citizens to serve their foreign sentences in Canada.

[46] Nor is *Cotroni* of assistance. La Forest J. noted for the majority that "the central thrust of s. 6(1) is against exile and banishment, the purpose of which is the exclusion of membership in the national community. While I would not wish to trivialize the effects of extradition on the individual, it is clear that extradition is not directed to

2 There is also a discretion in s. 31 of the *ITOA* for the Minister to allow the Minister of Foreign Affairs to enter into an "administrative arrangement" with a foreign country for the transfer of an offender in accordance with the *ITOA* where no treaty mechanism exists.

citoyens canadiens légalement incarcérés dans un pays étranger[2]. La *LTID* et les traités qu'elle met en œuvre prévoient un mécanisme législatif permettant de transférer la surveillance de l'exécution d'une peine d'un pays étranger au Canada.

[44] La *LTID* exige le consentement du pays étranger puisque, en droit international, le Canada n'a pas le pouvoir légal d'*exiger* le retour d'un citoyen emprisonné. Comme il ressort clairement du traité, le consentement du pays étranger pour transférer un délinquant repose sur le fait que le Canada s'engage à prendre en charge la peine du délinquant. La *LTID* et les traités qu'elle met en œuvre prévoient donc une exception au principe de la souveraineté de l'État en droit international : un mécanisme législatif permettant au Canada, dans certaines circonstances, d'assumer des obligations légales envers un pays étranger. Ainsi, la *LTID* ne visait pas à créer un droit pour les citoyens canadiens d'*exiger* que le Canada prenne en charge leur peine.

[45] La capacité d'un détenu de purger sa peine au Canada est donc une création de la loi. Indépendamment de la *LTID*, il n'existe aucun droit de purger au Canada une peine d'emprisonnement infligée à l'étranger. À mon avis, bien que la *LTID* permette à un citoyen de retourner au Canada dans ce but, dans le contexte restreint du maintien en détention, le par. 6(1) ne confère pas aux citoyens canadiens le droit de purger au Canada les peines qui leur ont été infligées à l'étranger.

[46] *Cotroni* n'est pas utile non plus. Le juge La Forest a souligné au nom des juges majoritaires que « [t]out comme les documents internationaux et constitutionnels que j'ai mentionnés, le par. 6(1) vise à protéger contre l'exil et le bannissement qui ont pour objet l'exclusion de la participation à la communauté nationale. Je ne veux pas minimiser

2 L'article 31 de la *LTID* confère aussi au ministre le pouvoir discrétionnaire d'autoriser le ministre des Affaires étrangères à conclure avec un pays étranger une « entente administrative » sur le transfèrement d'un délinquant en conformité avec la loi, si aucun traité n'est applicable.

2013 SCC 47 (CanLII)

the purpose" (p. 1482). Notably, he also made the following particularly relevant concession:

> . . . it seems to me . . . that the infringement to s. 6(1) that results from extradition *lies at the outer edges of the core values sought to be protected by that provision*. European authorities . . . make a sharp distinction between expulsion and extradition . . . . [Emphasis added; p. 1481.]

[47] In the case of extradition, the Canadian government permits the removal from Canada of a Canadian citizen who has not been convicted, to face charges in a foreign jurisdiction. Yet *Cotroni* found this to be only at the outer edges of the s. 6(1) right. In the case of a prisoner transfer, the Canadian citizen has been convicted in a foreign jurisdiction, is lawfully incarcerated there, and is seeking the Canadian government's permission to serve his or her foreign sentence in Canada. If the forcible removal of a presumed innocent Canadian citizen by extradition is at the *outer* edges of the core values sought to be protected by s. 6(1), the request of a convicted one to serve a foreign sentence in Canada falls off the edge. I have difficulty seeing how legislative provisions which facilitate the possibility of re-entry for a Canadian citizen lawfully convicted in a foreign jurisdiction, are analogous to the forced removal of a Canadian citizen by the state.

[48] The mobility rights in s. 6(1) should be construed generously, not literally, and, absent a literal interpretation, I am unable to see how s. 6(1) is breached in the circumstances of this case. Canadian citizens undoubtedly have a right to enter Canada, but Canadian citizens who are lawfully incarcerated in a foreign jurisdiction cannot leave their prison, let alone leave to come to Canada. What makes the entry to Canada possible is the *ITOA*. But this possibility does not thereby create a constitutionally protected right to leave a foreign prison and enter Canada whenever a foreign jurisdiction consents to the transfer. Nor does it impose a duty on the Canadian government to permit all such citizens to serve

les effets de l'extradition sur l'individu, mais il est évident que l'extradition ne vise pas cet objet » (p. 1482). Il importe de le noter, il a aussi fait la concession particulièrement pertinente qui suit :

> . . . il me semble [. . .] que la violation du par. 6(1) qui résulte de l'extradition *se situe à la limite des valeurs fondamentales que cette disposition cherche à protéger*. Les autorités européennes [. . .] établissent une distinction nette entre l'expulsion et l'extradition . . . [Italiques ajoutés; p. 1481.]

[47] Dans le cas de l'extradition, le gouvernement canadien autorise le renvoi d'un citoyen canadien qui se trouve au Canada et qui n'a pas été déclaré coupable pour qu'il fasse face à des accusations dans un pays étranger. Or, selon *Cotroni*, cette situation ne se trouve qu'à la limite du droit visé au par. 6(1). Dans le cas du transfèrement d'un prisonnier, le citoyen canadien a été déclaré coupable dans un pays étranger, il y est incarcéré légalement, et il sollicite la permission du gouvernement canadien pour être autorisé à purger au Canada cette peine infligée à l'étranger. Si le renvoi forcé par extradition d'un citoyen canadien présumé innocent se situe à la *limite* des valeurs fondamentales que vise à protéger le par. 6(1), la demande de celui qui est déclaré coupable pour purger au Canada une peine infligée à l'étranger bascule au-delà de la limite. J'ai de la difficulté à concevoir comment des dispositions législatives qui facilitent la possibilité du retour d'un citoyen canadien condamné légalement dans un pays étranger pourraient être analogues au renvoi forcé d'un citoyen canadien par l'État.

[48] La liberté de circulation et d'établissement que garantit le par. 6(1) devrait être interprétée généreusement, non littéralement. Or, à moins d'une interprétation littérale, je ne vois pas comment il y a violation du par. 6(1) dans les circonstances de la présente cause. Les citoyens canadiens ont sans aucun doute le droit d'entrer au Canada, mais ceux qui sont légalement incarcérés dans un pays étranger ne peuvent pas quitter la prison, encore moins venir au Canada. C'est la *LTID* qui leur permet d'entrer au Canada. Cette loi ne crée pas pour autant un droit constitutionnellement protégé de quitter une prison étrangère et d'entrer au Canada dès que l'entité étrangère consent au transfèrement. Elle

2013 SCC 47 (CanLII)

their foreign sentences in Canada. The impugned provisions of the *ITOA*, *which make a transfer possible* do not, as a result, represent a breach of s. 6(1).

[49] What *is* engaged by these provisions, however, is the discretion of the Minister. As this Court noted in *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134, at para. 114, "[i]f there is a *Charter* problem, it lies not in the statute but in the Minister's exercise of the power the statute gives him". At its core, Mr. Divito's argument that the Minister *must* consent to the transfer of a Canadian citizen once a foreign state has provided its consent calls into constitutional question not the impugned provisions, but the way the discretion is exercised. This calls for scrutiny of the reasonableness of the exercise of discretion, an issue Mr. Divito has not appealed to this Court. Notwithstanding that we have not been asked to review the reasonableness of the Minister's decision in this case, there is no doubt that once a foreign jurisdiction consents to a transfer under s. 8(1) of the *ITOA*, the Minister's discretion under ss. 10(1)(*a*) and 10(2)(*a*) is fully engaged and must be exercised reasonably, including in compliance with relevant *Charter* values: *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761; *Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395. As this Court explained in *Doré*, "[o]n judicial review, the question becomes whether, in assessing the impact of the relevant *Charter* protection and given the nature of the decision and the statutory and factual contexts, the decision reflects a proportionate balancing of the *Charter* protections at play" (para. 57).

[50] A final issue: the Crown argued that the appeal was moot because Mr. Divito completed

n'oblige pas non plus le gouvernement canadien à permettre à tous ses citoyens de purger au Canada les peines qui leur ont été infligées à l'étranger. Les dispositions contestées de la *LTID*, *qui rendent un transfèrement possible*, ne constituent donc pas une violation du par. 6(1).

[49] Le pouvoir discrétionnaire du ministre, lui, *est* cependant touché par ces dispositions. Comme la Cour l'a souligné dans *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134, par. 114, « [s]'il y a un problème lié à la *Charte*, il ne réside pas dans la loi, mais dans l'exercice par le ministre de son pouvoir légal ». Essentiellement, l'argument de M. Divito — selon lequel le ministre *doit* consentir au transfèrement d'un citoyen canadien si le pays étranger y consent — remet en question, sur le plan constitutionnel, non pas les dispositions contestées, mais la façon dont le ministre exerce son pouvoir discrétionnaire. Il faut donc examiner le caractère raisonnable de l'exercice de ce pouvoir, une question que M. Divito n'a pas portée en appel devant la Cour. Bien que nous ne soyons pas appelés à examiner le caractère raisonnable de la décision du ministre, en l'espèce, il ne fait aucun doute que, une fois que le pays étranger consent au transfèrement en application du par. 8(1) de la *LTID*, le pouvoir conféré au ministre par les al. 10(1)*a*) et 10(2)*a*) est entièrement applicable et doit être exercé de manière raisonnable, y compris de manière à respecter les valeurs pertinentes de la *Charte* : *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761; *Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395. Comme la Cour l'a expliqué dans l'arrêt *Doré*, « [d]ans le contexte d'une révision judiciaire, il s'agit donc de déterminer si — en évaluant l'incidence de la protection pertinente offerte par la *Charte* et compte tenu de la nature de la décision et des contextes légal et factuel — la décision est le fruit d'une mise en balance proportionnée des droits en cause protégés par la *Charte* » (par. 57).

[50] Une dernière question : le ministère public a affirmé que l'appel était théorique parce que

2013 SCC 47 (CanLII)

his American sentence. He has now returned to Canada and completed the balance of his Canadian sentence.

[51] The Court nonetheless retains a residual discretion to decide the merits of a moot appeal if the issues raised are of public importance: *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66, at para. 2. In my view, this is such a case. The issues are likely to recur in the future and there is some uncertainty resulting from conflicting decisions in the Federal Court.

[52] I would therefore dismiss the appeal and answer the constitutional questions as follows:

(1) Do ss. 10(1)(*a*) and 10(2)(*a*), read in conjunction with s. 8(1), of the *International Transfer of Offenders Act*, S.C. 2004, c. 21, infringe the right guaranteed by s. 6(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

(2) If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is unnecessary to answer this question.

The reasons of McLachlin C.J. and LeBel and Fish JJ. were delivered by

LeBel and Fish JJ. —

I. Introduction

[53] We have had the benefit of reading the reasons of our colleague, Justice Abella, and agree with her proposed disposition of this appeal. With respect, however, we cannot share her conclusion that the appellant's mobility rights are not engaged in the case at bar.

M. Divito avait purgé la peine prononcée aux États-Unis. Il est revenu au Canada et a purgé le reste de la peine que le Canada lui avait infligée.

[51] La Cour conserve néanmoins le pouvoir discrétionnaire de statuer sur le bien-fondé d'un appel théorique si les questions soulevées revêtent une importance pour le public : *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66, par. 2. À mon avis, c'est le cas en l'espèce. Les questions peuvent être de nouveau soulevées à l'avenir et une certaine incertitude découle de décisions contradictoires rendues par la Cour fédérale.

[52] Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre comme suit aux questions constitutionnelles :

(1) Les alinéas 10(1)*a*) et 10(2)*a*), lus en conjonction avec le par. 8(1), de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*, L.C. 2004, ch. 21, portent-ils atteinte au droit garanti par le par. 6(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

(2) Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique suivant l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il n'est pas nécessaire de trancher cette question.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel et Fish rendus par

Les juges LeBel et Fish —

I. Introduction

[53] Nous avons pris connaissance des motifs de notre collègue, la juge Abella, et nous souscrivons au dispositif qu'elle propose pour le présent pourvoi. Avec égards, nous ne partageons toutefois pas sa conclusion selon laquelle la liberté de circulation et d'établissement dont jouit l'appelant n'est pas en cause en l'espèce.

2013 SCC 47 (CanLII)

[54] In our view, when the Minister's refusal of consent constitutes the sole impediment to a Canadian citizen's entry into Canada, this refusal limits the citizen's right to enter Canada guaranteed by s. 6(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. For that reason and the reasons that follow, we find that ss. 8(1), 10(1)(*a*) and 10(2)(*a*) of the *International Transfer of Offenders Act*, S.C. 2004, c. 21 ("*ITOA*"), constitute a limitation on the rights protected by s. 6(1) of the *Charter*. We are satisfied, however, that this limitation is justified under s. 1.

[55] We adopt our colleague's summary of the facts and thorough review of the legislative history of the *ITOA* and the treaties it implements. We also subscribe to her conclusion in respect of the mootness argument raised by the Crown. Finally, we share our colleague's view (at paras. 27-29) that s. 6(1) should be interpreted generously, in a manner that is consistent with the broad protection of mobility rights under international law and which gives full effect to the provision's "expansive breadth" and "plenitude". In this regard, see *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, at p. 1480; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 156.

[56] In the two leading cases on s. 6(1) of the *Charter* — *Cotroni* and *Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609 — this Court found the "core" of s. 6(1) to be a protection against exile and banishment, or "exclusion of membership in the national community": *Cotroni*, at pp. 1481-82; *Sriskandarajah*, at para. 9.

II. Section 6(1) of the Charter: Its Core

[57] The Court thus read the s. 6(1) rights to "enter" and "remain in" Canada together. Indeed, in considering the extent to which s. 6(1) mobility rights are infringed by extradition, the Court

[54] À notre avis, lorsque seul le refus du ministre empêche l'entrée d'un citoyen canadien au Canada, ce refus restreint le droit de ce dernier que garantit le par. 6(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* d'entrer au pays. Pour cette raison et pour les motifs qui suivent, nous concluons que le par. 8(1) ainsi que les al. 10(1)*a*) et 10(2)*a*) de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*, L.C. 2004, ch. 21 (« *LTID* »), constituent une limite aux droits garantis par le par. 6(1) de la *Charte*. Nous sommes toutefois convaincus que cette limite est justifiée au sens de l'article premier.

[55] Nous faisons nôtres le résumé des faits de notre collègue ainsi que son examen exhaustif de l'historique législatif de la *LTID* et des traités qu'elle met en œuvre. Nous souscrivons aussi à sa conclusion quant à l'argument soulevé par le ministère public relativement au caractère théorique du pourvoi. Enfin, nous partageons le point de vue exprimé par notre collègue (aux par. 27-29) selon lequel il faut interpréter généreusement le par. 6(1), d'une manière qui soit cohérente avec la protection large que confère le droit international à la liberté de circulation et qui donne plein effet à la « portée étendue » et à la « plénitude » de la disposition. À cet égard, voir *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, p. 1480; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344; et *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 156.

[56] Dans les deux arrêts de principe portant sur le par. 6(1) de la *Charte* — *Cotroni* et *Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609 —, la Cour a conclu que le par. 6(1) vise « fondamentalement » à protéger contre l'exil et le bannissement, ou contre « l'exclusion de la participation à la communauté nationale » : *Cotroni*, p. 1481-1482; *Sriskandarajah*, par. 9.

II. Le paragraphe 6(1) de la Charte : les droits fondamentaux qu'il protège

[57] La Cour a donc interprété ensemble les droits d'« entrer » et de « demeurer » au Canada prévus au par. 6(1). En effet, en examinant à quel point la liberté de circulation et d'établissement garantie par

2013 SCC 47 (CanLII)

specifically contemplated the prospect of an international prisoner transfer. For instance, in *Cotroni*, at p. 1482, La Forest J. stated:

> An accused may return to Canada following his trial and acquittal or, if he has been convicted, after he has served his sentence. The impact of extradition on the rights of a citizen to remain in Canada appears to me to be of secondary importance. In fact, so far as Canada and the United States are concerned, a person convicted may, in some cases, be permitted to serve his sentence in Canada; see *Transfer of Offenders Act*, S.C. 1977-78, c. 9.

See also *Sriskandarajah*, at para. 20.

[58] It is inconsistent to find that an international prisoner transfer has constitutional significance with respect to the right to remain in Canada, but does not engage the constitutional right to enter Canada. Our colleague suggests (at para. 47) that if — as was held in *Cotroni* — extradition lies at the outer edges of the core values protected by s. 6(1), an international prisoner transfer request "falls off the edge". With respect, *Cotroni* supports the opposite conclusion. The *only reason* extradition lies so far from the "central thrust of s. 6(1) . . . against exile and banishment" (*Cotroni*, at p. 1482) *is* the prospect of returning to Canada by means of, *inter alia*, an international prison transfer. In other words, if the prospect of a prisoner transfer mitigates the violence done by extradition to the right to *remain* in Canada, this must be because it enables citizens to exercise their right to *enter* Canada once the country demanding the extradition consents to their repatriation.

[59] In our colleague's view, the issue on this appeal is whether the mobility rights guaranteed by s. 6(1) of the *Charter* give Canadian citizens incarcerated abroad the right to require Canada to administer their foreign prison sentences whenever

cette disposition est restreinte par l'extradition, la Cour s'est spécifiquement penchée sur l'éventualité du transfèrement international de prisonniers. Par exemple, à la p. 1482 de *Cotroni*, le juge La Forest a précisé que :

> Un accusé peut revenir au Canada suite à son procès et à son acquittement ou, s'il a été reconnu coupable, après avoir purgé sa peine. Les répercussions de l'extradition sur les droits d'un citoyen de demeurer au Canada me paraissent avoir une importance secondaire. En fait, en ce qui concerne le Canada et les États-Unis, une personne reconnue coupable peut, dans certains cas, être autorisée à purger sa peine au Canada; voir *Loi sur le transfèrement des délinquants*, S.C. 1977-78, chap. 9.

Voir aussi *Sriskandarajah*, par. 20.

[58] Il serait incohérent de conclure que le transfèrement international d'un prisonnier est important, sur le plan constitutionnel, en ce qui concerne le droit de demeurer au Canada, mais qu'il ne met pas en jeu le droit d'entrer au Canada protégé par la Constitution. Notre collègue suggère (au par. 47) que si — comme il a été décidé dans *Cotroni* — l'extradition se situe à la limite des valeurs fondamentales protégées par le par. 6(1), la demande de transfèrement international d'un prisonnier « bascule au-delà de la limite ». En toute déférence, l'arrêt *Cotroni* soutient la conclusion inverse. La *seule raison* pour laquelle l'extradition est si éloignée de ce que « [vise] le par. 6(1), [soit] protéger contre l'exil et le bannissement » (*Cotroni*, p. 1482) *est*, *précisément*, la perspective d'un retour au Canada au moyen, entre autres, d'un transfèrement international d'une prison à une autre. Autrement dit, l'éventualité du transfèrement d'un prisonnier atténue l'atteinte que porte l'extradition au droit de *demeurer* au Canada, parce qu'elle permet aux citoyens d'exercer leur droit d'*entrer* au Canada une fois que le pays qui a requis l'extradition consent à leur rapatriement.

[59] Selon notre collègue, la question à trancher dans le présent pourvoi est celle de savoir si la liberté de circulation et d'établissement protégée par le par. 6(1) de la *Charte* donne aux citoyens canadiens incarcérés à l'étranger le droit d'exiger du

2013 SCC 47 (CanLII)

the foreign jurisdiction consents to the transfer (paras. 3, 44, 45 and 48).

[60] With respect, framing the issue this way unduly constricts the breadth of the mobility rights guaranteed under the *Charter*. A correct interpretation of the right to enter Canada — one informed by the "intimate relation between a citizen and his country" (*Cotroni*, at p. 1480) — demands an acknowledgment that effective exercise of the rights conferred by s. 6(1) will often require the state's active cooperation. This is due, in part, to the rights' extraterritorial application and the principle of sovereignty of nations: P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), vol. 2, at p. 37-41.

[61] Indeed, Canadian courts have recognized that s. 6(1) obliges the state to give effect to its citizens' mobility rights. For instance, in *Kamel v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 21, [2009] 4 F.C.R. 449, at para. 14, the Federal Court of Appeal affirmed Noël J.'s finding that s. 6(1) imposes a duty on the state to issue a citizen a Canadian passport (2008 FC 338, [2009] 1 F.C.R. 59). At paras. 103-4 of his Federal Court decision, Noël J. explained the basis of that duty:

> In order for mobility rights respecting travel outside Canada to be truly meaningful, it seems to me that more is needed than the right to enter or leave, because entering means coming back from somewhere, and leaving means going to a foreign destination. In both cases, returning and leaving imply a foreign destination where a passport is required. This mobility right cannot be exercised without a passport.
>
> That is not all, however. By its own actions, the Canadian government recognizes and encourages the use of passports for travel abroad.

[62] Similarly, in *Abdelrazik v. Canada (Minister of Foreign Affairs)*, 2009 FC 580, [2010] 1 F.C.R. 267, at para. 152, Zinn J. held that

Canada qu'il prenne en charge les peines d'emprisonnement infligées à l'étranger dès lors que le pays étranger consent au transfèrement (par. 3, 44, 45 et 48).

[60] Avec égards, nous estimons que circonscrire le débat de la sorte restreint indûment l'étendue de la liberté de circulation et d'établissement garantie par la *Charte*. Une interprétation correcte du droit d'entrer au Canada — qui tient compte du « rapport étroit qui existe entre un citoyen et son pays » (*Cotroni*, p. 1480) — suppose de reconnaître que l'exercice réel des droits conférés par le par. 6(1) exigera souvent la coopération active de l'État. Cela découle, notamment, de l'application extraterritoriale des droits et du principe de la souveraineté des nations : P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5e éd. suppl.), vol. 2, p. 37-41.

[61] En effet, les tribunaux canadiens ont reconnu que le par. 6(1) oblige l'État à donner effet à la liberté de circulation et d'établissement des citoyens. Par exemple, dans *Kamel c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 21, [2009] 4 R.C.F. 449, par. 14, la Cour d'appel fédérale a confirmé la conclusion du juge Noël selon laquelle le par. 6(1) impose une obligation à l'État de délivrer un passeport à un citoyen canadien (2008 CF 338, [2009] 1 R.C.F. 59). Aux paragraphes 103-104 de la décision de la Cour fédérale, le juge Noël a expliqué le fondement de cette obligation :

> Pour donner pleine valeur à cette liberté de circulation à l'extérieur du Canada, il me semble qu'il faut plus qu'entrer ou sortir car pour entrer, ceci veut dire que l'on revient de quelque part et que pour sortir, on sort pour se rendre vers une destination étrangère. Dans les deux cas, le retour et la sortie impliquent une destination étrangère où le passeport est requis. On ne peut pas exercer cette liberté de circulation sans passeport.
>
> Mais il y a plus. En effet, le gouvernement canadien, par ses propres agissements, reconnaît et encourage l'utilisation du passeport pour les voyages à l'étranger.

[62] De même, dans *Abdelrazik c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, 2009 CF 580, [2010] 1 R.C.F. 267, par. 152, le juge Zinn a conclu que :

2013 SCC 47 (CanLII)

where a citizen is outside Canada, the Government of Canada has a positive obligation to issue an emergency passport to that citizen to permit him or her to enter Canada; otherwise, the right guaranteed by the Government of Canada in subsection 6(1) of the Charter is illusory. Where the Government refuses to issue that emergency passport, it is a *prima facie* breach of the citizen's Charter rights unless the Government justifies its refusal pursuant to section 1 of the Charter. [Emphasis added.]

[63] Just as neither *Kamel* nor *Abdelrazik* were about a constitutional right to a passport *per se*, this appeal is not about the right to a prisoner transfer. By its enactment of the *ITOA* and signature of the treaties the *ITOA* implements, Parliament and the Canadian government have recognized and encouraged the use of international prisoner transfers as a means of enabling Canadian citizens incarcerated abroad to enter and remain in Canada. The *ITOA* was precisely designed to safeguard and facilitate the exercise of these s. 6(1) rights. As stated in s. 3 of the *ITOA*:

The purpose of this Act is to contribute to the administration of justice and the rehabilitation of offenders and their reintegration into the community by enabling offenders to serve their sentences in the country of which they are citizens or nationals.[3]

[64] Parliament has crafted a regime whereby once the foreign state has consented to a transfer — thus removing the practical restrictions on an incarcerated citizen's ability to return to Canada — the sole impediment to the exercise of the citizen's s. 6(1) right is the Minister's discretion. A statutory regime that grants a Minister the discretion to determine whether or not citizens can exercise their *Charter*-protected right to enter Canada constitutes, *prima facie*, a limit on the s. 6(1) right of the citizens in question.

3 As it read at the relevant time. On March 13, 2012, a number of provisions in the *ITOA*, including s. 3, were amended by the *Safe Streets and Communities Act*, S.C. 2012, c. 1, ss. 135 and 136.

quand un citoyen se trouve à l'étranger, le gouvernement du Canada a l'obligation positive de lui délivrer un passeport d'urgence afin qu'il puisse rentrer au Canada; sans cela, le droit que le gouvernement du Canada garantit au paragraphe 6(1) de la Charte est illusoire. Si le gouvernement refuse de délivrer ce passeport, il s'agit d'une atteinte *prima facie* aux droits que la Charte garantit à ce citoyen sauf si le gouvernement justifie son refus au regard de l'article premier. [Nous soulignons.]

[63] Tout comme les arrêts *Kamel* et *Abdelrazik* ne portaient ni l'un ni l'autre sur un droit constitutionnel à un passeport en tant que tel, le présent pourvoi ne porte pas sur le droit au transfèrement d'un prisonnier. En édictant la *LTID* et en signant les traités qu'elle met en œuvre, le Parlement et le gouvernement canadien ont reconnu et encouragé l'utilisation du transfèrement international de prisonniers incarcérés à l'étranger comme moyen pour permettre aux citoyens canadiens ainsi incarcérés d'entrer et de demeurer au Canada. La *LTID* a été conçue précisément pour sauvegarder les droits garantis au par. 6(1) et pour en faciliter l'exercice. Comme le précise l'art. 3 de la *LTID* :

La présente loi a pour objet de faciliter l'administration de la justice et la réadaptation et la réinsertion sociale des délinquants en permettant à ceux-ci de purger leur peine dans le pays dont ils sont citoyens ou nationaux[3].

[64] Le Parlement a conçu un régime selon lequel, dès qu'un pays étranger a consenti à un transfèrement — supprimant de ce fait les restrictions pratiques qui empêchent un citoyen incarcéré de retourner au Canada —, le pouvoir discrétionnaire du ministre devient le seul obstacle à ce qu'un citoyen exerce les droits que lui confère le par. 6(1). Un régime légal qui confère à un ministre le pouvoir discrétionnaire de décider si les citoyens peuvent ou non exercer leur droit protégé par la *Charte* d'entrer au Canada constitue, *prima facie*, une limite au droit des citoyens garanti par le par. 6(1).

3 Il s'agit de la disposition telle qu'elle était libellée au moment pertinent. Le 13 mars 2012, un certain nombre de dispositions de la *LTID*, dont l'art. 3, ont été modifiées par la *Loi sur la sécurité des rues et des communautés*, L.C. 2012, ch. 1, art. 135 et 136.

2013 SCC 47 (CanLII)

[65] We hasten to add that, in the absence of the *ITOA* and the treaties that it implements, the minimum of state action required by s. 32 of the *Charter* for the *Charter* to apply would not be met. Clearly, all citizens abroad cannot rely on their *Charter*-guaranteed right to enter Canada in order to demand that the Canadian government actively facilitate their repatriation by, for instance, paying for their airline tickets.

[66] Moreover, the greater administrative and financial costs occasioned by a prisoner transfer, as compared to the issuance of a passport, may be relevant at the s. 1 justification stage but are irrelevant to the s. 6(1) inquiry. "[T]he guarantees of the *Charter* would be illusory if they could be ignored because it was administratively convenient to do so": *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 218 (*per* Wilson J.).

[67] Accordingly, we find that ss. 8(1), 10(1)(*a*) and 10(2)(*a*) of the *ITOA* constitute a limitation on the rights protected by s. 6(1) of the *Charter*. We turn now to consider whether this limitation is nonetheless justified under s. 1 of the *Charter*.

III. Justification Under Section 1

[68] To pass constitutional muster under s. 1, the impugned provisions must constitute "reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society". This will be the case where the party invoking s. 1 demonstrates (1) that the infringing provisions relate to a pressing and substantial objective, (2) that there is a rational connection between the objective and the infringement of the right, (3) that the chosen means interfere as little as possible with the protected right, and (4) that the salutary effects of the measures outweigh their deleterious effects: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 889; Hogg, at pp. 38-17 and 38-18.

[65] Nous nous empressons d'ajouter que, sans la *LTID* et les traités qu'elle met en œuvre, il ne serait pas satisfait à l'exigence d'un minimum d'action de l'État pour l'application de l'art. 32 de la *Charte*. Manifestement, tous les citoyens qui se trouvent à l'étranger ne peuvent pas se fonder sur la liberté qui leur est garantie par la *Charte* d'entrer au Canada pour exiger du gouvernement canadien qu'il facilite activement leur rapatriement, par exemple, en payant leurs billets d'avion.

[66] En outre, le coût administratif et financier accru qu'engendre le transfèrement d'un prisonnier, comparativement à celui de la délivrance d'un passeport, peut être pertinent à l'étape de l'analyse de la justification visée à l'article premier, mais il ne l'est pas dans le cadre de l'examen fondé sur le par. 6(1). « Les garanties de la *Charte* seraient [. . .] illusoires s'il était possible de les ignorer pour des motifs de commodité administrative » : *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, p. 218 (la juge Wilson).

[67] En conséquence, nous concluons que le par. 8(1) et les al. 10(1)*a*) et 10(2)*a*) de la *LTID* constituent une limite aux droits garantis par le par. 6(1) de la *Charte*. Nous nous penchons maintenant sur la question de savoir si cette limite est néanmoins justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*.

III. Justification au sens de l'article premier

[68] Pour qu'elles soient jugées constitutionnelles au regard de l'article premier, les dispositions contestées doivent constituer des « limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Ce sera le cas si la partie qui invoque l'article premier démontre (1) que les règles de droit contestées visent un objectif urgent et réel, (2) qu'il existe un lien rationnel entre cet objectif et l'atteinte portée au droit en question, (3) que le moyen choisi porte le moins possible atteinte au droit protégé et (4) que les effets bénéfiques de la mesure prise l'emportent sur ses effets préjudiciables : *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 889; Hogg, p. 38-17 et 38-18.

2013 SCC 47 (CanLII)

[69] For the following reasons, we believe that ss. 8(1), 10(1)(*a*) and 10(2)(*a*) of the *ITOA* satisfy this standard of justification.

[70] It is important to note, at the outset, that the issue here is *not* whether the respondent Minister's discretion was reasonably exercised *in this case* in light of the appellant's *Charter* rights. The appellant expressly abandoned his argument on the reasonableness of the Minister's decision before the Court of Appeal and did not raise it before this Court: 2011 FCA 39, [2012] 4 F.C.R. 31, at paras. 14 and 71 (*per* Mainville J.A.); para. 74 (*per* Nadon J.A.).

[71] At the time of the Minister's decision in the present case, ss. 10(1)(*a*) and 10(2)(*a*) of the *ITOA* provided:

10. (1) In determining whether to consent to the transfer of a Canadian offender, the Minister shall consider the following factors:

(*a*) whether the offender's return to Canada would constitute a threat to the security of Canada;

. . .

(2) In determining whether to consent to the transfer of a Canadian or foreign offender, the Minister shall consider the following factors:

(*a*) whether, in the Minister's opinion, the offender will, after the transfer, commit a terrorism offence or criminal organization offence within the meaning of section 2 of the *Criminal Code*;

[72] There is no dispute that ensuring the security of Canada and the prevention of offences related to terrorism and organized crime are pressing and substantial objectives.

[73] The appellant contends, however, that there is no rational link between the Minister's discretion to refuse a transfer on the basis of the factors set out in ss. 10(1)(*a*) and 10(2)(*a*) of the *ITOA* and the pressing and substantial objectives of the impugned provisions. He submits two arguments to this end: first, that the Minister's discretionary

[69] Pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis que le par. 8(1) et les al. 10(1)*a*) et 10(2)*a*) de la *LTID* satisfont à cette norme de justification.

[70] Il importe de noter, dès le départ, que la question en litige dans le présent appel *n'*est *pas* celle du caractère raisonnable, *en l'espèce*, de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire par le ministre intimé compte tenu des droits de l'appelant garantis par la *Charte*. En effet, l'appelant a expressément abandonné son moyen fondé sur la raisonnabilité de la décision du ministre devant la Cour d'appel et ne l'a pas invoqué devant la Cour : 2011 CAF 39, [2012] 4 R.C.F. 31, par. 14 et 71 (le juge Mainville); par. 74 (le juge Nadon).

[71] Au moment où le ministre a pris sa décision dans la présente affaire, les al. 10(1)*a*) et 10(2)*a*) de la *LTID* étaient ainsi libellés :

10. (1) Le ministre tient compte des facteurs ci-après pour décider s'il consent au transfèrement du délinquant canadien :

a) le retour au Canada du délinquant peut constituer une menace pour la sécurité du Canada;

. . .

(2) Il tient compte des facteurs ci-après pour décider s'il consent au transfèrement du délinquant canadien ou étranger :

a) à son avis, le délinquant commettra, après son transfèrement, une infraction de terrorisme ou une infraction d'organisation criminelle, au sens de l'article 2 du *Code criminel*;

[72] Nul ne conteste que le fait d'assurer la sécurité du Canada et de prévenir les infractions de terrorisme ou d'organisation criminelle constitue des objectifs urgents et réels.

[73] Toutefois, l'appelant soutient qu'il n'y a pas de lien rationnel entre le pouvoir discrétionnaire conféré au ministre de refuser un transfèrement en se fondant sur les facteurs énoncés aux al. 10(1)*a*) et 10(2)*a*) de la *LTID* et les objectifs urgents et réels visés par les dispositions contestées. Il fait valoir deux arguments pour étayer son point de

2013 SCC 47 (CanLII)

power does no more than delay the citizen's return to Canadian soil; second, that the legislation's pressing and substantial objectives would be better served by Canada taking charge of the sentence. In our view, neither argument can succeed.

[74] We agree that considering security risks that may arise only upon an offender's *release* is not rationally connected to the objectives of the impugned provisions since, once liberated abroad, Canadian citizens can enter Canada simply by proving their status at the border. But considering risks that could arise *during* incarceration is not "arbitrary, unfair or based on irrational considerations": *Oakes*, at p. 139. This distinction was highlighted by the respondent, at para. 94 of its factum:

[TRANSLATION] The Minister's decision relates to the management of the sentence and to the place where it will be served, bearing in mind that the offender will be able to return to Canada once his sentence has been served. It is therefore perfectly logical that what the Minister must consider relates to the risks the offender's return to Canada would entail at the time of the transfer request rather than to those it would entail, if any remain, once the sentence has been served. [Emphasis added.]

[75] The challenged factors must be interpreted contextually and in a manner consistent with the purpose of the *ITOA*. Phrases such as "whether the offender's return" (s. 10(1)(*a*)) and "after the transfer" (s. 10(2)(*a*)) may be wide in the abstract, but they "are more or less elastic, and admit of restriction or expansion to suit the subject-matter. . . . [I]t is necessary to give them the meaning which best suits the scope and object of the statute without extending to ground foreign to the intention": R. Wilson and B. Galpin, eds., *Maxwell on the Interpretation of Statutes* (11th ed. 1962), at pp. 58-59, quoted in *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798, at p. 803. See also *M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.*, [1999] 2 S.C.R. 961, at para 25; R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 284-87.

vue : premièrement, il prétend que le pouvoir discrétionnaire du ministre ne fait que retarder le retour du citoyen au Canada; deuxièmement, il soutient que les objectifs urgents et réels visés par la loi seraient mieux servis si le Canada se chargeait de la peine. À notre avis, ni l'un ni l'autre de ces arguments n'est bien fondé.

[74] Certes, si seuls les risques liés à la sécurité qui pourraient survenir lors de la *libération* d'un délinquant étaient pris en compte, cela n'aurait pas de liens rationnels avec les objectifs des dispositions contestées puisque, une fois libérés à l'étranger, les citoyens canadiens peuvent entrer au pays uniquement en prouvant leur statut à la frontière. Cependant, le fait de considérer les risques qui pourraient survenir *durant* l'incarcération n'est « ni arbitrair[e], ni inéquitabl[e], ni fond[é] sur des considérations irrationnelles » : *Oakes*, p. 139. Cette distinction a été soulignée par l'intimé au par. 94 de son mémoire :

La décision du ministre vise la gestion de la peine et l'endroit où elle sera purgée, tout en étant conscient (*sic*) que le délinquant peut revenir au Canada à l'échéance de sa peine. Conséquemment, il est tout à fait logique que la réflexion du ministre porte sur les risques que présente, au moment de la demande de transfèrement, le retour du délinquant au Canada, plutôt que sur les risques, s'il en subsiste, au moment de l'échéance de sa peine. [Nous soulignons.]

[75] Il faut interpréter les facteurs contestés d'une manière qui soit téléologique et cohérente avec l'objectif de la *LTID*. Des propositions telles « le retour [. . .] peut constituer » (al. 10(1)*a*)) et « après son transfèrement » (al. 10(2)*a*)) peuvent avoir une large portée dans l'abstrait, mais elles [TRADUCTION] « sont plus ou moins élastiques, et elles sont restreintes ou étendues selon le sujet. [. . .] [I]l est nécessaire de leur donner le sens qui convient le mieux à la portée et à l'objet de la loi sans étendre ce sens au point qu'il ne corresponde plus à l'intention » : R. Wilson et B. Galpin, dir., *Maxwell on the Interpretation of Statutes* (11e éd. 1962), p. 58-59, cité dans *McKay c. The Queen*, [1965] R.C.S. 798, p. 803. Voir aussi *M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961, par. 25; R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5e éd. 2008), p. 284-287.

2013 SCC 47 (CanLII)

[76] Manifestly, the factors set out in s. 10(1)(*a*) and s. 10(2)(*a*) relate to risks that arise upon the transfer of offenders, *before* their release. Denying a prisoner transfer request based on security risks that may arise only *after* an offender's release would be an unreasonable exercise of discretion grounded in an erroneous interpretation of the *ITOA*. A Minister's exercise of discretion in such an unreasonable manner, however, does not render the factors themselves irrational. Properly understood, the factors and the Minister's discretion are rationally connected to Parliament's pressing and substantial objectives.

[77] Moreover, the pressing and substantial objectives of the impugned provisions would not be better served in *all cases* by Canada taking charge of the sentence. As Mainville J.A. explained in his concurring reasons in the court below:

> . . . I do not find it irrational for Parliament to empower the Minister to refuse the transfer of a convicted terrorist if it is reasonable to believe that the incarceration of that terrorist in Canada would result in retaliatory terrorist attacks on Canadian citizens. Likewise, I do not find it irrational for Parliament to empower the Minister to refuse the transfer of an international drug cartel kingpin if it is reasonable to believe that such a transfer would result in attacks on Canadian prison guards or would facilitate the criminal operations of that offender or of his criminal organization. These are clear cases [where] the Minister could properly refuse a transfer to Canada. [para. 56]

[78] Given that in some cases the objectives of the *ITOA* would be served by refusing a transfer based on the factors set out in ss. 10(1)(*a*) and 10(2)(*a*), the Minister's discretion to consider these factors on a case-by-case basis is rationally connected to the pressing and substantial objectives of these provisions.

[76] Manifestement, les facteurs énoncés aux al. 10(1)*a*) et 10(2)*a*) ont trait à des risques qui surviennent à l'occasion du transfèrement de délinquants, *avant* leur libération. Refuser la demande de transfèrement d'un prisonnier en raison de risques pour la sécurité qui pourraient se concrétiser uniquement *après* la libération du délinquant constituerait un exercice déraisonnable du pouvoir discrétionnaire fondé sur une interprétation erronée de la *LTID*. Cela dit, l'exercice aussi déraisonnable par un ministre de son pouvoir discrétionnaire ne rend pas les facteurs, eux-mêmes, irrationnels. Interprétés correctement, les facteurs et le pouvoir discrétionnaire du ministre ont un lien rationnel avec les objectifs urgents et réels poursuivis par le Parlement.

[77] En outre, les objectifs urgents et réels des dispositions contestées ne seraient pas mieux servis dans *tous les cas* si le Canada prenait les peines en charge. Comme le juge Mainville de la Cour d'appel l'a expliqué dans ses motifs concurrents en l'espèce :

> Je ne crois pas qu'il soit irrationnel pour le Parlement d'autoriser le ministre à refuser le transfèrement d'un terroriste reconnu coupable s'il est raisonnable de croire que l'incarcération de ce terroriste au Canada pourrait se traduire par des attaques terroristes de représailles visant les citoyens canadiens. De même, je ne crois pas qu'il soit irrationnel pour le Parlement d'autoriser le ministre à refuser le transfèrement d'un baron de la drogue opérant dans le cadre de cartels internationaux s'il est raisonnable de croire que ce transfèrement pourrait se traduire par des attaques à l'endroit de gardiens de prison au Canada ou faciliter les activités criminelles de ce délinquant ou de son organisation criminelle. Il m'apparaît qu'en pareil cas, le ministre pourrait à bon droit refuser le transfèrement au Canada. [par. 56]

[78] Puisque, dans certains cas, refuser le transfèrement en se fondant sur les facteurs énoncés aux al. 10(1)*a*) et 10(2)*a*) servirait les objectifs de la *LTID*, le pouvoir discrétionnaire du ministre de tenir compte de ces facteurs au cas par cas est lié rationnellement aux objectifs urgents et réels visés par ces dispositions.

2013 SCC 47 (CanLII)

[79] In addition, at least in some cases, refusing a transfer based on the challenged factors will be the sole — and therefore the most minimally impairing — alternative open to the Minister. In light of both the binary nature of the Minister's decision and the citizen's continued incarceration, it is difficult to conceive of a less drastic means of achieving Parliament's protective purpose.

[80] Finally, in our view, the impugned provisions are proportionate in their effect — that is, their effects do "not so severely trench on individual or group rights that the legislative objective, albeit important, is nevertheless outweighed by the abridgment of rights": *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 768.

[81] The beneficial effects of permitting the Minister to consider threats to Canadian security and threats of terrorism or organized crime in deciding whether to permit a transfer are, as the respondent asserts, [TRANSLATION] "self-evident" (R.F., at para. 106).

[82] To the extent that the impugned provisions engage the rights guaranteed by s. 6(1) of the *Charter*, they — like extradition — "li[e] at the outer edges of the core values [being] protected by [s. 6(1)]": *Cotroni*, at p. 1481. Again, as Mainville J.A. put it:

> These offenders have committed offences in foreign jurisdictions. Barring exceptional circumstances, there is nothing unfair or unreasonable in the fact that these offenders are subject to the incarceration systems of the foreign jurisdictions in which they committed their offences. Canada's entire extradition system is in fact based on this premise. [para. 63]

[83] The prejudicial effect of a transfer refusal on the mobility rights of Canadian citizens incarcerated abroad is further palliated by the fact that the citizens in question will be able to enter Canada after serving their sentences in the foreign jurisdiction.

[79] De plus, du moins dans certains cas, le ministre n'aura d'autre choix que de refuser le transfèrement sur le fondement des facteurs contestés — ce qui constituera donc la solution la moins attentatoire. À la lumière tant de la nature binaire de la décision du ministre et de l'incarcération du citoyen qui se poursuit, il est difficile de concevoir un moyen moins drastique d'atteindre l'objectif de protection visé par le Parlement.

[80] Finalement, nous sommes d'avis que les dispositions contestées ont un effet proportionnel — c'est-à-dire que leurs effets « [n'empiètent pas] sur les droits individuels ou collectifs au point que l'objectif législatif, si important soit-il, soit néanmoins supplanté par l'atteinte aux droits » : *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 768.

[81] Les effets bénéfiques de l'autorisation donnée au ministre de tenir compte des menaces à la sécurité des Canadiens ainsi que des menaces proférées par des terroristes ou par le crime organisé lorsqu'il décide s'il autorise un transfèrement sont, comme l'affirme l'intimé, « évidents » (m.i., par. 106).

[82] Dans la mesure où les dispositions contestées mettent en cause les droits garantis par le par. 6(1) de la *Charte*, tout comme l'extradition, elles « se situe[nt] à la limite des valeurs fondamentales que [protège le par. 6(1)] » : *Cotroni*, p. 1481. Encore une fois, comme l'affirme le juge Mainville :

> Ces délinquants ont commis des infractions dans un pays étranger. À moins de circonstances exceptionnelles, le fait que ces délinquants soient assujettis au régime d'incarcération du pays dans lequel ils ont commis les infractions n'a rien d'injuste ou de déraisonnable. Le régime canadien d'extradition dans son entier est en fait fondé sur ce principe. [par. 63]

[83] Il est en outre pallié à l'effet préjudiciable d'un refus de transfèrement sur la liberté de circulation des citoyens canadiens incarcérés à l'étranger par le fait que les citoyens en question pourront entrer au Canada après avoir purgé leur peine à l'étranger.

2013 SCC 47 (CanLII)

[84] We conclude that ss. 8(1), 10(1)(*a*) and 10(2)(*a*) of the *ITOA* constitute a reasonable limit on the mobility rights of Canadian citizens incarcerated abroad.

IV. Ministerial Discretion

[85] The Minister's discretion to grant or refuse prisoner transfer requests under the *ITOA* is broad and flexible. A large measure of deference is appropriate in the circumstances, given the complex social and political problems being tackled, such as security and terrorism: *Kamel* (F.C.A.), at paras. 57-59; *Cotroni*, at p. 1489; *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761, at paras. 37-39.

[86] Each individual decision by the Minister must nonetheless respect the governing principles of administrative law and, of course, remains subject to judicial review. Moreover, the Minister's discretion must be exercised with due regard for the s. 6(1) *Charter* rights at stake: *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395.

[87] But, as we indicated above, the appellant no longer challenges the reasonableness of the Minister's decision in this case. In these circumstances, we need not consider whether the Minister's discretion was properly exercised.

V. Conclusion

[88] Accordingly, we would dismiss the appeal and answer the constitutional questions as follows:

(1) Do ss. 10(1)(*a*) and 10(2)(*a*), read in conjunction with s. 8(1), of the *International Transfer of Offenders Act*, S.C. 2004, c. 21, infringe the right guaranteed by s. 6(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

[84] Nous concluons que le par. 8(1) et les al. 10(1)*a*) et 10(2)*a*) de la *LTID* constituent des limites raisonnables au droit de circulation des citoyens canadiens incarcérés à l'étranger.

IV. Le pouvoir discrétionnaire du ministre

[85] Le pouvoir discrétionnaire conféré au ministre d'accueillir ou de rejeter les demandes de transfèrement de prisonniers en application de la *LTID* est large et souple. Dans les circonstances, il convient de faire preuve d'une grande déférence compte tenu des problèmes sociaux et politiques complexes en jeu, tels ceux de la sécurité et du terrorisme : *Kamel* (C.A.F.), par. 57-59; *Cotroni*, p. 1489; *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761, par. 37-39.

[86] Chaque décision du ministre doit néanmoins respecter les principes qui régissent le droit administratif et, bien sûr, reste sujette à un contrôle judiciaire. De plus, le pouvoir discrétionnaire du ministre doit être exercé en tenant dûment compte des droits en cause protégés par le par. 6(1) de la *Charte* : *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395.

[87] Cela dit, comme nous l'avons indiqué précédemment, l'appelant ne conteste plus le caractère raisonnable de la décision du ministre en l'espèce. Dans les circonstances, nous n'avons pas à décider si le ministre a judicieusement exercé son pouvoir discrétionnaire.

V. Conclusion

[88] En conséquence, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre comme suit aux questions constitutionnelles :

(1) Les alinéas 10(1)*a*) et 10(2)*a*), lus en conjonction avec le par. 8(1), de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*, L.C. 2004, ch. 21, portent-ils atteinte au droit garanti par le par. 6(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

2013 SCC 47 (CanLII)

(2) If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Monterosso Giroux, Outremont.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Waldman & Associates, Toronto.

Solicitor for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights: University of Toronto, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Hunter Litigation Chambers Law Corporation, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.

(2) Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique suivant l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Monterosso Giroux, Outremont.

Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Waldman & Associates, Toronto.

Procureur de l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights : Université de Toronto, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Hunter Litigation Chambers Law Corporation, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.

2013 SCC 47 (CanLII)

Gilles Doré *Appellant*

v.

Pierre Bernard, in his capacity as Assistant Syndic of the Barreau du Québec, Tribunal des professions and Attorney General of Quebec *Respondents*

and

Federation of Law Societies of Canada, Canadian Civil Liberties Association and Young Bar Association of Montreal *Interveners*

Indexed as: Doré *v.* Barreau du Québec

2012 SCC 12

File No.: 33594.

2011: January 26; 2012: March 22.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish, Abella, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Disciplinary council — Lawyer challenging constitutionality of council's decision — Proper approach to judicial review of discretionary administrative decisions engaging Charter protections — Whether framework developed in R. v. Oakes appropriate to determine if discretionary administrative decisions comply with Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Law of professions — Discipline — Barristers and solicitors — Lawyer writing private letter to judge and criticizing him — Disciplinary council finding lawyer in breach of duty to behave with objectivity, moderation and dignity and reprimanding him — Whether council properly balanced relevant Charter values with statutory objectives — Whether decision reasonable — Code of ethics of advocates, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 1, art. 2.03.

Gilles Doré *Appelant*

c.

Pierre Bernard, ès qualités de syndic adjoint du Barreau du Québec, Tribunal des professions et procureur général du Québec *Intimés*

et

Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, Association canadienne des libertés civiles et Association du Jeune Barreau de Montréal *Intervenantes*

Répertorié : Doré *c.* Barreau du Québec

2012 CSC 12

N^{o} du greffe : 33594.

2011 : 26 janvier; 2012 : 22 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Fish, Abella, Rothstein et Cromwell.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Comité de discipline — Contestation par un avocat de la constitutionnalité de la décision du Comité — Approche correcte du contrôle judiciaire des décisions administratives de nature discrétionnaire mettant en cause les protections conférées par la Charte — Le cadre d'analyse élaboré dans R. c. Oakes convient-il pour apprécier la conformité à la Charte canadienne des droits et libertés de décisions administratives de nature discrétionnaire?

Droit des professions — Discipline — Avocats et procureurs — Lettre privée adressée par un avocat à un juge dans laquelle il critique ce dernier — Décision du Comité de discipline de réprimander l'avocat pour avoir manqué à son obligation de faire preuve d'objectivité, de modération et de dignité — Le Comité a-t-il correctement mis en balance les valeurs pertinentes consacrées par la Charte et les objectifs visés par la loi? — La décision était-elle raisonnable? — Code de déontologie des avocats, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 1, art. 2.03.

2012 SCC 12 (CanLII)

D appeared before a judge of the Superior Court of Quebec on behalf of a client. In the course of D's argument, the judge criticized D. In his written reasons rejecting D's application, the judge levied further criticism, accusing D of using bombastic rhetoric and hyperbole, of engaging in idle quibbling, of being impudent and of doing nothing to help his client discharge his burden. D then wrote a private letter to the judge calling him loathsome, arrogant and fundamentally unjust, and accusing him of hiding behind his status like a coward, of having a chronic inability to master any social skills, of being pedantic, aggressive and petty, and of having a propensity to use his court to launch ugly, vulgar and mean personal attacks.

The Assistant Syndic of the Barreau du Québec filed a complaint against D based on that letter alleging that D had violated art. 2.03 of the *Code of ethics of advocates*, which states that the conduct of advocates "must bear the stamp of objectivity, moderation and dignity". The Disciplinary Council of the Barreau du Québec found that the letter was likely to offend, rude and insulting, that the statements had little expressive value, and that the judge's conduct, which resulted in a reprimand from the Canadian Judicial Council, could not be relied on as justification for it. The Council rejected D's argument that art. 2.03 violated s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, finding that the limitation on freedom of expression was reasonable. Based on the seriousness of D's conduct, the Council reprimanded D and suspended his ability to practice law for 21 days. On appeal to the Tribunal des professions, D abandoned his constitutional challenge to the specific provision, arguing instead that the sanction itself violated his freedom of expression. The Tribunal found that D had exceeded the objectivity, moderation and dignity expected of him and that the decision to sanction D was a minimal restriction on his freedom of expression. On judicial review, the Superior Court of Quebec upheld the decision of the Tribunal.

Before the Quebec Court of Appeal, D no longer appealed the actual sanction of 21 days, challenging only the decision to reprimand him as a violation of the *Charter*. The Court of Appeal applied a full *Oakes* analysis under s. 1 of the *Charter* and upheld the

D a comparu devant un juge de la Cour supérieure du Québec pour le compte de son client. Au cours de la plaidoirie de D, le juge a formulé des critiques à l'égard de ce dernier. Dans les motifs écrits par lesquels il a rejeté la requête présentée par D, le juge a formulé d'autres critiques à l'égard de D, l'accusant de faire de la rhétorique ronflante et de l'hyperbole, de se perdre en arguties sans fondement, de faire preuve d'outrecuidance et de n'avoir rien fait pour assister son client à se décharger de son fardeau. D a adressé une lettre privée au juge, dans laquelle il le décrit comme un être exécrable, arrogant et foncièrement injuste et l'accuse de se cacher lâchement derrière son statut, d'être chroniquement incapable de maîtriser quelque aptitude sociale, d'adopter un comportement pédant, hargneux et mesquin et de démontrer une propension à se servir de sa tribune pour s'adonner à des attaques personnelles mesquines, repoussantes et vulgaires.

Le syndic adjoint du Barreau du Québec a formulé une plainte contre D fondée sur cette lettre. Selon la plainte, D avait contrevenu à l'art. 2.03 du *Code de déontologie des avocats*, qui énonce que la conduite de l'avocat « doit être empreinte d'objectivité, de modération et de dignité ». Le Comité de discipline du Barreau du Québec a conclu que la lettre de D était de nature à choquer et constituait des propos grossiers et injurieux, que les propos de l'avocat n'avaient que peu de valeur sur le plan expressif et que D ne pouvait invoquer la conduite du juge — qui avait écopé pour sa part d'une réprimande du Conseil canadien de la magistrature — pour justifier la lettre. Le Comité de discipline a rejeté l'argument de D selon lequel l'art. 2.03 violerait l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, concluant que la restriction à la liberté d'expression était raisonnable. Estimant que le manquement de D à son obligation était grave, le Comité de discipline a réprimandé ce dernier et a suspendu son droit de pratique durant 21 jours. Dans l'appel interjeté devant le Tribunal des professions, D a abandonné la contestation constitutionnelle de la disposition pertinente, faisant plutôt valoir que sa liberté d'expression était brimée par la réprimande elle-même. Le Tribunal était d'avis que D n'avait pas fait preuve de l'objectivité, de la modération et de la dignité qu'on attendait de lui et que la décision de lui infliger une sanction constituait une restriction minimale à la liberté d'expression de D. À l'issue d'une révision judiciaire, la Cour supérieure du Québec a maintenu la décision du Tribunal.

Devant la Cour d'appel du Québec, D appelait, non plus de la suspension de son droit de pratique durant 21 jours, mais de la décision de le réprimander, qu'il considérait comme une violation de la *Charte*. Au terme d'une analyse complète fondée sur l'article premier de

2012 SCC 12 (CanLII)

reprimand. It found that D's letter had limited importance compared to the values underlying freedom of expression, that the Council's decision had a rational connection to the important objective of protecting the public and that the effects of the decision were proportionate to its objectives.

Held: The appeal from the result should be dismissed.

To determine whether administrative decision-makers have exercised their statutory discretion in accordance with *Charter* protections, the review should be in accordance with an administrative law approach, not a s. 1 *Oakes* analysis. The standard of review is reasonableness.

In assessing whether a law violates the *Charter*, we are balancing the government's pressing and substantial objectives against the extent to which they interfere with the *Charter* right at issue. If the law interferes with the right no more than is reasonably necessary to achieve the objectives, it will be found to be proportionate, and, therefore, a reasonable limit under s. 1. But in assessing whether an adjudicated decision violates the *Charter*, we are engaged in balancing somewhat different but related considerations, namely, has the decision-maker disproportionately, and therefore unreasonably, limited a *Charter* right. In both cases, we are looking for whether there is an appropriate balance between rights and objectives, and the purpose of both exercises is to ensure that the rights at issue are not unreasonably limited.

There is nothing in the administrative law approach which is inherently inconsistent with the strong protection of the *Charter*'s guarantees and values. An administrative law approach recognizes that administrative decision-makers are both bound by fundamental values and empowered to adjudicate them, and that administrative discretion is exercised in light of constitutional guarantees and the values they reflect. An administrative decision-maker exercising a discretionary power under his or her home statute, has, by virtue of expertise and specialization, particular familiarity with the competing considerations at play in weighing *Charter* values and will generally be in the best position to consider the impact of the relevant *Charter* guarantee on the specific facts of the case. Under a robust conception

cette dernière et exécutée suivant le modèle énoncé dans l'arrêt *Oakes*, la Cour d'appel a confirmé la réprimande. Elle a conclu que la lettre de D revêtait une importance limitée par rapport aux valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression, que la décision du Comité avait un lien rationnel avec l'important objectif que constitue la protection du public et que la décision avait des effets proportionnels aux objectifs qu'elle visait.

Arrêt : Le pourvoi quant à l'issue est rejeté.

Pour déterminer si les décideurs administratifs ont exercé le pouvoir discrétionnaire que leur confère la loi en s'assurant de protéger les droits visés par la *Charte*, il faut effectuer la révision selon la démarche ressortissant au droit administratif, et non selon l'analyse fondée sur l'article premier, élaborée dans *Oakes*. La norme de contrôle est celle du caractère raisonnable.

Lorsque nous cherchons à déterminer si une loi viole la *Charte*, nous mettons en balance les objectifs urgents et réels du gouvernement, d'une part, et le degré d'atteinte au droit en cause protégé par la *Charte*, d'autre part. Si la loi ne restreint pas plus le droit qu'il n'est raisonnablement nécessaire de le faire pour atteindre les objectifs visés, la violation sera jugée proportionnelle et, de ce fait, la restriction raisonnable au sens de l'article premier. Toutefois, lorsque nous nous demandons si une décision en matière contentieuse viole la *Charte*, nous sommes appelés à mettre en balance des considérations quelque peu différentes, bien que liées. En effet, il s'agit alors de déterminer si le décideur a restreint le droit protégé par la *Charte* de manière disproportionnée et donc déraisonnable. Dans les deux cas, nous cherchons à savoir si un juste équilibre a été atteint entre les droits et les objectifs et, dans les deux cas aussi, les exercices visent à garantir que les droits en cause ne sont pas restreints de manière déraisonnable.

Rien dans l'approche du droit administratif n'est intrinsèquement incompatible avec la solide protection conférée par la *Charte* des garanties qui y sont énoncées et des valeurs qui y sont consacrées. L'approche du droit administratif reconnaît que les décideurs administratifs sont à la fois liés par des valeurs fondamentales et habilités à statuer sur elles et que le pouvoir discrétionnaire de nature administrative est exercé à l'aune des garanties constitutionnelles et des valeurs qu'elles comportent. Le décideur administratif exerçant un pouvoir discrétionnaire en vertu de sa loi constitutive est, de par son expertise et sa spécialisation, particulièrement au fait des considérations opposées en jeu dans la mise en balance des valeurs consacrées par la *Charte* et est généralement le mieux placé pour juger de

2012 SCC 12 (CanLII)

of administrative law, discretion is exercised in light of constitutional guarantees and the values they reflect.

When applying *Charter* values in the exercise of statutory discretion, an administrative decision-maker must balance *Charter* values with the statutory objectives by asking how the *Charter* value at issue will best be protected in light of those objectives. This is at the core of the proportionality exercise, and requires the decision-maker to balance the severity of the interference of the *Charter* protection with the statutory objectives.

On judicial review, the question becomes whether, in assessing the impact of the relevant *Charter* protection and given the nature of the decision and the statutory and factual contexts, the decision reflects a proportionate balancing of the *Charter* rights and values at play. Though this judicial review is conducted within the administrative framework, there is nonetheless conceptual harmony between a reasonableness review and the *Oakes* framework, since both contemplate giving a "margin of appreciation", or deference, to administrative and legislative bodies in balancing *Charter* values against broader objectives. In the *Charter* context, the reasonableness analysis is one that centres on proportionality, that is, on ensuring that the decision interferes with the relevant *Charter* guarantee no more than is necessary given the statutory objectives. If the decision is disproportionately impairing of the guarantee, it is unreasonable. If, on the other hand, it reflects a proper balance of the mandate with *Charter* protection, it is a reasonable one. But both decision-makers and reviewing courts must remain conscious of the fundamental importance of *Charter* values in the analysis.

Here, the decision to suspend D for 21 days was not before the Court. The only issue was whether the Council's decision to reprimand D reflected a proportionate balancing of the lawyer's expressive rights with its statutory mandate to ensure that lawyers behave with "objectivity, moderation and dignity" in accordance with art. 2.03 of the *Code of ethics*. In dealing

l'incidence de la protection conférée par la *Charte* au regard des faits précis de l'affaire. Selon une conception plus riche du droit administratif, le pouvoir discrétionnaire est exercé à l'aune des garanties constitutionnelles et des valeurs qu'elles comportent.

En appliquant les valeurs de la *Charte* dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire conféré par la loi, le décideur administratif doit mettre en balance les valeurs consacrées par la *Charte* et les objectifs visés par la loi et se demander comment protéger au mieux la valeur en jeu compte tenu des objectifs en question. Cette réflexion constitue l'essence même de l'analyse de la proportionnalité et exige que le décideur mette en balance la gravité de l'atteinte à la valeur protégée par la *Charte*, d'une part, et les objectifs que vise la loi, d'autre part.

Dans le contexte d'une révision judiciaire, il s'agit donc de déterminer si — en évaluant l'incidence de la protection pertinente offerte par la *Charte* et compte tenu de la nature de la décision et des contextes légal et factuel — la décision est le fruit d'une mise en balance proportionnée des droits et des valeurs en cause protégés par la *Charte*. Même si cette révision judiciaire est menée selon le cadre d'analyse du droit administratif, il existe néanmoins une harmonie conceptuelle entre l'examen du caractère raisonnable et le cadre d'analyse préconisé dans *Oakes* puisque les deux démarches supposent de donner une marge d'appréciation aux organes administratifs ou législatifs ou de faire preuve de déférence à leur égard lors de la mise en balance des valeurs consacrées par la *Charte*, d'une part, et les objectifs plus larges, d'autre part. Dans le contexte de la *Charte*, l'analyse du caractère raisonnable porte avant tout sur la proportionnalité, soit, sur la nécessité d'assurer que la décision n'interfère avec la garantie visée par la *Charte* pas plus qu'il n'est nécessaire compte tenu des objectifs visés par la loi. Si la décision porte atteinte à la garantie de manière disproportionnée, elle est déraisonnable. Si, par contre, elle établit un juste équilibre entre le mandat et la protection conférée par la *Charte*, elle est raisonnable. Cela étant dit, tant les décideurs que les tribunaux qui procèdent à la révision de leurs décisions doivent analyser les questions qui leur sont soumises en gardant à l'esprit l'importance fondamentale des valeurs consacrées par la *Charte*.

La Cour n'était pas appelée en l'espèce à se prononcer sur la décision de suspendre le droit de pratique de D durant 21 jours. La seule question à trancher était celle de savoir si la décision du Comité de réprimander l'avocat a établi un juste équilibre, soit un équilibre proportionné, entre le droit de l'avocat à la libre expression et le mandat légal du Comité — qui consiste à garantir

2012 SCC 12 (CanLII)

with the appropriate boundaries of civility for a lawyer, the severity of the conduct must be interpreted in light of the expressive rights guaranteed by the *Charter*, and, in particular, the public benefit in ensuring the right of lawyers to express themselves about the justice system in general and judges in particular. We are, in other words, balancing the fundamental importance of open, and even forceful, criticism of our public institutions with the need to ensure civility in the profession. Disciplinary bodies must therefore demonstrate that they have given due regard to the importance of the expressive rights at issue, both in light of an individual lawyer's right to expression and the public's interest in open discussion. As with all disciplinary decisions, this balancing is a fact-dependent and discretionary exercise.

Proper respect for these expressive rights may involve disciplinary bodies tolerating a degree of discordant criticism. The fact that a lawyer is criticizing a judge, a tenured and independent participant in the justice system, may raise, not lower, the threshold for limiting a lawyer's expressive rights under the *Charter*. This does not, however, argue for an unlimited right on the part of lawyers to breach the legitimate public expectation that they will behave with civility. Lawyers potentially face criticisms and pressures on a daily basis. They are expected by the public, on whose behalf they serve, to endure them with civility and dignity. This is not always easy where the lawyer feels he or she has been unfairly provoked, as in this case. But it is precisely when a lawyer's equilibrium is unduly tested that he or she is particularly called upon to behave with transcendent civility. On the other hand, lawyers should not be expected to behave like verbal eunuchs. They not only have a right to speak their minds freely, they arguably have a duty to do so. But they are constrained by their profession to do so with dignified restraint.

A reprimand for a lawyer does not automatically flow from criticizing a judge or the judicial system. Such criticism, even when it is expressed vigorously, can be constructive. However in the context of disciplinary hearings, such criticism will be measured against

que les avocats agissent avec « objectivité, [. . .] modération et [. . .] dignité », conformément à l'art. 2.03 du *Code de déontologie*. Lorsqu'il s'agit de déterminer quand le comportement d'un avocat passe les bornes de la civilité, il faut tenir compte du droit à la liberté d'expression garanti par la *Charte* et, plus particulièrement, des avantages que procure à l'ensemble de la population l'exercice par les avocats du droit de s'exprimer au sujet du système de justice en général et au sujet des juges en particulier. Autrement dit, les valeurs mises en balance sont, d'une part, l'importance fondamentale d'une critique ouverte et même vigoureuse de nos institutions publiques et, d'autre part, la nécessité d'assurer la civilité dans l'exercice de la profession juridique. Les organes disciplinaires doivent donc démontrer qu'ils ont dûment tenu compte de l'importance du droit à la liberté d'expression en cause, tant dans la perspective du droit d'expression individuel des avocats que dans celle de l'intérêt public à l'ouverture des débats. Comme pour toutes les décisions disciplinaires, cette mise en balance dépend des faits et suppose l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

Il peut découler du respect qui est dû à ce droit à la liberté d'expression que des organismes disciplinaires tolèrent certaines critiques acérées. Le fait qu'un avocat critique un juge, un acteur indépendant et nommé à titre inamovible du système de justice, pourrait hausser, et non abaisser, le seuil au-delà duquel il convient de limiter l'exercice par un avocat du droit à la liberté d'expression que lui garantit la *Charte*. Cela étant dit, il ne faut surtout pas voir là d'argument pour un droit illimité des avocats de faire fi de la civilité que la société est en droit d'attendre d'eux. Les avocats sont susceptibles d'être critiqués et de subir des pressions quotidiennement. Le public, au nom de qui ils exercent, s'attend à ce que ces officiers de justice encaissent les coups avec civilité et dignité. Ce n'est pas toujours facile lorsque l'avocat a le sentiment qu'il a été injustement provoqué comme en l'espèce. Il n'en demeure pas moins que c'est précisément dans les situations où le sang-froid de l'avocat est indûment testé qu'il est tout particulièrement appelé à adopter un comportement d'une civilité transcendante. Cela étant dit, on ne peut s'attendre à ce que les avocats se comportent comme des eunuques de la parole. Ils ont non seulement le droit d'exprimer leurs opinions librement, mais possiblement le devoir de le faire. Ils sont toutefois tenus par leur profession de s'exécuter avec une retenue pleine de dignité.

Un avocat qui critique un juge ou le système judiciaire n'est pas automatiquement passible d'une réprimande. Une telle critique, même exprimée vigoureusement, peut être constructive. Cependant, dans le contexte d'audiences disciplinaires, une telle critique

2012 SCC 12 (CanLII)

the public's reasonable expectations of a lawyer's professionalism. As the Disciplinary Council found, D's letter was outside those expectations. His displeasure with the judge was justifiable, but the extent of the response was not.

In light of the excessive degree of vituperation in the letter's context and tone, the Council's decision that D's letter warranted a reprimand represented a proportional balancing of D's expressive rights with the statutory objective of ensuring that lawyers behave with "objectivity, moderation and dignity". The decision is, as a result, a reasonable one.

Cases Cited

Discussed: *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256; *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, 2002 SCC 86, [2002] 4 S.C.R. 710; *Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 SCC 21, [2004] 1 S.C.R. 528; *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442; *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, 2001 SCC 31, [2001] 1 S.C.R. 772; *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 2, [2002] 1 S.C.R. 72; *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281; **referred to:** *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *R. v. Lanthier*, 2001 CanLII 9351; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*,

sera évaluée à la lumière des attentes raisonnables du public quant au professionnalisme dont un avocat doit faire preuve. Comme l'a conclu le Comité de discipline, la lettre de D ne satisfait pas à ces attentes. Son mécontentement à l'égard du juge était légitime, mais la teneur de sa réponse ne l'était pas.

À la lumière du degré excessif de vitupération dans le contenu de la lettre et de son ton, la conclusion du Comité selon lequel la lettre de D justifiait qu'il soit réprimandé repose sur un juste équilibre, soit un équilibre proportionné, entre le droit de D à la libre expression et l'objectif de la loi qui consiste à garantir que les avocats agissent avec « objectivité, modération et dignité ». Par conséquent, cette décision est raisonnable.

Jurisprudence

Arrêts analysés : *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256; *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, 2002 CSC 86, [2002] 4 R.C.S. 710; *Pinet c. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 CSC 21, [2004] 1 R.C.S. 528; *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442; *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, 2001 CSC 31, [2001] 1 R.C.S. 772; *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 2, [2002] 1 R.C.S. 72; *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281; **arrêts mentionnés :** *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *R. c. Lanthier*, 2001 CanLII 9351; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37,

2012 SCC 12 (CanLII)

2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295; *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640; *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 SCC 8, [2002] 1 S.C.R. 156; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, 2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Felderhof* (2003), 68 O.R. (3d) 481; *R. v. Kopyto* (1987), 62 O.R. (2d) 449; *Attorney-General v. Times Newspapers Ltd.*, [1974] A.C. 273; *Histed v. Law Society of Manitoba*, 2007 MBCA 150, 225 Man. R. (2d) 74.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*b*).
Code of ethics of advocates, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 1, arts. 2.00.01, 2.03 [rep. (2004) 136 G.O. II, 1272].

Authors Cited

Bernatchez, Stéphane. "Les rapports entre le droit administratif et les droits et libertés: la révision judiciaire ou le contrôle constitutionnel?" (2010), 55 *McGill L.J.* 641.

Canadian Bar Association. *Code of Professional Conduct*. Ottawa: The Association, 2009 (online: http://www.cba.org/CBA/activities/pdf/codeofconduct.pdf).

Cartier, Geneviève. "The *Baker* Effect: A New Interface Between the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and Administrative Law — The Case of Discretion", in David Dyzenhaus, ed., *The Unity of Public Law*. Portland, Oregon: Hart, 2004, 61.

Code, Michael. "Counsel's Duty of Civility: An Essential Component of Fair Trials and an Effective Justice System" (2007), 11 *Can. Crim. L.R.* 97.

Dyzenhaus, David, and Evan Fox-Decent. "Rethinking the Process/Substance Distinction: *Baker* v. *Canada*" (2001), 51 *U.T.L.J.* 193.

Evans, J. M. "The Principles of Fundamental Justice: The Constitution and the Common Law" (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 51.

Gratton, Susan L., and Lorne Sossin. "In Search of Coherence: The *Charter* and Administrative Law under the McLachlin Court", in David A. Wright and

[2009] 2 R.C.S. 567; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295; *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640; *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 CSC 8, [2002] 1 R.C.S. 156; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, 2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Felderhof* (2003), 68 O.R. (3d) 481; *R. c. Kopyto* (1987), 62 O.R. (2d) 449; *Attorney-General c. Times Newspapers Ltd.*, [1974] A.C. 273; *Histed c. Law Society of Manitoba*, 2007 MBCA 150, 225 Man. R. (2d) 74.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*b*).
Code de déontologie des avocats, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 1, art. 2.00.01, 2.03 [abr. (2004) 136 G.O. II, 1840].

Doctrine et autres documents cités

Association du Barreau canadien. *Code de déontologie professionnelle*. Ottawa : L'Association, 2009 (en ligne : http://www.cba.org/abc/activities_f/pdf/codeofconduct.pdf).

Barreau du Haut-Canada. *Code de déontologie*, mis à jour 28 avril 2011 (en ligne : http://www.lsuc.on.ca/with.aspx?id=671&langtype=1036).

Bernatchez, Stéphane. « Les rapports entre le droit administratif et les droits et libertés : la révision judiciaire ou le contrôle constitutionnel? » (2010), 55 *R.D. McGill* 641.

Cartier, Geneviève. « The *Baker* Effect : A New Interface Between the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and Administrative Law — The Case of Discretion », in David Dyzenhaus, ed., *The Unity of Public Law*. Portland, Oregon : Hart, 2004, 61.

Code, Michael. « Counsel's Duty of Civility : An Essential Component of Fair Trials and an Effective Justice System » (2007), 11 *Rev. can. D.P.* 97.

Dyzenhaus, David, and Evan Fox-Decent. « Rethinking the Process/Substance Distinction : *Baker* v. *Canada* » (2001), 51 *U.T.L.J.* 193.

Evans, J. M. « The Principles of Fundamental Justice : The Constitution and the Common Law » (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 51.

2012 SCC 12 (CanLII)

Adam M. Dodek, eds., *Public Law at the McLachlin Court: The First Decade*. Toronto: Irwin Law, 2011, 145.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2011, release 1).

Law Society of Upper Canada. *Rules of Professional Conduct*, updated April 28, 2011 (online: http://www.lsuc.on.ca/with.aspx?id=671).

Liston, Mary. "Governments in Miniature: The Rule of Law in the Administrative State", in Colleen M. Flood and Lorne Sossin, eds., *Administrative Law in Context*. Toronto: Emond Montgomery, 2008, 77.

MacKenzie, Gavin. *Lawyers and Ethics: Professional Responsibility and Discipline*, 5th ed. Toronto: Carswell, 2009.

Mullan, David. "Administrative Tribunals and Judicial Review of *Charter* Issues after *Multani*" (2006), 21 *N.J.C.L.* 127.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Rochon, Dufresne and Léger JJ.A.), 2010 QCCA 24, [2010] R.J.Q. 77, 326 D.L.R. (4th) 749, [2010] Q.J. No. 88 (QL), 2010 CarswellQue 13368, affirming a decision of Déziel J., 2008 QCCS 2450 (CanLII), [2008] J.Q. nº 5222 (QL), 2008 CarswellQue 5285, dismissing an application for judicial review of a decision of the Tribunal des professions, 2007 QCTP 152 (CanLII), [2007] D.T.P.Q. nº 152 (QL). Appeal dismissed.

Sophie Dormeau and *Sophie Préfontaine*, for the appellant.

Claude G. Leduc and *Luce Bastien*, for the respondent Pierre Bernard, in his capacity as Assistant Syndic of the Barreau du Québec.

Dominique A. Jobin and *Noémi Potvin*, for the respondents Tribunal des professions and the Attorney General of Quebec.

Babak Barin and *Frédéric Côté*, for the intervener the Federation of Law Societies of Canada.

David Grossman, Sylvain Lussier, *Julien Morissette* and *Annie Gallant*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Mathieu Bouchard and *Audrey Boctor*, for the intervener the Young Bar Association of Montreal.

Gratton, Susan L., and Lorne Sossin. « In Search of Coherence : The *Charter* and Administrative Law under the McLachlin Court », in David A. Wright and Adam M. Dodek, eds., *Public Law at the McLachlin Court : The First Decade*. Toronto : Irwin Law, 2011, 145.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007 (updated 2011, release 1).

Liston, Mary. « Governments in Miniature : The Rule of Law in the Administrative State », in Colleen M. Flood and Lorne Sossin, eds., *Administrative Law in Context*. Toronto : Emond Montgomery, 2008, 77.

MacKenzie, Gavin. *Lawyers and Ethics : Professional Responsibility and Discipline*, 5th ed. Toronto : Carswell, 2009.

Mullan, David. « Administrative Tribunals and Judicial Review of *Charter* Issues after *Multani* » (2006), 21 *R.N.D.C.* 127.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Rochon, Dufresne et Léger), 2010 QCCA 24, [2010] R.J.Q. 77, 326 D.L.R. (4th) 749, [2010] J.Q. nº 88 (QL), 2010 CarswellQue 77, qui a confirmé une décision du juge Déziel, 2008 QCCS 2450 (CanLII), [2008] J.Q. nº 5222 (QL), 2008 CarswellQue 5285, qui avait rejeté une requête en révision judiciaire d'une décision du Tribunal des professions, 2007 QCTP 152 (CanLII), [2007] D.T.P.Q. nº 152 (QL). Pourvoi rejeté.

Sophie Dormeau et *Sophie Préfontaine*, pour l'appelant.

Claude G. Leduc et *Luce Bastien*, pour l'intimé Pierre Bernard, ès qualités de syndic adjoint du Barreau du Québec.

Dominique A. Jobin et *Noémi Potvin*, pour les intimés le Tribunal des professions et le procureur général du Québec.

Babak Barin et *Frédéric Côté*, pour l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada.

David Grossman, *Sylvain Lussier*, *Julien Morissette* et *Annie Gallant*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Mathieu Bouchard et *Audrey Boctor*, pour l'intervenante l'Association du Jeune Barreau de Montréal.

2012 SCC 12 (CanLII)

The judgment of the Court was delivered by

[1] ABELLA J. — The focus of this appeal is on the decision of a disciplinary body to reprimand a lawyer for the content of a letter he wrote to a judge after a court proceeding.

[2] The lawyer does not challenge the constitutionality of the provision in the *Code of ethics* under which he was reprimanded. Nor, before us, does he challenge the length of the suspension he received. What he *does* challenge, is the constitutionality of the decision itself, claiming that it violates his freedom of expression under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms.*

[3] This raises squarely the issue of how to protect *Charter* guarantees and the values they reflect in the context of adjudicated administrative decisions. Normally, if a discretionary administrative decision is made by an adjudicator within his or her mandate, that decision is judicially reviewed for its reasonableness. The question is whether the presence of a *Charter* issue calls for the replacement of this administrative law framework with the *Oakes* test, the test traditionally used to determine whether the state has justified a law's violation of the *Charter* as a "reasonable limit" under s. 1.

[4] It seems to me to be possible to reconcile the two regimes in a way that protects the integrity of each. The way to do that is to recognize that an adjudicated administrative decision is not like a law which can, theoretically, be objectively justified by the state, making the traditional s. 1 analysis an awkward fit. On whom does the onus lie, for example, to formulate and assert the pressing and substantial objective of an adjudicated decision, let alone justify it as rationally connected to, minimally impairing of, and proportional to that objective? On the other hand, the protection of *Charter* guarantees is a fundamental and

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Le présent appel porte principalement sur la décision d'un comité de discipline de réprimander un avocat pour le contenu d'une lettre qu'il a écrite à un juge après une audience.

[2] L'avocat ne conteste pas la constitutionnalité de la disposition du *Code de déontologie* en vertu de laquelle il a été sanctionné. Il ne conteste pas non plus, devant nous, la durée de la suspension qui lui a été infligée. Ce qu'il conteste, c'est la constitutionnalité de la décision elle-même, puisqu'il prétend qu'elle enfreint la liberté d'expression que lui garantit la *Charte canadienne des droits et libertés.*

[3] Cela pose, sans détour, la question de la protection des garanties visées par la *Charte* et des valeurs qu'elles reflètent, dans le contexte des décisions administratives en matières contentieuses. Normalement, si un décideur a rendu une décision administrative conforme à son mandat en exerçant un pouvoir discrétionnaire, la révision judiciaire qui la concerne vise à juger de son caractère raisonnable. Ainsi, la question à trancher est celle de savoir si la présence d'une question relative à la *Charte* appelle le remplacement de ce cadre d'analyse de droit administratif par le test énoncé dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, test utilisé traditionnellement pour déterminer si l'État a justifié la violation de la *Charte* par une loi en démontrant que cette violation s'inscrit dans les limites raisonnables au sens de l'article premier.

[4] Il me semble possible de concilier les deux régimes de manière à protéger l'intégrité de chacun d'entre eux. Pour ce faire, il faut reconnaître qu'une décision administrative en matière contentieuse n'est pas assimilable à une loi qui peut, en théorie, être objectivement justifiée par l'État et que, dans ce contexte, l'analyse traditionnelle fondée sur l'article premier est boiteuse. Sur qui pèserait, par exemple, le fardeau de formuler et de défendre l'objectif urgent et réel d'une telle décision administrative, sans parler du fardeau de démontrer l'existence d'un lien rationnel, d'une atteinte minimale ainsi que la proportionnalité de cette atteinte

2012 SCC 12 (CanLII)

pervasive obligation, no matter which adjudicative forum is applying it. How then do we ensure this rigorous *Charter* protection while at the same time recognizing that the assessment must necessarily be adjusted to fit the contours of what is being assessed and by whom?

[5] We do it by recognizing that while a formulaic application of the *Oakes* test may not be workable in the context of an adjudicated decision, distilling its essence works the same justificatory muscles: balance and proportionality. I see nothing in the administrative law approach which is inherently inconsistent with the strong *Charter* protection — meaning its guarantees and values — we expect from an *Oakes* analysis. The notion of deference in administrative law should no more be a barrier to effective *Charter* protection than the margin of appreciation is when we apply a full s. 1 analysis.

[6] In assessing whether a law violates the *Charter*, we are balancing the government's pressing and substantial objectives against the extent to which they interfere with the *Charter* right at issue. If the law interferes with the right no more than is reasonably necessary to achieve the objectives, it will be found to be proportionate, and, therefore, a reasonable limit under s. 1. In assessing whether an adjudicated decision violates the *Charter*, however, we are engaged in balancing somewhat different but related considerations, namely, has the decision-maker disproportionately, and therefore unreasonably, limited a *Charter* right. In both cases, we are looking for whether there is an appropriate balance between rights and objectives, and the purpose of both exercises is to ensure that the rights at issue are not unreasonably limited.

à l'objectif visé? Par ailleurs, la protection des garanties visées par la *Charte* constitue une obligation fondamentale et omniprésente, quel que soit le forum décisionnel qui en assure l'application. Dans ce contexte, comment pouvons-nous assurer cette protection constitutionnelle rigoureuse tout en reconnaissant que l'évaluation doit nécessairement être modulée de manière à ce qu'elle soit adaptée à ce qui est évalué et à l'instance qui y procède?

[5] Nous le faisons en reconnaissant que même si l'application convenue du test énoncé dans *Oakes* pourrait ne pas convenir dans le contexte d'une décision administrative en matière contentieuse, en extraire l'essence fait intervenir les mêmes réflexes justificateurs : l'équilibre et la proportionnalité. Je ne vois rien dans l'approche du droit administratif qui soit intrinsèquement incompatible avec la solide protection conférée par la *Charte* — soit la protection des garanties qui y sont énoncées et des valeurs qu'elle consacre — que nous attendons d'une analyse conforme à *Oakes*. De plus, la notion de déférence applicable en droit administratif ne devrait pas plus constituer un obstacle à une protection constitutionnelle efficace que ne le fait la marge d'appréciation quand nous appliquons l'analyse complète fondée sur l'article premier.

[6] Lorsque nous cherchons à déterminer si une loi viole la *Charte*, nous mettons en balance les objectifs urgents et réels du gouvernement, d'une part, et le degré d'atteinte au droit en cause protégé par la *Charte*, d'autre part. Si la loi ne restreint pas plus le droit qu'il n'est raisonnablement nécessaire de le faire pour atteindre les objectifs visés, la violation sera jugée proportionnelle et, de ce fait, la restriction raisonnable au sens de l'article premier. Toutefois, lorsque nous nous demandons si une décision en matière contentieuse viole la *Charte*, nous sommes appelés à mettre en balance des considérations quelque peu différentes, bien que liées. En effet, il s'agit alors de déterminer si le décideur a restreint le droit protégé par la *Charte* de manière disproportionnée et donc déraisonnable. Dans les deux cas, nous cherchons à savoir si un juste équilibre a été atteint entre les droits et les objectifs et, dans les deux cas aussi, les exercices visent à garantir que les droits en cause ne sont pas restreints de manière déraisonnable.

2012 SCC 12 (CanLII)

[7] As this Court has noted, most recently in *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5, the nature of the reasonableness analysis is always contingent on its context. In the *Charter* context, the reasonableness analysis is one that centres on proportionality, that is, on ensuring that the decision interferes with the relevant *Charter* guarantee no more than is necessary given the statutory objectives. If the decision is disproportionately impairing of the guarantee, it is unreasonable. If, on the other hand, it reflects a proper balance of the mandate with *Charter* protection, it is a reasonable one.

[8] In this case, the discipline committee's decision to reprimand the lawyer reflected a proportionate balancing of its public mandate to ensure that lawyers behave with "objectivity, moderation and dignity" with the lawyer's expressive rights. It is, as a result, a reasonable one.

Background

[9] Gilles Doré was counsel for Daniel Lanthier in criminal proceedings. On June 18 and 19, 2001, Mr. Doré appeared before Boilard J. in the Superior Court of Quebec seeking a stay of proceedings or, in the alternative, the release of his client on bail. In the course of Mr. Doré's argument, Justice Boilard said about him that [TRANSLATION] "an insolent lawyer is rarely of use to his client". In his written reasons rejecting Mr. Doré's application on June 21, 2001, Boilard J. levied further criticism (*R. v. Lanthier*, 2001 CanLII 9351). He accused Mr. Doré of [TRANSLATION] "bombastic rhetoric and hyperbole" and said that the court must "put aside" Mr. Doré's "impudence". Justice Boilard characterized Mr. Doré's request for a stay as "totally ridiculous" and one of his arguments as "idle quibbling". Finally, he said that "fixated on or obsessed with his narrow vision of reality, which is not consistent with the facts, Mr. Doré has done nothing to help his client discharge his burden".

[7] Comme la Cour l'a déjà souligné, le plus récemment dans l'arrêt *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5, la nature de l'analyse du caractère raisonnable est toujours tributaire du contexte. Dans celui de la *Charte*, cette analyse du caractère raisonnable porte avant tout sur la proportionnalité, soit, sur la nécessité d'assurer que la décision n'interfère avec la garantie visée par la *Charte* pas plus qu'il n'est nécessaire compte tenu des objectifs visés par la loi. Si la décision porte atteinte à la garantie de manière disproportionnée, elle est déraisonnable. Si, par contre, elle établit un juste équilibre entre le mandat et la protection conférée par la *Charte*, elle est raisonnable.

[8] En l'espèce, la décision du Comité de discipline de réprimander l'avocat a établi un juste équilibre, soit un équilibre proportionné, entre son mandat — qui consiste à garantir que les avocats agissent avec « objectivité, [. . .] modération et [. . .] dignité » — et le droit de l'avocat concerné à la libre expression. Par conséquent, cette décision est raisonnable.

Contexte

[9] Me Gilles Doré représentait M. Daniel Lanthier dans une instance criminelle. Les 18 et 19 juin 2001, il comparaissait devant le juge Boilard de la Cour supérieure du Québec pour demander l'arrêt des procédures ou, subsidiairement, la mise en liberté sous caution de son client. Au cours de la plaidoirie de Me Doré, le juge Boilard a dit à son sujet qu'« un avocat insolent est rarement utile à son client ». Dans les motifs écrits de la décision rendue le 21 juin 2001 par laquelle il a rejeté la requête de Me Doré, le juge Boilard a formulé d'autres critiques à l'égard de l'avocat (*R. c. Lanthier*, 2001 CanLII 9351), l'accusant de faire de la « rhétorique ronflante et de l'hyperbole », ajoutant que la cour devait « mettre de côté » son « outrecuidance ». Il a qualifié la requête de Me Doré de « tout à fait ridicule » et l'un de ses arguments d'« argutie sans fondement ». Enfin, il a également écrit qu'« obnubilé ou obsédé dans sa vision d'une réalité étriquée, non conforme aux faits, Me Doré n'a rien fait pour assister son client à se décharger de son fardeau ».

2012 SCC 12 (CanLII)

[10] On June 21, 2001, Mr. Doré wrote a private letter to Justice Boilard, stating:

[TRANSLATION]

WITHOUT PREJUDICE OR ADMISSION

Sir,

I have just left the Court. Just a few minutes ago, as you hid behind your status like a coward, you made comments about me that were both unjust and unjustified, scattering them here and there in a decision the good faith of which will most likely be argued before our Court of Appeal.

Because you ducked out quickly and refused to hear me, I have chosen to write a letter as an entirely personal response to the equally personal remarks you permitted yourself to make about me. This letter, therefore, is from man to man and is outside the ambit of my profession and your functions.

If no one has ever told you the following, then it is high time someone did. Your chronic inability to master any social skills (to use an expression in English, that language you love so much), which has caused you to become pedantic, aggressive and petty in your daily life, makes no difference to me; after all, it seems to suit you well.

Your deliberate expression of these character traits while exercising your judicial functions, however, and your having made them your trademark concern me a great deal, and I feel that it is appropriate to tell you.

Your legal knowledge, which appears to have earned the approval of a certain number of your colleagues, is far from sufficient to make you the person you could or should be professionally. Your determination to obliterate any humanity from your judicial position, your essentially non-existent listening skills, and your propensity to use your court — where you lack the courage to hear opinions contrary to your own — to launch ugly, vulgar, and mean personal attacks not only confirms that you are as loathsome as suspected, but also casts shame on you as a judge, that most extraordinarily important function that was entrusted to you.

I would have very much liked to say this to your face, but I highly doubt that, given your arrogance, you are able to face your detractors without hiding behind your judicial position.

[10] Le 21 juin 2001, M[e] Doré a adressé une lettre privée au juge Boilard, dans laquelle il écrivait :

SOUS RÉSERVE ET SANS ADMISSION

Monsieur,

Je sors à peine de cour. Il y a quelques minutes, vous cachant lâchement derrière votre statut, vous avez tenu à mon égard des propos aussi injustes qu'injustifiés, parsemés ici et là dans une décision dont la bonne foi sera vraisemblablement débattue devant notre Cour d'appel.

Comme vous vous êtes défilé rapidement et avez refusé de m'entendre, je choisis la forme épistolaire pour répondre à titre purement personnel aux propos tout aussi personnels que vous vous êtes permis à mon endroit. La présente est donc d'homme à homme, hors le circuit de ma profession et de vos fonctions.

Si ce qui suit ne vous a jamais été signalé, il était grand temps que ça le soit. Si votre incapacité chronique à maîtriser quelque aptitude sociale (« *social skills* » vous qui aimez tant l'anglais) vous a amené à adopter un comportement pédant, hargneux et mesquin dans votre vie de tous les jours, peu m'importe; cela semble après tout vous convenir.

Si toutefois, délibérément, vous importez ces traits de caractère dans l'exercice de votre magistrature et que vous en faites votre marque de commerce, cela m'importe beaucoup et il me semble approprié de vous en faire part.

En effet, vos connaissances juridiques qui semblent rallier l'approbation d'un certain nombre de vos collègues, sont loin d'être suffisantes pour faire de vous ce que vous auriez pu et du [*sic*] être au plan professionnel. Votre détermination à évacuer toute humanité de votre magistrature, votre capacité d'écoute à toutes fins pratiques nulle et votre propension à vous servir de votre tribune — de laquelle vous n'avez pas le courage de faire face à l'expression d'opinions contraires aux vôtres — pour vous adonner à des attaques personnelles d'une mesquinerie à ce point repoussante qu'elles en sont vulgaires, non seulement confirme [*sic*] l'être exécrable qu'on devine mais encore, font de votre magistrature une honte pour ce poste extraordinairement important qui vous fut jadis confié.

J'aurais bien aimé vous en faire part personnellement mais je doute fort que dans votre arrogance et en l'absence de votre paravent judiciaire, vous soyez capable de faire face à vos détracteurs.

2012 SCC 12 (CanLII)

Worst of all, you possess the most appalling of all defects for a man in your position: You are fundamentally unjust. I doubt that that will ever change.

Sincerely,

Gilles Doré

P.S. As this letter is purely personal, I see no need to distribute it.

(C.A. judgment, 2010 QCCA 24, 326 D.L.R. (4th) 749, at para. 5)

[11] The next day, June 22, 2001, Mr. Doré wrote to Chief Justice Lyse Lemieux, with a copy to Justice Boilard. He made it clear that he was not filing a complaint with her against Justice Boilard. Instead, Mr. Doré respectfully requested that he not be required to appear before Justice Boilard in the future since he was concerned that he could not properly represent his clients before him.

[12] On July 10, 2001, Mr. Doré complained to the Canadian Judicial Council about Justice Boilard's conduct. On July 13, 2001, Chief Justice Lemieux sent a copy of the letter Mr. Doré had sent to Justice Boilard to the Syndic du Barreau, the body that disciplines lawyers in Quebec.

[13] In March 2002, the Assistant Syndic filed a complaint against Mr. Doré based on his letter to Justice Boilard. The complaint alleged that Mr. Doré had violated both art. 2.03 of the *Code of ethics of advocates*, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 1, and Mr. Doré's oath of office. Article 2.03 stated: "The conduct of an advocate must bear the stamp of objectivity, moderation and dignity."

[14] In the interval between the filing of the Assistant Syndic's complaint against Mr. Doré and the actual proceedings against him, a committee of judges appointed by the Judicial Council to look into Mr. Doré's complaint communicated its conclusions to Mr. Doré and Justice Boilard in letters sent on July 15, 2002. The committee found that

Pis encore, vous avez la pire des tares pour un homme de votre position : vous êtes foncièrement injuste et je doute que cela puisse changer un jour.

Sincèrement,

Gilles Doré

P.S. Comme cette missive est à titre purement personnelle [*sic*], je ne vois nullement la nécessité d'en faire la diffusion.

(Jugement de la C.A., 2010 QCCA 24 (CanLII), par. 5)

[11] Le lendemain, soit le 22 juin 2001, Me Doré a écrit à la juge en chef Lyse Lemieux et expédié une copie conforme de cette lettre au juge Boilard. Il a clairement indiqué que cette démarche ne constituait pas une plainte à l'endroit du juge Boilard. Il demandait plutôt, respectueusement, de ne plus avoir à plaider devant ce juge, parce qu'il craignait de ne pas pouvoir représenter ses clients adéquatement devant lui.

[12] Le 10 juillet 2001, Me Doré a saisi le Conseil canadien de la magistrature d'une plainte au sujet de la conduite du juge Boilard. Le 13 juillet 2001, la juge en chef Lemieux a transmis une copie de la lettre envoyée au juge Boilard par Me Doré au syndic du Barreau du Québec, l'organisme responsable dans cette province des questions disciplinaires concernant les avocats.

[13] Au mois de mars 2002, le syndic adjoint a formulé une plainte contre Me Doré fondée sur la lettre qu'il avait adressée au juge Boilard. Selon cette plainte, l'avocat avait contrevenu à l'art. 2.03 du *Code de déontologie des avocats*, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 1, et manqué à son serment d'office. L'article 2.03 énonçait que : « [l]a conduite de l'avocat doit être empreinte d'objectivité, de modération et de dignité. »

[14] Entre le dépôt de la plainte du syndic adjoint contre Me Doré et l'audience disciplinaire, un comité de juges nommés par le Conseil canadien de la magistrature pour étudier la plainte formulée par Me Doré a communiqué ses conclusions au plaignant et au juge en leur expédiant des lettres le 15 juillet 2002. Le comité a conclu que le juge

2012 SCC 12 (CanLII)

Justice Boilard had made [TRANSLATION] "unjustified derogatory remarks to Mr. Doré" stating, in part:

[TRANSLATION] . . . to use the words "bombastic rhetoric and hyperbole" and "impudence" in referring to counsel arguing a case before you, quite clearly in good faith, is unnecessarily insulting. To reply to counsel who submits that you have not allowed him to argue his case "that an insolent lawyer is rarely of use to his client" not only is unjustified in the circumstances, but could tarnish counsel's professional reputation in the eyes of his client, his peers and the public. To say to counsel arguing a case before you that "I have the impression this is going to be tiresome" is to gratuitously degrade him. To describe a procedure before the court as "totally ridiculous" is unnecessarily humiliating. It is the panel's opinion that such comments would seem to show contempt for counsel not only as an individual but also as a professional.

The evidence reveals a flagrant lack of respect for an officer of the court, namely Mr. Doré, who was nevertheless at all times respectful to the court. The evidence also shows signs of impatience on your part that are surprising in light of every judge's duty to listen calmly to the parties and to counsel. It is the panel's opinion that in so abusing your power as a judge, you not only tarnished your image as a dispenser of justice, but also undermined the judiciary, the image of which has unfortunately been diminished. The panel reminds you that your independence and your authority as a judge do not exempt you from respecting the dignity of every individual who argues a case before you. Dispensing justice while gratuitously insulting counsel is befitting neither for the judge nor for the judiciary.

Having also read the judgments of the Quebec Court of Appeal in *R. v. Proulx*, *R. v. Bisson* and *R. v. Callochia*, the panel observed that you tend to use your platform to unjustly denigrate counsel appearing before you. The transcript of the hearing of April 9, 2002 in *Sa Majesté la Reine v. Sébastien Beauchamp*, which contains evidence of personal attacks on another lawyer, also confirmed that the case raised in Mr. Doré's complaint is neither unique nor isolated, but shows that extreme conduct and comments seem to form part of a more generalized attitude. In the panel's view, the fact that such an attitude could persist despite warnings from the Court of Appeal is troubling.

Boilard avait fait des « remarques désobligeantes et injustifiées à Me Doré » et il a notamment indiqué que de :

. . . parler de la « rhétorique ronflante et de l'hyperbole » et de l'« outrecuidance » de l'avocat qui plaide devant vous, de toute évidence de bonne foi, est inutilement offensant. Répliquer à un avocat, qui soumet que vous ne l'avez pas laissé plaider, « qu'un avocat insolent est rarement utile à son client » n'est [*sic*] non seulement injustifié dans les circonstances mais risque de porter atteinte à la réputation de l'avocat en tant que professionnel devant son client, ses paires [*sic*] et le public. Dire à un avocat qui plaide devant vous que « j'ai l'impression que cela va être pénible » abaisse gratuitement l'avocat. Qualifier une procédure devant la Cour « de tout à fait ridicule » est inutilement humiliant. Le sous-comité est d'avis que de tels commentaires sembleraient témoigner d'une attitude de dédain envers l'avocat non seulement en tant qu'individu, mais aussi en tant que professionnel.

La preuve décèle un manque flagrant de respect envers un officier de la Cour, dont Me Doré qui, en tout temps, est néanmoins resté respectueux envers le Tribunal. La preuve révèle en outre des écarts d'impatience de votre part qui surprennent, face au devoir de tout juge d'écouter les parties et les avocats en toute sérénité. Le sous-comité est d'avis qu'en abusant ainsi de votre pouvoir de magistrat, vous avez non seulement terni votre image de justicier mais vous avez également porté atteinte à la magistrature, dont l'image en est sortie malheureusement amoindrie. Le sous-comité vous rappelle que votre indépendance et votre autorité en tant que juge ne vous dispensent pas de respecter la dignité de tout individu qui se trouve à plaider devant vous. Dispenser justice en insultant gratuitement l'avocat ne sied ni au juge, ni à la magistrature.

Ayant également pris connaissance des jugements de la Cour d'appel du Québec dans *R. c. Proulx*, *R. c. Bisson* et *R. c. Callochia*, le sous-comité a pu constater votre penchant à vous servir de votre tribune pour dénigrer injustement l'avocat qui paraît devant vous. La transcription de l'audience du 9 avril 2002 dans *Sa Majesté la Reine c. Sébastien Beauchamp*, qui témoigne d'attaques personnelles à l'encontre d'un autre avocat, est venue également confirmer que la plainte de Me Doré ne soulève pas un cas unique ou isolé, mais témoigne d'un comportement et de propos excessifs qui semblent s'inscrire dans une attitude plus générale. Qu'une telle attitude puisse perdurer, malgré les avertissements de la Cour d'appel, est un constat troublant, de l'avis du sous-comité, pour autant que cela continue.

2012 SCC 12 (CanLII)

The panel finds that the impatience you showed and the immoderate comments you made to an officer of the court, Mr. Doré, are unacceptable and merit an expression of the panel's disapproval under subsection 55(2) of the Canadian Judicial Council By-Laws.

The panel notes that you have deferred to its decision and assumes that the fact that Mr. Doré has made a complaint will lead you to reflect on this and will remind you of your duty as a judge to show respect and courtesy to all counsel who appear before you.

[15] On July 22, 2002, after receiving this reprimand, Justice Boilard recused himself from a complex criminal trial involving the Hell's Angels, a trial related to the trial of Daniel Lanthier in which Mr. Doré had acted. As a result of this recusal, the Attorney General of Quebec requested the Canadian Judicial Council to conduct an inquiry. The Judicial Council concluded that Justice Boilard's recusal had not constituted misconduct.

[16] As for Mr. Doré, the proceedings before the Disciplinary Council of the Barreau du Québec took place between April 2003 and January 2006. In its January 18, 2006 decision, the Disciplinary Council found that Mr. Doré's letter was [TRANSLATION] "likely to offend and is rude and insulting" (2006 CanLII 53416, at para. 58). It concluded that his statements had little expressive value, as they were "merely opinions, perceptions and insults" (para. 62). The Disciplinary Council rejected Mr. Doré's submission that his letter was private, since it was written by him as a lawyer. It also concluded that Justice Boilard's conduct could not be relied on as justification for the letter.

[17] The Disciplinary Council rejected Mr. Doré's argument that art. 2.03 violated s. 2(*b*) of the *Charter*. While acknowledging that the provision infringed on freedom of expression, the Disciplinary Council found that

[TRANSLATION] [t]his is a limitation on freedom of expression that is entirely reasonable, even necessary, in the Canadian legal system, where lawyers and

Le sous-comité est d'avis que vos écarts d'impatience et vos remarques immodérées faites à l'égard d'un officier de la Cour, Me Doré, sont inacceptables et méritent la désapprobation du sous-comité conformément au paragraphe 55(2) du Règlement administratif du Conseil.

Le sous-comité a pris soin de noter que vous vous en remettiez à la décision du sous-comité et prend pour acquis que le fait que Me Doré se soit plaint vous fasse réfléchir et vous rappelle votre obligation de magistrat de traiter tout avocat qui se présente devant vous avec respect et courtoisie.

[15] Le 22 juillet 2002, après avoir écopé de cette réprimande, le juge Boilard s'est récusé dans un procès complexe intenté contre les Hell's Angels et lié au procès dans lequel Me Doré représentait M. Daniel Lanthier. Par suite de cette récusation, le procureur général du Québec a demandé au Conseil canadien de la magistrature de mener une enquête. Au terme de celle-ci, le Conseil a conclu que le juge Boilard ne s'était pas conduit de façon inappropriée en se récusant.

[16] Pour ce qui est de Me Doré, l'audition de la plainte par le Comité de discipline du Barreau du Québec s'est déroulée entre les mois d'avril 2003 et de janvier 2006. Dans une décision rendue le 18 janvier 2006, le Comité de discipline a conclu que la lettre de Me Doré « est de nature à choquer et constitue des propos grossiers et injurieux » (2006 CanLII 53416, par. 58). Il a jugé que les propos de l'avocat n'avaient que peu de valeur sur le plan expressif parce qu'il ne s'agissait que d'« opinions, [de] perceptions et [d']insultes » (par. 62). Le Comité de discipline a rejeté l'argument de Me Doré selon lequel la lettre était de nature privée, jugeant que c'est en tant qu'avocat qu'il l'avait écrite. Il a également conclu que l'avocat ne pouvait invoquer la conduite du juge Boilard pour justifier la lettre.

[17] Le Comité de discipline a également rejeté l'argument de Me Doré selon lequel l'art. 2.03 violerait l'al. 2*b*) de la *Charte*. Tout en reconnaissant que la disposition restreint la liberté d'expression, le Comité a conclu comme suit :

Il s'agit d'une restriction à la liberté d'expression qui est tout à fait raisonnable, voire même nécessaire dans le système de droit canadien où les avocats et les juges

2012 SCC 12 (CanLII)

judges must work together in the interest of justice. [para. 88]

Moreover, it concluded that Mr. Doré had willingly joined a profession that was subject to rules of discipline that he knew would limit his freedom of expression. While the rules may [TRANSLATION] "be seen as restrictions imposed on the members of the Barreau in comparison to the freedom that may be enjoyed by other Canadian citizens", they are made in exchange for "the privileges conferred on lawyers as members of an 'exclusive profession'" (paras. 109-10). On July 24, 2006, based on what it found to be the seriousness of Mr. Doré's conduct and on his failure to show remorse, the same panel suspended Mr. Doré's ability to practise law for 21 days (2006 CanLII 53436).

[18] Mr. Doré appealed the Disciplinary Council's decisions to the Tribunal des professions on several grounds (2007 QCTP 152 (CanLII)). This time, he did not challenge the constitutionality of art. 2.03. Instead, he argued that the manner in which the relevant legislation was applied by the Disciplinary Council was unconstitutional because his comments were protected by s. 2(*b*) of the *Charter.*

[19] The Tribunal reviewed the constitutionality of the Disciplinary Council's decision on a standard of correctness, but said that a full *Oakes* analysis under s. 1 of the *Charter* was inappropriate where a decision only applied to one person. Instead, it held that "[t]he issue becomes one of proportionality or, more specifically, minimal limitation of the guaranteed right" (para. 69, citing *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256, at para. 155). In the circumstances, the Disciplinary Council's decision to sanction Mr. Doré was found to be a [TRANSLATION] "minimal restriction on freedom of expression" (para. 76). It rejected Mr. Doré's argument that Justice Boilard's disparaging remarks justified his letter. It also rejected his argument that the letter was private, since Mr. Doré remained "an officer of the court and a lawyer" (para. 77) and had exceeded the objectivity, moderation and

doivent collaborer entre eux dans les meilleurs intérêts de la justice. [par. 88]

En outre, le Comité a conclu que M[e] Doré avait librement adhéré à une profession régie par un code de déontologie dont il savait qu'il limiterait sa liberté d'expression. Si ces règles peuvent « être perçu[e]s comme des restrictions imposées aux membres du Barreau en comparaison avec la liberté dont peuvent bénéficier les autres citoyens canadiens », il s'agit d'une « contrepartie aux privilèges qui sont accordés aux avocats qui sont membre[s] d'une "profession à exercice exclusif" » (par. 109-110). Le 24 juillet 2006, la même formation du Comité de discipline, estimant que le manquement de M[e] Doré à son obligation était grave et qu'il n'avait exprimé aucun repentir, a prononcé la sanction qu'il lui infligeait, soit une suspension de son droit de pratique durant 21 jours (2006 CanLII 53436).

[18] M[e] Doré a interjeté appel des décisions du Comité de discipline devant le Tribunal des professions, invoquant plusieurs moyens (2007 QCTP 152 (CanLII)). Cette fois, il n'a pas contesté la constitutionnalité de l'art. 2.03. Il a plutôt fait valoir que l'application des dispositions pertinentes par le Comité de discipline était inconstitutionnelle, puisque les commentaires qu'il avait formulés étaient protégés par l'al. 2*b*) de la *Charte*.

[19] Le Tribunal a examiné la constitutionnalité de la décision du Comité de discipline selon la norme de la décision correcte, mais il a précisé que l'application intégrale de l'analyse élaborée dans *Oakes* fondée sur l'article premier de la *Charte* ne convenait pas à l'égard des décisions applicables à une seule personne. Il a conclu que « [l]a question se réduit [plutôt] à un problème de proportionnalité ou, plus précisément, de restriction minimale du droit garanti » (par. 69, citant *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256, par. 155). Compte tenu des circonstances, le Tribunal a jugé que la décision du Comité d'imposer une mesure disciplinaire à M[e] Doré constituait une « restriction minimale de la liberté d'expression » (par. 76). Il a écarté l'argument de M[e] Doré selon lequel les remarques désobligeantes du juge Boilard justifiaient sa lettre. Il n'a pas non plus retenu l'argument du caractère

2012 SCC 12 (CanLII)

dignity expected of him. Though it noted that the sanction imposed by the Disciplinary Council "seems harsh" (para. 135), the Tribunal held that it was not unreasonable, given the gravity of Mr. Doré's conduct and his lack of remorse.

[20] On judicial review, the Superior Court of Quebec upheld the decision of the Tribunal, including its view that the letter did not constitute a private act, and found the Tribunal's reasoning to be [TRANSLATION] "unassailable" (2008 QCCS 2450 (CanLII), at paras. 105, 109, 139 and 147). It concluded that by finding the decision to be a minimal restriction on Mr. Doré's freedom of expression, the Tribunal had "implicitly" held that the restriction was "justified in a free and democratic society" (para. 104).

[21] The Quebec Court of Appeal held that given the status and role of the parties, Mr. Doré could not reasonably have expected his letter to remain confidential or private. It acknowledged that the Disciplinary Council's decision was a breach of s. 2(*b*), but, applying a full s. 1 analysis, it found that Mr. Doré's letter had [TRANSLATION] "limited importance . . . compared to the values underlying freedom of expression, which are the pursuit of truth, participation in the community, individual self-fulfillment, and human flourishing" (para. 36). The court held that protecting the public was an important objective, and that the Disciplinary Council's decision had a rational connection with that objective, especially given the importance of a judge's position in the judicial system. On minimal impairment, assessing both the decision and the sanction, the Court of Appeal held that while the sanction was significant, it was targeted at the manner in which Mr. Doré criticized Justice Boilard, and did not prohibit the expression itself:

[TRANSLATION] The impugned decision appears to be measured and, in the present case, is a correct

privé de la lettre, estimant que Me Doré n'avait pas cessé « d'être officier de justice et avocat » (par. 77) et qu'il n'avait pas fait preuve de l'objectivité, de la modération et de la dignité qu'on attendait de lui. Même s'il a jugé que la sanction infligée par le Comité de discipline était « sévère » (par. 135), le Tribunal a conclu qu'elle n'était pas déraisonnable compte tenu de la gravité de la conduite de Me Doré et de son absence de repentir.

[20] À l'issue d'une révision judiciaire, la Cour supérieure du Québec a maintenu la décision du Tribunal, a notamment souscrit à l'opinion de ce dernier que la lettre ne constituait pas un acte privé et a conclu que le raisonnement du Tribunal était « sans reproche » (2008 QCCS 2450 (CanLII), par. 105, 109, 139 et 147). La Cour supérieure a jugé, en outre, qu'en concluant à l'existence d'une restriction minimale à la liberté d'expression de Me Doré, le Tribunal avait « implicitement » statué que la restriction était « justifiée dans une société libre et démocratique » (par. 104).

[21] La Cour d'appel du Québec a jugé qu'en raison du statut et de la fonction des parties, Me Doré ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce que sa lettre demeure confidentielle ou privée. La Cour d'appel a toutefois reconnu que la décision du Comité de discipline contrevenait à l'al. 2*b*) mais, au terme d'une analyse complète fondée sur l'article premier, a conclu que la lettre de Me Doré revêtait une « importance limitée [. . .] par rapport aux valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression, soit la recherche de la vérité, la participation à la prise de décision d'intérêt social et politique, la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement » (par. 36). Soulignant l'importance de l'objectif de protection du public, la Cour d'appel a considéré que la décision du Comité de discipline avait un lien rationnel avec cet objectif en raison, notamment, de la position importante du juge dans le système judiciaire. Concernant l'atteinte minimale, après examen de la décision et de la sanction, la Cour d'appel a statué que, bien que cette dernière fût sévère, elle visait la manière dont Me Doré avait critiqué le juge Boilard, sans en interdire l'expression elle-même :

La décision attaquée me semble mesurée et constitue, en l'espèce, une application correcte de l'article 2.03

2012 SCC 12 (CanLII)

application of section 2.03 of the *Code of ethics*. The sanction is significant (suspension of the right to practice for twenty-one days). It also involves the stigma attached to disciplinary guilt. It is not, however, unreasonable. In my view, it is a measured sanction of a lawyer who has been found guilty of a serious ethical offence. [para. 47]

It concluded by finding that the effects of the decision were proportionate to its objectives.

Analysis

[22] Mr. Doré's argument rests on his assertion that the finding of a breach of the *Code of ethics* violates the expressive rights protected by s. 2(*b*) of the *Charter*. Because the 21-day suspension had already been served when he was before the Court of Appeal, he did not appeal the penalty. The reasonableness of its length, therefore, is not before us.

[23] It is clear from the decisions of the Tribunal and the reviewing courts in this case that there is some confusion about the appropriate framework to be applied in reviewing administrative decisions for compliance with *Charter* values. Some courts have used the same s. 1 *Oakes* analysis used for determining whether a law complies with the *Charter*; others have used a classic judicial review approach.

[24] It goes without saying that administrative decision-makers must act consistently with the values underlying the grant of discretion, including *Charter* values (see *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, 2002 SCC 86, [2002] 4 S.C.R. 710, at para. 71; *Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 SCC 21, [2004] 1 S.C.R. 528, at paras. 19-23; and *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815, at paras. 62-75). The question then is what framework should be used to scrutinize how those values were applied?

[25] In *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, Lamer J., in his concurring

d[u] *Code de déontologie*. La sanction est importante (suspension du droit de pratique durant 21 jours). Elle comporte également le stigmate attaché à la culpabilité disciplinaire. Elle n'est toutefois pas déraisonnable. Elle m'apparaît empreinte de retenue à l'égard d'un avocat qui a commis une faute déontologique grave. [par. 47]

La Cour d'appel a conclu que la décision avait des effets proportionnels aux objectifs qu'elle visait.

Analyse

[22] Me Doré fonde sa thèse sur sa prétention que le fait de conclure à une violation du *Code de déontologie* enfreint la liberté d'expression protégée par l'al. 2*b*) de la *Charte*. Puisque la radiation avait déjà pris fin lorsqu'il a été entendu par la Cour d'appel, Me Doré n'a pas interjeté appel de la sanction. Nous n'avons donc pas à nous prononcer sur le caractère raisonnable de sa durée.

[23] Il ressort clairement des décisions du Tribunal et des cours qui ont procédé à la révision judiciaire en l'espèce qu'une certaine confusion entoure la question du cadre d'analyse applicable pour examiner la conformité des décisions administratives aux valeurs consacrées par la *Charte*. Certaines cours de justice ont eu recours au cadre d'analyse fondé sur l'article premier élaboré dans *Oakes*, qui sert à juger de la conformité des lois à la *Charte*, tandis que d'autres ont appliqué l'approche classique de la révision judiciaire.

[24] Il va sans dire que les décideurs administratifs doivent agir de manière compatible avec les valeurs sous-jacentes à l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire, y compris les valeurs consacrées par la *Charte* (voir *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, 2002 CSC 86, [2002] 4 R.C.S. 710, par. 71; *Pinet c. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 CSC 21, [2004] 1 R.C.S. 528, par. 19-23; et *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815, par. 62-75). La question est donc celle de savoir quel cadre d'analyse il faut utiliser pour examiner l'application de ces valeurs.

[25] Dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, le juge Lamer a

2012 SCC 12 (CanLII)

reasons, said that the *Charter* applied to a labour adjudicator's decision and used the s. 1 framework developed in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, to determine if the decision complied with the *Charter*. Writing for the majority, Dickson C.J. agreed with Lamer J. that the *Charter* applied to administrative decision-making. But while he applied the *Oakes* framework, he notably and presciently observed that "[t]he precise relationship between the traditional standard of administrative law review of patent unreasonableness and the new constitutional standard of review will be worked out in future cases" (p. 1049 (emphasis added)).

affirmé, dans des motifs concordants, que la décision rendue par un arbitre du travail était assujettie à la *Charte*. Il s'est, en outre, servi du cadre d'analyse fondé sur l'article premier élaboré dans *Oakes* pour apprécier la conformité à la *Charte* de la sentence arbitrale en cause dans cette affaire. Au nom des juges majoritaires de la Cour, le juge en chef Dickson a jugé, comme le juge Lamer, que les décisions administratives étaient assujetties à la *Charte*. Cela étant dit, tout en recourant au cadre d'analyse établi dans *Oakes*, il a notamment souligné, faisant en cela preuve de prescience, que « [l]e rapport précis entre la norme traditionnelle de contrôle, en droit administratif, du caractère déraisonnable manifeste et la nouvelle norme constitutionnelle de contrôle va se dégager de la jurisprudence à venir » (p. 1049 (je souligne)).

[26] Yet the approach taken in *Slaight* can only be properly understood in its context. Importantly, when Lamer J. held that discretionary administrative decisions implicating *Charter* values should be reviewed under the *Oakes* analysis, he did so in the context of the perceived inability of administrative law to deal with *Charter* infringements in the exercise of discretion. This concern permeates the reasons in *Slaight*. As Prof. Geneviève Cartier has noted:

> . . . while Lamer J thought the administrative law standard was ill-suited to *Charter* challenges because of its inability to inquire into the substance of discretionary decisions, Dickson CJ thought it was ill-suited because of its inability to properly unravel the value inquiries involved in any *Charter* litigation.

("The *Baker* Effect: A New Interface Between the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and Administrative Law — The Case of Discretion", in David Dyzenhaus, ed., *The Unity of Public Law* (2004), 61, at p. 68)

[26] Or, l'approche adoptée dans *Slaight* ne peut être correctement interprétée que dans son contexte. Fait important, c'est devant ce qui semblait être l'incapacité du droit administratif de traiter des violations de la *Charte* dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire que le juge Lamer a jugé que les décisions administratives de nature discrétionnaire, mettant en cause les valeurs consacrées par la *Charte*, devraient être révisées en appliquant le cadre d'analyse élaboré dans *Oakes*. Cette conclusion imprègne l'ensemble des motifs formulés dans *Slaight*. Comme la professeure Geneviève Cartier l'a souligné :

> [TRADUCTION] . . . bien que, selon le juge Lamer, la norme de droit administratif ne soit pas adaptée aux contestations fondées sur la *Charte*, parce qu'elle ne permet pas d'examiner à fond les décisions de nature discrétionnaire, le juge en chef Dickson a estimé qu'elle n'est pas adaptée parce qu'elle ne permet pas de décortiquer adéquatement l'examen des valeurs que comportent les litiges intéressant la *Charte*.

(« The *Baker* Effect : A New Interface Between the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and Administrative Law — The Case of Discretion », dans David Dyzenhaus, dir., *The Unity of Public Law* (2004), 61, p. 68)

[27] The approach taken in *Slaight* attracted academic concern from administrative law scholars.

[27] L'approche adoptée dans l'arrêt *Slaight* a suscité des préoccupations chez les universitaires

2012 SCC 12 (CanLII)

Prof. John Evans argued that if courts were too quick to bypass administrative law in favour of the *Charter*, "a rich source of thought and experience about law and government will be overlooked or lost altogether" ("The Principles of Fundamental Justice: The Constitution and the Common Law" (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 51, at p. 73). Similarly, Prof. Cartier suggested that the *Slaight* approach reduced the role of administrative law to the "formal determination of jurisdiction on the basis of statutory interpretation", which prevented the control of discretion with reference to "values" and presented "an impoverished picture of administrative law" (pp. 68-69).

[28] The scope of the review of discretionary administrative decisions that provided the backdrop for the decision in *Slaight* was altered by this Court's decision in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 65. In that case, L'Heureux-Dubé J. concluded that administrative decision-makers were required to take into account fundamental Canadian values, including those in the *Charter*, when exercising their discretion (*Baker*, at paras. 53-56).

[29] Building on the decision in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227 ("*C.U.P.E.*"), *Baker* represented a further shift away from Diceyan principles. By recognizing that administrative decision-makers are both bound by fundamental values and empowered to adjudicate them, *Baker* ceded interpretive authority on those issues to those decision-makers (David Dyzenhaus and Evan Fox-Decent, "Rethinking the Process/Substance Distinction: *Baker* v. *Canada*" (2001), 51 *U.T.L.J.* 193, at p. 240). This allows the *Charter* to "nurture" administrative law, by emphasizing that *Charter* values infuse the inquiry (Cartier, at pp. 75 and 86; see also Mary Liston, "Governments in Miniature: The Rule of Law in the Administrative

spécialisés en droit administratif. Le professeur John Evans a soutenu que si les tribunaux étaient trop prompts à esquiver le droit administratif au profit d'analyses fondées sur la *Charte*, [TRADUCTION] « une source précieuse de connaissances et d'expériences en matière de droit et de gouvernance ne sera pas prise en compte ou sera complètement perdue » (« The Principles of Fundamental Justice : The Constitution and the Common Law » (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 51, p. 73). Dans le même ordre d'idées, la professeure Cartier a affirmé que l'approche préconisée dans *Slaight* réduisait le rôle du droit administratif à [TRADUCTION] « déterminer la compétence de façon formelle en fonction de l'interprétation des lois », et que cela empêche la révision de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne les « valeurs » et donne « une image appauvrie du droit administratif » (p. 68-69).

[28] La portée de la révision des décisions administratives de nature discrétionnaire qui a servi de toile de fond à la décision rendue dans *Slaight* a été modifiée par la décision de la Cour dans l'affaire *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 65. Dans cet arrêt, la juge L'Heureux-Dubé a conclu que les décideurs administratifs devaient tenir compte des valeurs canadiennes fondamentales, notamment celles consacrées par la *Charte*, lorsqu'ils exercent leur pouvoir discrétionnaire (*Baker*, par. 53-56).

[29] Fort de la décision rendue dans *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227 (« *S.C.F.P.* »), l'arrêt *Baker* s'est davantage écarté des principes énoncés par Dicey. En reconnaissant que les décideurs administratifs sont à la fois liés par des valeurs fondamentales et habilités à statuer sur elles, *Baker* leur a cédé le pouvoir d'interprétation quant à ces questions (David Dyzenhaus et Evan Fox-Decent, « Rethinking the Process/Substance Distinction : *Baker* v. *Canada* » (2001), 51 *U.T.L.J.* 193, p. 240). La *Charte* peut ainsi [TRADUCTION] « favoriser le développement » du droit administratif en mettant l'accent pour que les valeurs qu'elle consacre infusent l'enquête (Cartier, p. 75 et 86;

2012 SCC 12 (CanLII)

State", in Colleen M. Flood and Lorne Sossin, eds., *Administrative Law in Context* (2008), 77, at p. 100; Susan L. Gratton and Lorne Sossin, "In Search of Coherence: The *Charter* and Administrative Law under the McLachlin Court", in David A. Wright and Adam M. Dodek, eds., *Public Law at the McLachlin Court: The First Decade* (2011), 145, at pp. 157-58).

[30] When this is weighed together with this Court's subsequent decisions, we see a completely revised relationship between the *Charter*, the courts, and administrative law than the one first encountered in *Slaight*. In *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, the Court held that judicial review should be guided by a policy of deference, justified on the basis of legislative intent, respect for the specialized expertise of administrative decision-makers, and recognition that courts do not have a monopoly on adjudication in the administrative state (para. 49). And in *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765, at paras. 78-82, building on the development of the jurisprudence, the Court found that administrative tribunals with the power to decide questions of law have the authority to apply the *Charter* and grant *Charter* remedies that are linked to matters properly before them.

[31] But, as predicted by Chief Justice Dickson, this Court has explored different ways to review the constitutionality of administrative decisions, vacillating between the values-based approach in *Baker* and the more formalistic template in *Slaight*. The s. 1 *Oakes* approach suggested by Lamer J., was followed in *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *United States*

voir également Mary Liston, « Governments in Miniature : The Rule of Law in the Administrative State », dans Colleen M. Flood et Lorne Sossin, dir., *Administrative Law in Context* (2008), 77, p. 100; Susan L. Gratton et Lorne Sossin, « In Search of Coherence : The *Charter* and Administrative Law under the McLachlin Court », dans David A. Wright et Adam M. Dodek, dir., *Public Law at the McLachlin Court : The First Decade* (2011), 145, p. 157-58).

[30] Lorsque l'affirmation qui précède est appréciée au regard des décisions ultérieures de la Cour, nous entrevoyons une relation entre la *Charte*, les tribunaux et le droit administratif complètement différente de celle dont il a été question pour la première fois dans *Slaight*. Dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, la Cour a conclu que la révision judiciaire doit être orientée par une politique de retenue justifiée par le respect de la volonté du législateur, le respect de l'expertise spécialisée que possèdent les décideurs administratifs et la reconnaissance que les cours de justice n'ont pas le pouvoir exclusif de statuer sur toutes les questions dans le domaine administratif (par. 49). Dans *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765, par. 78-82, s'appuyant sur l'évolution de la jurisprudence, la Cour a conclu que les tribunaux administratifs dotés du pouvoir de trancher des questions de droit ont le pouvoir d'appliquer la *Charte* et d'accorder les réparations qu'autorise cette dernière dans les affaires dont ils sont régulièrement saisis.

[31] Cela étant dit, depuis, comme l'avait prédit le juge en chef Dickson, notre Cour a exploré différentes méthodes d'examen de la constitutionnalité des décisions administratives. Elle a oscillé entre, d'une part, l'approche fondée sur les valeurs préconisées dans *Baker* et, d'autre part, le modèle plus formaliste préconisé dans *Slaight*. L'approche proposée par le juge Lamer dans *Oakes* et fondée sur l'article premier a été suivie dans *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483, *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, *Ross c. Conseil scolaire du district nº 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*,

2012 SCC 12 (CanLII)

v. Burns, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; and *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442.

[32] Other cases, and particularly recently, have instead applied an administrative law/judicial review analysis in assessing whether the decision-maker took sufficient account of *Charter* values. This approach is seen in *Baker*; *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, 2001 SCC 31, [2001] 1 S.C.R. 772; *Chamberlain*; *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 2, [2002] 1 S.C.R. 72; *Pinet*; *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *Criminal Lawyers' Association*; and *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281.

[33] The last decision of this Court to use the full s. 1 *Oakes* approach to determine whether the exercise of statutory discretion complied with the *Charter* was *Multani*. The academic commentary that followed was consistently critical. In brief, it generally argued that the use of a strict s. 1 analysis reduced administrative law to having a formal role in controlling the exercise of discretion (see Gratton and Sossin, at p. 157; David Mullan, "Administrative Tribunals and Judicial Review of *Charter* Issues after *Multani*" (2006), 21 *N.J.C.L.* 127; Stéphane Bernatchez, "Les rapports entre le droit administratif et les droits et libertés: la révision judiciaire ou le contrôle constitutionnel?" (2010), 55 *McGill L.J.* 641).

[34] Since then, and largely as a result of the revised administrative law template found in *Dunsmuir*, this Court appears to have moved away from *Multani*, leading to the suggestion that it may have "decided to start from ground zero in building coherence in public law" (Gratton and Sossin,

[1997] 3 R.C.S. 624, *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120, *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283 et *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442.

[32] Dans d'autres affaires, plus particulièrement des affaires récentes, c'est plutôt l'analyse droit administratif/révision judiciaire qui a été effectuée pour déterminer si le décideur a pris suffisamment compte des valeurs consacrées par la *Charte*. C'est cette approche qui a été privilégiée dans *Baker*, *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, 2001 CSC 31, [2001] 1 R.C.S. 772, *Chamberlain*; *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 2, [2002] 1 R.C.S. 72, *Pinet*; *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761, *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, *Criminal Lawyers' Association*, et *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281.

[33] C'est dans *Multani* que notre Cour a utilisé pour la dernière fois l'analyse intégrale fondée sur l'article premier élaborée dans *Oakes* pour juger de la conformité à la *Charte* de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire conféré par la loi. La doctrine qui a suivi a été uniformément critique. En somme, les auteurs, pour la plupart, ont fait valoir que le recours à une analyse fondée strictement sur l'art. 1 réduisait le droit administratif à un rôle formel dans le contexte de la révision de l'exercice du pouvoir discrétionnaire (voir Gratton et Sossin, p. 157; David Mullan, « Administrative Tribunals and Judicial Review of *Charter* Issues after *Multani* » (2006), 21 *R.N.D.C.* 127; Stéphane Bernatchez, « Les rapports entre le droit administratif et les droits et libertés : la révision judiciaire ou le contrôle constitutionnel? » (2010), 55 *R.D. McGill* 641).

[34] Depuis le prononcé de cet arrêt, et en grande partie à cause de la révision du modèle d'analyse des décisions administratives opérée par *Dunsmuir*, notre Cour semble s'être écartée de *Multani*, ce qui laisse croire qu'elle a peut-être [TRADUCTION] « décidé de faire table rase avant d'établir une

2012 SCC 12 (CanLII)

at p. 161). Today, the Court has two options for reviewing discretionary administrative decisions that implicate *Charter* values. The first is to adopt the *Oakes* framework, developed for reviewing laws for compliance with the Constitution. This undoubtedly protects *Charter* rights, but it does so at the risk of undermining a more robust conception of administrative law. In the words of Prof. Evans, if administrative law is bypassed for the *Charter*, "a rich source of thought and experience about law and government will be overlooked" (p. 73).

[35] The alternative is for the Court to embrace a richer conception of administrative law, under which discretion is exercised "in light of constitutional guarantees and the values they reflect" (*Multani*, at para. 152, *per* LeBel J.). Under this approach, it is unnecessary to retreat to a s. 1 *Oakes* analysis in order to protect *Charter* values. Rather, administrative decisions are *always* required to consider fundamental values. The *Charter* simply acts as "a reminder that some values are clearly fundamental and . . . cannot be violated lightly" (Cartier, at p. 86). The administrative law approach also recognizes the legitimacy that this Court has given to administrative decision-making in cases such as *Dunsmuir* and *Conway*. These cases emphasize that administrative bodies are empowered, and indeed required, to consider *Charter* values within their scope of expertise. Integrating *Charter* values into the administrative approach, and recognizing the expertise of these decision-makers, opens "an institutional dialogue about the appropriate use and control of discretion, rather than the older command-and-control relationship" (Liston, at p. 100).

nouvelle cohérence en droit public » (Gratton et Sossin, p. 161). Aujourd'hui, la Cour a deux options quant à la révision des décisions administratives de nature discrétionnaire qui soulèvent des questions relatives aux valeurs consacrées par la *Charte*. La première consiste à adopter le cadre d'analyse décrit dans *Oakes* et élaboré pour examiner la constitutionnalité des lois. Cette approche protège indéniablement les droits visés par la *Charte*, mais elle le fait au détriment d'une conception plus riche du droit administratif. Comme l'exprime le professeur Evans, si les tribunaux étaient trop prompts à esquiver le droit administratif au profit de la *Charte*, [TRADUCTION] « une source précieuse de connaissances et d'expériences en matière de droit et de gouvernance ne sera pas prise en compte ou sera complètement perdue » (p. 73).

[35] En choisissant plutôt la seconde option, la Cour donnerait son aval à cette conception plus riche du droit administratif en vertu de laquelle le pouvoir discrétionnaire est exercé « à l'aune des garanties constitutionnelles et des valeurs que comportent celles-ci » (*Multani*, par. 152, le juge LeBel). Cette approche n'exige pas de se rabattre sur l'analyse requise par l'article premier telle qu'elle a été établie dans *Oakes* pour protéger les valeurs consacrées par la *Charte*; elle suppose plutôt que les décisions administratives prennent *toujours* en considération les valeurs fondamentales. La *Charte* n'agit alors que comme [TRADUCTION] « un rappel que certaines valeurs sont manifestement fondamentales et [. . .] ne peuvent être violées à la légère » (Cartier, p. 86). L'approche du droit administratif reconnaît, en outre, la légitimité que la Cour a donnée à la prise de décisions administratives dans des arrêts tels *Dunsmuir* et *Conway*. Ces derniers soulignent que les organismes administratifs ont le pouvoir, et même le devoir, de tenir compte des valeurs consacrées par la *Charte* dans leur domaine d'expertise. Intégrer ces valeurs dans l'approche qui préconise l'application des règles de droit administratif et reconnaître l'expertise des décideurs administratifs instaure [TRADUCTION] « un dialogue institutionnel quant à l'utilisation qui doit être faite du pouvoir discrétionnaire et quant à la révision appropriée de son exercice plutôt que de faire appel à la relation plus ancienne d'autorité et de contrôle » (Liston, p. 100).

2012 SCC 12 (CanLII)

[36] As explained by Chief Justice McLachlin in *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, the approach used when reviewing the constitutionality of a law should be distinguished from the approach used for reviewing an administrative decision that is said to violate the rights of a particular individual (see also Bernatchez). When *Charter* values are applied to an individual administrative decision, they are being applied in relation to a particular set of facts. *Dunsmuir* tells us this should attract deference (para. 53; see also *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, at para. 39). When a particular "law" is being assessed for *Charter* compliance, on the other hand, we are dealing with principles of general application.

[37] The more flexible administrative approach to balancing *Charter* values is also more consistent with the nature of discretionary decision-making. Some of the aspects of the *Oakes* test are, in any event, poorly suited to the review of discretionary decisions, whether of judges or administrative decision-makers. For instance, the requirement under s. 1 that a limit be "prescribed by law" has been held by this Court to apply to norms where "their adoption is authorized by statute, they are binding rules of general application, and they are sufficiently accessible and precise to those to whom they apply" (*Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295, at para. 53).

[38] Moreover, when exercising discretion under a provision or statutory scheme whose constitutionality is not impugned, it is conceptually difficult to see what the "pressing and substantial" objective of a decision is, or who would have the burden of defining and defending it.

[36] Comme la juge en chef McLachlin l'a expliqué dans *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, l'examen de la constitutionnalité d'une loi doit être différent de la révision d'une décision administrative qui est contestée parce qu'elle porterait atteinte aux droits d'un individu en particulier (voir également Bernatchez). Lorsque les valeurs consacrées par la *Charte* sont appliquées à une décision administrative particulière, elles sont appliquées relativement à un ensemble précis de faits. *Dunsmuir* nous dit que la retenue s'impose dans un tel cas (par. 53; voir aussi *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, par. 39). Par contre, lorsqu'on vérifie si une « loi » particulière respecte la *Charte*, il est question de principes d'application générale.

[37] L'approche plus souple du droit administratif pour mettre en balance les valeurs consacrées par la *Charte* est également plus compatible avec la nature de la prise de décision qui découle de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Quoi qu'il en soit, certains aspects du test élaboré dans *Oakes* conviennent peu à la révision des décisions prises à la suite de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, qu'elles aient été prises par des juges ou par des décideurs administratifs. Par exemple, la Cour a jugé que l'exigence de l'article premier selon laquelle la restriction doit découler de l'application d'une « règle de droit » s'applique à des normes dont l'« adoption est autorisée par une loi, [des normes, en outre,] obligatoires et d'application générale et [. . .] suffisamment accessibles et précis[es] pour ceux qui y sont assujettis. » (*Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295, par. 53).

[38] En outre, lorsqu'un décideur exerce le pouvoir discrétionnaire que lui confère une disposition législative ou un régime légal dont la constitutionnalité n'est pas contestée, il est difficile, d'un point de vue conceptuel, d'imaginer ce qui pourrait constituer l'objectif « urgent et réel » d'une décision ou de savoir qui devrait assumer le fardeau de le définir et de le défendre.

2012 SCC 12 (CanLII)

[39] This Court has already recognized the difficulty of applying the *Oakes* framework beyond the context of reviewing a law or other rule of general application. This has been the case in applying *Charter* values to the common law, "where there is no specific enactment that can be examined in terms of objective, rational connection, least drastic means and proportionate effect" (Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), vol. 2, at section 38.15). In *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63, for example, in assessing the common law rule relating to establishing intent under extreme intoxication, the Court held that no *Oakes* analysis was required when reviewing a common law rule for compliance with *Charter* values:

> If a new common law rule could be enunciated which would not interfere with an accused person's right to have control over the conduct of his or her defence, I can see no conceptual problem with the Court's simply enunciating such a rule to take the place of the old rule, without considering whether the old rule could nonetheless be upheld under s. 1 of the *Charter.* Given that the common law rule was fashioned by judges and not by Parliament or a legislature, judicial deference to elected bodies is not an issue. If it is possible to reformulate a common law rule so that it will not conflict with the principles of fundamental justice, such a reformulation should be undertaken. [pp. 93-94, citing *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 978.]

[40] In *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, this Court explicitly rejected the use of the s. 1 *Oakes* framework in developing the common law of defamation for two reasons. First, when interpreting a common law rule, there is no violation of a *Charter* right, but a conflict between principles, so "the balancing must be more flexible than the traditional s. 1 analysis", with *Charter* values providing the guidelines for any modification to the common law (para. 97). Second, the Court noted that "the division of onus which normally operates in a *Charter* challenge" was not appropriate for private litigation under the common law, as the party seeking to change the

[39] La Cour a déjà reconnu la difficulté que pose l'application du cadre d'analyse formulé dans *Oakes* au-delà du contexte de la révision d'une loi ou d'un autre type de règles de droit d'application générale. Le défi s'est posé lorsqu'il s'est agi d'appliquer les valeurs protégées par la *Charte* à la common law [TRADUCTION] « qui ne recèle aucun texte réglementaire qui puisse être examiné en terme d'objectif, de lien rationnel, d'atteinte minimale et d'effet proportionnel » (Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5e éd. suppl.), vol. 2, par. 38.15). Dans *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63, par exemple, la Cour devait évaluer la règle de common law relative à l'établissement de l'existence de l'intention dans le cas d'une intoxication extrême. Elle a conclu qu'il n'était pas nécessaire de procéder à l'analyse prescrite par *Oakes* dans le contexte de la révision d'une règle de common law pour s'assurer de sa conformité aux valeurs consacrées par la *Charte* :

> S'il est possible d'énoncer une nouvelle règle de common law qui ne contrevienne pas au droit de l'accusé de contrôler la conduite de sa défense, je n'ai aucune difficulté à imaginer que la Cour puisse simplement la formuler, en remplacement de l'ancienne, sans chercher à savoir si l'ancienne règle pourrait néanmoins être maintenue en vertu de l'article premier de la *Charte*. Vu que la règle de common law a été créée par des juges et non par le législateur, l'égard que les tribunaux doivent avoir envers les organismes élus n'est pas en cause. S'il est possible de reformuler une règle de common law de façon qu'elle ne s'oppose pas aux principes de justice fondamentale, il faudrait le faire. [p. 93-94, citant *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 978.]

[40] Dans *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, la Cour a explicitement rejeté, pour deux raisons, l'utilisation du cadre d'analyse formulé dans *Oakes* lorsqu'il s'est agi d'élaborer la common law en matière de diffamation. Premièrement, quand il est question d'interpréter une règle de common law, il n'y a pas de violation d'un droit visé par la *Charte*, mais plutôt un conflit entre deux principes, de sorte que, d'une part, « la pondération doit être plus souple que l'analyse traditionnelle effectuée en vertu de l'article premier » et que, d'autre part, les valeurs consacrées par la *Charte* offrent alors des lignes directrices quant à toute modification de la common law

2012 SCC 12 (CanLII)

common law should not be allowed to benefit from a reverse onus (para. 98). As a result, the Court went on to "consider the common law of defamation in light of the values underlying the *Charter*" (para. 99). And in *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640, the Court relied on *Charter* values in introducing the new defence of responsible communication on matters of public interest to the law of defamation, without engaging in an *Oakes* analysis.

[41] A further example is found in *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 SCC 8, [2002] 1 S.C.R. 156, where the Court dealt with the common law of secondary picketing. After concluding that freedom of expression was engaged, the Court did not embark on an *Oakes* analysis. Instead, it found that the appropriate question was "which approach [to regulating secondary picketing] best balances the interests at stake in a way that conforms to the fundamental values reflected in the *Charter*?" (para. 65).

[42] Though each of these cases engaged *Charter* values, the Court did not see the *Oakes* test as the vehicle for balancing whether those values were taken into sufficient account. The same is true, it seems to me, in the administrative law context, where decision-makers are called upon to exercise their statutory discretion in accordance with *Charter* protections.

[43] What is the impact of this approach on the standard of review that applies when assessing the compliance of an administrative decision with *Charter* values? There is no doubt that when a tribunal is determining the constitutionality of a law,

(par. 97). Deuxièmement, la Cour a souligné que « le partage habituel du fardeau dans [une] contestation [. . .] fondée sur la *Charte* » ne convenait pas pour un litige privé en common law puisque la partie qui cherche à faire modifier la common law ne devrait pas pouvoir profiter d'un renversement du fardeau de la preuve (par. 98). La Cour a donc examiné « la common law de la diffamation à la lumière des valeurs de la *Charte* » (par. 99). De plus, dans *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640, la Cour s'est fondée sur les valeurs consacrées par la *Charte* pour introduire dans le droit relatif à la diffamation le nouveau moyen de défense de communication responsable concernant des questions d'intérêt public, et ce, sans faire intervenir l'analyse élaborée dans *Oakes*.

[41] L'arrêt *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 CSC 8, [2002] 1 R.C.S. 156, est un autre exemple de décision allant en ce sens. Il s'agit de l'affaire où la Cour a traité de la notion de common law de piquetage secondaire. Or, après avoir conclu que la liberté d'expression était en jeu, elle n'a pas procédé à l'analyse décrite dans *Oakes*. Elle a plutôt conclu que la question qu'il fallait se poser était celle de savoir quelle est « l'approche [pour régir le piquetage secondaire] qui pondère le mieux les intérêts en jeu, d'une façon conforme aux valeurs fondamentales reflétées dans la *Charte* » (par. 65).

[42] Ainsi, même si toutes ces causes mettaient en jeu des valeurs consacrées par la *Charte*, la Cour n'a pas jugé bon d'utiliser le test élaboré dans *Oakes* pour décider si ces valeurs avaient été suffisamment prises en compte. Il en va de même, à mon avis, dans le contexte du droit administratif, où les décideurs sont appelés à exercer le pouvoir discrétionnaire que leur confère la loi en s'assurant de protéger les droits visés par la *Charte*.

[43] Quel est l'effet de cette approche sur la norme de révision applicable à l'appréciation de la conformité d'une décision administrative aux valeurs consacrées par la *Charte*? Il ne fait aucun doute que la décision d'un tribunal administratif au sujet

2012 SCC 12 (CanLII)

the standard of review is correctness (*Dunsmuir*, at para. 58). It is not at all clear to me, however, based on this Court's jurisprudence, that correctness should be used to determine whether an administrative decision-maker has taken sufficient account of *Charter* values in making a discretionary decision.

[44] This Court elaborated on the applicable standard of review to legal disciplinary panels in the pre-*Dunsmuir* decision of *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, 2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247, where Iacobucci J. adopted a reasonableness standard in reviewing a sanction imposed for professional misconduct:

> Although there is a statutory appeal from decisions of the Discipline Committee, the expertise of the Committee, the purpose of its enabling statute, and the nature of the question in dispute all suggest a more deferential standard of review than correctness. These factors suggest that the legislator intended that the Discipline Committee of the self-regulating Law Society should be a specialized body with the primary responsibility to promote the objectives of the Act by overseeing professional discipline and, where necessary, selecting appropriate sanctions. In looking at all the factors as discussed in the foregoing analysis, I conclude that the appropriate standard is reasonableness *simpliciter*. Thus, on the question of the appropriate sanction for professional misconduct, the Court of Appeal should not substitute its own view of the "correct" answer but may intervene only if the decision is shown to be unreasonable. [Emphasis added; para. 42.]

[45] It seems to me that applying the *Dunsmuir* principles results in reasonableness remaining the applicable review standard for disciplinary panels. The issue then is whether this standard should be different when what is assessed is the disciplinary body's application of *Charter* protections in the exercise of its discretion. In my view, the fact that *Charter* interests are implicated does not argue for a different standard.

de la constitutionnalité d'une loi s'examine suivant la norme de la décision correcte (*Dunsmuir*, par. 58). Cela étant dit, compte tenu de la jurisprudence de la Cour, il n'est pas du tout clair, selon moi, que c'est cette norme qu'il faut appliquer pour déterminer si un décideur administratif a suffisamment tenu compte des valeurs consacrées par la *Charte* en rendant une décision à la suite de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

[44] La Cour a approfondi la question de la norme de contrôle applicable aux décisions d'organismes disciplinaires dans l'arrêt *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, 2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247, antérieur à *Dunsmuir*, et le juge Iacobucci y a retenu la norme de la décision raisonnable pour l'examen de la sanction infligée à l'égard d'une faute professionnelle :

> Bien que la loi prévoie un droit d'appel des décisions du comité de discipline, l'expertise du comité, l'objet de sa loi habilitante et la nature de la question en litige militent tous en faveur d'un degré plus élevé de déférence que la norme de la décision correcte. Ces facteurs indiquent que le législateur voulait que le comité de discipline du barreau autonome soit un organisme spécialisé ayant comme responsabilité primordiale la promotion des objectifs de la Loi par la surveillance disciplinaire de la profession et, au besoin, le choix de sanctions appropriées. Compte tenu de l'ensemble des facteurs pris en compte dans l'analyse qui précède, je conclus que la norme appropriée est celle de la décision raisonnable *simpliciter*. Par conséquent, sur la question de la sanction appropriée pour le manquement professionnel, la Cour d'appel ne devrait pas substituer sa propre opinion quant à la réponse « correcte » et ne peut intervenir que s'il est démontré que la décision est déraisonnable. [Je souligne; par. 42.]

[45] Je suis d'avis que, si on applique les principes établis dans *Dunsmuir*, la norme de la décision raisonnable reste celle à laquelle il faut recourir pour réviser les décisions des comités de discipline. Il s'agit donc de se demander si c'est une norme différente dont les tribunaux doivent se servir lorsque l'analyse porte sur l'application par l'organisme disciplinaire des garanties visées par la *Charte* dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré. À mon avis, il n'y a pas lieu d'appliquer une norme différente du fait que la *Charte* est en cause.

2012 SCC 12 (CanLII)

[46] The starting point is the expertise of the tribunals in connection with their home statutes. Citing Prof. David Mullan, *Dunsmuir* confirmed the importance of recognizing that

> those working day to day in the implementation of frequently complex administrative schemes have or will develop a considerable degree of expertise or field sensitivity to the imperatives and nuances of the legislative regime . . . .

(para. 49, citing "Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity?" (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59, at p. 93.)

And, as Prof. Evans has noted, the "reasons for judicial restraint in reviewing agencies' decisions on matters in which their expertise is relevant do not lose their cogency simply because the question in issue also has a constitutional dimension" (p. 81).

[47] An administrative decision-maker exercising a discretionary power under his or her home statute, has, by virtue of expertise and specialization, particular familiarity with the competing considerations at play in weighing *Charter* values. As the Court explained in *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, adopting the observations of Prof. Danielle Pinard:

> [TRANSLATION] . . . administrative tribunals have the skills, expertise and knowledge in a particular area which can with advantage be used to ensure the primacy of the Constitution. Their privileged situation as regards the appreciation of the relevant facts enables them to develop a functional approach to rights and freedoms as well as to general constitutional precepts.

(p. 605, citing "Le pouvoir des tribunaux administratifs québécois de refuser de donner effet à des textes qu'ils jugent inconstitutionnels" (1987-88), *McGill L.J.* 170, at pp. 173-74.)

[48] This case, among others, reflected the increasing recognition by this Court of the distinct advantage that administrative bodies have in applying the *Charter* to a specific set of facts and in the

[46] Le premier point à considérer est l'expertise des tribunaux administratifs concernant leur loi constitutive. L'arrêt *Dunsmuir*, citant le professeur David Mullan, a confirmé qu'il importait de reconnaître que

> [TRADUCTION] les personnes qui se consacrent quotidiennement à l'application de régimes administratifs souvent complexes possèdent ou acquièrent une grande connaissance ou sensibilité à l'égard des impératifs et des subtilités des régimes législatifs en cause . . .

(par. 49, citant « Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity? » (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59, p. 93.)

Comme le professeur Evans l'a souligné, les [TRADUCTION] « motifs invoqués pour faire montre de retenue dans le cadre de l'examen des décisions d'organismes relatives à leur champ d'expertise ne perdent pas leur bien-fondé du seul fait que la question en litige comporte également une dimension constitutionnelle » (p. 81).

[47] Le décideur administratif exerçant un pouvoir discrétionnaire en vertu de sa loi constitutive est, de par son expertise et sa spécialisation, particulièrement au fait des considérations opposées en jeu dans la mise en balance des valeurs consacrées par la *Charte*. Comme la Cour l'a expliqué en faisant siens les commentaires de la professeure Danielle Pinard dans *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570 :

> . . . les tribunaux administratifs possèdent une compétence, une expertise et une connaissance d'un milieu particulier qu'ils pourraient avantageusement mettre au service de la mise en œuvre de la primauté de la Constitution. Leur position privilégiée quant à l'appréhension des faits pertinents leur permet d'élaborer une approche fonctionnelle des droits et libertés tout comme des préceptes constitutionnels généraux.

(p. 605, citant « Le pouvoir des tribunaux administratifs québécois de refuser de donner effet à des textes qu'ils jugent inconstitutionnels » (1987-88), *R.D. McGill* 170, p. 173-74.)

[48] Cette cause, entre autres, a illustré que la Cour reconnaît de plus en plus la position privilégiée qu'occupent les tribunaux administratifs en matière d'application de la *Charte* à un ensemble

2012 SCC 12 (CanLII)

context of their enabling legislation (see *Conway*, at paras. 79-80). As Major J. noted in dissent in *Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75, tailoring the *Charter* to a specific situation "is more suited to a tribunal's special role in determining rights on a case by case basis in the tribunal's area of expertise" (para. 64; see also *C.U.P.E.*, at pp. 235-36).

[49] These principles led the Court to apply a reasonableness standard in *Chamberlain*, where McLachlin C.J. found that a school board had acted unreasonably in refusing to approve the use of books depicting same-sex parented families. She held that the board had failed to respect the "values of accommodation, tolerance and respect for diversity" which were incorporated into its enabling legislation and "reflected in our Constitution's commitment to equality and minority rights" (para. 21). Similarly, in *Pinet*, Binnie J. used a reasonableness standard to review, for compliance with s. 7 of the *Charter*, a decision of the Ontario Review Board to return the appellant to a maximum security hospital, observing that a reasonableness review best reflected "the expertise of the members appointed to Review Boards" (para. 22). The purpose of the exercise was to determine whether the decision was "the least onerous and least restrictive" of the liberty interests of the appellant while considering "public safety, the mental condition and other needs of the individual concerned, and his or her potential reintegration into society" (paras. 19 and 23). In *Pinet*, the test was laid out in the statute, but Binnie J. made it clear that the emphasis on the least infringing decision was a constitutional requirement.

[50] In *Lake*, where the Court was reviewing the Minister's decision to surrender a Canadian citizen for extradition, implicating ss. 6(1) and 7 of the *Charter*, the Court again applied a reasonableness standard. LeBel J. held that deference is owed to the Minister's decision, as the Minister is closer

particulier de faits dans le contexte de leur loi habilitante (voir *Conway*, par. 79-80). Comme le juge Major l'a signalé dans les motifs dissidents qu'il a signés dans *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75, leur « fonction particulière de détermination des droits au cas par cas dans leur domaine de spécialisation placerait même plutôt les tribunaux administratifs en meilleure position » pour appliquer la *Charte* à une situation donnée (par. 64; voir aussi *S.C.F.P.*, p. 235-236).

[49] Ces principes ont amené la Cour à appliquer la norme de la décision raisonnable dans *Chamberlain*, où la juge en chef McLachlin a conclu que le refus d'un conseil scolaire d'approuver l'utilisation de manuels présentant des familles homoparentales était déraisonnable. Elle a jugé que le conseil n'avait pas respecté les « valeurs d'accommodement, de tolérance et de respect de la diversité » qui sont incorporées dans sa loi habilitante et qui « se traduisent par la protection constitutionnelle du droit à l'égalité et des droits des minorités » (par. 21). De même, dans *Pinet*, le juge Binnie a appliqué la norme de la décision raisonnable à l'examen de la conformité à l'art. 7 de la *Charte* de la décision de la Commission ontarienne d'examen de renvoyer l'appelant dans un hôpital à sécurité maximum, en signalant que c'est cette norme qui tient le mieux compte de « l'expertise des membres des commissions d'examen » (par. 22). Il s'agissait de juger si la décision était « [la] moins sévèr[e] et [la] moins privativ[e] » pour la liberté de l'appelant tout en tenant compte de « la sécurité du public, de l'état mental de l'individu en cause et de ses besoins, notamment sa réinsertion sociale éventuelle » (par. 19 et 23). Dans cette affaire, le critère était énoncé dans la loi, mais le juge Binnie a exposé clairement que la recherche de la décision la moins attentatoire était une exigence constitutionnelle.

[50] L'affaire *Lake* portait sur la révision d'une décision ministérielle d'extradition visant un citoyen canadien et faisant intervenir le par. 6(1) et l'art. 7 de la *Charte*. Là encore, la Cour a appliqué la norme de la décision raisonnable. Le juge LeBel a déclaré qu'il y a lieu, en raison de l'expertise du

2012 SCC 12 (CanLII)

to the relevant facts required to balance competing considerations and benefits from expertise:

> This Court has repeatedly affirmed that deference is owed to the Minister's decision whether to order surrender once a fugitive has been committed for extradition. The issue in the case at bar concerns the standard to be applied in reviewing the Minister's assessment of a fugitive's *Charter* rights. Reasonableness is the appropriate standard of review for the Minister's decision, regardless of whether the fugitive argues that extradition would infringe his or her rights under the *Charter.* As is evident from this Court's jurisprudence, to ensure compliance with the *Charter* in the extradition context, the Minister must balance competing considerations, and where many such considerations are concerned, the Minister has superior expertise. The assertion that interference with the Minister's decision will be limited to exceptional cases of "real substance" reflects the breadth of the Minister's discretion; the decision should not be interfered with unless it is unreasonable (*Schmidt* [*Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500]) (for comments on the standards of correctness and reasonableness, see *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, 2008 SCC 9). [Emphasis added; para. 34.]

[51] The alternative — adopting a correctness review in every case that implicates *Charter* values — will, as Prof. Mullan noted, essentially lead to courts "retrying" a range of administrative decisions that would otherwise be subjected to a reasonableness standard:

> If correctness review becomes the order of the day in all *Charter* contexts, including the determination of factual issues and the application of the law to those facts, then what in effect can occur is that the courts will perforce assume the role of a *de novo* appellate body from all tribunals the task of which is to make decisions that of necessity have an impact on *Charter* rights and freedoms: Review Boards, Parole Boards, prison disciplinary tribunals, child welfare authorities, and the like. Whether that kind of judicial micro-managing of aspects of the administrative process should take place is a highly problematic question. [Emphasis added; p. 145.]

ministre et de sa proximité avec les faits pertinents, de déférer aux décisions de ce dernier pour la mise en balance des considérations opposées en jeu :

> Notre Cour a confirmé à maintes reprises que la déférence s'imposait à l'endroit de la décision du ministre de prendre ou non un arrêté d'extradition une fois le fugitif incarcéré. Elle doit aujourd'hui déterminer quelle norme de contrôle judiciaire s'applique à l'appréciation ministérielle des droits constitutionnels du fugitif. Cette norme demeure celle de la raisonnabilité, même lorsque le fugitif fait valoir que l'extradition porterait atteinte à ses droits constitutionnels. Il ressort de la jurisprudence de notre Cour que pour assurer le respect de la *Charte* dans le contexte d'une demande d'extradition, le ministre doit tenir compte de considérations opposées et possède à l'égard de bon nombre de celles-ci une plus grande expertise. L'affirmation selon laquelle les tribunaux n'interviendront que dans les cas exceptionnels où cela « s'impose réellement » traduit bien la portée du pouvoir discrétionnaire du ministre. La décision ne doit en effet être modifiée que si elle est déraisonnable (*Schmidt* [*Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500]) (voir l'analyse de la norme de la décision correcte et de la norme de la décision raisonnable dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, 2008 CSC 9. [Je souligne; par. 34.]

[51] Comme le signale le professeur Mullan, l'autre solution — soit celle qui consiste à appliquer la norme de la décision correcte chaque fois que des valeurs consacrées par la *Charte* sont en cause — aurait essentiellement pour effet que des décisions administratives qui auraient autrement été révisées suivant la norme de la décision raisonnable seraient « jugées à nouveau » :

> [TRADUCTION] Si tous les contextes relatifs à la *Charte* devaient commander l'examen de la justesse de la décision, même en ce qui concerne les questions de fait et l'application du droit aux conclusions de fait, cela pourrait avoir pour effet de conférer aux tribunaux judiciaires le rôle de cours d'appel *de novo* à l'égard de tous les tribunaux administratifs appelés à rendre des décisions qui toucheront immanquablement des droits ou libertés garantis par la *Charte*, tels les commissions de révision ou de libération conditionnelle, les comités de discipline de pénitenciers, les autorités de protection de l'enfance, etc. L'opportunité d'un tel interventionnisme judiciaire dans ces divers aspects du processus administratif est une question très délicate. [Je souligne; p. 145.]

2012 SCC 12 (CanLII)

[52] So our choice is between saying that every time a party argues that *Charter* values are implicated on judicial review, a reasonableness review is transformed into a correctness one, or saying that while both tribunals and courts can interpret the *Charter*, the administrative decision-maker has the necessary specialized expertise and discretionary power in the area where the *Charter* values are being balanced.

[53] The decisions of legal disciplinary bodies offer a good example of the problem of applying a correctness review whenever *Charter* values are implicated. Most breaches of art. 2.03 of the *Code of ethics* calling for "objectivity, moderation and dignity", necessarily engage the expressive rights of lawyers. That would mean that most exercises of disciplinary discretion under this provision would be transformed from the usual reasonableness review to one for correctness.

[54] Nevertheless, as McLachlin C.J. noted in *Catalyst*, "reasonableness must be assessed in the context of the particular type of decision making involved and all relevant factors. It is an essentially contextual inquiry" (para. 18). Deference is still justified on the basis of the decision-maker's expertise and its proximity to the facts of the case. Even where *Charter* values are involved, the administrative decision-maker will generally be in the best position to consider the impact of the relevant *Charter* values *on the specific facts of the case*. But both decision-makers and reviewing courts must remain conscious of the fundamental importance of *Charter* values in the analysis.

[52] Donc, nous avons le choix entre, d'une part, affirmer que, chaque fois qu'une partie prétend que des valeurs consacrées par la *Charte* sont en cause dans le cadre d'une révision judiciaire, un examen suivant la norme de la décision correcte doit se substituer à celui suivant la norme de la décision raisonnable ou, d'autre part, affirmer que, bien que les tribunaux et les cours de justice puissent interpréter la *Charte*, le décideur administratif possède l'expertise particulière exigée et le pouvoir discrétionnaire voulu dans le domaine où les valeurs consacrées par la *Charte* sont mises en balance.

[53] Les décisions d'organismes disciplinaires qui œuvrent relativement aux professions juridiques fournissent un bon exemple des problèmes que pose la révision judiciaire suivant la norme de la décision correcte dès lors que des valeurs consacrées par la *Charte* sont en cause. Le droit à la liberté d'expression des avocats est nécessairement en jeu dans la plupart des contraventions à l'art. 2.03 du *Code de déontologie*, qui exige que les avocats aient une conduite empreinte « d'objectivité, de modération et de dignité ». Il s'ensuit que la révision du caractère raisonnable normalement effectuée à l'égard de la plupart des décisions disciplinaires discrétionnaires fondées sur cette disposition deviendrait un contrôle de la justesse.

[54] Quoi qu'il en soit, comme la juge en chef McLachlin l'a souligné dans *Catalyst*, « le caractère raisonnable de la décision s'apprécie dans le contexte du type particulier de processus décisionnel en cause et de l'ensemble des facteurs pertinents. Il s'agit essentiellement d'une analyse contextuelle » (par. 18). Il continue donc à être justifié de faire preuve de déférence à l'endroit du décideur administratif compte tenu de son expertise et de sa proximité aux faits de la cause puisque, même quand les valeurs consacrées par la *Charte* sont en jeu, il sera généralement le mieux placé pour juger de l'incidence des valeurs pertinentes de ce type *au regard des faits précis de l'affaire*. Cela étant dit, tant les décideurs que les tribunaux qui procèdent à la révision de leurs décisions doivent analyser les questions qui leur sont soumises en gardant à l'esprit l'importance fondamentale des valeurs consacrées par la *Charte*.

2012 SCC 12 (CanLII)

[55] How then does an administrative decision-maker apply *Charter* values in the exercise of statutory discretion? He or she balances the *Charter* values with the statutory objectives. In effecting this balancing, the decision-maker should first consider the statutory objectives. In *Lake*, for instance, the importance of Canada's international obligations, its relationships with foreign governments, and the investigation, prosecution and suppression of international crime justified the *prima facie* infringement of mobility rights under s. 6(1) (para. 27). In *Pinet*, the twin goals of public safety and fair treatment grounded the assessment of whether an infringement of an individual's liberty interest was justified (para. 19).

[56] Then the decision-maker should ask how the *Charter* value at issue will best be protected in view of the statutory objectives. This is at the core of the proportionality exercise, and requires the decision-maker to balance the severity of the interference of the *Charter* protection with the statutory objectives. This is where the role of judicial review for reasonableness aligns with the one applied in the *Oakes* context. As this Court recognized in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 160, "courts must accord some leeway to the legislator" in the *Charter* balancing exercise, and the proportionality test will be satisfied if the measure "falls within a range of reasonable alternatives". The same is true in the context of a review of an administrative decision for reasonableness, where decision-makers are entitled to a measure of deference so long as the decision, in the words of *Dunsmuir*, "falls within a range of possible, acceptable outcomes" (para. 47).

[57] On judicial review, the question becomes whether, in assessing the impact of the relevant *Charter* protection and given the nature of the

[55] Comment un décideur administratif applique-t-il donc les valeurs consacrées par la *Charte* dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire que lui confère la loi? Il ou elle met en balance ces valeurs et les objectifs de la loi. Lorsqu'il procède à cette mise en balance, le décideur doit d'abord se pencher sur les objectifs en question. Dans *Lake*, par exemple, l'importance des obligations internationales du Canada, ses relations avec les gouvernements étrangers ainsi que l'enquête, la poursuite et la répression du crime à l'échelle internationale justifiait, *prima facie*, la violation de la liberté de circulation visée au par. 6(1) (par. 27). Dans *Pinet*, c'est le double objectif de protection de la sécurité du public et de traitement équitable qui a fondé l'évaluation de la violation du droit à la liberté pour déterminer si elle était justifiée (par. 19).

[56] Ensuite, le décideur doit se demander comment protéger au mieux la valeur en jeu consacrée par la *Charte* compte tenu des objectifs visés par la loi. Cette réflexion constitue l'essence même de l'analyse de la proportionnalité et exige que le décideur mette en balance la gravité de l'atteinte à la valeur protégée par la *Charte*, d'une part, et les objectifs que vise la loi, d'autre part. C'est à cette étape que le rôle de la révision judiciaire visant à juger du caractère raisonnable de la décision s'apparente à celui de l'analyse effectuée dans le contexte de l'application du test de l'arrêt *Oakes*. Comme la Cour l'a reconnu dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 160, « les tribunaux doivent accorder une certaine latitude au législateur » lorsqu'ils procèdent à une mise en balance au regard de la *Charte* et il sera satisfait au test de proportionnalité si la mesure « se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables ». Il en est de même dans le contexte de la révision d'une décision administrative pour en évaluer le caractère raisonnable où il convient de faire preuve d'une certaine déférence à l'endroit des décideurs à condition que la décision, comme l'affirme la Cour dans *Dunsmuir*, « [appartienne] aux issues possibles acceptables » (par. 47).

[57] Dans le contexte d'une révision judiciaire, il s'agit donc de déterminer si — en évaluant l'incidence de la protection pertinente offerte par la

2012 SCC 12 (CanLII)

decision and the statutory and factual contexts, the decision reflects a proportionate balancing of the *Charter* protections at play. As LeBel J. noted in *Multani*, when a court is faced with reviewing an administrative decision that implicates *Charter* rights, "[t]he issue becomes one of proportionality" (para. 155), and calls for integrating the spirit of s. 1 into judicial review. Though this judicial review is conducted within the administrative framework, there is nonetheless conceptual harmony between a reasonableness review and the *Oakes* framework, since both contemplate giving a "margin of appreciation", or deference, to administrative and legislative bodies in balancing *Charter* values against broader objectives.

Charte et compte tenu de la nature de la décision et des contextes légal et factuel — la décision est le fruit d'une mise en balance proportionnée des droits en cause protégés par la *Charte*. Comme le juge LeBel l'a souligné dans *Multani*, lorsqu'une cour est appelée à réviser une décision administrative qui met en jeu les droits protégés par la *Charte*, « [l]a question se réduit à un problème de proportionnalité » (par. 155) et requiert d'intégrer l'esprit de l'article premier dans la révision judiciaire. Même si cette révision judiciaire est menée selon le cadre d'analyse du droit administratif, il existe néanmoins une harmonie conceptuelle entre l'examen du caractère raisonnable et le cadre d'analyse préconisé dans *Oakes* puisque les deux démarches supposent de donner une « marge d'appréciation » aux organes administratifs ou législatifs ou de faire preuve de déférence à leur égard lors de la mise en balance des valeurs consacrées par la *Charte*, d'une part, et les objectifs plus larges, d'autre part.

[58] If, in exercising its statutory discretion, the decision-maker has properly balanced the relevant *Charter* value with the statutory objectives, the decision will be found to be reasonable.

[58] Si, en exerçant son pouvoir discrétionnaire, le décideur a correctement mis en balance la valeur pertinente consacrée par la *Charte* et les objectifs visés par la loi, sa décision sera jugée raisonnable.

Application

Application

[59] The *Charter* value at issue in this appeal is expression, and, specifically, how it should be applied in the context of a lawyer's professional duties.

[59] En l'espèce, la valeur en jeu consacrée par la *Charte* est la liberté d'expression et la question à trancher est, plus précisément, celle de savoir comment cette liberté devrait pouvoir s'exercer dans le contexte des obligations professionnelles de l'avocat.

[60] At the relevant time, art. 2.03 of the *Code of ethics* (now modified as art. 2.00.01, O.C. 351-2004, (2004) 136 G.O. II, 1272) stated that "[t]he conduct of an advocate must bear the stamp of objectivity, moderation and dignity". This provision, whose constitutionality is not impugned before us, sets out a series of broad standards that are open to a wide range of interpretations. The determination of whether the actions of a lawyer violate art. 2.03 in a given case is left entirely to the Disciplinary Council's discretion.

[60] Au moment des faits, l'art. 2.03 du *Code de déontologie* (maintenant l'art. 2.00.01, décret 351-2004, (2004) 136 G.O. II, 1840) portait que « [l]a conduite de l'avocat doit être empreinte d'objectivité, de modération et de dignité ». Cette disposition, dont la constitutionnalité n'est pas attaquée devant nous, établit un ensemble de normes générales se prêtant à une multitude d'interprétations. La question de savoir si, dans un cas donné, la conduite d'un avocat contrevient à l'art. 2.03, est entièrement laissée à l'appréciation discrétionnaire du Comité de discipline.

2012 SCC 12 (CanLII)

[61] No party in this dispute challenges the importance of professional discipline to prevent incivility in the legal profession, namely "potent displays of disrespect for the participants in the justice system, beyond mere rudeness or discourtesy" (Michael Code, "Counsel's Duty of Civility: An Essential Component of Fair Trials and an Effective Justice System" (2007), 11 *Can. Crim. L.R.* 97, at p. 101; see also Gavin MacKenzie, *Lawyers and Ethics: Professional Responsibility and Discipline* (5th ed. 2009), at p. 8-1). The duty to encourage civility, "both inside and outside the courtroom", rests with the courts and with lawyers (*R. v. Felderhof* (2003), 68 O.R. (3d) 481 (C.A.), at para. 83).

[62] As a result, rules similar to art. 2.03 are found in codes of ethics that govern the legal profession throughout Canada. The Canadian Bar Association's *Code of Professional Conduct* (2009), for example, states that a "lawyer should at all times be courteous, civil, and act in good faith to the court or tribunal and to all persons with whom the lawyer has dealings in the course of an action or proceeding" (c. IX, at para. 16; see also Law Society of Upper Canada, *Rules of Professional Conduct* (updated 2011), r. 6.03(5)).

[63] But in dealing with the appropriate boundaries of civility, the severity of the conduct must be interpreted in light of the expressive rights guaranteed by the *Charter*, and, in particular, the public benefit in ensuring the right of lawyers to express themselves about the justice system in general and judges in particular (MacKenzie, at p. 26-1; *R. v. Kopyto* (1987), 62 O.R. (2d) 449 (C.A.); and *Attorney-General v. Times Newspapers Ltd.*, [1974] A.C. 273 (H.L.)).

[64] In *Histed v. Law Society of Manitoba*, 2007 MBCA 150, 225 Man. R. (2d) 74, where Steel J.A. upheld a disciplinary decision resulting from a lawyer's criticism of a judge, the critical role played by lawyers in assuring the accountability of the judiciary was acknowledged:

[61] Nul ne conteste, en l'espèce, l'importance que revêtent les règles déontologiques pour la prévention de l'incivilité dans la profession juridique, à savoir [TRADUCTION] « les manifestations flagrantes d'irrespect pour les participants au système de justice, qui dépassent la simple impolitesse ou discourtoisie » (Michael Code, « Counsel's Duty of Civility : An Essential Component of Fair Trials and an Effective Justice System » (2007), 11 *Rev. can. D.P.* 97, p. 101; voir aussi Gavin MacKenzie, *Lawyers and Ethics : Professional Responsibility and Discipline* (5e éd. 2009), p. 8-1). C'est aux tribunaux et aux avocats qu'incombe le devoir de promouvoir la civilité [TRADUCTION] « tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de la salle d'audience » (*R. c. Felderhof* (2003), 68 O.R. (3d) 481 (C.A.), par. 83).

[62] On trouve donc des règles analogues à l'art. 2.03 dans tous les codes de déontologie régissant la profession juridique au Canada. Par exemple, le *Code de déontologie professionnelle* (2009) de l'Association du Barreau canadien énonce que « [l]'avocat doit faire preuve de courtoisie et de civilité et agir de bonne foi envers le tribunal judiciaire ou administratif et toutes les personnes avec qui il interagit en cours d'instance ou de procès » (ch. IX, par. 16; voir aussi le *Code de déontologie* du Barreau du Haut-Canada (mis à jour en 2011), règle 6.03(5)).

[63] Toutefois, lorsqu'il s'agit de déterminer quand un comportement passe les bornes de la civilité, il faut tenir compte du droit à la liberté d'expression garanti par la *Charte* et, plus particulièrement, des avantages que procure à l'ensemble de la population l'exercice par les avocats du droit de s'exprimer au sujet du système de justice en général et au sujet des juges en particulier (MacKenzie, p. 26-1; *R. c. Kopyto* (1987), 62 O.R. (2d) 449 (C.A.); et *Attorney-General c. Times Newspapers Ltd.*, [1974] A.C. 273 (H.L.)).

[64] Dans *Histed c. Law Society of Manitoba*, 2007 MBCA 150, 225 Man. R. (2d) 74, la juge Steel a maintenu une décision disciplinaire relative à la critique d'un juge par un avocat et a reconnu le rôle primordial qu'assument les avocats en matière de responsabilité judiciaire :

2012 SCC 12 (CanLII)

Not only should the judiciary be accountable and open to criticism, but lawyers play a very unique role in ensuring that accountability. As professionals with special expertise and officers of the court, lawyers are under a special responsibility to exercise fearlessness in front of the courts. They must advance their cases courageously, and this may result in criticism of proceedings before or decisions by the judiciary. The lawyer, as an intimate part of the legal system, plays a pivotal role in ensuring the accountability and transparency of the judiciary. To play that role effectively, he/she must feel free to act and speak without inhibition and with courage when the circumstances demand it. [Emphasis added; para. 71.]

[65] Proper respect for these expressive rights may involve disciplinary bodies tolerating a degree of discordant criticism. As the Ontario Court of Appeal observed in a different context in *Kopyto*, the fact that a lawyer is criticizing a judge, a tenured and independent participant in the justice system, may raise, not lower, the threshold for limiting a lawyer's expressive rights under the *Charter*. This does not by any means argue for an unlimited right on the part of lawyers to breach the legitimate public expectation that they will behave with civility.

[66] We are, in other words, balancing the fundamental importance of open, and even forceful, criticism of our public institutions with the need to ensure civility in the profession. Disciplinary bodies must therefore demonstrate that they have given due regard to the importance of the expressive rights at issue, both in light of an individual lawyer's right to expression and the public's interest in open discussion. As with all disciplinary decisions, this balancing is a fact-dependent and discretionary exercise.

[67] In this case, the 21-day suspension imposed on Mr. Doré is not before this Court, since Mr. Doré did not appeal it either to the Court of Appeal or to this Court. All we have been asked to determine is

[TRADUCTION] Non seulement les juges doivent-ils répondre de leurs actions et accepter la critique, mais les avocats jouent un rôle privilégié dans l'actualisation de cette responsabilité. En tant que professionnels spécialisés et officiers de justice, les avocats ont une obligation particulière d'intrépidité devant les tribunaux. Ils doivent plaider avec courage, ce qui peut les amener à critiquer le déroulement d'une instance ou une décision. Faisant partie intégrante du système de justice, les avocats jouent un rôle crucial dans l'actualisation de la responsabilité et de la transparence judiciaires. Pour s'acquitter efficacement de ce rôle, ils doivent se sentir libres d'agir et de parler sans contrainte et avec courage lorsque les circonstances l'exigent. [Je souligne; par. 71.]

[65] Il peut découler du respect qui est dû à ce droit à la liberté d'expression que des organismes disciplinaires tolèrent certaines critiques acérées. Comme la Cour d'appel de l'Ontario l'a signalé dans le contexte différent de l'arrêt *Kopyto*, le fait qu'un avocat critique un juge, un acteur indépendant et nommé à titre inamovible du système de justice, pourrait hausser, et non abaisser, le seuil au-delà duquel il convient de limiter l'exercice par un avocat du droit à la liberté d'expression que lui garantit la *Charte*. Cela étant dit, il ne faut surtout pas voir là d'argument pour un droit illimité des avocats de faire fi de la civilité que la société est en droit d'attendre d'eux.

[66] Autrement dit, les valeurs mises en balance sont, d'une part, l'importance fondamentale d'une critique ouverte et même vigoureuse de nos institutions publiques et, d'autre part, la nécessité d'assurer la civilité dans l'exercice de la profession juridique. Les organes disciplinaires doivent donc démontrer qu'ils ont dûment tenu compte de l'importance des droits d'expression en cause, tant dans la perspective du droit d'expression individuel des avocats que dans celle de l'intérêt public à l'ouverture des débats. Comme pour toutes les décisions disciplinaires, cette mise en balance dépend des faits et suppose l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

[67] En l'espèce, la Cour n'est pas saisie de la sanction infligée à Me Doré, soit une suspension de son droit de pratique durant 21 jours, puisque ce dernier n'en a pas fait appel ni en Cour d'appel ni

2012 SCC 12 (CanLII)

whether the Disciplinary Council's conclusion that a reprimand was warranted under art. 2.03 of the *Code of ethics* was a reasonable one. To make that assessment, we must consider whether this result reflects a proportionate application of the statutory mandate with Mr. Doré's expressive rights.

[68] Lawyers potentially face criticisms and pressures on a daily basis. They are expected by the public, on whose behalf they serve, to endure them with civility and dignity. This is not always easy where the lawyer feels he or she has been unfairly provoked, as in this case. But it is precisely when a lawyer's equilibrium is unduly tested that he or she is particularly called upon to behave with transcendent civility. On the other hand, lawyers should not be expected to behave like verbal eunuchs. They not only have a right to speak their minds freely, they arguably have a duty to do so. But they are constrained by their profession to do so with dignified restraint.

[69] A reprimand for a lawyer does not automatically flow from criticizing a judge or the judicial system. As discussed, such criticism, even when it is expressed robustly, can be constructive. However in the context of disciplinary hearings, such criticism will be measured against the public's reasonable expectations of a lawyer's professionalism. As the Disciplinary Council found, Mr. Doré's letter was outside those expectations. His displeasure with Justice Boilard was justifiable, but the extent of the response was not.

[70] The Disciplinary Council recognized that a lawyer must have [TRANSLATION] "total liberty and independence in the defence of a client's rights", and "has the right to respond to criticism or remarks addressed to him by a judge", a right which the Council recognized "can suffer no

devant la Cour. Nous sommes uniquement appelés à déterminer si la conclusion du Comité de discipline selon laquelle il était justifié de le réprimander pour avoir contrevenu à l'art. 2.03 du *Code de déontologie* était raisonnable. Pour procéder à cette évaluation, nous devons examiner si ce résultat est le fruit d'une mise en balance proportionnée du mandat légal et du droit de M[e] Doré à la liberté d'expression.

[68] Les avocats sont susceptibles d'être critiqués et de subir des pressions quotidiennement. Le public, au nom de qui ils exercent, s'attend à ce que ces officiers de justice encaissent les coups avec civilité et dignité. Ce n'est pas toujours facile lorsque l'avocat a le sentiment qu'il a été injustement provoqué comme en l'espèce. Il n'en demeure pas moins que c'est précisément dans les situations où le sang froid de l'avocat est indûment testé qu'il est tout particulièrement appelé à adopter un comportement d'une civilité transcendante. Cela étant dit, on ne peut s'attendre à ce que les avocats se comportent comme des eunuques de la parole. Ils ont non seulement le droit d'exprimer leurs opinions librement, mais possiblement le devoir de le faire. Ils sont toutefois tenus par leur profession de s'exécuter avec une retenue pleine de dignité.

[69] Un avocat qui critique un juge ou le système judiciaire n'est pas automatiquement passible d'une réprimande. Comme nous en avons discuté, une telle critique, même exprimée sans ménagement, peut être constructive. Cependant, dans le contexte d'audiences disciplinaires, une telle critique sera évaluée à la lumière des attentes raisonnables du public quant au professionnalisme dont un avocat doit faire preuve. Comme l'a conclu le Comité de discipline, la lettre de M[e] Doré ne satisfait pas à ces attentes. Son mécontentement à l'égard du juge Boilard était légitime, mais la teneur de sa réponse ne l'était pas.

[70] Le Comité de discipline a reconnu que « [d]ans la poursuite de la défense des droits d'un client, l'avocat doit pouvoir jouir d'une totale liberté et indépendance » et a « le droit [. . .] de répondre à des critiques ou des remarques qui lui sont adressées par un juge », un droit qui, comme

2012 SCC 12 (CanLII)

restrictions when it is a question of defending clients' rights before the courts" (paras. 68-70). It was also "conscious" of the fact that art. 2.03 may constitute a restriction on a lawyer's expressive rights (para. 79). But where, as here, the judge was called [TRANSLATION] "loathsome", arrogant and "fundamentally unjust" and was accused by Mr. Doré of "hid[ing] behind [his] status like a coward"; having a "chronic inability to master any social skills"; being "pedantic, aggressive and petty in [his] daily life"; having "obliterate[d] any humanity from [his] judicial position"; having "non-existent listening skills"; having a "propensity to use [his] court — where [he] lack[s] the courage to hear opinions contrary to [his] own — to launch ugly, vulgar, and mean personal attacks", which "not only confirms that [he is] as loathsome as suspected, but also casts shame on [him] as a judge"; and being "[un]able to face [his] detractors without hiding behind [his] judicial position", the Council concluded that the [TRANSLATION] "generally accepted norms of moderation and dignity" were "overstepped" (para. 86).

l'a reconnu le Comité ne « prête à aucune concession lorsqu'il est question de défendre les droits des individus devant les tribunaux » (par. 68-70). Le Comité de discipline était aussi « conscient » du fait que l'art. 2.03 pouvait constituer une restriction à la liberté d'expression d'un avocat (par. 79). Mais lorsque, comme dans le cas présent, le juge a été traité d'« être exécrable », arrogant et « foncièrement injuste », et a été accusé par Me Doré de se « cach[er] lâchement derrière [son] statut », d'avoir une « incapacité chronique à maîtriser quelque aptitude sociale », d'« adopter un comportement pédant, hargneux et mesquin dans [sa] vie de tous les jours », d'avoir « évacu[é] toute humanité de [sa] magistrature », d'avoir une « capacité d'écoute à toutes fins pratiques nulle », d'avoir une « propension à [se] servir de [sa] tribune — de laquelle [il] n'[a] pas le courage de faire face à l'expression d'opinions contraires aux [siennes] — pour [s']adonner à des attaques personnelles d'une mesquinerie à ce point repoussante qu'elles en sont vulgaires » ce qui « non seulement confirme [*sic*] l'être exécrable qu'on devine mais encore, font de [sa] magistrature une honte », et d'être incapable « en l'absence de [son] paravent judiciaire, [. . .] de faire face à [ses] détracteurs », le Comité de discipline a conclu que « la norme de modération et de dignité généralement acceptée » a été « outrepassée » (par. 86).

[71] In the circumstances, the Disciplinary Council found that Mr. Doré's letter warranted a reprimand. In light of the excessive degree of vituperation in the letter's context and tone, this conclusion cannot be said to represent an unreasonable balance of Mr. Doré's expressive rights with the statutory objectives.

[71] Dans les circonstances, le Comité de discipline a conclu que la lettre de Me Doré justifiait qu'il fasse l'objet d'une réprimande. À la lumière du degré excessif de vitupération dans le contenu de la lettre et de son ton, on ne peut prétendre que cette conclusion est le fruit d'une mise en balance déraisonnable du droit à la liberté d'expression de Me Doré, d'une part, et des objectifs visés par la loi, d'autre part.

[72] I would dismiss the appeal with costs.

[72] En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Appeal dismissed with costs.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Solicitor for the appellant: Sophie Dormeau, Outremont.

Procureur de l'appelant : Sophie Dormeau, Outremont.

2012 SCC 12 (CanLII)

Solicitors for the respondent Pierre Bernard, in his capacity as Assistant Syndic of the Barreau du Québec: Mercier Leduc, Montréal.

Solicitor for the respondents Tribunal des professions and the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Sainte-Foy.

Solicitors for the intervener the Federation of Law Societies of Canada: BCF, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Osler, Hoskin & Harcourt, Montréal.

Solicitors for the intervener the Young Bar Association of Montreal: Irving Mitchell Kalichman, Westmount.

Procureurs de l'intimé Pierre Bernard, ès qualités de syndic adjoint du Barreau du Québec : Mercier Leduc, Montréal.

Procureur des intimés le Tribunal des professions et le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Sainte-Foy.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada : BCF, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Osler, Hoskin & Harcourt, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Jeune Barreau de Montréal : Irving Mitchell Kalichman, Westmount.

2012 SCC 12 (CanLII)



SUPREME COURT OF CANADA

2017 SCC 33 (CanLII)

CITATION: Douez *v.* Facebook, Inc., 2017 SCC 33, [2017] 1 S.C.R. 751

APPEAL HEARD: November 4, 2016
JUDGMENT RENDERED: June 23, 2017
DOCKET: 36616

BETWEEN:

Deborah Louise Douez
Appellant

and

Facebook, Inc.
Respondent

- and -

Canadian Civil Liberties Association, Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic, Information Technology Association of Canada and Interactive Advertising Bureau of Canada
Interveners

CORAM: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Côté JJ.

JOINT REASONS FOR JUDGMENT: (paras. 1 to 77)	Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.
REASONS CONCURRING IN THE RESULT: (paras. 78 to 118)	Abella J.
JOINT DISSENTING REASONS: (paras. 119 to 177)	McLachlin C.J. and Côté J. (Moldaver J. concurring)

Deborah Louise Douez *Appellant*

v.

Facebook, Inc. *Respondent*

and

Canadian Civil Liberties Association,
Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic,
Information Technology Association of Canada and
Interactive Advertising Bureau of Canada *Interveners*

Indexed as: Douez *v.* Facebook, Inc.

2017 SCC 33

File No.: 36616.

2016: November 4; 2017: June 23.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Côté JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

2017 SCC 33 (CanLII)

2017 SCC 33 (CanLII)

Private international law — Courts — Jurisdiction — Choice of forum — Forum selection clauses — Consumer contract of adhesion — Company with head office in California operating online social network — Company's terms of use containing forum selection clause in favour of California courts — Resident of British Columbia and member of company's online social network bringing action against company in British Columbia relying on statutory tort pursuant to British Columbia's Privacy Act — Whether action should be stayed on basis of forum selection clause contained in terms of use — Common law test for forum selection clauses applied in consumer context — Whether analysis of forum selection clauses should be subsumed under forum non conveniens test adopted in s. 11 of the Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act — Privacy Act, R.S.B.C. 1996, c. 373, s. 4 — Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act, S.B.C. 2003, c. 28, s. 11.

Privacy — Courts — Jurisdiction — British Columbia's Privacy Act providing that despite anything contained in another Act, actions under Privacy Act must be heard and determined by Supreme Court of that province — Statute silent on contractual provisions — Whether Privacy Act overrides forum selection clauses — Privacy Act, R.S.B.C. 1996, c. 373, s. 4.

Facebook, an American corporation headquartered in California, operates one of the world's leading social networks and generates most of its revenues from advertising. D is a resident of British Columbia and has been a member of Facebook since 2007. In 2011, Facebook created a new advertising product called "Sponsored

Stories", which used the name and picture of Facebook members to advertise companies and products to other members. D brought an action in British Columbia against Facebook alleging that it used her name and likeness without consent for the purposes of advertising, in contravention to s. 3(2) of British Columbia's *Privacy Act*. D also seeks certification of her action as a class proceeding under the *Class Proceedings Act*. The proposed class includes all British Columbia residents who had their name or picture used in Sponsored Stories. The estimated size of the class is 1.8 million people.

Under s. 4 of the *Privacy Act*, actions under the Act must be heard in the British Columbia Supreme Court. However, as part of the registration process, all potential users of Facebook must agree to its terms of use which include a forum selection and choice of law clause requiring that disputes be resolved in California according to California law.

Facebook brought a preliminary motion to stay the action on the basis of this forum selection clause. The chambers judge declined to enforce the clause and certified the class action. The British Columbia Court of Appeal reversed the stay decision of the chambers judge on the basis that Facebook's forum selection clause was enforceable and that D failed to show strong cause not to enforce it. This rendered the certification issue moot and the court declined to address it.

Held (McLachlin C.J., Moldaver and Côté JJ. dissenting): The appeal should be allowed. The forum selection clause is unenforceable. The chambers

2017 SCC 33 (CanLII)

judge's order dismissing Facebook's application to have the Supreme Court of British Columbia decline jurisdiction is restored.

Per Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.: In the absence of legislation to the contrary, the common law test for forum selection clauses established in *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, 2003 SCC 27, [2003] 1 S.C.R. 450, continues to apply and provides the analytical framework for this case. The *forum non conveniens* test adopted in the *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act* ("*CJPTA*") was not intended to replace the common law test for forum selection clauses. The analysis of forum selection clauses thus remains separate, despite the enactment of the *CJPTA*.

Forum selection clauses serve a valuable purpose and are commonly used and regularly enforced. However, forum selection clauses divert public adjudication of matters out of the provinces, and court adjudication in each province is a public good. Because forum selection clauses encroach on the public sphere of adjudication, Canadian courts do not simply enforce them like any other clause. Where no legislation overrides the forum selection clause, the two-step approach set out in *Pompey* applies to determine whether to enforce a forum selection clause and stay an action brought contrary to it. At the first step, the party seeking a stay must establish that the clause is valid, clear and enforceable and that it applies to the cause of action before the court. If this party succeeds, the onus shifts to the plaintiff who must show strong cause why the court should not enforce the forum selection clause and stay the action. At this second step of the test, a court must consider all the circumstances,

2017 SCC 33 (CanLII)

including the convenience of the parties, fairness between the parties and the interests of justice. Public policy may also be a relevant factor at this step. The strong cause factors have been interpreted and applied restrictively in the commercial context, but commercial and consumer relationships are very different. Irrespective of the formal validity of the contract, the consumer context may provide strong reasons not to enforce forum selection clauses. Thus, the *Pompey* strong cause factors should be modified in the consumer context to account for the different considerations relevant to this context. When considering whether it is reasonable and just to enforce an otherwise binding forum selection clause in a consumer contract, courts should take account of all the circumstances of the particular case, including public policy considerations relating to the gross inequality of bargaining power between the parties and the nature of the rights at stake.

As the Court recognized in *Pompey*, legislative provisions can override forum selection clauses. In the present case, s. 4 of the *Privacy Act* lacks the clear and specific language that legislatures normally use to override forum selection clauses. While the legislature intended s. 4 of the *Privacy Act* to confer jurisdiction to the British Columbia Supreme Court to resolve matters brought under the Act, nothing suggests that it was also intended to override forum selection clauses.

With respect to the first step of the *Pompey* test, the forum selection clause contained in Facebook's terms of use is enforceable. At the second step of the test, however, D has met her burden of establishing that there is strong cause not to

2017 SCC 33 (CanLII)

enforce the forum selection clause. A number of different factors, when considered cumulatively, support a finding of strong cause. Most importantly, the claim involves a consumer contract of adhesion between an individual consumer and a large corporation and a statutory cause of action implicating the quasi-constitutional privacy rights of British Columbians. It is clear from the evidence that there was gross inequality of bargaining power between the parties. Individual consumers in this context are faced with little choice but to accept Facebook's terms of use. Additionally, Canadian courts have a greater interest in adjudicating cases impinging on constitutional and quasi-constitutional rights because these rights play an essential role in a free and democratic society and embody key Canadian values. This matter requires an interpretation of a statutory privacy tort and only a local court's interpretation of privacy rights under the *Privacy Act* will provide clarity and certainty about the scope of the rights to others in the province. Overall, these public policy concerns weigh heavily in favour of strong cause.

Two other secondary factors also suggest that the forum selection clause should not be enforced. First, even assuming that a California court could or would apply the *Privacy Act*, the interests of justice support having the action adjudicated by the British Columbia Supreme Court. The lack of evidence concerning whether a California court would hear D's claim is not determinative. The British Columbia Supreme Court, as compared to a California one, is better placed to assess the purpose and intent of the legislation and to decide whether public policy or legislative intent prevents parties from opting out of rights created by the *Privacy Act* through a choice

2017 SCC 33 (CanLII)

of law clause in favour of a foreign jurisdiction. Second, the expense and inconvenience of requiring British Columbian individuals to litigate in California, compared to the comparative expense and inconvenience to Facebook, further supports a finding of strong cause. The chambers judge found it would be more convenient to have Facebook's books and records made available for inspection in British Columbia than requiring D to travel to California to advance her claim. There is no reason to disturb this finding.

Per Abella J.: This is an online consumer contract of adhesion. To become a member of Facebook, a consumer must accept all the terms stipulated in the terms of use, including the forum selection clause. No bargaining, no choice, no adjustments. The automatic nature of the commitments made with online contracts intensifies the scrutiny for clauses that have the effect of impairing a consumer's access to potential remedies.

The operative test in *Pompey* for determining whether to enforce a forum selection clause engages two distinct inquiries. The first is into whether the clause is enforceable under contractual doctrines like public policy, duress, fraud, unconscionability or grossly uneven bargaining positions. If the clause is enforceable, the onus shifts to the consumer to show "strong cause" why the clause should not be enforced because of factors typically considered under the *forum non conveniens* doctrine. Keeping the two *Pompey* inquiries distinct means that before the onus shifts, the focus starts where it should, namely on whether the contract or clause itself is

2017 SCC 33 (CanLII)

enforceable based on basic contractual principles.

In this case, the forum selection clause is unenforceable under the first step of the *Pompey* test applying contractual principles.

The burdens of forum selection clauses on consumers and their ability to access the court system range from added costs, logistical impediments and delays, to deterrent psychological effects. When online consumer contracts of adhesion contain terms that unduly impede the ability of consumers to vindicate their rights in domestic courts, particularly their quasi-constitutional or constitutional rights, public policy concerns outweigh those favouring enforceability of a forum selection clause.

Public policy concerns relating to access to domestic courts are especially significant in this case given that it deals with a fundamental right: privacy. Section 4 of British Columbia's *Privacy Act* states that the particular protections in the *Act* "must be heard and determined by the Supreme Court" despite anything contained in another Act. This is statutory recognition that privacy rights under the *Act* are entitled to protection in British Columbia by judges of the British Columbia Supreme Court. It would be contrary to public policy to enforce a forum selection clause in a consumer contract that has the effect of depriving a party of access to a statutorily mandated court.

Tied to the public policy concerns is the "grossly uneven bargaining power" of the parties. Facebook is a multi-national corporation which operates in

2017 SCC 33 (CanLII)

dozens of countries. D is a private citizen who had no input into the terms of the contract and, in reality, no meaningful choice as to whether to accept them given Facebook's undisputed indispensability to online conversations.

The doctrine of unconscionability also applies in this case to render the forum selection clause unenforceable. Both elements required for the doctrine of unconscionability to apply — inequality of bargaining power and unfairness — are met in this case. The inequality of bargaining power between Facebook and D in an online contract of adhesion gave Facebook the unilateral ability to require that any legal grievances D had could not be vindicated in British Columbia where the contract was made, but only in California where Facebook has its head office. This gives Facebook an unfair and overwhelming procedural — and potentially substantive — benefit.

Per McLachlin C.J. and Moldaver and Côté JJ. (dissenting): When parties agree to a jurisdiction for the resolution of disputes, courts will give effect to that agreement, unless the claimant establishes strong cause for not doing so. In this case, D has not shown strong cause for not enforcing the forum selection clause to which she agreed. Therefore, the action must be tried in California, as the contract requires, and a stay of the underlying claim should be entered.

Section 11 of the *CJPTA* does not apply to oust forum selection clauses. Pursuant to *Pompey*, where the parties have agreed in advance to a choice of forum, there is no need to inquire into which of the two forums is the more convenient; the

2017 SCC 33 (CanLII)

parties have settled the matter by their contract, unless the contractual clause is invalid or inapplicable or should not be applied because the plaintiff has shown strong cause not to do so. A unified test that would apply forum selection clauses as an element of the *forum non conveniens* test should be rejected. While the *CJPTA* is a complete codification of the common law related to *forum non conveniens*, it does not supplant the common law principles underlying the enforcement of forum selection clauses. If the test in *Pompey* is satisfied and the forum selection clause is inapplicable, the result is a situation where there are two competing possibilities for forum. At this point, the *CJPTA* which codifies the common law provisions for *forum non conveniens* applies. In this case, the test in *Pompey* is not satisfied and therefore s. 11 of the *CJPTA* does not assist D.

With respect to the first step of the *Pompey* test, Facebook has discharged the burden of establishing that the forum selection clause is enforceable and applies in the circumstances: it is established that an enforceable contract may be formed by clicking an appropriately designated online icon; the contract on its face is clear and there is no inconsistency between a commitment to strive to apply local laws and an agreement that disputes will be tried in California; and finally, s. 4 of the *Privacy Act* grants the Supreme Court of British Columbia subject matter jurisdiction over *Privacy Act* claims to the exclusion of other British Columbia courts but nothing in the language of s. 4 suggests that it can render an otherwise valid contractual term unenforceable.

2017 SCC 33 (CanLII)

While the court can refuse to enforce otherwise valid contractual provisions that offend public policy, the party seeking to avoid enforcement of the clause must prove the existence of an overriding public policy that outweighs the very strong public interest in the enforcement of contracts. No such overriding public policy is found on the facts of this case. Forum selection clauses, far from being unconscionable or contrary to public policy, are supported by strong policy considerations. They serve an important role of increasing certainty and predictability in transactions that take place across borders. And, the fact that a contract is in standard form does not affect the validity of such a clause. That is not to say that forum selection clauses will always be given effect by the courts. Burdens of distance or geography may render the application of a forum selection clause unfair in the circumstances. However, those considerations are relevant at the second step of *Pompey*, not the first. Here, the forum selection clause is valid and applicable and the first step of *Pompey* test has been met.

As to the second step of the *Pompey* test, requiring the plaintiff to demonstrate strong cause is essential for upholding certainty, order and predictability in private international law, especially in light of the proliferation of online services provided across borders. In this case, none of the circumstances relied on by D show strong cause why the forum selection clause should not be enforced. She has not shown that the facts in the case and the evidence to be adduced shifts the balance of convenience from the contracted state of California to British Columbia. Further, the British Columbia tort created by the *Privacy Act* does not require special expertise

2017 SCC 33 (CanLII)

and the courts of California have not been shown to be disadvantaged in interpreting the *Privacy Act* as compared with the Supreme Court of British Columbia. Nothing in D's situation suggests that the class action she wishes to commence could not be conducted in California just as easily as in British Columbia. There is also no suggestion that Facebook does not genuinely wish all litigation with users to take place in California. Finally, D has not shown that application of the forum selection clause would deprive her of a fair trial.

Applying the strong cause test in a nuanced manner or modifying the test to place the burden on the defendant in the context of consumer contracts of adhesion would amount to inappropriately overturning the Court's decision in *Pompey* and substituting new and different principles. Nuancing the strong cause test by considering the factor of the consumer's lack of bargaining power conflates the first step of the test set out in *Pompey* with the second step, in a way that profoundly alters the law endorsed in *Pompey*. It is at the first step that inequality of bargaining power is relevant. Inequality of bargaining power may lead to a clause being declared unconscionable – something not argued by D. In this case, Facebook has demonstrated that the forum selection clause is enforceable and D has failed to establish strong cause why the forum selection clause she agreed to should not be enforced.

Cases Cited

By Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.

2017 SCC 33 (CanLII)

Applied: *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, 2003 SCC 27, [2003] 1 S.C.R. 450; **referred to:** *Momentous.ca Corp. v. Canadian American Assn. of Professional Baseball Ltd.*, 2010 ONCA 722, 103 O.R. (3d) 467, aff'd 2012 SCC 9, [2012] 1 S.C.R. 359; *Teck Cominco Metals Ltd. v. Lloyd's Underwriters*, 2009 SCC 11, [2009] 1 S.C.R. 321; *Viroforce Systems Inc. v. R & D Capital Inc.*, 2011 BCCA 260, 336 D.L.R. (4th) 570; *Armoyan v. Armoyan*, 2013 NSCA 99, 334 N.S.R. (2d) 204; *Hudye Farms Inc. v. Canadian Wheat Board*, 2011 SKCA 137, 377 Sask. R. 146; *Frey v. BCE Inc.*, 2011 SKCA 136, 377 Sask. R. 156; *The Fehmarn*, [1958] 1 All E.R. 333; *Preymann v. Ayus Technology Corp.*, 2012 BCCA 30, 32 B.C.L.R. (5th) 391; *The "Eleftheria"*, [1969] 1 Lloyd's Rep. 237; *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)*, 2001 SCC 90, [2001] 3 S.C.R. 907; *Donohue v. Armco Inc.*, [2001] UKHL 64, [2002] 1 All E.R. 749; *Aldo Group Inc. v. Moneris Solutions Corp.*, 2013 ONCA 725, 118 O.R. (3d) 81; *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, 2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401; *Straus v. Decaire*, 2007 ONCA 854; *Expedition Helicopters Inc. v. Honeywell Inc.*, 2010 ONCA 351, 100 O.R. (3d) 241; *Stubbs v. ATS Applied Tech Systems Inc.*, 2010 ONCA 879, 272 O.A.C. 386; *Welex A.G. v. Rosa Maritime Limited (The "Epsilon Rosa")*, [2003] EWCA Civ 938, [2003] 2 Lloyd's Rep. 509; *The "Bergen" (No. 2)*, [1997] 2 Lloyd's Rep. 710; *Quinlan v. Safe International Försäkrings AB*, [2005] FCA 1362; *Incitec Ltd. v. Alkimos Shipping Corp.*, [2004] FCA 698, 206 A.L.R. 558; *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *80 Wellesley St. East Ltd. v. Fundy Bay Builders Ltd.*, [1972] 2 O.R. 280; *TCR Holding Corp. v. Ontario*, 2010 ONCA 233, 69 B.L.R. (4th) 175; *Kelly v. Human Rights Commission*

2017 SCC 33 (CanLII)

(P.E.I.), 2008 PESCAD 9, 276 Nfld. & P.E.I.R. 336; *Seidel v. TELUS Communications Inc.*, 2011 SCC 15, [2011] 1 S.C.R. 531; *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12; *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Endean v. British Columbia*, 2016 SCC 42, [2016] 2 S.C.R. 162; *Vita Food Products, Inc. v. Unus Shipping Co.*, [1939] A.C. 277; *Avenue Properties Ltd. v. First City Dev. Corp. Ltd.* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 45.

By Abella J.

Applied: *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, 2003 SCC 27, [2003] 1 S.C.R. 450; **referred to:** *The "Eleftheria"*, [1969] 1 Lloyd's Rep. 237; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733; *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, 2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401; *Zi Corp. v. Steinberg*, 2006 ABQB 92, 396 A.R. 157; *Gould v. Western Coal Corp.*, 2012 ONSC 5184, 7 B.L.R. (5th) 19; *Ironrod Investments Inc. v. Enquest Energy Services Corp.*, 2011 ONSC 308; *Incorporated Broadcasters Ltd. v. Canwest Global Communications Corp.* (2001), 20 B.L.R. (3d) 289, aff'd. (2003), 63 O.R. (3d) 431; *Takefman v. Golden Hope Mines Ltd.*, 2015 QCCS 4947; *Nord Resources Corp. v. Nord Pacific Ltd.*, 2003 NBQB 213, 37 B.L.R. (3d) 115; *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69.

2017 SCC 33 (CanLII)

By McLachlin C.J and Côté J. (dissenting)

Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V., 2003 SCC 27, [2003] 1 S.C.R. 450; *Preymann v. Ayus Technology Corp.*, 2012 BCCA 30, 32 B.C.L.R. (5th) 391; *Teck Cominco Metals Ltd. v. Lloyd's Underwriters*, 2009 SCC 11, [2009] 1 S.C.R. 321; *Viroforce Systems Inc. v. R & D Capital Inc.*, 2011 BCCA 260, 336 D.L.R. (4th) 570; *Frey v. BCE Inc.*, 2011 SKCA 136, 377 Sask. R. 156; *Hudye Farms Inc. v. Canadian Wheat Board*, 2011 SKCA 137, 377 Sask. R. 146; *Rudder v. Microsoft Corp.* (1999), 2 C.P.R. (4th) 474; *Berkson v. Gogo LLC*, 97 F. Supp.3d 359 (2015); *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, 2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401; *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69; *Donohue v. Armco Inc.*, [2001] UKHL 64, [2002] 1 All E.R. 749; *Atlantic Marine Construction Co. v. U.S. Dist. Court for Western Dist. of Texas*, 134 S.Ct. 568 (2013); *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1 (1972); *Akai Pty Ltd. v. People's Insurance Co.* (1996), 188 C.L.R. 418; *Advanced Cardiovascular Systems Inc. v. Universal Specialties Ltd.*, [1997] 1 N.Z.L.R. 186; *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*, 499 U.S. 585 (1991); *The "Eleftheria"*, [1969] 1 Lloyd's Rep. 237; *Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572; *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609.

2017 SCC 33 (CanLII)

Statutes and Regulations Cited

Business Practices and Consumer Protection Act, S.B.C. 2004, c. 2, s. 3.

Civil Code of Québec, art. 3149.

Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50.

Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act, S.B.C. 2003, c. 28, s. 11.

Electronic Transactions Act, S.B.C. 2001, c. 10, s. 15(1).

Marine Liability Act, S.C. 2001, c. 6, s. 46(1).

Privacy Act, R.S.B.C. 1996, c. 373, ss. 1(1), 3(2), 4.

Regulation (E.U.) No. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), [2012] O.J. L. 351/1, arts. 18, 19.

Securities Act, R.S.A. 2000, c. S-4, s. 180(1).

Authors Cited

Benson, Peter. "Radin on Consent and Fairness in Consumer Boilerplate: A Brief Comment" (2013), 54 *Can. Bus. L.J.* 282.

Braucher, Jean. "Unconscionability in the Age of Sophisticated Mass-Market Framing Strategies and the Modern Administrative State" (2007), 45 *Can. Bus. L.J.* 382.

Ellinghaus, M. P. "In Defense of Unconscionability" (1969), 78 *Yale L.J.* 757.

Farrow, Trevor C. W. *Civil Justice, Privatization, and Democracy*. Toronto: University of Toronto Press, 2014.

Geist, Michael A. "Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction" (2001), 16 *Berkeley Tech. L.J.* 1345.

Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 3rd ed. Toronto: LexisNexis, 2016.

2017 SCC 33 (CanLII)

Joseph, David. *Jurisdiction and Arbitration Agreements and their Enforcement*, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2010.

McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2012.

Mullenix, Linda S. "Another Easy Case, Some More Bad Law: *Carnival Cruise Lines* and Contractual Personal Jurisdiction" (1992), 27 *Tex. Int'l L.J.* 323.

Pavlović, Marina. "Contracting out of Access to Justice: Enforcement of Forum-Selection Clauses in Consumer Contracts" (2016), 62 *McGill L.J.* 389.

Peel, Edwin. "Exclusive jurisdiction agreements: purity and pragmatism in the conflict of laws", [1998] *L.M.C.L.Q.* 182.

Pitel, Stephen G. A., and Nicholas S. Rafferty. *Conflict of Laws*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2016.

Preston, Cheryl B. "'Please Note: You Have Waived Everything': Can Notice Redeem Online Contracts?"(2015), 64 *Am. U. L. Rev.* 535.

Purcell, Edward A. Jr. "Geography as a Litigation Weapon: Consumers, Forum-Selection Clauses, and the Rehnquist Court" (1992), 40 *UCLA L. Rev.* 423.

Resnik, Judith. "Procedure as Contract" (2005), 80 *Notre Dame L. Rev.* 593.

Saumier, Geneviève. "What's in a Name? Lloyd's, International Comity and Public Policy" (2002), 37 *Can. Bus. L.J.* 388.

Swan, Angela, and Jakub Adamski. *Canadian Contract Law*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.

Tang, Zheng. "Exclusive Choice of Forum Clauses and Consumer Contracts in E-commerce" (2005), 1 *J. Priv. Int. L.* 237.

Tang, Zheng Sophia. *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws*, 2nd ed. Portland, Or.: Hart, 2015.

Uniform Law Conference of Canada. *Uniform Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act* (online: http://www.ulcc.ca/en/uniform-acts-new-order/current-uniform-acts/739-jurisdiction/civil-jurisdiction/1730-court-jurisdiction-proceedings-transfer-act?showall=1&limitstart=; archived version: http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC33_1_eng.pdf).

Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 6th ed. Toronto: Canada Law Book, 2010.

Waddams, Stephen. "Review Essay: The Problem of Standard Form Contracts: A Retreat to Formalism" (2012), 53 *Can. Bus. L.J.* 475.

2017 SCC 33 (CanLII)

Walker, Janet. *Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated 2017, release 60).

Walsh, Catherine. "The Uses and Abuses of Party Autonomy in International Contracts" (2010), 60 *U.N.B.L.J.* 12.

Woodward, William J., Jr. "Finding the Contract in Contracts for Law, Forum and Arbitration" (2006), 2 *Hastings Bus. L.J.* 1.

2017 SCC 33 (CanLII)

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Bauman C.J.B.C. and Lowry and Goepel JJ.A.), 2015 BCCA 279, 77 B.C.L.R. (5th) 116, 374 B.C.A.C. 56, 642 W.A.C. 56, 73 C.P.C. (7th) 87, 387 D.L.R. (4th) 360, [2016] 1 W.W.R. 287, [2015] B.C.J. No. 1270 (QL), 2015 CarswellBC 1671 (WL Can.), setting aside a decision of Griffin J., 2014 BCSC 953, 313 C.R.R. (2d) 254, 53 C.P.C. (7th) 302, [2014] B.C.J. No. 1051 (QL), 2014 CarswellBC 1487 (WL Can.). Appeal allowed, McLachlin C.J. and Moldaver and Côté JJ. dissenting.

Ward K. Branch, *Q.C.*, *Christopher Rhone* and *Michael Sobkin*, for the appellant.

Mark A. Gelowitz and *W. David Rankin*, for the respondent.

Cynthia Kuehl and *Meredith E. Jones*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Paul J. Bates, *Marina Pavlovic* and *Jeremy de Beer*, for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

Matthew P. Gottlieb, *Paul Michell* and *Ian C. Matthews*, for the intervener the Information Technology Association of Canada.

Derek J. Bell and *Jason M. Berall*, for the intervener the Interactive Advertising Bureau of Canada.

The following are the reasons delivered by

KARAKATSANIS, WAGNER AND GASCON JJ. —

I. Overview

[1] Forum selection clauses purport to oust the jurisdiction of otherwise competent courts in favour of a foreign jurisdiction. To balance contractual freedom with the public good in having local courts adjudicate certain claims, courts have developed a test to determine whether such clauses should be enforced. This test has mostly been applied in commercial contexts, where forum selection clauses are generally enforced to hold sophisticated parties to their bargain, absent exceptional circumstances. This appeal requires the Court to apply this test in a consumer context.

[2] Deborah Douez is a resident of British Columbia and a member of the social network Facebook.com. She claims that Facebook, Inc. infringed her privacy rights and those of more than 1.8 million British Columbians, contrary to the *Privacy Act* of that province. Facebook is seeking to have the action stayed on the basis of the

2017 SCC 33 (CanLII)

forum selection clause contained in its terms of use, which every user must click to accept in order to use its social network.

[3] The chambers judge refused to stay the action, concluding that the *Privacy Act* overrides the clause, and that it provides strong reasons not to enforce it. The Court of Appeal reversed her decision, concluding instead that the clause was enforceable and that Ms. Douez had failed to show strong cause not to enforce it.

[4] Like our colleague Abella J., although for different reasons, we would allow the appeal. In our view, while s. 4 of the *Privacy Act* does not override forum selection clauses, Ms. Douez has established strong reasons not to enforce the clause at issue here. The grossly uneven bargaining power between the parties and the importance of adjudicating quasi-constitutional privacy rights in the province are reasons of public policy that are compelling, and when considered together, are decisive in this case. In addition, the interests of justice, and the comparative convenience and expense of litigating in California, all support a finding of strong cause in the present case.

II. Background

[5] The respondent, Facebook, Inc., is an American corporation headquartered in California. It operates Facebook.com, one of the world's leading social networks, and generates most of its revenues from advertising. The appellant, Ms. Douez, is a resident of British Columbia and has been a member of Facebook

2017 SCC 33 (CanLII)

since 2007.

[6] In 2011, Facebook created a new advertising product called "Sponsored Stories". This product used the name and picture of Facebook members, allegedly without their knowledge, to advertise companies and products to other members on the site and externally.

[7] Ms. Douez brought an action against Facebook when she noticed that her name and profile picture had been used in Sponsored Stories. She alleges that Facebook used her name and likeness without consent for the purposes of advertising, in contravention to s. 3(2) of the *Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, c. 373:

> (2) It is a tort, actionable without proof of damage, for a person to use the name or portrait of another for the purpose of advertising or promoting the sale of, or other trading in, property or services, unless that other, or a person entitled to consent on his or her behalf, consents to the use for that purpose.

Ms. Douez also seeks certification of her action as a class proceeding under the *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50. The proposed class includes all British Columbia residents who had their name or picture used in Sponsored Stories. The estimated size of the class is 1.8 million people.

[8] Facebook is free to join and use, but all potential users — including Ms. Douez — must agree to its terms of use as part of the registration process. These terms include a forum selection and choice of law clause requiring that disputes be

2017 SCC 33 (CanLII)

resolved in California according to California law:

> You will resolve any claim, cause of action or dispute (claim) you have with us arising out of or relating to this Statement or Facebook exclusively in a state or federal court located in Santa Clara County. The laws of the State of California will govern this Statement, as well as any claim that might arise between you and us, without regard to conflict of law provisions. You agree to submit to the personal jurisdiction of the courts located in Santa Clara County, California for purpose of litigating all such claims. [A.R., vol. II, p. 138]

2017 SCC 33 (CanLII)

[9] Facebook brought a preliminary motion to stay Ms. Douez's action on the basis of this forum selection clause. Alternatively, it argued that the action should be stayed because British Columbia is *forum non conveniens* under s. 11 of the *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.B.C. 2003, c. 28 ("*CJPTA*"). In our Court, however, Facebook focused its submissions exclusively on the forum selection clause and did not argue that British Columbia is *forum non conveniens*.

III. Decisions Below

A. *Supreme Court of British Columbia (Griffin J.), 2014 BCSC 953, 313 C.R.R. (2d) 254*

[10] The chambers judge declined to enforce the forum selection clause. Although she found it to be *prima facie* valid, clear and enforceable, she held that s. 4 of the *Privacy Act* overrides forum selection clauses and provides a strong public policy not to enforce them. In her view, the British Columbia Supreme Court has

exclusive jurisdiction under s. 4 to hear actions under the Act. As a result, she concluded that the plaintiff would be unable to bring her claim elsewhere if the claim was stayed.

2017 SCC 33 (CanLII)

[11] While the chambers judge's findings on s. 4 were sufficient to resolve the motion, she also found that there was strong cause not to enforce the forum selection clause. Enforcing it would, in her view, exclude Facebook from liability because only the British Columbia Supreme Court had jurisdiction over the matter. Ms. Douez did not need to prove California courts would refuse to hear her claim. In addition, she found that the jurisdiction clause and purposes of the *Privacy Act* provide strong public policy reasons supporting a finding of strong cause.

[12] Lastly, the chambers judge concluded on the basis of the factors in s. 11 of the *CJPTA* that the courts of California would not be more appropriate than the courts of British Columbia to hear the action. She found that it would be more convenient to hear the matter in British Columbia than in California. Thus, the chambers judge refused Facebook's request to stay the proceeding.

B. *Court of Appeal for British Columbia (Bauman C.J. and Lowry and Goepel JJ.A.), 2015 BCCA 279, 77 B.C.L.R. (5th) 116*

[13] The Court of Appeal reversed the decision of the chambers judge and ordered that the action be stayed on the basis of Facebook's forum selection clause. It confirmed that the analysis of forum selection clauses is distinct from the analysis of

the appropriate forum under s. 11 of the *CJPTA*.

[14] The Court of Appeal concluded that the chambers judge erred in her interpretation of s. 4 of the *Privacy Act*. In its view, the chambers judge failed to give effect to the principle of territoriality, under which provincial legislation cannot regulate civil rights in another jurisdiction. Section 4 concerns subject-matter competence, not territorial competence, and therefore it only confers jurisdiction to the Supreme Court of British Columbia to the exclusion of other courts in British Columbia. Had the legislature wanted to override forum selection clauses, it would have done so explicitly.

[15] The Court of Appeal held that the forum selection clause was enforceable, and that Ms. Douez had failed to show strong cause. In finding strong cause, the chambers judge's analysis was tainted by her erroneous interpretation of s. 4 of the *Privacy Act*. The fact that a stay would extinguish a claim might provide strong cause, but Ms. Douez failed to provide evidence establishing that this would be the case here. Since the clause should be enforced, the Court of Appeal did not consider s. 11 of the *CJPTA*.

IV. Issues

[16] Facebook does not dispute that British Columbia courts have territorial jurisdiction. The main issue is whether Ms. Douez's action should be stayed on the basis of the forum selection clause contained in its terms of use. The parties also

2017 SCC 33 (CanLII)

disagree on whether the analysis of forum selection clauses should be subsumed under s. 11 of the *CJPTA*, or whether they are distinct concepts.

2017 SCC 33 (CanLII)

V. Analysis

[17] As we shall explain, the *forum non conveniens* test adopted in the *CJPTA* was not intended to replace the common law test for forum selection clauses. In our view, this case should be resolved under the strong cause analysis established by this Court in *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, 2003 SCC 27, [2003] 1 S.C.R. 450.

A. *The Interaction Between Forum Selection Clauses and the CJPTA*

[18] At common law, forum selection clauses and the *forum non conveniens* doctrine command different analyses: "Each class of case has its own onus, test and rationale" (*Momentous.ca Corp. v. Canadian American Assn. of Professional Baseball Ltd.*, 2010 ONCA 722, 103 O.R. (3d) 467, at para. 37, aff'd 2012 SCC 9, [2012] 1 S.C.R. 359). Our Court has confirmed that "the presence of a forum selection clause" is "sufficiently important to warrant a different test", and that "a unified approach to *forum non conveniens*, where a choice of jurisdiction clause constitutes but one factor to be considered" may not be preferable (*Pompey*, at para. 21).

[19] Ms. Douez argues that the *CJPTA* provides a complete framework to determine the court's jurisdiction, and that forum selection clauses should be

considered as another factor within the *forum non conveniens* analysis under s. 11.

[20] In our view, the courts below rightly rejected Ms. Douez's proposed approach. Section 11 of the *CJPTA* "constitutes a complete codification of the common law test for *forum non conveniens* [that] admits of no exceptions" (*Teck Cominco Metals Ltd. v. Lloyd's Underwriters*, 2009 SCC 11, [2009] 1 S.C.R. 321, at para. 22 (emphasis added)). It was never intended to codify the test for forum selection clauses. Not only does s. 11 make no mention of contractual stipulations, the comments on the uniform act that served as a basis for the *CJPTA* are also silent on this point (Uniform Law Conference of Canada, *Uniform Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act* (online)). The analysis of forum selection clauses thus remains separate, despite the enactment of the *CJPTA*.

[21] Several Canadian provinces have adopted their own *CJPTA*, with identical or similar provisions. Their appellate courts have consistently held that the analysis of forum selection clauses remains distinct (see e.g. *Viroforce Systems Inc. v. R & D Capital Inc.*, 2011 BCCA 260, 336 D.L.R. (4th) 570, at para. 14; *Armoyan v. Armoyan*, 2013 NSCA 99, 334 N.S.R. (2d) 204, at para. 218). Even the Court of Appeal of Saskatchewan, which held that forum selection clauses should be considered as part of the *CJPTA* analysis, held that "*Pompey* continues to apply notwithstanding [its] enactment" (*Hudye Farms Inc. v. Canadian Wheat Board*, 2011 SKCA 137, 377 Sask. R. 146, at para. 10; see also *Frey v. BCE Inc.*, 2011 SKCA 136, 377 Sask. R. 156, at paras. 112-14).

2017 SCC 33 (CanLII)

[22] In short, the *CJPTA* was never intended to replace the common law test for forum selection clauses. In the absence of legislation to the contrary, the common law test continues to apply and provides the analytical framework for this case.

2017 SCC 33 (CanLII)

B. *The Forum Selection Clause at Common Law: Pompey*

[23] We turn next to the common law test for forum selection clauses adopted by this Court in *Pompey*, and to how we propose to apply it in a consumer context.

[24] Forum selection clauses serve a valuable purpose. This Court has recognized that they "are generally to be encouraged by the courts as they create certainty and security in transaction, derivatives of order and fairness, which are critical components of private international law" (*Pompey*, at para. 20). Forum selection clauses are commonly used and regularly enforced.

[25] That said, forum selection clauses divert public adjudication of matters out of the provinces, and court adjudication in each province is a public good. Courts are not merely "law-making and applying venues"; they are institutions of "public norm generation and legitimation, which guide the formation and understanding of relationships in pluralistic and democratic societies" (T. C. W. Farrow, *Civil Justice, Privatization, and Democracy* (2014), at p. 41). Everyone has a right to bring claims before the courts, and these courts have an obligation to hear and determine these matters.

[26] Thus, forum selection clauses do not just affect the parties to the contract. They implicate the court as well, and with it, the court's obligation to hear matters that are properly before it. In this way, forum selection clauses are a "unique category of contracts" (M. Pavlović, "Contracting out of Access to Justice: Enforcement of Forum-Selection Clauses in Consumer Contracts" (2016), 62 *McGill L.J.* 389, at p. 396).

[27] Of course, parties are generally held to their bargain and are bound by the enforceable terms of their contract. However, because forum selection clauses encroach on the public sphere of adjudication, Canadian courts do not simply enforce them like any other clause. In common law provinces, a forum selection clause cannot bind a court or interfere with a court's jurisdiction. As the English Court of Appeal recognized long ago, "no one by his private stipulation can oust these courts of their jurisdiction in a matter that properly belongs to them" (*The Fehmarn*, [1958] 1 All E.R. 333, at p. 335).

[28] Instead, where no legislation overrides the clause, courts apply a two-step approach to determine whether to enforce a forum selection clause and stay an action brought contrary to it (*Pompey*, at para. 39). At the first step, the party seeking a stay based on the forum selection clause must establish that the clause is "valid, clear and enforceable and that it applies to the cause of action before the court" (*Preymann v. Ayus Technology Corp.*, 2012 BCCA 30, 32 B.C.L.R. (5th) 391, at para. 43; see also *Hudye Farms*, at para. 12, and *Pompey*, at para. 39). At this step of the analysis, the

2017 SCC 33 (CanLII)

court applies the principles of contract law to determine the validity of the forum selection clause. As with any contract claim, the plaintiff may resist the enforceability of the contract by raising defences such as, for example, unconscionability, undue influence, and fraud.

2017 SCC 33 (CanLII)

[29] Once the party seeking the stay establishes the validity of the forum selection clause, the onus shifts to the plaintiff. At this second step of the test, the plaintiff must show strong reasons why the court should not enforce the forum selection clause and stay the action. In *Pompey*, this Court adopted the "strong cause" test from the English court's decision in *The "Eleftheria"*, [1969] 1 Lloyd's Rep. 237 (Adm. Div.). In exercising its discretion at this step of the analysis, a court must consider "all the circumstances", including the "convenience of the parties, fairness between the parties and the interests of justice" (*Pompey*, at paras. 19 and 30-31). Public policy may also be a relevant factor at this step (*Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)*, 2001 SCC 90, [2001] 3 S.C.R. 907, at para. 91, referred to in *Pompey*, at para. 39; *Frey*, at para. 115).

[30] The strong cause factors were meant to provide some flexibility. Importantly, *Pompey* did not set out a closed list of factors governing the court's discretion to decline to enforce a forum selection clause. Both *Pompey* and *The "Eleftheria"* acknowledged that courts should consider "all the circumstances" of the particular case (*Pompey*, at para. 30; *The "Eleftheria"*, at p. 242). And the leading authority in England continues to recognize that the court in *The "Eleftheria"* did not

intend its list of factors to be comprehensive (*Donohue v. Armco Inc.*, [2001] UKHL 64, [2002] 1 All E.R. 749, at para. 24).

2017 SCC 33 (CanLII)

[31] That said, the strong cause factors have been interpreted and applied restrictively in the commercial context. In commercial interactions, it will usually be desirable for parties to determine at the outset of a business relationship where disputes will be settled. Sophisticated parties are justifiably "deemed to have informed themselves about the risks of foreign legal systems and are deemed to have accepted those risks in agreeing to a forum selection clause" (*Aldo Group Inc. v. Moneris Solutions Corp.*, 2013 ONCA 725, 118 O.R. (3d) 81, at para. 47). In this setting, our Court recognized that forum selection clauses are generally enforced and to be encouraged "because they provide international commercial relations with the stability and foreseeability required for purposes of the critical components of private international law, namely order and fairness" (*GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, 2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401, at para. 22).

[32] In *Pompey*, for example, our Court enforced a forum selection clause contained in a bill of lading concluded between two sophisticated shipping companies. The parties were of similar bargaining power and sophistication, since they were "corporations with significant experience in international maritime commerce. . . . [that] were aware of industry practices" (para. 29). The Court held that the "forum selection clause could very well have been negotiated" between the parties (*ibid.*). This context manifestly informed the Court's application of the strong cause

test.

[33] But commercial and consumer relationships are very different. Irrespective of the formal validity of the contract, the consumer context may provide strong reasons not to enforce forum selection clauses. For example, the unequal bargaining power of the parties and the rights that a consumer relinquishes under the contract, without any opportunity to negotiate, may provide compelling reasons for a court to exercise its discretion to deny a stay of proceedings, depending on the other circumstances of the case (see e.g. *Straus v. Decaire*, 2007 ONCA 854, at para. 5 (CanLII)). And as one of the interveners argues, instead of supporting certainty and security, forum selection clauses in consumer contracts may do "the opposite for the millions of ordinary people who would not foresee or expect its implications and cannot be deemed to have undertaken sophisticated analysis of foreign legal systems prior to opening an online account" (Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic Factum, at para. 7).

[34] Canadian courts have recognized that the test may apply differently, depending on the contractual context (see *Expedition Helicopters Inc. v. Honeywell Inc.*, 2010 ONCA 351, 100 O.R. (3d) 241, at para. 24; *Stubbs v. ATS Applied Tech Systems Inc.*, 2010 ONCA 879, 272 O.A.C. 386, at para. 58). The English courts have also recognized that not all forum selection clauses are created equally. The underpinning of the transaction is relevant to the exercise of discretion under the strong cause test: ". . . a defendant who cynically flouts a jurisdiction clause which he

2017 SCC 33 (CanLII)

has freely negotiated is more likely to be enjoined than one who has had the clause imposed upon him . . . ." (*Welex A.G. v. Rosa Maritime Limited (The "Epsilon Rosa")*, [2003] EWCA Civ 938, [2003] 2 Lloyd's Rep. 509, at para. 48; see also *The "Bergen" (No. 2)*, [1997] 2 Lloyd's Rep. 710 (Q.B. (Adm. Ct.)), at p. 715; D. Joseph, *Jurisdiction and Arbitration Agreements and their Enforcement* (2nd ed. 2010), at para. 10.13). Similarly, Australian courts have found "that in a consumer situation [courts] should not place as much weight on an exclusive jurisdiction clause in determining a stay application as would be placed on such a clause where there was negotiation between business people" (*Quinlan v. Safe International Försäkrings AB*, [2005] FCA 1362, at para. 46 (AustLII); see also *Incitec Ltd. v. Alkimos Shipping Corp.*, [2004] FCA 698, 206 A.L.R. 558, at para. 50).

[35] As these cases recognize, different concerns animate the consumer context than those that this Court considered in *Pompey*, where a sophisticated commercial transaction was at issue. Because of these concerns, we agree with Ms. Douez and several interveners that the strong cause test must account for the different considerations relevant to this context.

[36] In our view, recognizing the importance of factors beyond those specifically listed in *The "Eleftheria"* is an appropriate incremental response of the common law to a different context (*Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494, at paras. 33-34 and 40). Such a development is especially important since online consumer contracts are ubiquitous, and the global reach of the Internet allows for

2017 SCC 33 (CanLII)

instantaneous cross-border consumer transactions. It is necessary to keep private international law "in step with the dynamic and evolving fabric of our society" (*R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 670).

2017 SCC 33 (CanLII)

[37] After all, the strong cause test must ensure that a court's plenary jurisdiction only yields to private contracts where appropriate. A superior court's general jurisdiction includes "all the powers that are necessary to do justice between the parties" (*80 Wellesley St. East Ltd. v. Fundy Bay Builders Ltd*., [1972] 2 O.R. 280 (C.A.), at p. 282; *TCR Holding Corp. v. Ontario*, 2010 ONCA 233, 69 B.L.R. (4th) 175, at para. 26; *Kelly v. Human Rights Commission (P.E.I.)*, 2008 PESCAD 9, 276 Nfld. & P.E.I.R. 336, at para. 8).

[38] Therefore, we would modify the *Pompey* strong cause factors in the consumer context. When considering whether it is reasonable and just to enforce an otherwise binding forum selection clause in a consumer contract, courts should take account of all the circumstances of the particular case, including public policy considerations relating to the gross inequality of bargaining power between the parties and the nature of the rights at stake. The burden remains on the party wishing to avoid the clause to establish strong cause.

[39] Although the steps are distinct, some considerations may be relevant to both steps of the test. For example, a court may consider gross inequality of bargaining power at the second step of the analysis, even if the circumstances of the bargain do not render the contract unconscionable at the first step. Taking into

account the fact that the parties did not negotiate on an even playing field recognizes that the reasons for holding parties to their bargain carry less weight when there is no opportunity to negotiate a forum selection clause. This is not to say that the gross inequality of bargaining power will be sufficient, on its own, to show strong cause. However, it is a relevant circumstance that may be taken into account in the analysis.

2017 SCC 33 (CanLII)

[40] The two steps governing the enforcement of forum selection clauses ultimately play conceptually distinct roles. Professor Pavlović explains that at the first step, where the court determines the validity of the forum selection clause, "[c]ontract rules provide a core legal basis for the enforcement of jurisdiction agreements" (p. 402). On the other hand, the strong cause test at the second step "limits contractual autonomy in order to protect the authority (jurisdiction) of otherwise competent courts" (*ibid*.). This second step recognizes that there may be strong reasons to retain jurisdiction over a matter in the province.

C. *Application*

(1) Section 4 of the *Privacy Act*

[41] As this Court recognized in *Pompey*, legislative provisions can override forum selection clauses. In the present case, the chambers judge found that s. 4 of the *Privacy Act* had overtaken the forum selection clause in conferring exclusive jurisdiction to the Supreme Court of British Columbia. We disagree.

[42] Section 4 reads as follows:

> **4** Despite anything contained in another Act, an action under this Act must be heard and determined by the Supreme Court [of British Columbia].

[43] Section 4 lacks the clear and specific language that legislatures normally use to override forum selection clauses. This Court referred to such overrides on at least two occasions. First, it found an override in s. 46(1) of the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6, which specifically mentions and sets aside contracts that purport to provide for the adjudication of claims in another forum (*Pompey*, at paras. 37-38). Second, it found that the *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, c. 2, was intended to override arbitration clauses (*Seidel v. TELUS Communications Inc.*, 2011 SCC 15, [2011] 1 S.C.R. 531, at paras. 5-7 and 31). Section 3 of that enactment specifically prevents consumers from contractually waiving their rights under the statute.

[44] In contrast, although s. 4 of the *Privacy Act* expressly provides that it applies "[d]espite anything contained in another Act", it is silent on contractual provisions. If the legislature had intended to override forum selection clauses, it would have done so explicitly. While the legislature intended s. 4 of the *Privacy Act* to confer jurisdiction to the British Columbia Supreme Court to resolve matters brought under the Act, nothing suggests that it was also intended to override forum selection clauses.

2017 SCC 33 (CanLII)

(2) The *Pompey* Test

[45] As discussed above, the *Pompey* test involves a two-step analysis. At the first step, the court must be satisfied that the contract is otherwise enforceable, having regard to general principles of contract law.

[46] In this regard, Ms. Douez argues that the clause is unenforceable primarily because it was made unclear by Facebook's statement that it "strive[s] to respect local laws". We disagree. This general statement, which is also contained in the terms of use, does not prevail over the clear and specific language of the forum selection clause. Indeed, "where there is apparent conflict between a general term and a specific term, the terms may be reconciled by taking the parties to have intended the scope of the general term to not extend to the subject-matter of the specific term" (*BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12, at p. 24; see also G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (3rd ed. 2016), at p. 19). And as Facebook rightly notes, s. 15(1) of the *Electronic Transactions Act*, S.B.C. 2001, c. 10, permits offer and acceptance to occur in an electronic form through "clicking" online.

[47] Our colleague Abella J. concludes that the clause is not enforceable at this first step based upon other considerations. We prefer to address these considerations at the "strong cause" step of the test.

[48] At the second step of *Pompey* — the strong cause test — Facebook

2017 SCC 33 (CanLII)

argues that Ms. Douez has failed to meet her burden because she did not provide any evidence that her contract with Facebook is the result of grossly uneven bargaining power or that a California court would be unable to hear her claim. For her part, Ms. Douez emphasizes the distinctions between a commercial contract amongst sophisticated parties and the consumer context. She also stresses the importance of privacy rights and the public policy underpinning the British Columbia legislature's decision to enact a statutory cause of action to allow for vindication of these rights.

2017 SCC 33 (CanLII)

[49] As we note above, in exercising its discretion at this step of the analysis, a court must consider "all the circumstances", including the "convenience of the parties, fairness between the parties and the interests of justice" (*Pompey*, at paras. 19 and 30-31). As we have said, public policy may also be an important factor at this step (*Holt Cargo*, at para. 91, referred to in *Pompey*, at para. 39; *Frey*, at para. 115).

[50] We conclude that Ms. Douez has met her burden of establishing that there is strong cause not to enforce the forum selection clause. A number of different factors, when considered cumulatively, support the chambers judge's finding of strong cause. Most importantly, the claim involves a consumer contract of adhesion and a statutory cause of action implicating the quasi-constitutional privacy rights of British Columbians. We begin with these compelling factors, which are decisive in this case when considered together.

(a) *Public Policy*

[51] There are strong public policy considerations which favour a finding of strong cause. As we have mentioned, this Court has emphasized party autonomy and commercial certainty in the context of contracts involving sophisticated parties. This usually justifies enforcement of forum selection clauses in the commercial context (*Pompey*, at para. 20; *GreCon Dimter*, at para. 22). Facebook argues that there is no reason to depart from this balance in the consumer context. We disagree.

[52] There are generally strong public policy reasons to hold parties to their bargain and it is clear that forum selection clauses are not inherently contrary to public policy. But freedom of contract is not unfettered. A court has discretion under the strong cause test to deny the enforcement of a contract for reasons of public policy in appropriate circumstances. Generally, such limitations fall into two broad categories: those intended to protect a weaker party or those intended to protect "the social, economic, or political policies of the enacting state in the collective interest" (C. Walsh, "The Uses and Abuses of Party Autonomy in International Contracts" (2010), 60 *U.N.B.L.J.* 12, at p. 15). In this case, both of these categories are implicated. It raises both the reality of unequal bargaining power in consumer contracts of adhesion and the local court's interest in adjudicating claims involving constitutional or quasi-constitutional rights.

[53] First, the forum selection clause is included in a contract of adhesion formed between an individual consumer and a large corporation. As we discussed above, even if a contract is not unconscionable, gross inequality of bargaining power

2017 SCC 33 (CanLII)

is still a relevant factor at the strong cause step of the analysis in this context.

[54] Despite Facebook's claim otherwise, it is clear from the evidence that there was gross inequality of bargaining power between the parties. Ms. Douez's claim involves an online contract of adhesion formed between an individual and a multi-billion dollar corporation. The evidence on the record is that Facebook reported almost $4.28 billion in revenue in 2012 through advertising on its social media platform. It is in contractual relationships with 1.8 million British Columbian residents, approximately 40 percent of the province's population. Ms. Douez is one of these individuals.

[55] Relatedly, individual consumers in this context are faced with little choice but to accept Facebook's terms of use. Facebook asserts that Ms. Douez could have simply rejected Facebook's terms. But as the academic commentary makes clear, in today's digital marketplace, transactions between businesses and consumers are generally covered by non-negotiable standard form contracts presented to consumers on a "take-it-or-leave-it" basis (Pavlović, at p. 392).

[56] In particular, unlike a standard retail transaction, there are few comparable alternatives to Facebook, a social networking platform with extensive reach. British Columbians who wish to participate in the many online communities that interact through Facebook must accept that company's terms or choose not to participate in its ubiquitous social network. As the intervener the Canadian Civil Liberties Association emphasizes, "access to Facebook and social media platforms,

2017 SCC 33 (CanLII)

including the online communities they make possible, has become increasingly important for the exercise of free speech, freedom of association and for full participation in democracy" (I.F., at para. 16). Having the choice to remain "offline" may not be a real choice in the Internet era.

2017 SCC 33 (CanLII)

[57] Given this context, it is clear that the difference in bargaining power between the parties is large. This distinguishes the situation from *Pompey*, where the Court emphasized that the respondent in that case could have chosen to negotiate the forum selection clause in the bill of lading (para. 29). Nothing suggests in this case that Ms. Douez could have similarly negotiated the terms of use.

[58] Secondly, Canadian courts have a greater interest in adjudicating cases impinging on constitutional and quasi-constitutional rights because these rights play an essential role in a free and democratic society and embody key Canadian values. There is an inherent public good in Canadian courts deciding these types of claims. Through adjudication, courts establish norms and interpret the rights enjoyed by all Canadians.

[59] At issue in this case is Ms. Douez's statutory privacy right. Privacy legislation has been accorded quasi-constitutional status (*Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773, at paras. 24-25). This Court has emphasized the importance of privacy — and its role in protecting one's physical and moral autonomy — on multiple occasions (see *Lavigne*, at para. 25; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at paras. 65-

66; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 427). As the chambers judge noted, the growth of the Internet, virtually timeless with pervasive reach, has exacerbated the potential harm that may flow from incursions to a person's privacy interests. In this context, it is especially important that such harms do not go without remedy. And since Ms. Douez's matter requires an interpretation of a statutory privacy tort, only a local court's interpretation of privacy rights under the *Privacy Act* will provide clarity and certainty about the scope of the rights to others in the province.

2017 SCC 33 (CanLII)

[60] Moreover, the British Columbia legislature's creation of a statutory cause of action evidences an intention to create local rights and protections for the privacy rights of British Columbia residents. As the chambers judge noted, local courts are better placed to adjudicate these sorts of claims:

> . . . local courts may be more sensitive to the social and cultural context and background relevant to privacy interests of British Columbians, as compared to courts in a foreign jurisdiction. This could be important in determining the degree to which privacy interests have been violated and any damages that flow from this. [para. 75]

[61] Similarly, the legislature's creation of a statutory privacy tort that can be established without proof of damages reflects the legislature's intention to encourage access to justice for such claims. As well, British Columbia's *Class Proceedings Act* provides important procedural tools designed to improve access to justice (*Endean v. British Columbia*, 2016 SCC 42, [2016] 2 S.C.R. 162, at para. 1).

[62] Yet commentators recognize the practical reality that forum selection

clauses often operate to defeat consumer claims (E. A. Purcell, Jr., "Geography as a Litigation Weapon: Consumers, Forum-Selection Clauses, and the Rehnquist Court" (1992), 40 *UCLA L. Rev.* 423, at pp. 446-49). Given the importance of constitutional and quasi-constitutional rights, it is even more important that reverence to freedom of contract and party autonomy does not mean that such rights routinely go without remedy.

2017 SCC 33 (CanLII)

[63] Overall, the public policy concerns weigh heavily in favour of strong cause.

(b) *Secondary Factors*

[64] In addition to the strong public policy reasons favouring strong cause, two other secondary factors also suggest that the forum selection clause should not be enforced. These factors are the interests of justice and the comparative convenience and expense of litigating in the alternate forum.

(i) Interests of Justice

[65] The interests of justice (*Pompey*, at para. 31), support adjudication of Ms. Douez's claim in British Columbia. This factor is concerned not only with whether enforcement of the forum selection clause would unfairly cause the loss of a procedural advantage, but also with which forum is best positioned to hear the case on its merits. Of course, unlike in the *forum non conveniens* analysis, the burden is on

the party resisting enforcement of the clause to show good reason why the parties should not be held to their bargain.

2017 SCC 33 (CanLII)

[66] The lack of evidence concerning whether a California court would hear Ms. Douez's claim was a significant focus of the hearing before us. In front of the chambers judge, Facebook argued that the substantive law of California would defeat the application of the *Privacy Act*. Before this Court, Facebook emphasizes the lack of any expert evidence on whether this would in fact be the case if the claim proceeded in California. According to Facebook, the fact that Ms. Douez has not provided expert evidence establishing that a California court would not apply the British Columbia *Privacy Act* is decisive. Similarly, the British Columbia Court of Appeal placed significant weight on this lack of expert evidence.

[67] Yet, none of the leading authorities on the strong cause test, *Pompey* included, make proof that the claim would fail in the foreign jurisdiction a mandatory element of strong cause (see e.g. *The "Eleftheria"*, *Momentous* and *Pompey*). A plaintiff may choose to rely on expert evidence to establish that the selected forum would be unable or unwilling to litigate his or her claim. Similarly, the defendant may provide his or her own expert evidence to show that the selected forum would be willing and able to litigate the claim. However, while such evidence may be helpful, its absence is not determinative. Under the *Pompey* analysis, there is no separate requirement for the party trying to avoid the forum selection clause to prove that her claim would necessarily fail in the foreign jurisdiction.

[68] In addition, Ms. Douez's claim is premised on a British Columbia cause of action. Yet, her contract with Facebook includes a choice of law clause in favour of California:

> The laws of the State of California will govern this Statement, as well as any claim that might arise between you and us, without regard to conflict of law provisions.

[69] We disagree with Facebook that the choice of law question is irrelevant. Although we do not decide which body of law will apply, and how the choice of law clause might interact with the *Privacy Act*, in our view, the interests of justice are best served if this question is adjudicated in British Columbia.

[70] Generally, common law courts will give effect to choice of law clauses as long as they are *bona fide*, legal and not contrary to public policy (*Vita Food Products, Inc. v. Unus Shipping Co.*, [1939] A.C. 277 (P.C.), at p. 290). Furthermore, even if a choice of law clause is generally enforceable, local laws may still apply to a dispute if the local forum intends such laws to be mandatory and not avoidable through a choice of law clause (S. G. A. Pitel and N. S. Rafferty, *Conflict of Laws* (2nd ed. 2016), at p. 299).

[71] Usually, courts consider laws of the *local* forum when determining whether the legislature intended there to be mandatory rules that supersede the parties' choice of law (G. Saumier, "What's in a Name? Lloyd's, International Comity and Public Policy" (2002), 37 *Can. Bus. L.J.* 388, at pp. 395-97; J. Walker,

2017 SCC 33 (CanLII)

Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws (6th ed. (loose-leaf)), at p. 31-2). Whether courts in common law legal systems may similarly consider the intention of *foreign* legislatures, as set out in statutes like the *Privacy Act*, is uncertain (*ibid.*). In *Avenue Properties Ltd. v. First City Dev. Corp. Ltd.* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 45 (C.A.), at pp. 57-58, McLachlin J.A. (as she then was) recognized the likelihood that a foreign court would be unable to consider the public policy evidenced in the local statute as a reason why the local court should refuse a *forum non conveniens* application.

2017 SCC 33 (CanLII)

[72] But even assuming that a California court could or would apply the *Privacy Act*, the interests of justice (*Pompey*, at para. 31) support having the action adjudicated by the British Columbia Supreme Court. This court, as compared to a California one, is better placed to assess the purpose and intent of the legislation and to decide whether public policy or legislative intent prevents parties from opting out of rights created by the *Privacy Act* through a choice of law clause in favour of a foreign jurisdiction.

(ii) Comparative Convenience and Expense of Litigating in the Alternate Forum

[73] Another consideration in the strong cause analysis is the comparative expense and convenience of litigating in the alternate forum (*Pompey*, at para. 31; *The "Eleftheria"*, at p. 242). Therefore, related to the concerns about fairness and access to justice discussed above, the expense and inconvenience of requiring British

Columbian individuals to litigate in California, compared to the comparative expense and inconvenience to Facebook, further supports a finding of strong cause.

[74] Although Facebook argued its relevant books and records were located in California, the chambers judge found it would be more convenient to have Facebook's books and records made available for inspection in British Columbia than requiring the plaintiff to travel to California to advance her claim. There is no reason to disturb this finding.

[75] While these secondary factors might not have justified a finding of strong cause on their own, they nonetheless support our conclusion that Ms. Douez has established sufficiently strong reasons why the forum selection clause should not be enforced and the action should proceed in British Columbia.

VI. Conclusion

[76] We would allow the appeal with costs to the appellant. Ms. Douez provided strong reasons to resist the enforcement of the clause: most importantly, the gross inequality of bargaining power between her and Facebook and the quasi-constitutional privacy rights engaged by her claim. The forum selection clause is unenforceable.

[77] As a result, the chambers judge's order dismissing Facebook's application to have the British Columbia Supreme Court decline jurisdiction is

2017 SCC 33 (CanLII)

restored.

The following are the reasons delivered by

[78] ABELLA J. — Anyone who wants to use Facebook's service must register as a member and accept Facebook's terms of use. The issue in this appeal is the enforceability of the forum selection clause in Facebook's terms of use, whereby all disputes are required to be litigated in Santa Clara County in California.

[79] In *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 S.C.R. 450, this Court held that a party relying on a forum selection clause must first show that it is enforceable applying a contractual approach. If it is, the onus shifts to the other party to show that there is "strong cause" for the court to decline to apply the forum selection clause based on considerations grounded in *forum non conveniens* principles.

[80] In my view, Facebook's forum selection clause is not enforceable under the first step of the *Pompey* test.

Background

[81] When a Facebook user "liked" a post associated with a business, Facebook occasionally displayed the user's name and portrait in an advertisement on the newsfeeds of the user's friends. These advertisements were referred to as

2017 SCC 33 (CanLII)

"Sponsored Stories". One of those users whose name and portrait were used in a Sponsored Story was Deborah Louise Douez.

2017 SCC 33 (CanLII)

[82] Ms. Douez claims that she gave no consent to having her name or portrait used in Sponsored Stories. As a result, she brought proceedings in the Supreme Court of British Columbia alleging that Facebook violated her rights contrary to s. 3(2) of the British Columbia *Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, c. 373:

> **3**
>
> . . .
>
> (2) It is a tort, actionable without proof of damage, for a person to use the name or portrait of another for the purpose of advertising or promoting the sale of, or other trading in, property or services, unless that other, or a person entitled to consent on his or her behalf, consents to the use for that purpose.

[83] Under s. 4, actions under the *Privacy Act* must be heard in the Supreme Court of British Columbia:

> **4** Despite anything contained in another Act, an action under this Act must be heard and determined by the Supreme Court.

[84] Ms. Douez also brought a class action proceeding under the *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50. The proposed class consisted of approximately 1.8 million British Columbia residents whose names or portraits had been used by Facebook in a Sponsored Story.

[85] Facebook applied for a stay of the proceedings based on the forum selection clause in its terms of use, which states in part:

> *You will resolve any claim, cause of action or dispute (claim) you have with us arising out of or relating to this Statement or Facebook exclusively in a state or federal court located in Santa Clara County.* The laws of the State of California will govern this Statement, as well as any claim that might arise between you and us, without regard to conflict of law provisions. You agree to submit to the personal jurisdiction of the courts located in Santa Clara County, California for purpose of litigating all such claims. [Emphasis added.]

[86] In the Supreme Court of British Columbia, Griffin J. declined to enforce the forum selection clause and certified the class action. She found that s. 4 of the *Privacy Act* grants exclusive jurisdiction to the Supreme Court of British Columbia to hear claims under that *Act*, overriding any forum selection clause. As such, it was unnecessary for Ms. Douez to show "strong cause" why the forum selection clause should not be applied.

[87] The Court of Appeal for British Columbia allowed the appeal and granted Facebook's request for a stay of proceedings based on the forum selection clause.

Analysis

[88] *Pompey* involved a bill of lading between sophisticated commercial entities. This is the first time the Court has been asked to consider how *Pompey* applies to a forum selection clause in an online consumer contract of adhesion.

2017 SCC 33 (CanLII)

[89] In concluding that the forum selection clause in *Pompey* should be enforced, Bastarache J. set out the following test, based on the 1969 decision in *The "Eleftheria"*, [1969] 1 Lloyd's Rep. 237 (Adm. Div.):

> *Once the court is satisfied that a validly concluded bill of lading otherwise binds the parties*, the court must grant the stay unless the plaintiff can show sufficiently strong reasons to support the conclusion that it would not be reasonable or just in the circumstances to require the plaintiff to adhere to the terms of the clause. In exercising its discretion, the court should take into account all of the circumstances of the particular case. [Emphasis added; para. 39.]

[90] He also framed it as follows:

> . . . once it is determined that the bill of lading otherwise binds the parties (*for instance, that the bill of lading as it relates to jurisdiction does not offend public policy, was not the product of fraud or of grossly uneven bargaining positions*), [the "strong cause" test] constitutes an inquiry into questions such as the convenience of the parties, fairness between the parties and the interests of justice . . . . [Emphasis added; para. 31.]

[91] The Court found that the forum selection clause in the bill of lading was enforceable at the first step because the parties were experienced commercial entities who were aware of industry practices and were also, notably, in a position to negotiate the forum selection clause. As a result, there was no "grossly uneven bargaining power":

> Bills of lading are typically entered into by *sophisticated parties familiar with the negotiation of maritime shipping transactions* who should, in normal circumstances, be held to their bargain. . . . The parties

2017 SCC 33 (CanLII)

> in this appeal are corporations with significant experience in international maritime commerce. The respondents were aware of industry practices and could have reasonably expected that the bill of lading would contain a forum selection clause. A forum selection clause *could very well have been negotiated* with the appellant . . . . *There is no evidence that this bill of lading is the result of grossly uneven bargaining power that would invalidate the forum selection clause contained therein.* [Emphasis added; para. 29.]

2017 SCC 33 (CanLII)

[92] The Court went on to conclude that strong cause had not been shown and that a stay should therefore be granted.

[93] It is clear that the *Pompey* test engages two distinct inquiries. The first is into whether the clause is enforceable under contractual doctrines like public policy, duress, fraud, unconscionability or grossly uneven bargaining positions, tools for examining the enforceability of contracts. If the clause is enforceable, the onus shifts to the consumer to show "strong cause" why the clause should not be enforced because of factors typically considered under the *forum non conveniens* doctrine. Those factors were set out in *The "Eleftheria"* as including:

> (a) In what country the evidence on the issues of fact is situated, or more readily available, and the effect of that on the relative convenience and expense of trial as between the English and foreign Courts.
>
> (b) Whether the law of the foreign Court applies and, if so, whether it differs from English law in any material respects.
>
> (c) With what country either party is connected, and how closely.
>
> (d) Whether the defendants genuinely desire trial in the foreign country, or are only seeking procedural advantages.
>
> (e) Whether the plaintiffs would be prejudiced by having to sue in the foreign Court because they would

(i) be deprived of security for that claim;

(ii) be unable to enforce any judgment obtained;

(iii)be faced with a time-bar not applicable in England; or

(iv) for political, racial, religious or other reasons be unlikely to get a fair trial. [p. 242]

2017 SCC 33 (CanLII)

[94] Unlike my colleagues in dissent, I think, with respect, that a compelling argument can be made for modifying the strong cause test to include a wider range of factors than the *forum non conveniens* kind of considerations that have been traditionally applied, but I am also of the view that keeping the *Pompey* steps distinct means that before the onus shifts to the consumer, the focus starts where it should, namely on whether the contract or clause itself satisfies basic contractual principles. A contractual approach for determining the enforceability of forum selection clauses in consumer contracts of adhesion finds significant academic support (William J. Woodward, Jr., "Finding the Contract in Contracts for Law, Forum and Arbitration" (2006), 2 *Hastings Bus. L.J.* 1, at p. 46; M. P. Ellinghaus, "In Defense of Unconscionability" (1969), 78 *Yale L.J.* 757; Linda S. Mullenix, "Another Easy Case, Some More Bad Law: *Carnival Cruise Lines* and Contractual Personal Jurisdiction" (1992), 27 *Tex. Int'l L.J.* 323; Stephen Waddams, "Review Essay: The Problem of Standard Form Contracts: A Retreat to Formalism" (2012), 53 *Can. Bus. L.J.* 475; Peter Benson, "Radin on Consent and Fairness in Consumer Boilerplate: A Brief Comment" (2013), 54 *Can. Bus. L.J.* 282).

[95] Starting with a contractual analysis also permits the necessary contextual scope to explore enforceability depending on what the nature of the contract or clause is and what contractual rights are at stake. Only if the clause is found to be enforceable do we move to the second step, where the consumer must demonstrate that there is strong cause why, even though the forum selection clause is enforceable, it should nonetheless be disregarded.

[96] Our first task in this case, as a result, is to determine whether the clause is enforceable using contractual principles. In my respectful view, the clause is not enforceable under the principles set out in the first step of *Pompey*.

[97] In deciding whether a clause is unenforceable for reasons of public policy, the court decides "when the values favouring enforceability are outweighed by values that society holds to be more important" (Stephen Waddams, *The Law of Contracts* (6th ed. 2010), at para. 560). As Prof. McCamus notes, "[a]greements contrary to public policy at common law rest on a judicial determination that the type of agreement in question is sufficiently inconsistent with public policy that it should be treated as unenforceable" (John D. McCamus, *The Law of Contracts* (2nd ed. 2012), at p. 453).

[98] I accept that certainty and predictability generally favour the enforcement at common law of contractual terms, but it is important to put this forum selection clause in its contractual context. We are dealing here with an online *consumer* contract of adhesion. Unlike *Pompey*, there is virtually no opportunity on the part of

2017 SCC 33 (CanLII)

the consumer to negotiate the terms of the clause. To become a member of Facebook, one must accept all the terms stipulated in the terms of use. No bargaining, no choice, no adjustments.

2017 SCC 33 (CanLII)

[99] Online contracts such as the one in this case put traditional contract principles to the test. What does "consent" mean when the agreement is said to be made by pressing a computer key? Can it realistically be said that the consumer turned his or her mind to all the terms and gave meaningful consent? In other words, it seems to me that some legal acknowledgment should be given to the automatic nature of the commitments made with this kind of contract, not for the purpose of invalidating the contract itself, but at the very least to intensify the scrutiny for clauses that have the effect of impairing a consumer's access to possible remedies.

[100] As Prof. Waddams has pointed out:

> . . . there may be scope for application of the concept of public policy in respect of unfair clauses that oust the jurisdiction of the court. It would be open to a court to say that, although arbitration and choice of forum clauses are acceptable if freely agreed by parties of equal bargaining power, *there is reason for the court to scrutinize the reality of the agreement with special care in the context of consumer transactions and standard forms*, since these are clauses that, on their face, offend against one of the traditional heads of public policy. [Emphasis added.]

(Waddams (2012), at p. 483; see also Judith Resnik, "Procedure as Contract" (2005), 80 *Notre Dame L. Rev.* 593; Woodward, at p. 46.)

[101] Much has been written about the burden of forum selection clauses on consumers and their ability to access the court system. They were described by Prof.

Edward Purcell as creating "an egregious disproportionality" (Edward A. Purcell, Jr., "Geography as a Litigation Weapon: Consumers, Forum-Selection Clauses, and the Rehnquist Court" (1992), 40 *UCLA L. Rev.* 423, at p. 514). They range from added costs, logistical impediments and delays, to deterrent psychological effects. Prof. Purcell refers to these constraints as "burdens of distance" or "burdens of geography":

> The deterrent effects of geography are numerous and weighty. The threshold task of merely retaining counsel in a distant location, which may seem routine to attorneys and judges, is profoundly daunting to ordinary people. The very decision to retain an attorney is so troublesome, in fact, that most claimants are content to accept a settlement without one. The result of that commonplace decision, as numerous studies have repeatedly shown, is that such claimants almost invariably obtain much less from their adversaries than they otherwise would. If claimants learn, perhaps from company representatives they contact, that they must retain an attorney in a distant contractual forum in order to initiate a legal action on their claims, that information alone may dissuade a significant number from proceeding and lead them to accept whatever offer, if any, the company might make.
>
> . . .
>
> Once litigation begins, the process quickly piles on additional burdens. One is the obvious need to travel and communicate over long distances, which makes the suit more costly as well as more inconvenient in terms of both litigation planning and client-attorney consultation. Another is the compounded costs and risks created by the attorney's need to communicate with the client's witnesses and to prepare them for depositions and trial testimony. The party may either have to pay additional travel costs for in-person meetings or risk the creation of potentially discoverable documents that could spur additional and costly motion practice and, if disclosed, weaken the party's position in negotiations and at trial. A third burden is the likely additional delays involved in prosecuting the case, as distance and inconvenience combine to complicate various pretrial events and to remove from the attorney the spur of a human client who can or does present himself in person at his attorney's office. A fourth burden is the added cost of participating in a distant trial, including the costs and risks involved in securing the attendance of witnesses at such a location. *All of these burdens will be especially heavy if the plaintiff's claim arises from events in his home*

2017 SCC 33 (CanLII)

state and many or all of his witnesses reside there.

. . .

A final burden is the risk that the cumulative effect of some or all of the preceding complications may combine to so hamper the party's trial preparations that he will ultimately feel compelled to "cave" on the courthouse steps or end up putting on a materially weaker case than he otherwise would have. If settlement comes after full pretrial discovery and motion practice, costs will consume a larger proportion of any settlement payment. . . . The risks of geography increase the likelihood of such unfavorable outcomes, and that ultimate concern further compounds the pressures that push nonresident claimants toward earlier and less favorable settlements.

The burdens of geography are thus numerous and heavy. They are emotional as well as financial. Some are readily apparent, while others are subtle and surely unmeasurable. When placed on individuals who lack relevant interstate connections and experience or who lack extraordinary personal or financial resources, however, their *de facto* impact as a general matter is severe and certain. They impose sharp discounts on the value of the claims involved and discourage large numbers of plaintiffs from attempting to enforce their legal rights. [Emphasis added; pp. 446-49.]

(See also Catherine Walsh, "The Uses and Abuses of Party Autonomy in International Contracts" (2010), 60 *U.N.B.L.J.* 12, at p. 20.)

[102] As Prof. William Woodward has observed:

. . . unless the case is a large one or the "chosen" forum convenient, a choice-of-forum clause can eliminate a customer's legal claim entirely. Only in theory can a customer make a cross-country trip to pursue a $100 warranty claim. [p. 17]

[103] These concerns are what motivated the statutory protections found in art. 3149 of the *Civil Code of Québec*, which render forum selection clauses in consumer or employment contracts unenforceable:

2017 SCC 33 (CanLII)

> **3149.** Québec authorities also have jurisdiction to hear an action based on a consumer contract or a contract of employment if the consumer or worker has his domicile or residence in Québec; the waiver of such jurisdiction by the consumer or worker may not be set up against him.

2017 SCC 33 (CanLII)

[104] In general, then, when online consumer contracts of adhesion contain terms that unduly impede the ability of consumers to vindicate their rights in domestic courts, particularly their quasi-constitutional or constitutional rights, in my view, public policy concerns outweigh those favouring enforceability of a forum selection clause.

[105] Public policy concerns relating to access to domestic courts are especially significant in this case given that we are dealing with a fundamental right like privacy. In *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, [2013] 3 S.C.R. 733, this Court acknowledged the quasi-constitutional status of legislation relating to privacy protection:

> The ability of individuals to control their personal information is intimately connected to their individual autonomy, dignity and privacy. These are fundamental values that lie at the heart of a democracy. As this Court has previously recognized, legislation which aims to protect control over personal information should be characterized as "quasi-constitutional" because of the fundamental role privacy plays in the preservation of a free and democratic society . . . . [para. 19]

[106] The *Privacy Act* in British Columbia sought to protect individuals from invasions of privacy by introducing two new torts:

- Using the name or portrait of another person for the purpose of advertising property or services, or promoting their sale or other trading in them, without that person's consent; [s. 3(2)]

- Wilfully violating the privacy of another person. [s. 1(1)]

2017 SCC 33 (CanLII)

[107] Section 4 of the *Privacy Act* states that these torts "must be heard and determined by the Supreme Court" despite anything contained in another Act. Section 4 is a statutory recognition that privacy rights under the British Columbia *Privacy Act* are entitled to protection in British Columbia by judges of the British Columbia Supreme Court. I do not, with respect, accept Facebook's argument that s. 4 gives the Supreme Court of British Columbia exclusive jurisdiction only vis-à-vis other courts *within* the province of British Columbia. What s. 4 grants is exclusive jurisdiction to the Supreme Court of British Columbia to the exclusion not only of other courts in British Columbia, but to the exclusion of all other courts, within and outside British Columbia. That is what exclusive jurisdiction means.

[108] Where a legislature grants exclusive jurisdiction to the courts of its own province, it overrides forum selection clauses that may direct the parties to another forum (see *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, [2005] 2 S.C.R. 401, at para. 25). It would, in my respectful view, be contrary to public policy to enforce a forum selection clause in a consumer contract that has the effect of depriving a party of access to a statutorily mandated court. To decide otherwise means that a clear legislative intention can be overridden by a forum selection clause. This flies in the

face of *Pompey*'s acknowledgment that legislation takes precedence over a forum selection clause (*Pompey*, at para. 39).

2017 SCC 33 (CanLII)

[109] The approach used by Wittmann A.C.J.Q.B. in *Zi Corp. v. Steinberg* (2006), 396 A.R. 157, is apposite. The Alberta Court of Queen's Bench declined to enforce a forum selection clause mandating proceedings in Florida, because s. 180(1)[1] of the Alberta *Securities Act*, R.S.A. 2000, c. S-4, granted jurisdiction to the Court of Queen's Bench for applications under that provision. Wittmann A.C.J.Q.B. concluded that the effect of giving jurisdiction to the Court of Queen's Bench meant that it had exclusive jurisdiction *both within and outside Alberta*. In reaching his conclusion, Wittmann A.C.J.Q.B. relied on years of jurisprudence interpreting similar provisions as granting exclusive jurisdiction to the courts of a particular province to hear claims for oppression remedies (see also *Gould v. Western Coal Corp.* (2012), 7 B.L.R. (5th) 19 (Ont. S.C.J.), at paras. 319-39; *Ironrod Investments Inc. v. Enquest Energy*

[1] Section 180(1) of the *Securities Act*, R.S.A. 2000, c. S-4, stated:

> **180(1)** On the application of an interested person, the Court of Queen's Bench, where it is satisfied that a person or company has not complied with this Part or the regulations made in respect of this Part, may make an interim or final order
>
> (a) compensating any interested person who is a party to the application for damages suffered as a result of a contravention of this Part or the regulations made in respect of this Part;
>
> (b) rescinding a transaction with any interested person, including the issue of a security or a purchase and sale of a security;
>
> (c) requiring any person or company to dispose of any securities acquired pursuant to or in connection with a bid;
>
> (d) prohibiting any person or company from exercising any or all of the voting rights attaching to any securities;
>
> (e) requiring the trial of an issue;
>
> (f) respecting any matter not referred to in clauses (a) to (e) that the Court considers proper.

Services Corp., 2011 ONSC 308; *Incorporated Broadcasters Ltd. v. Canwest Global Communications Corp.* (2001), 20 B.L.R. (3d) 289 (Ont. S.C.J.), at paras. 112-17, aff'd (2003), 63 O.R. (3d) 431 (C.A.); *Takefman v. Golden Hope Mines Ltd.*, 2015 QCCS 4947; *Nord Resources Corp. v. Nord Pacific Ltd.* (2003), 37 B.L.R. (3d) 115 (N.B.Q.B)).

2017 SCC 33 (CanLII)

[110] Any uncertainty about the legislature's intention that privacy rights under the British Columbia *Privacy Act* be heard by the Supreme Court in British Columbia is dispelled by the introductory words in s. 4: "Despite anything contained in another Act . . .". That reflects a clear statutory intention that exclusive jurisdiction over the enforcement of the *Privacy Act* be retained by the Supreme Court despite what any other legislation states. It would defy logic to think that the legislature sought to protect the British Columbia Supreme Court's exclusivity from the reach of other statutes, but not from the reach of forum selection clauses in private contracts.

[111] Tied to these public policy concerns is the "grossly uneven bargaining power" of the parties. Facebook is a multi-national corporation which operates in dozens of countries. Ms. Douez, a videographer, is a private citizen. She had no input into the terms of the contract and, in reality, no meaningful choice as to whether to accept them given Facebook's undisputed indispensability to online conversations. As Prof. Cheryl Preston noted: ". . . if one's family, friends, and business associates are on Facebook . . . using a competitor's service is not a reasonable choice" (Cheryl B. Preston, "'Please Note: You Have Waived Everything': Can Notice Redeem Online

Contracts?" (2015), 64 *Am. U. L. Rev.* 535, at p. 554).

[112] The doctrine of unconscionability, a close jurisprudential cousin to both public policy and gross bargaining disparity, also applies to render the forum selection clause unenforceable in this case.

[113] This Court confirmed in *Tercon* that unconscionability can be used to invalidate a single clause within an otherwise enforceable contract (*Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, [2010] 1 S.C.R. 69, at para. 122).

[114] As Prof. McCamus notes, the doctrine of unconscionability is a useful tool for addressing the enforceability of some clauses in consumer contracts of adhesion:

> . . . the doctrine of the unconscionable term may provide a common law device, long awaited by some, that can ameliorate the harsh impact of unfair terms in boilerplate or "adhesion" contracts, offered particularly in the context of consumer transactions on a take-it-or-leave-it basis. [Footnote omitted; p. 444.]

(See also Jean Braucher, "Unconscionability in the Age of Sophisticated Mass-Market Framing Strategies and the Modern Administrative State" (2007), 45 *Can. Bus. L.J.* 382.)

[115] Two elements are required for the doctrine of unconscionability to apply: inequality of bargaining powers and unfairness. Prof. McCamus describes them as follows:

2017 SCC 33 (CanLII)

> . . . one must establish both inequality of bargaining power in the sense that one party is incapable of adequately protecting his or her interests *and* undue advantage or benefit secured as a result of that inequality by the stronger party. [Emphasis added; pp. 426-27.]

2017 SCC 33 (CanLII)

[116] In my view, both elements are met here. The inequality of bargaining power between Facebook and Ms. Douez in an online contract of adhesion gave Facebook the unilateral ability to require that any legal grievances Ms. Douez had, could not be vindicated in British Columbia where the contract was made, but only in California where Facebook has its head office. This gave Facebook an unfair and overwhelming procedural — and potentially substantive — benefit. This, to me, is a classic case of unconscionability.

[117] For all these reasons, the forum selection clause is unenforceable under the first step of the *Pompey* test.

[118] I would allow the appeal with costs throughout and dismiss Facebook's application for a stay of proceedings.

The reasons of McLachlin C.J. and Moldaver and Côté JJ. were delivered by

[119] THE CHIEF JUSTICE AND CÔTÉ J. (dissenting) — The respondent, Facebook, Inc., is a successful global corporation based in California. It operates a social media website (www.facebook.com) used by millions of users throughout the

world. Facebook's website allows users to establish their own "facebook", through which they communicate with "friends", with whom they share news, information, opinions, photos and videos.

2017 SCC 33 (CanLII)

[120] To become a Facebook user, a person must enter into a contract with Facebook. The appellant, Deborah Louise Douez wanted to become a Facebook user. When Ms. Douez chose to sign up as a user of Facebook, she agreed to Facebook's terms of use, which included a forum selection clause. A version of the clause provides:

> You will resolve any claim, cause of action or dispute (claim) you have with us arising out of or relating to this Statement or Facebook exclusively in a state or federal court located in Santa Clara County. The laws of the State of California will govern this Statement, as well as any claim that might arise between you and us, without regard to conflict of law provisions. You agree to submit to the personal jurisdiction of the courts located in Santa Clara County, California for purpose of litigating all such claims. [A.R., vol. II, at p. 138]

[121] Ms. Douez wants to start a class action against Facebook. She says that Facebook used her name and face in an advertising product called "Sponsored Stories", without her consent, contrary to s. 3(2) of the *Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, c. 373, which creates a statutory tort of invasion of privacy. Facebook, for its part, says it obtained Ms. Douez's consent through the "terms of use" to which she consented in her contract with Facebook.

[122] The question on this appeal concerns the place where the lawsuit should

be heard. Facebook argues that the dispute must be tried before a state or federal court in Santa Clara County, California, as Ms. Douez agreed to in her contract with Facebook. Ms. Douez, on the other hand, argues that the lawsuit should be tried in British Columbia. She does not dispute that she agreed by contract to have all disputes with Facebook tried in California. However, she argues that the clause should not be enforced against her.

2017 SCC 33 (CanLII)

[123] The issue assumes great importance in a world where millions of people routinely enter into online contracts with corporations, large and small, located in other countries. Often these contracts contain a forum selection clause, specifying that any disputes must be resolved by the corporation's choice of court. In this way, global corporations, be they American, Canadian or from some other country, seek to ensure that they are not dragged into litigation in foreign countries.

[124] The principles of private international law support the enforcement of forum selection clauses, while recognizing that in exceptional cases courts may decline to enforce them. Forum selection clauses provide certainty and predictability in cross-border transactions. When parties agree to a jurisdiction for the resolution of disputes, courts will give effect to that agreement, unless the claimant establishes "strong cause" for not doing so.

[125] We see no need to depart from the settled principles of private international law on forum selection clauses — principles repeatedly confirmed by courts around the world, including the Supreme Court of Canada. The simple

question in this case, as we see it, is whether Ms. Douez has shown "strong cause" for not enforcing the forum selection clause to which she agreed. We agree with the Court of Appeal of British Columbia that strong cause has not been shown, and that the action must be tried in California, as the contract requires. A stay of the underlying claim should be entered.

2017 SCC 33 (CanLII)

I. Forum Selection Clauses and *Forum Non Conveniens*

[126] The test for the enforcement of forum selection clauses in contracts was settled by this Court 14 years ago in *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, 2003 SCC 27, [2003] 1 S.C.R. 450. The inquiry proceeds in two steps. First, the court must determine whether the forum selection clause is enforceable and applies to the circumstances: *Pompey*, at para. 39; *Preymann v. Ayus Technology Corp.*, 2012 BCCA 30, 32 B.C.L.R. (5th) 391, at para. 43. Second, the court must assess whether there is strong cause in favour of denying a stay, despite the enforceable forum selection clause: *Pompey*, at paras. 19 and 39.

[127] Ms. Douez argues that the courts should not apply the settled *Pompey* test to her case. Instead, she argues, they should consider the forum selection clause within the context of the *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.B.C. 2003, c. 28 ("*CJPTA*"). We disagree.

[128] Section 11 of the *CJPTA* outlines the circumstances in which a court may decline jurisdiction where there is a more appropriate forum. It deals with the

situation where two different courts have jurisdiction, and provides instructions to settle which of the two courts should take jurisdiction. It provides:

> **11** (1) After considering the interests of the parties to a proceeding and the ends of justice, a court may decline to exercise its territorial competence in the proceeding on the ground that a court of another state is a more appropriate forum in which to hear the proceeding.
>
> (2) A court, in deciding the question of whether it or a court outside British Columbia is the more appropriate forum in which to hear a proceeding, must consider the circumstances relevant to the proceeding, including
>
> (a) the comparative convenience and expense for the parties to the proceeding and for their witnesses, in litigating in the court or in any alternative forum,
>
> (b) the law to be applied to issues in the proceeding,
>
> (c) the desirability of avoiding multiplicity of legal proceedings,
>
> (d) the desirability of avoiding conflicting decisions in different courts,
>
> (e) the enforcement of an eventual judgment, and
>
> (f) the fair and efficient working of the Canadian legal system as a whole.

As this Court noted in *Teck Cominco Metals Ltd. v. Lloyd's Underwriters*, 2009 SCC 11, [2009] 1 S.C.R. 321, at para. 22, "[s.] 11 of the *CJPTA* . . . constitutes a complete codification of the common law test for *forum non conveniens*. It admits of no exceptions."

[129] This code for deciding which of two available jurisdictions should, as a

2017 SCC 33 (CanLII)

matter of convenience, take jurisdiction, does not apply to oust forum selection clauses. Where the parties have agreed in advance to a choice of forum, there is no need to inquire into which of two forums is the more convenient; the parties have settled the matter by their contract, unless the contractual clause is invalid or inapplicable (the first step of the *Pompey* test) or should not be applied because the plaintiff has shown strong cause not to do so (the second step of the *Pompey* test). In such cases, the duty of the court is to enforce the contractual agreement, unless the plaintiff shows strong cause otherwise.

[130] What Ms. Douez suggests, in effect, is that the two-part *Pompey* test be changed for a unified test that would apply forum selection clauses as an element of the *forum non conveniens* test. This Court rejected this very contention in *Pompey.* Justice Bastarache stated that he was "not convinced that a unified approach to *forum non conveniens*, where a choice of jurisdiction clause constitutes but one factor to be considered, is preferable" (para. 21). He shared the concerns expressed by author, Edwin Peel that such an approach would not give full weight to forum selection clauses because other factors weigh in the balance — factors that the parties must be deemed already to have considered when they agreed to a forum selection clause: E. Peel, "Exclusive jurisdiction agreements: purity and pragmatism in the conflict of laws", [1998] *L.M.C.L.Q.* 182.

[131] We therefore agree with the British Columbia and Saskatchewan Courts of Appeal that *Pompey* continues to apply when the courts consider forum selection

2017 SCC 33 (CanLII)

clauses: see *Viroforce Systems Inc. v. R & D Capital Inc.*, 2011 BCCA 260, 336 D.L.R. (4th) 570, at para. 14; *Preymann*, at para. 39; *Frey v. BCE Inc.*, 2011 SKCA 136, 377 Sask. R. 156, at paras. 112-14; *Hudye Farms Inc. v. Canadian Wheat Board*, 2011 SKCA 137, 377 Sask. R. 146, at para. 10. While the *CJPTA* is a complete codification of the common law related to *forum non conveniens*, it does not supplant the common law principles underlying the enforcement of forum selection clauses. Where the parties have agreed to a forum selection clause, the court must apply that clause unless the test in *Pompey* is satisfied. If the test is satisfied and the forum selection clause is inapplicable, the result is a situation where there are two competing possibilities for forum. At this point, the *CJPTA* which codifies the common law provisions for *forum non conveniens* applies.

[132] *Pompey* is considered first. Since we conclude that the test in *Pompey* is not satisfied, s. 11 of the *CJPTA* does not assist Ms. Douez.

II. Step One: Is the Forum Selection Clause Enforceable?

[133] Having rejected Ms. Douez's contention that the *Pompey* test should be rolled into the codified provisions for *forum non conveniens*, the next step is to apply the two-part *Pompey* framework.

[134] The first step in the *Pompey* test asks whether the forum selection clause is enforceable and applies in the circumstances. Facebook bears the burden of establishing this. In our opinion, Facebook has discharged this burden. On its face,

2017 SCC 33 (CanLII)

the answer is affirmative. The language of the clause is clear and appears to cover all disputes, including this one.

2017 SCC 33 (CanLII)

[135] Ms. Douez suggests three reasons why the forum selection clause is invalid or inapplicable to her situation. None of them withstand scrutiny. First, she argues that the forum selection clause was not brought to her attention. Second, she argues that the terms of use are unclear. Third, she argues that s. 4 of the *Privacy Act* renders the forum selection clause unenforceable. Abella J. adds a fourth; that the forum selection clause offends public policy. In our view, these arguments are not persuasive.

[136] The first argument is that the forum selection clause is unenforceable because Ms. Douez was simply invited to give her consent to the clause by clicking on it, without her attention being drawn to its specific language. In other words, she is not bound because electronic clicking without more does not indicate her agreement to the forum selection clause.

[137] We cannot accede to this submission. In British Columbia, s. 15(1) of the *Electronic Transactions Act*, S.B.C. 2001, c. 10, codifies the common law rule set out in *Rudder v. Microsoft Corp.* (1999), 2 C.P.R. (4th) 474 (Ont. S.C.J.), and establishes that an enforceable contract may be formed by clicking an appropriately designated online icon:

> **15** (1) Unless the parties agree otherwise, an offer or the acceptance of

> an offer, or any other matter that is material to the formation or operation of a contract, may be expressed
>
> . . .
>
> (b) by an activity in electronic form, including touching or clicking on an appropriately designated icon or place on a computer screen or otherwise communicating electronically in a manner that is intended to express the offer, acceptance or other matter.

2017 SCC 33 (CanLII)

[138] Ms. Douez relies on *Berkson v. Gogo LLC*, 97 F. Supp.3d 359 (E.D.N.Y. 2015), at para. 22, where a U.S. district court, in the absence of legislation on electronic formation of contract, adopted a four-step procedure to determine whether a contract was formed by accepting terms of use online. In British Columbia, s. 15(1) of the *Electronic Transactions Act* answers the question, providing that clicking on a screen suffices to indicate acceptance.

[139] Ms. Douez's second contention is that the terms of use contradict the forum selection clause, rendering it unclear. She points to the provision that Facebook will "strive to respect local laws", and suggests that this requires Facebook to defer to s. 4 of the British Columbia *Privacy Act*, which grants the Supreme Court of British Columbia subject matter jurisdiction over *Privacy Act* claims, to the exclusion of other tribunals. The tension between the strict terms of the forum selection clause in the contract, and the provision that Facebook will "strive to respect local laws", introduces an ambiguity, rendering the forum selection clause unenforceable, Ms. Douez contends.

[140] This argument cannot succeed. The contract on its face is clear. There is no inconsistency between a commitment to "strive" to apply local laws and an agreement that disputes will be tried in California. A forum selection clause does not disrespect the laws of British Columbia.

[141] This brings us to Ms. Douez's third argument — that s. 4 of the *Privacy Act* invalidates forum selection clauses for actions under this Act. Section 4 provides that "an action under [the *Privacy Act*] must be heard and determined by the Supreme Court [of British Columbia]". Ms. Douez argues that this clause amounts to a stipulation that all actions under this Act must be heard in British Columbia, with the result that forum selection clauses providing other jurisdictions are invalid.

[142] We do not agree. Section 4 of the *Privacy Act* grants the Supreme Court of British Columbia subject matter jurisdiction over *Privacy Act* claims to the exclusion of other British Columbia courts. Nothing in the language of s. 4 suggests that it can render an otherwise valid contractual term unenforceable.

[143] We do not dispute that legislation can limit the scope of forum selection clauses or render them altogether unenforceable: see *Pompey*, at para. 38. Nor do we dispute that some jurisdictions have adopted a "protective model" limiting the impact of forum selection clauses in consumer contracts: Z. S. Tang, *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws* (2nd ed. 2015), at p. 357. However, when they have done so, they have used clear language. For example, *Regulation (E.U.) No. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on*

2017 SCC 33 (CanLII)

jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), [2012] O.J. L. 351/1, provides consumers with a positive right to bring proceedings in his or her home state (art. 18), unless the clause was agreed to after a dispute had arisen, provides additional forum options to the consumer, or concerns parties resident in the same state (art. 19). The *Civil Code of Québec* is more absolute: art. 3149 provides that Québec courts have jurisdiction to hear actions based on consumer contracts, and that "the waiver of such jurisdiction by the consumer or worker may not be set up against him".

[144] The British Columbia legislature has not adopted the "protective model" approach. It has not legislated an absolute or limited right to bring an action in British Columbia, in the face of a forum selection clause stipulating a different jurisdiction. It has focussed not on where the action can be brought, but on the protection of consumer rights in the *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, c. 2 ("*BPCPA*"). The choice to focus on rights rather than forum was made after this Court's decision in *Pompey*. Section 3 of the *BPCPA* provides that "[a]ny waiver or release by a person of the person's rights, benefits or protections under this Act is void except to the extent that the waiver or release is expressly permitted by this Act." If the legislature had intended to render forum selection clauses inoperable for claims made under the *Privacy Act*, it would have said so expressly: see *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, 2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401, at para. 25. Courts are obliged to respect this choice.

2017 SCC 33 (CanLII)

[145] Ms. Douez does not argue that the forum selection clause is unconscionable. Such an argument would have to be based on evidence (see *Pompey*, at para. 29); none was adduced in this case. Inequality of bargaining power, even if it were established here, does not, on its own, give the court reason to interfere with the freedom to contract. As noted by Angela Swan and Jakub Adamski in *Canadian Contract Law* (3rd ed. 2012), at §9.114:

> The mere fact that, as might happen in very many transactions, the parties are not equally competent in looking after their own interests or equally informed is not a basis for relief. There has to be, as has been suggested, some relation of dependence or likelihood of undue influence, *i.e.*, some element of procedural unconscionability, inequality or unfairness, *and* a bad bargain, *i.e.*, some element of substantive unfairness. [Emphasis in original.]

[146] Finally, we come to the argument that forum selection clauses violate public policy and should therefore be treated as invalid and inapplicable. This contention, too, cannot prevail.

[147] It is unclear to us how a court can invalidate a contractual provision simply because the court finds it is contrary to public policy in the abstract. While the court can refuse to enforce otherwise valid contractual provisions that offend public policy, the party seeking to avoid enforcement of the clause must prove "the existence of an overriding public policy . . . that outweighs the very strong public interest in the enforcement of contracts": *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69, at para. 123 (per Binnie J., in dissent, but not on this point). In our view, no such overriding public

2017 SCC 33 (CanLII)

policy is found on the facts of this case.

[148] Forum selection clauses, far from being unconscionable or contrary to public policy, are supported by strong policy considerations. Forum selection clauses are well-established and routinely enforced around the world: see e.g. *Donohue v. Armco Inc.*, [2001] UKHL 64, [2002] 1 All E.R. 749, at para. 24; *Atlantic Marine Construction Co. v. U.S. Dist. Court for Western Dist. of Texas*, 134 S.Ct. 568 (2013), at pp. 581-82, citing *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1 (1972), at pp. 17-18; *Akai Pty Ltd. v. People's Insurance Co.* (1996), 188 C.L.R. 418, at pp. 441-42 (H.C.A.); *Advanced Cardiovascular Systems Inc. v. Universal Specialties Ltd.*, [1997] 1 N.Z.L.R. 186 (C.A.). Forum selection clauses serve an important role of increasing certainty and predictability in transactions that take place across borders. The fact that a contract is in standard form does not affect the validity of such a clause: *Pompey*, at para. 28; *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*, 499 U.S. 585 (1991), at pp. 593-94.

[149] That is not to say that forum selection clauses will always be given effect by the courts. As Abella J. notes, "burdens of distance" and "burdens of geography" may render the application of a forum selection clause unfair in the circumstances. However, those considerations are relevant at the second step of *Pompey*, not the first. As we discuss below, a court in assessing strong cause can consider the relative convenience and expense of local and foreign courts, as well as any prejudice a plaintiff might suffer in being forced to bring their claim in a foreign court: see *The*

2017 SCC 33 (CanLII)

"Eleftheria", [1969] 1 Lloyd's Rep. 237 (Adm. Div.), at p. 242. But these considerations play no role at the first step of the *Pompey* test.

[150] We conclude that the forum selection clause is valid and applicable and that the first step of the *Pompey* test has been met. It remains to determine whether Ms. Douez has shown strong cause why it should not be given effect.

2017 SCC 33 (CanLII)

III. Step Two: Has Ms. Douez Shown Strong Cause?

[151] We have concluded that step one of the *Pompey* test has been met: Facebook has established that the forum selection clause is enforceable and applies to these circumstances. It remains to ascertain whether Ms. Douez has established strong cause why the clause should not be enforced in this case.

[152] The strong cause exception to the enforceability of forum selection clauses confers a discretion on the judge, to be exercised in accordance with settled factors, to decline to enforce the clause. The strong cause test means that forum selection clauses are enforced, upholding predictability and certainty, unless the plaintiff shows that enforcement of the clause would unfairly deny her an opportunity to seek justice.

[153] The party seeking to displace the forum selection clause bears the burden of establishing strong cause. There are good reasons for this. First, enforceability of forum selection clauses is the rule, setting them aside the exception. Generally,

parties seeking an exceptional exemption must show grounds for what they seek. Second, it is the party seeking the exception who is in the best position to argue why it should be granted, not for the party seeking to rely on the rule to show why the rule should not be vacated; generally, burdens fall on the party asserting a proposition and in the best position to prove it. Reversing the burden would require a defendant to prove a negative — that "strong cause" does not exist. This would ask a defendant to anticipate and counter all the arguments a plaintiff might raise in support of there being strong cause. Finally, to reverse the burden would undermine the general rule that forum selection clauses apply and introduce uncertainty and expense into commercial transactions that span international borders. It would detract from the "certainty and security in transaction" that is critical to private international law (*Pompey*, at paras. 20 and 25). For many businesses, having to prove in a foreign country why there is not strong cause would render the contract costly and in many cases, practically unenforceable. Businesses, small suppliers as well as giants like Facebook, would be required to amass proof of a negative in a host of foreign countries. Accordingly, the law in Canada and elsewhere has consistently held that it is the plaintiff — the party seeking to set aside the forum selection clause — who bears the burden of showing strong cause for not giving effect to the enforceable forum selection clause by entering a stay of proceedings: *Pompey*, at para. 25; *The "Eleftheria"*, at p. 242.

[154] In *Pompey*, Bastarache J. explained the reasons for embracing the strong cause test and the burden on the plaintiff to prove strong cause (para. 20):

2017 SCC 33 (CanLII)

> These clauses are generally to be encouraged by the courts as they create certainty and security in transaction, derivatives of order and fairness, which are critical components of private international law . . . . In the context of international commerce, order and fairness have been achieved at least in part by application of the "strong cause" test. This test rightly imposes the burden on the plaintiff to satisfy the court that there is good reason it should not be bound by the forum selection clause. It is essential that courts give full weight to the desirability of holding contracting parties to their agreements. There is no reason to consider forum selection clauses to be non-responsibility clauses in disguise. In any event, the "strong cause" test provides sufficient leeway for judges to take improper motives into consideration in relevant cases and prevent defendants from relying on forum selection clauses to gain an unfair procedural advantage.

2017 SCC 33 (CanLII)

[155] This brings us to what the plaintiff must show to establish strong cause why a forum selection clause should not be enforced. The factors that govern the judge's exercise of his discretion were set out in *The "Eleftheria"*, at p. 242, and were adopted in *Pompey*, at para. 19, per Bastarache J.:

> (1) Where plaintiffs sue in England in breach of an agreement to refer disputes to a foreign Court, and the defendants apply for a stay, the English Court, assuming the claim to be otherwise within the jurisdiction, is not bound to grant a stay but has a discretion whether to do so or not.
>
> (2) The discretion should be exercised by granting a stay unless strong cause for not doing so is shown.
>
> (3) The burden of proving such strong cause is on the plaintiffs.
>
> (4) In exercising its discretion the Court should take into account all the circumstances of the particular case.
>
> (5) In particular, but without prejudice to (4), the following matters, where they arise, may be properly regarded:
>
> > (a) In what country the evidence on the issues of fact is situated, or more readily available, and the effect of that on the relative convenience and expense of trial as between the English and foreign Courts.

(b) Whether the law of the foreign Court applies and, if so, whether it differs from English law in any material respects.

(c) With what country either party is connected, and how closely.

(d) Whether the defendants genuinely desire trial in the foreign country, or are only seeking procedural advantages.

(e) Whether the plaintiffs would be prejudiced by having to sue in the foreign Court because they would

(i) be deprived of security for that claim;

(ii) be unable to enforce any judgment obtained;

(iii) be faced with a time-bar not applicable in England; or

(iv) for political, racial, religious or other reasons be unlikely to get a fair trial.

[156] Applying these factors to the case at bar, it is clear that the motions judge should not have found strong cause for not enforcing the forum selection clause to which Ms. Douez agreed. The court must consider all the circumstances of the case. None of the circumstances relied on by Ms. Douez show strong cause why the forum selection clause should not be enforced.

[157] The analysis starts with the proposition that the discretion should be exercised by enforcing the forum selection clause unless the plaintiff shows strong cause for not doing so. Strong cause means what it says — it is not any cause, but strong cause. The default position is that forum selection clauses should be enforced.

[158] There is good reason for this. By offering services across borders, online

2017 SCC 33 (CanLII)

companies risk uncertainty and unpredictability of the possible jurisdictions in which they may face legal claims. Professor Geist (M. A. Geist, "Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction" (2001), 16 *Berkeley Tech. L.J.* 1345) describes this risk:

> Since websites are instantly accessible worldwide, the prospect that a website owner might be haled into a courtroom in a far-off jurisdiction is much more than a mere academic exercise; it is a very real possibility. [p. 1347]

[159] Other commentators point out that since online companies do not know in advance where their customers are located, it is difficult for them to proactively determine jurisdiction issues in advance: Z. Tang, "Exclusive Choice of Forum Clauses and Consumer Contracts in E-commerce" (2005), 1 *J. Priv. Int. L.* 237. In our view, these risks are best addressed through adherence to the existing system of private international law that has been carefully developed over decades to provide a measure of certainty, order, and predictability. Requiring the plaintiff to demonstrate strong cause is essential for upholding certainty, order, and predictability in private international law, especially in light of the proliferation of online services provided across borders. Holding otherwise would ask the court to ignore valid and enforceable, contractual terms.

[160] It is not only large multi-national corporations like Facebook that benefit from emphasizing the need for order in private international law. The intervener, Information Technology Association of Canada, points out that small and medium-

2017 SCC 33 (CanLII)

sized businesses benefit from the certainty that flows from enforcing forum selection clauses, and that by reducing litigation risk they can generate savings that can be passed on to consumers. Facebook adds that the certainty which comes with enforcement of forum selection clauses allows foreign companies to offer online access to Canadians. In our view, these benefits accrue to online businesses of all sizes, and in all locations.

2017 SCC 33 (CanLII)

[161] We cannot help but note our profound disagreement with the suggestion in the reasons of Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ., that forum selection clauses are inherently contrary to public policy. They state: ". . . forum selection clauses divert public adjudication of matters out of the provinces, and court adjudication in each province is a public good" (para. 25). The overwhelming weight of international jurisprudence shows that, far from being a subterfuge to deny access to justice, forum selection clauses are vital to international order, fairness and comity.

[162] We turn now to the specific factors that *Pompey* directs the court to consider in determining whether the plaintiff has established strong cause for not enforcing the forum selection clause.

[163] First, Ms. Douez has not shown that the facts in the case and the evidence to be adduced shifts the balance of convenience from the contracted state of California to British Columbia. The evidence in the case may be expected to revolve around Facebook's use of Ms. Douez's photo and name in its advertisement without her consent. This involves Facebook's conduct from its headquarters in California.

Facebook's defence is that Ms. Douez consented, not by her actions in British Columbia, but by agreeing to the terms of use. The issue is a legal matter of construing the contract. There is no basis for suggesting this factor shows strong cause to oust the forum selection clause.

2017 SCC 33 (CanLII)

[164] Our colleague Abella J. makes reference to the "burdens of distance" and the "burdens of geography" that a plaintiff may carry when faced with a forum selection clause. Similarly, Ms. Douez argued that setting aside the forum selection clause would increase consumers' access to justice. During oral argument, her counsel called it "a very important principle" (transcript, at p. 33), and in her factum she said that "no rational British Columbia resident would travel to California to litigate nominal damages claims" (A.F., at para. 90). Yet, there is no evidence regarding the "relative convenience and expense of trial" in California as compared to British Columbia. Strong cause cannot be established in absence of a sufficient evidentiary basis.

[165] Nor does the applicable law show strong cause to override the forum selection clause, in our view. It is true that the law giving rise to the tort is a British Columbia statute. However, the British Columbia tort created by the *Privacy Act* does not require special expertise. The courts of California have not been shown to be disadvantaged in interpreting the Act as compared with the Supreme Court of British Columbia. The most the motions judge could say on this factor was that

> local courts may be more sensitive to the social and cultural context and

> background relevant to privacy interests of British Columbians, as compared to courts in a foreign jurisdiction. This could be important in determining the degree to which privacy interests have been violated and any damages that flow from this.

(Trial reasons, 2014 BCSC 953, 313 C.R.R. (2d) 254, at para. 75)

If possible sensitivity to local context is sufficient to show strong cause, forum selection clauses will never be upheld where a tort occurs in a different country. What this factor contemplates is evidence that the local court will be better placed to interpret the legal provisions at issue than the court stipulated in the forum selection clause. Ms. Douez presented no such evidence.

[166] Ms. Douez did not adduce any evidence of California law or California procedure related to either private international law or the adjudication of privacy claims. She did not provide evidence of California law related to territorial jurisdiction. Bauman C.J.B.C. described the vacuum thus (para. 77):

> In my opinion, Ms. Douez failed to provide the Court with any reason to conclude that this proceeding could not be heard in the courts of Santa Clara. There is no evidence in the record as to California private international law. This Court cannot conduct its own research and take judicial notice (see *Duchess di Sora v. Phillipps* (1863), 10 H.L. Cas. 624 (U.K.H.L.) at 640; *Bumper Development Corp. v. Commissioner of Police of the Metropolis*, [1991] 1 W.L.R. 1362 (Eng. C.A.), at 1369).

A court should not be put in the position of having to speculate as to whether a California court would exercise its discretion to assume jurisdiction over a matter, whether that court would apply the laws of British Columbia, whether privacy laws in

2017 SCC 33 (CanLII)

California are analogous to those in British Columbia, whether the procedural rules in California parallel those in British Columbia, or whether the remedies available in California would be capable of providing Ms. Douez with comparable remedies to what she might obtain in British Columbia. Without evidence, there is respectfully no basis for our colleagues Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ. to raise the spectre of harms going "without remedy" (paras. 59 and 62).

2017 SCC 33 (CanLII)

[167] The country with which the parties are connected does not establish strong cause. Facebook has its headquarters in California. Ms. Douez, while resident in British Columbia, was content to contract with Facebook at that location. Nothing in her situation suggests that the class action she wishes to commence could not be conducted in California just as easily as in British Columbia. To show strong cause to oust a foreign selection clause on the basis of residence, the plaintiff must point to more than the mere fact that she lives in the jurisdiction where she seeks to have the action tried. If this sufficed, forum selection clauses would be routinely held inoperative.

[168] The next factor to consider is whether the defendant is merely seeking procedural advantages. If Ms. Douez could show that Facebook does not genuinely desire the trial to take place in California, but wants the trial there simply to gain procedural advantages over her, this might support her case that strong cause lies to oust the forum selection clause. However, she has not shown this. There is no suggestion that Facebook does not genuinely wish all litigation with users to take

place in California. Indeed, it is clear it does so, for reasons of substance and convenience. The purpose of the forum selection clause is to avoid costly and uncertain litigation in foreign countries, which in turn would increase its costs and divert its energy.

[169] Finally, Ms. Douez has not shown that application of the forum selection clause would deprive her of a fair trial because she would be deprived of security for the claim; be unable to enforce any judgment obtained; be faced with a time-bar not applicable in British Columbia; or because of political, racial, religious or other reasons. She does not and cannot take issue with the fact that the state of California has a highly developed and fair legal system, nor with the fact that she will get a fair trial there.

[170] It is thus apparent that all the factors endorsed by this Court in *Pompey* point to enforcing the forum selection clause to which Ms. Douez agreed. None of them establish strong cause.

[171] For this reason, Ms. Douez asks this Court to modify the strong cause test endorsed by this Court in *Pompey*. She urges two modifications. First, she suggests that "the strong cause test should be applied in a nuanced manner, accounting for parties' inherent inequality or consumers' lack of bargaining power" (A.F., at para. 71). Alternatively, she says that the test "should be modified to place the burden on the defendant in the context of consumer contracts of adhesion" (A.F., at para. 72). We cannot accept either of these proposals. They would amount to inappropriately

2017 SCC 33 (CanLII)

overturning this Court's decision in *Pompey* and substituting new and different principles, and would introduce unnecessary and unprincipled uncertainty into the strong cause test.

2017 SCC 33 (CanLII)

[172] Ms. Douez's first submission is that instead of considering the factors set out in *The "Eleftheria"* and *Pompey* in determining whether strong cause not to enforce the forum selection clause has been established, the court should consider a different factor — the consumer's lack of bargaining power. Our colleagues Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ. accept this argument. With respect, we disagree.

[173] This argument conflates the first step of the test set out in *Pompey* with the second step, in a way that profoundly alters the law endorsed by this Court in *Pompey*. Consideration of "all the circumstances of the particular case" at the second step is not an invitation to blend the first step into the second. As discussed above, the party seeking to rely on the forum selection clause must first demonstrate that it is enforceable. It is at this step that inequality of bargaining power is relevant. Inequality of bargaining power may lead to a clause being declared unconscionable — something not argued in the case at bar. Short of unconscionability, the stronger party relying on a standard form contract faces the *contra proferentem* rule under which any ambiguity is resolved against them: *Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23, at para. 51. As we have said, concerns about inequality of bargaining power may inspire

legislators to intervene by making forum selection clauses unenforceable — but the British Columbia legislature has chosen not to do so. There is no reason here to second guess this choice by conflating or modifying the *Pompey* analysis. In this case, Facebook has demonstrated that the forum selection clause is enforceable. We note parenthetically that the strength of the contention of unequal bargaining power seems tenuous, when one realizes that Ms. Douez received the Facebook services she wanted, for free and without any compulsion, practical or otherwise. Even if remaining "'offline' may not be a real choice in the Internet era", as suggested by our colleagues Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ. (at para. 56), there is no evidence that foregoing Facebook equates with being "offline". In any case, enforcement of the forum selection clause does not deprive Ms. Douez, or anyone else, of access to Facebook.

[174] Ms. Douez's alternative suggestion of reversing the burden of proof is inconsistent with the principles underlying the strong cause test: certainty, security, and fairness (*Pompey*, at para. 20). These principles remain as relevant in the 21st century domain of global online social media as they were in the 20th century climate of international commercial shipping. The principles of order and fairness underpin private international law and "ensure security of transactions with justice": *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, at p. 1097. The twin goals of justice and fairness in private international law are only achievable by enforcing rules that ensure security and predictability: *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572, at paras. 73 and 75; see also *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R.

2017 SCC 33 (CanLII)

1022, at p. 1058. As already discussed, there are good reasons why this Court, like the courts in the United Kingdom and elsewhere, places the burden of showing strong cause for not enforcing a forum selection clause on the plaintiff seeking to avoid the clause.

2017 SCC 33 (CanLII)

[175] Ms. Douez's submissions that we "nuance" *Pompey* or shift the burden of showing strong cause contrary to *Pompey*, are not supported by principle or policy. They would undermine certainty in private international law. And they amount to overruling this Court's decision in *Pompey*. This Court has established stringent criteria for departing from a previous decision of recent vintage: see e.g. *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3, at paras. 129-39; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, at pp. 850-61; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, at paras. 45-46. Those conditions are not met here.

[176] We conclude that Ms. Douez has failed to establish strong cause why the forum selection clause she agreed to should not be enforced.

IV. Disposition

[177] The forum selection clause is valid and enforceable, and Ms. Douez has not shown strong cause to not enforce it. We would dismiss her appeal.

Appeal allowed with costs, McLachlin C.J. *and* Moldaver *and* Côté JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Branch MacMaster, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Lerners, Toronto.

Solicitor for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic (CIPPIC), Ottawa.

Solicitors for the intervener the Information Technology Association of Canada: Lax O'Sullivan Lisus Gottlieb, Toronto.

Solicitors for the intervener the Interactive Advertising Bureau of Canada: Bennett Jones, Toronto.

2017 SCC 33 (CanLII)

Tom Dunmore, Salame Abdulhamid, Walter Lumsden and Michael Doyle, on their own behalf and on behalf of the United Food and Commercial Workers International Union *Appellants*

v.

Attorney General for Ontario and Fleming Chicks *Respondents*

and

Attorney General of Quebec, Attorney General for Alberta, Canadian Labour Congress and Labour Issues Coordinating Committee ("LICC") *Interveners*

INDEXED AS: DUNMORE *v.* ONTARIO (ATTORNEY GENERAL)

Neutral citation: 2001 SCC 94.

File No.: 27216.

2001: February 19; 2001: December 20.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Exclusion of agricultural workers from statutory labour relations regime — Whether exclusion infringes freedom of association — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(d) — Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, s. 80 — Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sched. A, s. 3(b).

In 1994, the Ontario legislature enacted the *Agricultural Labour Relations Act, 1994* ("*ALRA*"), which extended trade union and collective bargaining rights to agricultural workers. Prior to the adoption of this legislation, agricultural workers had always been excluded from Ontario's labour relations regime. A year later, by virtue

Tom Dunmore, Salame Abdulhamid, Walter Lumsden et Michael Doyle, en leur propre nom et au nom de l'Union internationale des travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce *Appelants*

c.

Procureur général de la province de l'Ontario et Fleming Chicks *Intimés*

et

Procureur général du Québec, Procureur général de l'Alberta, Congrès du travail du Canada et Labour Issues Coordinating Committee (« LICC ») *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : DUNMORE *c.* ONTARIO (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Référence neutre : 2001 CSC 94.

N^o^ du greffe : 27216.

2001 : 19 février; 2001 : 20 décembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Exclusion des travailleurs agricoles du régime légal de relations de travail — L'exclusion porte-t-elle atteinte à la liberté d'association? — Dans cette éventualité, l'atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2d) — Loi de 1995 modifiant des lois en ce qui concerne les relations de travail et l'emploi, L.O. 1995, ch. 1, art. 80 — Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, annexe A, art. 3b).

En 1994, la législature de l'Ontario édicte la *Loi de 1994 sur les relations de travail dans l'agriculture* (« *LRTA* ») qui reconnaît aux travailleurs agricoles le droit de se syndiquer et de négocier collectivement. Avant cette loi, les travailleurs agricoles avaient toujours été exclus du régime légal des relations de travail de

2001 SCC 94 (CanLII)

of s. 80 of the *Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act, 1995* ("*LRESLAA*"), the legislature repealed the *ALRA* in its entirety, in effect subjecting agricultural workers to s. 3(*b*) of the *Labour Relations Act, 1995* ("*LRA*"), which excluded them from the labour relations regime set out in the *LRA*. Section 80 also terminated any certification rights of trade unions, and any collective agreements certified, under the *ALRA*. The appellants brought an application challenging the repeal of the *ALRA* and their exclusion from the *LRA*, on the basis that it infringed their rights under ss. 2(*d*) and 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Both the Ontario Court (General Division) and the Ontario Court of Appeal upheld the challenged legislation.

Held (Major J. dissenting): The appeal should be allowed. The impugned legislation is unconstitutional.

Per McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.: The purpose of s. 2(*d*) of the *Charter* is to allow the achievement of individual potential through interpersonal relationships and collective action. This purpose commands a single inquiry: has the state precluded activity because of its associational nature, thereby discouraging the collective pursuit of common goals? While the traditional four-part formulation of the content of freedom of association sheds light on this concept, it does not capture the full range of activities protected by s. 2(*d*). In some cases s. 2(*d*) should be extended to protect activities that are inherently collective in nature, in that they cannot be performed by individuals acting alone. Trade unions develop needs and priorities that are distinct from those of their members individually and cannot function if the law protects exclusively the lawful activities of individuals. The law must thus recognize that certain union activities may be central to freedom of association even though they are inconceivable on the individual level.

Ordinarily, the *Charter* does not oblige the state to take affirmative action to safeguard or facilitate the exercise of fundamental freedoms. There is no constitutional right to protective legislation *per se*. However, history has shown and Canada's legislatures have recognized that a posture of government restraint in the area of labour relations will expose most workers not only to a range of unfair labour practices, but potentially to legal liability under common law inhibitions on combinations and restraints of trade. In order to make the freedom to organize meaningful, in this very particular context, s. 2(*d*) of the *Charter* may impose a positive obligation on the state to extend protective legislation to unprotected groups. The distinction

l'Ontario. Un an plus tard, avec l'art. 80 de la *Loi de 1995 modifiant des lois en ce qui concerne les relations de travail et l'emploi* (« *LMLRTE* ») la législature abroge la *LRTA* dans sa totalité, ce qui a pour effet d'assujettir les travailleurs agricoles à l'al. 3*b*) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail* (« *LRT* ») qui les exclut du régime des relations de travail établi par la *LRT*. De plus, l'article 80 met fin aux droits d'accréditation des syndicats et aux conventions collectives signées en vertu de la *LRTA*. Les appelants contestent l'abrogation de la *LRTA* et leur exclusion de la *LRT*, invoquant l'atteinte aux droits que leur confèrent l'al. 2*d*) et le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour de l'Ontario (Division générale) et la Cour d'appel de l'Ontario confirment la validité des lois contestées.

Arrêt (le juge Major est dissident) : L'appel est accueilli. Les textes législatifs contestés sont inconstitutionnels.

Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel : L'alinéa 2*d*) de la *Charte* a pour objet l'épanouissement individuel au moyen de relations interpersonnelles et de l'action collective. Cet objet commande une seule question : l'État a-t-il empêché l'activité en raison de sa nature associative, décourageant ainsi la poursuite collective d'objectifs communs? Si la formulation traditionnelle en quatre points du contenu de la liberté d'association clarifie la notion, elle ne rend pas compte de toute la gamme d'activités protégées par l'al. 2*d*). Dans certains cas, la protection de l'al. 2*d*) devrait couvrir des activités qui, par leur nature inhérente, sont collectives, en ce qu'elles ne peuvent être accomplies par une personne seule. Les syndicats ont des besoins et des priorités qui sont distincts de ceux de leurs membres individuels et ne peuvent fonctionner si la loi protège exclusivement des activités individuelles licites. La loi doit reconnaître que certaines activités syndicales peuvent être au cœur de la liberté d'association même si elles ne peuvent exister au niveau individuel.

Généralement, la *Charte* n'oblige pas l'État à prendre des mesures positives pour préserver et faciliter l'exercice de libertés fondamentales. Il n'existe pas de droit constitutionnel à la protection légale comme tel. Toutefois l'histoire a montré, et les législateurs canadiens ont reconnu, qu'une attitude de retenue de la part du gouvernement dans le domaine des relations de travail expose la plupart des travailleurs non seulement à diverses pratiques déloyales de travail, mais peut aussi engager leur responsabilité juridique en common law pour coalition ou restriction du commerce. Dans ce contexte très particulier, pour que la liberté syndicale ait un sens, l'al. 2*d*) de la *Charte* peut imposer à l'État

2001 SCC 94 (CanLII)

between positive and negative state obligations ought to be nuanced in the context of labour relations, in the sense that excluding agricultural workers from a protective regime contributes substantially to the violation of protected freedoms.

Several considerations circumscribe the possibility of challenging underinclusion under s. 2 of the *Charter*: (1) claims of underinclusion should be grounded in fundamental *Charter* freedoms rather than in access to a particular statutory regime; (2) the evidentiary burden in cases where there is a challenge to underinclusive legislation is to demonstrate that exclusion from a statutory regime permits a substantial interference with the exercise of protected s. 2(*d*) activity; and (3), in order to link the alleged *Charter* violation to state action, the context must be such that the state can be truly held accountable for any inability to exercise a fundamental freedom. The contribution of private actors to a violation of fundamental freedoms does not immunize the state from *Charter* review.

In order to establish a violation of s. 2(*d*) of the *Charter*, the appellants must demonstrate that their claim relates to activities that fall within the range of activities protected by s. 2(*d*) of the *Charter*, and that the impugned legislation has, either in purpose or effect, interfered with these activities. In this case, insofar as the appellants seek to establish and maintain an association of employees, their claim falls squarely within the protected ambit of s. 2(*d*). Moreover, the effective exercise of the freedoms in s. 2(*d*) require not only the exercise in association of the constitutional rights and freedoms and lawful rights of individuals, but the exercise of certain collective activities, such as making majority representations to one's employer. Conflicting claims concerning the meaning of troubling comments in the legislature make it impossible to conclude that the exclusion of agricultural workers from the *LRA* was intended to infringe their freedom to organize, but the effect of the exclusion in s. 3(*b*) of the *LRA* is to infringe their right to freedom of association.

The *LRA* is clearly designed to safeguard the exercise of the freedom to associate rather than to provide a limited statutory entitlement to certain classes of citizens. Through the right to organize inscribed in s. 5 of the *LRA* and the protection offered against unfair labour practices, the legislation recognizes that without a statutory vehicle employee associations are, in many cases, impossible. Here, the appellants do not claim a constitutional right to general inclusion in the *LRA*, but simply a constitutional freedom to organize a trade association. This freedom to

l'obligation positive d'étendre la protection légale à des groupes non protégés. La distinction entre obligations positives et négatives de l'État doit être nuancée dans le contexte des relations de travail, en ce sens que l'exclusion des travailleurs agricoles de l'application d'un régime de protection contribue substantiellement à la violation de libertés protégées.

Plusieurs considérations délimitent la possibilité de contester la non-inclusion sur le fondement de l'art. 2 de la *Charte* : (1) la contestation de la non-inclusion devrait reposer sur des libertés fondamentales garanties par la *Charte*, plutôt que sur l'accès à un régime légal précis; (2) la charge de preuve consiste à démontrer que l'exclusion du régime légal permet une entrave substantielle à l'exercice de l'activité protégée par l'al. 2*d*); et (3) pour établir le lien entre la violation alléguée de la *Charte* et la mesure gouvernementale, le contexte doit être tel que l'État peut vraiment être tenu responsable de toute incapacité d'exercer une liberté fondamentale. La participation de personnes privées à la violation de libertés fondamentales ne met pas l'État à l'abri d'un contrôle judiciaire fondé sur la *Charte*.

Pour établir l'atteinte à l'al. 2*d*) de la *Charte*, les appelants doivent prouver que leur demande vise des activités faisant partie de celles qu'il protège et que les dispositions contestées, par leur objet ou leur effet, compromettent ces activités. En l'espèce, dans la mesure où les appelants veulent constituer et maintenir une association d'employés, leur demande relève manifestement de la protection conférée par l'al. 2*d*) de la *Charte*. De plus, l'exercice réel des libertés conférées par l'al. 2*d*) exige non seulement l'exercice en association des droits et libertés constitutionnels et des droits légitimes des individus, mais aussi l'exercice de certaines activités collectives, comme la défense des intérêts de la majorité auprès de l'employeur. Les arguments contradictoires concernant le sens de commentaires troublants faits devant la législature rendent impossible la conclusion que l'exclusion des travailleurs agricoles de la *LRT* visait à faire obstacle à leur liberté syndicale, mais l'effet de l'exclusion prévue à l'al. 3*b*) de la *LRT* est une atteinte à leur droit à la liberté d'association.

La *LRT* vise clairement à protéger l'exercice de la liberté d'association, et non à accorder un droit limité à certaines catégories de citoyens. Par le droit de se syndiquer prévu à l'art. 5 de la *LRT* et la protection contre les pratiques déloyales, la loi reconnaît que l'absence de régime légal peut, dans bien des cas, rendre impossible l'association d'employés. Les appelants en l'espèce ne revendiquent pas un droit constitutionnel à l'inclusion générale dans la *LRT*, mais simplement la liberté constitutionnelle de former une association syndicale. Cette

2001 SCC 94 (CanLII)

organize exists independently of any statutory enactment, although its effective exercise may require legislative protection in some cases. The appellants have met the evidentiary burden of showing that they are substantially incapable of exercising their fundamental freedom to organize without the *LRA*'s protective regime. While the mere fact of exclusion from protective legislation is not conclusive evidence of a *Charter* violation, the evidence indicates that, but for the brief period covered by the *ALRA*, there has never been an agricultural workers' union in Ontario and agricultural workers have suffered repeated attacks on their efforts to unionize. The inability of agricultural workers to organize can be linked to state action. The exclusion of agricultural workers from the *LRA* functions not simply to permit private interferences with their fundamental freedoms, but to substantially reinforce such interferences. The inherent difficulties of organizing farm workers, combined with the threat of economic reprisal from employers, form only part of the reason why association is all but impossible in the agricultural sector in Ontario. Equally important is the message sent by the exclusion of agricultural workers from the *LRA*, which delegitimizes their associational activity and thereby contributes to its ultimate failure. The most palpable effect of the *LRESLAA* and the *LRA* is, therefore, to place a chilling effect on non-statutory union activity.

With respect to the s. 1 analysis, the evidence establishes that many farms in Ontario are family-owned and operated, and that the protection of the family farm is a pressing enough objective to warrant the infringement of s. 2(*d*) of the *Charter*. The economic objective of ensuring farm productivity is also important. Agriculture occupies a volatile and highly competitive part of the private sector economy, experiences disproportionately thin profit margins and, due to its seasonal character, is particularly vulnerable to strikes and lockouts.

There is also a rational connection between the exclusion of agricultural workers from Ontario's labour relations regime and the objective of protecting the family farm. Unionization leads to formalized labour-management relationships and gives rise to a relatively formal process of negotiation and dispute resolution. It is reasonable to speculate that unionization will threaten the flexibility and cooperation that is characteristic of the family farm. Yet this concern is only as great as the extent of the family farm structure in Ontario and does not necessarily apply to the right to form an agricultural association. The notion that employees should sacrifice their freedom to associate in order to maintain a flexible employment relationship should be carefully

liberté existe indépendamment de tout texte législatif, même si son exercice réel peut exiger parfois une protection légale. Les appelants ont apporté la preuve qu'ils sont essentiellement dans l'incapacité d'exercer leur liberté fondamentale de se syndiquer en l'absence du régime de protection de la *LRT*. Si la simple exclusion d'un régime de protection n'est pas la preuve concluante d'une violation de la *Charte*, la preuve indique que, sauf pour la brève période couverte par la *LRTA*, il n'y a jamais eu de syndicat de travailleurs agricoles en Ontario et que leurs efforts de syndicalisation se sont heurtés à des attaques répétées. L'incapacité des travailleurs agricoles de se syndiquer est liée à l'action de l'État. Leur exclusion de la *LRT* n'a pas simplement pour effet de permettre des atteintes privées à leurs libertés fondamentales, mais de les renforcer considérablement. Les difficultés inhérentes à l'organisation des travailleurs agricoles, de pair avec le risque de représailles financières de la part de l'employeur, n'expliquent qu'en partie l'impossibilité d'association dans le secteur agricole en Ontario. Tout aussi important est le message que transmet l'exclusion des travailleurs agricoles de la *LRT*, qui retire à l'activité associative sa légitimité et assure ultimement son échec. L'effet le plus manifeste de la *LMLRTE* et de la *LRT* est de paralyser l'activité syndicale hors d'un cadre légal.

Pour l'analyse selon l'article premier, il est établi qu'il existe en Ontario de nombreuses fermes dont la propriété et l'exploitation revêtent un caractère familial et que la protection de la ferme familiale est un objectif suffisamment urgent pour justifier l'atteinte à l'al. 2*d*) de la *Charte*. L'objectif économique d'assurer la productivité du secteur agricole est aussi un objectif important. L'agriculture est un secteur volatile et hautement concurrentiel de l'économie privée, ses marges de profit sont disproportionnellement minces et son caractère saisonnier la rend particulièrement vulnérable aux grèves et aux lock-out.

Il existe un lien rationnel entre l'exclusion de travailleurs agricoles du régime légal des relations de travail de l'Ontario et l'objectif de protection de la ferme familiale. La syndicalisation fait naître des rapports formels entre employés et employeurs et donne lieu à un processus relativement formel de négociation et de règlement des différends. Il est raisonnable de craindre que la syndicalisation compromette la souplesse et la collaboration caractéristiques de la ferme familiale. Cependant cette inquiétude ne devrait pas déborder le cadre de l'exploitation agricole familiale en Ontario et ne touche pas nécessairement le droit de former une association agricole. L'idée que des employés devraient renoncer à leur liberté de s'associer afin de préserver la souplesse des relations

2001 SCC 94 (CanLII)

circumscribed, as it could, if left unchecked, justify restrictions on unionization in many sectors of the economy.

The wholesale exclusion of agricultural workers from Ontario's labour relations regime does not minimally impair their right to freedom of association. The categorical exclusion of agricultural workers is unjustified where no satisfactory effort has been made to protect their basic right to form associations. The exclusion is overly broad as it denies the right of association to every sector of agriculture without distinction. The reliance on the family farm justification ignores an increasing trend in Canada towards corporate farming and complex agribusiness and does not justify the unqualified and total exclusion of all agricultural workers from Ontario's labour relations regime. More importantly, no justification is offered for excluding agricultural workers from all aspects of unionization, in particular those protections that are necessary for the effective formation and maintenance of employee associations. Nothing in the record suggests that protecting agricultural workers from the legal and economic consequences of forming an association would pose a threat to the family farm structure. Consequently, the total exclusion of agricultural workers from Ontario's labour relations regime is not justifiable under s. 1 of the *Charter*.

The appropriate remedy in this case is to declare the *LRESLAA* unconstitutional to the extent that it gives effect to the exclusion clause found in s. 3(*b*) of the *LRA*, and to declare s. 3(*b*) of the *LRA* unconstitutional. The declarations should be suspended for 18 months, thereby allowing amending legislation to be passed if the legislature sees fit to do so. Section 2(*d*) of the *Charter* only requires the legislature to provide a statutory framework that is consistent with the principles established in this case. At a minimum, these principles require that the statutory freedom to organize in s. 5 of the *LRA* be extended to agricultural workers, along with protections judged essential to its meaningful exercise, such as freedom to assemble, freedom from interference, coercion and discrimination and freedom to make representations and to participate in the lawful activities of the association. The appropriate remedy does not require or forbid the inclusion of agricultural workers in a full collective bargaining regime, whether it be the *LRA* or a special regime applicable only to agricultural workers.

It is unnecessary to consider the status of occupational groups under s. 15(1) of the *Charter*.

de travail devrait être soigneusement circonscrite car elle pourrait, en l'absence de balises, justifier la restriction de la syndicalisation dans de nombreux secteurs économiques.

L'exclusion en bloc des travailleurs agricoles du régime légal des relations de travail de l'Ontario n'est pas une atteinte minimale à leur liberté d'association. L'exclusion catégorique des travailleurs agricoles n'est pas justifiée quand aucun effort satisfaisant n'a été fait pour protéger leur droit fondamental de former des associations. L'exclusion est excessive car elle retire le droit d'association à tous les secteurs de l'agriculture sans distinction. L'argument de la protection de la ferme familiale ne tient pas compte de l'évolution de l'agriculture au Canada vers l'exploitation commerciale et l'agro-industrie et ne justifie pas l'exclusion totale et absolue de tous les travailleurs agricoles du régime légal des relations de travail de l'Ontario. De façon plus importante, on n'offre aucune justification de l'exclusion des travailleurs agricoles de tous les aspects de la syndicalisation, spécialement les protections nécessaires, dans les faits, à la formation et au maintien d'associations d'employés. Rien au dossier n'indique que protéger les travailleurs agricoles contre les conséquences juridiques et financières de la formation d'une association mettrait en danger la structure d'exploitation familiale. Par conséquent, l'exclusion en bloc des travailleurs agricoles de la *LRT* n'est pas justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*.

La réparation qui s'impose en l'espèce est de déclarer inconstitutionnelle la *LMLRTE* dans la mesure où elle donne effet à la disposition d'exclusion de l'al. 3*b*) de la *LRT*, et de déclarer inconstitutionnel l'al. 3*b*) de la *LRT*. L'effet des déclarations devrait être suspendu pendant 18 mois pour permettre l'adoption de toute loi modificative que la législature estimerait nécessaire. L'alinéa 2*d*) de la *Charte* oblige seulement le législateur à établir un cadre législatif compatible avec les principes dégagés en l'espèce. Au minimum, ces principes exigent que soit reconnu aux travailleurs agricoles le droit de se syndiquer prévu à l'art. 5 de la *LRT*, avec les garanties jugées essentielles à son exercice véritable, comme la liberté de se réunir, de participer aux activités légitimes de l'association et de présenter des revendications, et la protection de l'exercice de ces libertés contre l'ingérence, les menaces et la discrimination. La réparation n'exige pas et n'interdit pas l'inclusion des travailleurs agricoles dans un régime complet de négociation collective, que ce soit la *LRT* ou un régime spécial applicable uniquement aux travailleurs agricoles.

Il est inutile d'examiner le statut des travailleurs agricoles en vertu du par. 15(1) de la *Charte*.

2001 SCC 94 (CanLII)

Per L'Heureux-Dubé J.: The purpose of s. 80 of the *LRESLAA* and s. 3(*b*) of the *LRA* is to prevent agricultural workers from unionizing, and this purpose infringes s. 2(*d*) of the *Charter*. In the record, there is clear evidence of intent on the part of the government of Ontario to breach the s. 2(*d*) rights of agricultural workers, including repeated instances where government officials indicated that the impugned legislation's intent was to hinder union-related activities in the agricultural sector. On a balance of probabilities, the evidence demonstrates that the legislature's purpose in enacting the exclusion was to ensure that persons employed in agriculture remained vulnerable to management interference with their associational activities, in order to prevent the undesirable consequences which it had feared would result from agricultural workers' labour associations. Furthermore, the evidence does not reveal any positive effects upon the associational freedom of agricultural workers stemming from their exclusion from the *LRA*. The reality of the labour market, which has led to the development of protective labour legislation, indicates that when the protection is removed without any restriction or qualification, associational rights are often infringed, or have the potential to be infringed, to an extent not confined to unionization activities. Consequently, it was in the reasonable contemplation of the government at the time of the enactment of the impugned legislation that the effect of the exclusion clause would be to affect associational freedoms beyond the realm of unionization, thus breaching s. 2(*d*) *Charter* rights.

In the present case, there is a positive obligation on the government to provide legislative protection against unfair labour practices. A positive duty to assist excluded groups generally arises when the claimants are in practice unable to exercise a *Charter* right. In the case of agricultural workers in Ontario, the freedom to associate becomes meaningless in the absence of a duty of the State to take positive steps to ensure that this right is not a hollow one. The government has breached the s. 2(*d*) rights of agricultural workers because it has enacted a new labour statute which leaves them perilously vulnerable to unfair labour practices. The absolute removal of *LRA* protection from agricultural workers has created a situation where employees have reason to fear retaliation against associational activity by employers. In light of the reality of the labour market, the failure of the Ontario legislature to spell out a regime defining which associational activities are to be protected from management retaliation has a chilling effect on freedom of association for agricultural workers. The chilling effect of the impugned provision has forced agricultural workers to abandon associational efforts and restrain themselves from further associational initiatives. The freedom of association of agricultural workers under the *LRA* can be

Le juge L'Heureux-Dubé : L'objet de l'art. 80 de la *LMLRTE* et de l'al. 3*b*) de la *LRT* est d'empêcher les travailleurs agricoles de se syndiquer et cet objet contrevient à l'al. 2*d*) de la *Charte*. Le dossier établit clairement l'intention du gouvernement de l'Ontario de porter atteinte aux droits des travailleurs agricoles suivant l'al. 2*d*), notamment les nombreuses déclarations de représentants du gouvernement indiquant que l'intention des dispositions contestées était de faire obstacle aux activités syndicales dans le secteur agricole. Selon la prépondérance des probabilités, la preuve montre que l'objectif du législateur, en adoptant la clause d'exclusion, était de faire en sorte que les personnes employées dans l'agriculture restent vulnérables à l'ingérence de la direction dans leurs activités associatives, de manière à éviter les conséquences peu souhaitables qu'il craignait devoir résulter des associations de travailleurs agricoles. De plus, la preuve ne révèle aucun effet positif de l'exclusion des travailleurs agricoles de la *LRT* sur leur liberté d'association. La réalité concrète du marché du travail, qui a conduit à l'élaboration de mesures législatives de protection, montre que le retrait de la protection, sans restrictions ni conditions, s'accompagne souvent ou risque de s'accompagner d'atteintes aux droits d'association, des atteintes dont la portée ne se limite pas aux seules activités syndicales. Il était donc raisonnablement prévisible pour le gouvernement que l'adoption de la disposition d'exclusion affecterait les libertés d'association au-delà du domaine de la syndicalisation, portant ainsi atteinte aux droits protégés par l'al. 2*d*) de la *Charte*.

En l'espèce, le gouvernement a l'obligation positive de fournir une protection légale contre les pratiques déloyales de travail. En général, l'incapacité pratique d'exercer un droit garanti par la *Charte* fait naître une obligation positive d'aider les groupes exclus. Pour les travailleurs agricoles en Ontario, la liberté d'association perd tout son sens en l'absence d'un devoir de l'État de prendre des mesures positives pour que ce droit ne soit pas un droit fictif. Le gouvernement a porté atteinte aux droits des travailleurs agricoles selon l'al. 2*d*) parce qu'il a adopté une nouvelle législation du travail qui les rend dangereusement vulnérables aux pratiques déloyales. Le retrait absolu des travailleurs agricoles de la protection de la *LRT* a créé une situation dans laquelle les employés ont des raisons de craindre des représailles de leurs employeurs contre leur activité associative. Dans le contexte concret du marché du travail, l'omission du législateur ontarien de préciser un régime définissant quelles activités associatives doivent être protégées des représailles de la direction crée un effet paralysant sur la liberté d'association des travailleurs agricoles. L'effet paralysant de la disposition attaquée a forcé des travailleurs agricoles à abandonner leurs efforts associatifs et à s'abstenir d'engager de nouvelles initiatives

2001 SCC 94 (CanLII)

characterized as a hollow right because it amounts to no more than the freedom to suffer serious adverse legal and economic consequences. In a constitutional democracy, not only must fundamental freedoms be protected from State action, they must also be given "breathing space".

Since the impugned legislation infringes s. 2(*d*), it is necessary to make but a single observation with respect to whether the exclusion of agricultural workers from the *LRA* constitutes discrimination under s. 15(1) of the *Charter*. The occupational status of agricultural workers constitutes an "analogous ground" for the purposes of an analysis under s. 15(1). There is no reason why an occupational status cannot, in the right circumstances, identify a protected group. Employment is a fundamental aspect of an individual's life and an essential component of identity, personal dignity, self-worth and emotional well-being. Agricultural workers generally suffer from disadvantage and the effect of the distinction made by their exclusion from the *LRA* is to devalue and marginalize them within Canadian society. Agricultural workers, in light of their relative status, low levels of skill and education, and limited employment and mobility, can change their occupational status only at great cost, if at all.

The impugned legislation is not justifiable under s. 1 of the *Charter*. While labour statutes, such as the *LRA*, fulfill important objectives in our society, s. 3(*b*) does not pursue a pressing and substantial concern justifying the breach of the appellants' *Charter* rights. It cannot be argued that Ontario agriculture has unique characteristics which are incompatible with legislated collective bargaining. It is also difficult to accept that none of the *LRA*'s purposes, enumerated at s. 2 of the *LRA*, which speak to the basic characteristics required for the operation of a modern business, are inapplicable in the agricultural sector. At the very least, the expressions of intent found in s. 2 of the *LRA* would apply to factory-like agricultural enterprises. Without enunciating a constitutionally valid reason, one cannot countenance a breach of a *Charter* guaranteed fundamental freedom on grounds which appear to be based on a policy geared to enhance the economic well-being of private enterprises. The government is entitled to provide financial and other support to agricultural operations, including family farms. However, it is not open to the government to do so at the expense of the *Charter* rights of those who are employed in such activities, if such a policy choice cannot be demonstrably justified.

associatives. La liberté d'association des travailleurs agricoles sous le régime de la *LRT* n'est qu'un droit fictif puisqu'elle n'est rien d'autre que la liberté de subir de graves préjudices sur les plans juridique et économique. Dans une démocratie constitutionnelle, il ne suffit pas de protéger les libertés fondamentales contre les mesures de l'État : il faut aussi leur assurer un « espace vital ».

Puisque les dispositions attaquées contreviennent à l'al. 2*d*), une seule remarque s'impose sur la question de savoir si l'exclusion des travailleurs agricoles de la *LRT* est discriminatoire selon le par. 15(1) de la *Charte*. Le statut professionnel des travailleurs agricoles est un « motif analogue » aux fins de l'analyse selon le par. 15(1). Rien ne justifie que le statut professionnel ne puisse, lorsque les circonstances s'y prêtent, définir un groupe protégé. L'emploi est un aspect fondamental de la vie d'une personne et une composante essentielle de son sens de l'identité, de sa dignité, de sa valorisation et de son bien-être émotionnel. Les travailleurs agricoles souffrent généralement d'un désavantage et la distinction créée par leur exclusion de la *LRT* a pour effet de les dévaloriser et de les marginaliser au sein de la société canadienne. Les travailleurs agricoles, compte tenu de leur position, de leur niveau de formation et d'instruction, et de leur mobilité professionnelle limitée, ne peuvent modifier leur statut professionnel qu'à un prix considérable, si tant est qu'ils le peuvent.

Les dispositions législatives ne sont pas justifiables en vertu de l'article premier de la *Charte*. Si les lois sur les relations de travail comme la *LRT* permettent de réaliser d'importants objectifs dans notre société, l'al. 3*b*) ne vise pas un objectif urgent et réel justifiant la violation des droits des appelants selon la *Charte*. On ne peut soutenir que l'agriculture de l'Ontario présente des caractéristiques uniques qui la rendent incompatible avec tout régime légal de négociation collective. Il est aussi difficile d'accepter qu'aucun des objets énumérés à l'art. 2 de la *LRT*, visant les caractéristiques fondamentales nécessaires à l'exploitation d'une entreprise moderne, ne soit réalisable dans le secteur agricole. Les expressions d'intention à l'art. 2 de la *LRT* s'appliqueraient au moins aux entreprises fonctionnant comme des usines. On ne peut, sans énoncer de raison constitutionnellement valide, accepter la violation d'une liberté fondamentale garantie par la *Charte* pour des motifs qui semblent fondés sur une politique visant l'amélioration de la santé économique des entreprises privées. Le gouvernement est en droit d'apporter une aide financière et autre aux exploitations agricoles, y compris aux fermes familiales, mais il ne peut le faire au détriment de droits garantis par la *Charte* aux personnes qui sont employées à de telles activités, lorsque la justification d'un tel choix de politique ne peut être démontrée.

2001 SCC 94 (CanLII)

Even if the impugned legislation pursued a valid objective, the absoluteness of the exclusion clause, barring all persons employed in agriculture from all components of the *LRA*, speaks to the lack of proportionality between the perceived ills to be avoided and their remedy. First, a rational connection between the objective of securing the well-being of the agricultural sector in Ontario and the exclusion of persons employed in agriculture from all associational protections contained in the *LRA* has not been established. If the good labour management principles outlined in s. 2 of the *LRA* have a basis in fact, then barring all persons employed in agriculture from all the benefits under the *LRA* may have the opposite effect. Second, the complete exclusion of agricultural workers from the *LRA* does not minimally impair their *Charter* rights. Such a blunt measure can hardly be characterized as achieving a delicate balance among the interests of labour and those of management and the public. It weakens the case for deference to the legislature. This is further aggravated because those affected by the exclusion are not only vulnerable as employees but are also vulnerable as members of society with low income, little education and scant security or social recognition. The current law is not carefully tailored to balance the *Charter* freedoms of persons employed in agriculture in Ontario and the societal interest in harmonious relations in the labour market. While the important role that family farms play in Ontario agriculture must be recognized, such a role is not unique to Ontario. Further, both families and farms have evolved. There is no obvious connection between the exclusion of agricultural workers from the *LRA* and farmers or family farms. A city-based corporation could be operating an agricultural entity and benefit from the restrictions on the freedoms of association of its agricultural workers. Labour statutes in other provinces contain agricultural exemptions that are narrower than the one contained in the *LRA*. The objective of securing the well-being of the agricultural sector in Ontario can be achieved through a legislative mechanism that is less restrictive of free association than the existing complete exclusion of agricultural workers from the *LRA*.

Per Major J. (dissenting): The appellants failed to demonstrate that the impugned legislation has, either in purpose or effect, infringed activities protected by s. 2(*d*) of the *Charter*. In particular, s. 2(*d*) does not impose a positive obligation of protection or inclusion on the state in this case. Prior to the enactment of the *LRA*, agricultural workers had historically faced significant difficulties organizing and the appellants did not establish that the state is causally responsible for the inability of agricultural workers to exercise a fundamental freedom.

Même si la disposition poursuivait un objectif valide, le caractère absolu de la clause d'exclusion qui vise toutes les personnes employées à l'agriculture de tous les éléments de la *LRT*, révèle un manque de proportionnalité entre les maux qu'on cherche à éviter et leur remède. Premièrement, on n'a pas établi de lien rationnel entre l'objectif d'assurer la santé du secteur agricole en Ontario et l'exclusion de personnes employées à l'agriculture de toutes les protections en matière d'association que contient la *LRT*. Si les principes de saine gestion de la main-d'œuvre énoncés à l'art. 2 de la *LRT* ont un fondement dans la réalité, alors le fait d'exclure la main-d'œuvre agricole de tous les avantages conférés par la *LRT* peut avoir l'effet inverse. Deuxièmement, l'exclusion totale des travailleurs agricoles de la *LRT* n'est pas une atteinte minimale à leurs droits selon la *Charte*. Une mesure aussi brutale ne peut être considérée comme établissant un équilibre délicat entre les intérêts des travailleurs, ceux du patronat et ceux du public. Elle affaiblit la thèse de la retenue envers le législateur. La situation est aggravée du fait que les personnes touchées par l'exclusion sont vulnérables non seulement en tant qu'employés, mais aussi en tant que membres de la société ayant de faibles revenus, peu d'instruction et peu de sécurité d'emploi ou de reconnaissance sociale. La loi actuelle n'est pas soigneusement adaptée pour établir un équilibre entre les libertés que la *Charte* garantit aux personnes employées à l'agriculture en Ontario et l'intérêt qu'a la société à profiter de relations harmonieuses au sein du marché du travail. S'il faut reconnaître le rôle important que les fermes familiales jouent dans l'agriculture ontarienne, ce rôle n'est pas unique à l'Ontario et les familles tout autant que les fermes ont évolué. Il n'y a aucun lien évident entre l'exclusion des travailleurs agricoles de la *LRT* et la notion de fermier ou de ferme familiale. Une société commerciale en milieu urbain pourrait fort bien exploiter une entité agricole et profiter de la limitation de la liberté d'association de ses employés agricoles. La législation du travail d'autres provinces contient des exceptions pour l'agriculture plus restreintes que ce que contient la *LRT*. L'objectif d'assurer la santé du secteur agricole en Ontario peut être atteint au moyen d'une mesure législative qui restreint moins la liberté d'association que l'exclusion totale actuelle des travailleurs agricoles de la *LRT*.

Le juge Major (dissident) : Les appelants n'ont pas réussi à démontrer que les dispositions contestées, par leur objet ou leur effet, entravent des activités protégées par l'al. 2*d*) de la *Charte*. En particulier, l'al. 2*d*) n'impose pas en l'espèce d'obligation positive de protection ou d'inclusion à l'État. Les travailleurs agricoles faisaient face à d'importantes difficultés à se syndiquer avant l'adoption de la *LRT* et les appelants n'ont pas réussi à établir que l'État est la cause de l'incapacité des travailleurs agricoles d'exercer une liberté fondamentale.

2001 SCC 94 (CanLII)

Agricultural workers are not an analogous group for the purposes of s. 15(1) of the *Charter* and, as a result, the exclusion of agricultural workers from the *LRA* does not violate their equality rights.

Cases Cited

By Bastarache J.

Referred to: *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Ferrell v. Ontario (Attorney General)* (1997), 149 D.L.R. (4th) 335; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460; *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367; *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 209, 2001 SCC 70; *R. v. Skinner*, [1990] 1 S.C.R. 1235; *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Compagnie Paquet Ltée*, [1959] S.C.R. 206; *McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough*, [1976] 1 S.C.R. 718; *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *Wellington Mushroom Farm*, [1980] O.L.R.B. Rep. May 813; *Calvert-Dale Estates Ltd.*, [1971] O.L.R.B. Rep. Feb. 58; *Spruceleigh Farms*, [1972] O.L.R.B. Rep. Oct. 860; *Cuddy Chicks Ltd.*, [1988] O.L.R.B. Rep. May 468, application for judicial review dismissed (1988), 66 O.R. (2d) 284, aff'd (1989), 70 O.R. (2d) 179, aff'd [1991] 2 S.C.R. 5; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *South Peace Farms and Oil, Chemical and Atomic Workers International Union, Local No. 9-686*, [1977] 1 Can. L.R.B.R. 441; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519.

Les travailleurs agricoles ne constituent pas un groupe analogue pour les fins du par. 15(1) de la *Charte* et, par conséquent, leur exclusion de la *LRT* ne viole pas leurs droits à l'égalité.

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Arrêts mentionnés : *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Ferrell c. Ontario (Attorney General)* (1997), 149 D.L.R. (4th) 335; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460; *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367; *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, 2001 CSC 70; *R. c. Skinner*, [1990] 1 R.C.S. 1235; *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. c. Compagnie Paquet Ltée*, [1959] R.C.S. 206; *McGavin Toastmaster Ltd. c. Ainscough*, [1976] 1 R.C.S. 718; *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *Wellington Mushroom Farm*, [1980] O.L.R.B. Rep. May 813; *Calvert-Dale Estates Ltd.*, [1971] O.L.R.B. Rep. Feb. 58; *Spruceleigh Farms*, [1972] O.L.R.B. Rep. Oct. 860; *Cuddy Chicks Ltd.*, [1988] O.L.R.B. Rep. May 468, demande de contrôle judiciaire rejetée (1988), 66 O.R. (2d) 284, conf. par (1989), 70 O.R. (2d) 179, conf. par [1991] 2 R.C.S. 5; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *South Peace Farms and Oil, Chemical and Atomic Workers International Union, Local No. 9-686*, [1977] 1 Can. L.R.B.R. 441; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519.

2001 SCC 94 (CanLII)

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Cuddy Chicks Ltd.*, [1988] O.L.R.B. Rep. May 468; *Cuddy Chicks Ltd.*, [1992] O.L.R.D. No. 1170 (QL); *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, aff'g (1983), 49 A.R. 194; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 209, 2001 SCC 70; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *McKinley v. BC Tel*, [2001] 2 S.C.R. 161, 2001 SCC 38; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *South Peace Farms and Oil, Chemical and Atomic Workers International Union, Local No. 9-686*, [1977] 1 Can. L.R.B.R. 441; *Wellington Mushroom Farm*, [1980] O.L.R.B. Rep. May 813; *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436.

By Major J. (dissenting)

Delisle v. Canada (Deputy Attorney General), [1999] 2 S.C.R. 989; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995.

Statutes and Regulations Cited

Agricultural Labour Relations Act, 1994, S.O. 1994, c. 6 [rep. 1995, c. 1, s. 80], s. 10.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*a*), (*b*), (*d*), 15(1), 32.

Collective Bargaining Act, 1943, S.O. 1943, c. 4, s. 24 [rep. & sub. by *Labour Relations Board Act, 1944*, S.O. 1944, c. 29].

Convention (No. 11) concerning the Rights of Association and Combination of Agricultural Workers, 38 U.N.T.S. 153, Art. 1.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés : *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Cuddy Chicks Ltd.*, [1988] O.L.R.B. Rep. May 468; *Cuddy Chicks Ltd.*, [1992] O.L.R.D. No. 1170 (QL); *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, conf. (1983), 49 A.R. 194; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, 2001 CSC 70; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *McKinley c. BC Tel*, [2001] 2 R.C.S. 161, 2001 CSC 38; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *South Peace Farms and Oil, Chemical and Atomic Workers International Union, Local No. 9-686*, [1977] 1 Can. L.R.B.R. 441; *Wellington Mushroom Farm*, [1980] O.L.R.B. Rep. May 813; *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436.

Citée par le juge Major (dissident)

Delisle c. Canada (Sous-procureur général), [1999] 2 R.C.S. 989; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*a*), *b*), *d*), 15(1), 32.

Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 21.

Collective Bargaining Act, 1943, S.O. 1943, ch. 4, art. 24 [abr. & rempl. *Labour Relations Board Act, 1944*, S.O. 1944, ch. 29].

Convention (n° 11) concernant les droits d'association et de coalition des travailleurs agricoles, 38 R.T.N.U. 153, art. 1.

2001 SCC 94 (CanLII)

Convention (No. 87) concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organize, 67 U.N.T.S. 17, Arts. 2, 9, 10.

Convention (No. 141) concerning Organisations of Rural Workers and Their Role in Economic and Social Development, *I.L.O. Official Bulletin*, vol. LVIII, 1975, Series A, No. 1, p. 28, Art. 2.

Corporations Tax Act, R.S.O. 1990, c. C.40, s. 1(2) "family farm corporation".

Employment Standards Act, R.S.O. 1990, c. E.14.

Employment Standards Act Regulations, R.R.O. 1990, Reg. 325, s. 3(1)(*i*).

Fish and Wildlife Conservation Act, 1997, S.O. 1997, c. 41, s. 1(1) "farmer".

Industrial Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. I-4, s. 1(5)(*a*).

Junior Farmer Establishment Act, R.S.O. 1990, c. J.2, s. 1 "family farm".

Labour Code, R.S.Q., c. C-27, s. 21.

Labour Code of British Columbia Act, S.B.C. 1973, c. 122.

Labour Relations Act, R.S.O. 1980, c. 228, s. 2(*b*).

Labour Relations Act, 1950, S.O. 1950, c. 34, s. 2(*b*) [am. 1960, c. 54, s. 2(*bb*)].

Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sched. A, ss. 1(1) "agriculture", 2, 3, 3(*b*), (*e*) [am. 1997, c. 4, s. 83], (*f*) [*idem*, c. 31, s. 151], 5, 13, 70, 72, 76, 86, 87, 88.

Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, ss. 80, 81(1).

Labour Relations Board Act, 1944, S.O. 1944, c. 29, s. 10(*a*) [rep. & sub. *Labour Relations Act, 1948*, S.O. 1948, c. 51].

National Labor Relations Act, July 5, 1935, c. 372, 49 Stat. 449 (29 U.S.C. §§ 151 to 169).

Occupational Health and Safety Act, R.S.O. 1990, c. O.1, s. 3(2).

Tenant Protection Act, 1997, S.O. 1997, c. 24, s. 3(*b*).

Convention (n° 87) concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 67 R.T.N.U. 19, art. 2, 9, 10.

Convention (n° 141) concernant les organisations de travailleurs ruraux et leur rôle dans le développement économique et social, *Bulletin officiel du B.I.T.*, vol. LVIII, 1975, Série A, n° 1, p. 28, art. 2.

Labour Code of British Columbia Act, S.B.C. 1973, ch. 122.

Labour Relations Act, 1950, S.O. 1950, ch. 34, art. 2*b*) [mod. 1960, ch. 54, art. 2*bb*)].

Labour Relations Board Act, 1944, S.O. 1944, ch. 29, art. 10*a*) [abr. & rempl. *Labour Relations Act, 1948*, S.O. 1948, ch. 51].

Loi de 1994 sur les relations de travail dans l'agriculture, L.O. 1994, ch. 6 [abr. 1995, ch. 1, art. 80], art. 10.

Loi de 1995 modifiant des lois en ce qui concerne les relations de travail et l'emploi, L.O. 1995, ch. 1, art. 80, 81(1).

Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, annexe A, art. 1(1) « agriculture », 2, 3, 3*b*), *e*) [mod. 1997, ch. 4, art. 83], *f*) [*idem*, ch. 31, art. 151], 5, 13, 70, 72, 76, 86, 87, 88.

Loi de 1997 sur la protection des locataires, L.O. 1997, ch. 24, art. 3*b*).

Loi de 1997 sur la protection du poisson et de la faune, L.O. 1997, ch. 41, art. 1(1) « exploitant agricole ».

Loi sur la santé et la sécurité au travail, L.R.O. 1990, ch. O.1, art. 3(2).

Loi sur les normes d'emploi, L.R.O. 1990, ch. E.14.

Loi sur les prêts aux jeunes agriculteurs, L.R.O. 1990, ch. J.2, art. 1 « exploitation agricole familiale ».

Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1980, ch. 228, art. 2*b*).

Loi sur les relations industrielles, L.R.N.-B. 1973, ch. I-4, art. 1(5)*a*).

Loi sur l'imposition des corporations, L.R.O. 1990, ch. C.40, art. 1(2) « corporation agricole familiale ».

National Labor Relations Act, 5 juillet 1935, ch. 372, 49 Stat. 449 (29 U.S.C. §§ 151 à 169).

Règlements en application de la Loi sur les normes d'emploi, R.R.O. 1990, Règl. 325, art. 3(1)*i*).

Authors Cited

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book (loose-leaf updated June 2001, release 15).

Arthurs, H. W., et al. *Labour Law and Industrial Relations in Canada*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1993.

Beatty, David M. *Putting the Charter to Work: Designing a Constitutional Labour Code*. Kingston, Ont.: McGill-Queen's University Press, 1987.

Doctrine citée

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book (loose-leaf updated June 2001, release 15).

Arthurs, H. W., et al. *Labour Law and Industrial Relations in Canada*, 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 1993.

Beatty, David M. *Putting the Charter to Work : Designing a Constitutional Labour Code*. Kingston, Ont. : McGill-Queen's University Press, 1987.

2001 SCC 94 (CanLII)

Beatty, David, and Steven Kennett. "Striking Back: Fighting Words, Social Protest and Political Participation in Free and Democratic Societies" (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 573.

Canada. Parliament. Special Joint Committee on the Constitution of Canada. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and House of Commons on the Constitution of Canada*, Issue No. 43, January 22, 1981, pp. 69-70.

Canada. Statistics Canada. Industrial Organization and Finance Division. Labour Unions Section. *Annual Report of the Minister of Industry, Science and Technology under the Corporations and Labour Unions Returns Act, Part II, Labour Unions*. Ottawa: Statistics Canada, 1992.

Canada. Task Force on Labour Relations. *Canadian Industrial Relations: The Report of the Task Force on Labour Relations*. Ottawa: Privy Council Office, 1968.

Gibson, Dale. *The Law of the Charter: Equality Rights*. Toronto: Carswell, 1990.

Harmer, Lily. "The Right to Strike: Charter Implications and Interpretations" (1988), 47 *U.T. Fac. L. Rev.* 420.

Hodges-Aeberhard, Jane. "The right to organise in Article 2 of Convention No. 87: What is meant by workers 'without distinction whatsoever'?" (1989), 128 *Int'l Lab. Rev.* 177.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 2000, release 1).

Hunter, Ian. "Individual and Collective Rights in Canadian Labour Law" (1993), 22 *Man. L.J.* 145.

International Labour Office. Committee on Freedom of Association. Report 308. *Case No. 1900 (Canada/Ontario): Report in which the Committee requests to be kept informed of developments*, *I.L.O. Official Bulletin*, vol. LXXX, 1997, Series B, No. 3.

International Labour Office. Freedom of Association Committee. *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, 4th ed. Geneva: International Labour Office, 1996.

International Labour Office. *Voices for Freedom of Association*, Labour Education 1998/3, No. 112. Geneva: International Labour Office, 1998.

Labour Law Casebook Group. *Labour and Employment Law: Cases, Materials and Commentary*, 6th ed. Kingston, Ont.: Industrial Relations Centre, Queen's University, 1998.

Morris, Charles J., ed. *The Developing Labor Law*. Washington: Bureau of National Affairs, 1971.

Neilson, Kathryn, and Innis Christie. "The Agricultural Labourer in Canada: A Legal Point of View" (1975), 2 *Dal. L.J.* 330.

Beatty, David, and Steven Kennett. « Striking Back : Fighting Words, Social Protest and Political Participation in Free and Democratic Societies » (1988), 67 *R. du B. can.* 573.

Bureau international du Travail. Comité de la liberté syndicale. Rapport n° 308. *Cas n° 1900 (Canada) : Rapport où le comité demande à être tenu informé de l'évolution de la situation*, *Bulletin Officiel du B.I.T.*, vol. LXXX, 1997, Série B, n° 3.

Bureau international du Travail. *Des voix pour la liberté syndicale*, Éducation ouvrière 1998/3, n° 112. Genève : Bureau international du Travail, 1998.

Bureau international du Travail. *La liberté syndicale : Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT*, 4e éd. Genève : Bureau international du Travail, 1996.

Canada. Équipe spécialisée en relations de travail. *Les relations du travail au Canada : Rapport de l'Équipe spécialisée en relations de travail*. Ottawa : Bureau du Conseil privé, 1968.

Canada. Parlement. Comité mixte spécial sur la Constitution du Canada. *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, Fascicule n° 43, le 22 janvier 1981, p. 69-70.

Canada. Statistique Canada. Division de l'organisation et finances de l'industrie. Section des syndicats ouvriers. *Rapport annuel du ministre de l'Industrie, des Sciences et de la Technologie présenté sous l'empire de la Loi sur les déclarations des personnes morales et des syndicats, Partie II, Syndicats ouvriers.* Ottawa : Statistique Canada, 1992.

Gibson, Dale. *The Law of the Charter : Equality Rights*. Toronto : Carswell, 1990.

Harmer, Lily. « The Right to Strike : Charter Implications and Interpretations » (1988), 47 *U.T. Fac. L. Rev.* 420.

Hodges-Aeberhard, Jane. « Le droit syndical selon l'article 2 de la convention n° 87 : Que signifie l'expression "tous les travailleurs sans distinction d'aucune sorte"? » (1989), 128 *Rev. int. trav.* 197.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1992 (updated 2000, release 1).

Hunter, Ian. « Individual and Collective Rights in Canadian Labour Law » (1993), 22 *R.D. Man.* 145.

Labour Law Casebook Group. *Labour and Employment Law : Cases, Materials and Commentary*, 6th ed. Kingston, Ont. : Industrial Relations Centre, Queen's University, 1998.

Morris, Charles J., ed. *The Developing Labor Law*. Washington : Bureau of National Affairs, 1971.

2001 SCC 94 (CanLII)

Ontario Government Media Kit for Bill 7 (*An Act to Restore Balance and Stability to Labour Relations and to Promote Economic Prosperity*). Questions and Answers: Repeal of the *Agricultural Labour Relations Act* (Bill 91). Toronto: Queen's Park, 1995.

Ontario. Legislative Assembly. *Official Report of Debates*, 1st Sess., 36th Parl., October 4, 1995, pp. 99-100.

Ontario. Task Force on Agricultural Labour Relations. *Report to the Minister of Labour*, June 1992.

Ontario. Task Force on Agricultural Labour Relations. *Second Report to the Minister of Labour*, November 1992.

Pothier, Dianne. "Connecting Grounds of Discrimination to Real People's Real Experiences" (2001), 13 *C.J.W.L.* 37.

Sugeno, Kazuo. "Unions as social institutions in democratic market economies" (1994), 133 *Int'l Lab. Rev.* 511.

Swepston, Lee. "Human rights law and freedom of association: Development through ILO supervision" (1998), 137 *Int'l Lab. Rev.* 169.

Weiler, Paul C. *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law*. Toronto: Carswell, 1980.

White, James. *A Profile of Ontario Farm Labour*. Brampton, Ont.: James White & Associates, 1997.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1999), 182 D.L.R. (4th) 471, 49 C.C.E.L. (2d) 29, [1999] O.J. No. 1104 (QL), upholding the decision of the Ontario Court (General Division) (1997), 155 D.L.R. (4th) 193, 37 O.R. (3d) 287, 49 C.C.E.L. (2d) 5, [1997] O.J. No. 4947 (QL). Appeal allowed, Major J. dissenting.

Chris G. Paliare and *Martin J. Doane*, for the appellants.

Richard J. K. Stewart, for the respondent the Attorney General for Ontario.

Alan L. W. D'Silva, *Darrell L. Kloeze* and *Vincent C. Kazmierski*, for the respondent Fleming Chicks.

Written submissions only by *Renée Madore* and *Monique Rousseau*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Neilson, Kathryn, and Innis Christie. « The Agricultural Labourer in Canada : A Legal Point of View » (1975), 2 *Dal. L.J.* 330.

Ontario Government Media Kit for Bill 7 (*An Act to Restore Balance and Stability to Labour Relations and to Promote Economic Prosperity*). Questions and Answers: Repeal of the *Agricultural Labour Relations Act* (Bill 91). Toronto : Queen's Park, 1995.

Ontario. Assemblée législative. *Journal des débats*, 1re sess., 36e lég., 4 octobre 1995, p. 99-100.

Ontario. Groupe d'étude sur les relations de travail dans le secteur agricole. *Rapport présenté au ministère du Travail*, juin 1992.

Ontario. Groupe d'étude sur les relations de travail dans le secteur agricole. *Second Report to the Minister of Labour*, November 1992.

Pothier, Dianne. « Connecting Grounds of Discrimination to Real People's Real Experiences » (2001), 13 *R.F.D.* 37.

Sugeno, Kazuo. « Les syndicats, institutions sociales dans les pays démocratiques à économie de marché » (1994), 133 *Rev. int. trav.* 561.

Swepston, Lee. « Droits de l'homme et liberté syndicale : évolution sous le contrôle de l'OIT » (1998), 137 *Rev. int. trav.* 187.

Weiler, Paul C. *Reconcilable Differences : New Directions in Canadian Labour Law*. Toronto : Carswell, 1980.

White, James. *A Profile of Ontario Farm Labour*. Brampton, Ont. : James White & Associates, 1997.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1999), 182 D.L.R. (4th) 471, 49 C.C.E.L. (2d) 29, [1999] O.J. No. 1104 (QL), confirmant une décision de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1997), 155 D.L.R. (4th) 193, 37 O.R. (3d) 287, 49 C.C.E.L. (2d) 5, [1997] O.J. No. 4947 (QL). Pourvoi accueilli, le juge Major est dissident.

Chris G. Paliare et *Martin J. Doane*, pour les appelants.

Richard J. K. Stewart, pour l'intimé le procureur général de l'Ontario.

Alan L. W. D'Silva, *Darrell L. Kloeze* et *Vincent C. Kazmierski*, pour l'intimée Fleming Chicks.

Argumentation écrite seulement par *Renée Madore* et *Monique Rousseau*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

2001 SCC 94 (CanLII)

Rod Wiltshire, for the intervener the Attorney General for Alberta.

Steven Barrett, for the intervener the Canadian Labour Congress.

Written submissions only by *John C. Murray* and *Jonathan L. Dye*, for the intervener the Labour Issues Coordinating Committee.

The judgment of McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

BASTARACHE J. —

I. Introduction

This appeal concerns the exclusion of agricultural workers from Ontario's statutory labour relations regime. The appellants, individual farm workers and union organizers, challenge the exclusion as a violation of their freedom of association and equality rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In particular, they argue that the *Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1 ("*LRESLAA*"), combined with s. 3(*b*) of the Ontario *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sched. A ("*LRA*"), prevents them from establishing, joining and participating in the lawful activities of a trade union. In addition, they claim that the *LRESLAA* and the *LRA* violate their equality rights under s. 15(1) of the *Charter* by denying them a statutory protection enjoyed by most occupational groups in Ontario.

This is the first time this Court has been asked to review the total exclusion of an occupational group from a statutory labour relations regime, where that group is not employed by the government and has demonstrated no independent ability to organize. For this reason, this appeal raises novel issues of state responsibility under s. 2(*d*) of the *Charter*, notwithstanding its apparent similarity to recent labour relations jurisprudence. After considering these issues, I conclude that the total exclusion of agricultural workers from the *LRA*

Rod Wiltshire, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Steven Barrett, pour l'intervenant le Canadian Labour Congress.

Argumentation écrite seulement par *John C. Murray* et *Jonathan L. Dye*, pour l'intervenant le Labour Issues Coordinating Committee.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

I. Introduction

1 Ce pourvoi porte sur l'exclusion des travailleurs agricoles du régime légal des relations de travail de l'Ontario. Les appelants, travailleurs agricoles individuels et organisateurs syndicaux, contestent l'exclusion comme violation de leur liberté d'association et de leurs droits à l'égalité en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés.* Plus particulièrement, ils font valoir que la *Loi de 1995 modifiant des lois en ce qui concerne les relations de travail et l'emploi*, L.O. 1995, ch. 1 (« *LMLRTE* »), de pair avec l'al. 3*b*) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, annexe A (« *LRT* »), les empêche de former un syndicat, d'adhérer à un syndicat et de participer à des activités syndicales licites. Ils soutiennent en outre que la *LMLRTE* et la *LRT* violent leurs droits à l'égalité suivant le par. 15(1) de la *Charte* en les privant de la protection légale accordée à la plupart des groupes professionnels en Ontario.

2 Notre Cour est appelée pour la première fois à se prononcer sur l'exclusion totale d'un régime légal de relations de travail frappant un groupe professionnel dont les membres ne sont pas des employés de l'État et n'ont manifesté aucune capacité de s'organiser indépendamment. C'est pourquoi le présent pourvoi soulève des questions nouvelles concernant la responsabilité de l'État en vertu de l'al. 2*d*) de la *Charte*, malgré sa ressemblance apparente avec des arrêts récents en matière de relations de travail. Après examen de ces questions, je conclus

2001 SCC 94 (CanLII)

violates s. 2(*d*) of the *Charter* and cannot be justified under s. 1. Accordingly, I conclude that, at a minimum, whatever protections are necessary to establish and maintain employee associations should be extended to persons employed in agriculture in Ontario. I am also of the view that it is not necessary to consider the status of agricultural workers under s. 15(1) of the *Charter*; assuming without deciding the existence of a s. 15(1) violation, such a violation would not alter the remedy I propose.

II. Factual Background

3 Although agricultural workers have been excluded from Ontario's labour relations regime since 1943, the impetus for this appeal was the passage of the *LRESLAA*. The *LRESLAA* was enacted pursuant to an initiative of Ontario's Progressive Conservative government in 1995; it repealed the only statute ever to extend trade union and collective bargaining rights to Ontario's agricultural workers. That short-lived statute, the *Agricultural Labour Relations Act, 1994*, S.O. 1994, c. 6 ("*ALRA*"), was enacted pursuant to an initiative of the New Democratic Party government in 1994 following the recommendations in the *Report of the Task Force on Agricultural Labour Relations: Report to the Minister of Labour* (June 1992). The *ALRA* lasted from June 23, 1994 to November 10, 1995, during which time the United Food and Commercial Workers Union ("UFCW") was certified as the bargaining agent for approximately 200 workers at the Highline Produce Limited mushroom factory in Leamington, Ontario. The UFCW also filed two other certification applications during the period of the *ALRA*, one for the workers at the Kingsville Mushroom Farm Inc., and the other for the workers at the respondent Fleming Chicks. These certification activities came to an end when, with the passage of the *LRESLAA* in 1995, the *ALRA* was repealed in its entirety. In addition to terminating any agreements certified under the *ALRA*, the *LRESLAA* terminated any certification rights of trade unions and prohibited employers from punishing workers for any union activity con-

que l'exclusion totale des travailleurs agricoles de la *LRT* porte atteinte à l'al. 2*d*) de la *Charte* et qu'elle ne peut se justifier au regard de l'article premier. Par conséquent, je conclus que, au minimum, les protections nécessaires à la formation et au maintien d'associations d'employés devraient être offertes aux personnes employées dans l'agriculture en Ontario. J'estime aussi qu'il n'est pas nécessaire d'étudier le statut des travailleurs agricoles en fonction du par. 15(1) de la *Charte*; à supposer, sans trancher la question, qu'il y ait atteinte au par. 15(1), cette atteinte ne modifierait pas la réparation que je propose.

II. Les faits

Bien que les travailleurs agricoles soient exclus du régime légal des relations de travail de l'Ontario depuis 1943, c'est l'adoption de la *LMLRTE* qui est à l'origine du pourvoi. La *LMLRTE* est adoptée en 1995 à l'initiative du gouvernement progressiste-conservateur de l'Ontario; elle abroge la seule loi qui ait jamais fait bénéficier les travailleurs agricoles ontariens du droit de se syndiquer et de négocier collectivement. Cette loi de courte durée, la *Loi de 1994 sur les relations de travail dans l'agriculture*, L.O. 1994, ch. 6 (« *LRTA* »), avait été adoptée à l'initiative du gouvernement néo-démocrate en 1994 conformément aux recommandations du *Rapport du Groupe d'étude sur les relations de travail dans le secteur agricole : Rapport présenté au ministère du Travail* (juin 1992). La *LRTA* est en vigueur du 23 juin 1994 au 10 novembre 1995 et, pendant cette période, l'Union internationale des travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce (« TUAC ») est accréditée à titre d'agent négociateur d'environ 200 personnes travaillant à la champignonnière Highline Produce Limited, à Leamington (Ontario). Pendant la même période, le syndicat fait deux autres demandes d'accréditation, l'une visant les travailleurs de Kingsville Mushroom Farm Inc., et l'autre les travailleurs de l'intimée Fleming Chicks. Les procédures d'accréditation prennent fin lorsque, en 1995, la *LMLRTE* abroge la *LRTA* dans sa totalité. En plus de mettre fin aux conventions signées sous le régime de la *LRTA*, la *LMLRTE* révoque tous les

2001 SCC 94 (CanLII)

ducted under the *ALRA*. The appellants brought an application within one week of the repeal of the *ALRA*, arguing that it infringed their rights under ss. 2(*d*) and 15(1) of the *Charter*.

As indicated by the legislative record, the *LRESLAA* represents a small piece of the factual context surrounding this litigation. For over 50 years prior to the *ALRA*, and ever since its repeal, the Ontario government has excluded agricultural workers from its statutory labour relations regime. The first statute to effect this exclusion was the *Collective Bargaining Act, 1943*, S.O. 1943, c. 4, which was modelled on the American *National Labor Relations Act* ("*Wagner Act*"), July 5, 1935, c. 372, 49 Stat. 449 (29 U.S.C. §§ 151 to 169). Section 24 of the *Collective Bargaining Act, 1943* contained a list of excluded classes, including "domestic servants", "members of any police force", certain other public employees, and "the industry of farming". The most recent embodiment of Ontario's labour relations policy, the *LRA*, excludes agricultural workers in the following terms:

3. This Act does not apply,

. . .

(*b*) to a person employed in agriculture, hunting or trapping;

The net effect of the *LRESLAA* was to re-subject agricultural workers to this exclusion clause. Thus, in addition to challenging the constitutionality of the *LRESLAA*, the appellants challenge the constitutionality of s. 3(*b*) of the *LRA*.

The various enactments dealing with agricultural workers' right to unionize, the *Wagner Act*, the *LRA*, the *ALRA* and the *LRESLAA*, reflect highly divergent approaches to economic and labour policy. As noted by Sharpe J. (as he then was) in the Ontario Court (General Division), the current government in Ontario has "a very different perspective from that of its predecessor on appropriate

droits des syndicats liés à l'accréditation et interdit aux employeurs de pénaliser les travailleurs qui ont exercé des activités syndicales sous le régime de la *LRTA*. Moins d'une semaine après l'abrogation de la *LRTA*, les appelants forment une demande dans laquelle ils font valoir l'atteinte à leurs droits en vertu de l'al. 2*d*) et du par. 15(1) de la *Charte*.

4 L'historique législatif indique que la *LMLRTE* représente un élément mineur du contexte factuel en l'espèce. Pendant plus de 50 ans avant la *LRTA*, et depuis son abrogation, le gouvernement de l'Ontario a exclu les travailleurs agricoles de son régime légal des relations de travail. La première loi à les exclure est la *Collective Bargaining Act, 1943*, S.O. 1943, ch. 4, qui s'inspire d'une loi américaine, la *National Labor Relations Act* (« *Loi Wagner* »), 5 juillet 1935, ch. 372, 49 Stat. 449 (29 U.S.C. §§ 151-169). L'article 24 de la *Collective Bargaining Act, 1943* énumérait les catégories exclues, dont les domestiques, les policiers, certains autres salariés du secteur public et les activités agricoles. L'expression la plus récente du régime des relations de travail en Ontario, la *LRT*, exclut les travailleurs agricoles de la manière suivante :

3. La présente loi ne s'applique pas, selon le cas :

. . .

b) à la personne qui est employée à l'agriculture, à la chasse ou au piégeage;

L'effet net de la *LMLRTE* est d'assujettir de nouveau les travailleurs agricoles à cette clause d'exclusion. Ainsi, les appelants contestent la constitutionnalité non seulement de la *LMLRTE*, mais aussi de l'al. 3*b*) de la *LRT*.

5 Les divers textes législatifs traitant du droit des travailleurs agricoles de se syndiquer, la *Loi Wagner*, la *LRT*, la *LRTA* et la *LMLRTE*, reflètent des philosophies très divergentes sur le plan de l'économie et des relations de travail. Comme le signale le juge Sharpe (maintenant juge à la Cour d'appel), en première instance, le gouvernement actuel de l'Ontario [TRADUCTION] « a un point de

2001 SCC 94 (CanLII)

economic and labour policy" and, indeed, rejects any attempt to include agricultural workers in its labour relations regime ((1997), 155 D.L.R. (4th) 193, at p. 199). Moreover, the affidavit evidence in this case "presents in stark contrast two conflicting views of an appropriate labour relations regime for agricultural workers in Ontario", one denying the existence of any "industrial relations rationale" for the current exclusion, and the other maintaining that the collective bargaining model of the *ALRA* or the *LRA* would unduly threaten the province's farm economy (pp. 201-2). This latter view is evidently shared by the Legislature of Alberta, which is the only other Canadian province to exclude agricultural workers from its labour relations regime. What is central to this appeal, however, is the constitutional effect of excluding agricultural workers from the *LRA* from the perspective of their freedom to associate. Given my conclusion that this exclusion violates s. 2(*d*) of the *Charter*, the above evidence will provide an important foundation for the s. 1 analysis.

vue très différent de son prédécesseur en matière de politique économique et de relations de travail » et, en fait, écarte toute possibilité d'inclure les travailleurs agricoles dans son régime de relations de travail ((1997), 155 D.L.R. (4th) 193, p. 199). En outre, la preuve par affidavits fait ressortir [TRADUCTION] « deux points de vue diamétralement opposés sur le régime de relations de travail approprié pour le secteur agricole en Ontario », l'un niant l'existence d'une justification quelconque de l'exclusion sur le plan des relations de travail, l'autre affirmant que le modèle de négociation collective prévue dans la *LRTA* ou la *LRT* mettrait en danger l'économie agricole de la province (p. 201-202). Ce dernier point de vue est manifestement partagé par la législature de l'Alberta, la seule autre province à exclure les travailleurs agricoles de son régime de relations de travail. Cependant l'essentiel du pourvoi concerne les effets constitutionnels de l'exclusion des travailleurs agricoles de la *LRT* sous l'angle de la liberté d'association. Puisque je conclus que l'exclusion porte atteinte à l'al. 2*d*) de la *Charte*, la preuve susmentionnée sera un élément important de l'analyse selon l'article premier.

III. Relevant Statutory Provisions

III. Les dispositions législatives

6 *Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1

1. (1) The *Labour Relations Act, 1995*, as set out in Schedule A, is hereby enacted.

80. (1) The *Agricultural Labour Relations Act, 1994* is repealed.

(2) On the day on which this section comes into force, a collective agreement ceases to apply to a person to whom that Act applied.

(3) On the day on which this section comes into force, a trade union certified under that Act or voluntarily recognized as the bargaining agent for employees to whom that Act applies ceases to be their bargaining agent.

(4) On the day on which this section comes into force, any proceeding commenced under that Act is terminated.

Loi de 1995 modifiant des lois en ce qui concerne les relations de travail et l'emploi, L.O. 1995, ch. 1 :

1. (1) Par le présent paragraphe, la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, telle qu'elle est énoncée à l'annexe A, est adoptée.

80. (1) La *Loi de 1994 sur les relations de travail dans l'agriculture* est abrogée.

(2) Le jour de l'entrée en vigueur du présent article, une convention collective cesse de s'appliquer aux personnes auxquelles s'appliquait cette loi.

(3) Le jour de l'entrée en vigueur du présent article, le syndicat accrédité aux termes de cette loi ou volontairement reconnu comme agent négociateur d'employés auxquels s'applique celle-ci cesse d'être leur agent négociateur.

(4) Le jour de l'entrée en vigueur du présent article, toute instance introduite en vertu de cette loi prend fin.

2001 SCC 94 (CanLII)

Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sched. A

3. This Act does not apply,

. . .

(*b*) to a person employed in agriculture, hunting or trapping;

Canadian Charter of Rights and Freedoms

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . .

(*d*) freedom of association.

IV. Judicial History

A. *Ontario Court (General Division)* (1997), 155 D.L.R. (4th) 193

The issues before the Ontario Court (General Division) in this case were essentially the same as those before this Court, namely, whether the exclusion of agricultural workers from Ontario's statutory labour relations scheme infringes s. 2(*d*) and/or s. 15(1) of the *Charter* and, if so, whether the infringements are justifiable under s. 1. It might be noted that Sharpe J. released his decision prior to this Court's decisions in *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989, and other cases that provide important authority for this appeal.

Sharpe J. began with the appellants' s. 2(*d*) claim, observing that the right of workers to form a trade union is protected by s. 2(*d*), while the right to collective bargaining is not. The balance of Sharpe J.'s s. 2(*d*) analysis was thus devoted to whether the impugned provisions infringed, either in purpose or effect, the former right. With respect to purpose, Sharpe J. held that while the purpose of the legislation was undoubtedly to deny agricultural workers the right to bargain collectively, "it is difficult . . . to discern a governmental purpose to deny agricultural workers the right to form an association" (pp. 205-6). He then considered the

Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, annexe A :

3. La présente loi ne s'applique pas, selon le cas :

. . .

b) à la personne qui est employée à l'agriculture, à la chasse ou au piégeage;

Charte canadienne des droits et libertés :

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

. . .

d) liberté d'association.

IV. Les jugements antérieurs

A. *Cour de l'Ontario (Division générale)* (1997), 155 D.L.R. (4th) 193

7 La Cour de l'Ontario (Division générale) était saisie essentiellement des mêmes questions que notre Cour : l'exclusion des travailleurs agricoles du régime légal des relations de travail de l'Ontario porte-t-elle atteinte à l'al. 2*d*) ou au par. 15(1) de la *Charte* et, dans l'affirmative, ces atteintes peuvent-elles être justifiées en vertu de l'article premier? Il faut préciser que le juge Sharpe a statué avant l'arrêt *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989, et d'autres arrêts de notre Cour qui sont largement applicables en l'espèce.

8 Le juge Sharpe traite d'abord de l'argument fondé sur l'al. 2*d*) et fait observer que le droit des travailleurs de créer un syndicat est garanti par cet alinéa, mais que leur droit de négociation collective ne l'est pas. Le reste de son analyse relative à l'al. 2*d*) consiste donc à se demander si les dispositions contestées portent atteinte, par leur objet ou leur effet, au droit de se syndiquer. Pour ce qui est de l'objet, le juge Sharpe conclut que, même si la loi visait sans aucun doute à priver les travailleurs agricoles du droit de négocier collectivement, [TRADUCTION] « il est difficile [. . .] de discerner un objectif gouvernemental de refuser aux

2001 SCC 94 (CanLII)

effect of the legislation on s. 2(*d*) rights, holding that to the extent agricultural workers are deprived of the ability to form trade unions, such deprivation is due to the private actions of their employers rather than the legislative regime itself. The former actions being unreviewable by virtue of this Court's decision in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, Sharpe J. dismissed the s. 2(*d*) claim. In response to the appellants' claim that the *LRESLAA* constituted independently reviewable state action, Sharpe J. held that reviewing the *LRESLAA* would essentially constitutionalize the statute it repealed, namely, the *ALRA*. This would create "a broad class of statutes that would enjoy the status of a constitutional guarantee as they would be immune from repeal" (p. 208), an outcome rejected by the Ontario Court (General Division) in *Ferrell v. Ontario (Attorney General)* (1997), 149 D.L.R. (4th) 335.

9 Sharpe J. then turned to the s. 15(1) claim, which he felt was a more appropriate forum for addressing questions of positive state obligation under the *Charter*. With respect to the first prong of the s. 15(1) analysis, Sharpe J. held that agricultural workers had indeed been denied a legal benefit or protection enjoyed by most other workers, namely, the right to engage in statutory collective bargaining. However, Sharpe J. declined to recognize agricultural workers as an analogous group for the purpose of establishing discrimination under s. 15(1). In his view, the analogous grounds concept was rooted in the denial of human dignity and as such required the appellants to identify a "personal trait or characteristic" on which their differential treatment was based. It would not be sufficient, he held, to identify "occupational status" as such a characteristic, nor to combine occupational status with economic disadvantage. Thus, Sharpe J. rejected the s. 15(1) claim and with it the appellants' constitutional challenge.

travailleurs agricoles le droit de s'associer » (p. 205-206). Il examine ensuite l'incidence de la loi sur les droits garantis à l'al. 2*d*) et conclut que si les travailleurs agricoles sont privés de la possibilité de créer des syndicats, cela est imputable aux actes privés de leurs employeurs, et non à la législation comme telle. Comme ces actes échappent au contrôle judiciaire, selon l'arrêt de notre Cour *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, le juge Sharpe rejette la demande fondée sur l'al. 2*d*). En réponse à l'argument des appelants selon lequel la *LMLRTE* est un acte de l'État susceptible de contrôle judiciaire en soi, le juge Sharpe conclut que soumettre la *LMLRTE* au contrôle judiciaire aurait essentiellement pour effet de constitutionnaliser la loi qu'elle abrogeait, savoir la *LRTA*. Il en résulterait [TRADUCTION] « une vaste catégorie de lois bénéficiant du statut de garantie constitutionnelle du fait qu'elles seraient à l'abri de l'abrogation » (p. 208), un résultat que la Cour de l'Ontario (Division générale) a rejeté dans *Ferrell c. Ontario (Attorney General)* (1997), 149 D.L.R. (4th) 335.

Le juge Sharpe considère ensuite l'argument fondé sur le par. 15(1) qui, selon lui, se prête mieux à la détermination des obligations positives de l'État découlant de la *Charte*. Sur le premier volet de l'analyse selon le par. 15(1), le juge Sharpe conclut que les travailleurs agricoles ont effectivement été privés d'un avantage ou protection juridique accordé à la plupart des autres travailleurs, soit le droit à un régime légal de négociation collective. Toutefois, il refuse de reconnaître que les travailleurs agricoles constituent un groupe analogue aux fins d'établir la discrimination en vertu du par. 15(1). Selon lui, la notion de motifs analogues est liée au non-respect de la dignité humaine, et exige donc des appelants qu'ils identifient « une caractéristique ou trait personnel » donnant lieu à la différence de traitement. Il estime qu'il ne suffit pas d'invoquer le « statut professionnel » à titre de caractéristique, ni de combiner statut professionnel et désavantage économique. Le juge Sharpe rejette donc l'argument des appelants fondé sur le par. 15(1) et, de ce fait, la contestation de constitutionnalité.

2001 SCC 94 (CanLII)

B. *Ontario Court of Appeal* (1999), 182 D.L.R. (4th) 471

Krever J.A., concurred in by Doherty and Rosenberg JJ.A., upheld the decision of Sharpe J., holding that "[w]e agree with the judgment of Sharpe J., both with the result at which he arrived and his reasons".

V. Constitutional Questions

On June 20, 2000, Binnie J. stated the constitutional questions as follows:

1. Does s. 80 of the *Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, limit the right of agricultural workers

   (a) to freedom of association guaranteed by s. 2(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; or

   (b) to equality before and under the law and equal benefit of the law without discrimination as guaranteed by s. 15 of the *Charter*?

2. Does s. 3(*b*) of the *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sched. A, limit the right of agricultural workers

   (a) to freedom of association guaranteed by s. 2(*d*) of the *Charter*; or

   (b) to equality before and under the law and equal benefit of the law without discrimination as guaranteed by s. 15 of the *Charter*?

3. If the answer to any part of questions 1 or 2 is in the affirmative, is the limitation nevertheless justified under s. 1 of the *Charter*?

VI. Analysis

A. *Freedom of Association*

(1) Nature of the Claim

The appellants claim that "[f]irst and foremost, agricultural workers simply wish to unionize". Although the intervener Canadian Labour Congress raised the issue of collective bargaining in this appeal, the appellants directed this Court's

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (1999), 182 D.L.R. (4th) 471

Le juge Krever, avec l'appui des juges Doherty et Rosenberg, confirme la décision du juge Sharpe : [TRADUCTION] « [n]ous sommes d'accord avec le jugement du juge Sharpe, tant ses motifs que le dispositif ». 10

V. Les questions constitutionnelles

Le 20 juin 2000, le juge Binnie énonce les questions constitutionnelles : 11

1. L'article 80 de la *Loi de 1995 modifiant des lois en ce qui concerne les relations de travail et l'emploi*, L.O. 1995, ch. 1, limite-t-il le droit des travailleurs agricoles

   a) à la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou

   b) à l'égalité devant la loi et dans l'application de la loi ainsi qu'au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, que garantit l'art. 15 de la *Charte*?

2. L'alinéa 3*b*) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, annexe A, limite-t-il le droit des travailleurs agricoles

   a) à la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) de la *Charte*, ou

   b) à l'égalité devant la loi et dans l'application de la loi ainsi qu'au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, que garantit l'art. 15 de la *Charte*?

3. Si la réponse à l'un ou l'autre des volets de la première ou deuxième question est affirmative, la limite est-elle néanmoins justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*?

VI. Analyse

A. *La liberté d'association*

(1) Nature de la revendication

Les appelants font valoir que, [TRADUCTION] « [s]urtout et avant tout, les travailleurs agricoles veulent simplement se syndiquer ». Même si l'intervenant le Congrès du travail du Canada soulève la question de la négociation collective 12

2001 SCC 94 (CanLII)

attention to broader issues, describing a range of union activities not related to collective bargaining. These activities, which ultimately relate to workers' "empowerment and participation in both the workplace and society at large", include promoting workplace democracy, protecting employees from abuses of managerial power, pooling resources, and expressing the views of workers "cogently and forcefully". The appellants also described several social and political functions of trade unions, such as giving workers access to courts, bringing constitutional challenges on behalf of workers and engaging in political education and action. In my view, these functions make it clear that the appellants direct their attack not at legislation restricting collective bargaining *per se*, but at legislation restricting the "wider ambit of union purposes and activities".

13 In order to establish a violation of s. 2(*d*), the appellants must demonstrate, first, that such activities fall within the range of activities protected by s. 2(*d*) of the *Charter*, and second, that the impugned legislation has, either in purpose or effect, interfered with these activities (see, in the s. 2(*a*) context, *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at pp. 331-36, and in the s. 2(*b*) context, *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 971). On the first point, I shall review the existing framework of the s. 2(*d*) protection established by this Court in the 1987 "labour trilogy" and subsequent cases. This discussion will include a purposive analysis of s. 2(*d*), one which aims to protect the full range of associational activity contemplated by the *Charter* and to honour Canada's obligations under international human rights law. After reviewing the content of freedom of association, I shall examine the contours of state responsibility under s. 2(*d*) of the *Charter*. In particular, I shall ask whether s. 2(*d*) obligates the state simply to respect trade union freedoms, or additionally to protect trade union freedoms by prohibiting their infringement by

dans le cadre du pourvoi, les appelants invitent notre Cour à considérer des questions plus larges, invoquant des activités syndicales étrangères à la négociation collective. Ces activités, qui ont trait en fin de compte [TRADUCTION] « à la responsabilisation et à la participation des travailleurs dans le milieu de travail et dans la société en général », comprennent la promotion de la démocratie au travail, la protection des employés contre les abus de la direction, la mise en commun des ressources et la défense « vigoureuse et énergique » du point de vue des travailleurs. Les appelants décrivent par ailleurs diverses fonctions sociales et politiques des syndicats, comme l'accès des travailleurs à la justice, les contestations de constitutionnalité en leur nom, ainsi que l'éducation et l'action politiques. À mon sens, ces fonctions indiquent clairement que les appelants dirigent leur contestation non pas contre les dispositions restreignant leur droit de négocier collectivement comme tel, mais les dispositions restreignant [TRADUCTION] « les fins et les activités plus générales d'un syndicat ».

Pour établir l'atteinte à l'al. 2*d*) de la *Charte*, les appelants doivent prouver premièrement que les activités considérées font partie de celles qu'il protège et, deuxièmement, que les dispositions contestées, par leur objet ou leur effet, compromettent ces activités (voir, dans le contexte de l'al. 2*a*), *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 331-336 et, dans le contexte de l'al. 2*b*), *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 971). Sur le premier point, j'examinerai les paramètres actuels de la protection de l'al. 2*d*) que notre Cour a dégagés dans la « trilogie des relations de travail » de 1987 et dans des arrêts postérieurs. Mon examen comprend une analyse téléologique de l'al. 2*d*), une analyse orientée vers la protection de toute la gamme d'activités associatives visées par la *Charte* et le respect des obligations du Canada dans le cadre du droit international des droits de la personne. Après l'examen du contenu de la liberté d'association, je délimiterai la responsabilité de l'État découlant de l'al. 2*d*) de la *Charte*. Plus précisément, j'examinerai s'il oblige seulement l'État à respecter les libertés syndicales ou s'il l'oblige aussi à les

2001 SCC 94 (CanLII)

private actors. Following my discussion of the scope of s. 2(*d*), I shall examine the purpose and effects of the impugned legislation.

(2) Scope of Section 2(*d*)

(a) *General Framework*

The scope of s. 2(*d*) was first decided by this Court in a landmark trilogy of labour cases, all of which concerned the right to strike (see *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313 ("*Alberta Reference*"); *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460). In the *Alberta Reference*, McIntyre J. (writing for himself) stressed the double-edged nature of freedom of association, holding that "while [freedom of association] advances many group interests and, of course, cannot be exercised alone, it is nonetheless a freedom belonging to the individual and not to the group formed through its exercise" (p. 397). On the basis of this principle, McIntyre J. confined s. 2(*d*) to three elements: (1) the freedom to join with others in lawful, common pursuits and to establish and maintain organizations and associations (with which all six justices agreed), (2) the freedom to engage collectively in those activities which are constitutionally protected for each individual (with which three of six justices agreed) and (3) the freedom to pursue with others whatever action an individual can lawfully pursue as an individual (with which three of six justices agreed). These three elements of freedom of association are summarized, along with a crucial fourth principle, in the oft-quoted words of Sopinka J. in *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367 ("*PIPSC*"), at pp. 401-2:

Upon considering the various judgments in the *Alberta Reference*, I have come to the view that four separate propositions concerning the coverage of the s. 2(*d*) guarantee of freedom of association emerge from the case: first, that s. 2(*d*) protects the freedom to establish, belong to and maintain an association; second, that s. 2(*d*) does not protect an activity solely on the ground

protéger en interdisant les actes attentatoires de personnes privées. Après avoir analysé la portée de l'al. 2*d*), j'examinerai l'objet et les effets de la législation contestée.

(2) La portée de l'al. 2*d*)

a) *Cadre général*

Les premières décisions de notre Cour sur la portée de l'al. 2*d*) forment une « trilogie » d'arrêts sur les relations de travail traitant tous du droit de grève (voir *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (« *Renvoi relatif à l'Alberta* »); *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; et *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460). Dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, le juge McIntyre (en son nom seul) souligne que la liberté d'association est une liberté à double tranchant et que, « bien qu'elle assure la promotion de nombreux intérêts collectifs et, naturellement, qu'elle ne puisse être exercée seule, il s'agit néanmoins d'une liberté qui appartient à l'individu et non aux groupes formés grâce à son exercice » (p. 397). Suivant ce principe, le juge McIntyre limite l'al. 2*d*) à trois composantes : (1) le droit de se joindre à d'autres pour poursuivre des objectifs communs licites et pour constituer et maintenir des organisations et des associations (à l'unanimité des six juges); (2) la liberté d'exercer collectivement les activités dont la Constitution garantit l'exercice individuel (avec l'accord de trois des six juges); et (3) la liberté d'accomplir avec d'autres toute action qu'un individu peut licitement accomplir à titre individuel (avec l'accord de trois des six juges). Ces trois composantes de la liberté d'association, ainsi qu'un quatrième principe crucial, sont résumés par le juge Sopinka dans cet extrait souvent cité de *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367 (« *IPFPC* »), p. 401-402 :

Après avoir examiné les différents motifs de jugement dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, j'arrive à la conclusion qu'il se dégage quatre propositions différentes quant à l'étendue de la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) : premièrement, l'al. 2*d*) protège la liberté de constituer une association, de la maintenir et d'y appartenir; deuxièmement, l'al. 2*d*) ne protège pas une activité pour

2001 SCC 94 (CanLII)

that the activity is a foundational or essential purpose of an association; third, that s. 2(*d*) protects the exercise in association of the constitutional rights and freedoms of individuals; and fourth, that s. 2(*d*) protects the exercise in association of the lawful rights of individuals. [Emphasis added.]

The third and fourth of these principles have received considerably less judicial support than the others, having only been explicitly affirmed by three of six judges in the *Alberta Reference* and two of seven judges in *PIPSC*. Moreover, these elements of s. 2(*d*) provided little assistance to this Court in *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157 ("*Egg Marketing*"), which involved an activity that could not conceivably be performed by an individual. Most recently, in *Delisle*, *supra*, this Court did not have to rule on the validity of the existing framework because all of the activities involved fell within it. In that case, this Court clarified that s. 2(*d*) does not guarantee access to a particular labour relations regime where the claimants are able to exercise their s. 2(*d*) rights independently.

15 In addition to the four-part formulation in *PIPSC*, *supra*, an enduring source of insight into the content of s. 2(*d*) is the purpose of the provision. This purpose was first articulated in the labour trilogy and has accordingly been used to define both the "positive" freedom to associate as well as the "negative" freedom not to (see *Alberta Reference*, *supra*; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, at p. 318; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 209, 2001 SCC 70). In defining this purpose, McIntyre J. stressed, in *Alberta Reference*, *supra*, at p. 395, the unique power of associations to accomplish the goals of individuals:

> While freedom of association like most other fundamental rights has no single purpose or value, at its core rests a rather simple proposition: the attainment of individual goals, through the exercise of individual rights, is generally impossible without the aid and cooperation of others. "Man, as Aristotle observed, is a 'social animal, formed by nature for living with others', associating with his fellows both to satisfy his desire for social intercourse and to realize common purposes." (L. J. MacFarlane,

le seul motif que cette activité est un objet fondamental ou essentiel d'une association; troisièmement, l'al. 2*d*) protège l'exercice collectif des droits et libertés individuels consacrés par la Constitution; et quatrièmement, l'al. 2*d*) protège l'exercice collectif des droits légitimes des individus. [Je souligne.]

Le troisième et le quatrième de ces principes ont remporté un appui moindre de la part des juges que les deux autres, n'étant confirmés expressément que par trois des six juges dans le *Renvoi relatif à l'Alberta* et deux des sept juges dans *IPFPC*. En outre, ces composantes de l'al. 2*d*) n'ont pas été d'une grande utilité à notre Cour dans *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157 (« *OCCO* »), où il était clair que l'activité en cause ne pouvait pas être accomplie par une seule personne. Plus récemment, dans *Delisle*, précité, notre Cour n'a pas eu à statuer sur la validité du cadre existant puisque toutes les activités visées s'y inséraient. Notre Cour a précisé dans cet arrêt que l'al. 2*d*) ne garantit pas l'accès à un régime particulier de relations de travail lorsque les demandeurs peuvent exercer de manière indépendante les droits que leur confère l'al. 2*d*).

En plus de la formulation en quatre points dans *IPFPC*, l'objet de la disposition demeure un bon moyen de circonscrire la teneur de l'al. 2*d*). Cet objet est énoncé pour la première fois dans la trilogie du droit du travail et a donc servi à définir tant la liberté « positive » de s'associer que la liberté « négative » de ne pas le faire (voir le *Renvoi relatif à l'Alberta*, précité; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, p. 318; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, 2001 CSC 70). Pour définir cet objet, le juge McIntyre met l'accent, dans le renvoi, sur le pouvoir propre aux associations de réaliser les objectifs des individus (à la p. 395) :

> Bien que, à l'instar de la plupart des autres droits fondamentaux, la liberté d'association n'ait pas un objet ou une valeur unique, elle repose essentiellement sur une proposition assez simple : pour l'individu, la réalisation de certains objectifs par l'exercice de ses droits individuels est généralement impossible sans l'aide et la coopération d'autrui. [TRADUCTION] « L'homme, comme l'a fait observer Aristote, est un "animal social façonné par la nature pour vivre en groupe" », qui s'associe à ses

2001 SCC 94 (CanLII)

The Theory and Practice of Human Rights (1985), p. 82.)

This conception of freedom of association, which was supported by Dickson C.J. in his dissenting judgment (at pp. 334 and 365-66), has been repeatedly endorsed by this Court since the *Alberta Reference* (see *PIPSC*, *supra*, *per* Sopinka J., at pp. 401-2, *per* Cory J. (dissenting), at p. 379; *R. v. Skinner*, [1990] 1 S.C.R. 1235, *per* Dickson C.J., at p. 1243; *Lavigne*, *supra*, *per* La Forest J., at p. 317, *per* Wilson J., at p. 251; *per* McLachlin J. (as she then was), at p. 343). In *Lavigne*, Wilson J. (writing for three of seven judges on this point) conducted an extensive review of this Court's s. 2(*d*) jurisprudence, concluding that "this Court has been unanimous in finding on more than one occasion and in a variety of contexts that the purpose which s. 2(*d*) is meant to advance is the collective action of individuals in pursuit of their common goals" (p. 253). Wilson J. added that the Court has remained steadfast in this position despite numerous disagreements about the application of s. 2(*d*) to particular practices.

As these dicta illustrate, the purpose of s. 2(*d*) commands a single inquiry: has the state precluded activity because of its associational nature, thereby discouraging the collective pursuit of common goals? In my view, while the four-part test for freedom of association sheds light on this concept, it does not capture the full range of activities protected by s. 2(*d*). In particular, there will be occasions where a given activity does not fall within the third and fourth rules set forth by Sopinka J. in *PIPSC*, *supra*, but where the state has nevertheless prohibited that activity solely because of its associational nature. These occasions will involve activities which (1) are not protected under any other constitutional freedom, and (2) cannot, for one reason or another, be understood as the lawful activities of individuals. As discussed by Dickson C.J. in the *Alberta Reference*, *supra*, such activities may be collective in nature, in that they cannot be performed by individuals acting alone. The prohibition of such activities must surely, in some cases, be a violation of s. 2(*d*) (at p. 367):

semblables à la fois pour satisfaire son besoin de relations sociales et pour réaliser des fins communes. » (L. J. MacFarlane, *The Theory and Practice of Human Rights* (1985), p. 82.)

Cette conception de la liberté d'association, qui a reçu l'appui du juge en chef Dickson, dissident (p. 334, 365 et 366), a été confirmée plusieurs fois par notre Cour depuis le *Renvoi relatif à l'Alberta* (voir *IPFPC*, précité, le juge Sopinka, p. 401-402, le juge Cory (dissident), p. 379; *R. c. Skinner*, [1990] 1 R.C.S. 1235, le juge en chef Dickson, p. 1243; *Lavigne*, précité, le juge La Forest, p. 317; le juge Wilson, p. 251; le juge McLachlin (maintenant Juge en chef), p. 343). Dans *Lavigne*, le juge Wilson (au nom de trois des sept juges sur ce point) fait un examen approfondi de la jurisprudence de notre Cour sur l'al. 2*d*) et rappelle que « notre Cour a conclu à l'unanimité à maintes reprises et dans divers contextes que l'al. 2*d*) a pour objet de favoriser l'action collective de personnes en vue de réaliser des objectifs communs » (p. 253). Elle ajoute que la Cour est restée inébranlable dans cette opinion malgré de nombreux désaccords sur l'application de l'al. 2*d*) à des pratiques précises.

Comme ces opinions le montrent, l'objet de l'al. 2*d*) commande une seule question : l'État a-t-il empêché l'activité en raison de sa nature associative, décourageant ainsi la poursuite collective d'objectifs communs? À mon avis, même si le critère à quatre volets applicable à la liberté d'association clarifie cette notion, il ne rend pas compte de toute la gamme d'activités protégées par l'al. 2*d*). En particulier, il y a des cas où une activité n'est pas visée par les troisième et quatrième règles énoncées par le juge Sopinka dans *IPFPC*, précité, mais où l'État l'interdit néanmoins en raison seulement de sa nature associative. Il s'agit d'activités (1) qui ne sont pas protégées par une autre liberté constitutionnelle, et (2) qui ne peuvent, pour une raison ou une autre, être considérées comme des activités licites d'un individu. Comme le dit le juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, précité, ces activités peuvent être de nature collective en ce qu'elles ne peuvent être accomplies par une personne seule. De toute évidence, l'interdiction de telles activités doit, dans certains cas, porter atteinte à l'al. 2*d*) (à la p. 367) :

2001 SCC 94 (CanLII)

16

There will, however, be occasions when no analogy involving individuals can be found for associational activity, or when a comparison between groups and individuals fails to capture the essence of a possible violation of associational rights. . . . The overarching consideration remains whether a legislative enactment or administrative action interferes with the freedom of persons to join and act with others in common pursuits. The legislative purpose which will render legislation invalid is the attempt to preclude associational conduct because of its concerted or associational nature. [Emphasis added.]

This passage, which was not explicitly rejected by the majority in the *Alberta Reference* or in *PIPSC*, recognizes that the collective is "qualitatively" distinct from the individual: individuals associate not simply because there is strength in numbers, but because communities can embody objectives that individuals cannot. For example, a "majority view" cannot be expressed by a lone individual, but a group of individuals can form a constituency and distill their views into a single platform. Indeed, this is the essential purpose of joining a political party, participating in a class action or certifying a trade union. To limit s. 2(*d*) to activities that are performable by individuals would, in my view, render futile these fundamental initiatives. At best, it would encourage s. 2(*d*) claimants to contrive individual analogs for inherently associational activities, a process which this Court clearly resisted in the labour trilogy, in *Egg Marketing*, *supra*, and in its jurisprudence on union security clauses and the right not to associate (see *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Compagnie Paquet Ltée*, [1959] S.C.R. 206 ("[t]he union is . . . the representative of all the employees in the unit for the purpose of negotiating the labour agreement", hence "[t]here is no room left for private negotiation between employer and employee" (*per* Judson J., at p. 212)); *McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough*, [1976] 1 S.C.R. 718 ("[t]he reality is, and has been for many years now throughout Canada, that individual relationships as between employer and employee have meaning only at the hiring stage" (*per* Laskin C.J., at p. 725)); I. Hunter, "Individual and Collective Rights in Canadian Labour Law" (1993), 22 *Man. L.J.* 145, at p. 147 ("[i]ndividual rights *vis-à-vis* their employer are replaced by rights in respect of their

Il y a cependant des cas où aucune analogie comportant des individus ne peut être trouvée pour une activité collective ou bien où la comparaison entre des groupes et des individus ne permet pas de saisir l'essence d'une éventuelle violation des droits d'association [. . .] Le facteur primordial demeure la question de savoir si un texte législatif ou un acte administratif porte atteinte à la liberté des personnes de se joindre à d'autres personnes et de poursuivre avec elles des objectifs communs. L'objectif d'une loi qui a pour effet de la rendre invalide est la tentative d'interdire un comportement collectif en raison de sa nature concertée ou collective. [Je souligne.]

Cet extrait, que la majorité n'a pas rejeté explicitement dans le *Renvoi relatif à l'Alberta* ou dans *IPFPC*, reconnaît une différence « qualitative » entre le collectif et l'individuel : les individus ne s'associent pas simplement pour la force du nombre, mais aussi parce qu'une collectivité peut incarner des objectifs qui n'existent pas au niveau individuel. Par exemple, un « point de vue majoritaire » ne peut être exprimé par une seule personne, mais un groupe de personnes peut constituer un mouvement d'opinion et fondre leurs points de vue dans une plate-forme unique. C'est ce qui motive essentiellement l'adhésion à un parti politique, la participation à un recours collectif ou l'accréditation d'un syndicat. J'estime que limiter l'application de l'al. 2*d*) aux activités qui peuvent être accomplies individuellement viderait de leur sens ces actes fondamentaux. Au mieux, cela inciterait les demandeurs invoquant l'al. 2*d*) à forger des analogies entre des activités individuelles et des activités purement associatives, une démarche que notre Cour a clairement refusée dans la trilogie du droit du travail, dans *OCCO*, précité, et dans la jurisprudence sur les clauses de sécurité syndicale et le droit de ne pas s'associer (voir *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. c. Compagnie Paquet Ltée*, [1959] R.C.S. 206 : [TRADUCTION] « [l]e syndicat est [. . .] le représentant de tous les employés de l'unité pour les fins de la négociation de la convention de travail » et donc « [l]es négociations privées entre l'employeur et l'employé n'ont plus leur place » (le juge Judson, p. 212); *McGavin Toastmaster Ltd. c. Ainscough*, [1976] 1 R.C.S. 718 : (« [d]ans tout le Canada, et ce depuis plusieurs années, les relations individuelles entre employeur et employé n'ont d'importance qu'à l'étape de l'embauchage » (le

2001 SCC 94 (CanLII)

union, which, in turn, is mandated to advance the interests of bargaining-unit members"); D. Beatty and S. Kennett, "Striking Back: Fighting Words, Social Protest and Political Participation in Free and Democratic Societies" (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 573, at pp. 587-88). The collective dimension of s. 2(*d*) is also consistent with developments in international human rights law, as indicated by the jurisprudence of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations and the ILO Committee on Freedom of Association (see, e.g., International Labour Office, *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO* (4th ed. 1996)). Not only does this jurisprudence illustrate the range of activities that may be exercised by a collectivity of employees, but the International Labour Organization has repeatedly interpreted the right to organize as a collective right (see International Labour Office, *Voices for Freedom of Association* (Labour Education 1998/3, No. 112): "freedom is not only a human right; it is also, in the present circumstances, a collective right, a public right of organisation" (address delivered by Mr. Léon Jouhaux, workers' delegate)).

As I see it, the very notion of "association" recognizes the qualitative differences between individuals and collectivities. It recognizes that the press differs qualitatively from the journalist, the language community from the language speaker, the union from the worker. In all cases, the community assumes a life of its own and develops needs and priorities that differ from those of its individual members. Thus, for example, a language community cannot be nurtured if the law protects only the individual's right to speak (see *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768, at para. 20). Similar reasoning applies, albeit in a limited fashion, to the freedom to organize: because trade unions develop needs and priorities that are

juge en chef Laskin, p. 725)); I. Hunter, « Individual and Collective Rights in Canadian Labour Law » (1993), 22 *R.D. Man.* 145, p. 147, ([TRADUCTION] « [l]es droits individuels face à l'employeur sont remplacés par les droits à l'égard du syndicat, qui a pour mandat, en retour, de promouvoir les intérêts des membres de l'unité de négociation »); D. Beatty et S. Kennett, « Striking Back : Fighting Words, Social Protest and Political Participation in Free and Democratic Societies » (1988), 67 *R. du B. can.* 573, p. 587-588). La dimension collective de l'al. 2*d*) est également compatible avec l'évolution du droit international des droits de la personne, comme l'indique la jurisprudence de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations et du Comité de la liberté syndicale de l'OIT (voir, p. ex., Bureau international du Travail, *La liberté syndicale : Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT* (4e éd. 1996)). Non seulement cette jurisprudence illustre la gamme d'activités pouvant être exercées par une collectivité d'employés, mais l'Organisation internationale du Travail a maintes fois interprété le droit syndical comme étant un droit collectif (voir Bureau international du Travail, *Des voix pour la liberté syndicale* (Éducation ouvrière 1998/3, no 112) : « la liberté ne vaut pas seulement pour le plein développement de la personnalité humaine, mais [. . .], dans les circonstances actuelles, elle doit être un aspect du droit public dans la complète indépendance de l'organisation syndicale » (Allocution de Léon Jouhaux, délégué des travailleurs)).

17

À mon avis, la notion même d'« association » reconnaît les différences qualitatives entre individu et collectivité. Elle reconnaît que la presse diffère qualitativement du journaliste, la collectivité linguistique du locuteur, le syndicat du travailleur. Dans tous les cas, la collectivité a une existence propre et ses besoins et priorités diffèrent de ceux de ses membres individuels. Ainsi, par exemple, on ne peut donner substance à une collectivité linguistique si la loi protège uniquement la liberté d'expression individuelle (voir *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, par. 20). Le même raisonnement s'applique, mais d'une façon limitée, à la liberté syndicale : étant donné que les besoins et priorités des

2001 SCC 94 (CanLII)

distinct from those of their members individually, they cannot function if the law protects exclusively what might be "the lawful activities of individuals". Rather, the law must recognize that certain union activities — making collective representations to an employer, adopting a majority political platform, federating with other unions — may be central to freedom of association even though they are inconceivable on the individual level. This is not to say that all such activities are protected by s. 2(*d*), nor that all collectivities are worthy of constitutional protection; indeed, this Court has repeatedly excluded the right to strike and collectively bargain from the protected ambit of s. 2(*d*) (see *Alberta Reference*, *supra*, *per* Le Dain J., at p. 390 (excluding the right to strike and collectively bargain), *per* McIntyre J., at pp. 409-10 (excluding the right to strike); *PIPSC*, *supra*, *per* Dickson C.J., at pp. 373-74 (excluding the right to collectively bargain), *per* La Forest J., at p. 390 (concurring with Sopinka J.), *per* L'Heureux-Dubé J., at p. 392 (excluding both the right to strike and collectively bargain), *per* Sopinka J., at p. 404 (excluding both the right to strike and collectively bargain)). It is to say, simply, that certain collective activities must be recognized if the freedom to form and maintain an association is to have any meaning. As one author puts it, the *per se* exclusion of collective action reduces employee collectives to mere "aggregate[s] of economically self-interested individuals" rather than "cooperative undertakings where individual flourishing can be encouraged through membership in and co-operation with the community of fellow workers" (see L. Harmer, "The Right to Strike: Charter Implications and Interpretations" (1988), 47 *U.T. Fac. L. Rev.* 420, at pp. 434-35). This would surely undermine the purpose of s. 2(*d*), which is to allow the achievement of individual potential through interpersonal relationships and collective action (see, e.g., *Lavigne*, *supra*, *per* McLachlin J., at pp. 343-44, *per* La Forest J., at pp. 327-28).

18 In sum, a purposive approach to s. 2(*d*) demands that we "distinguish between the associational aspect of the activity and the activity itself", a process mandated by this Court in the *Alberta Reference*

syndicats tendent à se distinguer de ceux de leurs membres individuels, ils ne peuvent fonctionner si la loi protège exclusivement ce qui pourrait être des « activités licites d'un individu ». La loi doit plutôt reconnaître que certaines activités syndicales — les revendications collectives auprès de l'employeur, l'adoption d'une plate-forme politique majoritaire, le regroupement en fédérations syndicales — peuvent être au cœur de la liberté d'association même si elles ne peuvent exister au niveau individuel. Ceci ne veut pas dire que toutes ces activités sont protégées par l'al. 2*d*), ni que toutes les collectivités ont droit à la protection constitutionnelle; en fait, notre Cour a exclu plusieurs fois le droit de grève et de négociation collective de la protection de l'al. 2*d*) (voir le *Renvoi relatif à l'Alberta*, précité, le juge Le Dain, p. 390 (excluant le droit de faire la grève et de négocier collectivement), le juge McIntyre, p. 409-410 (excluant le droit de grève); *IPFPC*, précité, le juge en chef Dickson, p. 373-374 (excluant le droit de négociation collective), le juge La Forest, p. 390 (avec l'appui du juge Sopinka) et le juge L'Heureux-Dubé, p. 392 (excluant le droit de grève et de négociation collective), le juge Sopinka, p. 404 (excluant le droit de grève et de négociation collective)). Cela veut dire simplement que certaines activités collectives doivent être reconnues pour que la liberté de constituer et de maintenir une association ait un sens. Selon un auteur, l'exclusion de l'action collective comme telle réduit l'association d'employés à une simple [TRADUCTION] « juxtaposition d'intérêts économiques individuels » au lieu d'être une « entreprise coopérative où l'épanouissement personnel peut être encouragé par l'appartenance et la coopération dans la communauté des collègues de travail » (L. Harmer, « The Right to Strike : Charter Implications and Interpretations » (1988), 47 *U.T. Fac. L. Rev.* 420, p. 434-435). Ce serait certainement compromettre la réalisation de l'objet de l'al. 2*d*), savoir l'épanouissement individuel au moyen de relations interpersonnelles et de l'action collective (voir p. ex. *Lavigne*, précité, le juge McLachlin, p. 343-344, le juge La Forest, p. 327-328).

L'interprétation téléologique de l'al. 2*d*) exige en somme « de distinguer l'aspect collectif d'une activité de l'activité elle-même », la démarche imposée par notre Cour dans le *Renvoi relatif à*

2001 SCC 94 (CanLII)

(see *Egg Marketing*, *supra*, *per* Iacobucci and Bastarache JJ., at para. 111). Such an approach begins with the existing framework established in that case, which enables a claimant to show that a group activity is permitted for individuals in order to establish that its regulation targets the association *per se* (see *Alberta Reference*, *supra*, *per* Dickson C.J., at p. 367). Where this burden cannot be met, however, it may still be open to a claimant to show, by direct evidence or inference, that the legislature has targeted associational conduct because of its concerted or associational nature.

(b) *State Responsibility Under Section 2(d)*

The content of the freedom to organize having been discussed, the next question that arises is the scope of state responsibility in respect of this freedom. This responsibility is generally characterized as "negative" in nature, meaning that Parliament and the provincial legislatures need only refrain from interfering (either in purpose or effect) with protected associational activity. Conversely, the *Charter* does not oblige the state to take affirmative action to safeguard or facilitate the exercise of fundamental freedoms.

However, history has shown, and Canada's legislatures have uniformly recognized, that a posture of government restraint in the area of labour relations will expose most workers not only to a range of unfair labour practices, but potentially to legal liability under common law inhibitions on combinations and restraints of trade. Knowing this would foreclose the effective exercise of the freedom to organize, Ontario has provided a statutory freedom to organize in its *LRA* (s. 5), as well as protections against denial of access to property (s. 13), employer interference with trade union activity (s. 70), discrimination against trade unionists (s. 72), intimidation and coercion (s. 76), alteration of working conditions during the certification process (s. 86), coercion of witnesses (s. 87), and removal of Board notices (s. 88). In this context, it must be asked whether, in order to make the freedom to organize meaningful, s. 2(*d*) of the *Charter* imposes a positive obligation on the state to extend protective

l'Alberta (voir *OCCO*, précité, les juges Iacobucci et Bastarache, par. 111). Cette démarche commence avec les paramètres établis dans ce renvoi qui permettent à un demandeur de démontrer que l'activité collective est autorisée pour des individus afin d'établir que sa réglementation vise en fait l'association comme telle (voir le *Renvoi relatif à l'Alberta*, précité, le juge en chef Dickson, p. 367). Le demandeur qui ne peut apporter cette preuve peut cependant établir, directement ou par inférence, que le législateur a ciblé une activité associative en raison de son caractère concerté ou associatif.

b) *La responsabilité de l'État en vertu de l'al. 2d)*

19 Après l'examen du contenu de la liberté syndicale, il faut déterminer l'étendue de la responsabilité de l'État vis-à-vis de cette liberté. On qualifie généralement cette responsabilité de « négative » par nature, en ce sens que le Parlement et les législatures provinciales sont seulement tenus de s'abstenir de toute intervention portant atteinte (par son objet ou son effet) à une activité associative protégée. À l'inverse, la *Charte* n'oblige pas l'État à prendre des mesures positives pour préserver ou faciliter l'exercice de libertés fondamentales.

20 Toutefois, l'histoire a montré, et les législateurs canadiens ont uniformément reconnu, qu'une attitude de retenue de la part du gouvernement dans le domaine des relations de travail expose la plupart des travailleurs non seulement à diverses pratiques déloyales de travail, mais peut aussi engager leur responsabilité juridique en common law pour coalition ou restriction du commerce. Conscient de ce qu'il en résulterait une entrave à l'exercice réel de la liberté syndicale, l'Ontario a institué législativement, dans la *LRT*, la liberté de se syndiquer (art. 5), ainsi que la protection contre le refus d'un droit d'accès (art. 13), l'ingérence de l'employeur dans les affaires syndicales (art. 70), la discrimination contre les membres d'un syndicat (art. 72), les menaces (art. 76), la modification des conditions de travail pendant la procédure d'accréditation (art. 86), l'intimidation d'un témoin (art. 87) et l'enlèvement des avis de la Commission (art. 88). Dans ce contexte, il faut se demander si, pour que la liberté

2001 SCC 94 (CanLII)

legislation to unprotected groups. More broadly, it may be asked whether the distinction between positive and negative state obligations ought to be nuanced in the context of labour relations, in the sense that excluding agricultural workers from a protective regime substantially contributes to the violation of protected freedoms.

21 This precise question was raised in *Delisle*, *supra*, in which the appellant failed to establish that exclusion from a protective regime violated s. 2(*d*). The *Delisle* case involved RCMP officers who were employed by the Canadian government, so it is arguable that the Court's decision was not intended to apply where private employers are involved. However, Justice L'Heureux-Dubé recognized at para. 7 of a concurring judgment that s. 2(*d*) may require protection against unfair labour practices in certain circumstances:

> I recognize that in cases where the employer does not form part of government, there exists no *Charter* protection against employer interference. In such a case, it might be demonstrated that the selective exclusion of a group of workers from statutory unfair labour practice protections has the purpose or effect of encouraging private employers to interfere with employee associations. It may also be that there is a positive obligation on the part of governments to provide legislative protection against unfair labour practices or some form of official recognition under labour legislation, because of the inherent vulnerability of employees to pressure from management, and the private power of employers, when left unchecked, to interfere with the formation and administration of unions. [Emphasis added.]

This dictum was not rejected by the *Delisle* majority, which focused instead on the fact that an interference with associational activity had not been made out on the facts of the case. Indeed, in making this finding, I deferred judgment on the appellant's argument that underinclusion could have "an important chill on freedom of association because it clearly indicates to its members that unlike all other employees, they cannot unionize, and what is more, that they must not get together to defend

syndicale ait un sens, l'al. 2*d*) de la *Charte* impose à l'État l'obligation positive d'étendre la protection légale à des groupes non protégés. De façon plus générale, on peut se demander si la distinction entre obligations positives et négatives de l'État doit être nuancée dans le contexte des relations de travail, en ce sens que l'exclusion des travailleurs agricoles de l'application d'un régime de protection contribue substantiellement à la violation de libertés protégées.

Cette question se posait précisément dans *Delisle*, précité, où l'appelant n'a pas réussi à établir que l'exclusion du régime de protection était contraire à l'al. 2*d*). L'affaire *Delisle* concernait des agents de la GRC employés par le gouvernement du Canada, de sorte qu'on peut soutenir que cette décision ne visait pas les employeurs du secteur privé. Dans son jugement concourant, le juge L'Heureux-Dubé reconnaît que l'al. 2*d*) peut exiger la protection contre les pratiques déloyales de travail, dans certaines circonstances (au par. 7) :

> Je reconnais que la *Charte* ne fournit aucune protection contre l'ingérence de l'employeur qui ne fait pas partie du gouvernement. Dans un tel cas, il pourrait être démontré que l'exclusion sélective d'un groupe de travailleurs de l'application de protections légales contre les pratiques déloyales de travail a pour objet ou pour effet d'encourager les employeurs du secteur privé à faire obstacle aux associations d'employés. Il se peut également qu'il y ait une obligation positive de la part des gouvernements de fournir une protection législative contre les pratiques déloyales de travail ou une forme quelconque de reconnaissance officielle en vertu de la législation en matière de travail, en raison de la vulnérabilité inhérente des employés aux pressions exercées par la direction et du pouvoir de nature privée qu'ont les employeurs de nuire à la formation et à l'administration des syndicats, lorsque ce pouvoir n'est pas contrôlé. [Je souligne.]

Ce point de vue n'est pas rejeté par la majorité dans *Delisle*, qui met plutôt l'accent sur le fait que l'ingérence dans l'activité associative n'a pas été établie à partir des faits de l'espèce. En arrivant à cette conclusion, je refuse de me prononcer sur l'argument de l'appelant qu'une application limitative peut créer « un effet dissuasif important concernant la liberté de s'associer car [elle] envoie clairement à ses membres le message que, contrairement à tous les autres employés, ils ne peuvent se syndiquer, et

2001 SCC 94 (CanLII)

their interests with respect to labour relations" (see *Delisle*, *supra*, at para. 30). In addition, I left open the possibility that s. 2 of the *Charter* may impose "a positive obligation of protection or inclusion on Parliament or the government . . . in exceptional circumstances which are not at issue in the instant case" (para. 33).

Even before *Delisle*, Le Dain J. recognized in the *Alberta Reference*, *supra*, that s. 2(*d*) protected workers' freedom to organize "without penalty or reprisal", making no distinction between workers employed by government or private entities (p. 391). What this dictum recognized, in my view, is that without the necessary protection, the freedom to organize could amount "to no more than the freedom to suffer serious adverse legal and economic consequences" (see H. W. Arthurs et al., *Labour Law and Industrial Relations in Canada* (4th ed. 1993), at para. 431). Perhaps more importantly for this appeal, this dictum implies that total exclusion from a regime protecting the freedom to organize could engage not only s. 15(1) of the *Charter*, but also s. 2(*d*) of the *Charter*. Where a group is denied a statutory benefit accorded to others, as is the case in this appeal, the normal course is to review this denial under s. 15(1) of the *Charter*, not s. 2(*d*) (see *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627 ("*NWAC*"); *Delisle*, *supra*). This was properly recognized by Sharpe J. who noted that "by 'dipping its toe in the water', and affording or enhancing the rights of some", the government is not obliged to "go all the way and ensure the enjoyment of rights by all" (p. 207). However, it seems to me that apart from any consideration of a claimant's dignity interest, exclusion from a protective regime may in some contexts amount to an affirmative interference with the effective exercise of a protected freedom. In such a case, it is not so much the differential treatment that is at issue, but the fact that the government is creating conditions which in effect substantially interfere with the exercise of a constitutional right; it has been held in the s. 2(*a*) context, for example, that "protection of one religion and the concomitant non-protection of others imports disparate impact destructive of the religious

qui plus est, qu'ils ne doivent pas s'associer pour défendre leurs intérêts en matière de relations du travail » (voir *Delisle*, par. 30). Je ne me prononce pas sur la possibilité que l'art. 2 de la *Charte* peut imposer une « obligation positive de protection ou d'inclusion au Parlement ou au gouvernement [. . .] dans des circonstances exceptionnelles qui ne sont pas invoquées en l'espèce » (par. 33).

Même avant *Delisle*, le juge Le Dain reconnaissait dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, précité, que l'al. 2*d*) garantissait aux travailleurs le droit de se syndiquer « sans faire l'objet d'une peine ou de représailles », ne faisant aucune distinction entre les travailleurs du secteur public et ceux du secteur privé (p. 391). Cette observation indique, à mon sens, que, sans la protection voulue, la liberté de se syndiquer pouvait n'être [TRADUCTION] « rien d'autre que la liberté de subir de graves préjudices sur les plans juridique et économique » (voir H. W. Arthurs et autres, *Labour Law and Industrial Relations in Canada* (4e éd. 1993), par. 431). Il est peut-être plus important encore aux fins du présent pourvoi de souligner que cette observation laisse entendre que l'exclusion totale d'un régime protégeant la liberté syndicale pourrait porter atteinte non seulement au par. 15(1), mais aussi à l'al. 2*d*) de la *Charte*. Lorsqu'une loi refuse à un groupe de personnes un avantage qu'elle accorde à d'autres, comme c'est le cas en l'espèce, la démarche habituelle consiste à l'examiner en fonction du par. 15(1), et non de l'al. 2*d*) (voir *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627 (« *AFAC* »), et *Delisle*, précité). Le juge Sharpe en convient à juste titre : [TRADUCTION] « lorsqu'il entrebâille la porte et accorde des droits à certains ou les accroît », le gouvernement n'est pas tenu « d'ouvrir la porte toute grande et de conférer les mêmes droits à tous » (p. 207). Toutefois j'estime qu'indépendamment de l'atteinte éventuelle au droit à la dignité, l'exclusion d'un régime de protection peut, dans certains contextes, équivaloir à une entrave manifeste à l'exercice réel d'une liberté garantie. En pareil cas, ce n'est pas tant le traitement différent qui est en cause, que le fait que le gouvernement crée des conditions qui ont pour effet d'entraver considérablement l'exercice d'un droit constitutionnel; dans

22

2001 SCC 94 (CanLII)

freedom of the collectivity" (see *Big M Drug Mart*, *supra*, at p. 337). This does not mean that there is a constitutional right to protective legislation *per se*; it means legislation that is underinclusive may, in unique contexts, substantially impact the exercise of a constitutional freedom.

23 This brings me to the central question of this appeal: can excluding agricultural workers from a statutory labour relations regime, without expressly or intentionally prohibiting association, constitute a substantial interference with freedom of association? A preliminary answer to this question may be found in *Haig*, *supra*, where L'Heureux-Dubé J. recognized that "a situation might arise in which, in order to make a fundamental freedom meaningful, a posture of restraint would not be enough, and positive governmental action might be required" (p. 1039). Although such a situation did not arise in that case, at least three observations are in order. First, the benefit sought in *Haig*, namely, participation in a national referendum, was, unlike inclusion in the *LRA*, not designed to safeguard the exercise of a fundamental freedom; thus, this Court was able to reject the appellants' claim for positive state action on the grounds that it would constitutionalize a very limited statutory regime. Second, there was no evidence in *Haig* that without the benefit of the referendum, the appellant would have been incapable of expressing his views on Quebec secession; thus, the appellants failed to meet the minimum evidentiary burden required of a s. 2(*b*) claim (see *Haig*, at p. 1040). Finally, even had the appellant been unable to express his views on Quebec secession, that surely had nothing to do with his exclusion from the national referendum. Similar points may be made about *NWAC*, *supra*. In that case, this Court again recognized the possibility of positive government action in some cases, but concluded that the respondents' exclusion from a particular series of constitutional discussions did not suppress their overall freedom of expression. As in the *Haig* case, the decisive point was the nature of the state action sought, combined with the absence of an

le contexte de l'al. 2*a*), on a statué, par exemple, que « protéger une religion sans accorder la même protection aux autres religions a pour effet de créer une inégalité destructrice de la liberté de religion dans la société » (*Big M Drug Mart*, précité, p. 337). Cela ne signifie pas qu'il existe un droit constitutionnel à la protection légale comme tel; cela signifie qu'une loi dont l'application est limitative peut, dans des contextes exceptionnels, avoir un effet substantiel sur l'exercice d'une liberté constitutionnelle.

Ceci m'amène à la question centrale du pourvoi : l'exclusion des travailleurs agricoles d'un régime légal de relations de travail, sans interdiction expresse ou intentionnelle de l'association, peut-elle constituer une atteinte substantielle à la liberté d'association? On trouve une réponse préliminaire à cette question dans *Haig*, précité, où le juge L'Heureux-Dubé reconnaît qu'« il pourrait se présenter une situation dans laquelle il ne suffirait pas d'adopter une attitude de réserve pour donner un sens à une liberté fondamentale, auquel cas une mesure gouvernementale positive s'imposerait peut-être » (p. 1039). Bien que ce n'ait pas été le cas dans cette affaire, au moins trois observations s'imposent. Premièrement, dans *Haig*, l'avantage recherché, la participation à un référendum national, ne visait pas, contrairement à l'inclusion dans la *LRT*, à préserver l'exercice d'une liberté fondamentale; notre Cour a donc pu rejeter la demande d'action positive gouvernementale, car y faire droit aurait eu pour effet de constitutionnaliser un régime légal très limité. Deuxièmement, rien dans la preuve n'indiquait dans *Haig* que, sans le référendum, l'appelant aurait été dans l'impossibilité d'exprimer ses opinions sur la sécession du Québec; ainsi, les appelants ne satisfaisaient pas à l'exigence minimale de preuve pour une demande fondée sur l'al. 2*b*) (voir *Haig*, p. 1040). Enfin, même si l'appelant avait été dans l'impossibilité d'exprimer ses opinions sur la sécession du Québec, cela n'avait certainement rien à voir avec son exclusion du référendum national. Les mêmes observations valent pour l'arrêt *AFAC*, précité, où notre Cour reconnaît de nouveau la possibilité d'une mesure gouvernementale positive dans certains cas, mais conclut que l'exclusion des intimés d'une série donnée de débats constitutionnels ne les privait pas de leur liberté d'expression globale. Comme dans

2001 SCC 94 (CanLII)

evidentiary foundation for the s. 2 claim. By contrast, the appellants argue in this case that they possess no independent ability to organize, either inside or outside of the relevant statutory context.

In my view, the cases of *Haig*, *NWAC* and *Delisle* function to circumscribe, but not to foreclose, the possibility of challenging underinclusion under s. 2 of the *Charter*. One limit imposed by these cases is that claims of underinclusion should be grounded in fundamental *Charter* freedoms rather than in access to a particular statutory regime. Thus, in *Haig*, the majority of this Court held that "[a] government is under no constitutional obligation to extend [a referendum] to anyone, let alone to everyone" (emphasis in original), and further that "[a] referendum as a platform of expression is . . . a matter of legislative policy and not of constitutional law" (p. 1041 (emphasis in original)). Similarly, in *NWAC*, the majority of this Court held that "[i]t cannot be claimed that NWAC has a constitutional right to receive government funding aimed at promoting participation in the constitutional conferences" (p. 654). In my view, the appellants in this case do not claim a constitutional right to general inclusion in the *LRA*, but simply a constitutional freedom to organize a trade association. This freedom to organize exists independently of any statutory enactment, even though the so-called "modern rights to bargain collectively and to strike" have been characterized otherwise in the *Alberta Reference*, *supra*, *per* Le Dain J., at p. 391. While it may be that the effective exercise of this freedom requires legislative protection in some cases, this ought not change the fundamentally non-statutory character of the freedom itself. As long as the appellants can plausibly ground their action in a fundamental *Charter* freedom, *Haig* and *NWAC* ought simply to be distinguished.

Second, the underinclusion cases demonstrate that a proper evidentiary foundation must be provided before creating a positive obligation under the *Charter*. This requirement proved fatal in *Haig*,

Haig, l'élément décisif était la nature de la mesure gouvernementale recherchée, conjuguée à l'absence de preuve de l'allégation fondée sur l'art. 2. À l'opposé, les appelants soutiennent en l'espèce qu'ils n'ont aucune capacité indépendante de s'organiser, dans le cadre ou en dehors du régime légal.

24 À mon avis, les arrêts *Haig*, *AFAC* et *Delisle* délimitent mais n'excluent pas la possibilité de contester la non-inclusion sur le fondement de l'art. 2 de la *Charte*. Une limite imposée par ces arrêts est d'exiger que les arguments fondés sur la non-inclusion reposent sur des libertés fondamentales garanties par la *Charte*, plutôt que sur l'accès à un régime légal précis. Ainsi, dans *Haig*, la majorité de la Cour conclut qu'un « gouvernement n'a aucune obligation constitutionnelle d'offrir [un référendum] à qui que ce soit, et encore moins à tous » et qu'un « référendum en tant que tribune pour favoriser l'expression relève [. . .] de la politique législative et non du droit constitutionnel » (p. 1041 (souligné dans l'original)). De même, dans *AFAC*, la majorité de la Cour conclut : « [o]n ne saurait prétendre que l'AFAC a, en vertu de la Constitution, le droit de recevoir des deniers publics pour promouvoir sa participation aux conférences constitutionnelles » (p. 654). J'estime que les appelants en l'espèce ne revendiquent pas un droit constitutionnel à l'inclusion générale dans la *LRT*, mais simplement la liberté constitutionnelle de former une association syndicale. Cette liberté existe indépendamment de tout texte législatif, même si, dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, précité, le juge Le Dain décrit d'une autre façon les prétendus « droits contemporains de négocier collectivement et de faire la grève » (p. 391). Il se peut que l'exercice réel de cette liberté exige parfois une protection légale, mais cela ne change rien au fait que fondamentalement la liberté n'est pas d'origine législative. Dans la mesure où les appelants peuvent invoquer de manière plausible une liberté fondamentale garantie par la *Charte*, il faut simplement faire une distinction avec les affaires *Haig* et *AFAC*.

25 Deuxièmement, il ressort des affaires de non-inclusion que la création d'une obligation positive en vertu de la *Charte* exige un fondement de preuve approprié. Le non-respect de cette exigence a été

2001 SCC 94 (CanLII)

NWAC and *Delisle* because the claimants in all three cases were unable to prove that the fundamental freedom at issue, as opposed to merely their requested statutory entitlement, was impossible to exercise. On the contrary, it was concluded in *Haig* that "the referendum itself, far from stifling expression, provided a particular forum for such expression" (p. 1040). Similarly, it was concluded in *NWAC* that "[e]ven assuming that in certain extreme circumstances, the provision of a platform of expression to one group may infringe the expression of another and thereby require the Government to provide an equal opportunity for the expression of that group, there was no evidence in this case to suggest that the funding or consultation of the four Aboriginal groups infringed the respondents' equal right of freedom of expression" (p. 664). Finally, it was concluded in *Delisle* that "it is difficult to argue that the exclusion of RCMP members from the statutory regime of the *PSSRA* prevents the establishment of an independent employee association because RCMP members have in fact formed such an association in several provinces, including Quebec, where 'C' Division was created by Mr. Delisle himself" (para. 31). In my view, the evidentiary burden in these cases is to demonstrate that exclusion from a statutory regime permits a substantial interference with the exercise of protected s. 2(*d*) activity. Such a burden was implied by Dickson C.J. in the *Alberta Reference*, *supra*, where he stated that positive obligations may be required "where the absence of government intervention may in effect substantially impede the enjoyment of fundamental freedoms" (p. 361 (emphasis added)). It was also implied by this Court in *NWAC*, where Sopinka J. stated that "[i]t will be rare indeed that the provision of a platform or funding to one or several organizations will have the effect of suppressing another's freedom of speech" (p. 657 (emphasis added)). These dicta do not require that the exercise of a fundamental freedom be impossible, but they do require that the claimant seek more than a particular channel for exercising his or her fundamental freedoms.

fatal dans les affaires *Haig*, *AFAC* et *Delisle*, car dans les trois cas, les demandeurs n'ont pu prouver l'impossibilité d'exercer la liberté fondamentale en cause et non pas simplement le droit revendiqué de bénéficier de l'application d'une loi. Au contraire, selon *Haig*, « le référendum lui-même, loin d'étouffer l'expression, a créé une tribune particulière pour favoriser l'expression » (p. 1040). De même, selon *AFAC*, « [m]ême en supposant que, dans certaines circonstances extrêmes, le fait d'offrir à un certain groupe une tribune pour favoriser l'expression puisse porter atteinte à la liberté d'expression d'un autre groupe et imposer, en conséquence, au gouvernement l'obligation de fournir à cet autre groupe une chance équivalente de s'exprimer, il n'y avait, en l'espèce, aucune preuve que le financement ou la consultation des quatre groupes autochtones violait le droit des intimées à une liberté égale d'expression » (p. 664). Enfin, selon *Delisle*, « [i]l est [. . .] difficile de prétendre que l'exclusion des membres de la GRC du régime législatif de la *LRTFP* a pour effet d'empêcher la formation d'une association indépendante de travailleurs puisqu'en réalité les membres de la GRC ont formé une telle association dans plusieurs provinces, y compris le Québec, où la division "C" a été créée par M. Delisle lui-même » (par. 31). La charge de preuve consiste à mon avis à démontrer que l'exclusion du régime légal permet une entrave substantielle à l'exercice de l'activité protégée par l'al. 2*b*). Cette charge ressort implicitement de la remarque du juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, précité, selon laquelle des obligations positives peuvent être nécessaires lorsque « l'absence d'intervention gouvernementale est effectivement susceptible de porter atteinte sensiblement à la jouissance de libertés fondamentales » (p. 361 (je souligne)). La Cour laisse également entendre, par la voix du juge Sopinka, dans *AFAC*, qu'« [i]l sera extrêmement rare que la tribune ou le financement offerts à un seul ou à plusieurs organismes auront pour effet de supprimer la liberté de parole d'autrui » (p. 657 (je souligne)). Ces observations ne disent pas que l'exercice d'une liberté fondamentale doit être impossible, mais que le demandeur doit rechercher davantage qu'une voie particulière pour l'exercice de ses libertés fondamentales.

2001 SCC 94 (CanLII)

Assuming an evidentiary foundation can be provided, a third concern is whether the state can truly be held accountable for any inability to exercise a fundamental freedom. In this case, it is said that the inability to form an association is the result of private action and that mandating inclusion in a statutory regime would run counter to this Court's decision in *Dolphin Delivery*, *supra*. However, it should be noted that this Court's understanding of "state action" has matured since the *Dolphin Delivery* case and may mature further in light of evolving *Charter* values. For example, this Court has repeatedly held that the contribution of private actors to a violation of fundamental freedoms does not immunize the state from *Charter* review; rather, such contributions should be considered part of the factual context in which legislation is reviewed (see *Lavigne*, *per* La Forest J., at p. 309; see, similarly, *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, *per* Dickson C.J., at p. 766). Moreover, this Court has repeatedly held in the s. 15(1) context that the *Charter* may oblige the state to extend underinclusive statutes to the extent underinclusion licenses private actors to violate basic rights and freedoms (see *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493). Finally, there has been some suggestion that the *Charter* should apply to legislation which "permits" private actors to interfere with protected s. 2 activity, as in some contexts mere permission may function to encourage or support the act which is called into question (see *Lavigne*, *per* Wilson J., at p. 248). If we apply these general principles to s. 2(*d*), it is not a quantum leap to suggest that a failure to include someone in a protective regime may affirmatively permit restraints on the activity the regime is designed to protect. The rationale behind this is that underinclusive state action falls into suspicion not simply to the extent it discriminates against an unprotected class, but to the extent it substantially orchestrates, encourages or sustains the violation of fundamental freedoms.

The notion that underinclusion can infringe freedom of association is not only implied by

26 À supposer qu'il existe un fondement probatoire, la troisième question est de savoir si l'État peut vraiment être tenu responsable de toute incapacité d'exercer une liberté fondamentale. On prétend en l'espèce que l'incapacité de constituer une association résulte d'une action privée et que l'inclusion obligatoire dans un régime légal irait à l'encontre de l'arrêt *Dolphin Delivery*, précité. Il faut toutefois signaler que, depuis cet arrêt, l'interprétation de l'« action gouvernementale » par notre Cour a évolué et qu'elle pourrait encore se modifier compte tenu de l'évolution des valeurs qui sous-tendent la *Charte*. Par exemple, notre Cour a maintes fois rappelé que la participation de personnes privées à la violation de libertés fondamentales ne met pas l'État à l'abri d'un contrôle judiciaire fondé sur la *Charte*; cette participation doit être considérée comme un élément du contexte factuel dans lequel la loi est examinée (voir *Lavigne*, précité, le juge La Forest, p. 309; voir, dans le même sens, *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, le juge en chef Dickson, p. 766). En outre, notre Cour a souvent statué, dans le contexte du par. 15(1), que la *Charte* peut obliger l'État à élargir le champ d'application d'une loi lorsque sa portée trop limitative permet à une personne privée de porter atteinte à des droits et libertés fondamentaux (voir *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493). Enfin, on a laissé entendre que la *Charte* devrait s'appliquer à toute loi qui « permet » à une personne privée de nuire à une activité protégée par l'art. 2, étant donné que, dans certains cas, la simple faculté donnée peut avoir pour effet d'encourager ou d'appuyer l'acte en cause (voir *Lavigne*, le juge Wilson, p. 248). Si l'on applique ces principes généraux à l'al. 2*d*), ce n'est pas un grand bond en avant de dire que le défaut d'inclure une personne dans un régime de protection peut positivement permettre la restriction de l'activité que le régime vise à protéger. La raison en est que la mesure gouvernementale de portée trop limitative devient suspecte non seulement dans la mesure où elle est discriminatoire à l'endroit d'une catégorie non protégée, mais aussi dans la mesure où elle orchestre, encourage ou tolère d'une manière substantielle la violation de libertés fondamentales.

27 L'idée que la non-inclusion peut porter atteinte à la liberté d'association est non seulement implicite

2001 SCC 94 (CanLII)

Canadian *Charter* jurisprudence, but is also consistent with international human rights law. Article 2 of *Convention (No. 87) concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organize*, 67 U.N.T.S. 17, provides that "[w]orkers and employers, without distinction whatsoever, shall have the right to establish and . . . to join organisations of their own choosing" (emphasis added), and that only members of the armed forces and the police may be excluded (Article 9). In addition, Article 10 of Convention No. 87 defines an "organisation" as "any organisation of workers or of employers for furthering and defending the interests of workers or of employers" (emphasis added). Canada ratified Convention No. 87 in 1972. The Convention's broadly worded provisions confirm precisely what I have discussed above, which is that discriminatory treatment implicates not only an excluded group's dignity interest, but also its basic freedom of association. This is further confirmed by the fact that Article 2 operates not only on the basis of sex, race, nationality and other traditional grounds of discrimination, but on the basis of any distinction, including occupational status (see L. Swepston, "Human rights law and freedom of association: Development through ILO supervision" (1998), 137 *Int'l Lab. Rev.* 169, at pp. 179-180). Nowhere is this clearer than in Article 1 of *Convention (No. 11) concerning the Rights of Association and Combination of Agricultural Workers*, 38 U.N.T.S. 153, which obliges ratifying member states to secure to "all those engaged in agriculture" the same rights of association as to industrial workers; the convention makes no distinction as to the type of agricultural work performed. Although provincial jurisdiction has prevented Canada from ratifying Convention No. 11, together these conventions provide a normative foundation for prohibiting any form of discrimination in the protection of trade union freedoms (see J. Hodges-Aeberhard, "The right to organise in Article 2 of Convention No. 87: What is meant by workers 'without distinction whatsoever'?" (1989), 128 *Int'l Lab. Rev.* 177). This foundation is fortified by *Convention (No. 141) concerning Organisations of Rural Workers and Their Role in Economic and Social Development* (*I.L.O. Official Bulletin*, vol. LVIII, 1975, Series A, No. 1, p. 28) which extends, under

dans la jurisprudence canadienne relative à la *Charte*, mais elle est aussi compatible avec le droit international des droits de la personne. L'article 2 de la *Convention (n° 87) concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical*, 67 R.T.N.U. 19, dispose que « [l]es travailleurs et les employeurs, sans distinction d'aucune sorte, ont le droit [. . .] de constituer des organisations de leur choix, ainsi que celui de s'affilier à ces organisations » (je souligne) et que seuls les membres des forces armées et des forces policières peuvent être exclus (article 9). De plus, l'article 10 de la Convention n° 87 définit une « organisation » comme étant « toute organisation de travailleurs ou d'employeurs ayant pour but de promouvoir et de défendre les intérêts des travailleurs ou des employeurs » (je souligne). Le Canada a ratifié la Convention n° 87 en 1972. Les dispositions de portée générale de la Convention confirment exactement ce dont je parle précédemment, savoir qu'un traitement discriminatoire touche non seulement le droit à la dignité du groupe exclu, mais aussi sa liberté fondamentale d'association. À cela s'ajoute le fait que l'article 2 ne s'applique pas uniquement sans distinction de sexe, de race, de nationalité ou autre motif traditionnel de distinction, mais sans distinction d'aucune sorte, y compris la situation professionnelle (voir L. Swepston, « Droits de l'homme et liberté syndicale : évolution sous le contrôle de l'OIT » (1998), 137 *Rev. int. trav.* 187, p. 198). Nul autre texte ne l'énonce plus clairement que l'article premier de la *Convention (n° 11) concernant les droits d'association et de coalition des travailleurs agricoles*, 38 R.T.N.U. 153, qui oblige les États signataires à accorder à « toutes les personnes occupées dans l'agriculture » le droit d'association reconnu aux travailleurs industriels; la Convention ne fait aucune distinction fondée sur le type de travail agricole. Même si la compétence des provinces a empêché le Canada de ratifier la Convention n° 11, l'ensemble de ces conventions établit néanmoins un fondement normatif pour l'interdiction de toute forme de discrimination dans la protection des libertés syndicales (voir J. Hodges-Aeberhard, « Le droit syndical selon l'article 2 de la convention n° 87 : Que signifie l'expression "tous les travailleurs sans distinction d'aucune sorte"? » (1989), 128 *Rev. int. trav.* 197). Ce fondement est

2001 SCC 94 (CanLII)

Article 2, the freedom to organize to "any person engaged in agriculture, handicrafts or a related occupation in a rural area, whether as a wage earner or, . . . as a tenant, sharecropper or small owner-occupier".

In sum, while it is generally desirable to confine claims of underinclusion to s. 15(1), it will not be appropriate to do so where the underinclusion results in the effective denial of a fundamental freedom such as the right of association itself. This is not to say that such claims will be common: they are constrained by both s. 32 of the *Charter*, which demands a minimum of state action before the *Charter* can be invoked, as well as by the factors discussed above. However, a claim for inclusion should not, in my view, automatically fail a s. 2(*d*) analysis: depending on the circumstances, freedom of association may, for example, prohibit the selective exclusion of a group from whatever protections are necessary to form and maintain an association, even though there is no constitutional right to such statutory protection *per se*. In this sense, the burden imposed by s. 2(*d*) of the *Charter* differs from that imposed by s. 15(1): while the latter focuses on the effects of underinclusion on human dignity (*Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497), the former focuses on the effects of underinclusion on the ability to exercise a fundamental freedom. This distinction is contemplated by the wording of the *Charter* itself and is supported by subsequent jurisprudence of this Court (see, e.g., *Delisle*, *supra*, at para. 25).

Before concluding on this point, I reiterate that the above doctrine does not, on its own, oblige the state to act where it has not already legislated in respect of a certain area. One must always guard against reviewing legislative silence, particularly where no legislation has been enacted in the first place. By the same token, it must be remembered

renforcé par la *Convention (n° 141) concernant les organisations de travailleurs ruraux et leur rôle dans le développement économique et social* (*Bulletin officiel du B.I.T.*, vol. LVIII, 1975, Série A, n° 1, p. 28), dont l'article 2 reconnaît la liberté syndicale à « toutes personnes exerçant, dans les régions rurales, une occupation agricole, artisanale ou autre, assimilée ou connexe, qu'il s'agisse de salariés ou [. . .] de personnes travaillant à leur propre compte, par exemple les fermiers, métayers et petits propriétaires exploitants ».

28 En somme, bien qu'il soit généralement souhaitable de limiter l'examen des cas de non-inclusion au par. 15(1), cela ne vaut pas lorsque la non-inclusion emporte la négation effective d'une liberté fondamentale comme la liberté d'association. Ces cas ne seront pas monnaie courante : ils sont limités par l'art. 32 de la *Charte*, qui exige un minimum d'action gouvernementale pour que la *Charte* puisse s'appliquer, ainsi que par les facteurs examinés plus haut. Cependant, une demande d'inclusion ne devrait pas être automatiquement rejetée à l'issue d'une analyse fondée sur l'al. 2*d*) : selon les circonstances, la liberté d'association peut, par exemple, interdire l'exclusion sélective d'un groupe de la protection nécessaire à la formation et au maintien d'une association, même s'il n'existe en soi aucun droit constitutionnel à une telle protection de la loi. En ce sens, la charge de preuve imposée par l'al. 2*d*) de la *Charte* diffère de celle imposée par le par. 15(1) : ce dernier met l'accent sur les effets de la non-inclusion sur la dignité humaine (*Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497), alors que l'al. 2*d*) vise les effets de la non-inclusion sur la capacité d'exercer une liberté fondamentale. La distinction ressort du libellé même de la *Charte* et est confirmée par la jurisprudence postérieure de notre Cour (p. ex., *Delisle*, précité, par. 25).

29 Avant de conclure sur ce point, je répète que, à eux seuls, les principes énoncés précédemment n'obligent pas l'État à agir lorsqu'il n'a pas déjà légiféré dans un domaine particulier. On doit toujours se garder d'interpréter le silence du législateur, surtout lorsqu'aucun texte législatif n'a été adopté. De même, il faut se rappeler la raison pour laquelle

2001 SCC 94 (CanLII)

why the *Charter* applies to legislation that is underinclusive. Once the state has chosen to regulate a private relationship such as that between employer and employee, I believe it is unduly formalistic to consign that relationship to a "private sphere" that is impervious to *Charter* review. As Dean P. W. Hogg has stated, "[t]he effect of the governmental action restriction is that there is a private realm in which people are not obliged to subscribe to 'state' values, and into which constitutional norms do not intrude. The boundaries of that realm are marked, not by an *a priori* definition of what is 'private', but by the absence of statutory or other governmental intervention" (see *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), at p. 34-27). I am not prepared to say that the relationship between farmers and their employees falls within that boundary. If, by investigating the effects of a statute that regulates this sphere, this Court is imposing "positive" obligations on the state, that is only because such imposition is justified in the circumstances.

(c) *Summary of Discussion on Section 2(d)*

30 In my view, the activities for which the appellants seek protection fall squarely within the freedom to organize, that is, the freedom to collectively embody the interests of individual workers. Insofar as the appellants seek to establish and maintain an association of employees, there can be no question that their claim falls within the protected ambit of s. 2(*d*) of the *Charter*. Moreover, the effective exercise of these freedoms may require not only the exercise in association of the constitutional rights and freedoms (such as freedom of assembly) and lawful rights of individuals, but the exercise of certain collective activities, such as making majority representations to one's employer. These activities are guaranteed by the purpose of s. 2(*d*), which is to promote the realization of individual potential through relations with others, and by international labour jurisprudence, which recognizes the inevitably collective nature of the freedom to organize. Finally, while inclusion in legislation designed to protect such freedoms will normally be the province of s. 15(1) of the *Charter*, claims for inclusion may, in rare cases, be cognizable under the fundamental

la *Charte* s'applique à une loi limitative. Une fois que l'État a décidé de réglementer une relation d'ordre privé, comme celle entre employeur et employé, je crois qu'il est trop formaliste d'assigner cette relation à un « domaine privé » qui échappe au contrôle fondé sur la *Charte*. Selon le doyen P. W. Hogg, [TRADUCTION] « l'effet de la restriction de l'action gouvernementale est qu'il existe un domaine privé à l'intérieur duquel les personnes ne sont pas obligées de souscrire aux valeurs de "l'État" et à l'intérieur duquel les normes constitutionnelles n'interviennent pas. Les limites de ce domaine sont établies non pas par une définition a priori de ce qui est "privé", mais par l'absence d'intervention gouvernementale, législative ou autre » (voir *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), p. 34-27). Je ne suis pas disposé à conclure que les rapports entre les exploitants agricoles et leurs employés se situent à l'intérieur de ces limites. Lorsqu'en examinant les effets d'une loi qui régit ce domaine, notre Cour impose à l'État une obligation « positive » c'est uniquement parce que les circonstances l'exigent.

c) *Résumé de l'analyse selon l'al. 2d)*

J'estime que les activités dont les appelants demandent la protection relèvent tout à fait de la liberté syndicale, soit la liberté de défendre collectivement les intérêts des travailleurs individuels. Dans la mesure où les appelants veulent constituer et maintenir une association d'employés, il ne fait aucun doute que leur recours ressortit à l'al. 2*d*) de la *Charte* et à la protection qu'il confère. De plus, l'exercice réel de ces libertés peut exiger non seulement l'exercice en association des droits et libertés constitutionnels (telle la liberté de réunion) et des droits légitimes des individus, mais aussi l'exercice de certaines activités collectives, comme la défense des intérêts de la majorité auprès de l'employeur. Ces activités sont protégées par l'objet de l'al. 2*d*), qui est de favoriser l'épanouissement personnel au moyen des relations avec autrui, et dans le cadre des arrêts internationaux en matière de droit du travail, qui reconnaissent la nature nécessairement collective de la liberté syndicale. Enfin, même si l'inclusion dans une loi vouée à la protection de telles libertés relève normalement du par. 15(1) de la *Charte*, on peut, dans de rares cas, connaître de

2001 SCC 94 (CanLII)

freedoms. With this in mind, I turn to whether s. 3(*b*) of the *LRA* interferes with the appellants' protected freedoms, either in purpose or effect.

(3) Application to the Ontario Legislation

(a) *Purpose of the Exclusion*

The appellants claim that their exclusion from the *LRA* was intended to infringe their freedom to organize and, as such, violates the *Charter* notwithstanding its actual effects (see *Big M Drug Mart*, *supra*, at pp. 331-33; *Edwards Books*, *supra*, *per* Dickson C.J., at p. 752). A similar allegation of colourable purpose was assessed in the recent case of *Delisle*, *supra*. In that case, s. 2 "employee" (*e*) of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C. 1985, c. P-35, was held not to interfere with the unionization of RCMP officers, as the purpose of the provision was simply to withhold from RCMP officers any status or protection created by the Act itself. The majority rejected extrinsic evidence that the purpose of the Act was, in the words of the dissenting judges, "to maintain the inherent difficulty faced by RCMP members in attempting to associate together to confront management on more equal terms" (para. 88). In the case at bar, a similar analysis yields an ambiguous result. At first blush, it would seem that the purpose of the *LRA* and the *LRESLAA* is to withhold from agricultural workers any status or protection created by the former Act, and not to target non-statutory unionization. On the other hand, the appellants point out several comments made by Ontario government officials to the effect that the purpose of the *LRESLAA* was to prevent "unionization". Upon introducing the *LRESLAA* to the Ontario Legislature in 1995, for example, the Ontario Minister of Labour stated that "unionization of the family farm has no place in Ontario's key agricultural sector"; moreover, the Minister of Agriculture, Food and Rural Affairs later stated that "the *Agricultural Labour Relations Act* is aimed directly at unionizing the family farm" and that "[w]e do not believe in the unionization of the family farm" (Legislative Assembly of Ontario, *Official Report of Debates*, October 4, 1995, at pp. 99-100). Similar language

demandes d'inclusion sous l'angle des libertés fondamentales. En gardant cela à l'esprit, je passe à la question de savoir si l'al. 3*b*) de la *LRT* porte atteinte aux libertés garanties aux appelants, par son objet ou par son effet.

(3) Application à la loi ontarienne

a) *Objet de l'exclusion*

Les appelants soutiennent que leur exclusion de la *LRT* visait à faire obstacle à leur liberté syndicale et contrevenait donc à la *Charte*, quels que soient ses effets réels (voir *Big M Drug Mart*, précité, p. 331-333; *Edwards Books*, précité, le juge en chef Dickson, p. 752). Une allégation similaire d'objet répréhensible a été évaluée dans le récent arrêt *Delisle*, précité, où notre Cour a jugé que l'al. *e*) de la définition de « fonctionnaire » figurant à l'art. 2 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. 1985, ch. P-35, n'empêchait pas la syndicalisation des agents de la GRC, car son objet était simplement de ne pas leur accorder un statut ou une protection découlant de la loi elle-même. La majorité a rejeté la preuve extrinsèque que, selon les juges dissidents, l'objet de la loi était de « maintenir la difficulté inhérente que devaient surmonter les membres de la GRC en tentant de s'associer pour affronter la direction sur un meilleur pied d'égalité » (par. 88). En l'espèce, une analyse similaire aboutit à un résultat ambigu. À première vue, l'objet de la *LRT* et de la *LMLRTE* paraît être de priver les travailleurs agricoles de tout statut ou protection accordé par l'ancienne loi, et non d'empêcher la syndicalisation hors du régime légal. Par contre, les appelants citent en preuve les observations de membres du gouvernement ontarien selon lesquelles la *LMLRTE* visait à empêcher la « syndicalisation ». Par exemple, lorsqu'elle présente la *LMLRTE* à l'assemblée législative ontarienne en 1995, la ministre du Travail dit ceci : [TRADUCTION] « la syndicalisation de la ferme familiale n'a pas sa place dans l'important secteur agricole de l'Ontario »; en outre, le ministre de l'Agriculture déclare plus tard que « la *Loi sur les relations de travail dans l'agriculture* vise directement la syndicalisation de la ferme familiale » et « [n]ous ne croyons pas en la syndicalisation

31

2001 SCC 94 (CanLII)

was employed in the legislature's media kit on Bill 7, which stated that the agricultural sector "would have great difficulty adapting to the presence of unions". These troubling comments were made to members of the provincial legislature before they voted on the *LRESLAA* and, as such, may have reflected the legislature's intention in enacting that statute.

32 There are conflicting claims in this case concerning the meaning of the above comments and the light they shed on the intention of the legislature. On the one hand, the ambiguous use of the term "unionization" suggests that the legislature sought not only to exclude agricultural workers from the statutory incidents of striking and collective bargaining, but also to insulate Ontario's farms from the very presence of unions. Such an intention would, needless to say, run counter to the *Charter*'s guarantee of freedom of association. On the other hand, the fact that the *LRESLAA* pursues a collateral legislative objective, namely the protection of the family farm, makes it difficult to conclude without speculation that this protection was sought through the prevention of unionization *per se*. While my colleague L'Heureux-Dubé J. marshals compelling evidence to make this point, I remain struck by the fact that s. 3(*b*) of the *LRA* does not, on its face, prohibit agricultural workers from forming workers' associations, while it does bar them from all statutory labour relations schemes.

33 The difficulties of assessing legislative intent cannot be overemphasized. Such an assessment strikes at the heart of the rapport between the legislatures and the courts and, if undertaken lightly, can become a rather subjective process of induction. Moreover, the kind of evidence that is required to go behind the wording of a statute and make a finding of unconstitutional purpose is, understandably, not often available on the legislative record. On the facts of this case, therefore, I think it is more appropriate to focus on the effects of the impugned provisions, noting that some of

de la ferme familiale » (Assemblée législative de l'Ontario, *Journal des débats*, 4 octobre 1995, p. 99-100). Des propos semblables sont repris dans la pochette d'information sur le projet de loi 7 destinée à la presse, où on peut lire que le secteur agricole [TRADUCTION] « aurait beaucoup de difficulté à s'adapter à la présence de syndicats ». Ces observations troublantes s'adressaient aux députés de la législature provinciale avant le vote de la *LMLRTE* et, à ce titre, elles pouvaient traduire l'intention du législateur.

Le sens de ces observations et l'éclairage qu'elles apportent sur l'intention du législateur ont donné lieu à des arguments contradictoires. D'une part, l'utilisation ambiguë du mot « syndicalisation » semble indiquer que le législateur cherchait non seulement à exclure les travailleurs agricoles des grèves et des négociations collectives légales, mais aussi d'isoler les exploitations agricoles de l'Ontario de toute présence syndicale. Il va sans dire qu'une telle intention serait contraire à la garantie constitutionnelle de la liberté d'association. Par ailleurs, le fait que la *LMLRTE* poursuive un objectif législatif parallèle, la protection de l'exploitation agricole familiale, ne permet pas de conclure avec certitude que l'on cherchait à donner cette protection grâce à l'interdiction de la syndicalisation comme telle. Alors que ma collègue le juge L'Heureux-Dubé fait appel à une preuve convaincante pour démontrer ce point, je demeure frappé par le fait que l'al. 3*b*) de la *LRT* n'interdit pas expressément aux travailleurs agricoles de former des associations syndicales, alors qu'ils les exclut de tout régime légal de relations de travail.

On ne peut jamais assez souligner les difficultés de l'évaluation de l'intention du législateur. Cette évaluation touche au cœur même des relations entre législatif et judiciaire, et, si elle est entreprise à la légère, elle peut devenir un processus d'induction assez subjectif. De plus, le type de preuve requis pour aller au-delà du libellé d'une loi et conclure que son objectif est inconstitutionnel n'est pas souvent fourni par les documents législatifs, pour des raisons évidentes. Vu les faits en l'espèce, je pense donc qu'il est plus approprié d'axer l'analyse sur l'effet des dispositions attaquées, mais je note que

2001 SCC 94 (CanLII)

the concerns raised by the above comments will inform the s. 1 analysis.

(b) *Effects of the Exclusion*

In their submissions before this Court, the appellants urged that because the statutory protections provided by the *LRA* were a necessary pre-condition for the formation of agricultural unions in Ontario, the effect of s. 3(*b*) of the *LRA* was to permanently foreclose this possibility and thus to violate s. 2(*d*) of the *Charter*. In response, the Attorney General adopted the position of Sharpe J. that *LRA* protection was an insufficient condition for the formation of agricultural unions and, more importantly, that any inability to form agricultural unions in Ontario stemmed from private, not state action. In my view, the appellants must prevail on this point. While the respondent rightly observes that the *Charter* does not apply to private actors, their argument assumes a rigid dichotomy between public and private action which, while appropriate in some contexts, belies the historical reality of agricultural labour relations. I conclude that the effect of s. 3(*b*) of the *LRA* is to violate s. 2(*d*) of the *Charter*.

The history of labour relations in Canada illustrates the profound connection between legislative protection and the freedom to organize. It may be suggested that legislative protection is so tightly woven into the fabric of labour relations that, while there is no constitutional right to protective legislation *per se*, the selective exclusion of a group from such legislation may substantially impact the exercise of a fundamental freedom. To illustrate this point, I find it necessary to make three observations about the appellants' exclusion from the *LRA*. First, the *LRA* is designed to safeguard the exercise of a fundamental freedom, rather than to provide a limited statutory entitlement to certain classes of citizens. Second, the appellants in this case are substantially incapable of exercising their fundamental freedom to organize without the protective regime, as indicated by the record filed before this Court. Third, the appellants' exclusion from the *LRA*

certaines préoccupations exprimées plus haut seront prises en compte dans l'analyse selon l'article premier.

b) *Effets de l'exclusion*

34 Devant notre Cour, les appelants ont fait valoir que, puisque les garanties prévues dans la *LRT* sont une condition préalable nécessaire à la constitution de syndicats agricoles en Ontario, l'al. 3*b*) de la *LRT* a pour effet d'exclure cette possibilité de manière permanente et contrevient donc à l'al. 2*d*) de la *Charte*. En réponse, le procureur général adopte le point de vue du juge Sharpe selon lequel la protection découlant de la *LRT* est une condition non suffisante pour la création de syndicats agricoles et, qui plus est, toute incapacité de créer des syndicats agricoles en Ontario résulte d'actes privés, et non d'un acte de l'État. À mon sens, il faut donner raison aux appelants sur ce point. Même si l'intimé fait observer à juste titre que la *Charte* ne n'applique pas au secteur privé, son argument suppose une stricte dichotomie entre l'action publique et l'action privée qui, bien qu'elle soit appropriée dans certains contextes, contredit la réalité historique des relations de travail dans le secteur agricole. Je conclus que l'al. 3*b*) de la *LRT*, par ses effets, viole l'al. 2*d*) de la *Charte*.

35 L'histoire des relations de travail au Canada illustre le lien profond entre protection légale et liberté syndicale. On peut soutenir que la protection légale est si étroitement imbriquée dans le tissu des relations de travail que, même s'il n'existe pas de droit constitutionnel à la protection légale comme telle, l'exclusion sélective d'un groupe de ce type de législation peut avoir des effets substantiels sur l'exercice d'une liberté fondamentale. Pour illustrer ce point, je dois faire trois observations concernant l'exclusion des appelants de la *LRT*. Premièrement, la *LRT* vise à protéger l'exercice d'une liberté fondamentale, et non à accorder un droit limité à certaines catégories de citoyens. Deuxièmement, les appelants en l'espèce sont essentiellement dans l'incapacité d'exercer leur liberté fondamentale de se syndiquer en l'absence d'un régime de protection, comme l'indique le dossier présenté à notre Cour. Troisièmement, l'exclusion des appelants de

2001 SCC 94 (CanLII)

functions not simply to permit private interference with their fundamental freedoms, but to substantially reinforce such interferences. Central to all of these points, in my view, is that the freedom to organize constitutes a unique swatch in Canada's constitutional fabric, as difficult to exercise as it is fundamental, into which legislative protection is historically woven.

(i) The *LRA* is Designed to Safeguard the Exercise of the Fundamental Freedom to Associate

36 In assessing the appellant's claim for the repeal of s. 3(*b*) of the *LRA*, it is crucial to examine the essential ambition of the *LRA*. As numerous scholars have pointed out, the *LRA* does not simply enhance, but instantiates, the freedom to organize. The Act provides the only statutory vehicle by which employees in Ontario can associate to defend their interests and, moreover, recognizes that such association is, in many cases, otherwise impossible. This recognition is evident not only from the statute's protections against unfair labour practices, but from the express "right to organize" it inscribes in s. 5. At the same time, the activities for which the appellants seek protection antecede, at least notionally, the *LRA*'s enactment; as this Court held in *Delisle*, *supra*, "[t]he ability to form an independent association and to carry on [its] protected activities . . . exists independently of any statutory regime", even though the unprotected aspects of collective bargaining and the right to strike are creatures of statute (para. 33). What this means is that, while the inevitable effect of allowing this appeal may be to extend a statutory regime to agricultural workers, depending on the legislative response to this decision, the appellants are not seeking a constitutional "right" to inclusion in the *LRA*.

37 The freedom to organize lies at the core of the *Charter*'s protection of freedom of association. So central is this freedom to s. 2(*d*) that, during the legislative hearings preceding the *Charter*'s enactment, an express right to unionize was opposed on the grounds "that that is already covered in the freedom of association that is provided already

la *LRT* n'a pas simplement pour effet de permettre des atteintes privées à leurs libertés fondamentales, mais de les renforcer considérablement. Pour moi, le point essentiel de tous ces éléments est que la liberté syndicale est aussi difficile à exercer qu'elle est fondamentale, et qu'elle forme une pièce unique dans la toile constitutionnelle canadienne où l'histoire a tissé une protection légale.

(i) La *LRT* vise à protéger l'exercice de la liberté fondamentale d'association

Pour statuer sur la demande d'invalidation de l'al. 3*b*) de la *LRT*, il est crucial d'examiner l'objectif essentiel de cette loi. De nombreux experts ont souligné que la *LRT* ne fait pas que favoriser la liberté syndicale, mais elle lui donne effet. La loi est le seul instrument législatif permettant aux employés en Ontario de s'associer pour défendre leurs intérêts et, de plus, elle reconnaît que, dans bien des cas, pareille association est par ailleurs impossible. Cela ressort non seulement de la protection que prévoit la loi contre les pratiques déloyales de travail, mais aussi du « droit de s'organiser » expressément inscrit à l'art. 5. En même temps, les activités dont les appelants demandent la protection existaient, du moins théoriquement, avant l'adoption de la *LRT*; comme notre Cour le dit dans *Delisle*, précité, « [l]a capacité de former une association indépendante et d'exercer [ses] activités protégées [. . .] existe en dehors de tout cadre législatif », même si les aspects non protégés de la négociation collective et du droit de grève tirent leur origine de la loi (par. 33). Cela signifie que, même si accueillir le présent pourvoi pourrait avoir pour effet d'étendre un régime légal aux travailleurs agricoles, selon ce que sera la réponse législative à cette décision, les appelants ne revendiquent pas de « droit » constitutionnel à l'inclusion dans la *LRT*.

La liberté syndicale est au cœur de la liberté d'association garantie par la *Charte*. Elle est si centrale à l'al. 2*d*) que, pendant les audiences qui ont précédé l'adoption de la *Charte*, le droit exprès de se syndiquer a été écarté pour le motif qu'il était [TRADUCTION] « couver[t] par les termes "libertés d'association", qui figurent dans la charte » (je

2001 SCC 94 (CanLII)

in . . . the *Charter*" (emphasis added) (see *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, Issue No. 43, January 22, 1981, at pp. 69-70 (Kaplan)). As recently as *Delisle*, *supra*, L'Heureux-Dubé J. noted that "the right to freedom of association must take into account the nature and importance of labour associations as institutions that work for the betterment of working conditions and the protection of the dignity and collective interests of workers in a fundamental aspect of their lives: employment" (para. 6 (emphasis in original)). These remarks echo those of Dickson C.J., who noted in the *Alberta Reference*, *supra*, that "[w]ork is one of the most fundamental aspects in a person's life, providing the individual with a means of financial support and, as importantly, a contributory role in society" (p. 368) (see similarly, *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, *per* La Forest J., at p. 300; *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986, at p. 1002; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701, *per* Iacobucci J., at para. 95). Moreover, the importance of trade union freedoms is widely recognized in international covenants, as is the freedom to work generally. In my view, judicial recognition of these freedoms strengthens the case for their positive protection. It suggests that trade union freedoms lie at the core of the *Charter*, and in turn that legislation instantiating those freedoms ought not be selectively withheld where it is most needed.

By protecting the freedom to organize, s. 2(*d*) of the *Charter* recognizes the dynamic and evolving role of the trade union in Canadian society. In addition to permitting the collective expression of employee interests, trade unions contribute to political debate. At the level of national policy, unions advocate on behalf of disadvantaged groups and present views on fair industrial policy. These functions, when viewed globally, affect all levels of society and constitute "an important subsystem in a democratic market-economy system" (see K. Sugeno, "Unions as social institutions in democratic market economies" (1994), 133 *Int'l Lab. Rev.* 511, at p. 519). For these reasons, the notion that

souligne) (voir *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, Fascicule n° 43, le 22 janvier 1981, p. 69-70 (Kaplan)). Dans le récent arrêt *Delisle*, précité, le juge L'Heureux-Dubé fait observer que « la liberté d'association doit être interprétée en fonction de la nature et de l'importance des associations de travailleurs en tant qu'institutions œuvrant pour l'amélioration des conditions de travail et pour la protection de la dignité et des intérêts collectifs des travailleurs dans un aspect fondamental de leur vie : l'emploi » (par. 6 (souligné dans l'original)). Sa remarque faisait écho à cette observation du juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, précité : « [l]e travail est l'un des aspects les plus fondamentaux de la vie d'une personne, un moyen de subvenir à ses besoins financiers et, ce qui est tout aussi important, de jouer un rôle utile dans la société » (p. 368) (voir dans le même sens *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, le juge La Forest, p. 300; *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986, p. 1002; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, le juge Iacobucci, par. 95). En outre, l'importance des libertés syndicales est largement reconnue dans les conventions internationales, tout comme la liberté de travailler en général. J'estime que la reconnaissance de ces libertés par les tribunaux renforce l'idée de protection positive. Cela indique que les libertés syndicales sont au cœur de la *Charte*, et que la loi qui leur donne effet ne devrait pas être sélectivement inapplicable là où elle est le plus nécessaire.

38

En protégeant la liberté syndicale, l'al. 2*d*) reconnaît la dynamique et l'évolution du rôle des syndicats dans la société canadienne. En plus de permettre l'expression collective des intérêts des travailleurs, les syndicats contribuent au débat politique. À l'échelle nationale, les syndicats prennent la défense de groupes défavorisés et donnent leur avis sur les politiques industrielles équitables. Considéré globalement, ce rôle atteint toutes les couches de la société et constitue une « partie intégrante d'une économie de marché démocratique » (voir K. Sugeno, « Les syndicats, institutions sociales dans les pays démocratiques à économie de marché » (1994), 133 *Rev. int. trav.* 561, p. 570).

2001 SCC 94 (CanLII)

minimum legislative protection cannot be extended to agricultural workers without extending full collective bargaining rights is misguided. Equally misguided is the notion that inherent difficulties in the formation of trade unions, or the fact that unions are in some cases experiencing a decline in membership, diminishes their social and political significance. On the contrary, unions remain core voluntary associations based on the principle of freedom of association.

(ii) Without the Protection of the *LRA*, Agricultural Workers Are Substantially Incapable of Exercising the Freedom to Associate

39 The fact that a regime aims to safeguard a fundamental freedom does not, of course, mean that exclusion from that regime automatically gives rise to a *Charter* violation. As I discussed in *Delisle*, *supra*, a group that proves capable of associating despite its exclusion from a protective regime will be unable to meet the evidentiary burden required of a *Charter* claim. In such a case, inclusion in a statutory regime cannot be said to safeguard, but rather to enhance, the exercise of a fundamental freedom. In this case, by contrast, the appellants contend that total exclusion from the *LRA* creates a situation whereby they are substantially incapable of exercising their constitutional right to associate. Needless to say, this claim must be assessed against the factual record provided by both the appellants and the respondents.

40 As a preliminary matter, the appellants state that the repeal of the *ALRA* by the *LRESLAA* caused the immediate demise of the first agricultural workers' union in Ontario. While this is an alluring argument, in my view it obscures the true substance of the appellants' claim. As discussed above, what is ultimately impugned in this case is not simply the repeal of the *ALRA*, but the combined effect of the *LRESLAA* and the *LRA*. This implicates the decades-long exclusion of agricultural workers from the labour relations regime, from the first enactment of the *Collective Bargaining Act, 1943*, until the repeal of the *ALRA* in 1995. The *LRESLAA* occupies only

C'est pourquoi l'idée qu'on ne peut donner la protection légale minimale aux travailleurs agricoles sans leur donner tous les droits de négociation collective est mal fondée. Est également mal fondée l'idée que les difficultés inhérentes à la création des syndicats ou, dans certains cas, la baisse du nombre d'adhérents diminuent l'importance sociale et politique des travailleurs agricoles. Au contraire, les syndicats demeurent des associations volontaires essentielles eu égard au principe de la liberté d'association.

(ii) Sans la protection légale de la *LRT*, les travailleurs agricoles sont essentiellement dans l'incapacité d'exercer la liberté d'association

Le fait qu'un régime vise à protéger une liberté fondamentale ne veut évidemment pas dire que toute exclusion de ce régime est automatiquement une atteinte à la *Charte*. Comme je le dis dans *Delisle*, précité, le groupe qui réussit à s'associer malgré son exclusion d'un régime de protection ne peut s'acquitter de la charge de la preuve qui lui incombe pour établir l'atteinte à la *Charte*. Dans ce cas, l'inclusion dans le régime légal ne protège pas seulement, mais améliore, l'exercice d'une liberté fondamentale. En l'espèce, par contre, les appelants soutiennent que leur exclusion totale de la *LRT* crée une situation où ils sont essentiellement incapables d'exercer leur droit constitutionnel de s'associer. Il va sans dire que cette allégation doit être évaluée en fonction des faits établis tant par les appelants que par les intimés.

À titre préliminaire, les appelants affirment que l'abrogation de la *LRTA* par la *LMLRTE* a entraîné la dissolution immédiate du premier syndicat de travailleurs agricoles en Ontario. Bien que l'argument soit séduisant, je trouve qu'il obscurcit la vraie prétention des appelants. Comme je le dis plus haut, ce n'est pas simplement l'abrogation de la *LRTA* qui est en cause, en définitive, mais l'effet combiné de la *LMLRTE* et de la *LRT*. Il s'agit de décennies d'exclusion des travailleurs agricoles du régime de relations de travail, depuis l'adoption de la *Collective Bargaining Act, 1943* jusqu'à l'abrogation de la *LRTA* en 1995. La *LMLRTE* représente une petite

2001 SCC 94 (CanLII)

a small space in this history; it ought not prove decisive in this appeal.

Nonetheless, the appellants argue that notwithstanding the *ALRA*, they have no realistic chance of associating without the protection of the *LRA*. This is mainly because the *LRA* protects workers from common law inhibitions on organizing activity, as well as from employer practices designed to obstruct the formation of unions (see Arthurs, *supra*, at para. 431; International Labour Organization, Committee on Freedom of Association, Report No. 308, Case No. 1900, "Complaint against the Government of Canada (Ontario), presented by the Canadian Labour Congress (CLC)", *I.L.O. Official Bulletin*, vol. LXXX, 1997, Series B, No. 3, at paras. 145-46 and 187). Perhaps more broadly, the *LRA* is described by the intervener Canadian Labour Congress as having "regulated, structured and channelled" the method through which Canadian workers are able to organize, to the point where organizing a workers' association is "virtually synonymous" with unionizing under the legislative scheme. As just noted, the mere fact of exclusion from protective legislation is not conclusive evidence of a *Charter* violation; as I observed in *Delisle*, *supra*, RCMP officers had the strength to form employee associations in several provinces despite their exclusion from the *PSSRA* (para. 31). That being said, it is possible to draw a distinction between groups who are "strong enough to look after [their] interests without collective bargaining legislation" and those "who have no recourse to protect their interests aside from the right to quit" (see *Canadian Industrial Relations: The Report of the Task Force on Labour Relations* (1968), at paras. 253-54). As Canada's leading Task Force on Labour Relations recognized as early as 1968, agricultural workers fall into the latter category (para. 254). Not only have agricultural workers proved unable to form employee associations in provinces which deny them protection but, unlike the RCMP officers in *Delisle*, they argue that their relative status and lack of statutory protection all but guarantee this result. Distinguishing features of agricultural workers are their political impotence, their lack of resources to associate without state protection and their vulnerability to reprisal by their employers; as noted by Sharpe J., agricultural

partie seulement de l'histoire et ne devrait pas être décisive en l'espèce.

41 Quoi qu'il en soit, les appelants soutiennent que, abstraction faite de la *LRTA*, ils n'ont aucune possibilité réelle de s'associer sans la protection de la *LRT*, principalement parce que cette loi protège les travailleurs contre les interdictions de common law frappant les activités d'organisation, ainsi que contre les pratiques patronales s'opposant à la formation de syndicats (Arthurs, *op. cit.*, par. 431; Bureau international du Travail, Comité de la liberté syndicale, Rapport n° 308, cas n° 1900, « Plainte contre le gouvernement du Canada (Ontario) présentée par le Congrès du travail du Canada (CTC) », *Bulletin officiel du B.I.T.*, vol. LXXX, 1997, Série B, n° 3, par. 145, 146 et 187). Plus largement peut-être, la *LRT* est décrite par l'intervenant le Congrès du travail du Canada comme ayant [TRADUCTION] « réglementé, structuré et orienté » la démarche par laquelle les travailleurs canadiens sont en mesure de s'organiser, à tel point que l'organisation d'une association de travailleurs est devenue [TRADUCTION] « presque synonyme » de syndicalisation dans le cadre du régime législatif. Je le répète, la simple exclusion d'un régime de protection n'est pas la preuve concluante d'une violation de la *Charte*; comme je le dis dans *Delisle*, précité, les agents de la GRC avaient la force voulue pour former des associations d'employés dans plusieurs provinces malgré leur exclusion de la *LRTFP* (par. 31). Cela étant, on peut faire une distinction entre les groupes qui sont « assez fort[s] pour défendre [leurs] intérêts sans le secours d'une législation en matière de négociation collective » et ceux « qui n'ont aucun moyen de protéger leurs intérêts, si ce n'est le droit d'abandonner leur emploi » (voir *Les relations du travail au Canada : Rapport de l'Équipe spécialisée en relations de travail* (1968), par. 253-254). Comme l'Équipe spécialisée en relations de travail l'a reconnu dès 1968, les travailleurs agricoles tombent dans la dernière catégorie (par. 254). Non seulement les travailleurs agricoles ont été incapables de former des associations dans les provinces qui leur refusent la protection mais, contrairement aux agents de la GRC dans *Delisle*, ils allèguent que leur statut relatif et l'absence de protection légale ne peuvent conduire qu'à un tel échec. Les travailleurs

2001 SCC 94 (CanLII)

workers are "poorly paid, face difficult working conditions, have low levels of skill and education, low status and limited employment mobility" (p. 216). Moreover, unlike RCMP officers, agricultural workers are not employed by the government and therefore cannot access the *Charter* directly to suppress an unfair labour practice (*Delisle*, at para. 32). It is no wonder, therefore, according to the appellants, that agricultural workers have failed to associate in any meaningful way in Ontario, while RCMP officers have successfully created independent employee associations in several provinces across Canada (*Delisle*, at para. 31).

42 The validity of this claim will depend in part on how strict a definition of the word "unionize" this Court adopts. The respondent Fleming Chicks and the intervener Labour Issues Coordinating Committee both adopt a very strict definition, arguing that UFCW's involvement in this litigation proves that the *LRA* has not functioned to stifle union activity. This claim is disputed by the appellants' chief expert, Professor Judy Fudge, who notes that legislative protection is a necessary precondition for collective bargaining under Canadian labour relations legislation. As stated earlier in these reasons, it is only the right to associate that is at issue here, not the right to collective bargaining. Nevertheless, to suggest that s. 2(*d*) of the *Charter* is respected where an association is reduced to claiming a right to unionize would, in my view, make a mockery of freedom of association. The record shows that, but for the brief period covered by the *ALRA*, there has never been an agricultural workers' union in Ontario. Agricultural workers have suffered repeated attacks on their efforts to unionize. Conversely, in those provinces where labour relations rights have been extended to agricultural workers, union density is higher than in Ontario (see Statistics Canada, *Annual Report of the Minister of Industry, Science and Technology under the Corporations and Labour Unions Returns Act, Part II, Labour Unions* (1992),

agricoles n'ont ni pouvoir politique, ni ressources pour se regrouper sans la protection de l'État, et ils sont vulnérables face aux représailles patronales; comme le fait observer le juge Sharpe, les travailleurs agricoles [TRADUCTION] « sont mal rémunérés, ils ont des conditions de travail difficiles, une formation et une instruction limitées, un statut peu élevé et une mobilité d'emploi restreinte » (p. 216). En outre, contrairement aux agents de la GRC, les travailleurs agricoles ne sont pas des employés de l'État et ne peuvent donc pas invoquer directement la *Charte* pour mettre fin à une pratique déloyale de travail (*Delisle*, par. 32). Il n'est donc pas étonnant, selon les appelants, que les travailleurs agricoles n'aient pas réussi à s'associer de manière convaincante en Ontario, alors que les agents de la GRC ont réussi à former des associations indépendantes d'employés dans plusieurs provinces du Canada (*Delisle*, par. 31).

Le bien-fondé de cet argument dépend en partie de la manière plus ou moins stricte dont notre Cour définit la « syndicalisation ». L'intimée Fleming Chicks et l'intervenant Labour Issues Coordinating Committee favorisent tous deux une définition très stricte et font valoir que la participation de TUAC au présent litige montre que la *LRT* n'a pas étouffé l'activité syndicale. Le principal expert des appelants, le professeur Judy Fudge, réfute cette allégation en soulignant que l'existence d'une protection législative est une condition préalable nécessaire à la négociation collective dans le cadre de la législation canadienne des relations du travail. Comme je le dis plus haut, le droit d'association est le seul en cause en l'espèce, et non le droit à la négociation collective. Néanmoins, ce serait dévaloriser totalement la liberté d'association que de prétendre que l'al. 2*d*) de la *Charte* est respecté lorsqu'une association en est réduite à revendiquer le droit de se syndiquer. Il ressort du dossier que, sauf pour la brève période couverte par la *LRTA*, il n'y a jamais eu de syndicat de travailleurs agricoles en Ontario. Leurs efforts de syndicalisation se sont heurtés à des attaques répétées. À l'inverse, dans les provinces où les droits en matière de relations de travail ont été étendus aux travailleurs agricoles, le taux de syndicalisation est plus élevé qu'en Ontario (voir Statistique Canada, *Rapport annuel du ministre de*

2001 SCC 94 (CanLII)

at pp. 38-41). The respondents do not contest this evidence, nor do they deny that legislative protection is absolutely crucial if agricultural workers wish to unionize. Indeed, to suggest otherwise would contradict a widespread consensus among Parliament and the provincial legislatures that without certain minimum protections, the somewhat limited freedom to organize itself would be a hollow freedom. For these reasons, I readily conclude that the evidentiary burden has been met in this case: the appellants have brought this litigation because there is no possibility for association as such without minimum statutory protection.

l'Industrie, des Sciences et de la Technologie présenté sous l'empire de la Loi sur les déclarations des personnes morales et des syndicats, Partie II, Syndicats ouvriers (1992), p. 38-41). Les intimés ne contestent pas cette preuve, pas plus qu'ils ne nient l'importance cruciale de la protection de la loi pour les travailleurs agricoles qui désirent se syndiquer. En fait, exprimer une opinion différente serait contraire au consensus général au sein du Parlement et des législatures provinciales selon lequel, sans certaines protections minimales, la liberté relativement limitée de s'organiser demeure un vœu pieux. C'est pourquoi je conclus sans hésiter qu'il a été satisfait à la charge de preuve : les appelants ont saisi les tribunaux parce qu'il n'y a aucune possibilité d'association comme telle sans un minimum de protection légale.

2001 SCC 94 (CanLII)

(iii) The Exclusion of Agricultural Workers from the *LRA* Substantially Reinforces the Inherent Difficulty in Exercising the Freedom to Associate

(iii) L'exclusion des travailleurs agricoles de la *LRT* accroît considérablement la difficulté inhérente à l'exercice de la liberté d'association

Their freedom to organize having been substantially impeded by exclusion from protective legislation, it is still incumbent on the appellants to link this impediment to state, not just private action (see *Dolphin Delivery*, *supra*). On this point, the respondents argue that since agricultural workers are isolated, seasonal and relatively under-educated, this, along with the unfair labour practices of their employers, is what explains the difficulty in creating associations rather than the underinclusiveness of the legislation. On the other hand, the appellants argue that the above conditions are reinforced by legislation which fails to provide minimum protection of their freedom to organize and further isolates agricultural workers by excluding them from the general regime of labour relations.

43 Même si l'exclusion du régime de protection a substantiellement entravé l'exercice de leur liberté de s'organiser, les appelants doivent néanmoins établir un lien entre cette entrave et l'État, et non seulement avec un acte privé (voir *Dolphin Delivery*, précité). À cet égard, les intimés ont fait valoir que, puisque les travailleurs agricoles sont des travailleurs isolés, saisonniers et relativement peu instruits, ce sont ces conditions, combinées aux pratiques déloyales de leurs employeurs, qui expliquent leurs difficultés à constituer des associations, et non la portée limitative de la législation. Par contre, les appelants font valoir que la loi renforce les conditions précitées parce qu'elle n'apporte pas de protection minimum à leur liberté de s'organiser et qu'elle isole encore davantage les travailleurs agricoles en les excluant du régime général des relations de travail.

In my view, the appellants' argument must prevail. What the legislature has done by reviving the *LRA* is not simply allow private circumstances to subsist; it has reinforced those circumstances by excluding agricultural workers from the only available channel for associational activity (see *Vriend*,

44 À mon avis, l'argument des appelants doit prévaloir. En rétablissant la *LRT*, le législateur n'a pas simplement permis le maintien de conditions privées, il a renforcé ces conditions en excluant les travailleurs agricoles de leur seul accès à l'activité associative (voir *Vriend*, précité, par. 99-103).

supra, at paras. 99-103). The most poignant chapter in this legislative history, but by no means the decisive one, is the *LRESLAA*. Through this enactment, the Ontario government not only renewed its commitment to preventing agricultural unions from collective bargaining, but prohibited even the voluntary recognition of agricultural associations, whatever their attributes might be. At the same time, it must be presumed that the legislature understood the history of labour relations and remained of the view that a protective regime was essential to the exercise of freedom of association in this area.

45 The most palpable effect of the *LRESLAA* and the *LRA* is, in my view, to place a chilling effect on non-statutory union activity. By extending statutory protection to just about every class of worker in Ontario, the legislature has essentially discredited the organizing efforts of agricultural workers. This is especially true given the relative status of agricultural workers in Canadian society. In *Delisle*, *supra*, I linked RCMP officers' ability to associate to their relative status, comparing them with the armed forces, senior executives in the public service and judges. The thrust of this argument was that if the *PSSRA* sought to discourage RCMP officers from associating, it could not do so in light of their relative status, their financial resources and their access to constitutional protection. By contrast, it is hard to imagine a more discouraging legislative provision than s. 3(*b*) of the *LRA*. The evidence is that the ability of agricultural workers to associate is only as great as their access to legal protection, and such protection exists neither in statutory nor constitutional form. Moreover, agricultural workers already possess a limited sense of entitlement as a result of their exclusion from other protective legislation related to employment standards and occupational health and safety (see *Employment Standards Act Regulations*, R.R.O. 1990, Reg. 325, s. 3(1)(*i*), excluding most agricultural workers from Parts IV-VIII of the *Employment Standards Act*, R.S.O. 1990, c. E.14; *Occupational Health and Safety Act*, R.S.O. 1990, c. O.1, s. 3(2)). In this context, the effect of s. 3(*b*) of the *LRA* is not simply to perpetuate an existing inability to organize, but to

Le chapitre le plus poignant de cette évolution législative, mais certainement pas le plus décisif, est la *LMLRTE*. Par cette loi, le gouvernement de l'Ontario a non seulement réitéré son engagement à interdire la négociation collective aux syndicats agricoles, mais il a également interdit la reconnaissance volontaire des associations agricoles, quels que soient leurs attributs. En même temps, il faut présumer que le législateur était au fait de l'histoire des relations de travail et demeurait d'avis qu'un régime de protection était essentiel à l'exercice de la liberté d'association dans ce secteur.

L'effet le plus manifeste de la *LMLRTE* et de la *LRT* est, à mon avis, de paralyser l'activité syndicale hors d'un cadre légal. En étendant la protection de la loi à presque toutes les catégories de travailleurs en Ontario, le législateur a essentiellement discrédité les efforts d'organisation des travailleurs agricoles. Cela est particulièrement vrai compte tenu du statut relatif des travailleurs agricoles dans la société canadienne. Dans *Delisle*, précité, j'établis un lien entre la capacité des agents de la GRC de s'associer et leur statut relatif, en les comparant aux membres des forces armées, aux hauts fonctionnaires et aux juges. L'idée centrale de cet argument est que si la *LRTFP* visait à dissuader les agents de la GRC de s'associer, elle ne pouvait atteindre cet objectif étant donné leur statut relatif, leurs ressources financières et leur accès à la protection constitutionnelle. À l'opposé, il est difficile d'imaginer une disposition législative plus dissuasive que l'al. 3*b*) de la *LRT*. La preuve montre que la capacité des travailleurs agricoles de s'associer est proportionnelle à la protection légale, et que cette protection ne leur est donnée ni par un texte législatif ni par la Constitution. De plus, à cause de leur exclusion d'autres régimes de protection (normes d'emploi, santé et sécurité au travail), les travailleurs agricoles ont un sens limité de leurs droits (voir *Règlements en application de la Loi sur les normes d'emploi*, R.R.O. 1990, Règl. 325, al. 3(1)*i*), excluant la plupart des travailleurs agricoles des parties IV à VIII de la *Loi sur les normes d'emploi*, L.R.O. 1990, ch. E.14; *Loi sur la santé et la sécurité au travail*, L.R.O. 1990, ch. O.1, par. 3(2)). Dans ce contexte, l'al. 3*b*) de la *LRT* n'a pas seulement pour effet de perpétuer une incapacité

2001 SCC 94 (CanLII)

exert the precise chilling effect I declined to recognize in *Delisle*.

Conversely, the didactic effects of labour relations legislation on employers must not be underestimated. It is widely accepted that labour relations laws function not only to provide a forum for airing specific grievances, but for fostering dialogue in an otherwise adversarial workplace. As P. Weiler has written, unionization introduces a form of political democracy into the workplace, subjecting employer and employee alike to the "rule of law" (see *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law* (1980), at pp. 31-32). In this context, the wholesale exclusion of agricultural workers from a labour relations regime can only be viewed as a stimulus to interfere with organizing activity. The exclusion suggests that workplace democracy has no place in the agricultural sector and, moreover, that agricultural workers' efforts to associate are illegitimate. As surely as *LRA* protection would foster the "rule of law" in a unionized workplace, exclusion from that protection privileges the will of management over that of the worker. Again, a contrast to *Delisle*, *supra*, is apposite: a government employer is less likely than a private employer to take exclusion from protective legislation as a green light to commit unfair labour practices, as its employees have direct recourse to the *Charter*.

For these reasons, I believe it is inappropriate for the Ontario Legislature to distance itself from the effects of the *LRA* and the *LRESLAA*. The enactment of the *Collective Bargaining Act, 1943* reflected the legislature's awareness of employer unfair labour practices and its concomitant recognition that legislation was necessary to enable workers' freedom of association. The *Collective Bargaining Act, 1943* was enacted against a background of staunch resistance to the labour movement; in large part, it was intended to prevent discrimination against union members. In this context, the exclusion of an entire category of workers

existante de s'organiser, mais de créer précisément l'effet paralysant que j'ai refusé de reconnaître dans *Delisle*.

46 Inversement, il ne faut pas sous-estimer la valeur didactique d'une loi sur les relations de travail pour les employeurs. Il est largement reconnu que la législation du travail offre non seulement une tribune pour faire valoir des griefs précis, mais qu'elle favorise aussi le dialogue dans un milieu de travail conflictuel. Comme l'écrit P. Weiler, la syndicalisation établit une sorte de démocratie politique sur le lieu de travail, assujettissant l'employeur et l'employé à la « règle de droit » (voir *Reconcilable Differences : New Directions in Canadian Labour Law* (1980), p. 31-32). Dans ce contexte, l'exclusion en bloc des travailleurs agricoles d'un régime de relations de travail ne peut être perçue que comme une incitation à entraver l'activité associative. L'exclusion donne à penser que la démocratie au travail n'a pas sa place dans le secteur agricole et, de plus, que les efforts d'association des travailleurs agricoles ne sont pas légitimes. Aussi certainement que la protection de la *LRT* favoriserait l'application de la « règle de droit » dans un lieu de travail syndiqué, l'exclusion du régime de protection revient à privilégier la volonté patronale par rapport à celle du travailleur. Encore une fois, il faut faire une distinction avec *Delisle,* précité : un employeur gouvernemental, dont les employés peuvent recourir directement à la *Charte*, est moins susceptible qu'un employeur privé de considérer l'exclusion du régime légal de protection comme l'autorisation de se livrer à des pratiques déloyales de travail.

47 Pour ces motifs, j'estime qu'il est inapproprié que la législature de l'Ontario prenne ses distances par rapport aux effets de la *LRT* et de la *LMLRTE*. L'adoption de la *Collective Bargaining Act, 1943* résultait de ce qu'elle était consciente de l'existence de pratiques déloyales de travail et reconnaissait qu'elle devait légiférer pour permettre aux travailleurs d'exercer leur liberté d'association. La *Collective Bargaining Act, 1943* a été adoptée dans un contexte d'opposition farouche au mouvement ouvrier et elle visait en grande partie à empêcher la discrimination contre les syndiqués. Dans ces circonstances, l'exclusion d'une catégorie entière

2001 SCC 94 (CanLII)

from the *LRA* can only be viewed as a foreseeable infringement of their *Charter* rights. It was obviously open to the respondents to argue that the legislature has since altered its view of the need for protective legislation and that the *LRA* is not even required for the majority of workers today. However, by reviving the exclusion in 1995 and providing time-limited protection against penalty and reprisal, the legislature clearly acknowledged otherwise (see *LRESLAA*, s. 81(1)). In essence, after recognizing agricultural workers' need for protection, the legislature made things more difficult for them by excluding them from the protective regime put in place in 1943. For these reasons, the respondents cannot claim that circumstances have changed substantially since the enactment of the *Collective Bargaining Act, 1943*; rather, it can only justify the exclusion of agricultural workers on the basis of collateral concerns such as the protection of the family farm and the need to maintain a competitive agricultural sector — issues which, needless to say, must be considered under s. 1 of the *Charter*.

48 In sum, I believe it is reasonable to conclude that the exclusion of agricultural workers from the *LRA* substantially interferes with their fundamental freedom to organize. The inherent difficulties of organizing farm workers, combined with the threats of economic reprisal from employers, form only part of the reason why association is all but impossible in the agricultural sector in Ontario. Equally important is the message sent by s. 3(*b*) of the *LRA*, which delegitimizes associational activity and thereby ensures its ultimate failure. Given these known and foreseeable effects of s. 3(*b*), I conclude that the provision infringes the freedom to organize and thus violates s. 2(*d*) of the *Charter*.

B. *Section 1*

49 Having established a violation of s. 2(*d*) of the *Charter*, the question arises as to whether exclusion from the *LRA* constitutes a reasonable limit on agricultural workers' freedom to organize. In this regard, s. 1 of the *Charter* obliges the respondents, as the

de travailleurs de la *LRT* ne peut être assimilée qu'à une atteinte prévisible aux droits garantis par la *Charte*. Les intimés pouvaient bien sûr faire valoir que le législateur a depuis lors changé d'avis quant à la nécessité d'un régime légal de protection et que la *LRT* n'est même plus nécessaire de nos jours pour la majorité des travailleurs. Cependant, en faisant revivre l'exclusion en 1995 et en prévoyant une protection limitée dans le temps contre les peines et les représailles, le législateur a clairement manifesté le contraire (voir *LMLRTE*, par. 81(1)). Pour l'essentiel, après avoir reconnu le besoin de protection des travailleurs agricoles, le législateur a aggravé leur situation en les excluant du régime de protection en place en 1943. C'est pourquoi les intimés ne peuvent prétendre que la situation a beaucoup changé depuis l'adoption de la *Collective Bargaining Act, 1943*; en réalité, ils ne peuvent justifier l'exclusion des travailleurs agricoles que par des considérations accessoires, comme la protection de la ferme familiale et la nécessité de maintenir la compétitivité du secteur agricole — des éléments qui, bien sûr, doivent être examinés en fonction de l'article premier de la *Charte*.

En résumé, j'estime qu'il est raisonnable de conclure que l'exclusion des travailleurs agricoles de la *LRT* porte substantiellement atteinte à leur liberté fondamentale de s'organiser. Les difficultés inhérentes à l'organisation des travailleurs agricoles, de pair avec le risque de représailles financières de la part de l'employeur, n'expliquent qu'en partie l'impossibilité d'association dans le secteur agricole en Ontario. Tout aussi important est le message que transmet l'al. 3*b*) de la *LRT*, qui retire à l'activité associative sa légitimité et assure ultimement son échec. Vu ces effets connus et prévisibles de l'al. 3*b*), je conclus que la disposition porte atteinte à la liberté d'association et, par conséquent, à l'al. 2*d*) de la *Charte*.

B. *L'article premier*

Une fois établie l'atteinte à l'al. 2*d*) de la *Charte*, se pose la question de savoir si l'exclusion de la *LRT* restreint la liberté syndicale des travailleurs agricoles dans des limites qui sont raisonnables. À cet égard, l'article premier de la *Charte* oblige les

2001 SCC 94 (CanLII)

parties seeking to uphold the limitation, to establish both that the objective underlying the limitation is of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom, and that the means chosen to reach this objective are proportionate (see *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 136-39). This analysis must be undertaken with a close attention to the factual and social context surrounding the enactment of the *LRA*; as I noted in *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 87, "context is the indispensable handmaiden to the proper characterization of the objective of the impugned provision, to determining whether that objective is justified, and to weighing whether the means used are sufficiently closely related to the valid objective so as to justify an infringement of a *Charter* right". The contextual factors established in *Thomson Newspapers* and subsequent cases will prove especially helpful at the minimum impairment stage of the s. 1 analysis.

(1) Sufficiently Important Objective

According to settled s. 1 jurisprudence, the respondents must establish that the objectives of the infringing measures, in this case s. 80 of the *LRESLAA* and s. 3(*b*) of the *LRA*, "are of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom" (*Big M Drug Mart*, *supra*, at p. 352). The appellants argue that these objectives must be those "that originally motivated the government action in question", and that "[t]he exclusion contained in the 1943 Act simply followed the approach taken in the U.S. *Wagner Act* which had excluded agricultural workers on racial grounds". In support of this view, the appellants note that at the time the *Wagner Act* was enacted, agricultural workers in the American South were predominantly Black and, due to their alienation from the political process, were unable to prevail over the will of powerful Southern Democrats. In my view, this argument confuses the objective underlying the passage of the 1943 Act with the social and political factors surrounding its enactment. While it may be that Southern Democrats held the balance of power at the time the *Wagner Act* was enacted, and further that the majority of agricultural workers lacked

intimés, en tant que parties recherchant le maintien de la restriction, à prouver à la fois que l'objectif qui sous-tend cette restriction revêt une importance suffisante pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution, et que le moyen retenu pour atteindre cet objectif est proportionné (voir *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 136-139). Dans cette analyse, il faut porter une grande attention au contexte factuel et social dans lequel la *LRT* a été adoptée; comme je le signale dans *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 87, « le contexte est l'indispensable support qui permet de bien qualifier l'objectif de la disposition attaquée, de décider si cet objectif est justifié et d'apprécier si les moyens utilisés ont un lien suffisant avec l'objectif valide pour justifier une atteinte à un droit garanti par la *Charte* ». Les facteurs contextuels énoncés dans *Thomson Newspapers* et des arrêts postérieurs seront particulièrement utiles à l'étape atteinte minimale de l'analyse fondée sur l'article premier.

(1) Objectif suffisamment important

50 Suivant la jurisprudence de l'article premier, les intimés doivent établir que les objectifs des mesures attentatoires, en l'occurrence l'art. 80 de la *LMLRTE* et l'al. 3*b*) de la *LRT*, « sont suffisamment importants pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution » (*Big M Drug Mart*, précité, p. 352). Les appelants font valoir que ces objectifs doivent être ceux [TRADUCTION] « qui ont initialement incité le gouvernement à prendre la mesure en cause » et que « [l']exclusion prévue dans la loi de 1943 s'inspirait simplement de la *Loi Wagner* des États-Unis, qui excluait les travailleurs agricoles pour des motifs raciaux ». À l'appui de cette opinion, ils soulignent qu'à l'époque de l'adoption de la *Loi Wagner*, les travailleurs agricoles du sud des États-Unis, étaient majoritairement de race noire et n'étaient pas, du fait de leur marginalisation politique, en mesure d'infléchir la volonté des puissants démocrates du sud. À mon sens, cet argument confond l'objectif de la loi de 1943 avec le contexte social et politique de son adoption. Même si l'on peut prétendre que les démocrates du sud détenaient la balance du pouvoir au moment de l'adoption de la *Loi Wagner*

2001 SCC 94 (CanLII)

access to the political process on account of their race, this does not prove that these workers were excluded "on racial grounds". What it establishes, rather, is that the "administrative reasons" cited for excluding agricultural workers were accepted without debate because the workers themselves lacked an effective political voice. While this undoubtedly taints the legacy of the *Wagner Act* and the *LRA*, it does not alter the apparent policy objectives underlying the exclusion of agricultural workers.

51 The respondent Attorney General for Ontario proffers two broad objectives in this case, no doubt designed to avert the suggestion that its objectives have shifted since the 1943 Act:

(1) to recognize the unique characteristics of Ontario agriculture and its resulting incompatibility with legislated collective bargaining; and

(2) to further the purpose of the *LRA* by extending legislated collective bargaining only to fields of employment where the Act's purposes can be realized.

While it is widely recognized that certain occupations may, in certain cases, be incompatible with collective bargaining, the judiciary and some essential services, for example, it is less certain that agricultural workers fall into this category. The Attorney General tenders extensive affidavit evidence on this point, arguing that the prevalence of the "family farm" and the vulnerability of the agricultural production process militate against legislated collective bargaining. For their part, the appellants maintain that the family farm no longer typifies Ontario agriculture and that the vulnerability of the agricultural production process, assuming it exists, does not militate against legislated collective bargaining. This discussion is however somewhat irrelevant in that the breach of the right of association does not extend to collective bargaining. What the government of Ontario must justify with regard to this appeal is its

et, en outre, que la majorité des travailleurs agricoles n'avaient pas accès au processus politique à cause de leur race, cela ne prouve pas que ces travailleurs étaient exclus « pour des motifs raciaux ». Cela prouve plutôt que les « raisons administratives » invoquées pour justifier l'exclusion des travailleurs agricoles ont été acceptées sans débat parce que les travailleurs eux-mêmes n'étaient pas véritablement représentés sur la scène politique. Même si ces éléments entachent incontestablement l'héritage de la *Loi Wagner* et de la *LRT*, cela ne change rien aux objectifs généraux qui paraissent sous-tendre l'exclusion des travailleurs agricoles.

Le procureur général de l'Ontario, intimé, avance deux objectifs généraux en l'espèce, dans le but manifeste de parer l'allégation que les objectifs ont changé depuis la loi de 1943 :

(1) reconnaître les caractéristiques uniques de l'agriculture de l'Ontario et l'incompatibilité qui en résulte avec un régime légal de négociation collective et

(2) réaliser l'objet de la *LRT* en établissant un régime légal de négociation collective dans les seuls secteurs d'emploi où les objectifs de la loi peuvent être atteints.

Même s'il est généralement admis que certains domaines d'emploi peuvent, dans certains cas, ne pas se prêter à la négociation collective, comme le domaine judiciaire et certains services essentiels, on peut douter que ce soit le cas du travail agricole. Le procureur général offre à cet égard une volumineuse preuve par affidavits, faisant valoir que la prédominance de la « ferme familiale » et la vulnérabilité du processus de production agricole militent contre l'instauration d'un régime légal de négociation collective. Pour leur part, les appelants soutiennent que la ferme familiale ne caractérise plus l'agriculture de l'Ontario et que la vulnérabilité du processus de production agricole, si elle existe, ne milite pas contre l'établissement d'un régime légal de négociation collective. Le débat est un peu oiseux puisque la violation du droit d'association ne touche pas la négociation collective. Ce que le gouvernement de l'Ontario doit justifier, dans le pourvoi, est l'entrave

2001 SCC 94 (CanLII)

substantial interference with the right to form agricultural associations.

Judging from the parties' evidence, I am satisfied both that many farms in Ontario are family-owned and -operated, and that the protection of the family farm is a pressing enough objective to warrant the infringement of s. 2(*d*) of the *Charter*. The fact that Ontario is moving increasingly towards corporate farming and agribusiness does not, in my view, diminish the importance of protecting the unique characteristics of the family farm; on the contrary, it may even augment it. Perhaps more importantly, the appellants do not deny that the protection of the family farm is, at least in theory, an admirable objective. The choice to "pursue the pastoral path" implies a unique and non-commercial way of life; this way of life is entitled, according to many, to the same level of protection as "that which prevails in our factories and office buildings" (D. M. Beatty, *Putting the Charter to Work: Designing a Constitutional Labour Code* (1987), at p. 91). If providing this protection means restraining the activities of those who would interfere with that choice, the appropriate response is not to deny the protection, however, but to balance these interests against one another. Such balancing, in my view, is the essence of s. 1 of the *Charter* (see *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, at para. 97). As Professor Beatty puts it, at p. 91, "the freedom of those who choose to experience their lives in such non-commercial, self-sustaining ways may justify restraining the freedom of others who would wish to associate with them in a way which would threaten or deny them the opportunity to realize their choice".

With respect to the economic rationale, I disagree with the appellants that "[t]he Government has provided no evidence that the Ontario agricultural sector is in a fragile competitive position or that it is likely to be substantially affected by small changes in the cost and operating structure of Ontario farming". The Attorney General notes that agriculture occupies a volatile and highly competitive part of the private sector economy, that it experiences disproportionately thin profit margins and that its seasonal character makes it

substantielle à l'exercice du droit de former des associations agricoles.

52 La preuve en l'espèce me convainc à la fois qu'il existe en Ontario de nombreuses fermes dont la propriété et l'exploitation revêtent un caractère familial; et que la protection de ce caractère familial est un objectif suffisamment urgent pour justifier l'atteinte à l'al. 2*d*) de la *Charte*. Le fait que l'Ontario s'oriente de plus en plus vers l'exploitation commerciale et l'agro-industrie ne diminue pas, à mon avis, l'importance de protéger les caractéristiques uniques de la ferme familiale; au contraire, il peut même l'accroître. De plus, les appelants ne nient pas que la protection de la ferme familiale soit, du moins en théorie, un objectif louable. Le choix de [TRADUCTION] « persévérer dans la voie pastorale » implique un mode de vie unique et non commercial; selon beaucoup, ce mode de vie mérite la même protection [TRADUCTION] « que l'usine ou le bureau » (D. M. Beatty, *Putting the Charter to Work : Designing a Constitutional Labour Code* (1987), p. 91). Si fournir cette protection signifie restreindre les activités de ceux qui compromettraient ce choix, la réaction appropriée n'est pas de refuser la protection, mais de soupeser les intérêts des uns et des autres. Cette pondération, à mon sens, participe de l'essence même de l'article premier de la *Charte* (voir *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 97). Comme le dit le professeur Beatty, p. 91, [TRADUCTION] « la liberté des personnes qui privilégient le non-commercial et l'autosuffisance peut justifier de restreindre la liberté des personnes qui souhaiteraient s'associer à elles d'une manière susceptible de menacer ou de nier ce choix ».

53 En ce qui concerne la justification économique, je ne partage pas l'avis des appelants selon lequel [TRADUCTION] « [l]e gouvernement n'a aucunement établi que le secteur agricole ontarien est dans une situation concurrentielle précaire ou qu'il pourrait être touché substantiellement par des modifications minimes de la structure des coûts et de l'exploitation ». Le procureur général note que l'agriculture est un secteur volatile et hautement concurrentiel de l'économie privée, que ses marges de profit sont disproportionnellement minces et que

2001 SCC 94 (CanLII)

particularly vulnerable to strikes and lockouts. Moreover, these characteristics were readily accepted by the Task Force leading to the adoption of the *ALRA*, which recommended a system of compulsory arbitration in order to guard against the economic consequences of strikes and lockouts (see Task Force on Agricultural Labour Relations (Ontario), *Second Report to the Minister of Labour* (November 1992), at pp. 2 and 7). Whether such a recommendation is more constitutionally reasonable than a wholesale exclusion of agricultural workers is, in my view, an issue of proportionality rather than pressing and substantial objective. In other words, accepting the importance of protecting the family farm and ensuring farm productivity, the crucial question is whether the total exclusion of agricultural workers from the *LRA* is (1) a rational way of achieving this objective, (2) a measured response to this objective, and (3) not so severe in its effects that the *Charter* breach outweighs the objective's importance (*Oakes*, *supra*).

(2) Proportionality

(a) *Rational Connection*

54 At this stage, the question is whether a wholesale exclusion of agricultural workers from the *LRA* is carefully tailored to meet its stated objectives. Put differently, can the formation of agricultural unions rationally be regarded as a threat to the unique characteristics of Ontario's agriculture? Or conversely, does a regime which substantially impedes the right to form agricultural unions advance the cause articulated by the Attorney General? In my view, the Attorney General has demonstrated that unionization involving the right to collective bargaining and to strike can, in certain circumstances, function to antagonize the family farm dynamic. The reality of unionization is that it leads to formalized labour-management relationships and gives rise to a relatively formal process of negotiation and dispute resolution; indeed, this may well be its principal advantage over a system of informal industrial relations. In this context, it is reasonable

son caractère saisonnier la rend particulièrement vulnérable aux grèves et aux lock-out. En outre, ces caractéristiques ont été reconnues d'emblée par le Groupe d'étude à l'origine de la *LRTA*, qui a recommandé un système d'arbitrage obligatoire pour parer aux conséquences financières des grèves et des lock-out (voir *Groupe d'étude sur les relations de travail dans le secteur agricole* (Ontario), *Second Report to the Minister of Labour* (novembre 1992), p. 2 et 7). À mon avis, la question de savoir si une telle recommandation est plus raisonnable sur le plan constitutionnel que l'exclusion en bloc des travailleurs agricoles relève davantage de la proportionnalité que de l'existence d'un objectif urgent et réel. Autrement dit, une fois reconnue l'importance de protéger la ferme familiale et d'assurer la productivité du secteur agricole, la question cruciale est de savoir si l'exclusion totale des travailleurs agricoles de la *LRT* (1) est un moyen rationnel d'atteindre cet objectif, (2) une mesure proportionnée à cet objectif et (3) n'a pas de répercussions graves au point que l'atteinte à la *Charte* l'emporte sur l'importance de l'objectif (*Oakes*, précité).

(2) Proportionnalité

a) *Lien rationnel*

À cette étape, il faut déterminer si l'exclusion en bloc des travailleurs agricoles de la *LRT* est une mesure soigneusement conçue pour atteindre les objectifs explicites de cette loi. En d'autres termes, la formation de syndicats agricoles peut-elle rationnellement être considérée comme une menace pour les caractéristiques uniques de l'agriculture ontarienne? Ou à l'inverse, un régime qui entrave considérablement le droit de former des syndicats agricoles fait-il progresser la cause défendue par le procureur général? À mon avis, ce dernier a établi que, dans certains cas, la syndicalisation comportant le droit de négociation collective et le droit de grève peut rendre conflictuelle la dynamique de la ferme familiale. Dans les faits, la syndicalisation fait naître des rapports formels entre employés et employeurs et donne lieu à un processus relativement formel de négociation et de règlement des différends; c'est d'ailleurs peut-être là son

2001 SCC 94 (CanLII)

to speculate that unionization will threaten the flexibility and cooperation that are characteristic of the family farm and distance parties who are otherwise, to use the respondent's words, "interwoven into the fabric of private life" on the farm. That said, I hasten to add that this concern ought only be as great as the extent of the family farm structure in Ontario and that it does not necessarily apply to the right to form an agricultural association. In cases where the employment relationship is formalized to begin with, preserving "flexibility and co-operation" in the name of the family farm is not only irrational, it is highly coercive. The notion that employees should sacrifice their freedom to associate in order to maintain a flexible employment relationship should be carefully circumscribed, as it could, if left unchecked, justify restrictions on unionization in many sectors of the economy.

Even less convincing than Ontario's family farm policy, in my view, is a policy of denying the right of association to agricultural workers on economic grounds. While this may be a rational policy in isolation, it is nothing short of arbitrary where collective bargaining rights have been extended to almost every other class of worker in Ontario. The reality, as acknowledged by all parties to this appeal, is that many industries experience thin profit margins and unstable production cycles; this may be due to unpredictable and time-sensitive weather conditions, as in the case of agriculture, or to other factors such as consumer demand and international competition. In my view, it would be highly arbitrary to accept this reasoning in respect of almost every industry in Ontario, only to extend it in respect of vulnerable agricultural workers to the point of denying them the right to associate. As Professor Beatty has written, "[i]f indeed collective bargaining increases the costs of labour to the overall detriment of society, then our legislators should repeal the legislation in its entirety rather than selectively exclude those most in need of its protection" (Beatty, *supra*, at p. 90). I conclude that the respondents have not

principal avantage sur un système de relations de travail informelles. Dans ce contexte, il est raisonnable de craindre que la syndicalisation compromette la souplesse et la collaboration caractéristiques de la ferme familiale et éloigne des personnes qui sont par ailleurs, selon l'intimé, [TRADUCTION] « interdépendantes dans la vie privée » à la ferme. Cela dit, je m'empresse d'ajouter que cette inquiétude ne devrait pas déborder le cadre de l'exploitation agricole familiale en Ontario et qu'elle ne touche pas nécessairement le droit de former une association agricole. Lorsque les relations de travail sont déjà formelles, préserver la souplesse et la collaboration au nom d'un mode d'exploitation familial est non seulement irrationnel, mais aussi hautement coercitif. L'idée que des employés devraient renoncer à leur liberté de s'associer afin de préserver la souplesse des relations de travail devrait être soigneusement circonscrite car elle pourrait, en l'absence de balises, justifier la restriction de la syndicalisation dans de nombreux secteurs économiques.

55

À mon avis, la justification économique de la négation du droit des travailleurs agricoles de s'associer est encore moins convaincante que la politique de préservation de la ferme familiale. Bien que, considérée isolément, elle puisse être rationnelle, elle est totalement arbitraire dans un contexte où le droit de négociation collective est accordé à presque toutes les autres catégories de travailleurs en Ontario. Toutes les parties au pourvoi reconnaissent qu'en réalité de nombreux secteurs d'activité ont des marges de profit minimes et des cycles de production instables; cela peut être imputable à l'imprévisibilité et à la variabilité des conditions météorologiques, comme en agriculture, ou à d'autres facteurs comme la demande du consommateur et la concurrence internationale. Selon moi, il serait extrêmement arbitraire de reconnaître la justesse de ce raisonnement pour la quasi-totalité des secteurs d'activité en Ontario, mais de l'appliquer aux travailleurs agricoles vulnérables au point de leur refuser le droit de s'associer. Comme l'écrit Beatty, [TRADUCTION] « [s]i effectivement la négociation collective accroît le coût de la main-d'œuvre au détriment général de la société, le législateur devrait alors abroger la législation en totalité

2001 SCC 94 (CanLII)

met the onus of proof with regard to the economic rationale.

(b) *Minimum Impairment*

56 The next issue is whether recognizing the unique characteristics of Ontario agriculture and its resulting incompatibility with the formation of agricultural associations as a reasonable minimum justifies the complete exclusion of agricultural workers from the *LRA*. The *LRA* excludes all persons "employed in agriculture, hunting or trapping" from its application, defining agriculture as "farming in all its branches, including dairying, beekeeping, aquaculture, the raising of livestock including non-traditional livestock, furbearing animals and poultry, the production, cultivation, growing and harvesting of agricultural commodities, including eggs, maple products, mushrooms and tobacco, and any practices performed as an integral part of an agricultural operation" (see *LRA*, s. 1(1)). This provision has been broadly interpreted by Ontario's Labour Relations Board, albeit with some reluctance and interpretive difficulty. In *Wellington Mushroom Farm*, [1980] O.L.R.B. Rep. May 813, for example, a majority of the board denied *LRA* certification to the employees of a mushroom factory, even though the actual growing of the mushrooms took place within a single-storey concrete block building. The majority of the board recognized that the employer's operation did "not differ in any material respect from a typical manufacturing plant", but it concluded that the growing of mushrooms constituted an agricultural activity in the ordinary sense of the term (p. 819). In other cases, the board has denied *LRA* protection to stationary engineers employed at a greenhouse, truck drivers hired to transport chickens and employees of a chicken hatchery (see *Calvert-Dale Estates Ltd.*, [1971] O.L.R.B. Rep. Feb. 58; *Spruceleigh Farms*, [1972] O.L.R.B. Rep. Oct. 860; *Cuddy Chicks Ltd.*, [1988] O.L.R.B. Rep. May 468, application for judicial review dismissed (1988), 66 O.R. (2d) 284 (Div. Ct.), aff'd (1989), 70 O.R. (2d) 179 (C.A.), aff'd [1991] 2 S.C.R. 5;

au lieu d'exclure sélectivement ceux qui ont le plus besoin de sa protection » (Beatty, *op. cit.*, p. 90). Je conclus que les intimés ne se sont pas acquittés du fardeau de la preuve de la justification économique.

b) *Atteinte minimale*

La question qui se pose ensuite est de savoir si la reconnaissance des caractéristiques uniques de l'agriculture ontarienne et de l'incompatibilité qui en résulte avec la formation d'associations agricoles justifie, comme restriction minimale raisonnable, l'exclusion complète des travailleurs agricoles de la *LRT*. Cette loi ne s'applique pas « à la personne qui est employée à l'agriculture, à la chasse ou au piégeage », et elle définit l'agriculture comme étant « tous ses domaines d'activité, notamment la production laitière, l'apiculture, l'aquiculture, l'élevage du bétail, dont l'élevage non traditionnel, l'élevage des animaux à fourrure et de la volaille, la production, la culture et la récolte de produits agricoles, y compris les œufs, les produits de l'érable, les champignons et le tabac, et toutes les pratiques qui font partie intégrante d'une exploitation agricole » (*LRT*, par. 1(1)). Cette disposition a été interprétée de manière extensive par la Commission des relations de travail de l'Ontario, bien qu'avec une certaine réticence et des difficultés d'interprétation. Par exemple, dans *Wellington Mushroom Farm*, [1980] O.L.R.B. Rep. May 813, la majorité des commissaires a refusé l'accréditation d'un syndicat regroupant les employés d'une champignonnière sur le fondement de la *LRT*, même si la culture des champignons comme telle se faisait à l'intérieur d'un bâtiment d'un seul étage en blocs de béton. La majorité a reconnu que l'entreprise de l'employeur [TRADUCTION] « ne différait pas, sous aucun aspect important, d'une véritable usine de fabrication » (p. 819), mais elle a conclu que la culture de champignons était une activité agricole au sens ordinaire du terme. Dans d'autres cas, la Commission a refusé la protection de la *LRT* à des opérateurs de machines fixes travaillant dans une serre, à des camionneurs faisant le transport de poulets et aux employés d'un couvoir (voir *Calvert-Dale Estates Ltd.*, [1971] O.L.R.B. Rep. Feb. 58, *Spruceleigh Farms*, [1972] O.L.R.B. Rep. Oct. 860, *Cuddy Chicks Ltd.*, [1988] O.L.R.B. Rep. May 468,

2001 SCC 94 (CanLII)

see also, G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2nd ed. (loose-leaf)), at pp. 6-49 and 6-50).

The Attorney General claims, rightly in my view, that to exclude a given occupation from the *LRA* "involves a weighing of complex values and policy considerations that are often difficult to balance" and that this balancing "will in large part depend upon the particular perspective, priorities, views, and assumptions of the policy makers, as well as the political and economic theory to which they subscribe". Similar statements have been made about labour relations generally, which have been described as "an extremely sensitive subject" premised on "a political and economic compromise between organized labour — a very powerful socio-economic force — on the one hand, and the employers of labour — an equally powerful socio-economic force — on the other" (*Alberta Reference*, *supra*, *per* McIntyre J., at p. 414). Policy choices are based on value judgments. This Court will only interfere with such choices where a more fundamental value is at stake and where it is apparent that a free and democratic society cannot permit the policy to interfere with the right in the circumstances of the case. The basis for the policy choice must be questioned strictly. It is not the motive of the legislature that is at issue, but the foundation for its policy. What is justified is that which is based on a general public purpose, is practically necessary and has a rational basis that can be supported after a normative evaluation of the area of intervention. Given the delicate balance between interests that is required here, as well as the added complexity of protecting the character of the family farm, one might be tempted to conclude that a wide margin of deference is owed to the enacting legislature when applying the minimum impairment test (see *Thomson Newspapers*, *supra*, at paras. 111-15). However, as outlined in *Thomson Newspapers*, political complexity is not the deciding factor in establishing a margin of deference under s. 1. Rather, the margin will vary according to whether legislature has (1) sought a balance between the interests of competing groups, (2) defended a vulnerable group with a subjective

demande de contrôle judiciaire rejetée (1988), 66 O.R. (2d) 284 (C. div.), conf. par (1989), 70 O.R. (2d) 179 (C.A.), conf. par [1991] 2 R.C.S. 5; voir aussi, G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2e éd. (feuilles mobiles)), p. 6-49 et 6-50).

57

Le procureur général fait valoir, à juste titre selon moi, qu'avant de soustraire un domaine d'activité à la *LRT*, [TRADUCTION] « il faut soupeser des valeurs et des considérations de principe complexes souvent difficiles à mettre en équilibre », et que cette pondération « dépend largement de la perspective, des priorités, des opinions et des hypothèses particulières du décideur, ainsi que de la théorie politique et économique à laquelle il adhère ». Des observations semblables ont été formulées concernant le droit du travail en général, un « sujet [. . .] extrêmement délicat » fondé sur « un compromis politique et économique entre d'une part, le syndicalisme, qui constitue une force socio-économique fort puissante, et d'autre part, le patronat, qui constitue une force socio-économique tout aussi puissante » (*Renvoi relatif à l'Alberta*, précité, le juge McIntyre, p. 414). Les choix politiques s'appuient sur des jugements de valeur. Notre Cour n'intervient dans ces choix que lorsqu'une valeur plus fondamentale est en jeu et qu'il appert qu'une société libre et démocratique ne peut tolérer que la politique compromette l'exercice du droit dans les circonstances de l'espèce. Le fondement du choix politique doit faire l'objet d'un contrôle strict. Ce n'est pas la motivation du législateur qui est en cause, mais le fondement de sa politique. Ce qui est justifié est ce qui est fondé sur l'intérêt public en général, ce qui est nécessaire en pratique et ce qui a un fondement rationnel qui résiste à l'évaluation normative du champ d'intervention. Vu l'équilibre délicat à trouver en l'espèce entre les intérêts en jeu, ainsi que la difficulté supplémentaire que comporte la protection de l'exploitation agricole familiale, on peut être tenté de conclure qu'il y a lieu de déférer largement au législateur sur la question de l'atteinte minimale (voir *Thomson Newspapers*, précité, par. 111-115). Cependant, notre Cour précise dans cet arrêt que la difficulté politique n'est pas un facteur décisif lorsqu'il s'agit de déterminer le degré de déférence aux fins de l'article premier. Le degré de déférence variera selon que le législateur (1) a soupesé les

2001 SCC 94 (CanLII)

apprehension of harm, (3) chosen a remedy whose effectiveness cannot be measured scientifically, and (4) suppressed an activity whose social or moral value is relatively low. In my view, these factors on the whole favour a strict application of the minimum impairment test in the context of this appeal.

58 In *Delisle*, *supra*, Cory and Iacobucci JJ. applied the above factors to a provision much like the one impugned in this case, concluding that "none of the contextual factors discussed by Bastarache J. in *Thomson Newspapers* favours an exercise of deference to the legislature" (para. 128 (emphasis in original)). In my view, this analysis should be applied to this case with two minor exceptions. With respect to the second factor, the vulnerable group at issue in this case is a constituency of family farmers whose unique way of life stands to be jeopardized by collective bargaining legislation. This suggests that the margin of deference ought to be widened, although I hasten to add that the appellants also represent a vulnerable group worthy of legislative protection. The third factor yields a similarly ambiguous result. On the one hand, there is no concrete evidence to refute the conclusion that totally excluding agricultural workers from the *LRA* achieves the legislature's objectives. Nor is there any scientific way of measuring whether the formation of agricultural unions undermines the family farm lifestyle. However, one can surely draw on statistical evidence, as both parties have in this case, to determine the prevalence of the family farm in Ontario. Given the centrality of this issue to the respondents' case, it would be inappropriate to accord deference to the legislature and avoid evaluating their statistical claims.

59 With this in mind, I turn to the question of whether the legislature has impeded the appellants' associational activity more than is reasonably necessary to achieve its stated objectives. The Attorney General makes three arguments in defence of its policy: first, that unionization is not appropriate for the "vast majority" of Ontario agricultural

intérêts des groupes opposés, (2) a défendu un groupe vulnérable ayant une crainte subjective de préjudice, (3) a opté pour une mesure dont l'efficacité ne peut être évaluée scientifiquement et (4) a supprimé une activité dont la valeur sociale ou morale est relativement minime. J'estime que, dans l'ensemble, ces facteurs militent en faveur d'une application stricte du critère de l'atteinte minimale dans le contexte du présent pourvoi.

Dans *Delisle*, précité, les juges Cory et Iacobucci appliquent ces facteurs à une disposition assez semblable à celle en l'espèce et concluent qu'« aucun des facteurs contextuels analysés par le juge Bastarache dans *Thomson Newspapers* ne favorise la retenue judiciaire envers le législateur » (par. 128 (souligné dans l'original)). Je suis d'avis d'appliquer cette analyse en l'espèce, sous réserve de deux exceptions mineures. Sur le deuxième facteur, le groupe vulnérable est un ensemble d'agriculteurs familiaux dont le mode d'existence unique risque d'être compromis par le régime légal de négociation collective. Cela mériterait un degré plus élevé de déférence, mais je m'empresse d'ajouter que les appelants constituent aussi un groupe vulnérable digne de la protection du législateur. Le troisième facteur donne également lieu à un résultat ambigu. D'une part, aucune preuve concrète ne réfute la conclusion que l'exclusion totale des travailleurs agricoles de la *LRT* permet de réaliser les objectifs du législateur. Il n'existe pas non plus de moyens scientifiques de déterminer si la création de syndicats agricoles compromet le mode d'exploitation familial. Toutefois, on peut se servir de la preuve statistique, comme les deux parties au pourvoi, pour déterminer si l'exploitation familiale prédomine en Ontario. Cette question étant au cœur de la thèse des intimés, il serait inopportun d'opter pour la déférence envers le législateur et de ne pas examiner leurs arguments statistiques.

Gardant ceci à l'esprit, je passe à la question de savoir si le législateur a entravé l'activité associative des appelants plus qu'il n'était raisonnablement nécessaire pour atteindre ses objectifs explicites. Le procureur général offre trois arguments à l'appui de la mesure législative : premièrement, la syndicalisation ne convient pas à la « vaste majorité »

2001 SCC 94 (CanLII)

operations; second, that no appropriate dispute resolution mechanism exists for agricultural workers; and third, that extending collective bargaining rights to certain sectors of agriculture would be "arbitrary and impracticable". It is also submitted that legislatures are entitled to a margin of deference when balancing complex matters of economic policy. In my view, these arguments all fail on a single point: they do not justify the categorical exclusion of agricultural workers where no satisfactory effort has been made to protect their basic right to form associations.

This effort need not produce the result most desirable to this Court; however, the legislature must "attempt very seriously to alleviate the effects" of its laws on those whose fundamental freedoms are infringed (*Edwards Books*, *supra*, *per* Dickson C.J., at p. 782). In *Edwards Books*, for example, this Court considered whether a Sunday closure law constituted a justifiable limit on the religious freedom of Saturday observers. The law provided an exemption for stores that had been closed on Saturday. However, the exemption was withheld from stores that employed more than seven employees and occupied 5,000 square feet of retail space or more. Despite the existence of less intrusive legislation in other provinces, three members of this Court characterized the exemption as "a satisfactory effort on the part of the Legislature of Ontario" (p. 782) and, on that basis, upheld the Act under s. 1. By contrast, neither enactment in this case includes a concrete attempt to alleviate the infringing effects on agricultural workers. Not only does the legislation fail to distinguish between different types of agriculture, but there is no evidence that the Ontario Legislature even turned its mind to freedom of association when enacting either statute. Rather, each enactment merely cloned a piece of existing legislation — be it the *Wagner Act* or the *LRA* — and, in so doing, relied on studies that had been commissioned by a previous legislature.

In my view, there are at least two ways in which the *LRESLAA* might impair *Charter* rights more

des exploitations agricoles de l'Ontario; deuxièmement, aucun mécanisme approprié de règlement des différends n'existe pour les travailleurs agricoles; et troisièmement, la reconnaissance du droit à la négociation collective dans certains domaines de l'agriculture serait « arbitraire et irréaliste ». Il ajoute que le législateur a droit à une certaine déférence quand il soupèse des questions complexes de politique économique. À mon avis, ces arguments échouent tous sur le même point : ils ne justifient pas l'exclusion catégorique des travailleurs agricoles quand aucun effort satisfaisant n'a été fait pour protéger leur droit fondamental de former des associations.

60 Un tel effort n'a pas à déboucher sur le résultat jugé le plus souhaitable par notre Cour; cependant, le législateur doit « tenter très sérieusement d'atténuer [l]es effets » de ses lois sur les personnes atteintes dans leurs libertés fondamentales (*Edwards Books*, précité, le juge en chef Dickson, p. 782). Dans cet arrêt, par exemple, notre Cour examinait si une loi obligeant les commerces à fermer le dimanche était une restriction justifiable de la liberté de religion de ceux qui observaient le samedi. La loi prévoyait une exemption pour les commerces qui fermaient le samedi, mais l'exemption ne s'appliquait pas aux commerces employant plus de sept personnes et utilisant une superficie de 5 000 pieds carrés ou plus. Malgré l'existence de lois moins attentatoires dans d'autres provinces, trois juges de notre Cour ont estimé que l'exemption était « un effort satisfaisant » de la part du législateur ontarien (p. 782) et ont confirmé la validité de la loi en application de l'article premier. À l'opposé, aucune des lois considérées en l'espèce ne tente véritablement d'atténuer les effets attentatoires sur les travailleurs agricoles. Non seulement les lois ne distinguent pas les différents types d'agriculture, mais rien ne prouve que la législature de l'Ontario ait même pensé à la liberté d'association quand elle a adopté l'une ou l'autre loi. Chaque loi ne fait que reproduire les dispositions de lois existantes — la *Loi Wagner* ou la *LRT* — et s'appuie donc sur des études faites pour une législature antérieure.

61 Selon moi, la *LMLRTE* peut, d'au moins deux manières, porter atteinte aux droits garantis par la

2001 SCC 94 (CanLII)

than is reasonably necessary to achieve its objectives: first, by denying the right of association to every sector of agriculture, and second, by denying every aspect of the right, specially whatever protection is necessary to form and maintain employee associations, to agricultural workers. A similar approach to s. 1 was applied in *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, in which this Court struck down a prohibition on partisan political activity by public servants. Much like the legislation at issue in this appeal, the provision in *Osborne* banned "all partisan-related work by all public servants, without distinction either as to the type of work, or as to their relative role, level or importance in the hierarchy of the public servant" (*per* Sopinka J., at p. 100 (emphasis added)). Moreover, in *Osborne* the Court was referred, as in this case, to legislation in other jurisdictions that made distinctions both as to the activity proscribed and the level of public servant, without any weakening of the underlying objective. Based on these factors, Sopinka J. concluded that "[t]he restrictions on freedom of expression in this case are over-inclusive and go beyond what is necessary to achieve the objective of an impartial and loyal civil service" (p. 100). Although the Court differed on whether to strike down the legislation or to read it down in that particular case, its minimum impairment analysis provides unequivocal authority for the current appeal (see, similarly, *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232, striking down a restriction on advertising by dentists on grounds that it was overbroad).

62 Turning to the Ontario legislation, my view is that the s. 1 justification suffers, first, from the lack of a recognition of the evolving nature of Ontario agriculture. To the extent the term "family farm" refers to a unique management style characterized by significant family involvement, it may indeed continue to describe the vast majority of farms in Ontario and across Canada. However, to the extent that it treats farm workers as members of that family rather than typical employees, it ignores an increasing trend

Charte plus qu'il n'est raisonnablement nécessaire pour atteindre ses objectifs : premièrement, en niant le droit d'association dans tous les domaines de l'agriculture et, deuxièmement, en refusant aux travailleurs agricoles tous les aspects du droit, en particulier la protection nécessaire à la formation et au maintien d'associations d'employés. Ce type d'analyse de l'article premier a été retenu dans *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, où la Cour annule l'interdiction faite aux fonctionnaires d'exercer des activités politiques partisanes. Tout comme la législation considérée ici, la disposition en cause dans *Osborne* interdisait à « tous les fonctionnaires tout travail de caractère partisan, sans égard à la nature de ce travail et sans tenir compte du rôle, du rang ou de l'importance de ces fonctionnaires dans la hiérarchie de la fonction publique » (le juge Sopinka, p. 100 (je souligne)). En outre, dans cette affaire, on avait attiré l'attention de la Cour, comme en l'espèce, sur les législations d'autres ressorts qui faisaient des distinctions selon l'activité proscrite et le niveau hiérarchique du fonctionnaire, sans compromettre aucunement l'objectif sous-jacent. S'appuyant sur ces facteurs, le juge Sopinka conclut que « [l]es restrictions imposées à la liberté d'expression en l'espèce ont une portée excessive et dépassent ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif d'une fonction publique impartiale et loyale » (p. 100). Même si la Cour était partagée quant à savoir s'il fallait annuler la loi ou en atténuer l'interprétation dans ce cas précis, son analyse touchant l'atteinte minimale s'applique directement au présent pourvoi (voir dans le même sens *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, qui invalide la limitation, jugée trop générale, de la publicité faite par des dentistes).

En ce qui concerne la législation ontarienne, j'estime que la justification au regard de l'article premier souffre de l'absence de reconnaissance de l'évolution de l'agriculture ontarienne. Dans la mesure où l'expression « ferme familiale » vise un mode de gestion unique caractérisé par une forte participation des membres de la famille, elle peut certes continuer de désigner la vaste majorité des fermes de l'Ontario et du Canada. Toutefois, dans la mesure où elle assimile les travailleurs agricoles

2001 SCC 94 (CanLII)

in Canada towards corporate farming and complex agribusiness. On this point, the Attorney General's expert himself concedes that "[t]he modern viable family farm no longer consists of 20 acres and a few cows, but typically represents a sophisticated business unit with a minimum capital value of $500,000 to $1,000,000, depending on the commodity and type of operation". If this is the case, it is not only over-inclusive to perpetuate a pastoral image of the "family farm", but it may be that certain if not all "family farms" would not be affected negatively by the creation of agricultural associations.

The reality is that family involvement does not suffice to alter the essential qualities of an employment relationship; these qualities may include a contract of employment, a consistent wage, regular hours and a hierarchical relationship between employer and employee. Moreover, the traditional family farm is rapidly assuming a less important role in the agricultural sector, as evidenced by increases in non-family farm incorporations, hired farm labour, seasonal workers and average labour costs (see J. White, *A Profile of Ontario Farm Labour* (March 1997)). Under these circumstances, what the Attorney General for Ontario refers to as an "integration of business and family life" does not, in my view, justify the unqualified and total exclusion of agricultural workers from the *LRA*. This conclusion echoes that of numerous labour boards legislatures and scholars of labour law, all of whom deny any industrial relations rationale for totally excluding agricultural workers from *LRA* protection (see, e.g., *Wellington Mushroom Farm*, *supra*; *South Peace Farms and Oil, Chemical and Atomic Workers International Union, Local No. 9-686*, [1977] 1 Can. L.R.B.R. 441; K. Neilson and I. Christie, "The Agricultural Labourer in Canada: A Legal Point of View" (1975), 2 *Dal. L.J.* 330; Adams, *supra*, at p. 6-50; Labour Law Casebook Group, *Labour and Employment Law: Cases, Materials and Commentary* (6th ed. 1998), at pp. 220-21; Beatty, *supra*, at pp. 91-92).

à des membres de la famille plutôt qu'à de véritables employés, elle ne tient pas compte du fait que l'agriculture canadienne évolue de plus en plus vers l'exploitation commerciale et l'agro-industrie. À ce sujet, l'expert du procureur général reconnaît lui-même que [TRADUCTION] « [l]a ferme familiale viable d'aujourd'hui n'est plus constituée d'une vingtaine d'acres et de quelques vaches, mais correspond généralement à une affaire moderne dont la valeur minimale en capital va de 500 000 $ à 1 000 000 $, selon le produit et le genre d'exploitation ». Si tel est le cas, il n'est pas seulement excessif de perpétuer l'image pastorale de la « ferme familiale », mais il se peut que la création d'associations agricoles n'aurait aucun effet négatif sur certaines de ces « fermes familiales » sinon toutes.

En réalité, la participation de la famille ne suffit pas à modifier les attributs essentiels d'une relation d'emploi, qui peuvent inclure un contrat de travail, un salaire constant, un horaire régulier et un lien hiérarchique d'employeur à employé. De plus, comme le révèle l'augmentation du nombre d'exploitations non familiales, du nombre d'employés et de travailleurs saisonniers, et du coût moyen de la main-d'œuvre, le rôle de la ferme familiale traditionnelle dans le secteur agricole connaît un déclin rapide (voir J. White, *A Profile of Ontario Farm Labour* (mars 1997)). Dans ce contexte, ce que le procureur général appelle [TRADUCTION] « l'intégration de la vie professionnelle et familiale » ne justifie pas, selon moi, l'exclusion totale et absolue des travailleurs agricoles de la *LRT*. Ma conclusion rejoint l'avis de nombre de commissions des relations du travail et experts en droit du travail, qui écartent toute justification basée sur les relations de travail pour l'exclusion totale des travailleurs agricoles de la *LRT* (voir, par exemple, *Wellington Mushroom Farm*, précité, et *South Peace Farms and Oil, Chemical and Atomic Workers International Union, Local No. 9-686*, [1977] 1 Can. L.R.B.R. 441; K. Neilson et I. Christie, « The Agricultural Labourer in Canada : A Legal Point of View » (1975), 2 *Dal. L.J.* 330; Adams, *op. cit.*, p. 6-50; Labour Law Casebook Group, *Labour and Employment Law : Cases, Materials and Commentary* (6e éd. 1998), p. 220-221; Beatty, *op. cit.*, p. 91-92).

2001 SCC 94 (CanLII)

64 The Attorney General submits that distinguishing various sectors of agriculture requires an impossible line-drawing exercise which the legislature should have the discretion to reject. However, the fact that some legislation includes exceptions for smaller or family-run farms, most notably labour codes in New Brunswick and Quebec, as well as the *ALRA* itself, suggests that such an exercise is eminently possible, should the legislature choose to undertake it (see *Industrial Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-4, s. 1(5)(*a*); *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, s. 21; *ALRA*). Moreover, it cannot be assumed that a categorical exclusion of agricultural workers removes the need to draw difficult lines. Such an exclusion relies on courts and labour boards to define the meaning of the term "agriculture", a term that may be as fraught with value judgments as the term "family farm" (see Adams, *supra*, at pp. 6-49 and 6-50; Neilson and Christie, *supra*, at pp. 335-41). Thus, while the decision whether to distinguish various sectors of agriculture ultimately rests with the legislature, there is little reason to believe that by totally excluding agricultural workers from the *LRA*, an impossible line-drawing exercise is avoided.

65 More importantly, the Attorney General offers no justification for excluding agricultural workers from all aspects of unionization, specially those protections that are necessary for the effective formation and maintenance of employee associations. It might be inferred that in order to protect the family farm and ensure the productivity of the farm economy, the legislature felt it necessary to discourage any form of union and to suffer that agricultural workers be exposed to a raft of unfair labour practices. Yet no policy could, in my view, be more repugnant to the principle of least intrusive means. If what is truly sought by s. 3(*b*) of the *LRA* is the protection of the family farm, the legislature should at the very least protect agricultural workers from the legal and economic consequences of forming an association. There is nothing in the record to suggest that such protection would pose a threat to the family farm structure, and if demonstrated that

Le procureur général fait valoir que pour distinguer les divers secteurs de l'agriculture il faut tracer des lignes de démarcation, une tâche impossible à laquelle le législateur devrait pouvoir se soustraire. Cependant, le fait que certaines lois prévoient des exceptions pour les petites exploitations ou les exploitations familiales, en particulier les codes du travail du Nouveau-Brunswick et du Québec, ainsi que la *LRTA* elle-même, donne à penser que la tâche est éminemment possible, si le législateur décide de s'engager dans cette voie (voir *Loi sur les relations industrielles*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-4, al. 1(5)*a*); *Code du travail*, L.R.Q., ch. C-27, art. 21; *LRTA*). De plus, on ne peut tenir pour acquis que l'exclusion catégorique des travailleurs agricoles supprime la nécessité d'établir des distinctions difficiles. L'exclusion exige des tribunaux et des commissions des relations de travail qu'ils définissent le terme « agriculture », qui peut être tout aussi empreint de jugements de valeur que l'expression « ferme familiale » (voir Adams, *op. cit.*, p. 6-49 et 6-50; Neilson et Christie, *loc. cit.*, p. 335-341). Par conséquent, bien que la décision de faire ou non des distinctions entre divers secteurs de l'agriculture appartienne en fin de compte au législateur, il n'y a pas lieu de croire que l'exclusion totale des travailleurs agricoles de la *LRT* permet d'éviter une tâche impossible.

De façon plus importante, le procureur général n'offre aucune justification de l'exclusion des travailleurs agricoles de tous les aspects de la syndicalisation, spécialement les protections nécessaires, dans les faits, à la formation et au maintien d'associations d'employés. On peut inférer que, pour protéger la ferme familiale et assurer la productivité de l'économie agricole, le législateur a jugé nécessaire de décourager toute forme de syndicat et de tolérer que le travailleur agricole soit exposé à une multitude de pratiques déloyales de travail. À mon avis, aucune mesure ne pourrait être davantage contraire au principe de l'atteinte minimale. Si le véritable objectif de l'al. 3*b*) de la *LRT* est la protection de la ferme familiale, le législateur devrait au moins protéger les travailleurs agricoles contre les conséquences juridiques et financières de la formation d'une association. Rien au dossier n'indique qu'une telle protection mettrait en danger le mode

2001 SCC 94 (CanLII)

it would in some cases, the legislature could create the appropriate exceptions. I am of the view that the wholesale exclusion of agricultural workers from the *LRA* is not a reasonable limit on freedom of association and that it is not necessary to balance the effects of this exclusion against its stated purpose.

C. *Remedy*

To the extent they substantially impede the effective exercise of the freedom of association, both the *LRESLAA* and s. 3(*b*) of the *LRA* must be declared contrary to the *Charter*. Given the nature of these enactments, however, determining the appropriate remedy is not without difficulty. First, the respondents point out that the precise effect of striking down the *LRESLAA* would be to re-enact the statute it repealed, namely, the *ALRA*. As this Court is not in a position to enact such detailed legislation, nor to confer constitutional status on a particular statutory regime, I prefer to strike down the *LRESLAA* to the extent that it gives effect to the exclusion clause of the *LRA*. The precise effect of this remedy is to strike down that exclusion clause, which is the alternate remedy sought by the appellants. This remedy presents its own problems, as it obliges the legislature to extend the full panoply of collective bargaining rights in the *LRA* to agricultural workers. As such action is not necessarily mandated by the principles of this case, I would suspend the declarations of invalidity for 18 months, allowing amending legislation to be passed if the legislature sees fit to do so. Such a remedy was discussed by Lamer C.J. in *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 570, in response to legislation he had found to be over-inclusive:

> . . . this Court has recognized that an immediate declaration of invalidity is not always advisable, especially where, as here, the provision pursues an important objective but is over-inclusive: were this Court to strike down the provision effective immediately, those whom the government could protect constitutionally with a more tailored provision, and who indeed should be protected,

d'exploitation familial, et s'il était établi qu'elle le ferait dans certains cas, le législateur pourrait prévoir les exceptions appropriées. Je suis d'avis que l'exclusion en bloc des travailleurs agricoles de la *LRT* n'est pas une restriction raisonnable de la liberté d'association et qu'il n'est pas nécessaire de soupeser les effets de cette exclusion et son objectif explicite.

C. *Réparation*

Parce qu'ils entravent substantiellement l'exercice véritable de la liberté d'association, la *LMLRTE* et l'al. 3*b*) de la *LRT* doivent être déclarés contraires à la *Charte*. Vu la nature de ces dispositions, toutefois, la réparation qui s'impose ne va pas de soi. Premièrement, les intimés font valoir que l'invalidation de la *LMLRTE* aurait pour effet précis de faire revivre la loi abrogée, la *LRTA*. Notre Cour n'étant pas en position d'adopter une loi aussi détaillée, ni de conférer un statut constitutionnel à un régime législatif en particulier, il me paraît préférable d'invalider la *LMLRTE* dans la mesure où elle donne effet à la disposition d'exclusion de la *LRT*. L'effet précis de cette réparation est d'invalider la disposition portant exclusion, ce qui correspond à la réparation subsidiaire demandée par les appelants. Cette solution présente cependant des difficultés car elle oblige le législateur à reconnaître aux travailleurs agricoles toute la panoplie des droits de négociation collective que prévoit la *LRT*. Comme un tel octroi ne découle pas nécessairement des principes dégagés en l'espèce, je suis d'avis de suspendre pendant 18 mois l'effet de la déclaration d'invalidité, de façon à permettre l'adoption de toute loi modificative que la législature estimerait nécessaire. Le juge en chef Lamer examine ce type de réparation dans *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 570, face à une loi qu'il jugeait de portée excessive :

> Notre Cour a toutefois reconnu qu'une déclaration d'invalidité immédiate n'est pas toujours souhaitable, particulièrement lorsque, comme en l'espèce, la disposition vise un objectif important, mais a une portée excessive : si notre Cour déclarait la disposition immédiatement inopérante, les personnes que le gouvernement pourrait protéger constitutionnellement à l'aide d'une

66 2001 SCC 94 (CanLII)

would be left unprotected. This would clearly pose a "potential danger to the public". . . .

67 This raises the question of whether s. 2(*d*) requires that a minimum level of *LRA* protection be extended to agricultural workers. As implied by *Rodriguez*, *supra*, the *Charter* only obliges the legislature to provide a statutory framework that is consistent with the principles established in this case, including both the s. 2(*d*) and s. 1 analysis. In my view, these principles require at a minimum a regime that provides agricultural workers with the protection necessary for them to exercise their constitutional freedom to form and maintain associations. The record shows that the ability to establish, join and maintain an agricultural employee association is substantially impeded in the absence of such statutory protection and that this impediment is substantially attributable to the exclusion itself, rather than to private action exclusively. Moreover, the freedom to establish, join and maintain an agricultural employee association lies at the core of s. 2(*d*) of the *Charter*; the appellants' claim is ultimately grounded in this non-statutory freedom. For these reasons, I conclude that at minimum the statutory freedom to organize in s. 5 of the *LRA* ought to be extended to agricultural workers, along with protections judged essential to its meaningful exercise, such as freedom to assemble, to participate in the lawful activities of the association and to make representations, and the right to be free from interference, coercion and discrimination in the exercise of these freedoms.

68 In choosing the above remedy, I neither require nor forbid the inclusion of agricultural workers in a full collective bargaining regime, whether it be the *LRA* or a special regime applicable only to agricultural workers such as the *ALRA*. For example, the question of whether agricultural workers have the right to strike is one better left to the legislature, especially given that this right was withheld in the *ALRA* (s. 10). Rather than adjudicate such issues at the remedy stage, I adopt the position of Cory and Iacobucci JJ. in *Delisle*, *supra*, at

disposition mieux adaptée et qui doivent effectivement être protégées, seraient laissées sans aucune protection. Une telle situation risquerait de toute évidence de présenter un « danger pour le public » . . .

La question se pose alors de savoir si l'al. 2*d*) exige de conférer aux travailleurs agricoles un degré minimum de protection en vertu de la *LRT*. L'arrêt *Rodriguez*, précité, dit implicitement que la *Charte* oblige seulement le législateur à établir un cadre législatif qui soit compatible avec les principes dégagés, notamment dans le cadre des analyses fondées sur l'al. 2*d*) et l'article premier. Selon moi, ces principes exigent au minimum un régime donnant aux travailleurs agricoles la protection nécessaire pour exercer leur liberté constitutionnelle de constituer et de maintenir des associations. Le dossier montre que l'absence de protection légale compromet substantiellement la capacité de constituer et de maintenir une association de travailleurs agricoles, et d'y adhérer, et que cette entrave est substantiellement imputable à l'exclusion elle-même, et non à un acte purement privé. De plus, la liberté de constituer et de maintenir une association de travailleurs agricoles et d'y adhérer est au cœur de l'al. 2*d*) de la *Charte*; en fin de compte, la revendication des appelants se fonde sur cette liberté non issue d'une loi. Pour ces motifs, je conclus que, au minimum, doit être reconnu aux travailleurs agricoles le droit de se syndiquer prévu à l'art. 5 de la *LRT*, avec les garanties jugées essentielles à son exercice véritable, comme la liberté de se réunir, de participer aux activités légitimes de l'association et de présenter des revendications, et la protection de l'exercice de ces libertés contre l'ingérence, les menaces et la discrimination.

En optant pour cette réparation, je n'exige ni n'interdis l'application intégrale du régime de négociation collective aux travailleurs agricoles, que ce soit sous le régime de la *LRT* ou un régime spécial applicable uniquement aux travailleurs agricoles, comme la *LRTA*. Par exemple, il convient de laisser au législateur le soin de déterminer si les travailleurs agricoles devraient avoir le droit de grève, d'autant plus que ce droit était refusé dans la *LRTA* (art. 10). Plutôt que de trancher ces questions à l'étape de la réparation, je me range à l'avis des juges Cory

2001 SCC 94 (CanLII)

para. 151, which is to fashion a remedy according to the nature of the appellant's claim:

> The Court has been asked in this case to rule upon whether the impugned [provision] is unconstitutional because of its anti-associational purpose. We have found that the exclusion of RCMP members from the basic associational protections in the *PSSRA* does have this purpose and violates the *Charter*, yet because of the manner in which the appellant has articulated his claim we have done so without being required to decide whether a *Charter* violation results from the total exclusion of RCMP members from the *PSSRA*'s collective bargaining regime. As explained by Sopinka J. in *PIPSC*, *supra*, at p. 405, it may be that such a total exclusion could interfere with the ability of employees to associate, and thus infringe the *Charter*'s freedom of association guarantee. We do not believe that it is appropriate to decide, at the remedy stage of the analysis, whether it is constitutionally permissible to exclude RCMP members entirely from a collective bargaining regime. Moreover, we do not wish to prejudge the question of whether Parliament may wish to extend limited collective bargaining rights to RCMP members. [Emphasis added.]

Should a claim for inclusion arise in the future, the threshold question will be whether the provision relates to an activity falling within the framework established by the labour trilogy or that otherwise furthers the purpose of s. 2(*d*) of the *Charter*. If this threshold is crossed, the question becomes whether excluding agricultural workers from the provision in question substantially impedes this activity either in purpose or effect. If the effect of the exclusion is impugned, the claimant's position should be assessed in light of the considerations discussed above.

VII. Conclusion

For the foregoing reasons, I would allow the appeal with costs throughout. I would declare the *LRESLAA* unconstitutional to the extent that it gives effect to s. 3(*b*) of the *LRA*, and I would declare s. 3(*b*) of the *LRA* unconstitutional. I would suspend such declarations for a period of 18 months. I would answer the constitutional questions as follows:

et Iacobucci, exprimé dans *Delisle*, précité qu'il convient d'adapter la réparation à la nature de la demande (au par. 151) :

> En l'espèce, on a demandé à la Cour de décider si [la disposition] contesté[e] est inconstitutionnel[le] en raison de son objectif d'empêcher la formation d'associations. Nous avons conclu que l'exclusion des membres de la GRC de l'application des protections fondamentales en matière d'association contenues dans la *LRTFP* vise effectivement cet objectif et viole la *Charte*, mais, en raison de la manière dont l'appelant a formulé sa demande, nous l'avons fait sans avoir à décider si l'exclusion totale des membres de la GRC du régime de négociation collective établi par la *LRTFP* entraîne une violation de la *Charte*. Comme l'a expliqué le juge Sopinka dans l'arrêt *IPFPC*, précité, à la p. 405, il se peut qu'une telle exclusion totale empêche les employés de s'associer et qu'elle porte ainsi atteinte à la liberté d'association garantie par la *Charte*. Nous ne croyons pas que, à l'étape de l'analyse de la réparation, il soit opportun de déterminer si la Constitution permet l'exclusion totale des membres de la GRC d'un régime de négociation collective. Nous ne voulons pas non plus préjuger de la question de savoir si le législateur peut vouloir accorder aux membres de la GRC des droits restreints à la négociation collective. [Je souligne.]

69 Advenant qu'une demande d'inclusion soit présentée dans l'avenir, la première question sera de savoir si la disposition se rapporte à une activité se situant à l'intérieur des limites établies dans la trilogie du droit du travail ou à une activité qui réalise par ailleurs l'objet de l'al. 2*d*) de la *Charte*. Une fois cette étape franchie, il faudra déterminer si, par son objet ou son effet, l'exclusion des travailleurs agricoles de la disposition en cause entrave substantiellement cette activité. Si l'effet de l'exclusion est contesté, la position du demandeur devra être examinée à la lumière des considérations qui précèdent.

VII. Conclusion

70 Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours. Je déclarerais la *LMLRTE* inconstitutionnelle dans la mesure où elle donne effet à l'al. 3*b*) de la *LRT*, et je déclarerais l'al. 3*b*) de la *LRT* inconstitutionnel. Je suspendrais l'effet de ces déclarations pendant une période de 18 mois. Je répondrais aux questions constitutionnelles de la manière suivante :

2001 SCC 94 (CanLII)

1. Does s. 80 of the *Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, limit the right of agricultural workers

   (a) to freedom of association guaranteed by s. 2(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; or

   (b) to equality before and under the law and equal benefit of the law without discrimination as guaranteed by s. 15 of the *Charter*?

Section 80 of the *Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act* limits freedom of association guaranteed by s. 2(*d*) of the *Charter* to the extent that its effect is to re-subject agricultural workers to the exclusion clause found in s. 3(*b*) of the *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sched. A. For this reason, it is not necessary to answer the s. 15(1) question.

2. Does s. 3(*b*) of the *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sched. A, limit the right of agricultural workers

   (a) to freedom of association guaranteed by s. 2(*d*) of the *Charter*; or

   (b) to equality before and under the law and equal benefit of the law without discrimination as guaranteed by s. 15 of the *Charter*?

Section 3(*b*) of the *Labour Relations Act, 1995* limits the right of agricultural workers to freedom of association guaranteed by s. 2(*d*) of the *Charter*. For this reason, it is not necessary to answer the s. 15(1) question.

3. If the answer to any part of questions 1 or 2 is in the affirmative, is the limitation nevertheless justified under s. 1 of the *Charter*?

No.

The following are the reasons delivered by

71 L'HEUREUX-DUBÉ J. — I have read the reasons of Bastarache J. I believe that this case can be resolved on simpler grounds. I will therefore

1. L'article 80 de la *Loi de 1995 modifiant des lois en ce qui concerne les relations de travail et l'emploi*, L.O. 1995, ch. 1, limite-t-il le droit des travailleurs agricoles

   a) à la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou

   b) à l'égalité devant la loi et dans l'application de la loi ainsi qu'au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, que garantit l'art. 15 de la *Charte*?

L'article 80 de la *Loi de 1995 modifiant des lois en ce qui concerne les relations de travail et l'emploi* limite le droit des travailleurs agricoles à la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) de la *Charte* en ce qu'il a pour effet d'assujettir de nouveau les travailleurs agricoles à la clause d'exclusion de l'al. 3*b*) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, annexe A. Il n'est donc pas nécessaire de répondre à la question visant le par. 15(1).

2. L'alinéa 3*b*) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, annexe A, limite-t-il le droit des travailleurs agricoles

   a) à la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) de la *Charte*, ou

   b) à l'égalité devant la loi et dans l'application de la loi ainsi qu'au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, que garantit l'art. 15 de la *Charte*?

L'alinéa 3*b*) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail* limite le droit des travailleurs agricoles à la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) de la *Charte*. Pour ce motif, il n'est pas nécessaire de répondre à la question visant le par. 15(1).

3. Si la réponse à l'un ou l'autre des volets de la première ou deuxième question est affirmative, la limite est-elle néanmoins justifiée au sens de l'article premier de la Charte?

Non.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — J'ai pris connaissance des motifs du juge Bastarache et j'estime que ce pourvoi peut être résolu plus simplement.

2001 SCC 94 (CanLII)

outline the reasoning upon which I base my opinion.

At the heart of this case is the question of whether the right of agricultural workers in Ontario to associate in order to pursue common goals and their equality rights have been violated by s. 80 of the *Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1 ("*LRESLAA*"), and s. 3(*b*) of the Ontario *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sched. A ("*LRA*"). The issues in the present appeal are (1) whether the government of Ontario has a positive obligation to protect the appellants' constitutionally guaranteed rights under s. 2(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; and (2) whether the impugned legislation violates s. 15(1) of the *Charter*.

My colleague has set out the facts in this case as well as a description of its judicial history. Except where otherwise expanded upon or noted, I adopt this factual background.

In 1994, a specialized legislative regime, the *Agricultural Labour Relations Act, 1994*, S.O. 1994, c. 6 ("*ALRA*"), was enacted granting agricultural workers in Ontario protection against unfair labour practices. The United Food and Commercial Workers Union ("UFCW") was established shortly after the enactment of the *ALRA* and was certified as the bargaining agent for approximately 200 workers at the Highline Produce Limited mushroom factory farm in Leamington, Ontario. During the period that the *ALRA* was in effect, the UFCW filed two further certification applications, one for the workers at Kingsville Mushroom Farm Inc., and the other for the workers at the respondent Fleming Chicks.

On November 10, 1995, a new government repealed the *ALRA* and replaced it with legislation that mandated the dissolution of agricultural labour unions. The new *LRA* excluded persons in agriculture from application of the Act, including statutory protection against unfair labour practices.

In *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, speaking for a majority of the Court, I addressed the issue of positive government obligations in the context of

J'exposerai donc le raisonnement sur lequel je fonde mon opinion.

72 La question au cœur du présent pourvoi est de savoir si l'art. 80 de la *Loi de 1995 modifiant des lois en ce qui concerne les relations de travail et l'emploi*, L.O. 1995, ch. 1 (« *LMLRTE* »), et l'al. 3*b*) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, annexe A (« *LRT* ») portent atteinte au droit des travailleurs agricoles de l'Ontario de s'associer pour poursuivre des buts communs et à leurs droits à l'égalité. La Cour doit décider (1) si le gouvernement de l'Ontario a l'obligation positive de protéger les droits des appelants en vertu de l'al. 2*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et (2) si la loi contestée viole le par. 15(1) de la *Charte*.

73 Mon collègue a exposé les faits et les décisions antérieures en l'espèce. Sauf précision ou remarque supplémentaire de ma part, j'adopte son exposé.

74 En 1994, un régime légal spécialisé, la *Loi de 1994 sur les relations de travail dans l'agriculture*, L.O. 1994, ch. 6 (« *LRTA* »), confère aux travailleurs agricoles de l'Ontario la protection contre les pratiques déloyales de travail. L'Union internationale des travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce (« TUAC ») est créée peu après l'adoption de la *LRTA*, et est accréditée à titre d'agent négociateur d'environ 200 travailleurs de la champignonnière Highline Produce Limited, située à Leamington (Ontario). Pendant la période où la *LRTA* est en vigueur, TUAC présente deux autres demandes d'accréditation, l'une visant les travailleurs de Kingsville Mushroom Farm Inc., l'autre les travailleurs de l'intimée Fleming Chicks.

75 Le 10 novembre 1995, un nouveau gouvernement abroge la *LRTA* et la remplace par une loi prescrivant la dissolution des syndicats agricoles. La nouvelle *LRT* exclut de son champ d'application, et donc de la protection légale contre les pratiques déloyales de travail, les personnes travaillant dans l'agriculture.

76 Dans *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, m'exprimant au nom de la majorité, j'examine la question des obligations positives de l'État dans

2001 SCC 94 (CanLII)

Charter analysis by first noting, at p. 1038 (quoting *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313 ("*Alberta Reference*"), *per* Dickson C.J., dissenting, at p. 361):

> Section 2 of the *Charter* protects fundamental "freedoms" as opposed to "rights". Although these two terms are sometimes used interchangeably, a conceptual distinction between the two is often drawn. "Rights" are said to impose a corresponding duty or obligation on another party to ensure the protection of the right in question whereas "freedoms" are said to involve simply an absence of interference or constraint. This conceptual approach to the nature of "freedoms" may be too narrow since it fails to acknowledge situations where the absence of government intervention may in effect substantially impede the enjoyment of fundamental freedoms (e.g., regulations limiting the monopolization of the press may be required to ensure freedom of expression and freedom of the press). [Emphasis added by L'Heureux-Dubé J. in *Haig*.]

77 Having set the stage, I then proceeded to develop an argument in *Haig* that has direct application to this case, stating, at p. 1039:

> . . . distinctions between "freedoms" and "rights", and between positive and negative entitlements, are not always clearly made, nor are they always helpful. One must not depart from the context of the purposive approach articulated by this Court in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. Under this approach, a situation might arise in which, in order to make a fundamental freedom meaningful, a posture of restraint would not be enough, and positive governmental action might be required. This might, for example, take the form of legislative intervention aimed at preventing certain conditions which muzzle expression, or ensuring public access to certain kinds of information.
>
> In the proper context, these may perhaps be relevant considerations leading a court to conclude that positive governmental action is required. [Emphasis added.]

78 In *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627, at p. 667, I pointed out that *Haig* also stands for the proposition that while the government may have been under no constitutional obligation to provide for the right to a referendum

le contexte de l'analyse fondée sur la *Charte*, soulignant tout d'abord à la p. 1038 (citant le juge en chef Dickson, dissident, dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (« *Renvoi relatif à l'Alberta* »), p. 361) :

> L'article 2 de la *Charte* garantit des « libertés » fondamentales et non des « droits ». Si parfois ces deux termes sont utilisés indifféremment, une distinction d'ordre conceptuel est souvent faite entre les deux. On dit au sujet des « droits », qu'ils imposent à une autre partie une obligation correspondante de protéger le droit en question, alors qu'on dit au sujet des « libertés », qu'elles comportent simplement une absence d'intervention ou de contrainte. Cette conception de la nature des « libertés » est peut-être trop étroite étant donné qu'elle ne reconnaît pas l'existence de certains cas où l'absence d'intervention gouvernementale est effectivement susceptible de porter atteinte sensiblement à la jouissance de libertés fondamentales (par exemple, une réglementation limitant la monopolisation de la presse peut être nécessaire pour assurer la liberté d'expression et de presse). [Souligné par le juge L'Heureux-Dubé dans *Haig*.]

Sur cette toile de fond, j'élabore ensuite le raisonnement suivant qui s'applique directement en l'espèce (*Haig*, p. 1039) :

> Les distinctions entre « libertés » et « droits » et entre droits positifs et droits négatifs ne sont pas toujours nettes ni utiles. On ne doit pas s'éloigner du contexte de l'approche fondée sur l'objet énoncée par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. Suivant cette approche, il pourrait se présenter une situation dans laquelle il ne suffirait pas d'adopter une attitude de réserve pour donner un sens à une liberté fondamentale, auquel cas une mesure gouvernementale positive s'imposerait peut-être. Celle-ci pourrait, par exemple, revêtir la forme d'une intervention législative destinée à empêcher la manifestation de certaines conditions ayant pour effet de museler l'expression, ou à assurer l'accès du public à certains types de renseignements.
>
> Dans le contexte approprié, ces considérations pourraient être pertinentes et amener un tribunal à conclure à la nécessité d'une intervention gouvernementale positive. [Je souligne.]

Dans *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627, p. 667, je signale que *Haig* établit également la proposition selon laquelle, même si le gouvernement n'est pas constitutionnellement tenu, suivant l'al. 2*b*) de la *Charte*,

2001 SCC 94 (CanLII)

under s. 2(*b*) of the *Charter*, once the government decides to provide a specific platform of expression, it must do so in a manner consistent with the *Charter*. I refer specifically to p. 1041 of *Haig*:

> While s. 2(*b*) of the *Charter* does not include the right to any particular means of expression, where a government chooses to provide one, it must do so in a fashion that is consistent with the Constitution. The traditional rules of *Charter* scrutiny continue to apply. Thus, while the government may extend such a benefit to a limited number of persons, it may not do so in a discriminatory fashion, and particularly not on [a] ground prohibited under s. 15 of the *Charter*. [Emphasis added.]

Turning to the labour relations context in *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989, a case dealing with s. 2(*d*) rights of government employees, I noted, at para. 7:

> . . . in cases where the employer does not form part of government, there exists no *Charter* protection against employer interference. In such a case, it might be demonstrated that the selective exclusion of a group of workers from statutory unfair labour practice protections has the purpose or effect of encouraging private employers to interfere with employee associations. It may also be that there is a positive obligation on the part of governments to provide legislative protection against unfair labour practices or some form of official recognition under labour legislation, because of the inherent vulnerability of employees to pressure from management, and the private power of employers, when left unchecked, to interfere with the formation and administration of unions.

This case is one where I believe there is a positive obligation on the government to provide legislative protection against unfair labour practices.

In 1943, the Ontario Legislature enacted a protective shield for workers, namely, the *Collective Bargaining Act, 1943*, S.O. 1943, c. 4. But this shield was missing panels, including the protection of agricultural workers. The shield's pattern had been imported from American legislation. In 1994, 12 years after the enactment of the *Charter*, the

d'accorder le droit à un référendum, une fois qu'il s'engage à fournir une tribune spécifique, il doit le faire d'une manière conforme à la *Charte*. Je renvoie spécifiquement à la p. 1041 de *Haig* :

> . . . quoique l'al. 2*b*) de la *Charte* ne confère aucun droit à un mode particulier d'expression, lorsqu'un gouvernement choisit d'en fournir un, il doit le faire d'une manière conforme à la Constitution. Les règles traditionnelles qui régissent l'examen fondé sur la *Charte* continuent à s'appliquer. Donc, bien qu'il soit loisible au gouvernement d'accorder un tel avantage à un nombre restreint de personnes, il ne saurait, ce faisant, commettre un acte de discrimination, surtout si cette discrimination se fonde sur un motif prohibé par l'art. 15 de la *Charte*. [Je souligne.]

79 Dans un contexte de relations du travail, je souligne ceci au par. 7 de *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989, un arrêt traitant des droits d'employés de l'État en vertu de l'al. 2*d*) :

> . . . la *Charte* ne fournit aucune protection contre l'ingérence de l'employeur qui ne fait pas partie du gouvernement. Dans un tel cas, il pourrait être démontré que l'exclusion sélective d'un groupe de travailleurs de l'application de protections légales contre les pratiques déloyales de travail a pour objet ou pour effet d'encourager les employeurs du secteur privé à faire obstacle aux associations d'employés. Il se peut également qu'il y ait une obligation positive de la part des gouvernements de fournir une protection législative contre les pratiques déloyales de travail ou une forme quelconque de reconnaissance officielle en vertu de la législation en matière de travail, en raison de la vulnérabilité inhérente des employés aux pressions exercées par la direction et du pouvoir de nature privée qu'ont les employeurs de nuire à la formation et à l'administration des syndicats, lorsque ce pouvoir n'est pas contrôlé.

80 Je crois qu'il s'agit en l'espèce d'un cas où le gouvernement a l'obligation positive de fournir une protection légale contre les pratiques déloyales de travail.

81 En 1943, l'Ontario adoptait une loi de protection des travailleurs, *Collective Bargaining Act, 1943*, S.O. 1943, ch. 4 (« *Loi de 1943 sur les négociations collectives* »). Il y manquait des panneaux entiers, notamment la protection des travailleurs agricoles. La loi s'inspirait de la législation américaine. En 1994, 12 ans après l'adoption de la *Charte*, le

2001 SCC 94 (CanLII)

government attempted to make the shield whole by enacting the *ALRA*. The patched shield was intact for 17 months. In 1995, the legislature removed the panel and reinstated, in a new labour statute, a modified version of the original exclusion clause. Thus, under the often harsh labour relations climate, agricultural workers were once again made to stand out as a result of their exclusion from the protection offered by the statutory shield, in stark contrast to the vast majority of workers who were protected by the *LRA*.

82 I start with an examination of the legislative history and factual background, an analysis intended to complement the narrative included in my colleague's reasons. It should be noted that both the decision of the Ontario Court (General Division) ((1997), 155 D.L.R. (4th) 193, *per* Sharpe J. (as he then was)) and that of the Ontario Court of Appeal ((1999), 182 D.L.R. (4th) 471), predate this Court's decision in *Delisle*, *supra*.

I. Legislative History and Factual Background

83 Ontario was the first jurisdiction in Canada "to adopt a fully-fledged collective bargaining statute" (H. W. Arthurs et al., *Labour Law and Industrial Relations in Canada* (4th ed. 1993), at para. 90). On April 14, 1943, the *Collective Bargaining Act, 1943* was assented to in Ontario. At s. 24, it listed the categories of employees excluded from the Act, including "domestic servants", "members of any police force", certain other public employees, and "the industry of farming".

84 The *Collective Bargaining Act, 1943* was modelled on a statute enacted by the United States Congress in 1935, the *National Labor Relations Act*, July 5, 1935, c. 372, 49 Stat. 449 (29 U.S.C. §§ 151 to 169) (called the "*Wagner Act*" after its sponsor, Senator Wagner of New York). Senator Wagner considered this ground-breaking statute more "than a weapon against the disruption of industry by labor-management disputes". He envisaged it "as an 'affirmative vehicle' for economic and social progress" (C. J. Morris, ed., *The Developing Labor Law* (1971), at p. 27).

gouvernement ontarien décide de combler les vides en adoptant la *LRTA*. La protection ainsi colmatée tient 17 mois. En 1995, le législateur ontarien supprime le nouveau panneau et rétablit, dans une nouvelle loi sur les relations de travail, une version modifiée de la clause d'exclusion initiale. Ainsi, dans le climat souvent tendu des relations de travail, les travailleurs agricoles sont à nouveau singularisés du fait de leur exclusion du régime de protection légale qui les distingue nettement de la vaste majorité des travailleurs qui sont protégés par la *LRT*.

Au départ, j'examinerai l'évolution législative et les faits, en complément de l'exposé de mon collègue. Il y a lieu de noter ici que la décision de la Cour de l'Ontario (Division générale) ((1997), 155 D.L.R. (4th) 193, le juge Sharpe (maintenant juge à la Cour d'appel)) et l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario ((1999), 182 D.L.R. (4th) 471) précèdent l'arrêt *Delisle* de notre Cour.

I. L'évolution législative et les faits

La législature ontarienne a été la première au Canada [TRADUCTION] « à adopter une loi complète et détaillée sur la négociation collective » (H. W. Arthurs et autres, *Labour Law and Industrial Relations in Canada* (4e éd. 1993), par. 90). Le 14 avril 1943, la *Loi de 1943 sur les négociations collectives* est sanctionnée en Ontario. Elle énumère, à l'art. 24, les catégories d'employés exclus de son application, notamment les domestiques, les forces de police, certains employés du service public et [TRADUCTION] « les activités agricoles ».

La *Loi de 1943 sur les négociations collectives* s'inspirait d'une loi adoptée par le Congrès américain en 1935, la *National Labor Relations Act*, 5 juillet 1935, ch. 372, 49 Stat. 449 (29 U.S.C. §§ 151 à 169) (appelée la « *Loi Wagner* » du nom de son parrain, le sénateur Wagner, de l'État de New York). Pour ce dernier, cette loi avant-gardiste était davantage [TRADUCTION] « qu'une arme contre la perturbation de l'économie occasionnée par les conflits du travail » et il y voyait « un moyen de favoriser le progrès économique et social » (C. J. Morris, dir., *The Developing Labor Law* (1971), p. 27).

2001 SCC 94 (CanLII)

Senator Wagner's address to Congress (79 Cong. Rec. 7565 (1935)), was prescient in its use of terminology familiar to current Canadian *Charter* jurisprudence: "Caught in the labyrinth of modern industrialism and dwarfed by the size of corporate enterprise, [the employee] can attain freedom and dignity only by cooperation with others of his group" (quoted in Morris, *supra*, at p. 27 (emphasis added)).

The *Wagner Act* excluded certain categories of employees, including agricultural workers. Several of these exclusions are reflected in the *Collective Bargaining Act, 1943.*

On April 6, 1944, the *Collective Bargaining Act, 1943* was repealed and replaced with *The Labour Relations Board Act, 1944*, S.O. 1944, c. 29 ("*LRBA*"). At s. 10(*a*), the *LRBA* affirmed that it did not apply to "the industry of farming".

The *LRBA* was repealed and replaced with *The Labour Relations Act, 1948*, S.O. 1948, c. 51, which was subsequently repealed and replaced with *The Labour Relations Act, 1950*, S.O. 1950, c. 34. At s. 2 of the 1950 Act, the restriction was amended to read:

2. This Act does not apply,

. . .

(*b*) to any person employed in agriculture, horticulture, hunting or trapping;

On April 12, 1960, clause *b* of s. 2 was amended (S.O. 1960, c. 54, s. 1) by striking out "horticulture" in the first line and adding a new clause *bb*:

2. This Act does not apply,

. . .

(*b*) to any person employed in agriculture, hunting or trapping;

(*bb*) to any person, other than an employee of a municipality or a person employed in silvaculture [*sic*], who is employed in horticulture by an employer

L'allocution du sénateur Wagner devant le Congrès (79 Cong. Rec. 7565 (1935)) était prescience dans son utilisation de termes devenus courants dans la jurisprudence canadienne relative à la *Charte* : [TRADUCTION] « Pris au piège de l'industrialisme moderne et écrasé par la taille des entreprises, [l'employé] ne peut atteindre la liberté et la dignité que par la collaboration avec les autres membres du groupe auquel il appartient » (citée dans *Morris*, *op. cit.*, p. 27 (je souligne)). 85

La *Loi Wagner* excluait certaines catégories d'employés, dont les travailleurs agricoles. La *Loi de 1943 sur les négociations collectives* de l'Ontario reprenait plusieurs de ces exclusions. 86

Le 6 avril 1944, la *Loi de 1943 sur les négociations collectives* est abrogée et remplacée par la *Labour Relations Board Act, 1944*, S.O. 1944, ch. 29 (« *LRBA* ») dont l'al. 10*a*) précise que ses dispositions ne s'appliquent pas [TRADUCTION] « aux activités agricoles ». 87

La *LRBA* est abrogée et remplacée par *The Labour Relations Act, 1948*, S.O. 1948, ch. 51, abrogée et remplacée ensuite par *The Labour Relations Act, 1950*, S.O. 1950, ch. 34. L'article 2 de la loi de 1950 modifie la clause d'exclusion : 88

[TRADUCTION] **2.** La présente loi ne s'applique pas

. . .

b) à une personne qui est employée à l'agriculture, à l'horticulture, à la chasse ou au piégeage;

Le 12 avril 1960, l'al. 2*b*) est modifié par la suppression du mot « horticulture » et l'ajout de l'al. *bb*) (S.O. 1960, ch. 54, art. 1) : 89

[TRADUCTION] **2.** La présente loi ne s'applique pas

. . .

b) à une personne qui est employée à l'agriculture, à la chasse ou au piégeage;

bb) à une personne qui est employée dans l'horticulture par un employeur dont l'entreprise principale est l'agriculture ou l'horticulture, sauf si elle est au

2001 SCC 94 (CanLII)

whose primary business is agriculture or horticulture.

90 The issues surrounding the statutory provision at the heart of this case were referred to indirectly in *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, where this Court examined the jurisdiction of the Ontario Labour Relations Board ("OLRB") to determine the constitutionality of s. 2(*b*) of the *Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228 (now s. 3(*b*) of the *LRA*) in the course of proceedings before the OLRB. One of the issues on appeal was whether the Ontario Court of Appeal erred in holding that the OLRB had jurisdiction to decide the constitutional validity of s. 2(*b*) of its enabling statute by applying the *Charter* as part of its duty to consider statutes bearing on proceedings before it.

91 The underlying case in *Cuddy Chicks* can be summarized as follows. In April 1987, the United Food and Commercial Workers International Union, Local 175, filed an application for certification before the OLRB relating to employees at the chicken hatchery of Cuddy Chicks Limited. Section 2(*b*) of the 1980 *Labour Relations Act* stated that the Act does not apply "to a person employed in agriculture". The OLRB noted at para. 44 of its reasons in *Cuddy Chicks Ltd.*, [1988] O.L.R.B. Rep. May 468, that it was the union, not the employees, that made the *Charter* application. On filing the application, the union gave notice that, if the employees were found to be agricultural employees, it would request the OLRB to hold s. 2(*b*) invalid as being contrary to s. 2(*d*) and s. 15(1) of the *Charter*. In affirming that the employees were indeed so employed, the OLRB stated, at para. 9, that:

There is no doubt that the hatchery is a highly mechanized, technologically sophisticated operation and that the employees in many respects work in factory-like conditions with set shifts, year-round employment and the benefits and disciplinary provisions similar to or the same as one would expect to find in a factory. We accept respondent counsel's submission that agriculture has become highly technological and commercial, but

service d'une municipalité ou employée en sylviculture;

Les questions que soulève la disposition législative contestée en l'espèce sont abordées indirectement dans *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, où notre Cour examine la compétence de la Commission des relations de travail de l'Ontario (« CRTO ») pour statuer sur la constitutionnalité de l'al. 2*b*) de la *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1980, ch. 228 (devenu l'al. 3*b*) de la *LRT*), dans le cadre de l'instance dont elle était saisie. Notre Cour devait déterminer notamment si la Cour d'appel de l'Ontario avait eu tort de conclure que la CRTO avait compétence pour statuer sur la constitutionnalité de l'al. 2*b*) de sa loi habilitante en appliquant la *Charte*, dans le cadre de son obligation d'examiner les lois ayant une incidence sur les procédures dont elle était saisie.

Les faits dans *Cuddy Chicks* peuvent être résumés comme suit. En avril 1987, l'Union internationale des travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 175, saisit la CRTO d'une demande d'accréditation visant les employés du couvoir de Cuddy Chicks Limited. L'alinéa 2*b*) de la *Loi sur les relations de travail* de 1980 précise que la Loi ne s'applique pas [TRADUCTION] « à la personne qui est employée à l'agriculture ». La CRTO fait remarquer, au par. 44 de *Cuddy Chicks Ltd.*, [1988] O.L.R.B. Rep. May 468, que c'est le syndicat, et non les employés, qui a soulevé la question relative à la *Charte*. En déposant la demande, le syndicat a donné avis que si les employés étaient assimilés à des employés agricoles, il demanderait à la CRTO de déclarer l'al. 2*b*) invalide parce que contraire à l'al. 2*d*) et au par. 15(1) de la *Charte*. En confirmant que les employés étaient effectivement des employés agricoles, la CRTO dit ce qui suit au par. 9 :

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que le couvoir est un établissement à la fine pointe de la technologie, que son fonctionnement est très mécanisé et que, à plusieurs égards, les employés travaillent dans des conditions apparentées à celles d'une usine : quarts de travail, emploi tout au long de l'année, avantages et encadrement disciplinaire semblables ou identiques à ceux auxquels l'on s'attendrait dans une usine. Nous reconnaissons,

2001 SCC 94 (CanLII)

that that does not make those activities non-agricultural: *Wellington Mushroom Farm*, [1980] OLRB Rep. May 813. It is thus the nature of the activities and not the way they are performed or the tools by which they are performed that is relevant. [Emphasis added.]

On the issue of the OLRB's jurisdiction to hear the *Charter* challenge, a majority of the Board decided that it had jurisdiction and directed the Registrar to set dates for the panel to hear evidence and argument on the union's *Charter* challenge to s. 2(*b*) of the 1980 Act. This hearing was postponed due to litigation launched by Cuddy Chicks Limited, which eventually came before this Court.

In *Cuddy Chicks*, *supra*, this Court ruled that the OLRB had jurisdiction to examine whether s. 2(*b*) of the 1980 *Labour Relations Act* was contrary to the *Charter*.

The matter was not carried forward, however, because of the imminence of legislative change. In *Cuddy Chicks Ltd.*, [1992] O.L.R.D. No. 1170 (QL), the Board reported, at para. 1, that:

> The applicant and respondent, by letter dated March 23, 1992, have jointly requested the Board to hold this matter in abeyance, in light of the amendments currently being considered for the Act, in particular as it affects the exclusion of "agricultural" employees in section 2(*b*).

In June 1992, the *Report of the Task Force on Agricultural Labour Relations: Report to the Minister of Labour* was released. The recommendations contained in this report influenced legislation subsequently introduced by the Ontario government, the *ALRA*, which was assented to on June 23, 1994. In recognition of certain specific concerns about the impact of the extension of statutory labour rights to the agricultural sector, the *ALRA* prohibited strikes and lockouts, substituting in their place a dispute resolution process, the final stage of which was binding final offer selection by an arbitration board.

comme nous y invite l'avocat, que l'agriculture est devenue une activité à haute teneur technologique et commerciale, mais il ne s'ensuit pas que les activités en cause ne sont pas agricoles. *Wellington Mushroom Farm*, [1980] OLRB Rep. mai 813. C'est donc la nature des activités en cause qui est déterminante, et non la manière dont elles sont exercées ou les instruments qui sont utilisés. [Je souligne.]

92 Par ailleurs, la CRTO conclut à la majorité qu'elle a compétence sur la contestation fondée sur la *Charte* et ordonne au registraire de fixer les dates auxquelles la formation entendra la preuve et les plaidoiries concernant la contestation de l'al. 2*b*) de la Loi fondée sur la *Charte*. L'audience est reportée en raison de l'instance engagée par Cuddy Chicks Limited qui s'est finalement retrouvée devant notre Cour.

93 Dans *Cuddy Chicks*, précité, notre Cour décide que la CRTO a compétence pour déterminer si l'al. 2*b*) de la *Loi sur les relations de travail* de 1980 contrevient à la *Charte*.

94 L'affaire ne s'est pas poursuivie à cause de l'imminence d'une modification législative. Dans *Cuddy Chicks Ltd.*, [1992] O.L.R.D. No. 1170 (QL), la Commission précise ceci au par. 1 :

> [TRADUCTION] Dans une lettre datée du 23 mars 1992, le demandeur et la défenderesse ont demandé conjointement à la Commission de suspendre l'instance en prévision des modifications que l'on envisage actuellement d'apporter à la Loi, tout particulièrement en ce qui concerne l'exclusion des employés « agricoles » prévue à l'alinéa 2*b*).

95 En juin 1992, est publié le *Rapport du Groupe d'étude sur les relations de travail dans le secteur agricole : Rapport présenté au ministère du Travail*. Ses recommandations influencent la teneur de la loi proposée par la suite par le gouvernement ontarien, la *LRTA*, qui est sanctionnée le 23 juin 1994. Répondant à certaines inquiétudes précises concernant les incidences de l'extension au secteur agricole du régime légal des relations de travail, la *LRTA* interdit la grève et le lock-out, qu'elle remplace par un mécanisme de règlement des différends dont la dernière étape est le choix d'une offre finale et obligatoire par un conseil d'arbitrage.

2001 SCC 94 (CanLII)

96 The *ALRA* was repealed by a newly elected government in 1995. The *LRESLAA*, which was assented to on November 10, 1995, replaced the predecessor *Labour Relations Act* and related amendments, and repealed the *ALRA*.

97 The *LRESLAA* also stipulated that any agreements certified under the *ALRA* were henceforth terminated, as were any certification rights of trade unions. The *LRESLAA* explicitly prohibited employers from reprisals against workers on account of union activity under the *ALRA*. The effect of the *LRESLAA* was to subject agricultural workers to the exclusion clause of the *LRA* (s. 3(*b*)). Alberta is the only other Canadian province with labour relations legislation incorporating an unqualified exclusion of agricultural workers.

98 The *LRA* is a substantial statute implementing a comprehensive labour relations regime. Its comprehensiveness can perhaps be appreciated by contrasting its 169 sections with the 27 sections of the *Collective Bargaining Act, 1943*.

99 The *LRA* features an expansive definition of "agriculture" at s. 1(1):

> "agriculture" includes farming in all its branches, including dairying, beekeeping, aquaculture, the raising of livestock including non-traditional livestock, furbearing animals and poultry, the production, cultivation, growing and harvesting of agricultural commodities, including eggs, maple products, mushrooms and tobacco, and any practices performed as an integral part of an agricultural operation, but does not include anything that was not or would not have been determined to be agriculture under section 2 of the predecessor to this Act as it read on June 22, 1994;

100 The exclusionary section of the *LRA* largely replicates the language of its predecessor:

> **3.** This Act does not apply,
>
> (*a*) to a domestic employed in a private home;
>
> (*b*) to a person employed in agriculture, hunting or trapping;

La *LRTA* est abrogée en 1995 par le nouveau gouvernement. Sanctionnée le 10 novembre 1995, la *LMLRTE* remplace la *Loi sur les relations de travail* et ses modifications, et abroge la *LRTA*.

La *LMLRTE* prévoit en outre que les conventions intervenues sous le régime de la *LRTA* cessent de s'appliquer, de même que les droits de tout syndicat accrédité comme agent négociateur. Elle interdit expressément à l'employeur d'user de représailles à l'endroit de travailleurs ayant exercé des activités syndicales en application de la *LRTA*. La *LMLRTE* a pour effet d'assujettir les travailleurs agricoles à la clause d'exclusion de la *LRT* (al. 3*b*)). L'Alberta est la seule autre province canadienne à exclure totalement les travailleurs agricoles de sa législation des relations de travail.

La *LRT* est une loi substantielle qui établit un régime complet de relations de travail. On peut juger de son exhaustivité en comparant ses 169 articles aux 27 que comptait la *Loi de 1943 sur les négociations collectives*.

La *LRT* renferme, au par. 1(1), une longue définition du mot « agriculture » :

> « agriculture » S'entend de tous ses domaines d'activité, notamment la production laitière, l'apiculture, l'aquiculture, l'élevage du bétail, dont l'élevage non traditionnel, l'élevage des animaux à fourrure et de la volaille, la production, la culture et la récolte de produits agricoles, y compris les œufs, les produits de l'érable, les champignons et le tabac, et toutes les pratiques qui font partie intégrante d'une exploitation agricole. La présente définition exclut toutefois tout ce qui n'a pas ou n'aurait pas été établi comme étant de l'agriculture aux termes de l'article 2 de la Loi que la présente loi remplace telle qu'elle existait au 22 juin 1994.

La disposition d'exclusion de la *LRT* reprend en grande partie le libellé de l'ancienne loi :

> **3.** La présente loi ne s'applique pas, selon le cas :
>
> *a*) au domestique employé dans un foyer privé;
>
> *b*) à la personne qui est employée à l'agriculture, à la chasse ou au piégeage;

2001 SCC 94 (CanLII)

(*c*) to a person, other than an employee of a municipality or a person employed in silviculture, who is employed in horticulture by an employer whose primary business is agriculture or horticulture;

(*d*) to a member of a police force within the meaning of the *Police Services Act*;

(*e*) except as provided in Part IX of the *Fire Protection and Prevention Act, 1997*, to a person who is a firefighter within the meaning of subsection 41(1) of that Act;

(*f*) to a member of a teachers' bargaining unit established by Part X.1 of the *Education Act*, except as provided by that Part, or to a supervisory officer, a principal or a vice-principal;

(*g*) to a member of the Ontario Provincial Police Force;

(*h*) to an employee within the meaning of the *Colleges Collective Bargaining Act*;

(*i*) to a provincial judge; or

(*j*) to a person employed as a labour mediator or labour conciliator. [Emphasis added.]

c) à la personne qui est employée dans l'horticulture par un employeur dont l'entreprise principale est l'agriculture ou l'horticulture, sauf si elle est au service d'une municipalité ou employée en sylviculture;

d) au membre d'un corps de police au sens de la *Loi sur les services policiers*;

e) sauf disposition contraire de la partie IX de la *Loi de 1997 sur la prévention et la protection contre l'incendie*, à la personne qui est un pompier au sens du paragraphe 41(1) de cette loi;

f) au membre d'une unité de négociation d'enseignants constituée par la partie X.1 de la *Loi sur l'éducation*, sauf disposition contraire de cette partie, ni à l'agent de supervision, au directeur d'école ou au directeur adjoint;

g) au membre de la Police provinciale de l'Ontario;

h) à l'employé au sens de la *Loi sur la négociation collective dans les collèges*;

i) au juge provincial;

j) à la personne employée comme médiateur ou conciliateur en matière de relations de travail. [Je souligne.]

It is worth noting that apart from the first three excluded categories, the remaining targets of the exclusion belong to groups that enjoy legal and social recognition and respect. Members of these groups must undergo rigorous selection and training processes before gaining admittance, and they generally enjoy stable employment conditions, comfortable salaries and benefits during their working lives, and adequate pension plans upon retirement. In many cases they also enjoy the protection and services of an established and dedicated union, which can engage in collective bargaining pursuant to other statutes. A parallel can be drawn between the situation of members of these relatively privileged and correspondingly less vulnerable groups, and the RCMP officers in *Delisle*, *supra*.

101 Il convient de signaler que, à l'exception des trois premières catégories exclues, les groupes professionnels visés par l'exclusion jouissent de la reconnaissance et du respect sur les plans juridique et social. Leurs membres sont admis à l'issue d'une procédure de sélection et d'une formation rigoureuses, ils bénéficient généralement, pendant leur vie active, de conditions d'emploi stables, de salaires et d'avantages confortables et, à la retraite, d'un régime de pension adéquat. Souvent, ils ont également droit à la protection et aux services d'un syndicat établi et spécifique, qui peut entreprendre une négociation collective sous le régime d'autres lois. On peut comparer la situation des membres de ces catégories relativement privilégiées et, par conséquent, moins vulnérables, à celle des agents de la GRC dans *Delisle*, précité.

In stark contrast, entry into the first three excluded categories generally requires little if any formal training. And, at least insofar as agricultural workers are concerned, working conditions are characterized by long hours, low wages, little job security or social recognition, and few employment benefits beyond those strictly mandated by law (see

102 À l'opposé, l'accès aux trois premières catégories exclues n'exige généralement pas de formation particulière ou en exige très peu. En ce qui concerne du moins les travailleurs agricoles, les conditions de travail se caractérisent par de longues heures de travail, des salaires peu élevés, une faible sécurité d'emploi ou reconnaissance sociale et de

2001 SCC 94 (CanLII)

the affidavit of Professor Judy Fudge from Osgoode Hall Law School). As Sharpe J. noted in his reasons, "agricultural workers are a disadvantaged group. They are poorly paid, face difficult working conditions, have low levels of skill and education, low status and limited employment mobility" (p. 216).

103 I would like to make explicit reference to the fact that in these reasons we are not deciding on the rights, or lack thereof, of foreign seasonal agricultural workers and their families, who are regulated under federal legislation.

II. *Charter* Analysis

104 At issue in the present appeal is whether the impugned legislation violates the appellants' freedom of association and equality rights guaranteed under the *Charter*.

105 In *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, McLachlin J. (as she then was), stated that "[t]he *Charter* has changed the balance of power between the legislative branch and the executive on the one hand, and the courts on the other hand, by requiring that all laws and government action must conform to the fundamental principles laid down in the *Charter*" (p. 389 (emphasis added)).

106 As stated by Dickson J. (as he then was), for this Court in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 156, the intent of the *Charter* is to constrain government action:

> I begin with the obvious. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is a purposive document. Its purpose is to guarantee and to protect, within the limits of reason, the enjoyment of the rights and freedoms it enshrines. It is intended to constrain governmental action inconsistent with those rights and freedoms. [Emphasis added.]

107 This Court has, on several occasions, set forth the guidelines to be employed in construing *Charter* provisions. In *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 119, Dickson C.J. stated that "[t]o identify the

rares avantages accordés en sus de ceux exigés par la loi (voir l'affidavit du professeur Judy Fudge, Osgoode Hall Law School). Comme le souligne le juge Sharpe dans ses motifs, [TRADUCTION] « les travailleurs agricoles forment un groupe défavorisé. Ils sont mal rémunérés, ils ont des conditions de travail difficiles, une formation et une instruction limitées, un statut peu élevé et une mobilité d'emploi restreinte » (p. 216).

Je tiens à bien préciser que les présents motifs ne traitent pas des droits qu'ont ou que n'ont pas les travailleurs agricoles saisonniers étrangers et leurs familles, lesquels relèvent de la compétence législative fédérale.

II. L'analyse fondée sur la *Charte*

La question en litige est de savoir si les dispositions contestées violent la liberté d'association et les droits à l'égalité garantis aux appelants par la *Charte*.

Dans *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, le juge McLachlin, maintenant Juge en chef, dit : « La *Charte* a modifié l'équilibre des forces entre la branche législative et l'exécutif, d'une part, et les tribunaux, d'autre part, en exigeant que toutes les lois et mesures gouvernementales soient conformes aux principes fondamentaux énoncés dans celle-ci » (p. 389 (je souligne)).

Comme le dit au nom de la Cour le juge Dickson, plus tard Juge en chef, dans *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 156, l'intention qui sous-tend la *Charte* est de contraindre l'action gouvernementale :

> Je commence par ce qui est évident. La *Charte canadienne des droits et libertés* est un document qui vise un but. Ce but est de garantir et de protéger, dans des limites raisonnables, la jouissance des droits et libertés qu'elle enchâsse. Elle vise à empêcher le gouvernement d'agir à l'encontre de ces droits et libertés; [Je souligne.]

À plusieurs occasions, notre Cour a dégagé les paramètres d'interprétation des dispositions de la *Charte*. Dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 119, le juge en chef Dickson dit que, « pour

2001 SCC 94 (CanLII)

underlying purpose of the *Charter* right in question . . . it is important to begin by understanding the cardinal values it embodies". In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344, Dickson J. stated:

> In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, this Court expressed the view that the proper approach to the definition of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* was a purposive one. The meaning of a right or freedom guaranteed by the *Charter* was to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee; it was to be understood, in other words, in the light of the interests it was meant to protect.
>
> In my view this analysis is to be undertaken, and the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*. The interpretation should be, as the judgment in *Southam* emphasizes, a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter*'s protection. At the same time it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question, but to recall that the *Charter* was not enacted in a vacuum, and must therefore, as this Court's decision in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, illustrates, be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts. [Emphasis added.]

As stated by Laycraft J.A. of the Court of Appeal of Alberta in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* (1983), 49 A.R. 194, "the *Charter* has both a positive and a negative impact. Acting positively it grants and guarantees rights to Canadians; negatively it imposes a corresponding and opposite limit on the power of government" (p. 203).

In *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at para. 60, the majority discussed the scope of government obligations under s. 32 of the *Charter* in the context of underinclusive legislation:

> The relevant subsection, s. 32(1)(*b*), states that the *Charter* applies to "the legislature and government of

identifier l'objet qui sous-tend le droit garanti par la *Charte* dont il est question en l'espèce, il est important de commencer par comprendre les valeurs fondamentales inhérentes à ce droit ». Dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344, le juge Dickson dit :

> Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, la Cour a exprimé l'avis que la façon d'aborder la définition des droits et des libertés garantis par la *Charte* consiste à examiner l'objet visé. Le sens d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie; en d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger.
>
> À mon avis, il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*. En même temps, il importe de ne pas aller au delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question et de se rappeler que la *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et que, par conséquent, comme l'illustre l'arrêt de [notre] Cour [dans] *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés. [Je souligne.]

108 Comme le juge Laycraft de la Cour d'appel de l'Alberta l'exprimait dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* (1983), 49 A.R. 194, [TRADUCTION] « la *Charte* a des répercussions positives et des répercussions négatives. Elle confère et garantit des droits aux Canadiens, mais, à l'inverse, elle restreint le pouvoir de l'État » (p. 203).

109 Dans *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 60, la majorité traite de l'étendue des obligations que l'art. 32 de la *Charte* impose à l'État dans le contexte d'une loi dont la portée est trop limitative :

> L'alinéa 32(1)*b*) dit que la *Charte* s'applique « à la législature et au gouvernement de chaque province,

2001 SCC 94 (CanLII)

each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province". There is nothing in that wording to suggest that a positive act encroaching on rights is required; rather the subsection speaks only of matters within the authority of the legislature. Dianne Pothier has correctly observed that s. 32 is "worded broadly enough to cover positive obligations on a legislature such that the *Charter* will be engaged even if the legislature refuses to exercise its authority" ("The Sounds of Silence: *Charter* Application when the Legislature Declines to Speak" (1996), 7 *Constitutional Forum* 113, at p. 115). The application of the *Charter* is not restricted to situations where the government actively encroaches on rights. [Emphasis in original.]

110 The original Acts were drafted and amended in the pre-*Charter* era. To develop an *ex post facto* finding of *Charter*-complying legislative intent would be a speculative exercise. The same cannot be said about the drafting of the 1995 legislation, which must meet the constitutional guarantees set out in the *Charter*. The entrenchment of the *Charter* marks an important date in our legal evolution.

A. *Section 2(d) Analysis*

111 The appellants claim that the *LRESLAA* and the *LRA* violate agricultural workers' freedom of association under s. 2(*d*) of the *Charter*. The freedom of association is a fundamental freedom under the *Charter*. In the *Alberta Reference*, *supra*, Dickson C.J. elaborated on the role of freedom of association as follows, at p. 334:

> Freedom of association is the freedom to combine together for the pursuit of common purposes or the advancement of common causes. It is one of the fundamental freedoms guaranteed by the *Charter*, a *sine qua non* of any free and democratic society, protecting individuals from the vulnerability of isolation and ensuring the potential of effective participation in society. In every area of human endeavour and throughout history individuals have formed associations for the pursuit of common interests and aspirations. Through association individuals are able to ensure that they have a voice in shaping the circumstances integral to their needs, rights and freedoms. [Emphasis added.]

112 In the same case, McIntyre J. stated at p. 408 that the "fundamental purpose of freedom of

pour tous les domaines relevant de cette législature ». Rien n'indique qu'une action positive empiétant sur des droits soit nécessaire; en fait, l'alinéa parle uniquement des domaines relevant de cette législature. Dianne Pothier a fait remarquer à juste titre que l'art. 32 est [TRADUCTION] « rédigé d'une manière assez générale pour viser les obligations positives du législateur, de telle sorte que la *Charte* s'appliquera même lorsque le législateur refuse d'exercer son pouvoir » (« The Sounds of Silence: *Charter* Application when the Legislature Declines to Speak » (1996), 7 *Forum constitutionnel* 113, à la p. 115). L'application de la *Charte* n'est pas limitée aux cas où par son action le gouvernement empiète sur des droits. [Souligné dans l'original.]

Les lois initiales ont été rédigées et modifiées avant l'adoption de la *Charte*. Dégager a posteriori une conclusion quant à la conformité de l'intention du législateur à la *Charte* relèverait de la pure conjecture. On ne peut en dire autant de la législation de 1995 qui doit être conforme aux garanties constitutionnelles énoncées dans la *Charte*. La constitutionnalisation de la *Charte* est une étape marquante de l'évolution de notre droit.

A. *L'analyse fondée sur l'al. 2d)*

Les appelants soutiennent que la *LMLRTE* et la *LRT* portent atteinte à la liberté d'association conférée par l'al. 2*d*) de la *Charte* aux travailleurs agricoles. La liberté d'association est une liberté fondamentale garantie par la *Charte*. Dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, précité, p. 334, le juge en chef Dickson en décrit le rôle :

> La liberté d'association, c'est la liberté de s'unir dans la poursuite d'un objectif commun ou pour promouvoir une cause commune. C'est l'une des libertés fondamentales garanties par la *Charte*, une condition essentielle de toute société libre et démocratique, qui protège les individus de la vulnérabilité résultant de l'isolement et qui assure la possibilité d'avoir une participation efficace dans la société. Dans toutes les sphères de l'activité humaine et tout au long de l'histoire, des individus ont formé des associations vouées à la poursuite d'intérêts et d'aspirations communs. En s'associant, les individus parviennent à faire entendre leur voix pour façonner ce qui permet de répondre à leurs besoins, à leurs droits et à leurs libertés. [Je souligne.]

Dans la même affaire, le juge McIntyre dit, à la p. 409, que « l'objet fondamental de la liberté

2001 SCC 94 (CanLII)

association . . . [is] to permit the collective pursuit of common goals".

In *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, at p. 252, Wilson J. reviewed the analysis on freedom of association in the *Alberta Reference*, *supra*, and concluded that:

> [I]n construing the purpose behind s. 2(*d*) this Court was unanimous in finding that freedom of association is meant to protect the collective pursuit of common goals. This reading of the purpose behind the guarantee of freedom of association has been confirmed in more recent cases. For instance, s. 2(*d*) was considered again in the labour relations context in *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367 ("*P.I.P.S.*"). [Emphasis added.]

Thus, I agree with my colleague Bastarache J. that the purpose of s. 2(*d*) is to protect the collective pursuit of common goals. With respect, however, I do not agree with his assertion that the right not to associate is protected under s. 2(*d*) of the *Charter* (see *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 209, 2001 SCC 70), but this right is not implicated in the present case, and I say no more about it.

Worker organizations are a powerful and vibrant example of the collective pursuit of common goals. In the *Alberta Reference*, *supra*, at pp. 334-35, Dickson C.J. commented on the fundamental importance of the freedom to associate in the context of labour relations:

> Freedom of association is the cornerstone of modern labour relations. Historically, workers have combined to overcome the inherent inequalities of bargaining power in the employment relationship and to protect themselves from unfair, unsafe, or exploitative working conditions. As the United States Supreme Court stated in *N.L.R.B. v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937), at p. 33:
>
> > Long ago we stated the reason for labour organizations. We said that they were organized out of the necessities of the situation; that a single employee was helpless in dealing with an employer; that he was dependent ordinarily on his daily wage for the maintenance of himself and family; that if the employer

d'association [. . .] est de permettre la poursuite collective d'objectifs communs ».

113 Dans *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, p. 252, le juge Wilson considère l'analyse de la liberté d'association dans le *Renvoi relatif à l'Alberta* et conclut :

> [N]otre Cour, en interprétant l'objectif qui sous-tend l'al. 2*d*), a conclu unanimement que la liberté d'association vise à protéger la poursuite collective d'objectifs communs. Cette interprétation de l'objet de la garantie de la liberté d'association a été confirmée dans des arrêts plus récents. Par exemple, l'al. 2*d*) a encore fait l'objet d'un examen dans le contexte des relations de travail dans *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367 (« *I.P.F.P.* »). [Je souligne.]

114 Par conséquent je suis d'accord avec mon collègue le juge Bastarache que l'objet de l'al. 2*d*) est de protéger la poursuite collective d'objectifs communs. En revanche, je ne suis pas d'accord avec son affirmation que le droit de ne pas s'associer est protégé par l'al. 2*d*) de la *Charte* (voir *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, 2001 CSC 70), mais ce droit n'est pas en cause en l'espèce et je ne m'y attarde pas davantage.

115 Les organisations ouvrières sont un exemple puissant et vibrant de la poursuite collective d'objectifs communs. Dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, précité, p. 334-335, le juge en chef Dickson souligne l'importance fondamentale de la liberté d'association dans le contexte des relations de travail :

> La liberté d'association constitue la pierre angulaire des relations de travail modernes. Historiquement, les travailleurs se sont unis pour aplanir les inégalités de puissance de négociation inhérentes aux relations employeur-employé et se prémunir contre des conditions de travail injustes, dangereuses ou favorisant l'exploitation. Comme l'a dit la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *N.L.R.B. v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937), à la p. 33 :
>
> > [TRADUCTION] Il y a longtemps nous avons exposé la raison d'être des organisations ouvrières. Nous avons dit qu'elles se sont formées pour répondre à l'urgence de la situation; qu'un simple employé était démuni quand il traitait avec un employeur et qu'il était habituellement tributaire de son salaire quotidien pour ce

2001 SCC 94 (CanLII)

> refused to pay him the wages that he thought fair, he was nevertheless unable to leave the employ and resist arbitrary and unfair treatment; . . .
>
> The "necessities of the situation" go beyond, of course, the fairness of wages and remunerative concerns, and extend to matters such as health and safety in the work place, hours of work, sexual equality, and other aspects of work fundamental to the dignity and personal liberty of employees. [Emphasis added.]

116 The above comments reflect universal aspirations, and it is not surprising that Senator Wagner's words, *supra*, at para. 85, closely resemble the language employed by Dickson C.J. close to half a century later.

117 In *Delisle*, Cory and Iacobucci JJ., writing in dissent, stated, at para. 67:

> The Court has also acknowledged the inherent vulnerability and inequality of the individual employee in the workplace in the face of management. In *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1051, Dickson C.J. concluded, on behalf of the majority of the Court, that employees are a vulnerable group in Canadian society. In *Wallace*, *supra*, Iacobucci J. noted that this vulnerability is underscored by the very importance which our society attaches to employment. He emphasized the inequality of bargaining power and information between employees and employers, noting that this power imbalance is not limited to the context of the employment contract proper, but rather affects "virtually all facets of the employment relationship": para. 92.

118 In the *Alberta Reference*, *supra*, Dickson C.J., while commenting about the freedom of association, stated, at p. 368:

> Work is one of the most fundamental aspects in a person's life, providing the individual with a means of financial support and, as importantly, a contributory role in society. A person's employment is an essential component of his or her sense of identity, self-worth and emotional well-being. Accordingly, the conditions in which a person works are highly significant in shaping the whole compendium of psychological, emotional and physical elements of a person's dignity and self respect.

> qui est de son entretien et de celui de sa famille; que si l'employeur refusait de lui payer le salaire qu'il estimait juste, il était néanmoins incapable de quitter son emploi et de résister à un traitement arbitraire et injuste; . . .
>
> Il va sans dire que l'« urgence de la situation » signifie plus que des salaires justes et des préoccupations d'ordre pécuniaire et qu'elle vise également des sujets comme la santé et la sécurité au travail, les heures de travail, l'égalité des sexes et d'autres aspects des tâches qui sont fondamentaux pour la dignité et la liberté personnelle des employés. [Je souligne.]

Ces observations traduisent des aspirations universelles et il n'est pas étonnant que les propos du sénateur Wagner, précités, par. 85, s'apparentent beaucoup à ceux qu'a tenus le juge en chef Dickson près d'un demi-siècle plus tard.

Voici ce que disent les juges Cory et Iacobucci, dissidents, dans *Delisle*, par. 67 :

> Notre Cour a aussi reconnu la vulnérabilité inhérente et l'inégalité de l'employé face à la direction en milieu de travail. Dans *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1051, le juge en chef Dickson a conclu, au nom de notre Cour à la majorité, que les employés sont un groupe vulnérable dans la société canadienne. Dans *Wallace*, précité, le juge Iacobucci a fait remarquer que cette vulnérabilité ressort de l'importance même que notre société accorde à l'emploi. Il a souligné l'inégalité qui existe entre l'employé et l'employeur sur le plan du pouvoir de négociation et des renseignements dont ils disposent, faisant remarquer que cette inégalité du rapport de force n'est pas limitée au contrat de travail lui-même, mais touche plutôt à « presque toutes les facettes de la relation entre l'employeur et son employé » : par. 92.

Dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, p. 368, le juge en chef Dickson, parlant de la liberté d'association, déclare :

> Le travail est l'un des aspects les plus fondamentaux de la vie d'une personne, un moyen de subvenir à ses besoins financiers et, ce qui est tout aussi important, de jouer un rôle utile dans la société. L'emploi est une composante essentielle du sens de l'identité d'une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel. C'est pourquoi, les conditions dans lesquelles une personne travaille sont très importantes pour ce qui est de façonner l'ensemble des aspects psychologiques, émotionnels et physiques de sa dignité et du respect qu'elle a d'elle-même.

2001 SCC 94 (CanLII)

In *Lavigne*, *supra*, at p. 241, Wilson J. reiterated that the *Charter* is concerned with the purpose of state action with regards to *Charter* rights as well as their effect on an individual's guaranteed rights or freedoms. The oft-quoted passage from Dickson J. in *Big M Drug Mart*, *supra*, summarizes the point, at p. 331:

> In my view, both purpose and effect are relevant in determining constitutionality; either an unconstitutional purpose or an unconstitutional effect can invalidate legislation. All legislation is animated by an object the legislature intends to achieve. This object is realized through the impact produced by the operation and application of the legislation. Purpose and effect respectively, in the sense of the legislation's object and its ultimate impact, are clearly linked, if not indivisible. Intended and actual effects have often been looked to for guidance in assessing the legislation's object and thus, its validity. [Emphasis added.]

Purpose of the Exclusion Clause

The purpose of s. 3(*b*) of the *LRA* is clear: to prevent agricultural workers from unionizing. This purpose infringes s. 2(*d*) of the *Charter*.

In *Delisle*, *supra*, at para. 6, after expressing my agreement with Cory and Iacobucci JJ. with regard to their views on the importance of freedom of association and the inherent vulnerability of workers in the face of management, I added that:

> The unique context of labour relations must always be considered in constitutional claims in this area, and the right to freedom of association must take into account the nature and importance of labour associations as institutions that work for the betterment of working conditions and the protection of the dignity and collective interests of workers in a fundamental aspect of their lives: employment. The contextual approach to *Charter* analysis must also take into account the history of the need for government intervention to make effective the rights of workers to associate together. I agree with my colleagues that both intrinsic and extrinsic sources are admissible and significant in determining legislative purpose and effects, and with their comments on the fact that an invalid purpose is sufficient to find a violation of a *Charter* right. [Emphasis in original.]

Dans *Lavigne*, précité, p. 241, le juge Wilson rappelle que la *Charte* s'adresse à l'objet d'une mesure gouvernementale à l'égard des droits qu'elle garantit, ainsi qu'à son effet sur les droits ou les libertés constitutionnels de l'individu. Cet extrait souvent cité des motifs du juge Dickson dans *Big M Drug Mart*, précité, p. 331, exprime bien ce point : 119

> À mon avis, l'objet et l'effet d'une loi sont tous les deux importants pour déterminer sa constitutionnalité; un objet inconstitutionnel ou un effet inconstitutionnel peuvent l'un et l'autre rendre une loi invalide. Toute loi est animée par un but que le législateur compte réaliser. Ce but se réalise par les répercussions résultant de l'opération et de l'application de la loi. L'objet et l'effet respectivement, au sens du but de la loi et de ses répercussions ultimes, sont nettement liés, voire inséparables. On s'est souvent référé aux effets projetés et aux effets réels pour évaluer l'objet de la loi et ainsi sa validité. [Je souligne.]

L'objet de la clause d'exclusion

L'objet de l'al. 3*b*) de la *LRT* est clair : empêcher les travailleurs agricoles de se syndiquer. Cet objet contrevient à l'al. 2*d*) de la *Charte*. 120

Dans *Delisle*, précité, après avoir exprimé mon accord avec l'opinion des juges Cory et Iacobucci relativement à l'importance de la liberté d'association et à la vulnérabilité inhérente des travailleurs face à la direction, j'ajoute (au par. 6) : 121

> Il faut toujours tenir compte du contexte unique des relations du travail lorsqu'il s'agit de demandes fondées sur la Constitution dans ce domaine, et la liberté d'association doit être interprétée en fonction de la nature et de l'importance des associations de travailleurs en tant qu'institutions œuvrant pour l'amélioration des conditions de travail et pour la protection de la dignité et des intérêts collectifs des travailleurs dans un aspect fondamental de leur vie : l'emploi. De même, l'analyse contextuelle fondée sur la *Charte* doit également tenir compte de la nécessité traditionnelle de l'intervention gouvernementale pour rendre exécutoires les droits d'association des travailleurs. Je suis d'accord avec mes collègues que tant les sources intrinsèques que les sources extrinsèques sont admissibles et importantes pour déterminer l'objet et les effets d'une mesure législative, et je souscris à leurs observations sur le fait que l'existence d'un objet invalide est suffisante pour que l'on puisse conclure à une violation d'un droit garanti par la *Charte*. [Souligné dans l'original.]

2001 SCC 94 (CanLII)

122 In *Delisle* I based my conclusion that no s. 2(*d*) breach had taken place in part on the fact that the evidence "[did] not show that the object of the exclusion was to impede the formation of independent employee associations", but rather that "the exclusion stemmed from a desire not to grant RCMP members all of the rights contemplated by the legislation and access to the particular remedies contained within it" (para. 5). In that case, the employer was the government and thus it was possible to presume that the government/employer knew of its responsibility under the *Charter* to respect the workers' associational rights. As a result, it was possible to assume that the purpose of the impugned law was to deny RCMP employees certain statutory benefits, but still respect their basic right to associate. That is not the case here, where the employers are not part of government, and therefore their anti-associational acts could not be challenged under the *Charter*. Accordingly, there can be no presumption that the Ontario government expected that the *Charter* would protect farm workers' basic freedom to associate.

123 I respectfully disagree with my colleague when he argues that there was no clear evidence of intent on the part of the government of Ontario to breach the s. 2(*d*) rights of the appellants. It is difficult to countenance such a thesis in light of the factual record which includes not only the direction to terminate existing associations contained in the *LRESLAA* and the s. 3(*b*) exclusion contained in the *LRA*, but also the repeated instances where government officials made it clear that the new Act's intent was to hinder union-related activities in the agricultural sector, including comments made to members of the provincial legislature before they voted on the *LRESLAA*.

124 To interpret the factual record so narrowly by arguing that it was not clear whether these statements were aimed solely at curtailing unprotected rights to engage in collective bargaining or whether they were also aimed at curtailing *Charter*-protected

Dans *Delisle*, par. 5, ma conclusion qu'il n'y a pas atteinte à l'al. 2*d*) se fonde en partie sur le fait que la preuve ne révélait pas « que l'exclusion visait à empêcher la formation d'associations d'employés indépendantes », mais indiquait plutôt que « cette exclusion découlait de la volonté de ne pas accorder aux membres de la GRC tous les droits prévus par la mesure législative en question et de ne pas leur donner accès aux réparations particulières qu'elle contient ». Dans cette affaire, l'employeur était le gouvernement et on pouvait présumer que le gouvernement employeur connaissait son obligation en vertu de la *Charte* de respecter les droits d'association des travailleurs. On pouvait donc présumer que l'objet de la loi attaquée était de priver des employés de la GRC de certains avantages légaux, tout en respectant leur droit fondamental de s'associer. Ce n'est pas le cas en l'espèce car les employeurs ne font pas partie du gouvernement et, de ce fait, les mesures prises pour empêcher l'association ne peuvent être contestées en vertu de la *Charte*. C'est pourquoi on ne peut présumer que le gouvernement de l'Ontario s'attendait à ce que la *Charte* protège la liberté fondamentale d'association des travailleurs agricoles.

Avec égards, je ne partage pas l'avis de mon collègue selon lequel aucun élément de preuve n'établit clairement l'intention du gouvernement ontarien de porter atteinte aux droits des appelants suivant l'al. 2*d*). Il est difficile de souscrire à cette thèse compte tenu des faits établis en l'espèce, ce qui comprend non seulement la directive de dissoudre les associations existantes, selon la *LMLRTE*, et l'exclusion prévue à l'al. 3*b*) de la *LRT*, mais aussi de nombreuses déclarations de représentants du gouvernement indiquant clairement que l'intention de la nouvelle loi était d'empêcher l'activité syndicale dans le secteur agricole, et notamment les remarques formulées à l'intention des députés provinciaux avant qu'ils ne votent l'adoption de la *LMLRTE*.

Il est contraire à la jurisprudence sur l'analyse téléologique de la *Charte* d'interpréter la preuve factuelle de manière aussi étroite sous prétexte que l'on ne peut établir avec certitude si les déclarations en cause visaient uniquement à restreindre le droit

2001 SCC 94 (CanLII)

associational rights defies purposive *Charter* jurisprudence. It appears to me that in situations, such as this one, where there are strong indicia that the intent of a legislative initiative is to curtail a *Charter* right, the onus shifts to the government to justify the breach under s. 1.

I believe that, in the circumstances of this case, the proper approach is the one taken by Dickson J. in *Big M Drug Mart*, *supra*, at p. 334:

> . . . I agree with the respondent that the legislation's purpose is the initial test of constitutional validity and its effects are to be considered when the law under review has passed or, at least, has purportedly passed the purpose test. If the legislation fails the purpose test, there is no need to consider further its effects, since it has already been demonstrated to be invalid. Thus, if a law with a valid purpose interferes by its impact, with rights or freedoms, a litigant could still argue the effects of the legislation as a means to defeat its applicability and possibly its validity. In short, the effects test will only be necessary to defeat legislation with a valid purpose; effects can never be relied upon to save legislation with an invalid purpose. [Emphasis added.]

Charter litigation decisions cannot be made in a factual vacuum. However, it is important to assess carefully on whom the burden of proof should lie, and the degree of proof required. Cory and Iacobucci JJ. in *Delisle* present a helpful outline, at para. 76:

> A *Charter* claimant who seeks to establish that impugned legislation infringes a *Charter* right or freedom by virtue of its purpose bears the onus of establishing the alleged invalid purpose on a balance of probabilities. The ordinary rules of evidence applicable in civil trials apply. Accordingly, it cannot be assumed that the purpose of a law is invalid solely because an invalid purpose is a plausible purpose of the law. There must be clear evidence that an invalid purpose is probable. In addition, the evidence must rebut the presumption of constitutionality. That is, if there are two equally probable purposes for the impugned legislation, and one of these purposes is valid and is not inextricably linked to the invalid purpose, then the valid purpose is presumed to apply: *Slaight Communications*, *supra*, at

non protégé de négocier collectivement ou si elles visaient également à restreindre la liberté d'association garantie par la *Charte*. J'estime que dans une situation où, comme en l'espèce, il y existe de solides indices que l'intention du législateur est de restreindre un droit garanti par la *Charte*, il incombe alors au gouvernement de justifier l'atteinte en vertu de l'article premier.

Vu les circonstances de la présente affaire, je crois que la démarche qui s'impose est celle du juge Dickson dans *Big M Drug Mart*, précité, p. 334 : 125

> . . . je partage l'avis de l'intimée que le premier critère à appliquer dans la détermination de la constitutionnalité est celui de l'objet de la loi en cause et que ses effets doivent être pris en considération lorsque la loi examinée satisfait ou, à tout le moins, est censée satisfaire à ce premier critère. Si elle ne satisfait pas au critère de l'objet, il n'est pas nécessaire d'étudier davantage ses effets parce que son invalidité est dès lors prouvée. Donc, si, de par ses répercussions, une loi qui a un objet valable porte atteinte à des droits et libertés, il serait encore possible à un plaideur de tirer argument de ses effets pour la faire déclarer inapplicable, voire même invalide. Bref, le critère des effets n'est nécessaire que pour invalider une loi qui a un objet valable; les effets ne peuvent jamais être invoqués pour sauver une loi dont l'objet n'est pas valable. [Je souligne.]

On ne peut trancher dans l'abstrait les litiges relatifs à l'application de la *Charte*. Cependant, il importe de déterminer soigneusement qui devrait avoir le fardeau de la preuve et quel est le degré de preuve exigé. À cet égard, les juges Cory et Iacobucci, au par. 76 de *Delisle*, font une analyse utile : 126

> Il incombe à l'auteur d'une demande fondée sur la *Charte* qui cherche à établir que, par son objet, la mesure législative contestée porte atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte* de prouver, selon la prépondérance des probabilités, l'existence de l'objet invalide allégué. Les règles ordinaires de la preuve en matière civile s'appliquent. Par conséquent, on ne saurait présumer que l'objet d'une loi est invalide uniquement parce qu'un objet invalide est un objet plausible de cette loi. Il doit y avoir une preuve claire de l'existence probable d'un objet invalide. En outre, la preuve doit réfuter la présomption de constitutionnalité. Autrement dit, si la mesure législative contestée comporte deux objets tout aussi probables l'un que l'autre et que l'un de ces objets est valide et non inextricablement lié à l'objet invalide,

2001 SCC 94 (CanLII)

p. 1078, *per* Lamer J. (as he then was); *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at pp. 581-82, *per* Lamer C.J. However, where the *Charter* claimant is able to adduce a preponderance of evidence of the invalid purpose, the presumption of constitutionality is rebutted and the court is required to find an infringement of the *Charter*. [Emphasis added.]

127 In assessing whether the purpose of a legislative provision is constitutional, "the court [should] consider only the purpose of the provision itself and not the broader purpose of the surrounding legislation as a whole" (*Delisle*, *supra*, *per* Cory and Iacobucci JJ., at para. 78). Thus, in the present appeal, the essential issue under s. 2(*d*) of the *Charter* is whether the purpose of s. 80 of the *LRESLAA* and s. 3(*b*) of the *LRA* infringes freedom of association, not whether the legislation as a whole does so. Both intrinsic and extrinsic sources are admissible and important in determining legislative purpose.

128 The evidence in this case leads me to conclude that this is one of those rare cases in which the Ontario Legislature's purpose in enacting a legislative provision must be found to infringe the *Charter*. There is clear evidence that on a balance of probabilities the Legislature's purpose in enacting the impugned s. 3(*b*) was to ensure that persons employed in agriculture "remained vulnerable to management interference with their associational activities, in order to prevent the undesirable consequences which it was feared would result from [agricultural workers'] labour associations" (*Delisle*, *supra*, *per* Cory and Iacobucci JJ., at para. 80).

129 There were several official announcements as to the purpose of s. 3(*b*). These can be categorized as announcements where the concept of protecting the "family farm" from unionization featured prominently, and those where incompatibility between agriculture and unionization was cited as the reason for the repeal of the *ALRA*.

130 The following fall into the first category: (i) a statement by the Ontario Minister of Labour in the

l'objet valide est alors présumé s'appliquer : *Slaight Communications*, précité, à la p. 1078, le juge Lamer (plus tard Juge en chef); *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, aux pp. 581 et 582, le juge en chef Lamer. Cependant, lorsque l'auteur d'une demande fondée sur la *Charte* est en mesure d'établir l'existence de l'objet invalide selon la prépondérance de la preuve, la présomption de constitutionnalité est réfutée et la cour doit conclure qu'il y a violation de la *Charte*. [Je souligne.]

Pour déterminer la constitutionnalité de l'objet d'une disposition législative, « la cour n'examine que l'objet de la disposition elle-même, et non pas l'objet général de l'ensemble de la mesure législative dans laquelle elle se trouve » (les juges Cory et Iacobucci, *Delisle*, par. 78). Par conséquent, dans le cadre du présent pourvoi, la question essentielle qui se pose relativement à l'al. 2*d*) de la *Charte* est de savoir si l'objet de l'art. 80 de la *LMLRTE* et de l'al. 3*b*) de la *LRT*, et non de l'ensemble du régime législatif, porte atteinte à la liberté d'association. Tant les sources intrinsèques que les sources extrinsèques sont admissibles et importantes pour circonscrire l'objet de la législation.

La preuve en l'espèce m'amène à conclure qu'il s'agit d'un des rares cas où l'objet poursuivi par le législateur ontarien par l'adoption d'une disposition législative doit être tenue pour contraire à la *Charte*. La preuve est claire, selon la prépondérance des probabilités, que l'objectif du législateur, en adoptant l'al. 3*b*) contesté, était de faire en sorte que les personnes employées à l'agriculture « restent vulnérables à l'ingérence de la direction dans leurs activités associatives, de manière à éviter les conséquences peu souhaitables qui, craignait-on, résulteraient des associations [de travailleurs agricoles] » (les juges Cory et Iacobucci, *Delisle*, par. 80).

Plusieurs déclarations officielles ont été faites concernant l'objet de l'al. 3*b*). Elles appartiennent à deux catégories : celles où prédomine la volonté de protéger la « ferme familiale » contre la syndicalisation, et celles où l'incompatibilité entre agriculture et syndicalisation est invoquée pour justifier l'abrogation de la *LRTA*.

On trouve dans la première catégorie (i) la déclaration suivante de la ministre du Travail de

2001 SCC 94 (CanLII)

Legislature on October 4, 1995, upon introducing the *LRESLAA*, that "[t]his action . . . recognizes that unionization of the family farm has no place in Ontario's key agricultural sector"; and (ii) a statement by the Ontario Minister of Agriculture, Food and Rural Affairs also in the Legislature and on the same date that "[o]ur farmers, who are on the agri-food industry's front lines, are looking to us to help them maintain their competitive edge in the new global marketplace. . . . [T]he *Agricultural Labour Relations Act* is aimed directly at unionizing the family farm. We do not believe in the unionization of the family farm" (Legislative Assembly of Ontario, *Official Report of Debates*, October 4, 1995, at pp. 99-100).

l'Ontario devant l'assemblée législative, le 4 octobre 1995, lors de la présentation de la *LMLRTE* : [TRADUCTION] « [c]ette mesure [. . .] reconnaît que la syndicalisation de la ferme familiale n'a pas sa place dans l'important secteur agricole de l'Ontario »; et (ii) cette déclaration du ministre de l'Agriculture de l'Ontario devant l'assemblée législative le même jour : [TRADUCTION] « [n]os agriculteurs, qui sont aux premières lignes de l'industrie agroalimentaire, comptent sur nous pour les aider à maintenir leur avantage concurrentiel dans le marché mondial [. . .] [L]a *Loi sur les relations de travail dans l'agriculture* vise directement la syndicalisation de la ferme familiale. Nous ne croyons pas en la syndicalisation de la ferme familiale » (Assemblée législative de l'Ontario, *Journal des débats*, 4 octobre 1995, p. 99-100).

In the second category, the statements refer to agriculture in general, without specific reference to family farms. First, a media kit released by the government gave the following explanation as to why the *ALRA* was being repealed: "The horticulture and agriculture sectors are extremely sensitive to time and to climate conditions as these directly affect production of many agricultural commodities. For this reason, these sectors would have great difficulty adapting to the presence of unions". Second, on January 17, 1996, after the enactment of the *LRESLAA*, the Minister of Labour responded in a letter that "[t]he Government repealed Bill 91 because of the Government's view that unionization in the agricultural sector is incompatible with the unique characteristics of that sector".

131 Dans la deuxième catégorie, les déclarations portent sur l'agriculture en général, sans mention expresse des fermes familiales. D'abord, une pochette d'information produite par le gouvernement explique en ces termes pourquoi la *LRTA* est abrogée : [TRADUCTION] « Les secteurs de l'horticulture et de l'agriculture sont extrêmement sensibles aux conditions saisonnières et climatiques puisque ces facteurs ont un effet direct sur la production de nombre de produits agricoles. Voilà pourquoi ces secteurs auraient beaucoup de difficulté à s'adapter à la présence de syndicats ». Deuxièmement, le 17 janvier 1996, après l'adoption de la *LMLRTE*, la ministre du Travail répond dans une lettre que [TRADUCTION] « [l]e gouvernement a abrogé le projet de loi 91 parce qu'il estime que la syndicalisation du secteur agricole est incompatible avec les caractéristiques uniques de ce secteur ».

Contrasting the first statement from the Ontario Minister of Labour from the latter one, it seems that if the purpose of the *LRESLAA* was to protect the family farm from unionization, then passage of a statute prohibiting all unionization in Ontario's agricultural sector reflects overreach.

132 Si on compare la première déclaration de la ministre du Travail de l'Ontario et la dernière il semble que si l'objet de la *LMLRTE* était de protéger la ferme familiale de la syndicalisation, alors l'adoption d'une loi interdisant toute syndicalisation dans le secteur agricole de l'Ontario témoigne d'une portée excessive.

In addition, the comments Cory and Iacobucci JJ. make in *Delisle*, *supra*, at para. 87, are germane:

133 En outre, les commentaires des juges Cory et Iacobucci dans *Delisle*, par. 87, sont pertinents :

2001 SCC 94 (CanLII)

In this context, leaving aside altogether the collective bargaining rights and the grievance procedure set out in the *PSSRA*, the fact that RCMP members are excluded from the application of even these limited associational protections is significant. The *PSSRA* is modelled upon *The Industrial Relations and Disputes Investigation Act.* It was enacted at a time when legislative awareness of the fundamental importance of the freedom of employees to associate was high, as evidenced by domestic and international legislation at the time. It is unquestionable that Parliament was aware of the importance of freedom of association for all employees, and of the possibility of protecting this freedom without providing all employees with collective bargaining rights. The symbolism inherent in declining to guarantee to RCMP members even the basic freedom to associate must have been recognized. [Emphasis added.]

134 Substituting agricultural workers for the RCMP and the Ontario Legislature for the Parliament, and applying the facts to our situation leads to a similar conclusion as that reached by Cory and Iacobucci JJ. in *Delisle*, where, at para. 89, they state:

> The key consideration, in examining Parliament's purpose in excluding members of the RCMP from the *PSSRA*, is the reason for the decision to exclude. If Parliament's purpose in excluding a particular employee group from a labour statute was to ensure that the employee group remained vulnerable to management interference with labour association, this is impermissible in light of s. 2(*d*). Even though the effect of the exclusion may be simply to maintain the *status quo* of employees whereby they are burdened with the inherent imbalance of power in the employment context, the central consideration is whether Parliament's deliberate decision to exclude flowed from a purpose that is in conflict with the fundamental freedom of employees to associate. It is of some relevance that the *status quo* in the labour relations context is one of inherent employee vulnerability to management interference with labour associations. It is simply not open to Parliament to enact a statutory provision where the motivation for enacting the provision is anti-associational, subject of course to s. 1 of the *Charter*. [Emphasis in original.]

135 As pointed out by Cory and Iacobucci JJ. in *Delisle*, *supra*, at para. 102, another factor which may be of assistance would be the existence of

Dans ce contexte, indépendamment des droits à la négociation collective et de la procédure de grief énoncés dans la *LRTFP*, le fait que les membres de la GRC soient soustraits même à l'application de ces protections limitées en matière d'association est révélateur. La *LRTFP* s'inspire de la *Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail*. Elle a été adoptée au moment où le législateur était très conscient de l'importance fondamentale de la liberté d'association des employés, comme le démontrent les mesures législatives nationales et internationales adoptées à cette époque. Il ne fait aucun doute que le législateur était conscient de l'importance de la liberté d'association pour tous les employés et de la possibilité de protéger cette liberté sans accorder à tous les employés des droits à la négociation collective. Le symbolisme inhérent au refus de garantir aux membres de la GRC même la liberté fondamentale de s'associer doit avoir été reconnu. [Je souligne.]

En remplaçant les membres de la GRC par les travailleurs agricoles, et le législateur par l'Assemblée législative de l'Ontario, pour adapter les faits à la présente espèce, nous arrivons à une conclusion semblable à celle des juges Cory et Iacobucci dans *Delisle*, par. 89 :

> Le principal élément à considérer, en examinant l'objet visé par le législateur en excluant les membres de la GRC du régime de la *LRTFP*, est la raison de la décision d'exclure. Si l'objet visé par le législateur en excluant un groupe d'employés particulier du régime d'une loi en matière de travail était d'assurer que les employés de ce groupe resteraient vulnérables à l'ingérence de la direction dans leurs associations, il est inacceptable compte tenu de l'al. 2*d*). Même si l'exclusion peut simplement avoir pour effet de maintenir le statu quo d'employés, avec l'inégalité inhérente du rapport de force que cela comporte dans le contexte de leur emploi, la principale question à considérer est de savoir si la décision délibérée du législateur de procéder à l'exclusion visait un objet incompatible avec la liberté fondamentale des employés de s'associer. Il est pertinent jusqu'à un certain point que le statu quo dans le contexte des relations du travail comporte la vulnérabilité inhérente des employés à l'ingérence de la direction dans leurs associations. Il n'est simplement pas loisible au législateur d'adopter une disposition législative lorsque le motif de l'adopter est d'empêcher la formation d'associations, sous réserve naturellement de l'article premier de la *Charte*. [Souligné dans l'original.]

Comme le signalent les juges Cory et Iacobucci dans *Delisle*, par. 102, l'existence d'effets positifs quelconques que peut avoir eu l'exclusion des

2001 SCC 94 (CanLII)

any positive effect that the exclusion of persons employed in agriculture may have had on the associational freedom of such persons:

> Dickson J. in *Big M Drug Mart*, *supra*, emphasized that the effects of impugned legislation need not be looked to if the purpose of the legislation is invalid, and further that even if the effects are looked to and found to be "inoffensive" this fact will not affect a finding that the purpose of the legislation is invalid. Nonetheless, courts may, where appropriate, look to the effects of legislation for assistance in inferring the legislation's purpose, as Dickson J. noted, at p. 331. In particular, where the effects of the impugned legislation are contrary to the invalid purpose alleged by the *Charter* claimant, a court should weigh the evidence carefully before concluding that the purpose is indeed invalid. In light of the presumption of constitutionality, it is fitting for a court to look for the existence of any such beneficial effects before ruling that the purpose of a law is contrary to the *Charter*. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

The evidence before us fails to reveal any positive effects upon the associational freedom of persons employed in agriculture stemming from their exclusion from the *LRA*. In fact, I can point to the dearth of employee associations established by persons employed in agriculture in Ontario (see *Delisle*, at para. 106). The associational record is dismal. But so is the situation of agricultural workers across Canada when it comes to employee associations. Data for 1989 evidences that while, on average, 34.1 percent of Canadian workers belonged to unions, a mere 1.9 percent of workers in agriculture were unionized (Arthurs, *supra*, at para. 93).

The government argues that (a) the banning of unions does not prevent the creation of associations by agricultural workers; and (b) the government did not engage in anti-associational activity, but rather it was private parties who did so.

In the context of Ontario's labour market, it would be disingenuous of the government to argue that it believed that following the enactment of the *LRA* the freedom of association of agricultural workers would be restricted solely in terms of union activities. The reality of the labour market, which has led

travailleurs agricoles sur leur liberté d'association peut être un autre facteur utile :

> Dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, précité, le juge Dickson a souligné qu'il n'est pas nécessaire de se référer aux effets d'une mesure législative contestée dont l'objet est invalide, et en outre que, même si les effets sont examinés et jugés « inoffensifs », cela ne change rien à la conclusion que l'objet de la mesure législative est invalide. Néanmoins, la cour peut, lorsque cela est indiqué, se référer aux effets d'une mesure législative pour en déduire l'objet, comme le souligne le juge Dickson, à la p. 331. En particulier, lorsque les effets de la mesure législative contestée sont contraires à l'objet invalide allégué par l'auteur d'une demande fondée sur la *Charte*, la cour devrait évaluer soigneusement la preuve avant de conclure que cet objet est vraiment invalide. Compte tenu de la présomption de constitutionnalité, il convient que la cour examine si de tels effets bénéfiques existent avant de décider que l'objet d'une loi est contraire à la *Charte*. [Je souligne; soulignement dans l'original supprimé.]

136 La preuve devant notre Cour ne révèle aucun effet positif de l'exclusion des travailleurs agricoles du régime de la *LRT* sur leur liberté d'association. En fait, je soulignerais la pénurie d'associations formées par les travailleurs agricoles en Ontario (voir *Delisle*, par. 106). Le bilan en matière d'associations est sombre. Il en est de même de la situation des travailleurs agricoles à l'échelle du Canada en ce qui concerne les associations d'employés. Les données pour 1989 révèlent que, par comparaison à un taux moyen de syndicalisation de 34,1 pour cent des travailleurs canadiens, seulement 1,9 pour cent des travailleurs agricoles étaient syndiqués (Arthurs, *op. cit.*, par. 93).

137 Le gouvernement soutient : a) que l'interdiction des syndicats n'empêche pas les travailleurs agricoles de créer des associations, et b) que ce n'est pas le gouvernement mais le secteur privé qui s'est livré à des activités visant à empêcher la formation d'associations.

138 Dans le contexte du marché du travail de l'Ontario, le gouvernement ne saurait prétendre croire qu'à la suite de l'adoption de la *LRT*, la liberté d'association des travailleurs agricoles ne serait limitée qu'à l'égard des activités syndicales. La réalité concrète du marché du travail, qui a conduit à l'élaboration

2001 SCC 94 (CanLII)

to the development of protective labour legislation, indicates that when the protection is removed without any restrictions or qualifications, associational rights are often infringed, or have the potential to be infringed, to an extent not confined to unionization activities. In my view, it cannot be said that the government was unaware, in advance, of this very effect of its legislation.

139 My colleague has concluded that the effect of the enactment of the *LRA* breaches s. 2(*d*) of the *Charter*. While I agree, I also believe that in a situation such as the present one, intent can be imputed on the government. Such cases will be rare and subject to specific circumstances. In this case, (a) the context is that of specialized legislation which seeks to maintain a delicate balance between employees and employers; (b) there was an absolute exclusion from protection; (c) it was in the reasonable contemplation of the government at the time of the enactment that the effect of the exclusion clause would be to affect associational freedoms beyond the realm of unionization, thus breaching s. 2(*d*) rights.

140 In the present case, the appellants claim that the government has breached the s. 2(*d*) rights of agricultural workers in Ontario because it has enacted a new labour statute, which leaves them perilously vulnerable to unfair labour practices. The appellants' claims have merit, particularly when viewed in the context of (a) the recent history of Ontario labour legislation, where the *ALRA* was enacted only to be repealed by new legislation mandating the dismantling of unions organized under the *ALRA* and excluding agricultural workers from the *LRA* without any provisos for protection from unfair labour practices, except for a prohibition against reprisals for agricultural workers who organized under the *ALRA*; (b) the inherent vulnerability of workers when confronting management; (c) the specific vulnerability and powerlessness of agricultural workers; and (d) the long experience of labour strife which has led to the enactment of statutes protecting workers against unfair labour practices.

de mesures législatives de protection, montre que le retrait de la protection, sans restrictions ni conditions, s'accompagne souvent ou risque de s'accompagner d'atteintes aux droits d'association, atteintes dont la portée ne se limite pas aux seules activités syndicales. À mon avis, on ne peut pas dire que le gouvernement n'était pas conscient d'avance que les dispositions auraient précisément cet effet.

Mon collègue conclut que l'adoption de la *LRT* viole l'al. 2*d*) de la *Charte*. Je partage cette conclusion, mais je crois aussi que, dans un cas comme en l'espèce, il est possible d'en imputer l'intention au gouvernement. De tels cas se produisent rarement et sont fonction de circonstances particulières. En l'espèce, a) le contexte est celui d'une mesure législative spécialisée visant à maintenir un équilibre délicat entre employés et employeurs; b) l'exclusion de la protection est absolue; c) il était raisonnablement prévisible pour le gouvernement que l'adoption de la disposition d'exclusion affecterait les libertés d'association au-delà du domaine de la syndicalisation, portant ainsi atteinte aux droits protégés par l'al. 2*d*).

En l'espèce, les appelants soutiennent que le gouvernement a porté atteinte aux droits des travailleurs agricoles en Ontario reconnus à l'al. 2*d*) parce qu'il a adopté une nouvelle loi sur les relations de travail qui les rend dangereusement vulnérables aux pratiques déloyales de travail. Leurs arguments sont bien fondés, tout particulièrement lorsqu'ils sont examinés dans le contexte : a) de l'histoire récente de la législation ontarienne sur les relations de travail où, sitôt adoptée, la *LRTA* a été abrogée par une nouvelle loi imposant la dissolution des syndicats établis sous le régime de la *LRTA* et excluant les travailleurs agricoles de la *LRT* sans prévoir de protection contre les pratiques déloyales de travail, autre que l'interdiction de toutes représailles contre les travailleurs agricoles qui s'étaient syndiqués sous le régime de la *LRTA*; b) de la vulnérabilité inhérente des travailleurs face au patronat; c) de la vulnérabilité et de l'impuissance particulières des travailleurs agricoles; et d) de la longue expérience des conflits de travail qui a conduit à l'adoption de lois visant à protéger les travailleurs contre les pratiques déloyales de travail.

2001 SCC 94 (CanLII)

The difficulties facing employees attempting to organize without the benefit of statutory protection against unfair labour practices would appear to be much greater outside large urban centres, where at least it would be plausible to attend meetings and events without fear of the employer becoming aware of such initiatives. In the countryside, where many workers live on or near their place of employment, where the only meeting hall may be the local Legion or the dance hall in the nearest town, the odds would be stacked against escaping scrutiny by the employers.

141 Les difficultés que doivent surmonter les employés qui tentent de se grouper en associations sans bénéficier de protection légale contre les pratiques déloyales de travail semblent être beaucoup plus graves à l'extérieur des grands centres urbains, où il est au moins envisageable de participer à des réunions et à des événements à l'insu de l'employeur. Dans les régions rurales, où nombre de travailleurs vivent sur les lieux mêmes de leur emploi, ou à proximité, et où il arrive souvent que le seul lieu de réunion soit la salle de la Légion ou la salle de danse de la municipalité voisine, il y a de fortes chances qu'ils ne puissent échapper à la vigilance des employeurs.

My colleague makes the point that any interference with s. 2(*d*) rights must be substantial. While I agree with him that trivial breaches of the *Charter* should not be given much credence, I believe that we must seek to examine the severity of the *Charter* breach from the point of view of the party whose rights are affected. As I stated in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 58, "groups that are more socially vulnerable will experience the adverse effects of a legislative distinction more vividly than if the same distinction were directed at a group which is not similarly socially vulnerable".

142 Mon collègue fait ressortir que l'atteinte aux droits selon l'al. 2*d*) doit être importante. Bien que je convienne avec lui que les atteintes légères à la *Charte* ne devraient pas trouver beaucoup de créance, je crois que nous devons nous efforcer d'examiner la gravité de l'atteinte portée à la *Charte* du point de vue de la partie lésée dans ses droits. Comme je le dis dans *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, par. 58 : « les groupes qui sont plus vulnérables sur le plan social ressentiront les effets préjudiciables d'une distinction d'origine législative plus vivement que les groupes qui ne sont pas aussi vulnérables ».

In this case, the government argues that by proclaiming that the intent of the legislation was to exclude unionization from the agricultural sector, it merely meant to restrain "collective bargaining" activities. There is no discussion regarding the impact of the *LRA* on the associational activities in which workers often participate which are separate from the collective bargaining process.

143 En l'espèce, le gouvernement soutient qu'en déclarant que l'objet de la loi était d'exclure la syndicalisation du secteur de l'agriculture, il ne visait qu'à restreindre les activités de « négociation collective ». Aucun débat n'a porté sur les répercussions de la *LRT* sur les activités associatives auxquelles participent souvent les travailleurs et qui sont distinctes du processus de négociation collective.

This leads us to the issue raised by Dickson C.J. in the *Alberta Reference*, *supra*, at pp. 362-63, where he stated, in dissent, that "[i]f freedom of association only protects the joining together of persons for common purposes, but not the pursuit of the very activities for which the association was formed, then the freedom is indeed legalistic, ungenerous, indeed vapid".

144 Cela nous amène à cette question soulevée par le juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, précité, p. 362-363, en dissidence : « [s]i la liberté d'association ne protège que la réunion de personnes à des fins communes, mais non l'exercice des activités mêmes pour lesquelles l'association a été formée, alors cette liberté est effectivement légaliste, parcimonieuse et voire même insipide ».

2001 SCC 94 (CanLII)

145 We could perhaps draw a useful analogy from the argument made with regards to language rights by my colleague in *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768, at para. 20, where he stated that:

> Language rights are not negative rights, or passive rights; they can only be enjoyed if the means are provided. This is consistent with the notion favoured in the area of international law that the freedom to choose is meaningless in the absence of a duty of the State to take positive steps to implement language guarantees; see J. E. Oestreich, "Liberal Theory and Minority Group Rights" (1999), 21 *Hum. Rts. Q.* 108, at p. 112; P. Jones, "Human Rights, Group Rights, and Peoples' Rights" (1999), 21 *Hum. Rts. Q.* 80, at p. 83: "[A] right . . . is conceptually tied to a duty"; and R. Cholewinski, "State Duty Towards Ethnic Minorities: Positive or Negative?" (1988), 10 *Hum. Rts. Q.* 344. [Emphasis added.]

146 Similarly, in the case of agricultural workers in Ontario, the freedom to associate becomes meaningless in the absence of a duty of the state to take positive steps to ensure that this right is not a hollow one.

147 In *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, I pointed out, at p. 214:

> Rights and freedoms must be nurtured, not inhibited. Vague laws intruding on fundamental freedoms create paths of uncertainty onto which citizens fear to tread, fearing legal sanction. Vagueness serves only to cause confusion and most people will shy from exercising their freedoms rather than facing potential punishment.

148 In the case at bar, citizens employed in agriculture fear not legal sanctions but sanctions from their employers. The absolute removal of *LRA* protection from agricultural workers created a situation where employees have reason to fear retaliation against associational activity by employers. The Ontario legislation could have qualified the exclusion clause by enjoining retaliatory activity by employers for non-union related associational activity. In light of the reality of the labour market, the failure of the Ontario Legislature to spell out a regime defining which associational activities are to be protected from management retaliation creates a chilling effect for agricultural workers. The concept of

Nous pouvons peut-être faire une analogie utile avec le raisonnement suivi par mon collègue dans *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, par. 20, au sujet des droits linguistiques :

> Les droits linguistiques ne sont pas des droits négatifs, ni des droits passifs; ils ne peuvent être exercés que si les moyens en sont fournis. Cela concorde avec l'idée préconisée en droit international que la liberté de choisir est dénuée de sens en l'absence d'un devoir de l'État de prendre des mesures positives pour mettre en application des garanties linguistiques; voir J. E. Oestreich, « Liberal Theory and Minority Group Rights » (1999), 21 *Hum. Rts. Q.* 108, à la p. 112; P. Jones, « Human Rights, Group Rights, and Peoples' Rights » (1999), 21 *Hum. Rts. Q.* 80, à la p. 83 : [TRADUCTION] « [U]n droit . . . est conceptuellement lié à un devoir »; et R. Cholewinski, « State Duty Towards Ethnic Minorities : Positive or Negative? » (1988), 10 *Hum. Rts. Q.* 344. [Je souligne.]

De même, pour les travailleurs agricoles en Ontario, la liberté d'association perd tout son sens en l'absence d'un devoir de l'État de prendre des mesures positives pour que ce droit ne soit pas un droit fictif.

Dans *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, je souligne ceci, à la p. 214 :

> Les droits et libertés doivent être protégés et non entravés. Les lois imprécises qui entravent les libertés fondamentales créent une voie parsemée d'incertitude sur laquelle les citoyens ont peur de s'engager, craignant des sanctions d'ordre juridique. L'imprécision ne sert qu'à semer la confusion, et la plupart des gens éviteront d'exercer leurs libertés plutôt que de risquer une sanction.

En l'espèce, les citoyens employés à l'agriculture ne craignent pas les sanctions de la loi mais les sanctions de leurs employeurs. Le retrait absolu des travailleurs agricoles de la protection de la *LRT* a créé une situation dans laquelle les employés ont des raisons de craindre des représailles de leurs employeurs contre leur activité associative. La loi de l'Ontario aurait pu apporter des réserves à la clause d'exclusion en interdisant toute mesure de représailles de la part des employeurs contre les activités associatives non syndicales. Dans le contexte concret du marché du travail, l'omission du législateur ontarien de préciser un régime définissant quelles activités associatives doivent être

2001 SCC 94 (CanLII)

chilling effect is premised on the idea that individuals anticipating penalties may hesitate before exercising constitutional rights. In a constitutional democracy, not only must fundamental freedoms be protected from state action, they must also be given "breathing space".

protégées des représailles de la direction crée un effet paralysant sur les travailleurs agricoles. La notion d'effet paralysant repose sur la prémisse que les personnes qui craignent d'être pénalisées peuvent hésiter avant d'exercer leurs droits constitutionnels. Dans une démocratie constitutionnelle, il ne suffit pas de protéger les libertés fondamentales contre les mesures de l'État : il faut aussi leur assurer un « espace vital ».

2001 SCC 94 (CanLII)

The rights protected under s. 2(*d*) of the *Charter* are not confined to the work environment, but cover the full range of activities undertaken by individuals in a vibrant democracy. An employer, however, whose principal interaction with his employees may be confined to the employment situation, may view associational activities as manifestations or precursors of unionization. By taking preventive action, by firing, disciplining or warning targeted employees, with the resulting chilling effect on present and future activities by other employees, an employer would thus be infringing a right considered fundamental in our society. The chilling effect, of course, would not be confined to the employees of that particular employer.

149 Les droits protégés par l'al. 2*d*) de la *Charte* ne se limitent pas au milieu de travail, mais couvrent la gamme complète d'activités qu'entreprennent les individus dans une démocratie dynamique. Toutefois l'employeur, dont l'interaction principale avec ses employés peut se limiter à la situation d'emploi, peut percevoir les activités associatives comme des manifestations ou des signes avant-coureurs de la syndicalisation. En prenant des mesures préventives, en congédiant, réprimandant ou avertissant des employés ciblés, et en produisant ainsi un effet paralysant sur les activités présentes et futures d'autres employés, l'employeur se trouve à porter atteinte à un droit considéré comme fondamental dans notre société. L'effet paralysant ne se limite naturellement pas aux seuls employés de cet employeur.

The democratic dimensions of the freedom to associate have been rightly referred to in our jurisprudence. Other dimensions are also important. For example, those working in the production of food may, through associational activity, share and enhance their skills and knowledge, an important consideration when one takes into account the fact that agricultural workers are often exposed to dangers from machinery, chemicals and pesticides. Exchanging views on recent developments may ensure that unsafe practices will be identified at an earlier stage. Society would also prize their role as potential stewards over the safety of the products generated and of the environment in general. A statutory regime that may have a chilling effect on such activities would appear to run contrary to the common good.

150 Les dimensions démocratiques de la liberté d'association ont à juste titre été reconnues dans notre jurisprudence. D'autres dimensions sont également importantes. Par exemple, les personnes qui travaillent dans la production alimentaire peuvent, grâce à une activité associative, partager et améliorer leurs compétences et leurs connaissances, ce qui est une considération importante car les travailleurs agricoles sont souvent exposés aux dangers des machines, des produits chimiques et des pesticides. L'échange de points de vue sur les développements récents peut permettre l'identification plus rapide de pratiques dangereuses. La société pourrait aussi apprécier leur rôle de surveillants potentiels de l'innocuité des produits fabriqués et de l'environnement en général. Un régime légal susceptible d'avoir un effet paralysant sur de telles activités semblerait aller à l'encontre de l'intérêt général.

In the context of the exclusion under s. 3(*b*) of the *LRA*, the situation is exacerbated because

151 Dans le contexte de l'exclusion prévue à l'al. 3*b*) de la *LRT*, la situation est aggravée par le fait

agricultural workers in Ontario, as pointed out by my colleague, are also excluded from employment standards, occupational health and safety, and other protective legislation such as the *Tenant Protection Act, 1997*, S.O. 1997, c. 24. Section 3(*b*) of the *Tenant Protection Act* states that it does not apply to living accommodations whose occupancy is conditional upon the occupant continuing to be employed on a farm, whether or not the accommodations are located on that farm.

152 The chilling effect of the impugned provision has forced agricultural workers to abandon associational efforts and to restrain themselves from further associational initiatives. It may be of assistance to examine the resulting impact on the freedom of association in light of the comments made by Dickson J. in *Big M Drug Mart*, *supra*, at pp. 336-37, with regard to freedom of religion:

> Freedom can primarily be characterized by the absence of coercion or constraint. If a person is compelled by the state or the will of another to a course of action or inaction which he would not otherwise have chosen, he is not acting of his own volition and he cannot be said to be truly free. One of the major purposes of the *Charter* is to protect, within reason, from compulsion or restraint. Coercion includes not only such blatant forms of compulsion as direct commands to act or refrain from acting on pain of sanction, coercion includes indirect forms of control which determine or limit alternative courses of conduct available to others. Freedom in a broad sense embraces both the absence of coercion and constraint, and the right to manifest beliefs and practices. [Emphasis added.]

153 Thus, the test is clearly not that agricultural workers are free to associate as they wish. If that were the case and no associational activity took place, then the conclusion would be that they had the opportunity and chose not to. If the analysis incorporates the reality of the labour market, the chilling effect of the lack of freedom becomes manifest.

154 I agree with my colleague that Professor Fudge is correct when she states in her affidavit that "[w]hile the existence of labour relations legislation is no

que les travailleurs agricoles en Ontario, comme le souligne mon collègue, sont aussi exclus des normes d'emploi, de santé et de sécurité au travail et d'autres régimes de protection comme la *Loi de 1997 sur la protection des locataires*, L.O. 1997, ch. 24, qui prévoit, à l'al. 3*b*), qu'elle ne s'applique pas aux logements dont une condition d'occupation est que l'occupant continue d'être employé dans une exploitation agricole, que les logements y soient situés ou non.

L'effet paralysant de la disposition attaquée a forcé des travailleurs agricoles à abandonner leurs efforts associatifs et à s'abstenir d'engager de nouvelles initiatives associatives. Il peut être utile d'examiner son effet sur la liberté d'association, à la lumière des commentaires du juge Dickson dans *Big M Drug Mart*, précité, p. 336-337, au sujet de la liberté de religion :

> La liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte. Si une personne est astreinte par l'État ou par la volonté d'autrui à une conduite que, sans cela, elle n'aurait pas choisi d'adopter, cette personne n'agit pas de son propre gré et on ne peut pas dire qu'elle est vraiment libre. L'un des objectifs importants de la *Charte* est de protéger, dans des limites raisonnables, contre la coercition et la contrainte. La coercition comprend non seulement la contrainte flagrante exercée, par exemple, sous forme d'ordres directs d'agir ou de s'abstenir d'agir sous peine de sanction, mais également les formes indirectes de contrôle qui permettent de déterminer ou de restreindre les possibilités d'action d'autrui. La liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. [Je souligne.]

Ainsi, le critère n'est manifestement pas que les travailleurs agricoles soient libres de former des associations comme ils l'entendent. Si tel était le cas et qu'aucune activité associative ne se produisait, alors il serait possible de conclure qu'ils avaient la possibilité de le faire et qu'ils ont choisi de ne pas le faire. Si l'analyse tient compte de la réalité du marché du travail, l'effet paralysant de l'absence de liberté devient manifeste.

Je partage l'avis de mon collègue sur la justesse de cette déclaration du professeur Fudge dans son affidavit : [TRADUCTION] « [m]ême si l'existence

2001 SCC 94 (CanLII)

guarantee that a particular group of workers will be able to join a trade union and engage in collective bargaining with their employer, the absence of such legislative protection virtually guarantees that workers will not enjoy these rights and freedoms". In that light, it is fair to characterize the freedom of association of agricultural workers under the *LRA* as being but a hollow right because, as stated by Arthurs, *supra*, at para. 431, and cited with approval by my colleague, the freedom to organize would amount "to no more than the freedom to suffer serious adverse legal and economic consequences".

As stated by Cory and Iacobucci JJ. in *Delisle*, *supra*, at para. 68:

> The ability of employees to form and join an employee association is thus crucially linked to their economic and emotional well-being. Membership in employee groups assists the individual member in a great many ways. Simply to join a trade union is an important exercise of an individual's freedom of expression. It is a group which so often brings to the individual a sense of self-worth and dignity. An employee association provides a means of openly and frankly discussing work-related problems without fear of interference or intimidation by the employer. The association provides a means of expressing a collective voice, not only in communicating with the employer, but also in communicating with government, other groups, and the general public. The fundamental importance of the union remains, even though a statute may prohibit the employees from going on strike, or from holding a sit-in. The freedom of employees to participate in an employee association is basic and essential in our society. A statute whose purpose or effect is to interfere with the formation of employee associations will clearly infringe s. 2(*d*) of the *Charter*. [Emphasis added.]

The outcome of the exercise of freedom of association is not determinable on an *ex ante* basis: a meeting by employees could be used as much to organize a picnic as to discuss occupational health and safety issues. The boundary line between permissible and impermissible associational activity is invisible. To use Dickson C.J.'s terminology, in a non-vapid s. 2(*d*) environment the line would not exist. In an environment where workers do not

d'une loi sur les relations de travail ne garantit aucunement à un groupe donné de travailleurs qu'il pourra se joindre à un syndicat et entreprendre une négociation collective avec l'employeur, l'absence d'une telle protection légale garantit presque que les travailleurs ne bénéficieront pas de ces droits et de ces libertés ». Dans ce contexte, la liberté d'association des travailleurs agricoles sous le régime de la *LRT* n'est qu'un droit fictif puisque, ainsi qu'il est dit dans Arthurs, *op. cit.*, par. 431, et cité avec approbation par mon collègue, la liberté syndicale pourrait n'être [TRADUCTION] « rien d'autre que la liberté de subir de graves préjudices sur les plans juridique et économique ».

155 Comme le disent les juges Cory et Iacobucci dans *Delisle*, par. 68 :

> La capacité des employés de former une association d'employés et d'y adhérer a donc un lien décisif avec leur bien-être sur les plans économique et émotionnel. L'appartenance à un groupe d'employés aide le membre d'une multitude de façons. Le simple fait d'adhérer à un syndicat est un exercice important de la liberté d'expression d'une personne. C'est un groupe qui procure si souvent à l'individu un sentiment de valorisation et de dignité. Une association d'employés fournit un moyen de discuter ouvertement et franchement des problèmes liés au travail sans crainte d'intervention ou d'intimidation de la part de l'employeur. L'association fournit un moyen d'exprimer une voix collective pour communiquer non seulement avec l'employeur, mais aussi avec le gouvernement, d'autres groupes et le public en général. Le syndicat conserve son importance fondamentale même si une loi peut interdire aux employés de déclencher une grève ou d'occuper des lieux. La liberté de l'employé de participer aux activités d'une association d'employés est fondamentale et essentielle dans notre société. Une loi qui a pour objet ou pour effet d'entraver la formation d'associations d'employés contrevient manifestement à l'al. 2*d*) de la *Charte*. [Je souligne.]

156 Le résultat de l'exercice de la liberté d'association ne peut être déterminé au préalable : une réunion d'employés peut tout aussi bien servir à organiser un pique-nique qu'à discuter de questions de santé et de sécurité au travail. La ligne de démarcation entre l'activité associative permissible et non permissible est invisible. Pour reprendre l'idée du juge en chef Dickson, dans un contexte dynamique de l'al. 2*d*), la ligne de démarcation n'existerait pas.

2001 SCC 94 (CanLII)

enjoy protection from unfair labour practices, an employer has no reason to assume that such associational activities will not lead to the forbidden terrain of collective bargaining. The reality is that employers often take anticipatory action against those who undertake organizational activities.

157 In *Lavigne*, *supra*, at p. 263, Wilson J. stated that once the positive freedom of association had been established, then it remained to establish whether the appellant has been prevented from forming or joining associations of her or his choosing. In *Lavigne*, the answer was no. In our case, by contrast, the answer is yes.

158 With respect, I do not share the views of my colleague, as expressed by him in *Delisle*, at para. 29, that it would be problematic to recognize positive rights because it will force government to take an "all or nothing" approach to the promotion of freedoms. This is because a positive duty to assist excluded groups generally arises when the claimants are in practice unable to exercise a *Charter* right. In addition, s. 1 of the *Charter* would allow the government to justify excluding some groups from the application of certain policies. In our case, once the statutory exclusion is removed, the claimants will be in a position to effectively exercise their s. 2(*d*) rights.

159 However, when the Ontario government repealed the *ALRA* and enacted the *LRA* it committed acts which affected the associational rights of agricultural workers in Ontario. As the majority of the Court stated in *Vriend*, *supra*, at para. 62:

> It might also be possible to say in this case that the deliberate decision to omit sexual orientation from the provisions of the *IRPA* is an "act" of the Legislature to which the *Charter* should apply. This argument is strengthened and given a sense of urgency by the considered and specific positive actions taken by the government to ensure that those discriminated against on the grounds of sexual orientation were excluded from the protective procedures of the Human Rights Commission.

Dans un environnement où les travailleurs n'ont pas de protection contre les pratiques déloyales, l'employeur n'aurait aucune raison de supposer que de telles activités associatives ne mèneront pas vers le terrain interdit de la négociation collective. La réalité est que les employeurs prennent souvent des mesures préventives contre ceux qui entreprennent des activités associatives.

Dans *Lavigne*, précité, p. 263, le juge Wilson dit qu'une fois établie la liberté positive de s'associer, il reste à établir si l'appelant a été empêché de former une association ou d'adhérer à celle de son choix. Dans *Lavigne*, la réponse était négative. En l'espèce, cependant, la réponse est affirmative.

En toute déférence, je ne partage pas le point de vue qu'exprime mon collègue dans *Delisle*, par. 29, selon lequel la reconnaissance des droits positifs risque de poser problème car elle force le gouvernement à adopter une politique du tout ou rien en matière de promotion des libertés. Cela résulte de ce qu'en général, l'incapacité pratique d'exercer un droit garanti par la *Charte* fait naître une obligation positive d'aider les groupes exclus. De plus, l'article premier de la *Charte* permet au gouvernement de justifier l'exclusion de certains groupes de l'application de certaines politiques. En l'espèce, une fois supprimée l'exclusion légale, les demandeurs seront en mesure d'exercer effectivement leurs droits en vertu de l'al. 2*d*).

Toutefois, lorsque le gouvernement de l'Ontario a abrogé la *LRTA* et adopté la *LRT*, il a pris des mesures qui ont porté atteinte au droit d'association des travailleurs agricoles en Ontario. Comme le dit la majorité de la Cour dans *Vriend*, précité, par. 62 :

> L'on pourrait également soutenir, en l'espèce, que la décision délibérée d'omettre l'orientation sexuelle dans les dispositions de l'*IRPA* est un « acte » du législateur à laquelle la *Charte* devrait s'appliquer. Les mesures concrètes et réfléchies que le gouvernement a prises pour faire en sorte que les victimes de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ne puissent présenter une plainte à la Human Rights Commission étayent cet argument qui n'en est que plus convaincant. Cependant,

2001 SCC 94 (CanLII)

However, it is not necessary to rely on this position in order to find that the *Charter* is applicable.

The Ontario government, in this case, first ensured that those workers who had initiated associational activities under the protection of the *ALRA* would no longer pursue them and, secondly, it took "the deliberate decision to omit" persons employed in agriculture from the *LRA*.

In the *Alberta Reference*, *supra*, at pp. 376-77, Dickson C.J., in the context of an exclusion clause concerning the right to strike under Alberta's *Hospitals Act*, stated that:

> The situation with respect to employees of employers who operate approved hospitals under the *Hospitals Act* is quite different. Prohibiting the right to strike across the board in hospital employment is too drastic a measure for achieving the object of protecting essential services. It is neither obvious nor self-evident that all bargaining units in hospitals represent workers who provide essential services, or that those who do not provide essential services are "so closely linked" to those who do as to justify similar treatment. As pointed out above, the Freedom of Association Committee of the I.L.O. expressed concern about the overinclusiveness of s. 117.1 of the *Labour Relations Act*:
>
> > 132. The Committee notes that this broad exclusion covers kitchen help, janitors, gardeners, etc. . . . Given that this provision is not sufficiently specific as regards the important qualification of "essential employee", the Committee refers to the principle . . . concerning circumstances in which recourse to strike action may be prohibited. It requests the Government to re-examine section 117.1 so as to confine the prohibition of strikes to services which are essential in the strict sense of the term. [Emphasis in original.]

In our case, the overinclusiveness of the *LRA*'s impugned provision cannot be justified. Although there may be a rare case where an agricultural operation could justifiably be exempted from the protections of the *LRA*, the broad exclusion incorporated in the Act, excluding all persons employed in agriculture from all provisions of the Act clearly is, in Dickson C.J.'s words in the above quote, "too drastic a measure". Such overinclusiveness "could lead to results in certain cases which would defy

il n'est pas nécessaire de l'invoquer pour arriver à la conclusion que la *Charte* s'applique.

160 En l'espèce, le gouvernement de l'Ontario s'est d'abord assuré que les travailleurs qui avaient engagé des activités associatives sous la protection de la *LRTA* y mettent fin, puis il a pris « la décision délibérée » d'exclure les personnes employées à l'agriculture de l'application de la *LRT*.

161 Dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, précité, p. 376-377, le juge en chef Dickson, parlant d'une clause d'exclusion concernant le droit de grève sous le régime de la *Hospitals Act* de l'Alberta, dit ceci :

> La situation à l'égard des employés des exploitants d'hôpitaux approuvés en vertu de la *Hospitals Act* est fort différente. Interdire le droit de grève à tous les employés d'hôpitaux est une mesure trop draconienne par rapport à l'objectif de protection des services essentiels. Il n'est ni manifeste ni évident en soi que toutes les unités de négociation du milieu hospitalier représentent des travailleurs qui fournissent des services essentiels ou que ceux qui ne fournissent pas des services essentiels sont si [TRADUCTION] « étroitement liés » à ceux qui les fournissent qu'il devient justifié de les traiter de la même façon. Comme je l'ai fait remarquer précédemment, le Comité de la liberté syndicale du B.I.T. s'est montré préoccupé par le caractère trop étendu de l'art. 117.1 de la *Labour Relations Act* :
>
> > 132. Le comité note que cette exclusion globale vaut pour les aides de cuisine, les portiers, les jardiniers, etc., [. . .] Comme cette disposition n'est pas assez précise en ce qui concerne l'importante qualification d'« agent essentiel », le comité renvoie au principe [. . .] au sujet des circonstances dans lesquelles le recours à la grève peut être interdit. Il demande au gouvernement de réexaminer l'article 117.1 de façon que l'interdiction du droit de grève soit limitée aux services qui sont essentiels au sens strict du terme. [Souligné dans l'original.]

162 En l'espèce, la portée trop large de la disposition attaquée de la *LRT* ne peut être justifiée. S'il peut y avoir de rares cas dans lesquels une opération agricole serait à bon droit exclue des protections de la *LRT*, l'exclusion générale prévue dans la loi, qui exclut toutes les personnes employées à l'agriculture de toutes les dispositions de la loi, est manifestement, pour reprendre les termes du juge en chef Dickson, « une mesure trop draconienne ». Une portée trop large « est susceptible dans certains cas

2001 SCC 94 (CanLII)

both rationality and fairness" (*Oakes*, *supra*, at p. 142).

163 In *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, a case concerning a challenge to the federal provisions prohibiting public servants from working for or against candidates or political parties, I concurred with Wilson J.'s reasons that once legislation is found to be over-inclusive, infringes a *Charter* right and cannot be justified under s. 1, "the Court has no alternative but to strike the legislation down or, if the unconstitutional aspects are severable, to strike it down to the extent of its inconsistency with the Constitution" (pp. 76-77).

164 The term "underinclusiveness" is often used in s. 15 jurisprudence including cases where, as here, overt exclusion from a statute has taken place. As stated in *Vriend*, *supra*, at para. 61, it is the substance not the form of the legislation that matters. However, while the ultimate legal effect may be similar, we should be alert to the impact on the affected parties. There is, after all, a difference between a sign that states "Members Only" from one that states "Agricultural Workers Excluded".

B. *Section 15(1) Analysis*

165 The appellants also argue that the *LRESLAA* and the *LRA* violate agricultural workers' equality rights under s. 15(1) of the *Charter*. Because I have already found that the impugned legislation infringes s. 2(*d*), I find it necessary to make but a single observation with respect to s. 15(1). I agree with the trial judge that "the central issue to be resolved" under s. 15(1) "is whether [the agricultural workers'] exclusion from the collective bargaining regime constitutes discrimination on an 'analogous ground'" (p. 209). I disagree, however, that the occupational status of agricultural workers does not satisfy this prong of the s. 15(1) analysis.

d'entraîner des résultats à la fois irrationnels et inéquitables » (*Oakes*, précité, p. 142).

Dans *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, portant sur la constitutionnalité de dispositions fédérales interdisant aux fonctionnaires de travailler pour ou contre des candidats ou des partis politiques, je souscris aux motifs du juge Wilson selon lesquels, dès lors qu'une loi est jugée de portée excessive, elle viole un droit garanti par la *Charte* et ne peut se justifier en vertu de l'article premier, la Cour « ne peut faire autrement qu'invalider la loi en question ou, si ses aspects inconstitutionnels peuvent en être retranchés, l'invalider dans la mesure de son incompatibilité avec la Constitution » (p. 77).

L'expression « portée trop limitative » revient souvent dans la jurisprudence relative à l'art. 15, dans des affaires où, comme ici, la loi prévoit expressément une exclusion. Notre Cour reconnaît dans *Vriend*, précité, par. 61, que c'est le fond et non la forme de la disposition législative qui importe. Toutefois, même si l'effet juridique final peut être similaire, nous devons être conscients de ses répercussions sur les parties visées. Après tout, il y a une différence entre un panneau « Membres seulement » et un autre « Interdit aux travailleurs agricoles ».

B. *L'analyse fondée sur le par. 15(1)*

Les appelants soutiennent aussi que la *LMLRTE* et la *LRT* violent les droits des travailleurs agricoles à l'égalité en vertu du par. 15(1) de la *Charte*. Comme j'ai déjà conclu que les dispositions attaquées contreviennent à l'al. 2*d*), une seule remarque me paraît s'imposer au sujet du par. 15(1). Je conviens avec le juge de première instance que [TRADUCTION] « la question centrale à trancher » en fonction du par. 15(1) « est de savoir si l'exclusion des travailleurs agricoles du régime de négociation collective constitue une discrimination fondée sur un "motif analogue" » (p. 209). Cependant, je ne suis pas d'accord pour dire que le statut professionnel des travailleurs agricoles ne satisfait pas à ce volet de l'analyse liée au par. 15(1).

2001 SCC 94 (CanLII)

In *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, the Court held, at para. 93, that the determination of whether a ground or confluence of grounds is analogous to those listed in s. 15(1)

> is made on the basis of a complete analysis of the purpose of s. 15(1), the nature and situation of the individual or group at issue, and the social, political and legal history of Canadian society's treatment of the group. A ground or grounds will not be considered analogous under s. 15(1) unless it can be shown that differential treatment premised on the ground or grounds has the potential to bring into play human dignity . . . .

In other words, "[t]o say that a ground of distinction is an analogous ground is merely to identify a type of decision making that is suspect because it often leads to discrimination and denial of substantive equality" (*Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at para. 8). A ground need not be immutable to be analogous; it can be based on characteristics that the government has no legitimate interest in expecting claimants to change to receive equal treatment under the law, or, in other words, characteristics that are difficult to change, or changeable only at great cost (*Corbiere*, *supra*, at paras. 13-14; see also *Vriend*, *supra*, at para. 90). In *Egan*, *supra*, I took the position that reliance on grounds amounts to an "indirect means by which to define discrimination" (para. 35 (emphasis in original deleted)), whereas the preferable approach would be to focus on the group adversely affected by the distinction as well as on the nature of the interest affected. I remain convinced that this is the most direct and truthful way of addressing the problem of discrimination. Nonetheless, even under the majority's current "grounds" approach, there is no reason why an occupational status cannot, in the right circumstances, identify a protected group.

First, this Court has repeatedly recognized that employment is a fundamental aspect of an individual's life and an essential component of identity, personal dignity, self-worth and emotional well-being (see, e.g., *McKinley v. BC Tel*, [2001] 2 S.C.R. 161, 2001 SCC 38, at para. 53 (quoting

Dans *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 93, notre Cour conclut que, pour déterminer si un motif ou une combinaison de motifs est analogue à ceux énumérés au par. 15(1), il faut 166

> se fonde[r] sur une analyse exhaustive de l'objet du par. 15(1), de la nature et de la situation de la personne ou du groupe en cause et des antécédents sociaux, politiques et juridiques du traitement réservé à ce groupe dans la société canadienne. Un ou plusieurs motifs ne seront pas jugés analogues en vertu du par. 15(1) à moins qu'il ne puisse être démontré que la différence de traitement découlant de ce ou ces motifs est susceptible d'avoir une incidence sur la dignité humaine . . .

En d'autres termes, « [a]ffirmer qu'un motif de distinction est un motif analogue ne fait qu'indiquer qu'un certain processus décisionnel est suspect parce qu'il aboutit souvent à la discrimination et au déni du droit à l'égalité réelle » (*Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 8). Il n'est pas nécessaire qu'un motif soit immuable pour être analogue; il peut reposer sur des caractéristiques que le gouvernement ne saurait légitimement escompter que le demandeur change pour avoir droit à l'égalité de traitement garantie par la loi, c'est-à-dire des caractéristiques dont la modification est soit difficile, soit très coûteuse (*Corbiere*, précité, par. 13-14; voir aussi *Vriend*, précité, par. 90). Dans *Egan*, précité, j'exprime l'opinion que mettre l'accent sur les motifs est une « façon indirecte de définir la discrimination » (par. 35 (soulignement supprimé)), alors qu'il serait préférable de centrer l'analyse sur le groupe défavorisé par la distinction de même que sur la nature du droit touché. Je demeure convaincue qu'il s'agit du moyen le plus direct et le plus valable d'aborder le problème de la discrimination. Néanmoins, même suivant l'analyse majoritaire actuelle axée sur les « motifs », rien ne justifie que le statut professionnel ne puisse, lorsque les circonstances s'y prêtent, définir un groupe protégé.

Premièrement, notre Cour a reconnu à maintes reprises que l'emploi est un aspect fondamental de la vie d'une personne et une composante essentielle de son sens de l'identité, de sa dignité, de sa valorisation et de son bien-être émotionnel (voir p. ex. *McKinley c. BC Tel*, [2001] 2 R.C.S. 161, 2001 CSC 167

2001 SCC 94 (CanLII)

Alberta Reference, *supra*, *per* Dickson C.J., at p. 368)). Second, though it has had the opportunity to do so, this Court has never declared categorically that a ground of differential treatment based on an occupational status may not be subject to scrutiny under s. 15(1) (see especially *Delisle*, *supra*, at para. 44; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, at p. 311). In *Delisle*, while the majority concluded that RCMP officers did not satisfy this prong of the *Law* test, it left the door open for the possibility that other occupationally oriented forms of discrimination could fall under the scope of s. 15(1) by limiting its holding to RCMP officers only (see *Delisle*, *supra*, at para. 44). In my concurring reasons in that case, I expressed my belief that an occupational status could constitute a suspect marker of discrimination, at para. 8:

> [O]ccupation and working life are often important sources of personal identity, and there are various groups of employees made up of people who are generally disadvantaged and vulnerable. Particular types of employment status, therefore, may lead to discrimination in other cases, and should be recognized as analogous grounds when it has been shown that to do so would promote the purposes of s. 15(1) of preventing discrimination and stereotyping and ameliorating the position of those who suffer social and political disadvantage and prejudice.

Legal commentators have also embraced the notion that occupational distinctions between certain groups can be subject to *Charter* scrutiny (see, e.g., D. Gibson, *The Law of the Charter: Equality Rights* (1990), at p. 257; D. Pothier, "Connecting Grounds of Discrimination to Real People's Real Experiences" (2001), 13 *C.J.W.L.* 37, at p. 57).

168 In this case, there is no doubt that agricultural workers, unlike the RCMP officers in *Delisle*, do generally suffer from disadvantage, and the effect of the distinction is to devalue and marginalize them within Canadian society. Agricultural workers "are among the most economically exploited and politically neutralized individuals in our society" and face "serious obstacles to effective participation in the political process" (D. M. Beatty, *Putting the Charter to Work: Designing a Constitutional Labour Code*

38, par. 53 (citant le juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, p. 368)). Deuxièmement, bien qu'elle ait eu l'occasion de le faire, notre Cour n'a jamais affirmé catégoriquement qu'une différence de traitement découlant du statut professionnel ne pouvait constituer un motif sujet à examen en vertu du par. 15(1) (voir en particulier *Delisle*, par. 44; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, p. 311). Dans *Delisle*, la majorité conclut que les agents de la GRC ne satisfaisaient pas à ce volet du critère dégagé dans l'arrêt *Law*, mais elle n'a pas fermé la porte à la possibilité que d'autres formes de discrimination axée sur le statut professionnel puissent être visées au par. 15(1), puisqu'elle a limité sa conclusion aux agents de la GRC (par. 44). Dans mes motifs concourants, au par. 8, j'exprime l'avis que le statut professionnel peut constituer un indicateur de discrimination suspecte :

> [L]e métier et la vie active constituent souvent des sources importantes d'identité personnelle, et divers groupes d'employés sont composés de gens qui sont généralement défavorisés et vulnérables. Certains types d'emploi peuvent donc mener à la discrimination dans d'autres cas, et devraient être reconnus comme étant des motifs analogues lorsqu'il est démontré que cette reconnaissance favoriserait l'objectif du par. 15(1), qui est d'empêcher la discrimination et les stéréotypes, et d'améliorer la situation des gens qui souffrent de désavantages et de préjugés sociaux et politiques.

Des auteurs ont également adhéré à l'idée que des distinctions d'ordre professionnel établies entre certains groupes pouvaient faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte* (voir p. ex. D. Gibson, *The Law of the Charter : Equality Rights* (1990), p. 257; D. Pothier, « Connecting Grounds of Discrimination to Real People's Real Experiences » (2001), 13 *R.F.D.* 37, p. 57).

Il ne fait aucun doute en l'espèce que, contrairement aux agents de la GRC dans *Delisle*, les travailleurs agricoles souffrent généralement d'un désavantage et que la distinction a pour effet de les dévaloriser et de les marginaliser au sein de la société canadienne. Les travailleurs agricoles [TRADUCTION] « sont parmi les membres de notre société qui sont les plus exploités sur le plan économique et les plus neutralisés du point de vue politique » et ils doivent surmonter « des obstacles

2001 SCC 94 (CanLII)

(1987), at p. 89). Indeed, the trial judge clearly found, at p. 216, that

> agricultural workers have historically occupied a disadvantaged place in Canadian society and that they continue to do so today. For the purposes of the s. 15 analysis, I have no hesitation in finding on the evidence that agricultural workers are a disadvantaged group. They are poorly paid, face difficult working conditions, have low levels of skill and education, low status and limited employment mobility.

In light of this, I believe it safe to conclude of agricultural workers what Wilson J. concluded of non-citizens in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 152, namely that they "are a group lacking in political power and as such vulnerable to having their interests overlooked and their rights to equal concern and respect violated. They are among 'those groups in society to whose needs and wishes elected officials have no apparent interest in attending'". Thus, the critical question here is whether the government has a legitimate interest in expecting agricultural workers to change their employment status to receive equal treatment under the law.

In my view, this question must be answered in the negative. Not unlike the off-reserve aboriginal band members faced with the challenge of changing their status to on-reserve band members identified in *Corbiere*, I believe that agricultural workers, in light of their relative status, low levels of skill and education, and limited employment mobility, can change their occupational status "only at great cost, if at all" (*Corbiere*, *supra*, at para. 14). The fact that the agricultural workforce may be highly transient only reflects the unstable nature of the industry, and does not change the basic point that the workers lack other employment options; indeed, many of the seasonal workers are students and the unemployed. In my view, it is abundantly clear that agricultural workers do not enjoy the same "labour market flexibility" as RCMP officers (*Delisle*, *supra*, at

important pour participer au processus politique » (D. M. Beatty, *Putting the Charter to Work : Designing a Constitutional Labour Code* (1987), p. 89). D'ailleurs, le juge de première instance a clairement conclu ce qui suit (à la p. 216) :

> [TRADUCTION] . . . de tous temps, les travailleurs agricoles ont été défavorisés au sein de la société canadienne et ils continuent de l'être de nos jours. Aux fins de l'analyse selon l'art. 15, je n'hésite pas à conclure, à partir de la preuve, que les travailleurs agricoles constituent un groupe défavorisé. Ils sont peu payés, ont de mauvaises conditions de travail, sont peu qualifiés et peu instruits, jouissent d'une faible reconnaissance et d'une mobilité professionnelle limitée.

Partant, je crois que l'on peut dire des travailleurs agricoles ce que le juge Wilson dit des non-citoyens dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 152, savoir qu'ils « constituent un groupe dépourvu de pouvoir politique et sont, à ce titre, susceptibles de voir leurs intérêts négligés et leur droit d'être considéré et respecté également violé. Ils font partie de [TRADUCTION] "ces groupes de la société dont les besoins et les aspirations ne suscitent apparemment pas l'intérêt des représentants élus" ». Ainsi, la question cruciale en l'espèce est de savoir si le gouvernement peut légitimement s'attendre à ce que les travailleurs agricoles changent leur statut professionnel afin de bénéficier de l'égalité de traitement garantie par la loi.

Selon moi, il convient de répondre par la négative. Tout comme dans *Corbiere*, où les membres hors réserve des bandes indiennes étaient mis au défi de devenir des membres habitant la réserve, j'estime que les travailleurs agricoles, compte tenu de leur position, de leur niveau de formation et d'instruction, et de leur mobilité professionnelle limitée, ne peuvent modifier leur statut professionnel « qu'à un prix considérable, si tant est qu'ils le peuvent » (*Corbiere*, précité, par. 14). Le fort roulement au sein de la main-d'œuvre agricole ne fait que refléter la nature instable du secteur d'activité et ne change rien à ce que, fondamentalement, les travailleurs n'ont pas d'autres possibilités d'emploi; en fait, bon nombre des travailleurs saisonniers sont des étudiants et des chômeurs. À mon avis, il est tout à fait clair que les travailleurs agricoles ne bénéficient pas

2001 SCC 94 (CanLII)

169

para. 44) or other more advantaged professionals, and I see no reason to disturb the trial judge's considered findings of fact regarding the predicament of agricultural workers.

170 Accordingly, I find that the occupational status of agricultural workers constitutes an analogous ground. I note that in arriving at this conclusion, I make no findings about "occupational status" generally as a suspect marker of discrimination under s. 15(1).

C. *Section 1 Analysis*

171 The role of s. 1 in the *Charter* was first fully examined by this Court in *Oakes*, *supra*. In *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 768, Dickson C.J. summarized the steps in the analysis:

> Two requirements must be satisfied to establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. First, the legislative objective which the limitation is designed to promote must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutional right. It must bear on a "pressing and substantial concern". Second, the means chosen to attain those objectives must be proportional or appropriate to the ends. The proportionality requirement, in turn, normally has three aspects: the limiting measures must be carefully designed, or rationally connected, to the objective; they must impair the right as little as possible; and their effects must not so severely trench on individual or group rights that the legislative objective, albeit important, is nevertheless outweighed by the abridgment of rights.

As with all *Charter* analysis, a contextual approach is to be followed.

(1) Sufficiently Important Objective

172 Labour statutes, such as the *LRA*, fulfill important objectives in our society. Harmonious relations between management and labour have an impact not only on the economic relations between the parties, but also on social welfare as a whole. However, for

de la même « fluidité du marché du travail » que les agents de la GRC (*Delisle*, précité, par. 44) ou que d'autres professionnels plus favorisés, et je ne vois aucune raison de modifier les conclusions mûrement réfléchies du juge de première instance concernant la situation précaire des travailleurs agricoles.

En conséquence, je conclus que le statut professionnel des travailleurs agricoles constitue un motif analogue. Je ne me prononce cependant pas en ce qui concerne le « statut professionnel » en général comme indicateur de discrimination suspecte aux fins du par. 15(1).

C. *Analyse selon l'article premier*

Le premier examen global par notre Cour du rôle de l'article premier de la *Charte* est l'arrêt *Oakes*, précité. Dans *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, le juge en chef Dickson résume, à la p. 768, les étapes de l'analyse :

> Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux exigences. En premier lieu, l'objectif législatif que la restriction vise à promouvoir doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution. Il doit se rapporter à des « préoccupations urgentes et réelles ». En second lieu, les moyens choisis pour atteindre ces objectifs doivent être proportionnels ou appropriés à ces fins. La proportionnalité requise, à son tour, comporte normalement trois aspects : les mesures restrictives doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question, ou avoir un lien rationnel avec cet objectif; elles doivent être de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question et leurs effets ne doivent pas empiéter sur les droits individuels ou collectifs au point que l'objectif législatif, si important soit-il, soit néanmoins supplanté par l'atteinte aux droits.

Comme pour toute analyse de la *Charte*, il faut suivre une approche contextuelle.

(1) Un objectif suffisamment important

Les lois sur les relations de travail comme la *LRT* permettent de réaliser d'importants objectifs dans notre société. Les relations harmonieuses entre le patronat et les employés affectent non seulement les relations économiques entre les parties, mais éga-

2001 SCC 94 (CanLII)

the purposes of our analysis, our focus is on s. 3(*b*) of the *LRA*.

As indicated earlier in my reasons, I have concluded that s. 3(*b*) breaches the *Charter*. This, however, does not necessarily end the s. 1 inquiry; "a legislative provision whose purpose infringes the *Charter* may nonetheless be found to have an objective that is sufficiently important to justify overriding a *Charter* freedom" (*Delisle*, *supra*, at para. 112, *per* Cory and Iacobucci JJ.).

The respondents argued that there were two factors justifying the passage of s. 3(*b*). First, that Ontario agriculture has unique characteristics as a result of which it is incompatible with legislated collective bargaining, and second that the *LRA*'s purposes could not be realized in the agricultural sector.

Neither of these arguments are, in my opinion, persuasive. First, it is difficult for me to believe that the production of eggs or mushrooms, let alone all other agricultural products, in Ontario is truly "unique". Secondly, it is also difficult to accept that none of the *LRA*'s purposes, which speak to the basic characteristics required for the operation of a modern business, could be realized in the agricultural sector.

The *LRA* also added a new s. 2, titled "Purposes" that states:

> **2.** The following are the purposes of the Act:
>
> 1. To facilitate collective bargaining between employers and trade unions that are the freely-designated representatives of the employees.
>
> 2. To recognize the importance of workplace parties adapting to change.
>
> 3. To promote flexibility, productivity and employee involvement in the workplace.
>
> 4. To encourage communication between employers and employees in the workplace.

lement le bien-être collectif. Toutefois, aux fins de notre analyse, nous nous concentrons sur l'al. 3*b*) de la *LRT*.

173 Comme je l'ai déjà indiqué, j'ai conclu que l'al. 3*b*) porte atteinte à la *Charte*. Ceci ne met pas nécessairement fin à l'analyse selon l'article premier si on se pose la question de savoir « s'il est possible de conclure qu'une disposition législative dont l'objet contrevient à la *Charte* a néanmoins un objectif suffisamment important pour justifier la suppression d'une liberté garantie par la *Charte* » (*Delisle*, par. 112, les juges Cory et Iacobucci).

174 Les intimés font valoir deux facteurs susceptibles de justifier l'adoption de l'al. 3*b*). D'abord le fait que l'agriculture de l'Ontario présente des caractéristiques uniques qui la rendent incompatible avec tout régime légal de négociation collective, et ensuite le fait que les objets de la *LRT* ne sont pas réalisables dans le secteur agricole.

175 Aucun de ces arguments ne me semble convaincant. En premier lieu, il m'est difficile de croire que la production d'œufs ou de champignons, voire celle de tous les autres produits agricoles en Ontario soit vraiment « unique ». En deuxième lieu, il est aussi difficile d'accepter qu'aucun des objets de la *LRT*, visant les caractéristiques fondamentales nécessaires à l'exploitation d'une entreprise moderne, ne soit réalisable dans le secteur agricole.

176 La *LRT* a ajouté un nouvel art. 2, intitulé « Objets » :

> **2.** Les objets de la Loi sont les suivants :
>
> 1. Faciliter la négociation collective entre les employeurs et les syndicats qui sont les représentants volontairement désignés des employés.
>
> 2. Reconnaître l'importance de l'adaptation au changement des parties dans le lieu de travail.
>
> 3. Promouvoir la flexibilité, la productivité ainsi que la participation des employés dans le lieu de travail.
>
> 4. Encourager la communication entre les employeurs et les employés dans le lieu de travail.

2001 SCC 94 (CanLII)

5. To recognize the importance of economic growth as the foundation for mutually beneficial relations amongst employers, employees and trade unions.

6. To encourage co-operative participation of employers and trade unions in resolving workplace issues.

7. To promote the expeditious resolution of workplace disputes.

177 Of the seven purposes of the Act, only one makes explicit reference to collective bargaining. The other six sections refer to the importance of "adapting to change", the promotion of "flexibility, productivity and employee involvement in the workplace", the encouragement of "communication between employers and employees in the workplace", the resolution of "workplace issues", and the promotion of the "expeditious resolution of workplace disputes".

178 It is worth reiterating that the sentiments contained in these expressions of intent are not confined to matters pertaining to collective bargaining. They cover issues related to change, employee involvement, communications between management and labour, and the resolution, without limitation, of workplace issues. Thus, the expressions of intent in s. 2 of the *LRA* are consistent with a policy focused on the importance of ensuring that the productivity of the labour force would continuously improve with the result that the economy would advance towards strengthening its relative competitiveness. This is an important factor in a globalized economic environment, especially given that old-fashioned economic protectionism is neither affordable nor permissible under international trade rules.

179 It would be difficult to argue that such expressions of intent would not be applicable to the agricultural sector. At the very least they would apply to factory-like enterprises. The question also arises whether, if the government of Ontario has concerns about the economic well-being of the agricultural sector, be it its corporative sector or the one

5. Reconnaître l'importance de la croissance économique comme fondement de rapports mutuellement favorables entre employeurs, employés et syndicats.

6. Encourager les employeurs et les syndicats à collaborer afin de régler les questions relatives au lieu de travail.

7. Promouvoir le règlement rapide des différends relatifs au lieu de travail.

Des sept objets de la loi, un seul mentionne explicitement la négociation collective. Les six autres dispositions parlent de l'importance de « l'adaptation au changement », de promouvoir « la flexibilité, la productivité ainsi que la participation des employés dans le lieu de travail », d'encourager « la communication entre les employeurs et les employés dans le lieu de travail », de régler « les questions relatives au lieu de travail » et de promouvoir « le règlement rapide des différends relatifs au lieu de travail ».

Il vaut la peine de rappeler que les idées traduites par ces expressions d'intention ne se limitent pas aux questions relatives à la négociation collective. Elles couvrent des questions liées aux changements, à la participation des employés, aux communications entre direction et employés, de même que le règlement, sans limitation, des différends relatifs au lieu de travail. Par conséquent, les expressions d'intention à l'art. 2 de la *LRT* sont compatibles avec une politique mettant l'accent sur l'importance de veiller à ce que la productivité de la population active s'améliore constamment, pour que l'économie progresse vers le renforcement de sa compétitivité relative. Ceci est un facteur important dans le cadre de la mondialisation de l'environnement économique, d'autant plus que le protectionnisme économique du passé n'est plus envisageable, ni d'ailleurs permise en vertu des règles du commerce international.

Il serait difficile de prétendre que de telles expressions d'intention ne peuvent pas s'appliquer au secteur agricole. Elles s'appliqueraient au moins aux entreprises fonctionnant comme des usines. On peut aussi se demander si le gouvernement de l'Ontario se préoccupe de la santé économique du secteur agricole, qu'il s'agisse du secteur des

2001 SCC 94 (CanLII)

represented by "family farms", when excluding the sector as a whole from the provisions of the Act did it also intend to exclude from this sector the impact of the expressions of intent, essentially comprising a good management wish list, expressed in s. 2 of the statute? The statutory silence on this issue points towards a policy inconsistency to which the legislature, while entitled, ought to have paid effective attention for the purposes of protecting its statutory initiatives from *Charter* review.

In short, the respondents' argument boils down to this: (a) agriculture is economically vulnerable and barely profitable if at all; (b) the government must ensure that costs are kept down and to this end it has decided to exclude persons employed in agriculture from the *LRA*, regardless of the size, nature or profitability of the enterprise; (c) the government does not believe that any of the indicia of good management practice listed in s. 2 of the *LRA*, whose application will assist an enterprise cope with change while enhancing its productivity, and thus enhance profitability, are necessary in any aspect of agricultural production no matter how industrialized.

The respondents are asking us to countenance, without enunciating a constitutionally valid reason, a breach of a *Charter*-guaranteed fundamental right on grounds which appear to be, at least in part, based on a policy geared to enhance the economic well-being of private enterprises. This we cannot do.

The government is entitled to provide financial and other support to agricultural operations, including family farms. What is not open for the government to do is to do so at the expense of the *Charter* rights of those who are employed in such activities, if such a policy choice cannot be demonstrably justified. This they have failed to do.

(2) Proportionality

In light of my colleague's conclusion that the legislation passes the first branch of the *Oakes*

entreprises ou de celui qui est représenté par les « fermes familiales », et s'il voulait aussi, en excluant tout le secteur des dispositions de la loi, soustraire ce secteur à l'effet des expressions d'intention, consistant essentiellement en une liste de mesures de saine gestion, exprimées à l'art. 2 de la loi. Le silence de la loi sur ce point laisse entrevoir une incohérence en matière de politique que le législateur pouvait accepter mais à laquelle il aurait dû effectivement porter attention afin de protéger ses mesures législatives d'un examen fondé sur la *Charte*.

180 En bref, les arguments des intimés se résument à ceci : a) l'agriculture est vulnérable sur le plan économique et à peine profitable; b) le gouvernement doit veiller à ce que les coûts n'augmentent pas et, à cette fin, a décidé d'exclure de l'application de la *LRT* les personnes employées à l'agriculture, sans égard à la taille, à la nature ou à la rentabilité des entreprises; c) le gouvernement ne croit pas que les indices de saine pratique administrative énumérés à l'art. 2 de la *LRT*, destinés à favoriser l'adaptation des entreprises au changement tout autant que l'augmentation de leur productivité et donc de leur rentabilité, soient nécessaires à l'égard de quelque aspect de la production agricole si industrialisée soit-elle.

181 Les intimés nous demandent, sans énoncer de raison constitutionnellement valide, d'accepter la violation d'un droit fondamental garanti par la *Charte* pour des motifs qui semblent fondés, du moins en partie, sur une politique visant l'amélioration de la santé économique des entreprises privées. Nous ne pouvons le faire.

182 Le gouvernement est en droit d'apporter une aide financière et autre aux exploitations agricoles, y compris aux fermes familiales. Toutefois, il n'a pas le droit de le faire au détriment de droits garantis par la *Charte* aux personnes qui sont employées à de telles activités, lorsque la justification d'un tel choix de politique ne peut être démontrée, comme c'est le cas en l'espèce.

(2) La proportionnalité

183 Comme mon collègue conclut que la loi satisfait au premier volet du test *Oakes*, j'examine

2001 SCC 94 (CanLII)

test, I will address the question of whether the impugned measures meet the proportionality branch of this test. The absoluteness of the exclusion clause, barring all persons employed in agriculture from all components of the *LRA*, speaks to the lack of proportionality between the perceived ills to be avoided and their remedy. For example, are there no situations in Ontario's agricultural sector where workers should not be so absolutely barred?

(a) *Rational Connection*

184 At this stage of the proportionality analysis, the respondents must show, on the basis of reason or logic, a causal connection between the objective of protecting the well-being of the agricultural sector in Ontario and the means chosen to secure this objective. While scientific evidence of a causal connection (or of a lack thereof) is relevant at this stage of the s. 1 inquiry, it is not always required (*Delisle*, *supra*, at para. 119 (citing *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at paras. 153-54, *per* McLachlin J.); *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at para. 101).

185 The respondents' argument is that the stated objective of securing the well-being of the agricultural sector in Ontario can be achieved through the exclusion of persons employed in agriculture from all associational protections contained in the *LRA*. Excluding the possibility that the impermissible cost-cutting argument is the sole basis for the respondents' position, the logical connection is not immediately apparent.

186 In fact, the purported means to secure the stated objective, barring all persons employed in agriculture from all the benefits under the *LRA*, may have the opposite effect. If the *LRA*'s good labour management principles outlined in s. 2 of the *LRA* have a basis in fact, then excluding the agricultural labour force from the application of those principles through the comprehensive labour scheme contained in the *LRA* will lead to an enterprise which would be less well managed, and with lower productivity, than would otherwise be the case. This

maintenant la question de savoir si les mesures contestées satisfont au volet proportionnalité de ce test. Le caractère absolu de la clause d'exclusion qui vise toutes les personnes employées à l'agriculture de tous les éléments de la *LRT*, révèle un manque de proportionnalité entre les maux qu'on cherche à éviter et leur remède. Par exemple, n'existe-t-il pas, dans le secteur agricole de l'Ontario, des situations où les travailleurs ne devraient pas être exclus de façon aussi absolue?

(a) *Le lien rationnel*

À ce stade de l'analyse de la proportionnalité, les intimés doivent démontrer, en se fondant sur la raison ou la logique, l'existence d'un lien de causalité entre l'objectif de protéger la santé du secteur agricole en Ontario et les moyens choisis pour atteindre cet objectif. Bien que la preuve scientifique d'un lien de causalité (ou de l'absence de lien) soit utile à cette étape de l'examen selon l'article premier, elle n'est pas toujours requise (*Delisle*, par. 119 (citant *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 153-154, le juge McLachlin); *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, par. 101).

Les intimés soutiennent que l'objectif déclaré d'assurer la santé du secteur agricole en Ontario peut être atteint en soustrayant les personnes employées à l'agriculture à l'application de toutes les protections en matière d'association que contient la *LRT*. En excluant la possibilité que l'insoutenable argument de la réduction des coûts soit le seul fondement de la position des intimés, le lien logique n'est pas immédiatement manifeste.

En fait, le moyen censé permettre d'atteindre l'objectif énoncé, savoir exclure toutes les personnes employées à l'agriculture de tous les avantages de la *LRT*, peut avoir l'effet contraire. Si les principes de saine gestion de la main-d'œuvre énoncés à l'art. 2 de la *LRT* ont un fondement dans la réalité, alors le fait d'exclure la main-d'œuvre agricole de leur application dans le cadre du régime général de relations de travail de la *LRT* fera que ces activités seront moins bien gérées, et moins productives qu'elles le seraient normalement. Cela aurait des

2001 SCC 94 (CanLII)

would impact profitability. As stated by Cory and Iacobucci JJ. in *Delisle*, *supra*, at para. 124:

Generally speaking, where this Court has been faced with contradictory evidence of causation for the purpose of the rational connection inquiry, the difficulty has been simply in deciphering whether the evidence supported a causal link. This case raises the somewhat unusual situation that some of the evidence not only does not support a causal link between the legislative objective and the means used to achieve that objective, but it supports precisely the reverse conclusion, namely that the means chosen engender the very mischief sought to be cured. It seems contrary to the purpose of s. 1 of the *Charter* to find that the state has demonstrably justified its law in circumstances where it is equally probable that the law causes the very social harm it purports to target. [Emphasis added.]

(b) *Minimal Impairment*

As stated by Cory and Iacobucci JJ. in *Delisle*, *supra*, at para. 126, "[l]abour relations law is typically an area in which courts have shown the legislature a degree of deference, owing to the complexity and delicacy of the balance sought to be struck by legislation among the interests of labour, management, and the public". In this regard, they make reference to comments by McIntyre J. in the *Alberta Reference*, *supra*, at p. 414:

Labour law, as we have seen, is a fundamentally important as well as an extremely sensitive subject. It is based upon a political and economic compromise between organized labour — a very powerful socio-economic force — on the one hand, and the employers of labour — an equally powerful socio-economic force — on the other. The balance between the two forces is delicate and the public-at-large depends for its security and welfare upon the maintenance of that balance. One group concedes certain interests in exchange for concessions from the other. There is clearly no correct balance which may be struck giving permanent satisfaction to the two groups, as well as securing the public interest. The whole process is inherently dynamic and unstable. Care must be taken then in considering whether constitutional protection should be given to one aspect of this dynamic and evolving process while leaving the others subject to the social pressures of the day.

répercussions sur la rentabilité. Je cite les juges Cory et Iacobucci dans *Delisle* (au par. 124) :

De façon générale, lorsque notre Cour a été saisie d'une preuve contradictoire en matière de causalité dans le cadre de l'examen du lien rationnel, le problème était simplement de déterminer si la preuve étayait l'existence d'un lien de causalité. On se trouve en l'espèce dans la situation quelque peu inhabituelle où non seulement une partie de la preuve n'étaye pas l'existence d'un lien de causalité entre l'objectif législatif en cause et les moyens employés pour l'atteindre, mais où elle appuie exactement la conclusion contraire, à savoir que les moyens choisis causent le mal même auquel on cherche à remédier. Il semble contraire à l'objet de l'article premier de la *Charte* de conclure que l'État a démontré la justification de sa mesure législative alors qu'il est tout aussi probable que cette mesure législative cause le préjudice social même auquel elle est censée s'attaquer. [Je souligne.]

b) *L'atteinte minimale*

187

Selon les juges Cory et Iacobucci dans *Delisle*, par. 126, « [l]e droit en matière de relations du travail constitue habituellement un domaine où les tribunaux font preuve de retenue envers le législateur en raison de la complexité et de la fragilité de l'équilibre que la mesure législative tente d'établir entre les intérêts des travailleurs, ceux du patronat et ceux du public ». Ils reprennent à cet égard les commentaires du juge McIntyre dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, p. 414 :

Le droit du travail, comme nous l'avons vu, constitue un sujet d'importance fondamentale, mais aussi extrêmement délicat. Il est fondé sur un compromis politique et économique entre d'une part, le syndicalisme, qui constitue une force socio-économique fort puissante, et d'autre part, le patronat, qui constitue une force socio-économique tout aussi puissante. L'équilibre entre ces deux forces est fragile et la sécurité et le bien-être de la population en général dépendent du maintien de cet équilibre. L'un de ces groupes renonce à certains de ses intérêts en échange de concessions de la part de l'autre. Manifestement il n'existe pas de juste équilibre qui puisse satisfaire de façon permanente les deux groupes, tout en sauvegardant l'intérêt public. L'ensemble du processus est fondamentalement dynamique et instable. Il faut donc faire preuve de prudence lorsqu'on se demande si une protection constitutionnelle devrait être accordée à l'un des aspects de ce processus dynamique et changeant, tout en abandonnant les autres sujets aux pressions sociales du jour.

2001 SCC 94 (CanLII)

188 I agree with the argument made by Cory and Iacobucci JJ. in *Delisle*, *supra*, at para. 129, when they state that "the complete exclusion of a class of employees from a comprehensive labour relations scheme can hardly be characterized as achieving a delicate balance among the interests of labour and those of management and the Canadian public". The application of such a blunt measure weakens the case for deference to the legislature.

189 This is further aggravated because those affected by the exclusion are not only vulnerable as employees but are also vulnerable as being members of society at large with low income, little education, scant security or social recognition. As stated by Cory and Iacobucci JJ. in *Delisle*, at para. 130, the Act:

> . . . is not designed to protect a vulnerable group in Canadian society. It is true that the public at large is vulnerable to the harmful effects of a police strike. However, in our view, the general public is not a vulnerable group in the sense understood in this Court's s. 1 jurisprudence: see, e.g., *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 995, *per* Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ.; *Ross*, *supra*, at para. 88; *Thomson Newspapers*, *supra*, at paras. 88-90, *per* Bastarache J. The only vulnerable group at issue in the present analysis is RCMP members themselves. Although clearly police officers are not generally considered a vulnerable group within the overall fabric of Canadian society, they are members of a vulnerable group in a relative sense insofar as they are employees. As mentioned above, Dickson C.J. noted in *Slaight Communications*, *supra*, at p. 1051, that legislation which seeks to ameliorate the position of employees falls within "a class of cases in which the governmental objective is that of protection of a particularly vulnerable group, or members thereof". It follows that legislation whose purpose is to maintain the inherent weakness of employees, such as para. (*e*) in the present case, is not entitled to deference. Indeed, such legislation should be examined with particular care. [Emphasis added.]

190 The question at this stage of the s. 1 inquiry is whether the exclusion expressed by s. 3(*b*) of the *LRA* impairs the appellants' freedom of association as little as reasonably possible in order to achieve

Je souscris au raisonnement des juges Cory et Iacobucci dans *Delisle* selon lequel « on ne saurait guère affirmer que l'exclusion totale d'une catégorie d'employés d'un régime complet de relations du travail établit un équilibre délicat entre les intérêts des travailleurs, ceux du patronat et ceux du public canadien » (par. 129). L'application d'une mesure aussi brutale affaiblit la thèse de la retenue envers le législateur.

La situation est aggravée du fait que les personnes touchées par l'exclusion sont vulnérables non seulement en tant qu'employés, mais aussi en tant que membres de la société en général ayant de faibles revenus, peu d'instruction et peu de sécurité d'emploi ou de reconnaissance sociale. Ainsi que le disent les juges Cory et Iacobucci dans *Delisle*, par. 130, la loi :

> . . . n'est pas conçu[e] pour protéger un groupe vulnérable dans la société canadienne. Il est vrai que le public en général est vulnérable aux effets préjudiciables d'une grève de la police. Nous sommes toutefois d'avis que le public en général n'est pas un groupe vulnérable au sens de la jurisprudence de notre Cour relative à l'article premier : voir, par exemple, les arrêts *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 995, le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson; *Ross*, précité, au par. 88; *Thomson Newspapers*, précité, aux par. 88 à 90, le juge Bastarache. Le seul groupe vulnérable en cause dans la présente analyse est composé des membres de la GRC eux-mêmes. Même s'il est clair que les policiers ne sont généralement pas considérés comme un groupe vulnérable dans la société globale canadienne, ils font partie, relativement parlant, d'un groupe vulnérable en leur qualité d'employés. Comme nous l'avons vu, le juge en chef Dickson a fait remarquer, dans *Slaight Communications*, précité, à la p. 1051, que la mesure législative qui tend à améliorer la position des employés relève « d'une catégorie d'affaires où l'objectif gouvernemental est de protéger un groupe particulièrement vulnérable, ou des membres de ce groupe ». Il s'ensuit que la retenue judiciaire ne s'applique pas à une mesure législative, comme l'al. *e*) en l'espèce, qui a pour objet de maintenir la faiblesse inhérente d'employés. En fait, une telle mesure législative devrait être étudiée très minutieusement. [Je souligne.]

À cette étape de l'examen selon l'article premier, la question est de savoir si l'exclusion décrétée à l'al. 3*b*) de la *LRT* restreint les libertés d'association des appelants aussi peu qu'il est

2001 SCC 94 (CanLII)

the legislation's objective. McLachlin J. stated, at para. 160 of *RJR-MacDonald*, *supra*:

> The impairment must be "minimal", that is, the law must be carefully tailored so that rights are impaired no more than necessary. The tailoring process seldom admits of perfection and the courts must accord some leeway to the legislator. If the law falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find it overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement . . . . On the other hand, if the government fails to explain why a significantly less intrusive and equally effective measure was not chosen, the law may fail.

The essential practical question at this stage is whether the Ontario Legislature could have granted to persons employed in agriculture, either within the *LRA* itself or through the enactment of a separate statute, some of the basic associational protections contained in the *LRA* without compromising the stated objective of assisting the well-being of the agricultural sector in Ontario (*Delisle*, *supra*, at para. 134).

In view of the arguments made above, I am of the opinion that the stated objective of securing the well-being of the agricultural sector in Ontario can be achieved through a legislative mechanism that is less restrictive of free association than the existing complete exclusion of agricultural workers from the *LRA*. The current law is not carefully tailored to balance the *Charter* freedoms of persons employed in agriculture in Ontario and the societal interest in harmonious relations in the labour market.

While it is important to recognize the important role that family farms play in Ontario agriculture, such a role is not unique to Ontario in the context of Canada's agricultural experience. Since the passage of the *Collective Bargaining Act*, *1943*, both families and farms have evolved in Canada. Both institutions have experienced, and in many cases continue to experience, significant changes and associated

raisonnablement possible de le faire afin de réaliser l'objectif de la mesure législative en cause. Le juge McLachlin dit ceci au par. 160 de l'arrêt *RJR-MacDonald*, précité :

> La restriction doit être « minimale », c'est-à-dire que la loi doit être soigneusement adaptée de façon à ce que l'atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire. Le processus d'adaptation est rarement parfait et les tribunaux doivent accorder une certaine latitude au législateur. Si la loi se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu'elle a une portée trop générale simplement parce qu'ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l'objectif et à la violation; [. . .] Par contre, si le gouvernement omet d'expliquer pourquoi il n'a pas choisi une mesure beaucoup moins attentatoire et tout aussi efficace, la loi peut être déclarée non valide.

191 Concrètement, il est essentiel de se demander, à ce stade, si le législateur de l'Ontario aurait pu accorder aux personnes employées à l'agriculture, dans la *LRT* elle-même ou par l'adoption d'une loi distincte, certaines protections fondamentales en matière d'association que contient la *LRT*, sans compromettre l'objectif déclaré d'assurer la santé du secteur agricole en Ontario (*Delisle*, précité, par. 134).

192 Compte tenu des arguments susmentionnés, j'estime que l'objectif déclaré d'assurer la santé du secteur agricole en Ontario peut être atteint au moyen d'une mesure législative qui restreint moins la liberté d'association que l'exclusion totale actuelle des travailleurs agricoles du régime de la *LRT*. La loi actuelle n'est pas soigneusement adaptée pour établir un équilibre entre les libertés que la *Charte* garantit aux personnes employées à l'agriculture en Ontario et l'intérêt qu'a la société à profiter de relations harmonieuses au sein du marché du travail.

193 S'il est essentiel de reconnaître le rôle important que les fermes familiales jouent dans l'agriculture ontarienne, force est d'accepter que ce rôle n'est pas unique à l'Ontario dans le contexte de l'expérience agricole canadienne. Depuis l'adoption de la *Loi de 1943 sur les négociations collectives*, les familles tout autant que les fermes ont évolué au Canada. Ces deux institutions ont connu, et dans bien des cas

2001 SCC 94 (CanLII)

difficulties. Both institutions enjoy, and deserve, strong social support from the community at large.

194 However, it is important not to put forward an argument based on a pastoral image which may no longer reflect current reality. In this regard, it is helpful to recall the words of the British Columbia Labour Relations Board, expressed almost a quarter of a century ago, in the case of *South Peace Farms and Oil, Chemical and Atomic Workers International Union, Local No. 9-686*, [1977] 1 Can. L.R.B.R. 441. The case was decided two years after British Columbia amended its labour legislation to delete provisions expressly excluding farm workers from obtaining bargaining rights under the *Labour Code of British Columbia Act*, S.B.C. 1973, c. 122. The Board stated that opposition to the extension of labour legislation to farm workers "has been grounded in an anachronistic image of the 'family farmer' which is increasingly less accurate" (p. 450). The Board also remarked that the employer in that case was a "sophisticated, well-run business and, in terms of employee relations, much more analogous to an employer in the industrial sector" (p. 449 (emphasis added)). If true in 1977, how much more so today.

195 The Ontario experience with regard to the existence in the agricultural sector of "sophisticated, well-run business and, in terms of employee relations, much more analogous to an employer in the industrial sector" is not dissimilar to that outlined by the British Columbia Labour Relations Board in 1977. My colleague cites in his reasons the case of *Wellington Mushroom Farm*, [1980] O.L.R.B. Rep. May 813, a case also cited by the OLRB in *Cuddy Chicks*, *supra*, at para. 9, where the majority of the board denied *LRA* certification to the employees of a mushroom factory. However, the majority agreed with the dissenting Board member that "there [was] no 'industrial relations basis' for denying [these] employees the right to bargain collectively" (p. 819;

continuent de connaître, des changements importants avec les difficultés qui s'ensuivent. Les deux institutions jouissent du solide appui social qu'elles méritent dans l'ensemble de la société.

Il importe toutefois de ne pas fonder l'argumentation sur une vision pastorale qui ne correspond plus à la réalité actuelle. À cet égard, il est utile de se rappeler les observations de la commission des relations de travail de la Colombie-Britannique, présentées il y a près d'un quart de siècle, dans l'affaire *South Peace Farms and Oil, Chemical and Atomic Workers International Union, Local No. 9-686*, [1977] 1 Can. L.R.B.R. 441. Cette affaire a été tranchée deux ans après la modification par la Colombie-Britannique de sa législation du travail pour supprimer les dispositions excluant expressément les travailleurs agricoles de l'application des droits de négociation collective prévus dans le *Labour Code of British Columbia Act*, S.B.C. 1973, ch. 122. La commission disait que l'opposition à l'élargissement du droit du travail aux travailleurs agricoles [TRADUCTION] « était fondée sur une image dépassée du "fermier familial" qui était de plus en plus inexacte » (p. 450). La Commission faisait aussi remarquer que l'employeur dans cette affaire était une [TRADUCTION] « entreprise hautement technique et bien gérée et, en ce qui a trait aux relations avec les employés, une entité qui s'apparente davantage à un employeur du secteur industriel » (p. 449 (je souligne)). Si cela était vrai en 1977, ce l'est encore plus aujourd'hui.

L'expérience ontarienne relative à l'existence dans le secteur agricole d'une « entreprise hautement technique et bien gérée et, en ce qui a trait aux relations avec les employés, une entité qui s'apparente davantage à un employeur du secteur industriel » n'est pas dissemblable de celle que décrivait la commission des relations de travail de la Colombie-Britannique en 1977. Mon collègue cite dans ses motifs la décision *Wellington Mushroom Farm*, [1980] O.L.R.B. Rep. May 813, qui est aussi citée par la CRTO dans sa décision *Cuddy Chicks*, précitée, au par. 9, où elle refuse, à la majorité, l'accréditation en vertu de la *LRT* à des employés d'une champignonnière. La majorité convient toutefois avec le commissaire minoritaire qu'il [TRADUCTION]

2001 SCC 94 (CanLII)

see also G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2nd ed. (loose-leaf)), at p. 6-49). The comments made by the OLRB in *Cuddy Chicks*, are also applicable in this context.

« n'y [avait] aucun "fondement relatif aux relations industrielles" pour refuser à [ces] employés le droit de négocier collectivement » (p. 819; voir aussi G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2e éd. (feuilles mobiles)), p. 6-49). Les commentaires de la CRTO dans sa décision *Cuddy Chicks* sont également applicables dans le présent contexte.

In this case we are being asked by the respondents, without being presented with credible pressing and substantial reasons, to justify distinguishing workers who sort and pack chicken eggs in a factory-like environment from workers who pack and sort Easter eggs in a factory-like environment. The respondents claim that the former workers should not enjoy rights under statutory labour laws, whereas the latter ones are deserving of protection. I do not agree.

196 En l'espèce, les intimés nous demandent, sans présenter de motifs urgents et réels crédibles, de justifier la distinction entre des travailleurs qui trient et emballent des œufs de poule dans un environnement semblable à une usine, et des travailleurs qui emballent et trient des œufs de Pâques dans un environnement semblable à une usine. Les intimés prétendent que les premiers travailleurs ne devraient pas avoir de droits sous le régime de la législation du travail, tandis que les autres méritent d'être protégés. Je ne suis pas d'accord.

There is no obvious connection between the exclusion of agricultural workers from the *LRA* and a farmer: a city-based corporation could be operating an agricultural entity. There is no reference in the *LRA* to "farmer(s)" or "family farm(s)". The sole reference in the Act to a farm is the one contained in the expression "farming in all its branches" in the definition of the term "agriculture". Nor is there a requirement that an owner, or a relative of the owner, of an agricultural enterprise, be it a family farm or a factory-like operation, be personally involved in the operation. Under the Act, an absentee owner of a large agricultural operation would benefit from the restrictions on the freedom of association of its agricultural employees.

197 Il n'y a aucun lien manifeste entre l'exclusion des travailleurs agricoles du régime la *LRT* et la notion de fermier ou d'agriculteur : une société commerciale en milieu urbain pourrait fort bien exploiter une entité agricole. La LRT ne comporte aucune mention de « fermiers ou agriculteurs » ou de « fermes familiales ». La seule mention relative à une ferme est dans l'expression « farming in all its branches » dans la version anglaise de la définition du mot « agriculture ». La loi n'exige pas non plus que le propriétaire, ou un parent du propriétaire d'une entreprise agricole, qu'il s'agisse d'une ferme familiale ou d'une exploitation quasi-industrielle, participe personnellement à l'exploitation. Aux termes de la loi, le propriétaire absent d'une grande entreprise agricole profiterait de la limitation de la liberté d'association de ses employés agricoles.

Other Ontario statutes contain language which makes explicit reference to family farms. For example, the *Corporations Tax Act*, R.S.O. 1990, c. C.40, defines at s. 1(2) a "family farm corporation" as "a corporation that is throughout the taxation year a corporation, . . . (c) which carried on the business of farming in Ontario through the employment of a shareholder or a member of his or her family actually engaged in the

198 D'autres lois ontariennes comportent des dispositions mentionnant expressément les fermes familiales. Par exemple, la *Loi sur l'imposition des corporations*, L.R.O. 1990, ch. C.40, définit au par. 1(2) une « corporation agricole familiale » comme une « [c]orporation qui, tout au long de l'année d'imposition, réunissait les conditions suivantes : [. . .] c) elle exploitait une entreprise agricole en Ontario en employant un actionnaire

2001 SCC 94 (CanLII)

operation of the farm". Section 1 of the *Junior Farmer Establishment Act*, R.S.O. 1990, c. J.2, defines a "family farm" as being "a farm operated by a junior farmer and one or more of a spouse of the junior farmer and any persons related to the junior farmer through blood relationship or adoption". In s. 1(1) of the *Fish and Wildlife Conservation Act, 1997*, S.O. 1997, c. 41, a "farmer" is defined as "a person whose chief occupation is farming" and "who is living upon and tilling his or her own land, or land to the possession of which he or she is for the time being entitled".

ou un membre de sa famille qui s'occupait réellement de l'exploitation de la ferme ». La *Loi sur les prêts aux jeunes agriculteurs*, L.R.O. 1990, ch. J.2, art. 1, définit l'expression « exploitation agricole familiale » comme une « [e]xploitation agricole que gèrent un jeune agriculteur ainsi qu'une ou plusieurs des personnes suivantes, à savoir son conjoint et des personnes qui sont liées à lui par les liens du sang ou de l'adoption ». Le paragraphe 1(1) de la *Loi de 1997 sur la protection du poisson et de la faune*, L.O. 1997, ch. 41, définit l'expression « exploitant agricole » comme une « [p]ersonne dont l'activité principale est l'agriculture » et qui « vit sur sa propre terre qu'elle cultive ou sur une terre qu'elle cultive et est en droit d'avoir en sa possession à l'époque considérée ».

199 While not determinative of the issue, these statutes are relevant to the argument regarding the over-inclusiveness of the exclusion clause in the *LRA* in that there are ready examples in Ontario's legislation which have managed agricultural sectors in a more specific manner than in the *LRA*.

Même si elles ne sont pas déterminantes, ces lois sont pertinentes dans l'argument relatif à la portée trop large de la clause d'exclusion de la *LRT* en ce qu'il existe dans la législation de l'Ontario des exemples manifestes de dispositions qui traitent les secteurs agricoles d'une façon plus précise que dans la *LRT*.

200 In addition, it is worth citing the provisions in the labour statutes of two provinces which incorporate agricultural exemptions.

Il y a aussi lieu de citer les dispositions de lois sur les relations de travail de deux provinces qui prévoient des exceptions de nature agricole.

201 In New Brunswick, the *Industrial Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-4, s. 1(5) stipulates that entities with four or fewer agricultural employees will not be treated as a bargaining unit:

Au Nouveau-Brunswick, la *Loi sur les relations industrielles*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-4, prévoit au par. 1(5) que les entités de quatre employés agricoles ou moins ne sont pas considérées comme des unités de négociation :

1(5) For the purposes of this Act,

(a) a unit, where an employee is employed in agriculture, shall comprise five or more employees;

1(5) Aux fins de la présente loi,

a) une unité, dont un salarié est employé dans l'agriculture, doit être composée de cinq salariés ou plus;

202 In Quebec, s. 21 of the *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, allows a single employee to form a group for the purpose of certification but it also states that:

Au Québec, l'art. 21 du *Code du travail*, L.R.Q., ch. C-27, permet à un seul salarié de former un groupe aux fins de l'accréditation, mais stipule aussi :

Persons employed in the operation of a farm shall not be deemed to be employees for the purposes of this division [Certification of Associations of Employees] unless at least three of such persons are ordinarily and continuously so employed.

Les personnes employées à l'exploitation d'une ferme ne sont pas réputées être des salariés aux fins de la présente section, à moins qu'elles n'y soient ordinairement et continuellement employées au nombre minimal de trois.

2001 SCC 94 (CanLII)

An important point is made clear in the statutes mentioned in the above paragraphs: a family farm, be it in the form of a corporation or not, requires a farmer on the farm. As stated by Dickson J. in *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436, at p. 461, when making reference to a family farming operation, that the owners "worked on and operated all of the land as one farm, a family farm". At p. 457, he stated:

I do not know what term one might properly apply to the Rathwell properties — "family farm", or "farming business", and with all respect to those of a contrary view, I do not think it matters. In one sense, it was a family farm, in another a business, in another it was a way of life. The property was all operated as one family unit by Mr. and Mrs. Rathwell working together.

It is clear that not all rural families own "family farms". The breadwinners in these families are often employed in agriculture. Their *Charter* rights do not differ from those of other members of the community.

(c) *Deleterious and Salutary Effects*

At this stage, the words of Cory and Iacobucci JJ. in *Delisle*, *supra*, at para. 148, are apt:

Having found that the impugned para. (*e*) of the definition of "employee" in s. 2 of the *PSSRA* does not minimally impair the appellant's freedom of association, it is not necessary to consider the proportionality between the importance of the objective and the deleterious effects of the measure, or between the deleterious and salutary effects. We would note, though, that it is unlikely that the provision would be found proportionate at this stage of the inquiry. The exclusion of RCMP members from the *PSSRA*'s basic associational protections has few, if any, demonstrable salutary effects which could not be achieved by a lesser exclusion. Its negative effects, on both a symbolic level and a practical level, are severe and cut to the core of the *Charter*'s s. 2(*d*) protection.

203 Les lois mentionnées ci-dessus font ressortir un principe important : la ferme familiale, qu'elle revête ou non la forme d'une société commerciale, exige la présence d'un agriculteur à la ferme. Comme le dit le juge Dickson dans *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436, p. 461, en parlant d'une exploitation agricole familiale, les propriétaires « ont exploité toutes les terres comme s'il s'agissait d'une seule ferme, une ferme familiale ». À la p. 457, il dit :

Je ne sais pas comment on peut décrire convenablement les biens des Rathwell : « ferme familiale », « entreprise agricole »? Avec égards pour les tenants de l'opinion contraire, j'estime que cela importe peu. Dans un sens, c'était une ferme familiale; dans un autre, une entreprise; c'était aussi un mode de vie. La propriété était entièrement exploitée comme une unité familiale par M. et Mme Rathwell qui travaillaient ensemble.

204 Il est évident que les familles rurales ne sont pas toutes propriétaires de « fermes familiales ». Les soutiens de ces familles travaillent souvent comme employés dans l'agriculture. Leurs droits en vertu de la *Charte* ne sont pas différents de ceux des autres membres de la collectivité.

c) *Les effets préjudiciables et les effets bénéfiques*

205 Sur ce point, je souscris aux observations suivantes des juges Cory et Iacobucci dans *Delisle*, par. 148 :

Puisque nous avons conclu que l'al. *e*) contesté de la définition de « fonctionnaire » figurant à l'art. 2 de la *LRTFP* ne porte pas atteinte de façon minimale à la liberté d'association de l'appelant, il n'est pas nécessaire d'étudier la proportionnalité entre l'importance de l'objectif et les effets préjudiciables de la mesure, ou encore entre ses effets préjudiciables et ses effets bénéfiques. Nous tenons cependant à faire remarquer que la disposition ne serait probablement pas jugée proportionnelle à cette étape de l'examen. L'exclusion des membres de la GRC de l'application des protections fondamentales en matière d'association que confère la *LRTFP* a peu ou n'a pas d'effets bénéfiques démontrables qui ne pourraient pas exister au moyen d'une exclusion moins draconienne. Ses effets négatifs, tant sur le plan symbolique que sur le plan concret, sont graves et touchent au cœur même de la protection conférée par l'al. 2*d*) de la *Charte*.

2001 SCC 94 (CanLII)

III. Conclusion

206 I agree that the impugned provision in the *LRA* should be struck down to the extent of its inconsistency with the *Charter* with the proviso that I agree with my colleague that the Ontario government be given leeway for 18 months for the enactment of a constitutionally compliant replacement.

207 I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 80 of the *Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, limit the right of agricultural workers

   (a) to freedom of association guaranteed by s. 2(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; or

Yes.

   (b) to equality before and under the law and equal benefit of the law without discrimination as guaranteed by s. 15 of the *Charter*?

In view of the answer above there is no need to answer this question.

2. Does s. 3(*b*) of the *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sched. A, limit the right of agricultural workers

   (a) to freedom of association guaranteed by s. 2(*d*) of the *Charter*; or

Yes.

   (b) to equality before and under the law and equal benefit of the law without discrimination as guaranteed by s. 15 of the *Charter*?

In view of the answer above there is no need to answer this question.

3. If the answer to any part of questions 1 or 2 is in the affirmative, is the limitation nevertheless justified under s. 1 of the *Charter*?

No.

III. Conclusion

Je conclus qu'il y a lieu d'invalider la disposition attaquée de la *LRT* dans la mesure de son incompatibilité avec la *Charte*, en convenant toutefois avec mon collègue d'accorder au gouvernement de l'Ontario un délai de 18 mois pour procéder à l'adoption de nouvelles dispositions conformes sur le plan constitutionnel.

Je répondrais aux questions constitutionnelles de la manière suivante :

1. L'article 80 de la *Loi de 1995 modifiant des lois en ce qui concerne les relations de travail et l'emploi*, L.O. 1995, ch. 1, limite-t-il le droit des travailleurs agricoles

   a) à la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou

Oui.

   b) à l'égalité devant la loi et dans l'application de la loi ainsi qu'au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, que garantit l'art. 15 de la *Charte*?

Vu la réponse précédente, il est inutile de répondre à cette question.

2. L'alinéa 3*b*) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, annexe A, limite-t-il le droit des travailleurs agricoles

   a) à la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) de la *Charte*, ou

Oui.

   b) à l'égalité devant la loi et dans l'application de la loi ainsi qu'au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, que garantit l'art. 15 de la *Charte*?

Vu la réponse précédente, il est inutile de répondre à cette question.

3. Si la réponse à l'un ou l'autre des volets de la première ou deuxième question est affirmative, la limite est-elle néanmoins justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*?

Non.

2001 SCC 94 (CanLII)

The following are the reasons delivered by

MAJOR J. (dissenting) — In spite of the benefit of the reasons of Justices L'Heureux-Dubé and Bastarache, I am unable, principally for the reasons of Sharpe J. (as he then was) in the Ontario Court (General Division), to agree with their disposition of this appeal. In my view, neither s. 2(*d*) nor s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is infringed and I would dismiss the appeal.

I. Section 2(*d*)

As identified by Bastarache J., at para. 13, in order to establish a violation of s. 2(*d*), the appellants must demonstrate that the impugned legislation has, either in purpose or effect, infringed activities protected by s. 2(*d*). The appellants did not discharge this burden.

A. *Purpose of the Exclusion*

I agree with Bastarache J.'s analysis and conclusion (at para. 32) with regard to the appellants' failure to establish the unconstitutionality of the purpose of the *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sched. A ("*LRA*").

B. *Effect of the Exclusion*

In *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989, the majority held (at para. 33):

> On the whole, the fundamental freedoms protected by s. 2 of the *Charter* do not impose a positive obligation of protection or inclusion on Parliament or the government, except perhaps in exceptional circumstances which are not at issue in the instant case.

At paras. 24-26, Bastarache J. has articulated three factors to be considered in determining whether such "exceptional circumstances" exist in a particular case, such that a positive obligation is imposed on the state by s. 2(*d*). I respectfully disagree with his conclusion that a consideration of these factors in the present case leads to a finding of a s. 2(*d*) violation. Specifically, a consideration of the third factor leads to the opposite conclusion on the facts of this case. The third factor is

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident) — J'ai pris connaissance des motifs des juges L'Heureux-Dubé et Bastarache, mais je ne peux souscrire au dispositif qu'ils proposent en l'espèce. Pour essentiellement les mêmes raisons que le juge Sharpe de la Cour de l'Ontario (Division générale) (maintenant de la Cour d'appel de l'Ontario), j'estime qu'il n'est porté atteinte ni à l'al. 2*d*) ni à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je rejetterais donc le pourvoi. 208

I. L'alinéa 2*d*)

Comme l'indique le juge Bastarache au par. 13, pour établir l'atteinte à l'al. 2*d*), les appelants doivent démontrer que les dispositions contestées, par leur objet ou leur effet, entravent des activités protégées par l'al. 2*d*). Les appelants ne se sont pas acquittés de cette charge. 209

A. *Objet de l'exclusion*

Je suis d'accord avec l'analyse et la conclusion du juge Bastarache (au par. 32) que les appelants n'ont pas réussi à établir l'inconstitutionnalité de l'objet visé par la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, annexe A (« *LRT* »). 210

B. *Effet de l'exclusion*

Dans *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989, notre Cour, à la majorité, tire la conclusion suivante (au par. 33) : 211

> En définitive, les libertés fondamentales protégées par l'art. 2 de la *Charte* n'imposent pas d'obligation positive de protection ou d'inclusion au Parlement ou au gouvernement, sauf peut-être dans des circonstances exceptionnelles qui ne sont pas invoquées en l'espèce.

Le juge Bastarache énonce trois facteurs à considérer pour déterminer s'il existe, dans une instance particulière, des « circonstances exceptionnelles » telles que l'al. 2*d*) impose une obligation positive à l'État (par. 24-26). Je ne peux souscrire à sa conclusion que l'examen de ces facteurs mène en l'espèce à la constatation d'une violation de l'al. 2*d*). Plus précisément, l'analyse du troisième facteur mène à la conclusion opposée vu les faits en l'espèce. Ce troisième facteur consiste à déterminer « si l'État 212

2001 SCC 94 (CanLII)

"whether the state can truly be held accountable for any inability to exercise a fundamental freedom" (para. 26). As noted by Bastarache J. at para. 23, in *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, even if the appellant had been unable to express his views on Quebec secession, this inability was not caused by his exclusion by the state from the national referendum. Thus, the third factor essentially compels an examination of the causal role of the state in the appellants' inability to exercise the fundamental freedom. In order for the state to "truly be held accountable", the appellants must be able to demonstrate by direct evidence or inference that the state is causally responsible for his inability to exercise a fundamental freedom, in that the state "substantially orchestrates, encourages or sustains the violation of fundamental freedoms" (para. 26).

213 As recognized by Bastarache J. at para. 42, workers faced significant difficulties organizing prior to the enactment of the *LRA*. In light of this historic difficulty, I am unable to agree with the following conclusion of Bastarache J. (at para. 45):

> In this context, the effect of s. 3(*b*) of the *LRA* is not simply to perpetuate an existing inability to organize, but to exert the precise chilling effect I declined to recognize in *Delisle*.

214 In my opinion, the appellants have failed to establish that the state is causally responsible for the inability of agriculture workers to exercise a fundamental freedom. I conclude that s. 2(*d*) does not impose a positive obligation of protection or inclusion on the state in this case. As a result, the effect of the impugned legislation does not infringe agriculture workers' freedom of association.

II. Section 15

215 I adopt the following conclusion of Sharpe J. in this case ((1997), 155 D.L.R. (4th) 193, at pp. 216-17):

> However, with reference to identifying personal characteristics, the evidence before me indicates that agricultural workers are a disparate and heterogenous group. There is nothing in the evidence to indicate that they are identified as a group by any personal trait or characteristic other than that they work in the agricultural sector. The evidence indicates that farm owners and operators

peut vraiment être tenu responsable de toute incapacité d'exercer une liberté fondamentale » (par. 26). Le juge Bastarache note, au par. 23, que dans *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, même si l'appelant avait été dans l'impossibilité d'exprimer ses opinions sur la sécession du Québec, cette incapacité ne résultait pas de son exclusion du référendum national. Ainsi le troisième facteur exige essentiellement l'examen du rôle de l'État dans la cause de l'incapacité de l'appelant d'exercer une liberté fondamentale. Pour que l'État soit « vraiment [. . .] tenu responsable », l'appelant doit pouvoir établir, directement ou par inférence, que l'État est la cause de son incapacité d'exercer une liberté fondamentale, en ce sens que l'État « orchestre, encourage ou tolère d'une manière substantielle la violation de libertés fondamentales » (par. 26).

Comme le reconnaît le juge Bastarache, au par. 42, les travailleurs faisaient face à d'importantes difficultés à se syndiquer avant l'adoption de la *LRT*. Vu ces difficultés historiques, je ne peux être d'accord avec sa conclusion au par. 45 :

> Dans ce contexte, l'al. 3*b*) de la *LRT* n'a pas seulement pour effet de perpétuer une incapacité existante de s'organiser, mais de créer précisément l'effet paralysant que j'ai refusé de reconnaître dans *Delisle*.

À mon avis, les appelants n'ont pas réussi à établir que l'État est la cause de l'incapacité des travailleurs agricoles d'exercer une liberté fondamentale. Je conclus que l'al. 2*d*) n'impose pas en l'espèce d'obligation positive de protection ou d'inclusion à l'État. Par conséquent, l'effet de la disposition contestée ne porte pas atteinte à la liberté d'association des travailleurs agricoles.

II. L'article 15

J'adopte la conclusion suivante du juge Sharpe en l'espèce ((1997), 155 D.L.R. (4th) 193, p. 216-217) :

> [TRADUCTION] Cependant, en ce qui concerne la détermination des caractéristiques personnelles, la preuve soumise montre que les travailleurs agricoles forment un groupe disparate et hétérogène. Rien dans la preuve n'indique qu'ils s'identifient comme groupe du fait d'une caractéristique ou d'un trait personnel, hormis le fait de travailler dans le secteur agricole. La preuve indique que

2001 SCC 94 (CanLII)

also suffer from low wages, and that many have low education levels. The low status and prestige of farm workers is similar to that of other manual labourers. In my view, the evidence shows that the legislative decision to exclude agricultural workers from the collective bargaining regime does not reflect stereotypical assumptions about the personal characteristics of agricultural workers, either individually or as a class. Rather, it is based upon the policy-maker's perception of the characteristics and circumstances of the agricultural industry. The effects of the legislative exclusion impact the diverse group of individuals who work in that sector of the economy and who are not otherwise identifiable as a group.

While a sub-group of temporary seasonal workers brought to Ontario pursuant to a highly structured federal program may be identifiable by race and the status of non-citizen, I fail to see how their situation advances the applicants' case. These seasonal foreign workers were not covered by *ALRA*, they are not subject to *LRA*, and they would not gain the right to be members of a union or enjoy the right to engage in collective bargaining if this application were successful.

In light of this factual record, in the end, the applicants' case must turn on whether the economic disadvantage of a group of workers, identified as a group only by the fact that they work in a particular sector of the economy, constitutes an analogous ground within the meaning of s. 15(1). I hardly need state that the wisdom, or lack thereof, from the perspective of labour relations policy, of the decision to exclude agricultural workers from collective bargaining has no bearing on this question.

In my view, the disadvantaged position occupied by agricultural workers is not sufficient to constitute the legislative classification "agricultural workers" as an analogous ground for the purposes of s. 15. Economic disadvantage is often the product of discrimination on an analogous ground, and hence serves as a marker that may indicate the presence of such discrimination. There are, however, many causes of economic disadvantage that do not attract the scrutiny of s. 15, and a showing of economic disadvantage does not, by itself, establish discrimination on an analogous ground within the meaning of s. 15. In my view, the absence of evidence of any traits or characteristics analogous to those enumerated in s. 15 which serve to identify those who make up the group of agricultural workers is fatal to their s. 15 claim.

les propriétaires ou les exploitants agricoles ont également de faibles revenus et que beaucoup ont un niveau d'instruction peu élevé. La faible reconnaissance professionnelle et sociale dont jouissent les travailleurs agricoles s'apparente à celle d'autres travailleurs manuels. À mon avis, la preuve montre que la décision du législateur d'exclure les travailleurs agricoles du régime de négociation collective n'est pas le fruit d'idées préconçues concernant les caractéristiques personnelles des travailleurs agricoles, individuellement ou comme catégorie de personnes. Elle est plutôt attribuable à la perception, chez les responsables des orientations politiques, des caractéristiques et des circonstances propres au secteur agricole. La disposition portant exclusion a des répercussions sur le groupe varié des personnes qui travaillent dans ce secteur de l'économie et qui ne peuvent pas s'identifier par ailleurs comme formant un groupe.

Même si un sous-groupe de travailleurs saisonniers venant travailler en Ontario en application d'un programme fédéral très structuré peut se caractériser par la race et l'absence de citoyenneté, je ne vois pas en quoi leur situation étaye la thèse des demandeurs. Les travailleurs étrangers saisonniers n'étaient pas visés par la *LRTA*, ils ne sont pas assujettis à la *LRT* et ils n'obtiendraient pas le droit de se syndiquer ou de négocier collectivement, si les demandeurs avaient gain de cause.

Compte tenu de ces faits, la cause des demandeurs dépend en fin de compte de savoir si le désavantage économique dont souffre un groupe de travailleurs, considéré comme un groupe du seul fait qu'ils travaillent dans un secteur particulier de l'économie, constitue un motif analogue à ceux énumérés au par. 15(1). Il va sans dire que la sagesse, ou non, sur le plan des politiques de relations du travail, de la décision d'exclure les travailleurs agricoles du régime de négociation collective n'est pas pertinente à cet égard.

À mon avis, la situation désavantageuse des travailleurs agricoles ne suffit pas pour faire de la désignation dans la loi de la catégorie des "travailleurs agricole" un motif analogue aux fins de l'application de l'art. 15. Le désavantage économique résulte souvent d'une discrimination fondée sur un motif analogue, de sorte qu'il peut s'agir d'un indice de l'existence d'une telle discrimination. Cependant, le désavantage économique peut avoir de nombreuses causes qui ne justifient pas un examen en fonction de l'art. 15, et la preuve d'un désavantage économique n'établit pas en soi la discrimination fondée sur un motif analogue au sens de l'art. 15. Selon moi, l'absence de preuve de caractéristiques ou traits analogues à ceux énumérés à l'art. 15 permettant de déterminer la composition du groupe des travailleurs agricoles, est fatale à la revendication fondée sur l'art. 15.

2001 SCC 94 (CanLII)

III. Conclusion

216 I would dismiss the appeal. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 80 of the *Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, limit the right of agricultural workers

(a) to freedom of association guaranteed by s. 2(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; or

(b) to equality before and under the law and equal benefit of the law without discrimination as guaranteed by s. 15 of the *Charter*?

No.

2. Does s. 3(*b*) of the *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sched. A, limit the right of agricultural workers

(a) to freedom of association guaranteed by s. 2(*d*) of the *Charter*; or

(b) to equality before and under the law and equal benefit of the law without discrimination as guaranteed by s. 15 of the *Charter*?

No.

3. If the answer to any part of questions 1 or 2 is in the affirmative, is the limitation nevertheless justified under s. 1 of the Charter?

In view of the answers to questions 1 and 2 there is no need to answer this question.

Appeal allowed with costs, MAJOR J. *dissenting.*

Solicitors for the appellants: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Solicitor for the respondent the Attorney General for Ontario: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent Fleming Chicks: Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

III. Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Je répondrais aux questions constitutionnelles de la manière suivante :

1. L'article 80 de la *Loi de 1995 modifiant des lois en ce qui concerne les relations de travail et l'emploi*, L.O. 1995, ch. 1, limite-t-il le droit des travailleurs agricoles

a) à la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou

b) à l'égalité devant la loi et dans l'application de la loi ainsi qu'au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, que garantit l'art. 15 de la *Charte*?

Non.

2. L'alinéa 3*b*) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, annexe A, limite-t-il le droit des travailleurs agricoles

a) à la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) de la *Charte*, ou

b) à l'égalité devant la loi et dans l'application de la loi ainsi qu'au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, que garantit l'art. 15 de la *Charte*?

Non.

3. Si la réponse à l'un ou l'autre des volets de la première ou deuxième question est affirmative, la limite est-elle néanmoins justifiée au sens de l'article premier de la *Charte* ?

Compte tenu des réponses données aux questions 1 et 2, il n'y a pas lieu de répondre à cette question.

Pourvoi accueilli avec dépens, le juge MAJOR *est dissident*.

Procureurs des appelants : Parliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Procureur de l'intimé le procureur général de l'Ontario : Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimée Fleming Chicks : Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

2001 SCC 94 (CanLII)

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener the Labour Issues Coordinating Committee: Heenan Blaikie, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Le procureur général du Québec, Montréal.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenant le Canadian Labour Congress : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Labour Issues Coordinating Committee : Heenan Blaikie, Toronto.

2001 SCC 94 (CanLII)

Jessica Ernst *Appellant*

v.

Alberta Energy Regulator *Respondent*

and

Attorney General of Quebec, Canadian Civil Liberties Association, British Columbia Civil Liberties Association and David Asper Centre for Constitutional Rights *Interveners*

Jessica Ernst *Appelante*

c.

Alberta Energy Regulator *Intimé*

et

Procureure générale du Québec, Association canadienne des libertés civiles, British Columbia Civil Liberties Association et David Asper Centre for Constitutional Rights *Intervenants*

2017 SCC 1 (CanLII)

Indexed as: Ernst *v.* Alberta Energy Regulator

2017 SCC 1

File No.: 36167.

2016: January 12; 2017: January 13.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté and Brown JJ.

Répertorié : Ernst *c.* Alberta Energy Regulator

2017 CSC 1

N° du greffe : 36167.

2016 : 12 janvier; 2017 : 13 janvier.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté et Brown.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Remedy — Damages — Claim brought against statutory board seeking Charter damages for breaching right to freedom of expression — Board applying to strike claim on basis of immunity clause — Whether claim for Charter damages should be struck out because it discloses no cause of action — Whether immunity clause is constitutionally inapplicable or inoperable to the extent that it bars claim against board for Charter damages — Whether constitutional question should be decided at this stage of proceedings — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1) — Energy Resources Conservation Act, R.S.A. 2000, c. E-10, s. 43.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Réparation — Dommages-intérêts — Demande de dommages-intérêts présentée en vertu de la Charte contre un office créé par la loi pour violation du droit à la liberté d'expression — Office sollicitant la radiation de la demande sur la base d'une disposition d'immunité — Y a-t-il lieu de radier la demande de dommages-intérêts fondée sur la Charte parce qu'elle ne révèle aucune cause d'action? — La disposition d'immunité est-elle inapplicable ou inopérante du point de vue constitutionnel en ce qu'elle fait obstacle à une demande de dommages-intérêts présentée contre l'office en vertu de la Charte? — Y a-t-il lieu de trancher la question constitutionnelle à ce stade de l'instance? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1) — Energy Resources Conservation Act, R.S.A. 2000, c. E-10, art. 43.

The Alberta Energy Regulator ("Board") is a statutory, independent, quasi-judicial body responsible for regulating Alberta's energy resource and utility sectors. E claims that the Board breached her right to freedom of expression under s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of*

L'Alberta Energy Regulator (« Office ») est un organisme quasi judiciaire indépendant créé par la loi qui a pour mission de réglementer les secteurs des ressources énergétiques et des services publics. E soutient que l'Office a violé le droit à la liberté d'expression que

Rights and Freedoms by punishing her for publicly criticizing the Board and by preventing her, for a period of 16 months, from speaking to key offices within it. E brought a claim against the Board for damages as an "appropriate and just" remedy under s. 24(1) of the *Charter* for that alleged breach. The Board applied to strike this claim on the basis, among others, that it is protected by an immunity clause — i.e., s. 43 of the *Energy Resources Conservation Act* — which precludes all claims in relation to the Board's actions purportedly done pursuant to the legislation which the Board administers. Both the Alberta Court of Queen's Bench and the Court of Appeal found that the immunity clause on its face bars E's claim for *Charter* damages and concluded therefore that it should be struck out. On appeal to this Court, E reformulated her claim to add a challenge to the constitutional validity of s. 43.

Held (McLachlin C.J. and Moldaver, Côté and Brown JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

1. *Per* Cromwell J. (with Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.): The claim for *Charter* damages should be struck out and the appeal should be dismissed. It is plain and obvious that s. 43 on its face bars E's claim for *Charter* damages. However, because *Charter* damages could never be an appropriate and just remedy for *Charter* breaches by the Board, s. 43 does not limit the availability of such a remedy under the *Charter* and the provision cannot be unconstitutional.

2. *Per* Abella J.: E's claim for *Charter* damages should be struck and the appeal dismissed. E did not seek to challenge the constitutionality of s. 43 in the prior proceedings. In the absence of proper notice and a full evidentiary record, this Court should not entertain the constitutional argument. This leaves the constitutionality of s. 43 intact. It is therefore plain and obvious that s. 43, an unqualified immunity clause, bars E's claim. While it is likely that *Charter* damages would not be an appropriate and just remedy against this Board, a prior determination of the constitutionality of the immunity clause is required.

3. *Per* McLachlin C.J. and Moldaver and Brown JJ. (with Côté J.): The application to strike E's claim must fail and

lui garantit l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* en la punissant pour avoir critiqué publiquement l'Office et en l'empêchant pendant 16 mois de s'adresser à ses bureaux clés. E a réclamé à l'Office pour cette violation des dommages-intérêts en guise de réparation « convenable et juste » en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. L'Office a sollicité la radiation de cette demande au motif notamment qu'il est protégé par une disposition d'immunité, soit l'art. 43 de l'*Energy Resources Conservation Act*, qui empêche l'exercice de tout recours pour des actes que l'Office aurait accomplis en conformité avec la loi qu'il applique. La Cour du Banc de la Reine et la Cour d'appel de l'Alberta ont toutes deux conclu que la disposition d'immunité fait obstacle à première vue à la demande de dommages-intérêts présentée par E en vertu de la *Charte* et que cette demande doit donc être radiée. Dans le présent pourvoi, E a reformulé sa demande pour contester la constitutionnalité de l'art. 43.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges Moldaver, Côté et Brown sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

1. *Le* juge Cromwell (avec l'accord des juges Karakatsanis, Wagner et Gascon) : Il y a lieu de radier la demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* et de rejeter le pourvoi. Il est évident et manifeste que l'art. 43 fait obstacle à première vue à la demande de dommages-intérêts présentée par E en vertu de la *Charte*. Toutefois, comme l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut jamais constituer une réparation convenable et juste pour les violations de la *Charte* commises par l'Office, l'art. 43 ne limite pas la possibilité d'obtenir pareille réparation au titre de la *Charte* et la disposition ne saurait être inconstitutionnelle.

2. *La* juge Abella : Il y a lieu de radier la demande de dommages-intérêts présentée par E en vertu de la *Charte* et de rejeter le pourvoi. E n'a pas tenté de contester la constitutionnalité de l'art. 43 lors des instances antérieures. À défaut d'un avis en bonne et due forme et d'un dossier de preuve complet, la Cour ne devrait pas connaître de l'argument constitutionnel. La constitutionnalité de l'art. 43 demeure donc intacte. Par conséquent, il est évident et manifeste que l'art. 43, une disposition d'immunité catégorique, fait obstacle à la demande de E. Bien que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne constitue probablement pas une réparation convenable et juste à l'encontre de l'Office, il faut d'abord statuer sur la constitutionnalité de la disposition d'immunité.

3. *La* juge en chef McLachlin et les juges Moldaver et Brown (avec l'accord de la juge Côté) : Il y a lieu de rejeter

2017 SCC 1 (CanLII)

the appeal must be allowed. It is not plain and obvious that *Charter* damages could not be an appropriate and just remedy in the circumstances of E's claim against the Board. Nor is it plain and obvious that, on its face, s. 43 bars E's claim for *Charter* damages. As a result, it is not necessary to consider s. 43's constitutionality at this stage of the proceedings.

Per Cromwell, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.: It is plain and obvious that s. 43 of the *Energy Resources Conservation Act* on its face bars E's claim for *Charter* damages. This conclusion is common ground between the parties. The only issue for decision then is whether E successfully challenged the constitutionality of s. 43. In this case, having had more than ample opportunity to do so, E has failed to discharge her burden of showing that the law is unconstitutional. It follows that the immunity clause must be applied, and E's claim for *Charter* damages struck out.

Charter damages may vindicate *Charter* rights, provide compensation and deter future violations. But awarding damages may also inhibit effective government, and remedies other than damages may provide substantial redress without having a broader adverse impact. Section 24(1) of the *Charter* confers on the courts a broad remedial authority. But this does not mean that *Charter* breaches should always, or even routinely, be remedied by damages. The leading case about when *Charter* damages are an appropriate and just remedy is *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28. If damages would further one or more of the objectives of compensation, vindication and deterrence, it is open to the state to raise countervailing factors to establish that damages are not an appropriate and just remedy. In the present case, when such countervailing factors are considered collectively, they negate the appropriateness of an otherwise functionally justified award of *Charter* damages against the Board.

First, there is an alternative and more effective remedy for *Charter* breaches by the Board. Judicial review

la requête en radiation de la demande de E et d'accueillir le pourvoi. Il n'est pas évident et manifeste que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut pas constituer une réparation convenable et juste dans le cas de la demande de E visant l'Office. Il n'est pas non plus évident et manifeste qu'à première vue, l'art. 43 fait obstacle à la demande de dommages-intérêts présentée par E en vertu de la *Charte*. Il n'est donc pas nécessaire de statuer sur la constitutionnalité de l'art. 43 à ce stade de l'instance.

Les juges Cromwell, Karakatsanis, Wagner et Gascon : Il est évident et manifeste que l'art. 43 de l'*Energy Resources Conservation Act* fait obstacle à première vue à la demande de dommages-intérêts présentée par E en vertu de la *Charte*. Les parties s'entendent sur cette conclusion. Il ne reste donc qu'une seule question à trancher : E a-t-elle contesté avec succès la constitutionnalité de l'art. 43? En l'espèce, même si elle a eu amplement l'occasion de le faire, E ne s'est pas acquittée de son fardeau de démontrer que la loi est inconstitutionnelle. Par conséquent, il faut appliquer la disposition d'immunité et radier la demande de dommages-intérêts présentée par E en vertu de la *Charte*.

L'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* peut défendre des droits garantis par la *Charte*, fournir une indemnité et dissuader de nouvelles violations. Cependant, l'octroi de dommages-intérêts peut également gêner l'efficacité du gouvernement, et des réparations autres que les dommages-intérêts peuvent offrir un redressement important sans avoir un effet préjudiciable général. Le paragraphe 24(1) de la *Charte* confère aux tribunaux un vaste pouvoir de réparation. Toutefois, cela ne veut pas dire qu'il convient toujours, ou même couramment, de remédier à des violations de la *Charte* en accordant des dommages-intérêts. L'arrêt de principe quant aux circonstances dans lesquelles des dommages-intérêts accordés en vertu de la *Charte* constituent une réparation convenable et juste est *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28. Si les dommages-intérêts favoriseraient la réalisation d'un ou de plusieurs des objectifs d'indemnisation, de défense du droit en cause ou de dissuasion, il est loisible à l'État d'invoquer des facteurs faisant contrepoids pour établir que les dommages-intérêts ne constituent pas une réparation convenable et juste. En l'espèce, quand on examine ensemble ces facteurs faisant contrepoids, on constate qu'ils rendent inappropriée la condamnation par ailleurs justifiée, d'un point de vue fonctionnel, de l'Office à des dommages-intérêts fondés sur la *Charte*.

Premièrement, il existe un autre moyen, plus efficace de surcroît, de remédier aux violations de la *Charte*

2017 SCC 1 (CanLII)

of the Board's decisions has the potential to provide prompt vindication of E's *Charter* rights, to provide effective relief in relation to the Board's conduct in the future, to reduce the extent of any damage flowing from the breach, and to provide legal clarity to help prevent any future breach of a similar nature. Further, the statutory immunity clause here cannot bar access to judicial review.

Second, good governance concerns are also engaged, as granting damages would undermine the effectiveness of the Board and inhibit effective governance. Private law thresholds and defences may offer guidance about when *Charter* damages may be an appropriate remedy. The policy reasons considered capable of negating a *prima facie* duty of care under the private law of negligence have included (i) excessive demands on resources, (ii) the potential chilling effect on the behaviour of the state actor, and (iii) protection of quasi-judicial decision making. The same policy considerations weigh heavily here. The Board has the public duty of balancing several potentially competing rights, interests and objectives, and balancing public and private interests in the execution of its quasi-judicial duties. The jurisprudence cautions against attempting to segment the functions of a quasi-judicial regulatory board such as this one into adjudicative and regulatory activity for the purposes of considering whether its actions should give rise to liability. And the policy reasons that have led legislatures across Canada to enact many statutory immunity clauses, like the one in this case, may also inform the analysis of countervailing considerations relating to good governance. Overall, opening the Board to damages claims could deplete the Board's resources, distract it from its statutory duties, potentially have a chilling effect on its decision making, compromise its impartiality, and open up new and undesirable modes of collateral attack on its decisions.

Finally, to determine the appropriateness of *Charter* damages against this type of board on a case-by-case basis in a highly factual and contextual manner would largely undermine the purposes served by an immunity. Not every bare allegation claiming *Charter* damages must proceed to an individualized, case-by-case consideration on its particular merits. Immunity is easily

commises par l'Office. Le contrôle judiciaire des décisions de l'Office permet de défendre rapidement les droits conférés à E par la *Charte*, d'obtenir un redressement concret en ce qui concerne les agissements futurs de l'Office, de réduire l'ampleur de tout préjudice découlant de la violation et de clarifier le droit pour aider à prévenir toute nouvelle violation semblable. De plus, la disposition législative prévoyant une immunité en l'espèce ne peut faire obstacle au contrôle judiciaire.

Deuxièmement, les préoccupations relatives au bon gouvernement entrent elles aussi en jeu car l'octroi de dommages-intérêts nuirait au bon travail de l'Office et gênerait l'efficacité du gouvernement. Les seuils et moyens de défense issus du droit privé peuvent aider à établir dans quels cas les dommages-intérêts fondés sur la *Charte* constituent peut-être une réparation convenable. Les raisons de politique générale que l'on considère susceptibles d'écarter une obligation de diligence *prima facie* en droit privé de la négligence comprennent : (i) une ponction indue sur les ressources, (ii) l'effet paralysant que cette obligation peut avoir sur la conduite de l'acteur étatique et (iii) la protection du processus décisionnel quasi judiciaire. Les mêmes considérations de politique générale pèsent lourd dans la balance en l'espèce. L'Office a l'obligation publique de concilier plusieurs droits, intérêts et objectifs susceptibles de s'opposer ainsi que les intérêts publics et privés dans l'acquittement de ses obligations quasi judiciaires. La jurisprudence indique qu'il ne faut pas tenter de fractionner les fonctions d'un organisme de réglementation quasi judiciaire comme celui en l'espèce en dissociant le rôle juridictionnel du rôle de réglementation dans le but de décider si ses agissements devraient engager sa responsabilité. Et l'analyse des préoccupations relatives au bon gouvernement qui font contrepoids peut tenir compte également des raisons de politique générale qui ont amené les législateurs de partout au pays à adopter de nombreuses dispositions législatives prévoyant une immunité comme celle en l'espèce. Globalement, exposer l'Office à des demandes de dommages-intérêts risque d'accaparer ses ressources et de le détourner des obligations que lui attribue la loi, ce qui pourrait avoir un effet paralysant sur sa prise de décisions, compromettre son impartialité et ouvrir la voie à de nouveaux moyens indésirables d'attaquer indirectement ses décisions.

Enfin, juger au cas par cas du caractère convenable d'une condamnation de ce type d'office à des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* en mettant l'accent sur les faits et le contexte minerait grandement la raison d'être de l'immunité. Il n'y a pas lieu d'examiner sur le fond au cas par cas toutes les simples allégations selon lesquelles des dommages-intérêts doivent être

2017 SCC 1 (CanLII)

frustrated where the mere pleading of an allegation of bad faith or punitive conduct in a statement of claim can call into question a decision-maker's conduct. Even qualified immunity undermines the decision-maker's ability to act impartially and independently, as the mere threat of litigation, achieved by artful pleadings, will require the decision-maker to engage with claims brought against him or her.

In view of these countervailing factors, *Charter* damages could never be an appropriate and just remedy for *Charter* breaches by the Board. Therefore, s. 43 of the *Energy Resources Conservation Act* does not limit the availability of such a remedy under the *Charter* and the provision cannot be unconstitutional.

Per Abella J.: E is asking this Court to pronounce on the constitutional applicability and operability of s. 43, an immunity clause in the *Energy Resources Conservation Act*. This is in essence a challenge to the constitutionality of s. 43. At no stage did E give the required formal notice of a constitutional challenge to s. 43. Until she came to this Court, E denied that she was even challenging the constitutionality of s. 43. E's approach represents an improper collateral attack on s. 43's constitutionality.

All the provinces have statutes that require notice to be given to the Attorney General of that province, and most require that notice be given to the Attorney General of Canada as well, in any proceeding where the constitutionality of a statute is in issue. Notice requirements serve a vital purpose. They ensure that courts have a full evidentiary record before invalidating legislation and that governments are given the fullest opportunity to support the validity of legislation. A new constitutional question ought not be answered unless the state of the record, the fairness to all parties, the importance of having the issue resolved, the question's suitability for decision, and the broader interests of the administration of justice demand it. The test for whether new issues should be considered is a stringent one, and the discretion to hear new issues should only be exercised exceptionally and never unless there is no prejudice to the parties.

The threshold for the exceptional exercise of this discretion is nowhere in sight in this case. First, the public interest requires that the fullest and best evidence

accordés en vertu de la *Charte*. L'immunité est aisément contrecarrée lorsqu'il suffit de plaider la mauvaise foi ou une conduite punitive dans une déclaration pour mettre en doute la conduite d'un décideur. Même une immunité restreinte diminue la capacité du décideur d'agir en toute impartialité et indépendance, car la simple menace de poursuite proférée à l'aide d'habiles plaidoiries obligera le décideur à se défendre contre des réclamations présentées contre lui.

À la lumière de ces facteurs faisant contrepoids, l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut jamais constituer une réparation convenable et juste pour les violations de la *Charte* commises par l'Office. Ainsi, l'art. 43 de l'*Energy Resources Conservation Act* ne limite pas la possibilité d'obtenir une telle réparation au sens de la *Charte* et la disposition ne saurait être inconstitutionnelle.

La juge Abella : E demande à la Cour de se prononcer sur l'applicabilité et l'opérabilité, du point de vue constitutionnel, de l'art. 43, une disposition d'immunité de l'*Energy Resources Conservation Act*. Elle conteste essentiellement la constitutionnalité de l'art. 43. E n'a jamais donné l'avis officiel requis pour contester la constitutionnalité de cet article. Jusqu'au moment où elle s'est présentée devant la Cour, E niait carrément qu'elle contestait la constitutionnalité de l'art. 43. L'approche préconisée par E représente une attaque indirecte irrégulière de la constitutionnalité de l'art. 43.

On trouve dans toutes les provinces des lois exigeant qu'un avis soit donné au procureur général de la province concernée et la plupart des provinces exigent qu'un avis soit également donné au procureur général du Canada dans toute instance où la constitutionnalité d'une loi est en cause. L'obligation de donner avis a un objectif fondamental, en l'occurrence celui de faire en sorte que le tribunal se prononce sur la validité de la disposition à partir d'un dossier de preuve complet et que l'État ait vraiment l'occasion de soutenir la validité de la disposition. On ne doit pas répondre à une nouvelle question constitutionnelle à moins que la teneur du dossier, l'équité envers toutes les parties, l'importance que la question soit résolue, le fait que la question se prête à une décision et les intérêts de l'administration de la justice en général ne l'exigent. Le critère applicable pour décider de l'opportunité d'examiner une nouvelle question est strict et le pouvoir discrétionnaire d'examiner une nouvelle question ne devrait être exercé qu'à titre exceptionnel et jamais à moins que les parties n'en subissent pas un préjudice.

On ne trouve en l'espèce pas la moindre allusion au seuil qui permettrait d'exercer de façon exceptionnelle ce pouvoir discrétionnaire. Tout d'abord, l'intérêt public

2017 SCC 1 (CanLII)

possible be put before the Court when it is asked to decide the constitutionality of a law. This requires the participation and input of the appropriate Attorneys General, especially from the jurisdiction of the legislation in question. In this case, there is no such evidentiary record.

The notion of "fairness to the parties" also weighs against this Court exercising its discretion to decide the constitutionality of s. 43. The Board asked this Court not to hear the constitutional question because it was not properly raised in the courts below, leaving it, rather than the Attorney General, unfairly as the sole defender of a provision in its enabling statute. At the Court of Appeal, the Attorney General of Alberta, for his part, also expressly raised concerns about the lack of notice and his inability to adduce evidence at the trial court and the appellate court. The failure to provide notice about the intention to challenge the constitutionality of s. 43 has resulted in no record and in the Attorney General of Alberta being unable to properly meet the case against it. This makes acceding to the request to determine the constitutionality of the statutory immunity clause inappropriate.

Immunity clauses protecting judicial and quasi-judicial bodies are found in a number of Canadian statutes. Judicial and quasi-judicial decision-makers are also protected by common law immunities. Immunizing these adjudicators from personal damage claims is grounded in attempts to protect their independence and impartiality and to facilitate the proper and efficient administration of justice.

The immunity clause here is absolute and unqualified. The legislature clearly chose not to qualify the immunity in any way. Any argument that it should not apply to conduct alleged to be punitive, or that it applies to adjudicative but not to other kinds of Board decisions, is nowhere evident in the statutory language. Caution should be exercised before undermining the immunity clause in this case. There are profound and obvious implications for all judges and tribunals from such a decision, and it should not be undertaken without a full and tested evidentiary record. It may or may not be the case that governments will be able to justify immunity from *Charter* damages, but until the s. 1 justificatory evidence is explored, this

exige de soumettre à la Cour la preuve la meilleure et la plus complète possible lorsque la Cour est appelée à statuer sur la constitutionnalité d'une loi. Cela nécessite la participation et le concours des procureurs généraux concernés, surtout celui du ressort où a été adoptée la loi en question. En l'espèce, il n'y a aucun dossier de preuve de ce genre.

La notion d'« équité envers les parties » joue elle aussi en défaveur de l'exercice, par la Cour, de son pouvoir discrétionnaire de statuer sur la constitutionnalité de l'art. 43. L'Office a demandé à la Cour de ne pas instruire la question constitutionnelle parce qu'elle n'avait pas été régulièrement soulevée devant les juridictions inférieures, de sorte que c'est l'Office, et non le procureur général, qui s'est injustement retrouvé dans le rôle d'unique défenseur d'une disposition de sa loi habilitante. En Cour d'appel, le procureur général de l'Alberta avait pour sa part formulé lui aussi expressément des réserves au sujet du défaut d'avis et de son incapacité à présenter des éléments de preuve tant en première instance qu'en Cour d'appel. Le défaut de donner avis de l'intention de contester la constitutionnalité de l'art. 43 s'est traduit par une absence de dossier et par le fait que le procureur général de l'Alberta n'a pas été en mesure de répondre convenablement aux allégations formulées contre cet article. Dans ces conditions, il est inopportun d'accéder à la demande visant à faire établir la constitutionnalité de la disposition législative prévoyant une immunité.

On retrouve des dispositions d'immunité protégeant les organismes judiciaires et quasi judiciaires dans plusieurs lois canadiennes. Les décideurs judiciaires ou quasi judiciaires jouissent également d'immunités en common law. L'immunité à l'égard des recours personnels en dommages-intérêts intentés contre ces décideurs est motivée par la volonté de protéger leur indépendance et leur impartialité et par le souci de favoriser la bonne administration de la justice et d'en renforcer l'efficacité.

La disposition d'immunité en l'espèce est sans équivoque et catégorique. La législature a clairement choisi de ne pas nuancer l'immunité de quelque façon que ce soit. Aucun argument selon lequel l'immunité ne devrait pas s'appliquer à une conduite qualifiée de punitive ou s'applique aux décisions de nature juridictionnelle de l'Office, mais non à ses autres décisions, ne ressort du texte de la loi. Il faut user de prudence avant de rogner la disposition d'immunité en cause. Une telle décision entraîne des conséquences profondes et évidentes pour l'ensemble des juges et des tribunaux et ne doit être prise que si l'on dispose d'un dossier de preuve complet qui a fait l'objet de vérifications. L'État pourra ou non être en

2017 SCC 1 (CanLII)

Court should not replace the necessary evidence with its own inferences.

While an analysis pursuant to *Vancouver (City) v. Ward*, [2010] 2 S.C.R. 28, likely leads to the conclusion that *Charter* damages are not an appropriate and just remedy in the circumstances, the question of whether such damages are appropriate requires a prior determination of the constitutionality of the immunity clause. If the clause is constitutional, there is no need to embark on a *Ward* analysis. If it is found to be unconstitutional, only then does a *Ward* analysis become relevant. Here, since E did not seek to challenge the constitutionality of s. 43 in the prior proceedings, there is no record either to justify or impugn the provision. This means that, for the time being, the provision's constitutionality is intact. It is therefore plain and obvious that E's claim is barred. E's *Charter* claim should therefore be dismissed.

Judicial review was the appropriate means of addressing E's concerns. The conventional challenge to an administrative tribunal's decision is judicial review, not an action against the administrative tribunal. When the Board made the decision to stop communicating with E, in essence finding her to be a vexatious litigant, it was exercising its discretionary authority under its enabling legislation. Issues about the legality, reasonableness, or fairness of this discretionary decision are issues for judicial review. E had the opportunity to seek timely judicial review of the Board's decision. She chose not to. Instead, she attempted to frame her grievance as a claim for *Charter* damages. That is precisely why s. 43 exists — to prevent an end-run by litigants around the required process, resulting in undue expense and delay for the Board and for the public.

Per McLachlin C.J. and Moldaver, Côté and Brown JJ. (dissenting): In deciding whether a claim for *Charter* damages should be struck out on the basis of a statutory immunity clause, the court must first determine whether it is plain and obvious that *Charter* damages could not be an appropriate and just remedy in the circumstances of the plaintiff's claim. If it is not plain and

mesure de justifier une immunité contre toute condamnation à des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*, mais tant que les éléments de preuve justificatifs fondés sur l'article premier n'ont pas été analysés, la Cour ne devrait pas remplacer les éléments de preuve requis par ses propres déductions.

Bien qu'une analyse effectuée en conformité avec *Vancouver (Ville) c. Ward*, [2010] 2 R.C.S. 28, mène vraisemblablement à la conclusion que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne constitue pas une réparation convenable et juste dans les circonstances, il faut statuer sur la constitutionnalité de la disposition d'immunité avant de juger si pareils dommages-intérêts sont convenables. Si la disposition est constitutionnelle, point n'est besoin de procéder à l'analyse prescrite par *Ward*. Si elle est jugée inconstitutionnelle, ce n'est que dans ce cas que l'analyse en question entre en jeu. En l'espèce, comme E n'a pas tenté de contester la constitutionnalité de l'art. 43 lors des instances antérieures, il n'y a pas de dossier pouvant servir à justifier ou à attaquer la disposition en question. Cela signifie que, pour l'instant, la constitutionnalité de cette disposition demeure intacte. Il est donc évident et manifeste que la demande de E est irrecevable. La demande présentée par E en vertu de la *Charte* devrait donc être rejetée.

Le moyen qu'E aurait dû utiliser pour formuler ses doléances était de se pourvoir en contrôle judiciaire. Le recours habituellement utilisé pour contester la décision d'un tribunal administratif est le contrôle judiciaire et non une action dirigée contre le tribunal administratif. Lorsque l'Office a décidé de cesser de communiquer avec E, concluant pour l'essentiel qu'elle était une plaideuse quérulente, il exerçait le pouvoir discrétionnaire que lui confère sa loi habilitante. La légalité, la rationalité ou l'équité de cette décision discrétionnaire sont des questions qui relèvent du contrôle judiciaire. E a eu l'occasion de solliciter en temps opportun le contrôle judiciaire de la décision de l'Office. Elle a choisi de ne pas se prévaloir de cette possibilité. Elle a plutôt tenté d'exprimer ses reproches sous forme de demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*. C'est précisément la raison d'être de l'art. 43 : empêcher les plaideurs de court-circuiter la procédure prescrite et éviter ainsi à l'Office et au public des frais et des retards indus.

La juge en chef McLachlin et les juges Moldaver, Côté et Brown (dissidents) : Pour décider s'il y a lieu de radier une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* en raison d'une disposition législative prévoyant une immunité, le tribunal doit d'abord établir s'il est évident et manifeste que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut pas constituer une réparation

2017 SCC 1 (CanLII)

obvious that *Charter* damages could not be appropriate and just, then the court must determine whether it is plain and obvious that the immunity clause, on its face, applies to the plaintiff's claim. If it is plain and obvious that the immunity clause applies, then the court must give effect to the immunity clause and strike the plaintiff's claim, unless the plaintiff successfully challenges the clause's constitutionality.

The framework set out in *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28, for assessing whether damages are an appropriate and just remedy in the circumstances can be applied at the application to strike stage. To survive an application to strike, the claimant must first plead facts which, if true, could prove a *Charter* breach; E has met this threshold here. E's pleadings establish the elements of an admittedly novel but arguable s. 2(*b*) claim. It cannot be said that it is plain and obvious that E cannot establish a breach of s. 2(*b*) of the *Charter*. The second step requires the claimant to demonstrate that damages could fulfill one or more of the functions of compensation, vindication, or deterrence. E has met this threshold, as well. Her allegations are sufficient to establish that the functions of vindication and deterrence could be supported by an award of *Charter* damages.

At the third step, the state may show that countervailing considerations make it plain and obvious that *Charter* damages could not be appropriate and just. Such considerations include the availability of alternative remedies that will meet the same objectives as an award of *Charter* damages, and good governance concerns — i.e., policy factors that will justify restricting the state's exposure to civil liability. Here, the Board has not shown that it is plain and obvious that judicial review will meet the same objectives as an award of *Charter* damages, namely, vindicating E's *Charter* right and deterring future breaches. With respect to good governance, two interrelated principles must be kept in mind. First, *Charter* compliance is itself a foundational principle of good governance. Second, good governance concerns must be considered in a manner that remains protective of *Charter* rights, since the "appropriate and just" analysis under s. 24(1) is designed to redress the *Charter* breach. While the common law recognizes absolute immunity from personal liability for judges and other state actors in the exercise of their adjudicative function, there is nothing in the record

convenable et juste dans le cas de la demande du demandeur. S'il n'est pas évident et manifeste que cette réparation ne peut pas être convenable et juste, le tribunal doit alors décider s'il est évident et manifeste que la disposition d'immunité s'applique à première vue à la demande du demandeur. Si la disposition s'applique évidemment et manifestement, le tribunal doit donner effet à la disposition d'immunité et radier la demande du demandeur, à moins que ce dernier ne conteste avec succès la constitutionnalité de la disposition.

Les paramètres établis dans *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28, pour déterminer si l'octroi de dommages-intérêts est une réparation convenable et juste dans les circonstances peuvent s'appliquer au stade de la requête en radiation. Pour résister à une requête en radiation, le demandeur doit d'abord alléguer des faits qui, s'ils se révélaient véridiques, pourraient démontrer l'existence d'une violation de la *Charte*; E a satisfait à ce critère en l'espèce. Les actes de procédure de E établissent les éléments constitutifs d'un moyen certes inédit, mais soutenable, tiré de l'al. 2*b*). On ne saurait dire qu'il est évident et manifeste que E ne peut pas prouver l'existence d'une violation de l'al. 2*b*) de la *Charte.* La deuxième étape oblige le demandeur à démontrer que les dommages-intérêts répondraient à l'un ou à plusieurs des objectifs d'indemnisation, de défense du droit en cause ou de dissuasion. E a satisfait également à ce critère. Ses allégations suffisent pour établir que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* permettrait de répondre aux objectifs de défense du droit et de dissuasion.

À la troisième étape, l'État peut démontrer qu'en raison de considérations faisant contrepoids, l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut évidemment et manifestement pas être convenable et juste. Ces considérations comprennent la possibilité d'exercer d'autres recours qui permettront d'atteindre les mêmes objectifs que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* et les préoccupations relatives au bon gouvernement, c.-à-d. des facteurs de principe justifiant que l'on restreigne les possibilités de recours en responsabilité civile contre l'État. En l'espèce, l'Office n'a pas démontré que le contrôle judiciaire permettra évidemment et manifestement d'atteindre les mêmes objectifs que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte*, à savoir défendre le droit conféré à E par la *Charte* et dissuader de nouvelles violations. Quant au bon gouvernement, il faut garder à l'esprit deux principes interreliés. En premier lieu, le respect de la *Charte* constitue en soi un principe fondamental de bon gouvernement. En second lieu, il faut examiner les préoccupations relatives au bon gouvernement en se souciant de la protection des droits

2017 SCC 1 (CanLII)

which indicates that the Board was acting in an adjudicative capacity in this case. Nor is there a compelling policy reason for which to immunize state actors in all cases, including where, as here, the impugned conduct is said to have been punitive in nature. Further, considerations supporting private law immunity from liability for negligent conduct do not automatically support absolute immunity from *Charter* damages claims for more serious misconduct, including conduct amounting to bad faith or an abuse of power.

Thus, whether the countervailing factors are examined individually or collectively, the record at this juncture does not support recognizing a broad, sweeping immunity for the Board in this case, let alone in every case. In the final analysis, it is not plain and obvious that *Charter* damages could not be an appropriate and just remedy in the circumstances of E's claim against the Board.

It is also not plain and obvious that E's claim is barred by the statutory immunity clause. E seeks *Charter* damages as a remedy for actions by the Board that E says were intended to punish her. It is arguable that such punitive acts fall outside the scope of the immunity that s. 43 of the *Energy Resources Conservation Act* confers. While E did not argue that the wording of s. 43 does not apply to her claim, this omission should not impede the just determination of a novel legal issue which has such broad ramifications for the public. E's assumption that s. 43 bars all actions or proceedings against the Board, regardless of the nature of the claim, is not binding on the Court. Her assumption may ultimately prove correct, but it is not plainly and obviously so at this stage. Since it is not plain and obvious that s. 43 bars E's claim, it is not necessary to consider s. 43's constitutionality at this stage of the proceedings. If it is subsequently determined that s. 43 does, indeed, bar E's claim for *Charter* damages, then she may challenge its constitutionality at that juncture.

conférés par la *Charte*, car l'analyse de la réparation « convenable et juste » au sens du par. 24(1) est conçue pour remédier à la violation de la *Charte*. Bien que la common law reconnaisse aux juges et aux autres acteurs étatiques une immunité absolue à l'égard de la responsabilité personnelle dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle, rien au dossier n'indique que l'Office exerçait une fonction juridictionnelle en l'espèce. Il n'y pas non plus de raison impérieuse de politique générale pour laquelle il faudrait soustraire les acteurs étatiques dans tous les cas, notamment ceux, comme en l'espèce, où l'on prétend que la conduite reprochée est de nature punitive. En outre, les considérations favorables à une immunité contre toute responsabilité pour négligence en droit privé ne sont pas nécessairement favorables à une immunité absolue contre les demandes de dommages-intérêts présentées en vertu de la *Charte* pour une inconduite plus grave, y compris une conduite équivalant à de la mauvaise foi ou à un abus de pouvoir.

Ainsi, que les facteurs faisant contrepoids soient examinés individuellement ou collectivement, le dossier ne permet pas à ce stade de reconnaître à l'Office une immunité aussi large et étendue en l'espèce, encore moins dans tous les cas. En dernière analyse, il n'est pas évident et manifeste que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut constituer une réparation convenable et juste dans le cas de la demande présentée par E contre l'Office.

Il n'est pas non plus évident et manifeste que la disposition législative prévoyant une immunité fait obstacle à la demande de E. Cette dernière réclame des dommages-intérêts fondés sur la *Charte* en guise de réparation pour des agissements de l'Office qui, aux dires de E, avaient pour but de la punir. On peut soutenir que de tels actes punitifs échappent à la portée de l'immunité que confère l'art. 43 de l'*Energy Resources Conservation Act*. Même si E n'a pas plaidé que le texte de l'art. 43 ne s'applique pas à sa demande, cette omission ne devrait pas entraver le règlement juste d'une nouvelle question de droit qui a des ramifications aussi vastes sur le public. La supposition de E selon laquelle l'art. 43 fait obstacle à toute action ou instance introduite contre l'Office, peu importe la nature de la demande, ne lie pas la Cour. Sa supposition pourrait s'avérer exacte en fin de compte, mais cela n'est pas évident et manifeste à ce stade. Puisqu'il n'est pas évident et manifeste que l'art. 43 fait obstacle à la demande de E, point n'est besoin de se prononcer sur la constitutionnalité de l'art. 43 à ce stade de l'instance. S'il est décidé par la suite que l'art. 43 fait bel et bien obstacle à la demande de dommages-intérêts présentée par E en vertu de la *Charte*, elle pourra alors en attaquer la constitutionnalité à cette étape.

2017 SCC 1 (CanLII)

Therefore, the appeal must be allowed. The test for striking out E's claim at the outset has not been satisfied, and the matter should be returned to the Alberta courts to decide the important issues of free speech and *Charter* remedies that her case raises.

Cases Cited

By Cromwell J.

Applied: *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28; **referred to:** *R. v. Sappier*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686; *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405; *Henry v. British Columbia (Attorney General)*, 2015 SCC 24, [2015] 2 S.C.R. 214; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Crevier v. Quebec (Attorney General)*, [1981] 2 S.C.R. 220; *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; *Hinse v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 35, [2015] 2 S.C.R. 621; *Manuge v. Canada*, 2010 SCC 67, [2010] 3 S.C.R. 672; *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585; *Canada (Attorney General) v. McArthur*, 2010 SCC 63, [2010] 3 S.C.R. 626; *Parrish & Heimbecker Ltd. v. Canada (Agriculture and Agri-Food)*, 2010 SCC 64, [2010] 3 S.C.R. 639; *Nu-Pharm Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 65, [2010] 3 S.C.R. 648; *Canadian Food Inspection Agency v. Professional Institute of the Public Service of Canada*, 2010 SCC 66, [2010] 3 S.C.R. 657; *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537; *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129; *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562, aff'g (2000), 48 O.R. (3d) 329; *Morier v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716; *Crispin v. Registrar of the District Court*, [1986] 2 N.Z.L.R. 246; *Sirros v. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118; *Hazel v. Ainsworth Engineered Corp.*, 2009 HRTO 2180, 69 C.H.R.R. D/155; *Agnew v. Ontario Assn. of Architects* (1987), 64 O.R. (2d) 8; *Ermina v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 167 D.L.R. (4th) 764; *Cartier v. Nairn*, 2009 HRTO 2208, 8 Admin. L.R. (5th) 150; *Gonzalez v. British Columbia (Ministry of Attorney General)*, 2009 BCSC 639, 95 B.C.L.R. (4th) 185; *Taylor v. Canada (Attorney General)*, [2000] 3 F.C. 298, leave to appeal refused, [2000] 2 S.C.R. xiv; *Garnett v. Ferrand* (1827), 6 B. & C. 611, 108 E.R. 576; *Fray v. Blackburn* (1863), 3 B. & S. 576, 122 E.R. 217; *Royer v. Mignault*, [1988] R.J.Q. 670; *Canada (Attorney General) v. Slansky*, 2013 FCA 199, [2015] 1 F.C.R. 81; *Ontario (Energy Board) v. Ontario Power Generation Inc.*, 2015

Le pourvoi doit donc être accueilli. Il n'a pas été satisfait au critère applicable pour radier au départ la demande de E et l'affaire doit être renvoyée aux tribunaux albertains pour qu'ils tranchent les questions importantes de liberté d'expression et de réparations fondées sur la *Charte* qu'évoque son cas.

Jurisprudence

Citée par le juge Cromwell

Arrêt appliqué : *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28; **arrêts mentionnés :** *R. c. Sappier*, 2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686; *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405; *Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2015 CSC 24, [2015] 2 R.C.S. 214; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Crevier c. Québec (Procureur général)*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; *Hinse c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 35, [2015] 2 R.C.S. 621; *Manuge c. Canada*, 2010 CSC 67, [2010] 3 R.C.S. 672; *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585; *Canada (Procureur général) c. McArthur*, 2010 CSC 63, [2010] 3 R.C.S. 626; *Parrish & Heimbecker Ltd. c. Canada (Agriculture et Agroalimentaire)*, 2010 CSC 64, [2010] 3 R.C.S. 639; *Nu-Pharm Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 65, [2010] 3 R.C.S. 648; *Agence canadienne d'inspection des aliments c. Institut professionnel de la fonction publique du Canada*, 2010 CSC 66, [2010] 3 R.C.S. 657; *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537; *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129; *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562, conf. (2000), 48 O.R. (3d) 329; *Morier c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716; *Crispin c. Registrar of the District Court*, [1986] 2 N.Z.L.R. 246; *Sirros c. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118; *Hazel c. Ainsworth Engineered Corp.*, 2009 HRTO 2180, 69 C.H.R.R. D/155; *Agnew c. Ontario Assn. of Architects* (1987), 64 O.R. (2d) 8; *Ermina c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1998 CanLII 8969; *Cartier c. Nairn*, 2009 HRTO 2208, 8 Admin. L.R. (5th) 150; *Gonzalez c. British Columbia (Ministry of Attorney General)*, 2009 BCSC 639, 95 B.C.L.R. (4th) 185; *Taylor c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 298, autorisation de pourvoi refusée, [2000] 2 R.C.S. xiv; *Garnett c. Ferrand* (1827), 6 B. & C. 611, 108 E.R. 576; *Fray c. Blackburn* (1863), 3 B. & S. 576, 122 E.R. 217; *Royer c. Mignault*, [1988] R.J.Q. 670; *Canada (Procureur général) c. Slansky*, 2013 CAF 199,

2017 SCC 1 (CanLII)

SCC 44, [2015] 3 S.C.R. 147; *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796.

By Abella J.

Applied: *Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3; **referred to:** *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45; *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537; *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562, aff'g (2000), 48 O.R. (3d) 329; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *R. v. Aberdeen*, 2006 ABCA 164, 384 A.R. 395; *TransCanada Pipelines Ltd. v. Beardmore (Township)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 403; *R. v. Lilgert*, 2014 BCCA 493, 16 C.R. (7th) 346; *Broddy v. Alberta (Director of Vital Statistics)* (1982), 142 D.L.R. (3d) 151; *Seweryn v. Alberta (Appeals Commission for Alberta Workers' Compensation)*, 2016 ABCA 239; *R. v. Redhead*, 2006 ABCA 84, 384 A.R. 206; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; *Alkasabi v. Ontario*, 1994 CarswellOnt 3639 (WL Can.); *Morier v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716; *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796; *Taylor v. Canada (Attorney General)*, [2000] 3 F.C. 298; *Canada (Attorney General) v. Slansky*, 2013 FCA 199, [2015] 1 F.C.R. 81; *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28; *Henry v. British Columbia (Attorney General)*, 2015 SCC 24, [2015] 2 S.C.R. 214; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87.

By McLachlin C.J. and Moldaver and Brown JJ. (dissenting)

R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd., 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45; *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263; *Henry v. British Columbia (Attorney General)*, 2015 SCC 24, [2015] 2 S.C.R. 214; *Sirros v. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118; *Gonzalez v. British Columbia (Ministry of Attorney General)*, 2009 BCSC 639, 95 B.C.L.R. (4th) 185; *Taylor v. Canada (Attorney General)*, [2000] 3 F.C. 298, leave to appeal refused, [2000] 2 S.C.R. xiv; *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562; *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405; *Hinse v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 35, [2015] 2 S.C.R. 621; *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170.

[2015] 1 R.C.F. 81; *Ontario (Commission de l'énergie) c. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 CSC 44, [2015] 3 R.C.S. 147; *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796.

Citée par la juge Abella

Arrêt appliqué : *Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3; **arrêts mentionnés :** *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45; *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537; *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562, conf. (2000), 48 O.R. (3d) 329; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *R. c. Aberdeen*, 2006 ABCA 164, 384 A.R. 395; *TransCanada Pipelines Ltd. c. Beardmore (Township)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 403; *R. c. Lilgert*, 2014 BCCA 493, 16 C.R. (7th) 346; *Broddy c. Alberta (Director of Vital Statistics)* (1982), 142 D.L.R. (3d) 151; *Seweryn c. Alberta (Appeals Commission for Alberta Workers' Compensation)*, 2016 ABCA 239; *R. c. Redhead*, 2006 ABCA 84, 384 A.R. 206; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *Alkasabi c. Ontario*, 1994 CarswellOnt 3639 (WL Can.); *Morier c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716; *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796; *Taylor c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 298; *Canada (Procureur général) c. Slansky*, 2013 CAF 199, [2015] 1 R.C.F. 81; *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28; *Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2015 CSC 24, [2015] 2 R.C.S. 214; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87.

Citée par la juge en chef McLachlin et les juges Moldaver et Brown (dissidents)

R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45; *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263; *Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2015 CSC 24, [2015] 2 R.C.S. 214; *Sirros c. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118; *Gonzalez c. British Columbia (Ministry of Attorney General)*, 2009 BCSC 639, 95 B.C.L.R. (4th) 185; *Taylor c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 298, autorisation de pourvoi refusée, [2000] 2 R.C.S. xiv; *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562; *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405; *Hinse c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 35, [2015] 2 R.C.S. 621; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170.

2017 SCC 1 (CanLII)

Statutes and Regulations Cited

Administrative Tribunals Act, S.B.C. 2004, c. 45, Part 8.
Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 124/2010, rr. 3.24, 3.68.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*b*), 24.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Court of Queen's Bench Act, R.S.A. 2000, c. C-31, s. 14.
Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, ss. 33.1(21), 49(27), 82, 86.2(19).
Energy Resources Conservation Act, R.S.A. 2000, c. E-10 [rep. 2012, c. R-17.3, s. 112], ss. 3, 16, 20, 43.
Environmental Review Tribunal Act, 2000, S.O. 2000, c. 26, Sch. F, s. 8.1(1).
Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 12(6).
Gas Resources Preservation Act, R.S.A. 2000, c. G-4.
Human Rights Code, C.C.S.M., c. H175, s. 62.
Judicature Act, R.S.A. 2000, c. J-2, s. 24.
Justices of the Peace Act, R.S.N.W.T. 1988, c. J-3, s. 4(5).
Justices of the Peace Act, 1988, S.S. 1988-89, c. J-5.1, s. 12.9.
Labour Board Act, S.N.S. 2010, c. 37, s. 11.
Labour Relations Code, R.S.B.C. 1996, c. 244, s. 145.4.
Law Society Act, R.S.O. 1990, c. L.8, s. 9.
Oil and Gas Conservation Act, R.S.A. 2000, c. O-6.
Oil Sands Conservation Act, R.S.A. 2000, c. O-7, s. 7.
Pipeline Act, R.S.A. 2000, c. P-15, ss. 6, 12.
Provincial Court Act, R.S.A. 2000, c. P-31, s. 68.
Provincial Court Act, R.S.B.C. 1996, c. 379, ss. 27.3, 42.
Public Inquiry Act, S.B.C. 2007, c. 9, s. 32.
Responsible Energy Development Act, S.A. 2012, c. R-17.3, s. 27.
Sex Offender Information Registration Act, S.C. 2004, c. 10.
Workplace Safety and Insurance Act, 1997, S.O. 1997, c. 16, Sch. A, s. 179(1).

Authors Cited

Alberta. Ministry of Energy. *2005-2006 Annual Report*. Edmonton: The Ministry, 2006.
Hogg, Peter W., Patrick J. Monahan, and Wade K. Wright. *Liability of the Crown*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.

Lois et règlements cités

Administrative Tribunals Act, S.B.C. 2004, c. 45, partie 8.
Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 124/2010, art. 3.24, 3.68.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*b*), 24.
Code des droits de la personne, C.P.L.M., c. H175, art. 62.
Court of Queen's Bench Act, R.S.A. 2000, c. C-31, art. 14.
Energy Resources Conservation Act, R.S.A. 2000, c. E-10 [abr. 2012, c. R-17.3, art. 112], art. 3, 16, 20, 43.
Gas Resources Preservation Act, R.S.A. 2000, c. G-4.
Judicature Act, R.S.A. 2000, c. J-2, art. 24.
Labour Board Act, S.N.S. 2010, c. 37, art. 11.
Labour Relations Code, R.S.B.C. 1996, c. 244, art. 145.4.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi de 1988 sur les juges de paix, L.S. 1988-89, c. J-5.1, art. 12.9.
Loi de 1997 sur la sécurité professionnelle et l'assurance contre les accidents du travail, L.O. 1997, c. 16, ann. A, art. 179(1).
Loi de 2000 sur le Tribunal de l'environnement, L.O. 2000, c. 26, ann. F, art. 8.1(1).
Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels, L.C. 2004, c. 10.
Loi sur le Barreau, L.R.O. 1990, c. L.8, art. 9.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, c. F-7, art. 12(6).
Loi sur les juges de paix, L.R.T.N.-O. 1988, c. J-3, art. 4(5).
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, c. C.43, art. 33.1(21), 49(27), 82, 86.2(19).
Oil and Gas Conservation Act, R.S.A. 2000, c. O-6.
Oil Sands Conservation Act, R.S.A. 2000, c. O-7, art. 7.
Pipeline Act, R.S.A. 2000, c. P-15, art. 6, 12.
Provincial Court Act, R.S.A. 2000, c. P-31, art. 68.
Provincial Court Act, R.S.B.C. 1996, c. 379, art. 27.3, 42.
Public Inquiry Act, S.B.C. 2007, c. 9, art. 32.
Responsible Energy Development Act, S.A. 2012, c. R-17.3, art. 27.

Doctrine et autres documents cités

Alberta. Ministry of Energy. *2005-2006 Annual Report*, Edmonton, The Ministry, 2006.
Hogg, Peter W., Patrick J. Monahan, and Wade K. Wright. *Liability of the Crown*, 4th ed., Toronto, Carswell, 2011.

2017 SCC 1 (CanLII)

Kligman, Robert D. "Judicial Immunity" (2011), 38 *Adv. Q.* 251.
Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 10th ed. Toronto: LexisNexis, 2015.
Olowofoyeku, Abimbola A. *Suing Judges: A Study of Judicial Immunity*. Oxford: Clarendon Press, 1993.
Ontario. Law Reform Commission. *Report on the Liability of the Crown*. Toronto: The Commission, 1989.
Sugarman, Stephen D. "A New Approach to Tort Doctrine: Taking the Best From the Civil Law and Common Law of Canada" (2002), 17 *S.C.L.R.* (2d) 375.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Côté, Watson and Slatter JJ.A.), 2014 ABCA 285, 580 A.R. 341, 2 Alta. L.R. (6th) 293, 75 Admin. L.R. (5th) 162, 12 C.C.L.T. (4th) 274, 85 C.E.L.R. (3d) 39, 319 C.R.R. (2d) 309, 620 W.A.C. 341, [2014] 11 W.W.R. 496, [2014] A.J. No. 975 (QL), 2014 CarswellAlta 1588 (WL Can.), affirming a decision of Wittmann C.J., 2013 ABQB 537, 570 A.R. 317, 85 Alta. L.R. (5th) 333, 5 C.C.L.T. (4th) 285, 78 C.E.L.R. (3d) 227, 292 C.R.R. (2d) 333, [2013] 12 W.W.R. 738, [2013] A.J. No. 1045 (QL), 2013 CarswellAlta 1836 (WL Can.). Appeal dismissed, McLachlin C.J. and Moldaver, Côté and Brown JJ. dissenting.

W. Cory Wanless and *Murray Klippenstein*, for the appellant.

Glenn Solomon, *Q.C.*, and *Christy Elliott*, for the respondent.

Written submissions only by *Robert Desroches* and *Carole Soucy*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Written submissions only by *Stuart Svonkin*, *Brendan Brammall* and *Michael Bookman*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Ryan D. W. Dalziel and *Emily Lapper*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Raj Anand and *Cheryl Milne*, for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights.

Kligman, Robert D. « Judicial Immunity » (2011), 38 *Adv. Q.* 251.
Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 10th ed., Toronto, LexisNexis, 2015.
Olowofoyeku, Abimbola A. *Suing Judges : A Study of Judicial Immunity*, Oxford, Clarendon Press, 1993.
Ontario. Commission de réforme du droit. *Report on the Liability of the Crown*, Toronto, La Commission, 1989.
Sugarman, Stephen D. « A New Approach to Tort Doctrine : Taking the Best From the Civil Law and Common Law of Canada » (2002), 17 *S.C.L.R.* (2d) 375.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Côté, Watson et Slatter), 2014 ABCA 285, 580 A.R. 341, 2 Alta. L.R. (6th) 293, 75 Admin. L.R. (5th) 162, 12 C.C.L.T. (4th) 274, 85 C.E.L.R. (3d) 39, 319 C.R.R. (2d) 309, 620 W.A.C. 341, [2014] 11 W.W.R. 496, [2014] A.J. No. 975 (QL), 2014 CarswellAlta 1588 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge en chef Wittmann, 2013 ABQB 537, 570 A.R. 317, 85 Alta. L.R. (5th) 333, 5 C.C.L.T. (4th) 285, 78 C.E.L.R. (3d) 227, 292 C.R.R. (2d) 333, [2013] 12 W.W.R. 738, [2013] A.J. No. 1045 (QL), 2013 CarswellAlta 1836 (WL Can.). Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin et les juges Moldaver, Côté et Brown sont dissidents.

W. Cory Wanless et *Murray Klippenstein*, pour l'appelante.

Glenn Solomon, *c.r.*, et *Christy Elliott*, pour l'intimé.

Argumentation écrite seulement par *Robert Desroches* et *Carole Soucy*, pour l'intervenante la procureure générale du Québec.

Argumentation écrite seulement par *Stuart Svonkin*, *Brendan Brammall* et *Michael Bookman*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Ryan D. W. Dalziel et *Emily Lapper*, pour l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

Raj Anand et *Cheryl Milne*, pour l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights.

2017 SCC 1 (CanLII)

The reasons of Cromwell, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ. were delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[1] The appellant, Ms. Ernst, claims that a quasi-judicial, regulatory board, the Alberta Energy Regulator ("Board"), breached her right to freedom of expression under s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. She brought a claim against the Board for damages as an "appropriate and just" remedy under s. 24(1) of the *Charter* for that alleged breach. The Board applied to strike this claim on the basis, among others, that it is protected by an immunity clause which precludes all claims in relation to the Board's actions purportedly done pursuant to the legislation which the Board administers.

[2] Ms. Ernst's position, in both her factum and oral argument, is that this immunity provision is unconstitutional because it purports to bar her claim for *Charter* damages. She submits that the *only* issue on this appeal is whether the immunity clause is constitutionally inapplicable or inoperable to the extent that it bars a claim against the Board for *Charter* damages. She accepts, as the Alberta courts found, that the immunity clause on its face bars her claim; the issue she brings to the Court is whether this immunity clause is unconstitutional to the extent that it does so.

[3] That the provision purports to bar her damages claim is the foundation on which her appeal was argued. It follows that the Court must give effect to the immunity clause and strike Ms. Ernst's claim unless she successfully challenges the clause's constitutionality. In my view, she has not done so.

[4] Like the Alberta courts in this case, although for somewhat different reasons, I conclude that the

Version française des motifs des juges Cromwell, Karakatsanis, Wagner et Gascon rendus par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[1] L'appelante, Mme Ernst, soutient qu'un organisme de réglementation quasi judiciaire, l'Alberta Energy Regulator (« Office »), a violé le droit à la liberté d'expression que lui garantit l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Elle a réclamé à l'Office pour cette violation des dommages-intérêts en guise de réparation « convenable et juste » en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. L'Office a sollicité la radiation de cette demande au motif notamment qu'il est protégé par une disposition d'immunité qui empêche l'exercice de tout recours pour des actes que l'Office aurait accomplis en conformité avec la loi qu'il applique.

[2] Mme Ernst prétend, à la fois dans son mémoire et sa plaidoirie, que la disposition d'immunité est inconstitutionnelle car elle vise à faire obstacle à sa demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*. Selon elle, la *seule* question en litige dans le présent pourvoi consiste à savoir si la disposition d'immunité est constitutionnellement inapplicable ou inopérante en ce qu'elle fait obstacle à une demande de dommages-intérêts présentée contre l'Office en vertu de la *Charte*. Elle reconnaît, conformément à la conclusion des tribunaux albertains, que la disposition d'immunité fait obstacle à première vue à sa demande; la question qu'elle soumet à la Cour est de savoir si la disposition d'immunité est inconstitutionnelle dans cette mesure.

[3] L'idée que la disposition vise à faire obstacle à la demande de dommages-intérêts de Mme Ernst représente le fondement sur lequel elle a plaidé son pourvoi. Ainsi, la Cour doit donner effet à la disposition d'immunité et radier la demande de Mme Ernst à moins qu'elle conteste avec succès la constitutionnalité de la disposition. À mon avis, elle n'y est pas parvenue.

[4] À l'instar des juridictions albertaines en l'espèce, quoique pour des raisons quelque peu différentes, je

2017 SCC 1 (CanLII)

claim for *Charter* damages should be struck out. I would therefore dismiss the appeal.

II. Background

[5] My reference to the relevant background will be very brief because my colleagues, the Chief Justice and Justices Moldaver and Brown, and Justice Abella, have detailed the claims and proceedings giving rise to the appeal.

[6] In a nutshell, Ms. Ernst claims that the Board breached her *Charter* right to freedom of expression by punishing her for publicly criticizing the Board and by preventing her, for a period of 16 months, from speaking to key offices within it. As she alleges in her claim, these restrictions limited her ability "to lodge complaints, register concerns and to participate in the [Board's] compliance and enforcement process": A.R., at p. 70. The Alberta Court of Queen's Bench concluded that Ms. Ernst has pleaded a breach of her right to freedom of expression under the *Charter* and that this claim ought not to be struck out at this preliminary stage of the action: 2013 ABQB 537, 570 A.R. 317. Notwithstanding the Board's submissions to the contrary, I accept that conclusion for the purposes of my analysis.

[7] The Board is a statutory, independent, quasi-judicial body responsible for regulating Alberta's energy resource and utility sectors: Alberta Ministry of Energy, *2005-2006 Annual Report*, at p. 7.[1] It has regulatory and quasi-judicial duties under a number of Alberta statutes: *Energy Resources Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. E-10, ss. 16 and 20, and see, e.g., *Gas Resources Preservation Act*, R.S.A. 2000, c. G-4; *Oil and Gas Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. O-6; *Pipeline Act*, R.S.A. 2000, c. P-15. The Board is responsible for granting and overseeing licenses and making orders regarding energy related activities, such as pipeline construction and oil sand sites: *Oil Sands Conservation Act*, R.S.A. 2000,

[1] This document refers to the Energy and Utilities Board which was comprised, in part, of members of the Alberta Energy Regulator's predecessor, the Energy Resources Conservation Board.

conclus que la demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* doit être radiée. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Contexte

[5] Je parlerai très brièvement des circonstances pertinentes parce que mes collègues la Juge en chef et les juges Moldaver et Brown, ainsi que la juge Abella, ont exposé en détail les recours et procédures à l'origine du pourvoi.

[6] En somme, M[me] Ernst soutient que l'Office a violé le droit à la liberté d'expression que lui garantit la *Charte* en la punissant pour avoir critiqué publiquement l'Office et en l'empêchant pendant 16 mois de s'adresser à ses bureaux clés. Comme elle l'allègue dans sa demande, ces restrictions ont limité sa faculté [TRADUCTION] « de porter plainte, d'exprimer des préoccupations et de participer au processus de surveillance de la conformité et d'application de la loi [de l'Office] » (d.a., p. 70). La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a conclu que M[me] Ernst avait plaidé une violation de son droit à la liberté d'expression garanti par la *Charte* et qu'il n'y a pas lieu de radier cette allégation à cette étape préliminaire de la procédure (2013 ABQB 537, 570 A.R. 317). Malgré les arguments contraires de l'Office, je fais droit à cette conclusion pour les besoins de mon analyse.

[7] L'Office est un organisme quasi judiciaire indépendant créé par la loi qui a pour mission de réglementer les secteurs des ressources énergétiques et des services publics de l'Alberta (ministre de l'Énergie de l'Alberta, *2005-2006 Annual Report*, p. 7[1]). Ses obligations de réglementation et obligations quasi judiciaires lui sont imposées par plusieurs lois albertaines (*Energy Resources Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. E-10, art. 16 et 20, et voir, p. ex., *Gas Resources Preservation Act*, R.S.A. 2000, c. G-4; *Oil and Gas Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. O-6; *Pipeline Act*, R.S.A. 2000, c. P-15). L'Office est chargé de délivrer des permis et de voir au respect de leurs conditions ainsi que

[1] Ce document parle de l'Energy and Utilities Board, dont faisaient partie notamment des membres de l'Energy Resources Conservation Board, le prédécesseur de l'Alberta Energy Regulator.

2017 SCC 1 (CanLII)

c. O-7, s. 7; *Pipeline Act*, ss. 6 and 12. The Board has the power to conduct inquiries, inspections, investigations and hearings, and to carry out remedial action where required. Additionally, the Board has procedures in place to receive public complaints and concerns and to perform its enforcement functions where its orders or regulatory rulings are not complied with.

[8] There is now no dispute that the Board does not owe Ms. Ernst a common law duty of care; her claim in negligence was struck out for that reason and the affirmation of that order by the Court of Appeal has not been appealed: 2014 ABCA 285, 2 Alta. L.R. (6th) 293.

[9] The Board is protected by a broadly worded immunity clause, namely, s. 43 of the *Energy Resources Conservation Act*:

Protection from action

43 No action or proceeding may be brought against the Board or a member of the Board or a person referred to in section 10 or 17(1) in respect of any act or thing done purportedly in pursuance of this Act, or any Act that the Board administers, the regulations under any of those Acts or a decision, order or direction of the Board.

[10] We have received virtually no argument concerning the interpretation of this clause because it is common ground between the parties that this provision, on its face, purports to bar Ms. Ernst's claim for *Charter* damages, to the extent that she has such a claim against the Board. This point leads me to have some difficulty with the reasons of the Chief Justice and Justices Moldaver and Brown.

de rendre des ordonnances portant sur des activités dans le secteur de l'énergie, comme la construction d'un pipeline et l'exploitation des sables bitumineux (*Oil Sands Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. O-7, art. 7; *Pipeline Act*, art. 6 et 12). L'Office possède le pouvoir de mener des inspections et des enquêtes, de tenir des audiences ainsi que de prendre au besoin des mesures de réparation. En outre, l'Office dispose de mécanismes qui lui permettent de recevoir les plaintes et préoccupations du public et de veiller à l'application de la loi lorsque ses ordonnances ou décisions de nature réglementaire ne sont pas respectées.

[8] Il est désormais acquis aux débats que l'Office n'a aucune obligation de diligence envers Mme Ernst en common law, que son recours fondé sur la négligence a été radié pour cette raison et que la confirmation de l'ordonnance en question par la Cour d'appel n'a pas été portée en appel (2014 ABCA 285, 2 Alta. L.R. (6th) 293).

[9] L'Office est protégé par une disposition d'immunité formulée en termes larges, l'art. 43 de l'*Energy Resources Conservation Act* :

[TRADUCTION]

Protection contre les poursuites

43 Aucune action ou instance ne peut être introduite contre l'Office, un commissaire ou toute personne mentionnée à l'article 10 ou au paragraphe 17(1) pour tout acte ou toute chose qui aurait été accompli en conformité avec la présente loi, toute loi appliquée par l'Office, tout règlement d'application des lois en question ou une décision, ordonnance ou directive de l'Office.

[10] Nous n'avons reçu pratiquement aucun argument à propos de l'interprétation de cette disposition car les parties conviennent qu'elle vise à première vue à faire obstacle à la demande présentée par Mme Ernst pour obtenir des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*, pour autant qu'elle ait un tel droit d'action contre l'Office. Ce point m'amène à entretenir certaines réserves au sujet des motifs de la Juge en chef et des juges Moldaver et Brown.

2017 SCC 1 (CanLII)

[11] The Chief Justice and Justices Moldaver and Brown would allow the appeal on the basis that, contrary to Ms. Ernst's position, it is not plain and obvious that the immunity provision on its face bars her claim for *Charter* damages. However, it is not open to the Court to dispose of the appeal on this basis, for several related reasons.

[12] First, not only did Ms. Ernst repeatedly submit, in writing and orally, that the immunity provision on its face bars her claim, this position was the foundation of her appeal.

[13] In her factum in this Court, Ms. Ernst submitted that the immunity provision on its face purports to bar her *Charter* damages claim. As she put it in her factum, the provision "completely eliminates the right to bring an action against [the Board] in all circumstances . . . . On its face, s. 43 is a total bar to any 'action or proceeding' whatsoever brought against [the Board] by anyone in all circumstances. Section 43 destroys all rights of action, and entirely eliminates the ability of any and all persons to even start a lawsuit against [the Board], regardless of the nature of the claim": A.F., at para. 63 (emphasis in original). Ms. Ernst's position is that the only issue on appeal is the constitutional question: whether the immunity clause is constitutionally inapplicable or inoperable to the extent that it bars a damages claim against the Board for a breach of the *Charter*: A.F., at para. 41.

[14] Ms. Ernst took the same position — repeatedly — in oral submissions. Her counsel said that a valid cause of action "is clearly defeated" by the immunity provision: transcript, at pp. 3-4. He referred to the provision as barring any action in respect of "any act or thing done": p. 12. He also referred to the provision as "an immunity clause of general application" which "simply on its face seems to apply to all claims against [the Board] no matter what they are about": p. 12 (emphasis added). He further submitted that the immunity

[11] La Juge en chef ainsi que les juges Moldaver et Brown sont d'avis d'accueillir le pourvoi parce que, contrairement à ce que fait valoir Mme Ernst, il n'est pas évident et manifeste que la disposition d'immunité fait obstacle à première vue à sa demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*. La Cour ne peut toutefois pas trancher l'appel sur cette base, et ce, pour plusieurs raisons connexes.

[12] Premièrement, non seulement Mme Ernst a-t-elle soutenu maintes fois par écrit et de vive voix que la disposition d'immunité fait obstacle à première vue à sa demande, mais elle fonde aussi son pourvoi sur cette position.

[13] Dans son mémoire adressé à la Cour, Mme Ernst a soutenu qu'à première vue, la disposition d'immunité vise à faire obstacle à sa demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*. Comme elle le dit dans son mémoire, la disposition [TRADUCTION] « élimine complètement le droit d'intenter une action contre [l'Office] en toutes circonstances [. . .] À première vue, l'art. 43 fait entièrement obstacle à toute "action ou instance" quelle qu'elle soit intentée contre [l'Office] par quiconque en toutes circonstances. L'article 43 détruit tous les droits d'action et écarte complètement la faculté de toute personne d'engager une poursuite contre [l'Office], peu importe la nature du recours » (m.a., par. 63 (souligné dans l'original)). Selon Mme Ernst, le seul point en litige dans le présent pourvoi est la question constitutionnelle de savoir si la disposition d'immunité est constitutionnellement inapplicable ou inopérante en ce qu'elle fait obstacle à une demande de dommages-intérêts présentée contre l'Office pour violation de la *Charte* (m.a., par. 41).

[14] Mme Ernst a exprimé maintes fois la même position dans sa plaidoirie. Son avocat a affirmé que la disposition d'immunité [TRADUCTION] « fait clairement échec » à une cause d'action valable (transcription, p. 3-4). Il a mentionné que la disposition faisait obstacle à toute action intentée pour « tout acte ou toute chose [. . .] accompli » (p. 12). Il a également qualifié la disposition de « disposition d'immunité d'application générale » qui « semble tout simplement, à première vue, s'appliquer à toute demande présentée contre [l'Office], quelle qu'en

2017 SCC 1 (CanLII)

provision does not simply limit rights or restrict the remedies that are appropriate, but that "it blocks all rights": p. 12. Ms. Ernst's counsel further submitted that "the issue for today is section 43 [i.e. the immunity provision] which is a blanket statutory immunity clause. It says no proceeding or action no matter what we do": pp. 19-20 (emphasis added).

[15] The Court of course is not bound by positions taken by parties on questions of law such as this one: see, e.g., *R. v. Sappier*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686, at para. 62. But I see no reason to think that Ms. Ernst's position on the interpretation of the immunity provision is wrong in law. No one has cited any authority — and I am aware of none — to suggest that it is wrong. I agree with Abella J. that we should hold that it is "plain and obvious" that the immunity clause on its face bars Ms. Ernst's claim for *Charter* damages.

[16] To do otherwise is unfair to the Board. In light of Ms. Ernst's position in her factum and during oral submissions, the Board had no reason to think that there was any doubt that the provision purports to bar her claim. The Board had no indication that this issue was in question, let alone that it could become the basis on which the appeal might be decided against it. The holding proposed by the Chief Justice and Justices Moldaver and Brown would deprive the Board of any opportunity to make submissions on what has become, unbeknownst to the parties, the key point in the case. This is unfair.

[17] Finally, the reasons of the Chief Justice and Justices Moldaver and Brown, without citing authority in support and without the benefit of any argument on the point, cast doubt on the scope of this immunity clause where there has up until now been none. And in doing that, doubt is also cast on the scope of scores of other immunity provisions in

soit la teneur » (p. 12 (je souligne)). Il a ajouté que la disposition d'immunité ne fait pas que limiter des droits ou restreindre les réparations convenables : « elle bloque tous les droits » (p. 12). Toujours selon l'avocat de Mme Ernst, « la question à trancher aujourd'hui est l'art. 43 [c.-à-d. la disposition d'immunité], une disposition législative générale prévoyant une immunité. Elle prévoit "aucune instance ou action", peu importe ce que nous faisons » (p. 19-20 (je souligne)).

[15] Bien entendu, la Cour n'est pas liée par les positions que défendent les parties sur des questions de droit comme celle qui nous occupe (voir, p. ex., *R. c. Sappier*, 2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686, par. 62). Je ne vois cependant aucune raison de considérer que le point de vue de Mme Ernst au sujet de l'interprétation de la disposition d'immunité est inexact en droit. Personne n'a cité de source laissant entendre que ce point de vue est inexact, et je n'en connais aucune. À l'instar de la juge Abella, j'estime que nous devons conclure qu'il est « évident et manifeste » que la disposition d'immunité fait obstacle à première vue à la demande de dommages-intérêts présentée par Mme Ernst en vertu de la *Charte*.

[16] Conclure le contraire est injuste pour l'Office. Vu la position défendue par Mme Ernst dans son mémoire et pendant sa plaidoirie, l'Office n'avait aucune raison de croire qu'il persistait quelque doute que ce soit quant au fait que la disposition vise à faire obstacle à sa demande. Rien n'indiquait à l'Office que ce point était en jeu et encore moins qu'il pouvait devenir le motif pour lequel il pourrait être débouté en appel. La conclusion que proposent de tirer la Juge en chef ainsi que les juges Moldaver et Brown priverait l'Office de toute possibilité de faire valoir son point de vue sur ce qui est devenu, à l'insu des parties, la question clé en l'espèce. Cela est injuste.

[17] Enfin, les motifs de la Juge en chef et des juges Moldaver et Brown, qui ne citent aucune source à l'appui et ne disposent d'aucun argument sur ce point, jettent un doute sur la portée de cette disposition d'immunité alors qu'il n'y en avait aucun jusqu'à présent. Et ils jettent aussi par le fait même un doute sur la portée des multiples

2017 SCC 1 (CanLII)

many statutes across Canada. As I see it, this result is unnecessary, undesirable and unjustified.

[18] I will therefore approach the appeal on the basis that Ms. Ernst herself urged us to adopt — that the immunity provision (s. 43) purports to bar her *Charter* damages claim.

[19] That leaves only one issue for decision: Has Ms. Ernst successfully challenged the constitutionality of s. 43? If the provision on its face bars her claim and she has not successfully challenged the provision's constitutionality, the Court must give effect to the immunity clause and strike the claim.

III. Analysis

[20] Ms. Ernst has not successfully challenged the constitutionality of s. 43. If, as my colleagues would hold, the record were not adequate to consider the constitutionality of s. 43, then it should follow that Ms. Ernst's constitutional challenge cannot succeed and the appeal should be dismissed, contrary to the result reached by the Chief Justice and Justices Moldaver and Brown. In my view, however, we should consider the constitutional challenge on its merits, and when we do so, the appeal should still be dismissed.

A. *If the Record Were Inadequate to Address the Constitutionality of the Provision, the Appeal Must Be Dismissed*

[21] When a court is faced with an immunity clause that bars a plaintiff's claim (as this one does), the court cannot refuse to rule on the law's constitutionality and yet also refuse to apply the clause. Having had more than ample opportunity to do so, Ms. Ernst has failed to discharge her burden of showing that the law is unconstitutional, a burden sometimes described as a presumption of constitutionality: *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, at pp. 124-25.

dispositions d'immunité que l'on trouve dans de nombreuses lois canadiennes. D'après moi, ce résultat est inutile, indésirable et injustifié.

[18] J'aborderai donc le pourvoi en me fondant sur la prémisse que Mme Ernst elle-même nous exhorte à faire nôtre : la disposition d'immunité (art. 43) vise à faire obstacle à sa demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*.

[19] Il ne reste donc qu'une seule question à trancher : Mme Ernst a-t-elle contesté avec succès la constitutionnalité de l'art. 43? Si la disposition fait obstacle à première vue à sa demande et elle n'en a pas contesté avec succès la constitutionnalité, la Cour doit donner effet à la disposition d'immunité et radier la demande.

III. Analyse

[20] Mme Ernst n'a pas contesté avec succès la constitutionnalité de l'art. 43. Si, comme l'estiment mes collègues, le dossier était insuffisant pour examiner la constitutionnalité de l'art. 43, il doit alors s'ensuivre que la contestation constitutionnelle de Mme Ernst ne peut être accueillie et que le pourvoi doit être rejeté, contrairement au résultat auquel sont parvenus la Juge en chef ainsi que les juges Moldaver et Brown. Je suis toutefois d'avis qu'il y a lieu pour nous d'examiner au fond la contestation constitutionnelle et de rejeter encore le pourvoi à l'issue de cette tâche.

A. *Si le dossier était insuffisant pour statuer sur la constitutionnalité de la disposition, il faut rejeter le pourvoi*

[21] En présence d'une disposition d'immunité qui fait obstacle à la demande d'un demandeur (tout comme la disposition en l'espèce), le tribunal ne peut refuser de statuer sur la constitutionnalité de la loi, tout en refusant néanmoins d'appliquer la disposition. Même si elle a eu amplement l'occasion de le faire, Mme Ernst ne s'est pas acquittée de son fardeau de démontrer que la loi est inconstitutionnelle, un fardeau parfois qualifié de présomption de constitutionnalité (*Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, p. 124-125).

2017 SCC 1 (CanLII)

[22] Where a person challenging a law's constitutionality fails to provide an adequate factual basis to decide the challenge, the challenge fails. As Cory J. put it on behalf of the Court in *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, at p. 366, "the absence of a factual base is not just a technicality that could be overlooked, but rather it is a flaw that is fatal to the appellants' position" (emphasis added).

[23] It follows that if, as Ms. Ernst maintains, the immunity provision clearly purports to bar her damages claim, and if the record before the Court is not adequate to permit a decision on its constitutionality, then the immunity clause must be applied, Ms. Ernst's claim for *Charter* damages struck out and the appeal dismissed.

B. *Charter Damages Would Never Be an Appropriate Remedy Against This Board*

[24] If *Charter* damages could never be an appropriate and just remedy for *Charter* breaches by the Board, then s. 43 does not limit the availability of such a remedy under the *Charter* and the provision cannot be unconstitutional. In my view, *Charter* damages could not be an appropriate remedy.

[25] Underlying the question of whether *Charter* damages could be an appropriate remedy is a broader issue. It concerns how to strike an appropriate balance so as to best protect two important pillars of our democracy: constitutional rights and effective government; see, e.g., *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405, at para. 79. Granting *Charter* damages may vindicate *Charter* rights, provide compensation and deter future violations. But awarding damages may also inhibit effective government, and remedies other than damages may provide substantial redress for the claimant without having that sort of broader adverse impact. Thus there is a need for balance with respect to the choice of remedies. This concern for

[22] Si la personne qui conteste la constitutionnalité d'une loi ne fournit pas un fondement factuel suffisant pour trancher la contestation, celle-ci avorte. Comme l'a mentionné le juge Cory au nom de la Cour dans *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, p. 366, « [l]e fondement factuel n'est donc pas une simple formalité qui peut être ignorée et, bien au contraire, son absence est fatale à la thèse présentée par les appelants » (je souligne).

[23] Par conséquent, si, comme le soutient Mme Ernst, la disposition d'immunité vise clairement à faire obstacle à sa demande de dommages-intérêts et si le dossier soumis à la Cour ne permet pas de statuer sur la constitutionnalité de cette disposition, il faut appliquer la disposition d'immunité, radier la demande de dommages-intérêts présentée par Mme Ernst en vertu de la *Charte* et rejeter le pourvoi.

B. *Il ne convient jamais de condamner l'Office à des dommages-intérêts en vertu de la Charte*

[24] Si l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut jamais constituer une réparation convenable et juste pour les violations de la *Charte* commises par l'Office, l'art. 43 ne limite pas la possibilité d'obtenir une telle réparation au sens de la *Charte* et cette disposition ne saurait être inconstitutionnelle. À mon avis, l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut être une réparation convenable.

[25] Un thème plus général sous-tend la question de savoir si l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* peut constituer une réparation convenable. Il s'agit de savoir comment établir un juste équilibre de manière à mieux protéger deux grands piliers de notre démocratie : les droits constitutionnels et l'efficacité gouvernementale (voir, p. ex., *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405, par. 79). L'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* peut défendre des droits garantis par la *Charte*, fournir une indemnité et dissuader de nouvelles violations. Cependant, l'octroi de dommages-intérêts peut également gêner l'efficacité du gouvernement, et des réparations autres que les

2017 SCC 1 (CanLII)

balance was emphasized recently in *Henry v. British Columbia (Attorney General)* in words that are especially apt in this case: "Courts should endeavour, as much as possible, to rectify *Charter* breaches with appropriate and just remedies. Nevertheless, when it comes to awarding *Charter* damages, courts must be careful not to extend their availability too far" (2015 SCC 24, [2015] 2 S.C.R. 214, at para. 91).

[26] The leading case about when *Charter* damages are an appropriate and just remedy is *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28. Applying the principles set out in that case, damages are not an appropriate and just remedy for *Charter* violations by this Board. Not every bare allegation claiming *Charter* damages must proceed to an individualized, case-by-case consideration on its particular merits. *Ward* held that *Charter* damages will not be an appropriate and just remedy where there is an effective alternative remedy or where damages would be contrary to the demands of good governance. These considerations, taken together, support the conclusion that the proper balance would be struck by holding that damages are not an appropriate remedy.

[27] Section 24(1) of the *Charter* confers on the courts a broad remedial authority. As has been said, "[i]t is difficult to imagine . . . a wider and less fettered discretion": *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at p. 965. This broad discretion should not be narrowed by "casting it in a straightjacket of judicially prescribed conditions": *Ward*, at para. 18. But this does not mean that *Charter* breaches should always, or even routinely, be remedied by awards of *Charter* damages. The remedy of damages is limited to situations in which it

dommages-intérêts peuvent offrir un redressement important au demandeur sans avoir un tel effet préjudiciable général, d'où la nécessité d'un équilibre dans le choix des réparations. La Cour a souligné récemment ce souci de l'équilibre dans *Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général)* en des termes qui sont particulièrement valables en l'espèce : « Les tribunaux doivent, dans la mesure du possible, s'efforcer de rectifier les violations de la *Charte* en accordant des réparations convenables et justes. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'accorder des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*, ils doivent se garder d'en permettre trop largement l'attribution » (2015 CSC 24, [2015] 2 R.C.S. 214, par. 91).

[26] L'arrêt de principe quant aux circonstances dans lesquelles des dommages-intérêts accordés en vertu de la *Charte* constituent une réparation convenable et juste est *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28. Après application des principes énoncés dans cet arrêt, force est de constater que les dommages-intérêts ne constituent pas une réparation convenable et juste pour les violations de la *Charte* commises par l'Office. Il n'y a pas lieu d'examiner sur le fond au cas par cas toutes les simples allégations selon lesquelles des dommages-intérêts doivent être accordés en vertu de la *Charte*. D'après *Ward*, les dommages-intérêts fondés sur la *Charte* ne sont pas une réparation convenable et juste s'il existe une autre réparation efficace ou si les dommages-intérêts seraient contraires aux impératifs du bon gouvernement. Prises ensemble, ces considérations étayent la conclusion selon laquelle on atteint un juste équilibre en concluant que les dommages-intérêts ne constituent pas une réparation convenable.

[27] Le paragraphe 24(1) de la *Charte* confère aux tribunaux un vaste pouvoir de réparation. Comme on l'a dit, « [i]l est difficile de concevoir [. . .] un pouvoir discrétionnaire plus large et plus absolu » (*Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, p. 965). Il ne faut pas restreindre ce large pouvoir discrétionnaire en « l'enserrant dans un corset de conditions d'origine jurisprudentielle » (*Ward*, par. 18). Toutefois, cela ne veut pas dire qu'il convient toujours, ou même couramment, de remédier à des violations de la *Charte* en accordant des dommages-intérêts en

2017 SCC 1 (CanLII)

is "appropriate and just" because it serves one or more of the compensatory, vindicatory and deterrent purposes which support that choice of remedy: *Ward*, at para. 32. Countervailing factors may establish that damages are not an appropriate and just remedy even though they would serve these ends: *Ward*, at para. 33.

[28] The list of countervailing factors is not closed. So far, two have been identified: the existence of alternative remedies and concerns for good governance: *Ward*, at para. 33; see also para. 42. I conclude, therefore, that *Ward* does not preclude the immunity of the Board to *Charter* damages. Rather, *Ward* set out two countervailing factors that could negate the appropriateness of *Charter* damages and specifically left open the development of others.

[29] The jurisprudence does not require that every pleaded claim for *Charter* damages be assessed on an individualized, case-by-case basis. *Ward*, for example, specifically contemplates the development of new defences to *Charter* damages claims and these defences are not limited to enhanced liability thresholds. Countervailing factors against granting *Charter* damages may be of a more generalized nature, reflecting the availability of other remedies, the accumulated wisdom of the common law and strong indications of public policy.

[30] First, there is an alternative remedy — judicial review — that substantially addresses the alleged *Charter* breach. Judicial review is available to vindicate *Charter* rights and to clarify the law so as to prevent similar future breaches. Second, good governance concerns are also engaged as granting damages undermines the effectiveness of the Board and inhibits effective governance. Third, to

vertu de celle-ci. Des dommages-intérêts ne peuvent être octroyés que dans des cas où ils sont « convenables et justes » parce qu'ils répondent à un ou à plusieurs des objectifs d'indemnisation, de défense du droit en cause et de dissuasion qui appuient ce choix de réparation (*Ward*, par. 32). Des facteurs faisant contrepoids peuvent établir que les dommages-intérêts ne constituent pas une réparation convenable et juste même s'ils serviraient ces fins (*Ward*, par. 33).

[28] La liste des facteurs qui font contrepoids n'est pas exhaustive. Deux d'entre eux ont été relevés jusqu'à présent : l'existence d'autres recours et les préoccupations relatives au bon gouvernement (*Ward*, par. 33; voir aussi le par. 42). Je conclus donc que *Ward* n'empêche pas l'Office de se soustraire à une condamnation à des dommages-intérêts fondée sur la *Charte*. Cet arrêt a plutôt énoncé deux facteurs faisant contrepoids qui peuvent rendre inapproprié l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* et a expressément maintenu la possibilité qu'apparaissent d'autres facteurs de ce genre.

[29] La jurisprudence n'exige pas que chaque demande de dommages-intérêts présentée en vertu de la *Charte* soit examinée au cas par cas. L'arrêt *Ward*, par exemple, prévoit explicitement l'éclosion de nouveaux moyens de défense opposables à des demandes de dommages-intérêts fondées sur la *Charte* et ces moyens de défense vont au-delà des seuils de responsabilité plus élevés. Les facteurs faisant contrepoids en raison desquels il ne convient pas d'octroyer des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* peuvent être de nature plus générale, ce qui révèle la possibilité d'obtenir d'autres réparations, la sagesse acquise en common law et des fortes indications d'intérêt public.

[30] Premièrement, il existe un autre recours, le contrôle judiciaire, qui permet de remédier substantiellement à la violation alléguée de la *Charte*. Il est possible de recourir au contrôle judiciaire pour défendre des droits garantis par la *Charte* et pour clarifier le droit dans le but de prévenir de semblables violations à l'avenir. Deuxièmement, les préoccupations relatives au bon gouvernement entrent elles

2017 SCC 1 (CanLII)

determine the appropriateness of *Charter* damages against this type of board on a case-by-case basis in a highly factual and contextual manner largely undermines the purposes served by an immunity.

[31] When these countervailing factors are considered collectively — that is, when one looks at their cumulative effect — they negate the appropriateness of an otherwise functionally justified award of *Charter* damages against this Board. In short, damages are not an appropriate and just remedy for the Board's *Charter* breaches.

(1) Judicial Review Is an Available Alternative Remedy

[32] The first countervailing factor discussed in *Ward* was the availability of alternative remedies: para. 33. Once the claimant establishes that damages would further one or more of the objectives of compensation, vindication and deterrence, it is open to the state to show that other remedies are available that will sufficiently address the breach: para. 35. As stated in *Henry*, where another remedy is available to effectively address a *Charter* breach, damages may be precluded by virtue of this countervailing factor: para. 38. In my view, the availability of judicial review to address alleged *Charter* breaches by the Board is a strong countervailing factor.

[33] I have no doubt, as my colleague Justice Abella notes, that judicial review is available to address the Board's alleged *Charter* breaches. Both the Alberta Court of Queen's Bench and the Court of Appeal so found. Ms. Ernst does not deny this in her factum and the brief oral submissions suggesting that judicial review was not available were not persuasive. Further, the statutory immunity clause

aussi en jeu car l'octroi de dommages-intérêts nuit au bon travail de l'Office et gêne l'efficacité du gouvernement. Troisièmement, juger au cas par cas du caractère convenable d'une condamnation de ce type d'office à des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* en mettant l'accent sur les faits et le contexte mine grandement la raison d'être de l'immunité.

[31] Quand on examine ensemble ces facteurs faisant contrepoids, c'est-à-dire en se penchant sur leur effet cumulatif, on constate qu'ils rendent inappropriée la condamnation par ailleurs justifiée, d'un point de vue fonctionnel, de l'Office à des dommages-intérêts fondés sur la *Charte*. Bref, les dommages-intérêts ne sont pas une réparation convenable et juste pour les violations de la *Charte* commises par l'Office.

(1) La possibilité de recourir également au contrôle judiciaire

[32] Le premier facteur faisant contrepoids dont traite l'arrêt *Ward* est la possibilité d'exercer d'autres recours (par. 33). Une fois que le demandeur établit que les dommages-intérêts favoriseraient la réalisation d'un ou de plusieurs des objectifs d'indemnisation, de défense du droit en cause ou de dissuasion, il est loisible à l'État de démontrer que d'autres recours permettraient de remédier suffisamment à la violation (par. 35). Comme l'indique *Henry*, lorsqu'il existe un autre recours permettant de remédier efficacement à une violation de la *Charte*, les dommages-intérêts peuvent être exclus en raison de ce facteur faisant contrepoids (par. 38). À mon avis, la possibilité de recourir au contrôle judiciaire pour remédier aux violations de la *Charte* qu'on reproche à l'Office est un important facteur faisant contrepoids.

[33] Je n'ai aucun doute, comme le signale ma collègue la juge Abella, qu'il est possible d'avoir recours au contrôle judiciaire pour remédier aux violations de la *Charte* reprochées à l'Office. C'est la conclusion à laquelle arrivent la Cour du Banc de la Reine et la Cour d'appel de l'Alberta. Mme Ernst ne le nie pas dans son mémoire et les brefs arguments de vive voix selon lesquels il était impossible

2017 SCC 1 (CanLII)

cannot bar access to judicial review: *Crevier v. Quebec (Attorney General)*, [1981] 2 S.C.R. 220.

[34] The availability of judicial review is important for two reasons.

[35] First, judicial review can provide substantial and effective relief against alleged *Charter* breaches by a quasi-judicial and regulatory board like this one. The facts of this case strikingly illustrate the utility of the remedy of judicial review. The basis of Ms. Ernst's complaint is that the Board abused its discretion and breached the *Charter* by refusing to deal with her. If that claim were established in the context of judicial review, a superior court could set aside the directive which Ms. Ernst alleges was issued to stop interaction with her and could order corrective action. Such orders would go a long way towards vindicating Ms. Ernst's *Charter* rights.

[36] Moreover, judicial review would in all likelihood provide vindication in a much more timely manner than an action for damages. Again, the facts of this case provide a good example of how this could be so. Ms. Ernst did not start her action for damages until some two years after the alleged breach, and several months *after* the Board had rescinded the directive which she challenged. A prompt application for judicial review had the potential to achieve practical relief much sooner. While an application for judicial review would not have led to an award of damages, it might well have addressed the breach much sooner and thereby significantly reduced the extent of its impact as well as vindicated Ms. Ernst's *Charter* right to freedom of expression. Finally, judicial review would have provided a convenient process to clarify what the *Charter* required of the Board. That sort of

de se pourvoir en contrôle judiciaire n'étaient pas convaincants. De plus, la disposition législative prévoyant une immunité ne peut faire obstacle au contrôle judiciaire (*Crevier c. Québec (Procureur général)*, [1981] 2 R.C.S. 220).

[34] La possibilité de recourir au contrôle judiciaire est importante pour deux raisons.

[35] En premier lieu, le contrôle judiciaire permet d'obtenir une réparation substantielle et efficace pour les violations de la *Charte* reprochées à un organisme de réglementation quasi judiciaire comme celui en l'espèce. Les faits de l'espèce illustrent de manière frappante l'utilité du recours au contrôle judiciaire. Ce que Mme Ernst reproche fondamentalement à l'Office, c'est d'avoir abusé de son pouvoir discrétionnaire et d'avoir violé la *Charte* en refusant de traiter avec elle. Si le bien-fondé de cette allégation était établi dans le cadre d'un contrôle judiciaire, une cour supérieure pourrait annuler la directive qui, aux dires de Mme Ernst, avait été adoptée pour que l'Office cesse de communiquer avec elle et ordonner la prise de mesures correctives. Pareilles ordonnances contribueraient grandement à la défense des droits garantis à Mme Ernst par la *Charte*.

[36] Qui plus est, le contrôle judiciaire permettrait selon toute vraisemblance de défendre ces droits beaucoup plus rapidement qu'une action en dommages-intérêts. Là encore, les faits de l'espèce illustrent bien comment cet objectif peut être atteint. Mme Ernst n'a intenté son action en dommages-intérêts que quelque deux ans après la violation alléguée et plusieurs mois *après* que l'Office eut annulé la directive qu'elle contestait. Une demande de contrôle judiciaire présentée avec célérité pouvait déboucher beaucoup plus tôt sur un redressement concret. Certes, une demande de contrôle judiciaire n'aurait pas donné lieu à l'octroi de dommages-intérêts, mais elle aurait fort bien pu remédier à la violation beaucoup plus tôt et réduire considérablement par le fait même l'ampleur de ses répercussions, en plus de défendre le droit à la liberté d'expression garanti à Mme Ernst par la

2017 SCC 1 (CanLII)

clarification plays an important role in preventing similar future rights infringements.

[37] Thus, judicial review of the Board's decisions and directives has the potential to provide prompt vindication of *Charter* rights, to provide effective relief in relation to the Board's conduct in the future, to reduce the extent of any damage flowing from the breach, and to provide legal clarity to help prevent any future breach of a similar nature. While the remedies available under judicial review do not include *Charter* damages, *Ward* directs us to consider the existence of alternative remedies, not identical ones: para. 33.

[38] The availability of judicial review is important for a second reason: it distinguishes this case from others in which the Court has crafted an elevated liability threshold in preference to a complete immunity. For example, the rationale for denying absolute immunity to prosecutors in *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, does not apply to claims against quasi-judicial regulatory boards. Lamer J. (as he then was) in *Nelles* found that none of the alternative remedies to a civil suit for malicious prosecution adequately redressed that wrong: p. 198. However, unlike in *Nelles*, a claimant who alleges the decision or action of a quasi-judicial regulatory body has infringed his or her *Charter* rights or freedoms is not without a remedy, given the availability of judicial review. Similarly, in *Henry*, which established an elevated liability threshold for *Charter* damages for failure of the prosecutor's duty to disclose, the majority of the Court noted that such conduct is, for practical purposes, largely untouchable by way of judicial review: para. 49. In contrast to the claims arising out of alleged misconduct by prosecutors as in *Nelles* and *Henry*, there is a wide range of remedies available through judicial review for *Charter* breaches by quasi-judicial and regulatory boards such as this one. The availability and utility of the remedy of judicial review in this

Charter. Enfin, le contrôle judiciaire aurait fourni un moyen commode de préciser ce que la *Charte* exigeait de l'Office. Ce genre de précision joue un rôle important dans la prévention d'autres atteintes semblables aux droits à l'avenir.

[37] Le contrôle judiciaire des décisions et directives de l'Office permet donc de défendre rapidement des droits protégés par la *Charte*, d'obtenir un redressement concret en ce qui concerne les agissements futurs de l'Office, de réduire l'ampleur de tout préjudice découlant de la violation et de clarifier le droit pour aider à prévenir toute nouvelle violation semblable. Bien que les dommages-intérêts fondés sur la *Charte* ne fassent pas partie des réparations auxquelles donne ouverture le contrôle judiciaire, *Ward* nous enjoint de prendre en considération l'existence d'autres recours, et non de recours identiques (par. 33).

[38] La possibilité de se pourvoir en contrôle judiciaire est importante pour une seconde raison : c'est ce qui distingue la présente affaire de celles où la Cour a élaboré un seuil de responsabilité élevé plutôt qu'une immunité complète. Par exemple, la raison d'être du refus d'accorder une immunité absolue aux poursuivants dans *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, ne vaut pas pour les réclamations contre des organismes de réglementation quasi judiciaires. Le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a conclu dans *Nelles* qu'aucune des autres réparations sur lesquelles peut déboucher une action civile pour poursuite abusive ne permettait de réparer adéquatement ce tort (p. 198). Or, contrairement à la demanderesse dans *Nelles*, le demandeur qui prétend que la décision ou la mesure d'un organisme de réglementation quasi judiciaire a porté atteinte aux droits ou libertés que lui garantit la *Charte* n'est pas sans recours, car il lui est possible de recourir au contrôle judiciaire. De même, dans *Henry*, où la Cour a établi un seuil élevé de responsabilité applicable aux dommages-intérêts accordés en vertu de la *Charte* pour manquement du poursuivant à son devoir de communication, les juges majoritaires de la Cour ont signalé qu'une telle conduite est, dans les faits, soustraite en grande partie au contrôle judiciaire (par. 49).

2017 SCC 1 (CanLII)

context supports a different remedial balance than was struck in *Nelles* and *Henry*.

[39] The Court's decision in *Hinse v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 35, [2015] 2 S.C.R. 621, like the decision in *Henry*, underlines the importance of the entire context in establishing this remedial balance. And, of course, the availability of judicial review is only one of these considerations. The issue in *Hinse* was whether the general Quebec rules of extracontractual civil liability apply to the federal Crown in relation to the exercise of the royal prerogative of mercy: para. 45. In deciding on the proper scope of immunity, the Court considered the context: the nature of the Minister's functions in exercising the royal prerogative of mercy; the relevant law in relation to the liability threshold applying to Crown prosecutors; the availability of judicial review; and the general principles of civil law. As the Court noted, significant differences in the content of the duties under consideration mean that the duties must be analyzed from a different perspective: para. 44. Both *Hinse* and *Henry* demonstrate that the contours of liability must be considered in the context of, among other things, the particular state actor, having regard to the nature of the duties, the potential availability of other remedies and general principles of liability. That is the analysis that I have conducted in this case.

[40] Ms. Ernst submits that the potential to be granted a remedy through judicial review cannot be used to bar a *Charter* claim under s. 24(1). Citing *Manuge v. Canada*, 2010 SCC 67, [2010] 3 S.C.R. 672, Ms. Ernst argues that if a plaintiff has pleaded a valid cause of action for *Charter* damages, the provincial superior court should not decline jurisdiction on the basis that the claim could be pursued by judicial review. This submission, however, overstates the holding in *Manuge* and the other

Contrairement aux demandes découlant d'une inconduite reprochée à des poursuivants, comme dans *Nelles* et *Henry*, une vaste gamme de réparations peuvent être obtenues par voie de contrôle judiciaire pour les violations de la *Charte* commises par des organismes de réglementation quasi judiciaires comme celui en l'espèce. La possibilité et l'utilité de recourir au contrôle judiciaire dans ce contexte justifient un équilibre réparateur différent de celui atteint dans *Nelles* et *Henry*.

[39] À l'instar de l'arrêt *Henry*, l'arrêt *Hinse c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 35, [2015] 2 R.C.S. 621, souligne l'importance que revêt tout le contexte quand vient le temps d'établir cet équilibre réparateur. Et, bien sûr, la possibilité de recourir au contrôle judiciaire n'est qu'une de ces considérations. Dans *Hinse*, il s'agissait de savoir si l'État fédéral est assujetti au régime général de responsabilité civile extracontractuelle du Québec en ce qui a trait à l'exercice de la prérogative royale de clémence (par. 45). Pour décider de la portée que doit avoir l'immunité, la Cour a examiné le contexte : la nature des fonctions dont s'acquitte le ministre dans l'exercice de la prérogative royale de clémence; le droit applicable au seuil de responsabilité des procureurs de la Couronne; la possibilité d'avoir recours au contrôle judiciaire; les principes généraux du droit civil. Comme l'a indiqué la Cour, des différences importantes dans la teneur des fonctions à l'examen commandent d'analyser les fonctions sous un éclairage différent (par. 44). *Hinse* et *Henry* démontrent tous deux que les contours de la responsabilité doivent être examinés eu égard notamment à l'acteur étatique en cause, à la nature des fonctions, à la possibilité d'intenter d'autres recours et aux principes généraux de la responsabilité. Voilà l'analyse que j'ai faite en l'espèce.

[40] Mme Ernst fait valoir que la possibilité de se voir accorder une réparation par voie de contrôle judiciaire ne saurait être utilisée pour faire échec à une demande présentée en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Citant *Manuge c. Canada*, 2010 CSC 67, [2010] 3 R.C.S. 672, elle soutient que, si un demandeur a plaidé une cause d'action valable en dommages-intérêts fondés sur la *Charte*, la cour supérieure provinciale ne devrait pas décliner compétence au motif qu'il est possible d'exercer la

2017 SCC 1 (CanLII)

TeleZone line of cases: *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585; *Canada (Attorney General) v. McArthur*, 2010 SCC 63, [2010] 3 S.C.R. 626; *Parrish & Heimbecker Ltd. v. Canada (Agriculture and Agri-Food)*, 2010 SCC 64, [2010] 3 S.C.R. 639; *Nu-Pharm Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 65, [2010] 3 S.C.R. 648; *Canadian Food Inspection Agency v. Professional Institute of the Public Service of Canada*, 2010 SCC 66, [2010] 3 S.C.R. 657. The issue in those cases was whether a successful application for judicial review was a prerequisite to seeking damages. The Court held it was not. The Court did not comment on the appropriateness of a *Charter* damages award against a quasi-judicial board.

[41] In sum, judicial review is an alternative, and more effective, remedy for *Charter* breaches by the Board. And, as I will discuss, the availability of judicial review is only one of the countervailing factors that weigh heavily against the appropriateness of *Charter* damages awards against the Board.

(2) Good Governance Concerns

(a) *The "Practical Wisdom" of Private Law*

[42] "[C]oncern for effective governance" was the second category of factors identified in *Ward* as militating against damages being an appropriate and just remedy: para. 38. The Court in *Ward* noted that "the state must be afforded some immunity from liability in damages resulting from the conduct of certain functions that only the state can perform. . . . [I]mmunity is justified because the law does not wish to chill the exercise of policy-making discretion": para. 40. Quintessentially, the Board is a state actor whose responsibilities are of a policy-making and adjudicative nature.

demande par voie de contrôle judiciaire. Cet argument surestime toutefois la portée de la conclusion tirée dans *Manuge* et les autres arrêts rendus dans la foulée de *TeleZone* (*Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585; *Canada (Procureur général) c. McArthur*, 2010 CSC 63, [2010] 3 R.C.S. 626; *Parrish & Heimbecker Ltd. c. Canada (Agriculture et Agroalimentaire)*, 2010 CSC 64, [2010] 3 R.C.S. 639; *Nu-Pharm Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 65, [2010] 3 R.C.S. 648; *Agence canadienne d'inspection des aliments c. Institut professionnel de la fonction publique du Canada*, 2010 CSC 66, [2010] 3 R.C.S. 657). La question en litige dans ces affaires était de savoir s'il fallait avoir gain de cause en contrôle judiciaire avant de réclamer des dommages-intérêts. La Cour a décidé que ce n'était pas le cas. Elle ne s'est pas prononcée sur l'opportunité de condamner un organisme quasi judiciaire à des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*.

[41] En résumé, le contrôle judiciaire est un autre moyen, plus efficace de surcroît, de remédier aux violations de la *Charte* commises par l'Office. Et, comme je l'expliquerai, la possibilité de recourir au contrôle judiciaire n'est qu'un des facteurs faisant contrepoids qui militent fortement contre l'opportunité de condamner l'Office à des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*.

(2) Les préoccupations relatives au bon gouvernement

a) *La « sagesse pratique » du droit privé*

[42] Les « préoccupations relatives au bon gouvernement » formaient la seconde catégorie de facteurs en raison desquels, selon l'arrêt *Ward*, les dommages-intérêts ne sont pas une réparation convenable et juste (par. 38). Dans *Ward*, la Cour a souligné que « l'État doit pouvoir jouir d'une certaine immunité qui écarte sa responsabilité pour les dommages résultant de certaines fonctions qu'il est seul à pouvoir exercer. [. . .] L'immunité est justifiée, car le droit ne saurait paralyser l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière d'élaboration de politiques » (par. 40). L'Office est essentiellement un acteur étatique qui a pour fonctions d'élaborer des politiques et de rendre des décisions.

2017 SCC 1 (CanLII)

[43] *Charter* damages are, of course, a distinct and autonomous remedy. But that does not mean that the development of that remedy should ignore the accumulated insights of the general law. *Ward* noted that private law thresholds and defences may offer guidance about when *Charter* damages may be an appropriate remedy because "the existing causes of action against state actors embody a certain amount of 'practical wisdom' concerning the type of situation in which it is or is not appropriate to make an award of damages against the state": para. 43. Considering private law is not, of course, simply transposing private law rules into the *Charter* context. The majority of the Court in *Henry*, for example, considered the policy factors outlined in the malicious prosecution context in *Nelles* and found it appropriate to rely on them heavily in establishing the liability threshold for *Charter* damages: *Henry*, at paras. 66-74. It is therefore helpful to consider the law governing Ms. Ernst's private law claim in negligence against the Board.

[44] No one contests that the Board owes Ms. Ernst no duty of care under the private law of negligence. In negligence law, whether there is a duty of care depends on the existence of foreseeability and proximity, and the absence of countervailing policy considerations: *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537, at para. 30; *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129. In the case of public regulators, for reasons of insufficient proximity or countervailing policy considerations, or both, courts have generally held that these state actors do not owe claimants a duty of care: *Cooper*; *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562.

[45] The policy reasons considered capable of negating a *prima facie* duty of care have included

[43] Bien entendu, les dommages-intérêts fondés sur la *Charte* constituent une réparation distincte et indépendante, mais il ne s'ensuit pas pour autant que l'évolution de cette réparation doit négliger les enseignements du droit en général. Selon *Ward*, les seuils et les moyens de défense issus du droit privé peuvent aider à établir dans quels cas les dommages-intérêts fondés sur la *Charte* constituent peut-être une réparation convenable parce que « les causes d'action existantes contre les représentants de l'État recèlent une certaine "sagesse pratique" à l'égard du genre de situations où il serait convenable ou non de contraindre l'État à verser des dommages-intérêts » (par. 43). Il va de soi que l'examen du droit privé ne consiste pas à transposer simplement ses règles dans le contexte de la *Charte*. Par exemple, les juges majoritaires dans *Henry* se sont penchés sur les facteurs de politique générale qui se dégagent du cas de poursuite abusive dans *Nelles* et ont estimé opportun de s'en remettre énormément à ces facteurs pour établir le seuil de responsabilité ouvrant droit à des dommages-intérêts fondés sur la *Charte* (*Henry*, par. 66-74). Il est donc utile d'analyser les règles de droit applicables à la poursuite pour négligence intentée par Mme Ernst en droit privé contre l'Office.

[44] Personne ne conteste que l'Office n'a aucune obligation de diligence envers Mme Ernst en droit privé de la négligence. Dans ce domaine, la présence d'une obligation de diligence dépend de la prévisibilité, de la proximité et de l'absence de considérations de politique générale faisant contrepoids (*Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537, par. 30; *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129). Dans le cas des organismes de réglementation publics, les tribunaux ont généralement jugé que ces acteurs étatiques n'avaient pas d'obligation de diligence envers les demandeurs pour cause de proximité insuffisante ou à cause de considérations de principe faisant contrepoids (*Cooper*; *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562).

[45] Les raisons de politique générale que l'on considère susceptibles d'écarter une obligation

2017 SCC 1 (CanLII)

(i) excessive demands on resources, (ii) the potential "chilling effect" on the behaviour of the state actor, and (iii) protection of quasi-judicial decision making: see, e.g., A. M. Linden and B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (10th ed. 2015), at §9.65, citing S. Sugarman, "A New Approach to Tort Doctrine: Taking the Best From the Civil Law and Common Law of Canada" (2002), 17 *S.C.L.R.* (2d) 375, at p. 388.

[46] The reasons of the Court of Appeal called on these sorts of policy considerations to uphold the Court of Queen's Bench's finding that the Board did not owe a duty of care to Ms. Ernst:

> Forcing the Board to consider the extent to which it must balance the interests of specific individuals while attempting to regulate in the overall public interest would be unworkable in fact and bad policy in law. Recognizing any such private duty would distract the Board from its general duty to protect the public, as well as its duty to deal fairly with participants in the regulated industry. Any such individualized duty of care would plainly involve indeterminate liability, and would undermine the Board's ability to effectively address the general public obligations placed on it under its controlling legislative scheme. [para. 18]

[47] Brief reference to the Board's mandate underlines the wisdom of these comments. Section 3 of the *Energy Resources Conservation Act* required the Board to undertake its duties respecting proposed energy resource projects in light of the public interest and with regard to the social, economic, and environmental effects of the project. The Board had the public duty of balancing several potentially competing rights, interests and objectives. Allowing claimants to bring claims for damages against the Board has the potential to deplete the Board's resources, with respect to both funds and time. Allowing a claimant to bring a damages claim against the Board may also result in defensive actions by the Board, which would "chill" its ability to otherwise carry out its statutory duties effectively and in the public interest. Likewise, the Board is required to balance public and

de diligence *prima facie* comprennent : (i) une ponction indue sur les ressources, (ii) l'« effet paralysant » que cette obligation peut avoir sur la conduite de l'acteur étatique et (iii) la protection du processus décisionnel quasi judiciaire (voir, p. ex., A. M. Linden et B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (10e éd. 2015), §9.65, citant S. Sugarman, « A New Approach to Tort Doctrine : Taking the Best From the Civil Law and Common Law of Canada » (2002), 17 *S.C.L.R.* (2d) 375, p. 388.

[46] Dans ses motifs, la Cour d'appel se fonde sur ces considérations de politique générale pour confirmer la conclusion de la Cour du Banc de la Reine selon laquelle l'Office n'avait pas d'obligation de diligence envers Mme Ernst :

> [TRADUCTION] Il serait irréalisable en fait et mal avisé en droit de forcer l'Office à se pencher sur la mesure dans laquelle elle doit concilier les intérêts de certains particuliers tout en essayant d'établir des règlements dans l'intérêt public général. Reconnaître pareille obligation en droit privé aurait pour effet de détourner l'Office de son obligation générale de protéger le public ainsi que de son obligation de traiter équitablement avec les acteurs de l'industrie réglementée. Toute obligation de diligence de ce genre envers un particulier entraînerait clairement une responsabilité indéterminée et diminuerait la capacité de l'Office de remplir efficacement les obligations publiques générales que lui impose le régime législatif auquel il est assujetti. [par. 18]

[47] Une brève mention du mandat de l'Office fait ressortir la sagesse de ces observations. L'article 3 de la *Energy Resources Conservation Act* obligeait l'Office à exercer ses fonctions relativement aux projets d'extraction de ressources énergétiques à la lumière de l'intérêt public ainsi que des effets du projet sur les plans social, économique et environnemental. L'Office avait l'obligation publique de concilier plusieurs droits, intérêts et objectifs susceptibles de s'opposer. Le fait de permettre aux demandeurs d'intenter des recours en dommages-intérêts contre l'Office risque d'accaparer les ressources financières et le temps de ce dernier. Cela risque également de mettre l'Office sur la défensive et de « paralyser » ainsi son aptitude à remplir par ailleurs efficacement et dans l'intérêt public les obligations que lui attribue la loi. De même, l'Office est

2017 SCC 1 (CanLII)

private interests in the execution of its quasi-judicial duties, and this responsibility is inconsistent with being liable to an individual claimant for damages.

[48] This jurisprudence also cautions against attempting to segment the functions of a quasi-judicial regulatory board such as this one into adjudicative and regulatory activity for the purposes of considering whether its actions should give rise to liability. For example, in *Edwards*, this Court endorsed the Ontario Court of Appeal's refusal to distinguish between the Law Society's adjudicative and investigatory functions for the purpose of the duty of care analysis: see para. 11, citing (2000), 48 O.R. (3d) 329 (C.A.), at para. 30. The Board has a broad mandate to, among other things, conduct inquiries and investigations, make inspections and conduct hearings, making it impractical and artificial to try to distinguish among its various roles for the purposes of liability.

[49] While, as noted, *Charter* damages are an autonomous remedy, and every state actor has an obligation to be *Charter*-compliant, the same policy considerations as are present in the law of negligence nonetheless weigh heavily here, particularly in light of the availability of judicial review to uphold constitutional rights.

(b) *Statutory and Common Law Immunities*

[50] The strong common law immunity of judges from civil suits has been extended by common law and statute to many quasi-judicial bodies and agencies including administrative bodies such as the Board, as aptly articulated by my colleague Justice Abella in her reasons; and see also, e.g., *Morier v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716; *Crispin v. Registrar of the District Court*, [1986] 2 N.Z.L.R. 246 (H.C.), at p. 252; *Sirros v. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118 (C.A.), at p. 136, cited by *Morier*, at pp. 739-40; *Hazel v.*

tenu de concilier les intérêts publics et privés dans l'acquittement de ses obligations quasi judiciaires, une responsabilité incompatible avec le fait de devoir verser des dommages-intérêts à un demandeur donné.

[48] La jurisprudence précitée indique également qu'il ne faut pas tenter de fractionner les fonctions d'un organisme de réglementation quasi judiciaire comme celui en l'espèce en dissociant le rôle juridictionnel du rôle de réglementation dans le but de décider si ses agissements devraient engager sa responsabilité. Par exemple, dans *Edwards*, notre Cour a fait sien le refus de la Cour d'appel de l'Ontario de distinguer la fonction juridictionnelle du Barreau de sa fonction d'enquêteur pour les besoins de l'analyse de l'obligation de diligence (voir par. 11, citant (2000), 48 O.R. (3d) 329 (C.A.), par. 30). Le large mandat confié à l'Office l'oblige notamment à mener des enquêtes, à effectuer des inspections et à tenir des audiences. Il est donc impossible et factice d'essayer de faire la distinction entre ses différentes attributions pour les besoins de la responsabilité.

[49] Bien que, comme je l'ai mentionné précédemment, les dommages-intérêts accordés en vertu de la *Charte* soient une réparation indépendante et que chaque acteur étatique doive respecter la *Charte*, les mêmes considérations de politique générale présentes en droit de la négligence pèsent néanmoins lourd dans la balance en l'espèce, surtout au vu de la possibilité de recourir au contrôle judiciaire pour faire respecter des droits constitutionnels.

b) *Les immunités accordées par la loi et la common law*

[50] La solide immunité reconnue par la common law aux juges contre les poursuites civiles a été étendue par la common law et la loi à de nombreux organismes quasi judiciaires, y compris les organismes administratifs tel l'Office, comme l'a si bien dit ma collègue la juge Abella dans ses motifs (et voir aussi, p. ex., *Morier c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716; *Crispin c. Registrar of the District Court*, [1986] 2 N.Z.L.R. 246 (H.C.), p. 252; *Sirros c. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118 (C.A.), p. 136, cité dans *Morier*,

2017 SCC 1 (CanLII)

Ainsworth Engineered Corp., 2009 HRTO 2180, 69 C.H.R.R. D/155, at para. 84; *Agnew v. Ontario Assn. of Architects* (1987), 64 O.R. (2d) 8 (Div. Ct.); *Ermina v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 167 D.L.R. (4th) 764 (F.C.T.D.); *Cartier v. Nairn*, 2009 HRTO 2208, 8 Admin. L.R. (5th) 150; *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43; *Provincial Court Act*, R.S.A. 2000, c. P-31; *Court of Queen's Bench Act*, R.S.A. 2000, c. C-31; A. A. Olowofoyeku, *Suing Judges: A Study of Judicial Immunity* (1993), at pp. 1-32; P. W. Hogg, P. J. Monahan and W. K. Wright, *Liability of the Crown* (4th ed. 2011), at p. 289. This immunity is broad and has been applied even in the face of alleged human rights infringements: *Hazel*; *Cartier*; *Gonzalez v. British Columbia (Ministry of Attorney General)*, 2009 BCSC 639, 95 B.C.L.R. (4th) 185; *Taylor v. Canada (Attorney General)*, [2000] 3 F.C. 298 (C.A.), leave to appeal refused, [2000] 2 S.C.R. xiv. The common law is a source of "practical wisdom" about exposing quasi-judicial and regulatory decision-makers such as the Board to damages claims. And the policy reasons that have led legislatures across Canada to enact many statutory immunity clauses, like the one that protects this Board, may also inform the analysis of countervailing considerations relating to good governance. Of course, these sorts of statutory provisions cannot override constitutional rights, but the policy reasons on which they are based can and should be taken into account by a reviewing court.

[51] The rationales underlying the common law and statutory immunity for quasi-judicial and regulatory decision-makers fall into two main interrelated categories. First, immunity from civil claims permits decision-makers to fairly and effectively make decisions by ensuring freedom from interference, which is necessary for their independence and impartiality: *Morier*, at pp. 737-38, citing *Garnett v. Ferrand* (1827), 6 B. & C. 611, 108 E.R. 576, at pp. 581-82, and *Fray v. Blackburn* (1863), 3 B. & S. 576, 122 E.R. 217. Second, immunity protects the capacity of these decision-making institutions

p. 739-740; *Hazel c. Ainsworth Engineered Corp.*, 2009 HRTO 2180, 69 C.H.R.R. D/155, par. 84; *Agnew c. Ontario Assn. of Architects* (1987), 64 O.R. (2d) 8 (C. div.); *Ermina c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1998 CanLII 8969 (C.F. 1re inst.); *Cartier c. Nairn*, 2009 HRTO 2208, 8 Admin. L.R. (5th) 150; *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, c. C.43; *Provincial Court Act*, R.S.A. 2000, c. P-31; *Court of Queen's Bench Act*, R.S.A. 2000, c. C-31; A. A. Olowofoyeku, *Suing Judges : A Study of Judicial Immunity* (1993), p. 1-32; P. W. Hogg, P. J. Monahan et W. K. Wright, *Liability of the Crown* (4e éd. 2011), p. 289. Il s'agit d'une large immunité qui a été appliquée même en dépit de violations alléguées des droits de la personne (*Hazel*; *Cartier*; *Gonzalez c. British Columbia (Ministry of Attorney General)*, 2009 BCSC 639, 95 B.C.L.R. (4th) 185; *Taylor c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 298 (C.A.), autorisation d'appel refusée, [2000] 2 R.C.S. xiv). La common law est une source de « sagesse pratique » quant au fait d'exposer des organismes de réglementation quasi judiciaires tels que l'Office à des demandes de dommages-intérêts. Et l'analyse des préoccupations relatives au bon gouvernement qui font contrepoids peut tenir compte également des raisons de politique générale qui ont amené les législateurs de partout au pays à adopter de nombreuses dispositions législatives prévoyant une immunité comme celle qui protège l'Office en l'espèce. Bien entendu, ce genre de disposition législative ne saurait l'emporter sur les droits constitutionnels, mais le tribunal siégeant en révision peut et doit tenir compte des raisons de politique générale sur lesquelles se fondent ces dispositions.

[51] Les fondements de l'immunité accordée par la common law et la loi aux organismes de réglementation quasi judiciaires entrent dans deux catégories interreliées principales. Premièrement, l'immunité à l'égard des poursuites civiles permet aux décideurs de rendre des décisions de façon équitable et efficace en garantissant qu'ils sont à l'abri de toute intervention, une condition nécessaire à leur indépendance et à leur impartialité (*Morier*, p. 737-738, citant *Garnett c. Ferrand* (1827), 6 B. & C. 611, 108 E.R. 576, p. 581-582, et *Fray c. Blackburn* (1863), 3 B. & S. 576, 122 E.R. 217. Deuxièmement, l'immunité

2017 SCC 1 (CanLII)

to fulfill their functions without the distraction of time-consuming litigation.

[52] These grounds for immunity resonate in the context of claims for *Charter* damages.

[53] If actions for *Charter* damages were brought against the Board, it would inevitably be involved in defending those suits and thereby distracted from its statutory responsibilities. As Hogg, Monahan and Wright observe in relation to judicial immunity, the public relies on judges and the courts to resolve difficult problems, and "a judge would be placed in an intolerably vulnerable position, and there would be no end to litigation, if a disappointed litigant could turn around and bring fresh proceedings against the judge": p. 283. The same may be said of quasi-judicial decision-makers: Ontario Law Reform Commission, *Report on the Liability of the Crown* (1989), at p. 29.

[54] Furthermore, allowing *Charter* damages claims to be brought for the Board's actions and decisions has the potential to distort the appeal and review process. The corollary of immunity is that a judicial or quasi-judicial decision can be challenged only through judicial review or the appeals process: *Royer v. Mignault*, [1988] R.J.Q. 670 (C.A.), at pp. 673-74. This prevents judicial and quasi-judicial decision-makers from having to justify their decisions beyond the justification disclosed by the record which will be available for appeal or judicial review: *Canada (Attorney General) v. Slansky*, 2013 FCA 199, [2015] 1 F.C.R. 81, at para. 136, per Mainville J.A., concurring. It is worth remembering that in order not to compromise the decision-maker's impartiality or the finality of his or her decision, the decision-maker has a limited role in an appeal or judicial review proceeding: see, e.g., *Ontario (Energy Board) v. Ontario Power Generation Inc*., 2015 SCC 44, [2015] 3 S.C.R. 147. However, no such limit can apply to the scope of a quasi-judicial regulatory board's defence against damages claims. Moreover, damages claims against such bodies, whether under

assure la capacité de ces institutions juridictionnelles de s'acquitter de leurs fonctions sans être distraites par un long procès.

[52] Ces fondements de l'immunité trouvent un écho dans le contexte des demandes de dommages-intérêts fondées sur la *Charte*.

[53] Si des actions en dommages-intérêts fondées sur la *Charte* étaient intentées contre l'Office, il serait inévitablement tenu de se défendre contre ces poursuites et, du même coup, détourné des responsabilités que lui attribue la loi. Comme le font remarquer les auteurs Hogg, Monahan et Wright à propos de l'immunité judiciaire, le public compte sur les juges et les tribunaux pour résoudre des problèmes épineux et [TRADUCTION] « le juge se trouverait dans une situation de vulnérabilité insoutenable et les poursuites en justice n'auraient jamais de fin si la partie déçue pouvait intenter un nouveau recours contre lui » (p. 283). Cela vaut également pour les décideurs quasi judiciaires (Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on the Liability of the Crown* (1989), p. 29).

[54] De plus, le fait de permettre la présentation de demandes de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pour des mesures et décisions de l'Office risque de dénaturer le processus d'appel et de contrôle. L'immunité a pour corollaire la possibilité de contester une décision judiciaire ou quasi judiciaire uniquement par voie de contrôle judiciaire ou d'appel (*Royer c. Mignault*, [1988] R.J.Q. 670 (C.A.), p. 673-674). Cela soustrait les décideurs judiciaires et décideurs quasi judiciaires à l'obligation de justifier leurs décisions au-delà de ce que révèle le dossier qui pourra être consulté pour les besoins de l'appel ou du contrôle judiciaire (*Canada (Procureur général) c. Slansky*, 2013 CAF 199, [2015] 1 R.C.F. 81, par. 136, le juge Mainville, motifs concordants). Il convient de rappeler que, pour éviter de compromettre son impartialité ou le caractère définitif de sa décision, le décideur joue un rôle limité dans une procédure d'appel ou de contrôle judiciaire (voir, p. ex., *Ontario (Commission de l'énergie) c. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 CSC 44, [2015] 3 R.C.S. 147). Cependant, aucune restriction de ce genre ne peut s'appliquer au moyen de défense

2017 SCC 1 (CanLII)

the *Charter* or otherwise, open up new avenues of collateral attack. By protecting judicial and quasi-judicial decision-makers from having to defend their decisions against damages suits, the immunity simultaneously strengthens public confidence in the legal system, preserves impartiality, both in fact and in perception, and closes off routes of collateral attack. See *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796, at pp. 828-30.

[55] To conclude on this point, the policy reasons that underlie the common law and statutory immunities for regulatory and quasi-judicial boards like this one relate directly to the types of good governance concerns identified in *Ward*. Opening the Board to damages claims will distract it from its statutory duties, potentially have a chilling effect on its decision making, compromise its impartiality, and open up new and undesirable modes of collateral attack on its decisions.

(3) Case-by-Case Consideration Undermines the Purposes of the Immunity

[56] Ms. Ernst argues that claims for *Charter* damages must be assessed on a case-by-case basis to determine whether damages would be an appropriate and just remedy. However, as has been pointed out many times, requiring a case-by-case examination of particular claims largely undermines the purpose of conferring immunity in the first place: *Gonzalez*, at para. 49.

[57] Immunity is easily frustrated where the mere pleading of an allegation of bad faith or punitive conduct in a statement of claim can call into question a decision-maker's conduct: *Gonzalez*, at para. 53. Even qualified immunity undermines the decision-maker's ability to act impartially and independently, as the mere threat of litigation, achieved

qu'un organisme de réglementation quasi judiciaire peut opposer à des demandes de dommages-intérêts. En outre, les demandes de dommages-intérêts dirigées contre pareils organismes, que ce soit en vertu de la *Charte* ou d'une autre source, ouvrent de nouvelles pistes de contestation indirecte. En soustrayant les décideurs judiciaires et décideurs quasi judiciaires à l'obligation de défendre leurs décisions contre des poursuites en dommages-intérêts, l'immunité renforce la confiance du public dans le système juridique tout en préservant l'impartialité, à la fois dans les faits et en apparence, et écarte les possibilités de contestation indirecte. Voir *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796, p. 828-830.

[55] Pour conclure sur ce point, les raisons de politique générale qui sous-tendent les immunités accordées par la common law et la loi aux organismes de réglementation quasi judiciaires tels que celui en l'espèce se rapportent directement au genre de préoccupation relative au bon gouvernement dégagée dans *Ward*. Exposer l'Office à des demandes de dommages-intérêts le détournera des obligations que lui attribue la loi et cela pourrait avoir un effet paralysant sur sa prise de décisions, compromettre son impartialité et ouvrir la voie à de nouveaux moyens indésirables d'attaquer indirectement ses décisions.

(3) L'examen au cas par cas mine la raison d'être de l'immunité

[56] Mme Ernst soutient qu'il faut évaluer au cas par cas les demandes de dommages-intérêts fondées sur la *Charte* pour décider si les dommages-intérêts constitueraient une réparation convenable et juste. Or, comme on l'a souligné à maintes reprises, exiger un examen au cas par cas de certaines demandes mine en grande partie le motif pour lequel l'immunité est accordée au départ (*Gonzalez*, par. 49).

[57] L'immunité est aisément contrecarrée lorsqu'il suffit de plaider la mauvaise foi ou une conduite punitive dans une déclaration pour mettre en doute la conduite d'un décideur (*Gonzalez*, par. 53). Même une immunité restreinte diminue la capacité du décideur d'agir en toute impartialité et indépendance, car la simple menace de poursuite proférée à l'aide

2017 SCC 1 (CanLII)

by artful pleadings, will require the decision-maker to engage with claims brought against him or her. As Lord Denning M.R. held, to be truly free in thought, judges should not be "plagued with allegations of malice or ill-will or bias or anything of the kind": *Sirros*, at p. 136, cited by *Morier*, at pp. 739-40.

C. *To Sum Up*

[58] As Ms. Ernst accepts, the immunity clause purports to bar her claim for *Charter* damages. That being the case, her damages claim must be struck and the appeal dismissed unless she succeeds in challenging the constitutionality of the immunity provision. She has failed to do so. It follows that her claim for *Charter* damages should be struck out and the appeal dismissed.

[59] I would answer the constitutional question as follows:

Is s. 43 of the *Energy Resources Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. E-10, constitutionally inapplicable or inoperable to the extent that it bars a claim against the regulator for a breach of s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and an application for a remedy under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: To the extent that s. 43 purports to bar a claim for *Charter* damages, the answer is no.

IV. Disposition

[60] I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

[61] Abella J. — Two statutory provisions are at stake. The first is Alberta's requirement that before a constitutional challenge can be brought, the government must be given notice so that the law is given a thorough airing, with all parties having a chance to bring and test the evidence. This protects

d'habiles plaidoiries obligera le décideur à se défendre contre des réclamations présentées contre lui. Tel que l'a affirmé le maître des rôles lord Denning, pour être réellement libre d'esprit, le juge ne doit pas être [TRADUCTION] « inquiété par des allégations de mauvaise foi, de préjudice ou d'autre chose de semblable » (*Sirros*, p. 136, cité dans *Morier*, p. 739-740).

C. *Synthèse*

[58] Comme le reconnaît Mme Ernst, la disposition d'immunité vise à faire obstacle à sa demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*. Cela étant, il faut radier sa demande et rejeter l'appel à moins qu'elle réussisse à contester la constitutionnalité de cette disposition. Elle n'y est pas parvenue. En conséquence, il y a lieu de radier sa demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* et de rejeter le pourvoi.

[59] Je réponds ainsi à la question constitutionnelle :

L'article 43 de la loi intitulée *Energy Resources Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. E-10, est-il inapplicable ou inopérant du point de vue constitutionnel en ce qu'il fait obstacle à la présentation d'une action contre l'organisme de réglementation pour violation de l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ainsi qu'à la présentation d'une demande de réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : La réponse est non en ce que l'art. 43 vise à faire obstacle à une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*.

IV. Dispositif

[60] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

[61] La juge Abella — Il y a deux dispositions législatives en jeu. La première est une disposition d'une loi albertaine qui oblige un demandeur, avant de pouvoir contester la constitutionnalité d'une loi, à donner un avis au gouvernement pour permettre un examen approfondi de la loi et pour donner à

2017 SCC 1 (CanLII)

the public interest by ensuring that laws are not casually or cavalierly either set aside or upheld. It also ensures the existence of a full and proper record on appeal.

[62] The second provision is an immunity clause protecting an administrative tribunal (like almost all quasi-judicial and judicial bodies in Alberta and the rest of Canada) from being sued for damages. This protects the public interest by ensuring that adjudicative bodies responsible for making independent decisions are not casually or cavalierly dragged into litigation that drains their attention and public resources.

[63] Jessica Ernst is asking this Court to decide whether an immunity clause insulating a quasi-judicial tribunal from lawsuits, bars her from bringing a claim for *Charter* damages against that tribunal.

[64] Ms. Ernst's claim is for damages under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* from a quasi-judicial administrative body, the Energy Resources Conservation Board.[2] She claims that *Charter* damages are warranted because of the Board's decision to stop communicating with her, in essence finding her to be a vexatious litigant. Bypassing judicial review, she chose instead to designate the Board's decision as unconstitutional, claiming it breached her right to freedom of expression under s. 2(*b*) of the *Charter*. The Alberta Court of Queen's Bench and the Alberta Court of Appeal had no difficulty finding that s. 43 of the *Energy Resources Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. E-10, an immunity clause in the Board's enabling statute, bars any and all claims against the Board, including claims for *Charter* damages.

[2] Now known as the Alberta Energy Regulator.

tous les intéressés l'occasion de présenter et de contester la preuve. Cette disposition protège l'intérêt public en garantissant que les lois ne sont pas invalidées ou confirmées à la légère ou de façon cavalière. Elle assure également l'existence d'un dossier complet et adéquat en appel.

[62] La seconde disposition est une disposition d'immunité qui protège les tribunaux administratifs (comme la quasi-totalité des organismes judiciaires et quasi judiciaires de l'Alberta et du reste du Canada) contre les poursuites en dommages-intérêts. Cette immunité protège l'intérêt public en garantissant que les organismes juridictionnels qui doivent rendre des décisions en toute indépendance ne se voient pas entraînés à la légère ou de façon cavalière dans des procès qui distrairaient leur attention et draineraient les ressources publiques.

[63] Jessica Ernst demande à notre Cour de décider si une disposition d'immunité mettant un tribunal quasi judiciaire à l'abri des poursuites en justice l'empêche d'intenter une action en dommages-intérêts en vertu de la *Charte* contre ce tribunal.

[64] Mme Ernst réclame, en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, des dommages-intérêts d'un organisme administratif quasi judiciaire, l'Energy Resources Conservation Board (« Office »)[2]. Elle prétend que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* est justifié en raison de la décision de l'Office de cesser de communiquer avec elle et de conclure pour l'essentiel qu'elle est une plaideuse quérulente. Contournant la procédure de contrôle judiciaire, elle a plutôt jugé inconstitutionnelle la décision de l'Office et prétendu qu'elle violait le droit à la liberté d'expression que lui garantit l'al. 2*b*) de la *Charte*. La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta et la Cour d'appel de cette province n'ont eu aucune difficulté à conclure que l'art. 43 de l'*Energy Resources Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. E-10, une disposition d'immunité de la loi habilitante de l'Office, rend irrecevable toute demande dirigée contre lui, y compris les demandes de dommages-intérêts fondées sur la *Charte*.

[2] Organisme maintenant connu sous le nom d'Alberta Energy Regulator.

2017 SCC 1 (CanLII)

[65] Ms. Ernst at no stage gave the required *formal* notice of a constitutional challenge to s. 43. In fact, in both prior proceedings, she expressly denied that she was challenging the constitutionality of the immunity clause. Instead, she was challenging the *applicability* of the clause to her *Charter* claim. She claimed to be entitled to a remedy for a *Charter* breach under s. 24(1), regardless of whether s. 43 entitled her to get a remedy.

[66] Ms. Ernst's argument that she was not seeking to challenge the validity of s. 43, only its applicability to a *Charter* damages claim, is unsustainable. The immunity clause either complies with the *Charter* or it does not. But either way, there must be a judicial determination of the constitutional validity, and therefore the constitutional applicability, of the provision. Ms. Ernst's argument that the immunity clause does not apply when a *Charter* remedy is being sought, is an argument that there is no need to go through the necessary steps to determine whether a provision is *Charter*-compliant in order to disregard it. This invokes Alice in Wonderland.

[67] Since Ms. Ernst did not seek to challenge the constitutionality of s. 43 in the prior proceedings, there is no record either to justify or impugn the provision. This means that for the time being, the provision's constitutionality is intact, which means that the Board's immunity is intact, which means that Ms. Ernst cannot, under these circumstances, legally sustain a claim that the Board is vulnerable to a damages claim, either under the *Charter* or otherwise. As a result, I agree with the Alberta courts that Ms. Ernst's claim ought to be struck.

[68] *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, [2011] 3 S.C.R. 45, sets out the accepted test for striking out a claim:

[65] M[me] Ernst n'a jamais donné l'avis *officiel* requis pour contester la constitutionnalité de l'art. 43. En fait, lors des deux instances antérieures, elle a expressément nié qu'elle contestait la constitutionnalité de la disposition d'immunité. Elle affirmait plutôt contester l'*applicabilité* de cette disposition à sa demande fondée sur la *Charte.* Elle soutenait avoir droit, en vertu du par. 24(1), à une réparation pour une violation de la *Charte*, peu importe si l'art. 43 lui donnait droit à une réparation.

[66] L'argument de M[me] Ernst suivant lequel elle ne cherchait pas à contester la validité de l'art. 43, mais seulement son applicabilité à une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*, est insoutenable. Ou bien la disposition d'immunité est conforme à la *Charte*, ou bien elle ne l'est pas. Mais dans un cas comme dans l'autre, une décision judiciaire doit être rendue au sujet de la constitutionnalité de cette disposition et, partant, au sujet de son applicabilité sur le plan constitutionnel. L'argument de M[me] Ernst que la disposition d'immunité ne s'applique pas lorsque la réparation est demandée en vertu de la *Charte* revient à affirmer qu'il n'est pas nécessaire de franchir les étapes prévues pour déterminer si une disposition est conforme à la *Charte* avant de décider s'il y a lieu de l'écarter. Un tel raisonnement semble tiré du roman *Alice au pays des merveilles*.

[67] Puisque M[me] Ernst n'a pas tenté de contester la constitutionnalité de l'art. 43 lors des instances antérieures, il n'y a pas de dossier pouvant servir à justifier ou à attaquer la disposition en question. Cela signifie que, pour l'instant, la constitutionnalité de cette disposition demeure intacte, de sorte que l'immunité de l'Office est elle aussi intacte et que, dans ces conditions, M[me] Ernst ne peut soutenir en droit que l'Office est susceptible d'être condamné à des dommages-intérêts, que ce soit en vertu de la *Charte* ou autrement. Par conséquent, je suis d'accord avec les tribunaux albertains pour conclure qu'il y a lieu de radier la demande de M[me] Ernst.

[68] L'arrêt *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2011] 3 R.C.S. 45, énonce le test reconnu qui s'applique à la radiation d'une demande :

2017 SCC 1 (CanLII)

A claim will only be struck if it is plain and obvious, assuming the facts pleaded to be true, that the pleading discloses no reasonable cause of action: *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263, at para. 15; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, at p. 980. Another way of putting the test is that the claim has no reasonable prospect of success. Where a reasonable prospect of success exists, the matter should be allowed to proceed to trial: see, generally, *Syl Apps Secure Treatment Centre v. B.D.*, 2007 SCC 38, [2007] 3 S.C.R. 83; *Odhavji Estate*; *Hunt*; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735.

. . .

. . . The history of our law reveals that often new developments in the law first surface on motions to strike or similar preliminary motions, like the one at issue in *Donoghue v. Stevenson*[, [1932] A.C. 562 (H.L.)]. Therefore, on a motion to strike, it is not determinative that the law has not yet recognized the particular claim. The court must rather ask whether, assuming the facts pleaded are true, there is a reasonable prospect that the claim will succeed. The approach must be generous and err on the side of permitting a novel but arguable claim to proceed to trial (at paras. 17-21).

[69] This is not a cascading, multi-factored test, it is a simple one: Is it plain and obvious that s. 43 bars Ms. Ernst's claim?

[70] The immunity clause in this case is absolute and unqualified:

43 No action or proceeding may be brought against the Board or a member of the Board or a person referred to in section 10 or 17(1) in respect of any act or thing done purportedly in pursuance of this Act, or any Act that the Board administers, the regulations under any of those Acts or a decision, order or direction of the Board.

[71] The legislature clearly chose not to qualify the immunity in any way. Any argument that it should not apply to conduct alleged to be punitive, or that it applies to adjudicative but not to other

. . . l'action ne sera rejetée que s'il est évident et manifeste, dans l'hypothèse où les faits allégués seraient avérés, que la déclaration ne révèle aucune cause d'action raisonnable : *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263, par. 15; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, p. 980. Autrement dit, la demande doit n'avoir aucune possibilité raisonnable d'être accueillie. Sinon, il faut lui laisser suivre son cours : voir généralement *Syl Apps Secure Treatment Centre c. B.D.*, 2007 CSC 38, [2007] 3 R.C.S. 83; *Succession Odhavji*; *Hunt*; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735.

. . .

. . . L'histoire de notre droit nous apprend que souvent, des requêtes en radiation ou des requêtes préliminaires semblables, à l'instar de celle présentée dans *Donoghue c. Stevenson*, [[1932] A.C. 562 (H.L.),] amorcent une évolution du droit. Par conséquent, le fait qu'une action en particulier n'a pas encore été reconnue en droit n'est pas déterminant pour la requête en radiation. Le tribunal doit plutôt se demander si, dans l'hypothèse où les faits allégués seraient avérés, il est raisonnablement possible que l'action soit accueillie. L'approche doit être généreuse et permettre, dans la mesure du possible, l'instruction de toute demande inédite, mais soutenable (par. 17-21).

[69] Il ne s'agit pas d'un test comportant de multiples facteurs à analyser en cascade. Ce test est simple : est-il évident et manifeste que l'art. 43 fait obstacle à la demande de Mme Ernst?

[70] La disposition d'immunité en l'espèce est sans équivoque et catégorique :

[TRADUCTION]

43 Aucune action ou instance ne peut être introduite contre l'Office, un commissaire ou toute personne mentionnée à l'article 10 ou au paragraphe 17(1) pour tout acte ou toute chose qui aurait été accompli en conformité avec la présente loi, toute loi appliquée par l'Office, tout règlement d'application des lois en question ou une décision, ordonnance ou directive de l'Office.

[71] La législature a clairement choisi de ne pas nuancer l'immunité de quelque façon que ce soit. Aucun argument selon lequel l'immunité ne devrait pas s'appliquer à une conduite qualifiée de punitive

2017 SCC 1 (CanLII)

kinds of Board decisions, is nowhere evident in the statutory language. That is precisely why determining the constitutionality of the clause based on a full evidentiary record is so important. It may be that the clause could be amended to permit suits for punitive conduct, but that is *not* what the clause now says. Moreover, creating a novel distinction between adjudicative and non-adjudicative conduct for purposes of limiting the scope of the immunity clause, strikes me as being an unhelpful unravelling of established jurisprudence.

[72] As a result, it is plain and obvious, based on the plain and obvious language of s. 43, that Ms. Ernst's claim is barred. The fact that her claim alleges "punitive" conduct cannot change the unqualified language in s. 43.

[73] Without a proper determination of the constitutionality of the immunity clause, there can be no assessment of its inapplicability or inoperability. It follows that Ms. Ernst's claim for *Charter* damages should be struck, and the appeal dismissed.

Background

[74] The Board is an independent quasi-judicial body responsible for regulating the development of Alberta's energy resources. It licenses gas wells and enforces legislative and regulatory provisions that are intended to protect the groundwater supply from interference or contamination due to oil and gas development. The Board has detailed procedures for receiving and investigating public complaints, conducting compliance inspections, and taking appropriate enforcement and remedial action when necessary. As set out in its enabling legislation, the Board is authorized to conduct hearings, inquiries and investigations, award costs and receive witnesses.

ou s'applique aux décisions de nature juridictionnelle de l'Office, mais non à ses autres décisions, ne ressort du texte de la loi. Voilà précisément pourquoi il est si important de trancher la constitutionnalité de la disposition sur la foi d'un dossier de preuve complet. Il se peut que l'on modifie la disposition afin de permettre l'exercice de recours dans les cas de conduite punitive, mais ce *n'*est *pas* ce que prévoit la disposition aujourd'hui. Qui plus est, je considère que créer une nouvelle distinction entre la conduite juridictionnelle et la conduite non juridictionnelle dans le but de restreindre la portée de la disposition d'immunité a pour effet de démêler inutilement la jurisprudence établie.

[72] Par conséquent, il est manifeste et évident, au vu des termes évidents et manifestes de l'art. 43, que la demande de Mme Ernst est irrecevable. Le fait qu'une conduite « punitive » soit alléguée dans sa demande ne peut emporter modification du texte catégorique de l'art. 43.

[73] Faute d'une décision en bonne et due forme sur la constitutionnalité de la disposition d'immunité, il est impossible de juger de son inapplicabilité ou de son inopérabilité. Par conséquent, la demande de dommages-intérêts présentée par Mme Ernst en vertu de la *Charte* doit être radiée, et le pourvoi, rejeté.

Contexte

[74] L'Office est un organisme quasi judiciaire indépendant chargé de réglementer l'exploitation des ressources énergétiques de l'Alberta. Il délivre des permis pour l'exploitation de puits de pétrole et applique les dispositions législatives et réglementaires visant à protéger les réserves d'eau souterraine contre les interférences et la contamination attribuables à l'exploitation des hydrocarbures. L'Office a établi une procédure détaillée pour recevoir et étudier les plaintes du public, procéder à des inspections en vue de vérifier la conformité et prendre les mesures coercitives et correctrices nécessaires. Comme le précise sa loi habilitante, l'Office est autorisé à mener des audiences, des enquêtes et des investigations, à accorder des dépens et à entendre des témoins.

2017 SCC 1 (CanLII)

[75] Ms. Ernst owns land near Rosebud, Alberta. She opposed the activities of EnCana Corporation, which engaged in hydraulic fracturing and drilling close to her property. Throughout 2004 and 2005, Ms. Ernst frequently voiced her concerns about the negative impacts caused by oil and gas development near her home. She did this through contact with the Board's compliance, investigation and enforcement offices. She also voiced her concerns publicly.

[76] EnCana's activities resulted in Ms. Ernst bringing claims against EnCana, the Board, and the government of Alberta in December of 2007.

[77] The claim against EnCana was based on damage to Ms. Ernst's water supply. Alberta was sued because it had failed to respond to her complaints about EnCana's activities notwithstanding that it owed Ms. Ernst a duty to protect her water supply. Ms. Ernst's claims against EnCana and against the province were not before this Court.

[78] The claim against the Board was binary. One claim was in negligence, alleging that the Board, which has regulatory jurisdiction over the activities of EnCana, had negligently administered the regulatory regime under the *Energy Resources Conservation Act*.

[79] The second claim against the Board was that it had breached Ms. Ernst's s. 2(*b*) right to freedom of expression by "arbitrarily, and without legal authority" restricting her communications with the Board.

[80] Ms. Ernst claimed that because of her public criticisms, and because of a reference she made to Weibo Ludwig (who was convicted for carrying out bombings and other destructive acts against oil industry installations in Alberta), the Board prohibited her from communicating with it. As a result,

[75] Mme Ernst possède un terrain situé près de Rosebud (Alberta). Elle s'est opposée aux activités d'EnCana Corporation, qui a effectué des travaux de fracturation hydraulique et de forage à proximité de sa propriété. En 2004 et 2005, Mme Ernst a fréquemment exprimé ses inquiétudes au sujet des impacts négatifs de l'exploitation des ressources pétrolières et gazières près de chez elle. Elle s'est adressée aux services de l'Office chargés de la surveillance de la conformité, des enquêtes et de l'application de la loi. Elle a également exprimé ses préoccupations sur la place publique.

[76] Les activités d'EnCana ont incité Mme Ernst à poursuivre EnCana, l'Office et le gouvernement de l'Alberta en décembre 2007.

[77] La demande visant EnCana était fondée sur les dommages causés à l'approvisionnement en eau de Mme Ernst. L'Alberta était poursuivie en raison de son défaut de répondre aux plaintes formulées par Mme Ernst relativement aux activités d'EnCana en dépit de son obligation de protéger l'approvisionnement en eau de Mme Ernst. La Cour n'a pas été saisie des recours intentés par Mme Ernst contre EnCana et la province.

[78] Quant à la demande dirigée contre l'Office, elle comportait deux volets. Le premier était fondé sur la négligence : Mme Ernst alléguait que l'Office, qui exerce une compétence réglementaire sur les activités d'EnCana, avait fait preuve de négligence dans l'application du régime réglementaire prévu par l'*Energy Resources Conservation Act*.

[79] D'après le second volet de la demande formulée contre l'Office, ce dernier a violé le droit à la liberté d'expression garanti à Mme Ernst par l'al. 2*b*) de la *Charte* en restreignant [TRADUCTION] « arbitrairement et illégalement » ses communications avec l'Office.

[80] Mme Ernst a prétendu qu'en raison des critiques qu'elle avait exprimées publiquement et du fait qu'elle avait mentionné le nom de Weibo Ludwig (qui avait été reconnu coupable d'attentats à la bombe et d'autres actes de vandalisme perpétrés contre des installations pétrolières en Alberta),

2017 SCC 1 (CanLII)

Ms. Ernst claimed she was unable to properly register her concerns that EnCana was adversely impacting the Rosebud Aquifer and her groundwater supply.

[81] The Manager of the Board's Compliance Branch wrote to Ms. Ernst and told her that all staff were instructed to avoid further contact with her, and that he had reported her to the Attorney General of Alberta, the RCMP and the Board's Field Surveillance Branch.

[82] When Ms. Ernst sought clarification of the restrictions she faced, she was directed to the Board's Legal Branch, which informed her that the Board "took a decision in 2005 to discontinue further discussion with" her, and would not re-open communications through the regular channels unless she agreed to raise her concerns only through the Board.

[83] In March 2007, Ms. Ernst was informed that she was again free to communicate with any staff at the Board.

[84] Rather than seeking judicial review of the Board's decision to stop communicating with her when she was first informed of this in November 2005, Ms. Ernst waited two years and then filed a statement of claim on December 3, 2007, an amended statement of claim on April 21, 2011, and a second amended statement of claim on February 7, 2012.

[85] The remedy Ms. Ernst sought for this second breach was "damages in the amount of $50,000.00 under section 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*".

[86] The Board applied to strike out portions of Ms. Ernst's pleadings for failing to disclose a reasonable cause of action. It relied on its immunity clause, s. 43 of the *Energy Resources Conservation*

l'Office avait interdit à Mme Ernst de communiquer avec lui. Mme Ernst affirmait par conséquent qu'elle n'avait pas été en mesure d'exprimer valablement ses préoccupations suivant lesquelles EnCana nuisait à l'aquifère de Rosebud et à son approvisionnement souterrain en eau.

[81] Le directeur de la Direction de la conformité de l'Office a écrit à Mme Ernst pour l'informer que tous les membres de son personnel avaient reçu pour instructions de cesser de communiquer avec elle et qu'il avait signalé son cas au procureur général de l'Alberta, à la GRC et à la Direction de la surveillance sur le terrain de l'Office.

[82] Lorsqu'elle a cherché à obtenir des éclaircissements au sujet des restrictions qui lui avaient été imposées, Mme Ernst a été dirigée vers les services juridiques de l'Office qui lui ont fait savoir que l'Office [TRADUCTION] « a[vait] décidé en 2005 de cesser de communiquer avec » elle et n'accepterait de reprendre contact avec elle par les voies de communication habituelles que si elle acceptait de formuler ses doléances uniquement à l'Office.

[83] En mars 2007, Mme Ernst a été informée qu'elle était de nouveau libre de communiquer avec tous les membres du personnel de l'Office.

[84] Au lieu de demander le contrôle judiciaire de la décision de l'Office de cesser de communiquer avec elle lorsqu'elle avait été informée pour la première fois de cette mesure en novembre 2005, Mme Ernst a attendu deux ans avant de produire une déclaration le 3 décembre 2007, une déclaration modifiée le 21 avril 2011, puis une deuxième déclaration modifiée le 7 février 2012.

[85] La réparation que Mme Ernst réclamait pour cette seconde violation était [TRADUCTION] « la somme de 50 000 $ à titre de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ».

[86] L'Office a présenté une requête en vue de faire radier des éléments des actes de procédure de Mme Ernst au motif qu'ils ne révélaient aucune cause d'action raisonnable. L'Office a invoqué sa

2017 SCC 1 (CanLII)

Act, arguing that it provided a complete bar to both the negligence and *Charter* damage claims against the Board. The Board also argued that the appropriate way for Ms. Ernst to challenge the Board's discretionary decision was through judicial review.

[87] The case management judge at the Queen's Bench, Wittmann C.J., found that the proposed negligence claim was unsupportable at law since there was no private law duty of care owed to Ms. Ernst by the Board based on this Court's decisions in *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537, and *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, [2001] 3 S.C.R. 562 ((2013), 85 Alta. L.R. (5th) 333 (Q.B.), at paras. 28-29).

[88] Wittmann C.J. also held that s. 43 barred Ms. Ernst's claim for *Charter* damages. He stated that in order to properly challenge the constitutionality of s. 43, Ms. Ernst was required to give the necessary notice to the Attorneys General of Alberta and Canada but had failed to do so:

> . . . if Ernst seeks as a remedy a declaration striking down section 43 of the [*Energy Resources Conservation Act*], a Notice of Constitutional Question should be given to the Attorneys General of Alberta and Canada, pursuant to section 24 of the *Judicature Act*, RSA 2000, c J-2. The ensuing constitutional litigation could be pursued in a procedural matrix, which would consider the constitutional validity of the legislation, including whether a section 1 *Charter* defence might be available to the Legislature in the event a *Charter* breach is found. The procedural requirement to provide a Notice of Constitutional Question facilitates full argument of any constitutional issues and is a matter of procedural fairness necessary to ensure the Attorneys General of Alberta and Canada have an opportunity to be heard (at para. 89).

[89] In Wittmann C.J.'s view, to allow personal *Charter* damage claims to circumvent statutory

disposition d'immunité, l'art. 43 de l'*Energy Resources Conservation Act*, en faisant valoir qu'elle rendait entièrement irrecevable tant la poursuite pour négligence que la demande de dommages-intérêts présentée en vertu de la *Charte* contre l'Office. Ce dernier a soutenu par ailleurs que le moyen que devait utiliser Mme Ernst pour contester la décision discrétionnaire de l'Office consistait à se pourvoir en contrôle judiciaire.

[87] Le juge de la Cour du Banc de la Reine chargé de la gestion de l'instance, le juge en chef Wittmann, a conclu que l'action en négligence projetée était insoutenable en droit, puisque l'Office n'avait aucune obligation de diligence de droit privé envers Mme Ernst selon les arrêts de notre Cour dans *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, et *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, [2001] 3 R.C.S. 562 ((2013), 85 Alta. L.R. (5th) 333 (B.R.), par. 28-29).

[88] Le juge en chef Wittmann a également conclu que l'art. 43 rendait irrecevable la demande présentée par Mme Ernst afin d'obtenir des dommages-intérêts en vertu de la *Charte.* Il a déclaré que, pour pouvoir contester régulièrement la constitutionnalité de l'art. 43, Mme Ernst devait donner l'avis requis aux procureurs généraux de l'Alberta et du Canada, mais qu'elle ne l'avait pas fait :

> [TRADUCTION] . . . si Mme Ernst réclame, à titre de réparation, un jugement déclaratoire invalidant l'article 43 de l'[*Energy Resources Conservation Act*], un avis de question constitutionnelle doit être donné aux procureurs généraux de l'Alberta et du Canada conformément à l'article 24 de la *Judicature Act*, RSA 2000, c. J-2. La contestation constitutionnelle qui s'ensuivrait pourrait se dérouler ensuite dans un cadre procédural où seraient examinées la constitutionnalité de la disposition législative contestée et la question de savoir si la législature pourrait invoquer en défense l'article premier de la *Charte* en cas de conclusion de violation de la *Charte.* L'obligation procédurale de donner un avis de question constitutionnelle facilite un débat exhaustif sur toute question constitutionnelle. C'est également une question d'équité procédurale qui est nécessaire pour veiller à ce que les procureurs généraux de l'Alberta et du Canada aient la possibilité d'être entendus (par. 89).

[89] Selon le juge en chef Wittmann, si l'on permettait que des demandes personnelles visant

2017 SCC 1 (CanLII)

immunity clauses would cause the "[p]arties [to] come to the litigation process dressed in their *Charter* clothes whenever possible", and to allege "such a breach . . . in litigation against the government wherever possible".

[90] In any event, Wittmann C.J. noted that Ms. Ernst was not without a remedy since he agreed with the Board that she could have brought judicial review proceedings, the "time-tested and conventional challenge to an administrative tribunal's decision".

[91] Ms. Ernst set out three issues in her formal Notice of Appeal:

Did the Court err in finding that the statutory immunity clause contained within section 43 of the *Energy Resources Conservation Act* bars an otherwise valid claim for breach of the right to freedom of expression made pursuant to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Did the Court err in finding that the [Board] does not owe a private duty of care to Ms. Ernst?

Did the Court err in finding that the statutory immunity clause contained within section 43 of the *Energy Resources Conservation Act* bars Ms. Ernst's claim against the [Board] for negligent omissions?

[92] Of particular significance, is Ms. Ernst's answer to question 7 in the Notice of Appeal. The question on the form was: "Is the constitutional validity of an Act or Regulation being challenged as a result of this appeal?" Ms. Ernst's response was: "No. The appeal, however, does relate to a claim made under s. 24 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*."

[93] In other words, once again, she denied that she was seeking to challenge the constitutionality of s. 43.

à obtenir des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* contournent des dispositions législatives prévoyant une immunité, [TRADUCTION] « les justiciables s'adresseraient aux tribunaux vêtus des atours de la *Charte* chaque fois qu'ils le pourraient » et invoqueraient « ce type de violation [. . .] dans les litiges les opposant à l'État chaque fois que cela serait possible ».

[90] Quoi qu'il en soit, le juge en chef Wittmann a fait remarquer que Mme Ernst n'était pas sans recours, puisqu'à l'instar de l'Office, il estimait qu'elle aurait pu présenter une demande de contrôle judiciaire, [TRADUCTION] « le recours éprouvé habituellement utilisé pour contester la décision d'un tribunal administratif ».

[91] Mme Ernst a formulé trois questions dans son avis d'appel officiel :

[TRADUCTION] La cour a-t-elle commis une erreur en concluant que la disposition législative prévoyant une immunité contenue à l'article 43 de l'*Energy Resources Conservation Act* fait obstacle à une demande par ailleurs valide pour violation du droit à la liberté d'expression présentée en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

La cour a-t-elle commis une erreur en concluant que [l'Office] n'a aucune obligation de diligence de droit privé envers Mme Ernst?

La cour a-t-elle commis une erreur en concluant que la disposition législative prévoyant une immunité contenue à l'article 43 de l'*Energy Resources Conservation Act* fait obstacle à la demande fondée sur la négligence par omission que Mme Ernst a présentée contre [l'Office]?

[92] La réponse de Mme Ernst à la question 7 de l'avis d'appel revêt une importance particulière. La question était ainsi énoncée dans le formulaire : [TRADUCTION] « La constitutionnalité d'une loi ou d'un règlement est-elle contestée par suite du présent appel? » Mme Ernst a répondu : « Non. L'appel concerne toutefois une demande présentée en vertu de l'art. 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. »

[93] En d'autres termes, Mme Ernst a une fois de plus nié qu'elle cherchait à contester la constitutionnalité de l'art. 43.

2017 SCC 1 (CanLII)

[94] Nonetheless, she sent a letter to the Attorneys General of Alberta and Canada, paradoxically confirming that she was not challenging the constitutionality of s. 43 under the *Charter*, but was challenging whether it applied to *Charter* claims:

Please note that it is the Appellant's position that she is not challenging the *constitutional validity* of any enactment (i.e. she is not seeking as a remedy a declaration striking down the section) but rather is challenging the *constitutional applicability* of s. 43 of the *Energy Resources Conservation Act* ("*ERCA*") to claims made pursuant to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Specifically, her position is that the statutory immunity contained within s. 43 of the *ERCA* cannot apply to claims made pursuant to the *Charter*. In the alternative the Appellant is seeking a declaration that to the extent that s. 43 of the *ERCA* is inconsistent with s. 24(1) of the *Charter*, it is of no force and effect. Because the Appellant is not challenging the constitutional validity of any enactment, the Appellant's position is that notice is not required under s. 24(1) the *Judicature Act*. Nevertheless, the Appellant is providing this notice out of an abundance of caution.

. . .

The Appellant has brought a claim against the Energy Resources Conservation Board alleging that the ERCB infringed her right to freedom of expression as guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms.* The Appellant seeks a remedy, namely *Charter* damages, under s. 24(1) of the *Charter*.

. . .

The Appellant will argue that a statutory immunity clause cannot provide immunity from valid *Charter* claims. The *Charter* guarantees not only fundamental freedoms, but crucially, also guarantees the right of Canadians to seek a remedy when these fundamental *Charter* rights and freedoms are violated. Section 24(1) of the *Charter* specifically provides remedies for unconstitutional government acts. These constitutional rights cannot be taken away by a statutory enactment purporting to grant immunity to the ERCB.

[94] Elle a néanmoins adressé aux procureurs généraux de l'Alberta et du Canada une lettre dans laquelle, paradoxalement, elle confirmait qu'elle ne contestait pas la constitutionnalité de l'art. 43 en invoquant la *Charte*, mais qu'elle remettait en cause l'applicabilité de l'art. 43 aux demandes fondées sur la *Charte* :

[TRADUCTION] Nous tenons à signaler que l'appelante ne conteste la *constitutionnalité* d'aucune disposition législative (c.-à-d. qu'elle ne cherche pas à obtenir, à titre de réparation, un jugement déclaratoire invalidant l'article en question), mais qu'elle conteste l'*applicabilité, sur le plan constitutionnel*, de l'art. 43 de l'*Energy Resources Conservation Act* (« *ERCA* ») aux demandes présentées en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Plus précisément, sa thèse est que l'immunité d'origine législative contenue à l'art. 43 de l'*ERCA* ne saurait s'appliquer à des demandes fondées sur la *Charte*. À titre subsidiaire, l'appelante réclame un jugement déclarant inopérant l'art. 43 de l'*ERCA* en ce qu'il est incompatible avec le par. 24(1) de la *Charte*. Comme l'appelante ne conteste la constitutionnalité d'aucune disposition législative, sa thèse est qu'elle n'avait pas l'obligation de donner l'avis prévu au par. 24(1) de la *Judicature Act*. L'appelante donne néanmoins cet avis par surcroît de prudence.

. . .

L'appelante a introduit contre l'Energy Resources Conservation Board (« Office ») une demande dans laquelle elle allègue que l'Office a violé son droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés.* L'appelante réclame une réparation, en l'occurrence des dommages-intérêts, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*.

. . .

L'appelante entend soutenir qu'une disposition législative prévoyant une immunité ne peut accorder l'immunité contre des poursuites valablement intentées en vertu de la *Charte.* La *Charte* garantit non seulement les libertés fondamentales, mais, chose essentielle, elle garantit aussi le droit des citoyens canadiens de réclamer une réparation lorsque les droits et libertés fondamentaux que leur garantit la *Charte* ont été violés. Le paragraphe 24(1) de la *Charte* permet expressément d'obtenir réparation pour les actes inconstitutionnels commis par l'État. Ces droits constitutionnels ne peuvent être retirés par un texte de loi censé accorder une immunité de poursuite à l'Office.

2017 SCC 1 (CanLII)

. . .

In sum, the Appellant is challenging the applicability of s. 43 of the *Energy Resources Conservation Act* to claims made pursuant to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms.* To the extent that s. 43 of the *ERCA* is inconsistent with s. 24(1) of the *Charter*, it is of no force and effect (underlining added; footnotes omitted).

[95] The Attorney General of Alberta intervened, arguing that because proper notice had not been given under s. 24 of Alberta's *Judicature Act*, R.S.A. 2000, c. J-2, he had been precluded from adducing evidence under s. 1. The Court of Appeal summarized his argument as follows:

The Minister of Justice and Solicitor General of Alberta intervened on the appeal arguing that proper notice had not been given (under s. 24 of the *Judicature Act*, RSA 2000, c. J-2) of the constitutional challenge to s. 43 of the *Energy Resources Conservation Act.* The Minister of Justice took the position that the appellant was attempting to raise a new argument on appeal, and that Alberta had been denied the opportunity to call evidence on the topic.

[96] The Court of Appeal dismissed the appeal.

[97] On appeal to this Court, Ms. Ernst reformulated her claim to add a challenge to the constitutional validity of s. 43.

Analysis

[98] All the provinces have statutes that require notice to be given to the Attorney General of that province in any proceeding where the constitutionality of a statute is in issue. Most provinces require that notice be given to the Attorney General of Canada as well. In Alberta, this requirement is found in s. 24 of Alberta's *Judicature Act*:

24(1) If in a proceeding the constitutional validity of an enactment of the Parliament of Canada or of the Legislature of Alberta is brought into question, the enactment shall not be held to be invalid unless 14 days' written

. . .

En somme, l'appelante conteste l'applicabilité de l'art. 43 de l'*Energy Resources Conservation Act* aux demandes présentées en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés.* L'article 43 de l'*ERCA* est inopérant en ce qu'il est incompatible avec le par. 24(1) de la *Charte* (je souligne; notes en bas de page omises).

[95] Le procureur général de l'Alberta est intervenu en faisant valoir que, comme l'avis exigé par l'art. 24 de la *Judicature Act*, R.S.A. 2000, c. J-2, de l'Alberta n'avait pas été régulièrement donné, il avait été privé de la possibilité de présenter des éléments de preuve fondés sur l'article premier. La Cour d'appel a résumé ainsi l'argument du procureur général :

[TRADUCTION] Le ministre de la Justice et solliciteur général de l'Alberta est intervenu dans l'appel en soutenant que l'avis (prévu à l'art. 24 de la *Judicature Act*, RSA 2000, c. J-2) n'avait pas été régulièrement donné pour contester la constitutionnalité de l'art. 43 de l'*Energy Resources Conservation Act.* Le ministre de la Justice s'est dit d'avis que l'appelante tentait de présenter un nouvel argument en appel et que l'Alberta s'était vu refuser la possibilité de produire des éléments de preuve à ce sujet.

[96] La Cour d'appel a rejeté l'appel.

[97] Dans le cadre du pourvoi formé devant notre Cour, Mme Ernst a reformulé sa demande pour y contester également la constitutionnalité de l'art. 43.

Analyse

[98] On trouve dans toutes les provinces des lois exigeant qu'un avis soit donné au procureur général de la province dans toute instance où la constitutionnalité d'une loi est en cause. La plupart des provinces exigent que cet avis soit également donné au procureur général du Canada. En Alberta, on trouve cette exigence à l'art. 24 de la *Judicature Act* :

[TRADUCTION]

24(1) Le texte de loi du Parlement du Canada ou de la législature de l'Alberta dont la validité constitutionnelle est mise en cause dans une instance judiciaire ne peut être invalidé que si un préavis écrit de 14 jours a été

2017 SCC 1 (CanLII)

notice has been given to the Attorney General of Canada and the Minister of Justice and Solicitor General of Alberta.

(2) When in a proceeding a question arises as to whether an enactment of the Parliament of Canada or of the Legislature of Alberta is the appropriate legislation applying to or governing any matter or issue, no decision may be made on it unless 14 days' written notice has been given to the Attorney General of Canada and the Minister of Justice and Solicitor General of Alberta.

(3) The notice shall include what enactment or part of an enactment is in question and give reasonable particulars of the proposed argument.

(4) The Attorney General of Canada and the Minister of Justice and Solicitor General of Alberta are entitled as of right to be heard, either in person or by counsel, notwithstanding that the Crown is not a party to the proceeding.

[99] Notice requirements serve a "vital purpose" when constitutional questions arise in litigation. They ensure "that courts have a full evidentiary record before invalidating legislation and that governments are given the fullest opportunity to support the validity of legislation" (*Guindon v. Canada*, [2015] 3 S.C.R. 3, at para. 19; see also *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, at paras. 58-59; *R. v. Aberdeen* (2006), 384 A.R. 395 (C.A.); *TransCanada Pipelines Ltd. v. Beardmore (Township)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 403 (Ont. C.A.), at paras. 160-62; *R. v. Lilgert* (2014), 16 C.R. (7th) 346 (B.C.C.A.), at paras. 7-22).

[100] In Alberta, the Court of Appeal has emphasized that it requires strict adherence to the notice provisions regarding constitutional questions found in the *Judicature Act* (*Aberdeen*; *Broddy v. Alberta (Director of Vital Statistics)* (1982), 142 D.L.R. (3d) 151 (Alta. C.A.), at para. 41; *Seweryn v. Alberta (Appeals Commission for Alberta Workers' Compensation)*, 2016 ABCA 239, at paras. 3-5 (CanLII); *R. v. Redhead* (2006), 384 A.R. 206 (C.A.), at paras. 46-47). In *Aberdeen*, the Crown appealed a determination made as to the constitutionality of the retrospective application of the *Sex Offender Information Registration Act*, S.C. 2004, c. 10, on the ground that proper notice under the

donné au procureur général du Canada et au ministre de la Justice et solliciteur général de l'Alberta.

(2) Lorsque, dans une instance judiciaire, l'applicabilité d'un texte de loi du Parlement du Canada ou de la législature de l'Alberta à une question est soulevée, aucune décision ne peut être prise tant qu'un préavis écrit de 14 jours n'a pas été donné au procureur général du Canada et au ministre de la Justice et solliciteur général de l'Alberta.

(3) L'avis doit préciser le texte de loi ou la partie du texte en question et fournir des éléments suffisamment détaillés de l'argumentation proposée.

(4) Le procureur général du Canada et le ministre de la Justice et solliciteur général de l'Alberta peuvent, de plein droit, se faire entendre, en personne ou par l'entremise d'un avocat, même si Sa Majesté n'est pas partie à l'instance.

[99] L'obligation de donner avis a un « objectif fondamental » lorsque des questions constitutionnelles sont soulevées dans le cadre d'un procès, en l'occurrence « celui de faire en sorte que le tribunal se prononce sur la validité de la disposition à partir d'un dossier de preuve complet et que l'État ait vraiment l'occasion de soutenir la validité de la disposition » (*Guindon c. Canada*, [2015] 3 R.C.S. 3, par. 19; voir aussi *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 58-59; *R. c. Aberdeen* (2006), 384 A.R. 395 (C.A.); *TransCanada Pipelines Ltd. c. Beardmore (Township)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 403 (C.A. Ont.), par. 160-162; *R. c. Lilgert* (2014), 16 C.R. (7th) 346 (C.A. C.-B.), par. 7-22).

[100] En Alberta, la Cour d'appel a insisté sur la nécessité de respecter rigoureusement les dispositions relatives aux avis en matière de questions constitutionnelles qui figurent dans la *Judicature Act* (*Aberdeen*; *Broddy c. Alberta (Director of Vital Statistics)* (1982), 142 D.L.R. (3d) 151 (C.A. Alb.), par. 41; *Seweryn c. Alberta (Appeals Commission for Alberta Workers' Compensation)*, 2016 ABCA 239, par. 3-5 (CanLII); *R. c. Redhead* (2006), 384 A.R. 206 (C.A.), par. 46-47). Dans l'affaire *Aberdeen*, Sa Majesté avait interjeté appel d'une décision portant sur la constitutionnalité de l'application rétroactive de la *Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels*, L.C. 2004, c. 10, au

2017 SCC 1 (CanLII)

Judicature Act was not given to the Attorneys General of Alberta and Canada. The Court of Appeal allowed the appeal in language of relevance to our case:

The requirement of notice is to ensure that governments have a full opportunity to support the constitutional validity of their legislation, or to defend their action or inaction, and to ensure that courts have an adequate evidentiary record in constitutional cases. The notice requirements depend on whether a constitutional remedy is sought and whether the remedy falls under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* or ss. 24(1) or 24(2) of the *Charter*.

That raises the question, what is the nature of the constitutional remedy sought here? The respondents submit that the remedy being sought is under s. 24(1) of the *Charter* and therefore the notice is not required. We disagree. The nature of the relief sought is essentially a s. 52(1) remedy. We find the reasoning adopted by the court in *R. v. Murrins (D.)* (2002), 201 N.S.R. (2d) 288 [C.A.], persuasive. In *Murrins*, supra, the court considered the retrospective application of a DNA order in the face of the same s. 11(i) *Charter* argument as is made before us. The court held that if the retrospective application of a DNA order resulted in a *Charter* infringement of Murrins' rights, it would violate the s. 11(i) *Charter* right of every offender who is subject to such an application and who committed the designated offence prior to its enactment. Thus, the issue was not simply whether Murrins' right under s. 11(i) *Charter* was infringed, but whether the provision was constitutionally valid.

That logic applies with equal force to the appeals before us. Despite the attempt by defence counsel to characterize the issue as a s. 24(1) *Charter* remedy, it is in effect a s. 52(1) *Charter* remedy that challenges the constitutional validity of the retrospective application of [the *Sex Offender Information Registration Act*, S.C. 2004, c. 10].

The argument that de facto notice was received is not supported by the evidence. The practical effect of the

motif que l'avis prévu par la *Judicature Act* n'avait pas été régulièrement donné aux procureurs généraux de l'Alberta et du Canada. La Cour d'appel a accueilli l'appel en tenant des propos qui présentent un intérêt en l'espèce :

[TRADUCTION] L'obligation de donner avis vise, d'une part, à garantir que l'État a la possibilité voulue de soutenir la constitutionnalité de ses lois ou de défendre son action ou son inaction et, d'autre part, à veiller à ce que les tribunaux disposent d'un dossier de preuve suffisant lorsqu'ils sont saisis d'une affaire constitutionnelle. Les exigences en matière d'avis s'appliquent si la réparation demandée est d'ordre constitutionnel et si elle relève du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ou des par. 24(1) ou 24(2) de la *Charte*.

D'où la question de savoir quelle est la nature de la réparation constitutionnelle réclamée en l'espèce. Les intimés affirment que la réparation est fondée sur le par. 24(1) de la *Charte* et qu'aucun avis n'est donc requis. Nous ne sommes pas d'accord avec eux sur ce point. Il s'agit essentiellement d'une réparation de la nature de celles qui sont prévues au par. 52(1). Nous estimons que le raisonnement suivi par la cour dans l'arrêt *R. c. Murrins (D.)* (2002), 201 N.S.R. (2d) 288 [C.A.], est convaincant. Dans l'arrêt *Murrins*, précité, la cour s'est penchée sur l'application rétroactive d'une ordonnance de prélèvement génétique dans une affaire où était invoqué le même argument tiré de l'al. 11i) de la *Charte* que celui qui nous est soumis en l'espèce. La cour a statué que si l'application rétroactive de l'ordonnance de prélèvement génétique donnait lieu à une violation des droits de M. Murrins, elle violerait le droit garanti par l'al. 11i) de la *Charte* à tout contrevenant faisant l'objet d'une telle requête qui aurait commis l'infraction désignée avant son adoption. Il ne s'agissait donc pas simplement de savoir si le droit garanti à M. Murrins par l'al. 11i) de la *Charte* avait été violé, mais aussi de savoir si cette disposition était constitutionnelle.

Cette logique s'applique avec autant de vigueur dans les appels dont nous sommes saisis. Malgré les tentatives qu'a faites l'avocat de la défense pour qualifier la question de recours fondé sur le par. 24(1) de la *Charte*, il s'agit en réalité d'une demande de réparation fondée sur le par. 52(1) pour violation de la *Charte* et de contestation de la constitutionnalité de l'application rétroactive de [la *Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels*, L.C. 2004, c. 10].

La preuve n'appuie pas l'argument suivant lequel il y a eu un avis de facto. La Cour suprême du Canada s'est

2017 SCC 1 (CanLII)

absence of notice was addressed in *Eaton v. Board of Education of Brant County*, [1997] 1 S.C.R. 241[,] . . . where the court favoured the view that in the absence of notice, the decision is ipso facto invalid. Were we in error on the approach to be taken, the record itself establishes prejudice to the Crown: no one appeared for the federal Crown and hence it had no opportunity to make submissions or to supplement the record. Secondly, there was no opportunity to put forward an evidentiary record in support of a s. 1 *Charter* argument on the part of either Attorney General.

(*Aberdeen*, at paras. 12-15, per Paperny J.A.)

[101] This approach is precisely the route Ms. Ernst took almost a decade after the Alberta Court of Appeal impugned it, arguing that her claim was a s. 24(1) *Charter* remedy and that notice was therefore not required. As in *Aberdeen*, hers is a veiled s. 52 *Charter* claim.

[102] The Alberta Court of Appeal's censure was echoed by this Court in *Guindon*. In *Guindon*, this Court concluded that a new constitutional question ought not be answered at this level unless the state of the record, the fairness to all parties, the importance of having the issue resolved by this Court, the question's suitability for decision, and the broader interests of the administration of justice demand it. *Guindon* emphasized that the "test for whether new issues should be considered is a stringent one", and the discretion to hear new issues "should only be exercised exceptionally and never unless the challenger shows that doing so causes no prejudice to the parties".

[103] The threshold for the exceptional exercise of this Court's discretion to answer a new constitutional question, articulated most recently in *Guindon* but also in full view in this Court's prior decision in *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, is nowhere in sight in this case.

penchée sur l'effet juridique concret de l'absence d'avis dans *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241[,] [. . .] où elle était favorable à l'opinion selon laquelle, en l'absence d'avis, la décision est ipso facto invalide. Si nous faisons erreur quant à l'approche à adopter, le dossier lui-même démontre le préjudice subi par Sa Majesté : personne n'a comparu au nom de la Couronne fédérale, qui n'a donc pas eu la possibilité de faire valoir son point de vue ou d'étoffer le dossier. En second lieu, aucun des deux procureurs généraux n'a eu l'occasion de soumettre un dossier de preuve à l'appui d'un moyen tiré de l'article premier de la *Charte*.

(*Aberdeen*, par. 12-15, la juge Paperny)

[101] C'est précisément la démarche qu'a adoptée Mme Ernst presque une décennie après son rejet par la Cour d'appel de l'Alberta, en soutenant que sa demande était fondée sur le par. 24(1) de la *Charte* et qu'elle n'avait donc pas à donner d'avis. Tout comme dans l'affaire *Aberdeen*, sa demande se fonde à mots couverts sur l'art. 52.

[102] Notre Cour a repris à son compte dans *Guindon* la censure de la Cour d'appel de l'Alberta. Dans cet arrêt, notre Cour a en effet conclu qu'elle ne devait pas répondre à une nouvelle question constitutionnelle à cette étape à moins que la teneur du dossier, l'équité envers toutes les parties, l'importance que la question soit résolue par la Cour, le fait que la question se prête à une décision et les intérêts de l'administration de la justice en général ne l'exigent. Dans l'arrêt *Guindon*, notre Cour a souligné que le « critère applicable pour décider de l'opportunité d'examiner une question nouvelle est strict » et que la Cour ne devait exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui permettait d'examiner une question nouvelle « qu'à titre exceptionnel et jamais sans que le plaideur ne démontre que les parties n'en subiront pas un préjudice ».

[103] On ne trouve en l'espèce pas la moindre allusion au seuil qui permettrait à notre Cour d'exercer de façon exceptionnelle son pouvoir discrétionnaire pour répondre à une nouvelle question constitutionnelle. Ce seuil a été formulé tout récemment dans *Guindon*, et ce, en toute connaissance de l'arrêt antérieur *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241.

2017 SCC 1 (CanLII)

[104] As the prior jurisprudence confirms, the fact that, at the request of a party, the Chief Justice has framed a constitutional question, does not obligate the Court to answer it if it would be inappropriate to do so (*Bell ExpressVu Limited Partnership*, at para. 59; *Eaton*, at para. 47).

[105] The Attorney General of Alberta and the Board both explicitly articulated their concerns objecting to the improper notice and the raising of new constitutional questions on appeal. The Board raised the matter before this Court in its response to Ms. Ernst's motion to state a constitutional question. The Attorney General of Alberta raised the notice issue at the Alberta Court of Appeal, and his materials were attached in the Board's response materials as well.

[106] While those concerns were raised before *Guindon* was released, they were nevertheless based on Alberta's and this Court's analogous jurisprudence. The Board's response to Ms. Ernst's motion to state a constitutional question, for example, stated:

> This Court generally, and save in exceptional circumstances, will not state a constitutional question where, as here, that issue has not been raised in the courts below. The Appellant did not challenge the constitutional validity or applicability of s. 43 of the *ERCA* in the Court of Queen's Bench. At the Court of Appeal, the Appellant did not raise a proper constitutional question in respect of s. 43 of the *ERCA*. The Court did not address the constitutional applicability or validity of that section.
>
> The distinction between the issue raised by the Appellant in the Courts below and a proper constitutional question is not a mere technicality, of no import to the parties. It is a question of procedural fairness. If the Appellant seeks to challenge the constitutional applicability or validity of a legislative provision, she is required to do so expressly, properly and precisely. If the Appellant wishes to raise a constitutional question, the parties are entitled to know what that question is. Indeed, the ERCB should

[104] Tel que le confirme la jurisprudence, le fait que la Juge en chef a formulé une question constitutionnelle à la demande d'une partie n'oblige pas la Cour à y répondre s'il serait inopportun de le faire (*Bell ExpressVu Limited Partnership*, par. 59; *Eaton*, par. 47).

[105] Le procureur général de l'Alberta et l'Office ont tous deux explicitement fait part de leurs préoccupations en s'opposant à l'avis irrégulier et à l'évocation de nouvelles questions constitutionnelles en appel. L'Office a soulevé la question devant notre Cour en réponse à la requête de Mme Ernst en formulation d'une question constitutionnelle. Le procureur général de l'Alberta a pour sa part soulevé la question de l'avis en Cour d'appel de l'Alberta et ses documents accompagnaient également ceux déposés par l'Office à l'appui de sa réponse.

[106] Bien que ces préoccupations aient été exprimées avant le prononcé de l'arrêt *Guindon*, elles reposaient néanmoins sur la jurisprudence analogue de l'Alberta et de notre Cour. Par exemple, l'Office a affirmé ce qui suit dans sa réponse à la requête de Mme Ernst en formulation d'une question constitutionnelle :

> [TRADUCTION] Sauf circonstances exceptionnelles, la Cour ne formule généralement pas une question constitutionnelle dans un cas, comme en l'espèce, où cette question n'a pas été soulevée devant les juridictions inférieures. L'appelante n'a pas contesté la validité ou l'applicabilité constitutionnelle de l'art. 43 de l'*ERCA* en Cour du Banc de la Reine. En Cour d'appel, l'appelante n'a pas soulevé une question constitutionnelle régulière à l'égard de cet article. La Cour d'appel n'a pas non plus abordé l'applicabilité ou la validité constitutionnelle de celui-ci.
>
> La distinction entre la question soulevée par l'appelante devant les juridictions inférieures et une question constitutionnelle régulière n'est pas un simple point technique sans importance pour les parties. C'est une question d'équité procédurale. Si l'appelante cherche à contester l'applicabilité ou la validité constitutionnelle d'une disposition législative, elle doit le faire en termes exprès, comme il se doit et avec précision. Si elle veut soulever une question constitutionnelle, les autres parties

2017 SCC 1 (CanLII)

not be made the primary defender of the constitutionality of legislation. That is the primary function of the Attorney General.

[107] This brings us to the factors set out in *Guindon*, which gave structure to this Court's prior jurisprudence. Beginning with the "state of the record", Ms. Ernst is asking this Court to pronounce on the constitutional applicability and operability of s. 43 in the absence of any submissions or evidence from the Attorney General of Alberta. This is troubling for several reasons.

[108] First, the public interest requires that the fullest and best evidence possible be put before the Court when it is asked to decide the constitutionality of a law. This was explained by Sopinka J. in *Eaton* where he said:

> In our constitutional democracy, it is the elected representatives of the people who enact legislation. While the courts have been given the power to declare invalid laws that contravene the *Charter* and are not saved under s. 1, this is a power not to be exercised except after the fullest opportunity has been accorded to the government to support its validity. To strike down by default a law passed by and pursuant to the act of Parliament or the legislature would work a serious injustice not only to the elected representatives who enacted it but to the people. Moreover, in this Court, which has the ultimate responsibility of determining whether an impugned law is constitutionally infirm, it is important that in making that decision, *we have the benefit of a record that is the result of thorough examination of the constitutional issues in the courts or tribunal from which the appeals arise* (emphasis added; para. 48).

[109] This requires the participation and input of the appropriate Attorneys General, especially from the jurisdiction of the legislation in question. In this case, there is no such evidentiary record about the constitutionality of s. 43 because until she came to this Court, Ms. Ernst denied that she was even challenging the constitutionality of s. 43.

ont le droit de la connaître. En fait, l'Office ne doit pas devenir le défenseur principal de la constitutionnalité d'une loi. C'est là la fonction première du procureur général.

[107] Cela nous amène aux facteurs énoncés dans *Guindon*, qui donne une structure à la jurisprudence de notre Cour. Pour ce qui est tout d'abord de la « teneur du dossier », Mme Ernst demande à notre Cour de se prononcer sur l'applicabilité et l'opérabilité, du point de vue constitutionnel, de l'art. 43 sans qu'aucun argument ou élément de preuve n'ait été présenté par le procureur général de l'Alberta. Ce fait est troublant pour plusieurs raisons.

[108] Tout d'abord, l'intérêt public exige de soumettre à la Cour la preuve la meilleure et la plus complète possible lorsque la Cour est appelée à statuer sur la constitutionnalité d'une loi. C'est ce que le juge Sopinka explique dans l'arrêt *Eaton* :

> Dans notre démocratie constitutionnelle, ce sont les représentants élus du peuple qui adoptent les lois. Bien que les tribunaux aient reçu le pouvoir de déclarer invalides les lois qui contreviennent à la *Charte* et qui ne sont pas sauvegardées en vertu de l'article premier, c'est un pouvoir qui ne doit être exercé qu'après que le gouvernement a vraiment eu l'occasion d'en soutenir la validité. Annuler par défaut une disposition législative adoptée par le Parlement ou une législature causerait une injustice grave non seulement aux représentants élus qui l'ont adoptée mais également au peuple. En outre, devant notre Cour, qui a la responsabilité ultime de déterminer si une loi contestée est inconstitutionnelle, il est important que, pour rendre cette décision, *nous disposions d'un dossier qui résulte d'un examen en profondeur des questions constitutionnelles soulevées devant les cours ou le tribunal dont les jugements sont portés en appel* (italiques ajoutés; par. 48).

[109] Cela nécessite la participation et le concours des procureurs généraux concernés, surtout celui du ressort où a été adoptée la loi en question. En l'espèce, il n'y a pas de dossier de preuve portant sur la constitutionnalité de l'art. 43 parce que, jusqu'au moment où elle s'est présentée devant notre Cour, Mme Ernst niait carrément qu'elle contestait la constitutionnalité de l'art. 43.

2017 SCC 1 (CanLII)

[110] In *Guindon*, the Court was also concerned about the waste of judicial resources that would result from the Court not considering the case on its merits by "[i]nsisting on the notice provision in the lower courts where . . . it would serve no purpose to do so" because this Court had "the benefit of fully developed reasons for judgment on the constitutional point in both of the courts below", and several Attorneys General had "addressed the merits of the constitutional argument" before this Court (at paras. 35-36).

[111] In the case before us, the constitutionality of s. 43 was never fully or properly addressed, again because of Ms. Ernst's express denial that she was challenging it. This meant that the Attorney General of Alberta, among others, was prevented from offering justificatory evidence for the Court of Appeal's — and this Court's — consideration.

[112] The "fairness to the parties" factor also weighs heavily against this Court exercising its discretion to decide the constitutionality of s. 43. In *Guindon*, in finding that the constitutionality of the provision at issue *should* be decided, the Court observed that "[n]o one has suggested that any additional evidence is required, let alone requested permission to supplement the record" (para. 35). In this case, the opposite is true. The Board, as already stated, asked this Court not to hear the constitutional question because it was not properly raised in the courts below, leaving it, rather than the Attorney General, unfairly as the sole defender of a provision in its enabling statute. At the Alberta Court of Appeal, the Attorney General of Alberta, for his part, also expressly raised concerns about the lack of notice and his inability to adduce evidence at the trial court and the appellate court. He stated that the government was "depriv[ed] . . . of an opportunity to adduce any relevant evidence", and that it was "precluded from considering whether to call evidence of justification under s. 1" essentially because

[110] Dans *Guindon*, la Cour s'est dite également préoccupée par le gaspillage de ressources judiciaires qui résulterait du refus de la Cour de se prononcer sur l'affaire au fond si l'on « [s]'attach[ait] au respect de la disposition qui prescrit l'avis devant les juridictions inférieures lorsque [. . .] cela ne servirait à rien », d'autant plus que, dans cette affaire, notre Cour « dispos[ait] [. . .] des motifs de jugement détaillés des deux juridictions inférieures sur la question constitutionnelle » et que plusieurs procureurs généraux s'étaient « exprimés sur le bien-fondé de l'argument constitutionnel » devant notre Cour (par. 35-36).

[111] Dans l'affaire qui nous occupe, la constitutionnalité de l'art. 43 n'a jamais été pleinement ou correctement abordée, là encore parce que Mme Ernst niait expressément qu'elle la contestait. Cela veut dire qu'à l'instar d'autres intéressés, le procureur général de l'Alberta a été empêché de soumettre des éléments de preuve justificatifs à l'examen de la Cour d'appel et de notre Cour.

[112] Le facteur de l'« équité envers les parties » joue lui aussi lourdement en défaveur de l'exercice, par notre Cour, de son pouvoir discrétionnaire pour se prononcer sur la constitutionnalité de l'art. 43. Dans l'arrêt *Guindon*, pour conclure qu'*il y avait lieu* de se prononcer sur la constitutionnalité de la disposition en litige, la Cour a fait observer que « [n]ul ne soutient qu'une preuve supplémentaire s'impose, sans compter qu'aucune demande d'autorisation d'étoffer la preuve n'a été présentée » (par. 35). En l'espèce, c'est plutôt le contraire. Comme je l'ai déjà dit, l'Office a demandé à notre Cour de ne pas instruire la question constitutionnelle parce qu'elle n'avait pas été régulièrement soulevée devant les juridictions inférieures, de sorte que c'est l'Office, et non le procureur général, qui s'est injustement retrouvé dans le rôle d'unique défenseur d'une disposition de sa loi habilitante. En Cour d'appel de l'Alberta, le procureur général de cette province avait pour sa part formulé lui aussi expressément des réserves au sujet du défaut d'avis et de son incapacité à présenter des éléments

2017 SCC 1 (CanLII)

of the indirect and unclear nature of how the issue was raised there.

[113] The failure to provide notice about the intention to challenge the constitutionality of s. 43 has therefore resulted in no record and in the Attorney General of Alberta having lost the opportunity to properly meet the case against it. This makes Ms. Ernst's request that this Court assess the application of the statutory immunity clause inappropriate — and unwise.

[114] Ms. Ernst's approach represents not only an improper collateral attack on s. 43's constitutionality, it is a dramatic jurisprudential development with profound implications for judicial and quasi-judicial decision-makers across Canada. It is crucial to note that immunity clauses protecting judicial and quasi-judicial bodies are found in, among other Canadian statutes, the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, ss. 33.1(21), 49(27), 82, and 86.2(19), providing immunity for Judges, Masters, Case Management Masters, and Judicial Council; the *Provincial Court Act*, R.S.A. 2000, c. P-31, s. 68, providing immunity for Mediators; the *Court of Queen's Bench Act*, R.S.A. 2000, c. C-31, s. 14, providing immunity for Masters; the *Provincial Court Act*, R.S.B.C. 1996, c. 379, ss. 27.3 and 42, providing immunity for tribunals, any person acting on their behalf, and Provincial Court Judges; the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 12(6), providing immunity for Prothonotaries; the *Justices of the Peace Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. J-3, s. 4(5), providing immunity for the Justices of the Peace Review Council; *The Justices of the Peace Act, 1988*, S.S. 1988-89, c. J-5.1, s. 12.9, providing immunity for the Chief Judge, the Justices of the Peace Review Council, the investigation committee and any member or officer of the Council

de preuve tant en première instance qu'en cour d'appel. Il a déclaré que l'État avait été [TRADUCTION] « priv[é] [. . .] de toute possibilité de produire des éléments de preuve pertinents » et qu'il avait été « empêché d'examiner l'opportunité de présenter des éléments de preuve justificatifs fondés sur l'article premier », essentiellement en raison de la façon indirecte et ambiguë dont la question avait été soulevée dans cette affaire.

[113] Le défaut de Mme Ernst de donner avis de son intention de contester la constitutionnalité de l'art. 43 s'est par conséquent traduit par une absence de dossier et par le fait que le procureur général de l'Alberta a perdu la possibilité de répondre convenablement aux allégations formulées contre cet article. Dans ces conditions, il est inopportun et mal avisé pour Mme Ernst de demander à notre Cour de se prononcer sur l'application de la disposition législative prévoyant une immunité.

[114] L'approche préconisée par Mme Ernst représente non seulement une attaque indirecte irrégulière de la constitutionnalité de l'art. 43, mais aussi un revirement jurisprudentiel radical qui a de profondes répercussions sur les décideurs judiciaires et quasi judiciaires partout au Canada. Il est indispensable de rappeler que des dispositions d'immunité protégeant les organismes judiciaires et quasi judiciaires se retrouvent, entre autres, dans les lois canadiennes suivantes : la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, c. C.43, par. 33.1(21), 49(27), art. 82 et par. 86.2(19), qui accorde l'immunité de poursuite aux juges, aux protonotaires, aux protonotaires chargés de la gestion des causes et au Conseil de la magistrature; la *Provincial Court Act*, R.S.A. 2000, c. P-31, art. 68, qui accorde l'immunité aux médiateurs; la *Court of Queen's Bench Act*, R.S.A. 2000, c. C-31, art. 14, qui accorde l'immunité aux protonotaires; la *Provincial Court Act*, R.S.B.C. 1996, c. 379, art. 27.3 et 42, qui accorde l'immunité aux tribunaux administratifs, aux personnes agissant en leur nom et aux juges de la Cour provinciale; la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7, par. 12(6), qui accorde aux protonotaires l'immunité de poursuite; la *Loi sur les juges de paix*, L.R.T.N.-O. 1988, c. J-3, par. 4(5), qui accorde l'immunité au Conseil de surveillance des juges de paix;

2017 SCC 1 (CanLII)

2017 SCC 1 (CanLII)

or committee; *The Human Rights Code*, C.C.S.M., c. H175, s. 62, providing immunity for the Manitoba Human Rights Commission, any of its members, officers, employees and adjudicators; the *Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45, Part 8, providing immunity to tribunal members, adjudicators and registrars; the *Law Society Act*, R.S.O. 1990, c. L.8, s. 9, providing immunity for benchers, officers and employees; the *Labour Board Act*, S.N.S. 2010, c. 37, s. 11, providing immunity for the Labour Board and its members; the *Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, c. 244, s. 145.4, providing immunity for mediators and the industrial inquiry commission; the *Workplace Safety and Insurance Act, 1997*, S.O. 1997, c. 16, Sch. A, s. 179(1), providing immunity for members, officers and employees of the Workplace Safety and Insurance Board or a person engaged by the Board to conduct examinations; the *Environmental Review Tribunal Act, 2000*, S.O. 2000, c. 26, Sch. F, s. 8.1(1), providing immunity for any member or employee of the Tribunal; and the *Public Inquiry Act*, S.B.C. 2007, c. 9, s. 32, providing immunity for a commission, commissioners, and persons acting on behalf of or under the direction of a commissioner.

la *Loi de 1988 sur les juges de paix*, L.S. 1988-89, c. J-5.1, art. 12.9, qui accorde l'immunité de poursuite au Juge en chef, au Conseil de révision des activités des juges de paix, au comité d'enquête et aux membres et dirigeants du Conseil ou d'un comité; le *Code des droits de la personne*, C.P.L.M., c. H175, art. 62, qui accorde l'immunité à la Commission des droits de la personne du Manitoba de même qu'à ses membres, cadres, employés et arbitres; l'*Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45, partie 8, qui accorde l'immunité aux membres, arbitres et greffiers des tribunaux administratifs; la *Loi sur le Barreau*, L.R.O. 1990, c. L.8, art. 9, qui accorde l'immunité aux conseillers, dirigeants et employés du Barreau; la *Labour Board Act*, S.N.S. 2010, c. 37, art. 11, qui accorde l'immunité à la Commission des relations de travail et à ses membres; le *Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, c. 244, art. 145.4, qui accorde l'immunité aux médiateurs et à la commission d'enquête sur les relations de travail; la *Loi de 1997 sur la sécurité professionnelle et l'assurance contre les accidents du travail*, L.O. 1997, c. 16, ann. A, par. 179(1), qui accorde l'immunité aux membres, administrateurs et employés de la Commission de la sécurité professionnelle et de l'assurance contre les accidents du travail et à toute personne engagée par la Commission pour procéder à un examen; la *Loi de 2000 sur le Tribunal de l'environnement*, L.O. 2000, c. 26, ann. F, par. 8.1(1), qui accorde l'immunité aux membres et aux employés du Tribunal; et la *Public Inquiry Act*, S.B.C. 2007, c. 9, art. 32, qui accorde l'immunité à une commission, aux commissaires et aux personnes agissant au nom d'un commissaire ou sous son autorité.

[115] The jurisprudence also confirms that judicial and quasi-judicial decision-makers are protected by common law immunities. This includes law society benchers and investigators acting on their behalf (*Edwards*); public inquiry officials (*Alkasabi v. Ontario*, 1994 CarswellOnt 3639, 48 A.C.W.S. (3d) 1306, at paras. 15-17; *Morier v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716, at pp. 737-45); and judges (*MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796, at pp. 830-31; *Taylor v. Canada (Attorney General)*, [2000] 3 F.C. 298 (C.A.), at paras. 25-29); see also discussions in Peter W. Hogg, Patrick J. Monahan, and Wade K. Wright, *Liability of the Crown* (4th ed. 2011), at

[115] La jurisprudence confirme par ailleurs que les décideurs judiciaires ou quasi judiciaires jouissent d'immunités en common law. Sont protégés notamment les conseillers du Barreau et les enquêteurs agissant en leur nom (*Edwards*), les commissaires agissant dans le cadre d'une enquête publique (*Alkasabi c. Ontario*, 1994 CarswellOnt 3639, 48 A.C.W.S. (3d) 1306, par. 15-17; *Morier c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716, p. 737-745) et les juges (*MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796, p. 830-831; *Taylor c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 298 (C.A.), par. 25-29); voir également les commentaires dans Peter W. Hogg,

pp. 283-91; and Robert D. Kligman, "Judicial Immunity" (2011), 38 *Adv. Q.* 251, at pp. 251-61.

[116] Immunizing these judicial and quasi-judicial adjudicators from personal damages claims is grounded in attempts to protect their independence and impartiality, and to facilitate the proper and efficient administration of justice. In *Canada (Attorney General) v. Slansky*, [2015] 1 F.C.R. 81 (C.A.), at paras. 134-37, Mainville J.A. summarized the role that immunity plays for the judiciary:

> The principle of judicial independence has resulted in concomitant immunities, most notably (a) the immunity of a judge from suit and prosecution, and (b) the immunity of a judge from testifying about or otherwise justifying the reasons for a particular decision beyond those given in open court: *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796 (*MacKeigan*), at page 830.
>
> The immunity of a judge from suit and prosecution has long been recognized as necessary to maintain public confidence in the judicial system: *Garnett v. Ferrand* (1827), 6 B. & C. 611, at pages 625-626, quoted approvingly in *Morier et al. v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716 (*Morier*), at page 737. The immunity serves to ensure that the judge is free in thought and independent in judgment: *Morier*, at pages 737-745. As noted by Lord Denning in *Sirros v. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118 (C.A.), quoted approvingly in *Morier*, at page 739 and in *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at pages 155-156:
>
> > If the reason underlying this immunity is to ensure "that they may be free in thought and independent in judgment," it applies to every judge, whatever his rank. Each should be protected from liability to damages when he is acting judicially. Each should be able to do his work in complete independence and free from fear. He should not have to turn the pages of his books with trembling fingers, asking himself: "If I do this, shall I be liable to damages?"

Patrick J. Monahan et Wade K. Wright, *Liability of the Crown* (4e éd. 2011), p. 283-291; et dans Robert D. Kligman, « Judicial Immunity » (2011), 38 *Adv. Q.* 251, p. 251-261.

[116] L'immunité à l'égard des recours personnels en dommages-intérêts intentés contre les décideurs judiciaires et quasi judiciaires susmentionnés est motivée par la volonté de protéger leur indépendance et leur impartialité et par le souci de favoriser la bonne administration de la justice et d'en renforcer l'efficacité. Dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Slansky*, [2015] 1 R.C.F. 81 (C.A.), par. 134-137, le juge Mainville résume ainsi le rôle que joue l'immunité dans le cas des juges :

> Le principe de l'indépendance judiciaire a donné lieu à des immunités concomitantes, notamment a) l'immunité d'un juge contre les poursuites, et b) l'immunité d'un juge contre l'obligation de témoigner ou de fournir une quelconque justification au sujet des motifs d'une décision donnée, mis à part les motifs rendus au cours de l'audience publique : *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796 (*MacKeigan*), à la page 830.
>
> L'immunité des juges contre les poursuites est depuis longtemps reconnue comme étant nécessaire pour maintenir la confiance du public envers le système judiciaire : *Garnett c. Ferrand* (1827), 6 B. & C. 611, aux pages 625 et 626, cité avec approbation dans l'arrêt *Morier et autre c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716 (*Morier*), à la page 737. L'immunité sert à garantir que le juge est libre d'esprit et indépendant de pensée : *Morier*, aux pages 737 à 745. Comme le fait remarquer lord Denning dans la décision *Sirros c. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118 (C.A.), cité avec approbation dans l'arrêt *Morier*, à la page 739 et dans l'arrêt *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, aux pages 155 et 156 :
>
> > [TRADUCTION] Si la raison d'être de l'immunité est de garantir qu'ils « soient libres d'esprit et indépendants de pensée », elle s'applique à tous les juges indépendamment de leur rang. Tout juge doit être à l'abri de toute action en responsabilité lorsqu'il agit de façon judiciaire. Tout juge devrait être en mesure de travailler en toute indépendance et à l'abri de toute crainte. Il ne doit pas feuilleter ses recueils en tremblant et en se demandant « Si je prends ce parti, suis-je exposé à une action en responsabilité? »

2017 SCC 1 (CanLII)

The additional immunity from accounting for or justifying judicial decisions beyond those reasons provided in open court also serves to ensure the independence of judges and to instil public confidence in the judicial process: *MacKeigan*, at pages 828-830. As noted by McLachlin J. (as she then was), at page 831 of that decision, "To entertain the demand that a judge testify before a civil body, an emanation of the legislature or executive, on how and why he or she made his or her decision would be to strike at the most sacrosanct core of judicial independence."

It is important to bear in mind that these immunities are there not for the benefit of individual judges; rather they exist for the benefit of the community as a whole. Indeed, an independent judiciary free from improper influence is an essential component of a free and democratic society.

[117] The same analysis applies to quasi-judicial decision-makers, which is why legislatures and Parliament have extended statutory immunity to administrative boards and tribunals: see Hogg, Monahan and Wright, at p. 289, and Kligman, at pp. 259-61.

[118] Further, this Court has already accepted an immunity that protects regulatory boards from negligence claims that arise from the policy decisions they make, whether or not they are made in their adjudicative capacity: *Cooper*, at para. 38, and *Edwards*. In *Edwards*, for example, the Law Society of Upper Canada was sued in negligence for failing to properly investigate and remedy a situation where a lawyer's trust fund had been compromised, despite the Law Society being advised of the suspicious use of the fund by the lawyer himself. The *Law Society Act* has an immunity clause in s. 9 which states:

9. No action or other proceedings for damages shall be instituted against the Treasurer or any bencher, official of the Society or person appointed in Convocation for any act done in good faith in the performance or intended performance of any duty or in the exercise or in

L'immunité supplémentaire contre le fait d'avoir à rendre des comptes ou à fournir des justifications concernant les décisions judiciaires, au-delà des motifs donnés en audience publique, sert également à garantir l'indépendance des juges et à accroître la confiance du public envers le processus judiciaire : *MacKeigan*, aux pages 828 à 830. Comme le fait remarquer la juge McLachlin (qui n'était pas encore juge en chef à l'époque) à la page 831 de cette décision, « [d]onner suite à l'exigence qu'un juge témoigne devant un organisme civil, émanant du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif, quant à savoir comment et pourquoi il a rendu sa décision, serait attaquer l'élément le plus sacro-saint de l'indépendance judiciaire. »

Il est important de ne pas oublier que ces immunités existent non pas au bénéfice personnel des juges, mais plutôt au bénéfice de la collectivité dans son ensemble. En effet, un pouvoir judiciaire indépendant et libre de toute influence indue est un élément essentiel d'une société libre et démocratique.

[117] Cette analyse vaut aussi pour les décideurs quasi judiciaires, ce qui explique pourquoi les législatures et le Parlement fédéral ont étendu l'immunité légale aux commissions et tribunaux administratifs (voir Hogg, Monahan et Wright, p. 289, et Klingman, p. 259-261).

[118] De plus, notre Cour a déjà reconnu une immunité qui met les organismes de réglementation à l'abri des poursuites pour négligence découlant de leurs décisions de politique générale, que ces décisions soient prises ou non dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle (*Cooper*, par. 38, et *Edwards*). Dans l'affaire *Edwards*, par exemple, le Barreau du Haut-Canada était poursuivi pour négligence pour ne pas avoir enquêté adéquatement et ne pas avoir remédié à une situation dans laquelle le compte en fiducie d'un avocat avait été compromis malgré le fait que le Barreau avait été prévenu par l'avocat lui-même de l'utilisation douteuse du compte en question. On trouve une disposition d'immunité dans la *Loi sur le Barreau*, à l'art. 9 qui prévoit :

9. Sont irrecevables les actions ou autres instances en dommages-intérêts intentées contre le trésorier, les conseillers, les dirigeants du Barreau ou les personnes nommées au Conseil, en raison d'un acte accompli de bonne foi dans l'exercice, réel ou projeté, d'un devoir

2017 SCC 1 (CanLII)

the intended exercise of any power under this Act, a regulation, a by-law or a rule of practice and procedure, or for any neglect or default in the performance or exercise in good faith of any such duty or power.

ou d'une fonction aux termes de la présente loi, d'un règlement, d'un règlement administratif ou d'une règle de pratique et de procédure, ou en raison d'une négligence ou d'une omission dans l'exécution, de bonne foi, de ce devoir ou de cette fonction.

[119] The claim was struck as disclosing no cause of action by Sharpe J., who found that the Law Society's quasi-judicial function immunized it from liability in negligence. Finlayson J.A. at the Court of Appeal agreed with Sharpe J., and concluded that the jurisprudence "clearly establishes a judicial immunity from negligence for the Law Society's discipline process" ((2000), 48 O.R. (3d) 329 (C.A.), at p. 343). On appeal to this Court, no issue was taken with Finlayson J.A.'s finding that the quasi-judicial immunity provided by s. 9 of the *Law Society Act* also extended to the Law Society's employees who investigate complaints. Applying the same logic, the immunity in s. 43 of the *Energy Resources Conservation Act* would apply to the Compliance Branch's decision to cease communicating with Ms. Ernst. That means that artificial binary distinctions between adjudicative and other administrative decisions should be avoided, since these decisions too are subject to judicial review.

[119] Le juge Sharpe avait radié la demande pour absence de cause d'action, concluant que la fonction quasi judiciaire qu'exerçait le Barreau le protégeait contre toute responsabilité pour négligence. Le juge Finlayson, de la Cour d'appel, avait abondé dans le sens du juge Sharpe et estimé que la jurisprudence [TRADUCTION] « établi[ssait] clairement une immunité judiciaire à l'égard de la négligence en faveur du processus disciplinaire du Barreau » ((2000), 48 O.R. (3d) 329 (C.A.), p. 343). Dans le cadre du pourvoi formé devant notre Cour, personne n'a contesté la conclusion du juge Finlayson suivant laquelle l'immunité quasi judiciaire prévue à l'art. 9 de la *Loi sur le Barreau* s'étendait aussi aux employés du Barreau chargés d'enquêter sur les plaintes. Selon la même logique, l'immunité prévue à l'art. 43 de l'*Energy Resources Conservation Act* s'appliquerait à la décision de la Direction de la conformité de cesser de communiquer avec Mme Ernst. Par conséquent, il y a lieu d'éviter de faire des distinctions binaires factices entre les décisions de nature juridictionnelle et celles de nature administrative, puisque ces décisions sont également susceptibles de contrôle judiciaire.

[120] The analogous functions between courts and quasi-judicial decision-makers mean that extra caution should be exercised before this Court nibbles away at the immunity clause in this case. There are profound and obvious implications for *all* judges and tribunals from such a decision, and it should not be undertaken without a full and tested evidentiary record. It may or may not be the case that governments will be able to justify immunity from *Charter* damages, but until the s. 1 justificatory evidence is explored, this Court should not replace the necessary evidence with its own inferences.

[120] Compte tenu des fonctions analogues qu'exercent les tribunaux judiciaires et les décideurs quasi judiciaires, notre Cour doit user d'encore plus de prudence avant de rogner la disposition d'immunité en l'espèce. Une telle décision entraîne des conséquences profondes et évidentes pour l'*ensemble* des juges et des tribunaux et ne doit être prise que si l'on dispose d'un dossier de preuve complet qui a fait l'objet de vérifications. L'État pourra ou non être en mesure de justifier une immunité contre toute condamnation à des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*, mais tant que les éléments de preuve justificatifs fondés sur l'article premier n'ont pas été analysés, notre Cour ne devrait pas remplacer les éléments de preuve requis par ses propres déductions.

2017 SCC 1 (CanLII)

[121] This Court said in *Vancouver (City) v. Ward*, [2010] 2 S.C.R. 28, that "granting damages under the *Charter* is a new endeavour, and an approach to when damages are appropriate and just should develop incrementally" (para. 21). It is worth noting that this Court has found *Charter* damages to be available on only two occasions: in response to a *Charter* breach resulting from abusive police conduct towards a detained suspect (*Ward*), and in response to a *Charter* breach resulting from a prosecutor's inadequate evidentiary disclosure to a criminal accused (*Henry v. British Columbia (Attorney General)*, [2015] 2 S.C.R. 214). In both cases, the conduct justifying damages was committed by individuals who were under the direction of the state. *Charter* damages have never been awarded against independent judicial or quasi-judicial decision-makers. This does not mean that such damages are beyond reach, but they are tied to the question of the constitutionality of immunity clauses and the extent to which they should be read down.

[122] Moreover, it is important to note that in *Ward* and *Henry*, this Court had the benefit of significant contributions from various Attorneys General when deciding the s. 24(1) damages claims. In *Ward*, the Attorney General of British Columbia was directly involved in the litigation from the trial stage onwards, and before this Court, the Attorneys General of Canada, Ontario and Quebec intervened. Similarly in *Henry*, the Attorneys General of British Columbia and Canada were involved from the trial stage onwards, and before this Court, eight other provincial Attorneys General intervened.

[123] I agree that an analysis pursuant to *Ward* likely leads to the conclusion that *Charter* damages are not an "appropriate and just" remedy in the circumstances, but in my respectful view the question

[121] Notre Cour a déclaré dans *Vancouver (Ville) c. Ward*, [2010] 2 R.C.S. 28, que « l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* constitue une nouveauté, et les règles servant à déterminer s'il s'agit d'une réparation convenable et juste devraient se développer graduellement » (par. 21). Il vaut la peine de signaler le fait que notre Cour n'a permis l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* à titre de réparation pour une violation de la *Charte* que dans deux cas, à savoir : en réponse à une violation de la *Charte* résultant d'un abus de pouvoir des forces policières contre un suspect détenu (*Ward*) et en réponse à une violation de la *Charte* découlant du défaut du poursuivant de communiquer suffisamment d'éléments de preuve à l'accusé (*Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2015] 2 R.C.S. 214). Dans un cas comme dans l'autre, la conduite répréhensible justifiant la condamnation à des dommages-intérêts était le fait de représentants de l'État. Des décideurs judiciaires ou quasi judiciaires indépendants n'ont encore jamais été condamnés à des dommages-intérêts en vertu de la *Charte.* Il ne faut pas en conclure pour autant que de tels dommages-intérêts ne peuvent jamais être accordés, mais leur octroi dépend de la constitutionnalité de la disposition d'immunité et de la mesure dans laquelle elle doit être interprétée restrictivement.

[122] En outre, il importe de signaler que, dans les affaires *Ward* et *Henry*, notre Cour avait pu compter sur le précieux concours de divers procureurs généraux pour l'aider à trancher les demandes de dommages-intérêts fondées sur le par. 24(1). Dans l'affaire *Ward*, le procureur général de la Colombie-Britannique avait participé directement à l'instance dès l'étape du procès et, devant notre Cour, les procureurs généraux du Canada, de l'Ontario et du Québec étaient intervenus. De même, dans l'affaire *Henry*, les procureurs généraux de la Colombie-Britannique et du Canada étaient intervenus dès le procès et, devant notre Cour, huit autres procureurs généraux provinciaux étaient intervenus.

[123] Je conviens qu'une analyse effectuée en conformité avec *Ward* mène vraisemblablement à la conclusion que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne constitue pas une réparation

2017 SCC 1 (CanLII)

of whether such damages are appropriate requires a prior determination of the constitutionality of the immunity clause. If the clause is constitutional, there is no need to embark on a *Ward* analysis. If, on the other hand, it is found to be unconstitutional, only then does a *Ward* analysis become relevant.

[124] A final comment about the questionable nature in which the new constitutional question has arisen before this Court. Ms. Ernst acknowledged in the hearing before us that she was aware that s. 43 was being used to bar her claim at the Court of Queen's Bench and that she did not give the proper notice there. She must also be taken to be aware of the requirement of constitutional notice confirmed by Alberta's Court of Appeal, which expressly rejected the approach taken by Ms. Ernst of arguing that she was seeking a finding of constitutional inapplicability under s. 24(1) rather than unconstitutionality under s. 52. Yet at the Court of Appeal, Ms. Ernst's Notice of Appeal stated that she was *not* challenging the constitutional validity of s. 43, and that, as a result, no notice was required. She also stated, confusingly, that she would be arguing that s. 43 was "of no force and effect". This is hardly the kind of notice required by s. 24 of the *Judicature Act*. It was not until she was before this Court that she first expressed a clear intention to challenge the constitutionality of s. 43, essentially depriving both the Alberta Attorney General and others from the opportunity of meaningfully participating in prior proceedings.

[125] This is not conduct that should be rewarded in this Court with redemptive forgiveness. Ms. Ernst's conduct was procedurally in breach of her province's jurisprudence and statutory requirements, and of the public interest that jurisprudence and legislation was designed to protect.

« convenable et juste » dans les circonstances. Or, à mon humble avis, il faut statuer sur la constitutionnalité de la disposition d'immunité avant de juger si pareils dommages-intérêts sont convenables. Si la disposition est constitutionnelle, point n'est besoin de procéder à l'analyse prescrite par *Ward*. Si, en revanche, elle est jugée inconstitutionnelle, ce n'est que dans ce cas que l'analyse en question entre en jeu.

[124] Je tiens à formuler une dernière observation au sujet de la façon douteuse dont la nouvelle question constitutionnelle a été soulevée devant notre Cour. Mme Ernst a reconnu à l'audience tenue devant nous qu'elle savait que l'art. 43 était invoqué pour faire obstacle à sa demande en Cour du Banc de la Reine et pourtant, elle n'a pas donné l'avis prescrit au cours de cette instance. Il faut également présumer qu'elle avait connaissance de son obligation de donner un avis de question constitutionnelle, comme l'a confirmé la Cour d'appel de l'Alberta, qui a expressément rejeté la manière dont Mme Ernst avait fait valoir qu'elle tentait d'obtenir une conclusion d'inapplicabilité constitutionnelle en vertu du par. 24(1) plutôt qu'une déclaration d'inconstitutionnalité en vertu de l'art. 52. Or, devant la Cour d'appel, Mme Ernst a précisé dans son avis d'appel qu'elle *ne* contestait *pas* la constitutionnalité de l'art. 43 et que, par conséquent, aucun avis n'était exigé. Elle a également déclaré de façon confuse qu'elle plaiderait que l'art. 43 était [TRADUCTION] « inopérant ». Ce n'est guère le genre d'avis qu'exige l'art. 24 de la *Judicature Act*. Ce n'est que devant notre Cour qu'elle a pour la première fois exprimé clairement son intention de contester la constitutionnalité de l'art. 43, privant essentiellement à la fois le procureur général de l'Alberta et d'autres intéressés de la possibilité de participer utilement aux instances précédentes.

[125] Notre Cour ne devrait pas récompenser une telle conduite en faisant preuve de clémence et en rétablissant Mme Ernst dans ses droits. Par ses agissements, Mme Ernst a, sur le plan procédural, agi à l'encontre de la jurisprudence et des exigences légales de sa province et contrairement à l'intérêt public que la jurisprudence et la loi étaient censées protéger.

2017 SCC 1 (CanLII)

[126] I therefore agree with both Wittmann C.J. and the Alberta Court of Appeal that Ms. Ernst's *Charter* claim should be dismissed for not disclosing a reasonable cause of action pursuant to the *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 124/2010, r. 3.68, in light of the immunity clause.

[127] I also agree with them that judicial review was the appropriate means of addressing her concerns. As Wittmann C.J. concluded, "the time-tested and conventional challenge to an administrative tribunal's decision is judicial review, not an action against the administrative tribunal". The Court of Appeal agreed, and held that

> limits on remedies do not offend the rule of law, so long as there remain some effective avenues of redress: *Ward* at paras. 34-5, 43. The long standing remedy for improper administrative action has been judicial review. There is nothing in s. 43 that would have prevented the appellant from seeking an order in the nature of *mandamus* or *certiorari* to compel the Board to receive communications from her. Further, she could have appealed any decisions of the Board to this Court, with leave . . . . (at para. 30).

[128] When the Board made the decision to stop communicating with Ms. Ernst through the normal complaints process, it was exercising its discretionary authority under its enabling legislation (s. 16 of the *Energy Resources Conservation Act*). Issues about the legality, reasonableness, or fairness of this discretionary decision are issues for judicial review (*Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 28). Even the language used by Ms. Ernst in her statement of claim — that the Board's decision "was made arbitrarily, and without legal authority" — evokes the terminology of a claim for judicial review.

[129] Ms. Ernst had the opportunity to seek timely judicial review of the Board's decision. She chose not to. Instead, she attempted to frame her

[126] Je suis donc d'accord tant avec le juge en chef Wittmann qu'avec la Cour d'appel de l'Alberta pour dire que la demande présentée par Mme Ernst en vertu de la *Charte* devrait être rejetée au motif qu'elle ne révèle aucune cause d'action raisonnable au sens de l'art. 3.68 des *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 124/2010, compte tenu de la disposition d'immunité.

[127] Je suis également d'accord avec eux pour dire que le moyen qu'elle aurait dû utiliser pour formuler ses doléances était de se pourvoir en contrôle judiciaire. Ainsi que l'a conclu le juge en chef Wittmann, [TRADUCTION] « le recours éprouvé habituellement utilisé pour contester la décision d'un tribunal administratif est le contrôle judiciaire et non une action dirigée contre le tribunal administratif ». La Cour d'appel s'est dite du même avis et a déclaré ce qui suit :

> [TRADUCTION] . . . le fait qu'il existe des restrictions aux réparations ne contrevient pas à la primauté du droit tant qu'il reste une voie de recours efficace (*Ward*, par. 34-35 et 43). Le contrôle judiciaire constitue depuis longtemps le recours ouvert pour sanctionner un acte répréhensible de l'Administration. Rien à l'art. 43 n'aurait empêché l'appelante de solliciter un bref de *mandamus* ou de *certiorari* pour forcer l'Office à recevoir ses communications. De plus, elle aurait pu, sur autorisation, interjeter appel de toute décision de l'Office devant notre cour . . . (par. 30).

[128] Lorsque l'Office a décidé de cesser de communiquer avec Mme Ernst dans le cadre du processus habituel de règlement des plaintes, il exerçait le pouvoir discrétionnaire que lui confère sa loi habilitante (art. 16 de l'*Energy Resources Conservation Act*). La légalité, la rationalité ou l'équité de cette décision discrétionnaire sont des questions qui relèvent du contrôle judiciaire (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 28). Même les mots employés par Mme Ernst dans sa déclaration, en l'occurrence que la décision de l'Office [TRADUCTION] « a été rendue arbitrairement et illégalement », rappellent la terminologie d'une demande de contrôle judiciaire.

[129] Mme Ernst a eu l'occasion de solliciter en temps opportun le contrôle judiciaire de la décision de l'Office. Elle a choisi de ne pas se prévaloir

2017 SCC 1 (CanLII)

grievance as a claim for *Charter* damages. That is precisely why s. 43 exists — to prevent an end-run by litigants around the required process, resulting in undue expense and delay for the Board and for the public (*Hryniak v. Mauldin*, [2014] 1 S.C.R. 87).

[130] I would dismiss the appeal with costs.

The reasons of McLachlin C.J. and Moldaver, Côté and Brown JJ. were delivered by

[131] The Chief Justice and Moldaver and Brown JJ. (dissenting) — Section 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ensures that those whose rights or freedoms have been violated have access to "appropriate and just" remedies. But s. 24(1) was not enacted in a vacuum. It was born into a legal system with limits which, in some cases, prevent claims from being brought, including claims against the state. This appeal concerns the operation of one such limit — a statutory immunity clause — on an application to strike a claim for a remedy under s. 24(1).

[132] The appellant, Jessica Ernst, brought a claim against the respondent, the Alberta Energy Regulator ("Board"), seeking, among other things, *Charter* damages under s. 24(1) for breaching her right to freedom of expression under s. 2(*b*) of the *Charter*. In moving to strike Ms. Ernst's claim, the Board relied in part on s. 43 of its enabling statute[3] which essentially bars all claims against the Board.

[3] The Board's enabling statute was at all material times the *Energy Resources Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. E-10 ("*ERCA*"). This statute has since been repealed and replaced with the *Responsible Energy Development Act*, S.A. 2012, c. R-17.3. The new legislation has a provision similar to s. 43 of the *ERCA* (s. 27). Under the *ERCA*, the regulator was known as the Energy Resources Conservation Board ("ERCB"). The new statute replaced the ERCB with the Board, and as a result, the Board is named as the respondent as the successor to the ERCB.

de cette possibilité. Elle a plutôt tenté d'exprimer ses reproches sous forme de demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*. C'est précisément la raison d'être de l'art. 43 : empêcher les plaideurs de court-circuiter la procédure prescrite et éviter ainsi à l'Office et au public des frais et des retards indus (*Hryniak c. Mauldin*, [2014] 1 R.C.S. 87).

[130] Je rejetterais le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Moldaver, Côté et Brown rendus par

[131] La Juge en chef et les juges Moldaver et Brown (dissidents) — Le paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit aux personnes victimes de violation de leurs droits ou de leurs libertés la possibilité d'obtenir une réparation « convenable et juste ». Toutefois, le par. 24(1) n'a pas été édicté en l'absence de tout contexte. Il a vu le jour au sein d'un système juridique qui comporte des limites faisant parfois obstacle à la présentation de demandes, y compris celles dirigées contre l'État. Le présent pourvoi concerne l'application d'une telle limite, en l'occurrence une disposition législative prévoyant une immunité, à une requête en radiation d'une demande de réparation fondée sur le par. 24(1).

[132] L'appelante, Jessica Ernst, a présenté une demande contre l'intimé, l'Alberta Energy Regulator (« Office »), afin d'obtenir entre autres des dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) pour violation du droit à la liberté d'expression que lui confère l'al. 2*b*) de la *Charte*. Pour solliciter la radiation de cette demande, l'Office s'est notamment fondé sur l'art. 43 de sa loi habilitante[3], qui faisait

[3] La loi habilitante de l'Office s'est intitulée *Energy Resources Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. E-10 (« *ERCA* »), à toutes les époques pertinentes. Cette loi a depuis été abrogée et remplacée par la *Responsible Energy Development Act*, S.A. 2012, c. R-17.3. La nouvelle loi renferme une disposition semblable à l'art. 43 de l'*ERCA* (l'art. 27). À l'époque de l'*ERCA*, l'organisme de réglementation s'appelait l'Energy Resources Conservation Board (« ERCB »). La nouvelle loi a remplacé l'ERCB par l'Office, d'où la désignation de l'Office comme intimé parce qu'il a succédé à l'ERCB.

2017 SCC 1 (CanLII)

The case management judge found that, although Ms. Ernst's pleadings raised an arguable *Charter* claim, s. 43 immunized the Board. He accordingly struck her claim for *Charter* damages, and his decision was upheld by the Court of Appeal of Alberta.

[133] We would allow the appeal. Just as it is not plain and obvious that *Charter* damages could in no circumstances be an appropriate and just remedy in a claim against the Board or any quasi-judicial decision-maker like it, it is not plain and obvious that Ms. Ernst's claim is barred by s. 43. Ms. Ernst seeks *Charter* damages as a remedy for actions by the Board that Ms. Ernst says were intended to punish her. It is arguable that such punitive acts fall outside the scope of the immunity that s. 43 confers. Accordingly, we would hold that Ms. Ernst's claim cannot be struck on the basis of s. 43.

[134] On appeal to this Court, Ms. Ernst argued that it is not plain and obvious that s. 43 bars her claim for *Charter* damages because, in her submission, s. 43 is unconstitutional. Since we would conclude that it is not plain and obvious that s. 43 bars her claim at all, it is not necessary to consider s. 43's constitutionality at this stage of the proceedings. If it is subsequently determined that s. 43 does, indeed, bar Ms. Ernst's claim for *Charter* damages, then she may challenge its constitutionality at that juncture.

[135] We add this. This is a difficult case raising novel and difficult issues. It is not surprising that counsel and judges at all levels have struggled to find the appropriate template through which to view Ms. Ernst's claim. In the end, and with great respect for contrary views, we have concluded that the test for striking out Ms. Ernst's claim at the

essentiellement obstacle à toute demande visant l'Office. Le juge chargé de la gestion de l'instance a conclu que même si les actes de procédure de Mme Ernst donnaient ouverture à une demande fondée sur la *Charte* qui pouvait être plaidée, l'art. 43 protégeait l'Office. Il a par conséquent radié sa demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*, une décision qui a été confirmée par la Cour d'appel de l'Alberta.

[133] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi. Il n'est pas évident et manifeste que l'art. 43 fait obstacle à la demande de Mme Ernst, tout comme il n'est pas évident et manifeste que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut en aucun cas constituer une réparation convenable et juste dans le cadre d'une demande présentée contre l'Office ou tout autre décideur quasi judiciaire analogue. Mme Ernst réclame des dommages-intérêts fondés sur la *Charte* en guise de réparation pour des agissements de l'Office qui, aux dires de Mme Ernst, avaient pour but de la punir. On peut soutenir que de tels actes punitifs échappent à la portée de l'immunité que confère l'art. 43. Nous concluons donc à l'impossibilité de radier la demande de Mme Ernst sur la base de l'art. 43.

[134] Devant notre Cour, Mme Ernst a soutenu qu'il n'est pas évident et manifeste que l'art. 43 fait obstacle à sa demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* parce que, selon ses arguments, l'art. 43 est inconstitutionnel. Puisque nous concluons qu'il n'est pas évident et manifeste que l'art. 43 fait obstacle à sa demande, point n'est besoin de se prononcer sur la constitutionnalité de l'art. 43 à ce stade de l'instance. S'il est décidé par la suite que l'art. 43 fait bel et bien obstacle à la demande de dommages-intérêts présentée par Mme Ernst en vertu de la *Charte*, elle pourra alors en attaquer la constitutionnalité à cette étape.

[135] Nous ajoutons ceci. Il s'agit d'une affaire qui soulève des questions nouvelles et épineuses. Il n'est guère étonnant que les avocats et les juges de toutes les instances aient eu du mal à trouver le bon cadre d'analyse par lequel il faut voir la demande de Mme Ernst. En fin de compte, et malgré tout le respect que nous avons pour les opinions contraires,

2017 SCC 1 (CanLII)

outset has not been satisfied, and that the matter should be returned to the Alberta courts to decide the important issues of free speech and *Charter* remedies that her case raises.

I. Factual Background

[136] In 2007, Ms. Ernst claimed against the Board, EnCana Corporation, and the Province of Alberta, alleging that EnCana contaminated her water while shallow drilling for the extraction of methane gas, and that Alberta and the Board were indirectly responsible for this contamination. Only the claim against the Board is raised here.

[137] Ms. Ernst's claim against the Board is twofold. First, she says the Board was negligent in administering its statutory regime, and that its failure to comply with certain statutory duties resulted in the contamination of her well. Secondly, she says that the Board breached her right to freedom of expression under s. 2(*b*) of the *Charter*, and that she is entitled to *Charter* damages under s. 24(1). Only this second aspect of her claim is before us.

[138] Because this matter arises from an application to strike, Ms. Ernst's allegations must be taken as true. Those allegations are straightforward.

[139] Ms. Ernst lives near Rosebud, Alberta. A well draws water for her home from geological formations that comprise an aquifer, or a series of aquifers.

[140] The Board is a statutory government agency established to regulate the oil and gas industry in Alberta. It conducts inspections and investigations in respect of legislative and regulatory provisions intended to protect groundwater from contamination due to oil and gas development, and takes enforcement action when warranted. To these ends, it has a

nous avons conclu qu'il n'a pas été satisfait au critère applicable pour radier au départ la demande de Mme Ernst et que l'affaire doit être renvoyée aux tribunaux albertains pour qu'ils tranchent les questions importantes de liberté d'expression et de réparations fondées sur la *Charte* qu'évoque son cas.

I. Contexte factuel

[136] En 2007, Mme Ernst a poursuivi l'Office, EnCana Corporation et la province de l'Alberta, en alléguant qu'EnCana avait contaminé son eau lors d'un forage superficiel visant à extraire du gaz de méthane et que l'Alberta et l'Office étaient indirectement responsables de cette contamination. Le présent pourvoi ne porte que sur la demande visant l'Office.

[137] La demande de Mme Ernst contre l'Office comporte deux volets. En premier lieu, Mme Ernst dit que l'Office a fait preuve de négligence dans l'application de son régime légal et que son défaut de se conformer à certaines obligations que la loi lui imposait a entraîné la contamination de son puits à elle. En second lieu, elle affirme que l'Office a violé son droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2*b*) de la *Charte* et qu'elle a droit à des dommages-intérêts en vertu du par. 24(1). Nous ne sommes saisis que de ce second volet de sa demande.

[138] Comme la présente affaire découle d'une requête en radiation, les allégations de Mme Ernst doivent être tenues pour avérées. Ces allégations sont simples.

[139] Mme Ernst vit près de Rosebud, en Alberta. Un puits extrait de l'eau pour sa maison à partir de formations géologiques qui comprennent un aquifère ou une série d'aquifères.

[140] L'Office est un organisme gouvernemental créé par la loi dont la mission est de réglementer l'industrie des hydrocarbures en Alberta. Il réalise des enquêtes et inspections relatives aux dispositions législatives et réglementaires visant à protéger les eaux souterraines contre la contamination attribuable à l'exploitation de ressources pétrolières

2017 SCC 1 (CanLII)

specific process for communicating with the public and hearing public complaints.

[141] In 2004 and 2005, Ms. Ernst was a critic of the Board. She frequently expressed her concerns to the Board about the oil and gas development near her home. She also spoke to the media and to the public.

[142] Ms. Ernst alleges that her public criticism was a source of embarrassment to the Board, prompting it to take steps to silence her. In November 2005, the manager of the Board's Compliance Branch informed her by letter that all of its staff had been instructed to avoid contact with her. When Ms. Ernst wrote several letters asking why she was being excluded from the Board's public complaints process, the Board directed her to its legal branch, which initially ignored and later refused her request for an explanation. Eventually, the Board informed Ms. Ernst that it would communicate with her only if she agreed to raise her concerns directly with the Board, and not through the media or members of the public.

[143] In October 2006, Ms. Ernst wrote to the Board, asking that she be free to communicate unconditionally with the Board, like other members of the public. This letter went unanswered. It was not until March 2007 that the Board informed Ms. Ernst that she was free to communicate unconditionally with it.

[144] In her statement of claim, Ms. Ernst alleges that the Board breached her right to freedom of expression under s. 2(*b*) of the *Charter*, in that the Board's actions "were a means to punish Ms. Ernst for past public criticisms" and "to prevent her from making future public criticisms" of the Board (A.R., at p. 72). In particular, Ms. Ernst alleges that the Board "*punitively*" excluded her from its own complaints, investigation and enforcement process "in retaliation for her vocal criticism"

et gazières, et prend des mesures coercitives au besoin. À ces fins, un mécanisme particulier lui permet de communiquer avec le public et d'entendre ses plaintes.

[141] En 2004 et 2005, Mme Ernst a critiqué l'Office. Elle a fréquemment exprimé à l'Office ses inquiétudes au sujet de l'exploitation des ressources pétrolières et gazières près de chez elle. Elle s'est également adressée aux médias et au public à cet égard.

[142] Mme Ernst allègue que ses critiques publiques ont plongé l'Office dans l'embarras, ce qui a incité ce dernier à prendre des mesures pour la faire taire. En novembre 2005, le directeur de la Direction de la conformité de l'Office l'a informée par lettre que tous les membres de son personnel avaient reçu l'ordre de ne pas communiquer avec elle. Quand Mme Ernst a écrit plusieurs lettres afin de savoir pourquoi on l'avait écartée du processus de règlement des plaintes publiques de l'Office, il l'a dirigée vers ses services juridiques qui, après l'avoir d'abord ignorée, ont refusé de donner suite à sa demande d'explications. L'Office a fini par dire à Mme Ernst qu'il ne communiquerait avec elle que si elle acceptait d'exprimer ses préoccupations directement à l'Office et non par l'entremise des médias ou du public.

[143] En octobre 2006, Mme Ernst a demandé par écrit à l'Office de la laisser communiquer avec lui sans condition, au même titre que tout autre simple citoyen. Cette lettre est restée sans réponse. Ce n'est qu'en mars 2007 que l'Office a informé Mme Ernst qu'elle était désormais libre de communiquer avec lui sans condition.

[144] Dans sa déclaration, Mme Ernst reproche à l'Office d'avoir violé le droit à la liberté d'expression que lui accorde l'al. 2*b*) de la *Charte*, en ce sens que les agissements de l'Office [TRADUCTION] « constituaient un moyen de [la] punir pour avoir critiqué publiquement dans le passé [et] de [l']empêcher de critiquer publiquement [l'Office] à l'avenir » (d.a., p. 72). Plus particulièrement, Mme Ernst allègue que l'Office l'a exclue « *de façon punitive* » de son processus de règlement des plaintes, d'enquête et

2017 SCC 1 (CanLII)

and "*arbitrarily*" removed her "from a public forum of communication with a government agency that had been established to accept public concerns and complaints" (A.R., at p. 72 (emphasis added)). Ms. Ernst claims damages of $50,000 and relies on s. 24(1) of the *Charter*, which provides:

Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

[145] The Board applied to strike Ms. Ernst's claim in negligence and her *Charter* damages claim, arguing that s. 43 of the *ERCA* plainly and obviously bars both claims. Section 43 reads as follows:

43 No action or proceeding may be brought against the Board or a member of the Board or a person referred to in section 10 or 17(1) [technical specialists or personnel] in respect of any act or thing done purportedly in pursuance of this Act, or any Act that the Board administers, the regulations under any of those Acts or a decision, order or direction of the Board.

II. Decisions Below

[146] The case management judge struck both of Ms. Ernst's claims (2013 ABQB 537, 570 A.R. 317). He disposed of the negligence claim as barred by s. 43 and, though he rejected the Board's argument that Ms. Ernst's pleadings did not disclose a violation of s. 2(*b*) of the *Charter*, he struck her claim for *Charter* damages as barred by the same provision.

[147] The Court of Appeal unanimously dismissed Ms. Ernst's appeal (2014 ABCA 285, 580 A.R. 341). In doing so, it did not consider whether

d'application de la loi « en guise de représailles pour ses critiques de vive voix » et l'a écartée « *arbitrairement* d'une tribune de communication publique avec un organisme gouvernemental qui avait été créée pour recevoir les plaintes et préoccupations du public » (d.a., p. 72 (italiques ajoutés)). Mme Ernst réclame des dommages-intérêts de 50 000 $ et invoque le par. 24(1) de la *Charte*, qui dispose :

Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

[145] L'Office a sollicité la radiation de l'action de Mme Ernst en négligence ainsi que sa demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*, soutenant que l'art. 43 de l'*ERCA* fait évidemment et manifestement obstacle à ces deux recours. L'article 43 est ainsi libellé :

[TRADUCTION]

43 Aucune action ou instance ne peut être introduite contre l'Office, un commissaire ou toute personne mentionnée à l'article 10 ou au paragraphe 17(1) [spécialistes techniques ou employés] pour tout acte ou toute chose qui aurait été accompli en conformité avec la présente loi, toute loi appliquée par l'Office, tout règlement d'application des lois en question ou une décision, ordonnance ou directive de l'Office.

II. Décisions des juridictions inférieures

[146] Le juge chargé de la gestion de l'instance a radié les deux recours intentés par Mme Ernst (2013 ABQB 537, 570 A.R. 317). Il a rejeté l'action en négligence au motif qu'elle était irrecevable par application de l'art. 43 et, bien qu'il ait rejeté l'argument de l'Office selon lequel les actes de procédure de Mme Ernst ne révélaient aucune violation de l'al. 2*b*) de la *Charte*, il a également radié sa demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*, la jugeant irrecevable elle aussi par application de la même disposition.

[147] La Cour d'appel a rejeté à l'unanimité l'appel de Mme Ernst (2014 ABCA 285, 580 A.R. 341). Pour ce faire, elle ne s'est pas demandé si les actes

2017 SCC 1 (CanLII)

Ms. Ernst's pleadings made out a s. 2(*b*) claim, as the Board did not raise this issue on appeal. The Court of Appeal agreed with the case management judge that s. 43 of the *ERCA* barred Ms. Ernst's claim for *Charter* damages.

III. Analysis

[148] A claim "will only be struck if it is plain and obvious, assuming the facts pleaded to be true, that the pleading discloses no reasonable cause of action" (*R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45, at para. 17; see also Rule 3.68 of the *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 124/2010). The issue on this appeal is thus whether Ms. Ernst's claim should be struck out because it discloses no cause of action, either because it is plain and obvious that *Charter* damages could not be an appropriate and just remedy in Ms. Ernst's action against the Board, or else because it is plain and obvious that the immunity clause in s. 43 of the *ERCA* bars her claim.

[149] In deciding whether a claim for *Charter* damages should be struck out on the basis of a statutory immunity clause, the court must first determine whether it is plain and obvious that *Charter* damages could not be an appropriate and just remedy in the circumstances of the plaintiff's claim. If it is not plain and obvious that *Charter* damages could not be appropriate and just, then the court must determine whether it is plain and obvious that the immunity clause, on its face, applies to the plaintiff's claim for *Charter* damages. If it is plain and obvious that the immunity clause applies, then the court must give effect to the immunity clause and strike the plaintiff's claim, unless the plaintiff successfully challenges the clause's constitutionality.

de procédure de Mme Ernst établissaient le bien-fondé d'un moyen tiré de l'al. 2*b*), puisque l'Office n'avait pas soulevé cette question en appel. La Cour d'appel a convenu avec le juge chargé de la gestion de l'instance que l'art. 43 de l'*ERCA* faisait obstacle à la demande de dommages-intérêts présentée par Mme Ernst en vertu de la *Charte*.

III. Analyse

[148] L'action « ne sera rejetée que s'il est évident et manifeste, dans l'hypothèse où les faits allégués seraient avérés, que la déclaration ne révèle aucune cause d'action raisonnable » (*R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45, par. 17; voir aussi l'art. 3.68 des *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 124/2010). La question à trancher dans le présent pourvoi est donc de savoir s'il y a lieu de radier la demande de Mme Ernst car elle ne révèle aucune cause d'action, soit parce qu'il est évident et manifeste que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut pas constituer une réparation convenable et juste dans le cas de l'action intentée par Mme Ernst contre l'Office, soit parce qu'il est évident et manifeste que la disposition d'immunité contenue à l'art. 43 de l'*ERCA* fait obstacle à sa demande.

[149] Pour décider s'il y a lieu de radier une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* en raison d'une disposition législative prévoyant une immunité, le tribunal doit d'abord établir s'il est évident et manifeste que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut pas constituer une réparation convenable et juste dans le cas de la demande du demandeur. S'il n'est pas évident et manifeste que cette réparation ne peut pas être convenable et juste, le tribunal doit alors décider s'il est évident et manifeste que la disposition d'immunité s'applique à première vue à la demande de dommages-intérêts présentée par le demandeur en vertu de la *Charte*. Si la disposition s'applique évidemment et manifestement, le tribunal doit donner effet à la disposition d'immunité et radier la demande du demandeur, à moins que ce dernier ne conteste avec succès la constitutionnalité de la disposition.

2017 SCC 1 (CanLII)

[150] In this case, then, the first issue is whether it is plain and obvious that *Charter* damages could not be an appropriate and just remedy in the circumstances of Ms. Ernst's claim. If it is, the appeal may be dismissed and the claim struck without any reliance on the immunity clause. Our colleague Cromwell J. goes further; he would hold not only that *Charter* damages are not appropriate and just in the circumstances of Ms. Ernst's claim, but also that *Charter* damages could *never* be appropriate and just in the circumstances of *any* claim against the Board — or, indeed, against any quasi-judicial decision-maker like it. He therefore concludes that s. 43 is not unconstitutional to the extent that it bars a claim against the Board for *Charter* damages.

[151] If, by contrast, it is not plain and obvious that *Charter* damages could not be an appropriate and just remedy, the Court must consider the second issue — whether it is plain and obvious that s. 43 of the *ERCA* applies to Ms. Ernst's claim. If it is, the appeal must be dismissed and the claim struck on the basis of the immunity clause, unless the immunity clause is unconstitutional and therefore of no force and effect.

[152] If, however, it is not plain and obvious that s. 43 applies to Ms. Ernst's claim, the appeal must be allowed and it will not be necessary to consider s. 43's constitutionality at this stage. We would dispose of the appeal on this basis.

A. *It Is Not Plain and Obvious That Charter Damages Could Not Be an Appropriate and Just Remedy*

[153] In *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28, this Court set out a framework for assessing whether damages are an appropriate and just remedy in the circumstances. We turn

[150] Ainsi, il s'agit en l'espèce de déterminer d'abord s'il est évident et manifeste que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut pas constituer une réparation convenable et juste dans le cas de la demande de M[me] Ernst. Si c'est le cas, on peut rejeter le pourvoi et radier la demande sans invoquer le moindrement la disposition d'immunité. Notre collègue le juge Cromwell va plus loin : selon lui, non seulement l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* n'est pas convenable et juste dans le cas de la demande de M[me] Ernst, mais il ne peut *jamais* être convenable et juste pour *toute* demande contre l'Office, ni même contre n'importe quel autre décideur quasi judiciaire analogue. Le juge Cromwell conclut donc que l'art. 43 n'est pas inconstitutionnel en ce qu'il fait obstacle à une demande de dommages-intérêts présentée contre l'Office en vertu de la *Charte*.

[151] Si, par contre, il n'est pas évident et manifeste que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut pas constituer une réparation convenable et juste, la Cour doit se pencher sur la deuxième question : l'art. 43 de l'*ERCA* s'applique-t-il évidemment et manifestement à la demande de M[me] Ernst? Dans l'affirmative, il faut rejeter le pourvoi et radier la demande en raison de la disposition d'immunité, à moins que la disposition d'immunité ne soit inconstitutionnelle et par conséquent inopérante.

[152] S'il n'est toutefois pas évident et manifeste que l'art. 43 s'applique à la demande de M[me] Ernst, le pourvoi doit être accueilli et il ne sera pas nécessaire de statuer sur la constitutionnalité de l'art. 43 à ce stade. Nous sommes d'avis de trancher le pourvoi sur ce fondement.

A. *Il n'est pas évident et manifeste que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la Charte ne peut constituer une réparation convenable et juste*

[153] Dans *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28, la Cour a établi des paramètres servant à déterminer si l'octroi de dommages-intérêts est une réparation convenable et

2017 SCC 1 (CanLII)

now to consider how that framework can be applied here, at the application to strike stage.

[154] To survive an application to strike, the claimant must first plead facts which, if true, could prove a *Charter* breach (see *Ward*, at para. 23). Ms. Ernst has met this threshold.

[155] The Board submits that Ms. Ernst's s. 2(*b*) claim must be struck because s. 2(*b*) does not guarantee a right to be heard. We do not agree that Ms. Ernst's claim necessarily depends on her establishing that s. 2(*b*) guarantees the positive right she asserts.

[156] A s. 2(*b*) infringement may result where state action, *in purpose or effect*, "restrict[s] attempts to convey a meaning" (*Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 973). If an individual's expression promotes one of the principles underpinning s. 2(*b*) of the *Charter* and state action has the effect of limiting that expression, a s. 2(*b*) infringement may result (*Irwin Toy*, at p. 976). These principles were summarized in *Irwin Toy* as follows:

> . . . (1) seeking and attaining the truth is an inherently good activity; (2) participation in social and political decision-making is to be fostered and encouraged; and (3) the diversity in forms of individual self-fulfillment and human flourishing ought to be cultivated in an essentially tolerant, indeed welcoming, environment not only for the sake of those who convey a meaning, but also for the sake of those to whom it is conveyed. [p. 976]

[157] Ms. Ernst has pleaded that the Board is a government agency and a public body that encouraged public participation and communication in its regulatory process. She has pleaded that she was a "vocal and effective" critic of the Board, but that the Board took steps to restrict her speech by refusing to communicate with her or allow her to participate in its compliance and enforcement process until she

juste dans les circonstances. Nous nous penchons maintenant sur la manière dont ces paramètres peuvent s'appliquer en l'espèce, au stade de la requête en radiation.

[154] Pour résister à une requête en radiation, le demandeur doit d'abord alléguer des faits qui, s'ils se révélaient véridiques, pourraient démontrer l'existence d'une violation de la *Charte* (voir *Ward*, par. 23). Mme Ernst a satisfait à ce critère.

[155] L'Office soutient que le moyen que Mme Ernst tire de l'al. 2*b*) doit être radié parce que cet alinéa ne garantit pas le droit d'être entendu. Nous ne sommes pas d'avis que le succès de la demande de Mme Ernst dépend nécessairement de son aptitude à démontrer que l'al. 2*b*) garantit le droit positif qu'elle revendique.

[156] Il peut y avoir violation de l'al. 2*b*) lorsque l'action du gouvernement *a pour objet ou pour effet* de « restreindre la transmission d'une signification » (*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 973). Si le message que transmet l'individu favorise l'un des principes qui sous-tendent l'al. 2*b*) de la *Charte* et que l'action du gouvernement a pour effet de restreindre son expression, une violation de l'al. 2*b*) peut en résulter (*Irwin Toy*, p. 976). Ces principes ont été résumés ainsi dans l'arrêt *Irwin Toy* :

> . . . (1) la recherche de la vérité est une activité qui est bonne en soi; (2) la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique doit être encouragée et favorisée; et (3) la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels doit être encouragée dans une société qui est essentiellement tolérante, même accueillante, non seulement à l'égard de ceux qui transmettent un message, mais aussi à l'égard de ceux à qui il est destiné. [p. 976]

[157] Mme Ernst a allégué que l'Office est un organisme gouvernemental public qui encourageait la participation et la communication du public dans le cadre de son processus de réglementation. Elle a expliqué qu'elle avait critiqué l'Office [TRADUCTION] « de façon véhémente et efficace », mais que ce dernier avait pris des mesures pour restreindre son droit de parole en refusant de communiquer

2017 SCC 1 (CanLII)

"agreed to raise her concerns only with the [Board] and not publicly through the media or through communications with other citizens" (A.R., at pp. 70-71). The effect of the Board's action was to "greatly limi[t] her ability to lodge complaints, register concerns and to participate in the [Board's] compliance and enforcement process" (A.R., at p. 70).

avec elle ou en ne lui permettant de participer au processus de surveillance de la conformité et d'application de la loi que si elle « acceptait d'exprimer ses préoccupations uniquement à [l'Office] et non publiquement par l'entremise des médias ou en s'adressant à d'autres citoyens » (d.a., p. 70-71). Les agissements de l'Office ont eu pour effet de « limit[er] considérablement sa capacité de porter plainte, de formuler ses préoccupations et de prendre part au processus de surveillance de la conformité et d'application de la loi [de l'Office] » (d.a., p. 70).

[158] Ms. Ernst's pleadings raise two possible sources of limits on her freedom of expression: (1) the Board told her she had to stop expressing herself *to the media and the public* or else it would not hear her complaints; and (2) Ms. Ernst was prohibited *from participating in the Board's public complaints and enforcement process*. The first amounts to an allegation that the Board acted with the *purpose* of limiting Ms. Ernst's expressive activity in the public sphere. The second amounts to an allegation that the Board's action had the *effect* of limiting Ms. Ernst's expression in the Board's complaints and enforcement process, where that expression was consistent with her participation in social and political decision making relating to oil and gas development in southern Alberta.

[158] Les actes de procédure de M[me] Ernst évoquent deux tentatives possibles de restreindre sa liberté d'expression : (1) l'Office lui a dit qu'elle devait cesser de s'adresser *aux médias et au public*, à défaut de quoi l'Office refuserait d'entendre ses plaintes; (2) on a interdit à M[me] Ernst *de participer au processus public de règlement des plaintes et d'application de la loi*. Dans le premier cas, l'allégation de M[me] Ernst revient à dire que l'Office a agi dans le *but* de restreindre ses activités expressives dans l'espace public. Dans le second cas, son allégation revient à dire que les agissements de l'Office ont eu pour *effet* de restreindre sa liberté d'expression dans le cadre du processus de règlement des plaintes et d'application de la loi, chaque fois que cette liberté d'expression se traduisait par sa participation à la prise de décisions sociales et politiques en matière d'exploitation pétrolière et gazière dans le sud de l'Alberta.

[159] On either front, these pleadings establish the elements of an admittedly novel s. 2(*b*) claim. The test for granting an application to strike is stringent: it is "only if the statement of claim is certain to fail because it contains a 'radical defect' that the plaintiff should be driven from the judgment" (*Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263, at para. 15). A court must "err on the side of permitting a novel but arguable claim to proceed" (*Imperial Tobacco*, at para. 21). We cannot say, on the basis of Ms. Ernst's pleadings, that it is plain and obvious that she cannot establish a breach of s. 2(*b*) of the *Charter*.

[159] Dans un cas comme dans l'autre, les actes de procédure de M[me] Ernst établissent les éléments constitutifs d'un moyen certes inédit tiré de l'al. 2*b*). Le critère applicable en matière de radiation est rigoureux : ce n'est « que si la déclaration est vouée à l'échec parce qu'elle contient un "vice fondamental" que le demandeur devrait être privé d'un jugement » (*Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263, par. 15). Le tribunal doit « permettre, dans la mesure du possible, l'instruction de toute demande inédite, mais soutenable » (*Imperial Tobacco*, par. 21). Nous ne pouvons pas affirmer, sur la foi de ces actes de procédure, que M[me] Ernst ne peut évidemment et manifestement pas prouver l'existence d'une violation de l'al. 2*b*) de la *Charte.*

2017 SCC 1 (CanLII)

[160] Ms. Ernst has therefore pleaded a viable s. 2(*b*) claim against the Board for the purposes of the first step of the *Ward* analysis on an application to strike. The second step, on an application to strike, requires the claimant to demonstrate that damages could fulfill one or more of the functions of compensation, vindication, or deterrence (*Ward*, at paras. 24-31). Ms. Ernst has met this threshold, as well. She has not pleaded any injury caused by the Board that could give rise to compensatory *Charter* damages. But the fact that the claimant has not suffered compensable loss "does not preclude damages where the objectives of vindication or deterrence" are served by an award of *Charter* damages (*Ward*, at para. 30). Ms. Ernst's pleadings allege that the Board's actions were punitive, arbitrary, and retaliatory. These allegations are sufficient to establish that the functions of vindication and deterrence could be supported by an award of *Charter* damages.

[160] Mme Ernst a donc plaidé un moyen valable tiré de l'al. 2*b*) à l'encontre de l'Office pour les besoins de la première étape de l'analyse prescrite par *Ward* dans le cas d'une requête en radiation. La deuxième étape à suivre en pareil cas oblige le demandeur à démontrer que les dommages-intérêts répondraient à l'un ou à plusieurs des objectifs d'indemnisation, de défense du droit en cause ou de dissuasion (*Ward*, par. 24-31). Mme Ernst a satisfait également à ce critère. Elle n'a pas plaidé de préjudice causé par l'Office qui pourrait donner ouverture à des dommages-intérêts compensatoires fondés sur la *Charte*. Mais l'absence de préjudice indemnisable subi par le demandeur « n'empêche pas l'octroi de dommages-intérêts [en vertu de la *Charte*] si ceux-ci sont par ailleurs manifestement exigés par les objectifs de défense du droit ou de dissuasion » (*Ward*, par. 30). Dans ses actes de procédure, Mme Ernst allègue que les agissements de l'Office étaient punitifs et arbitraires et qu'il s'agissait de mesures de représailles. Ces allégations suffisent pour établir que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* permettrait de répondre aux objectifs de défense du droit et de dissuasion.

[161] We note the case management judge's concern that, absent the automatic application of statutory immunity clauses, "[p]arties would come to the litigation process dressed in their *Charter* clothes whenever possible" (trial reasons, at para. 81). However, parties can only come to court "in their *Charter* clothes" if they have pleaded all the elements of a *Charter* breach, and facts upon which an award of *Charter* damages could be functionally justified. *Charter* claims are not easy to make out; they require specific factual allegations. Where the state shows that a claimant has merely affixed a *Charter* label on what is in substance a private law claim, that claim should be struck at one of the first two steps of the *Ward* analysis.

[161] Nous prenons note du souci du juge chargé de la gestion de l'instance selon lequel, si les dispositions législatives prévoyant une immunité ne s'appliquent pas automatiquement, [TRADUCTION] « [l]es justiciables s'adresseraient aux tribunaux vêtus des atours de la *Charte* chaque fois qu'ils le pourraient » (motifs de première instance, par. 81). Toutefois, un justiciable ne peut s'adresser au tribunal « vêtu des atours de la *Charte* » que s'il a plaidé tous les éléments d'une violation de la *Charte* et les faits en raison desquels l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* peut être fondé d'un point de vue fonctionnel. Il n'est pas facile d'établir le bien-fondé d'une demande présentée en vertu de la *Charte*; une demande de ce genre doit être fondée sur des allégations de fait précises. Si l'État démontre qu'un demandeur s'est contenté de décrire comme étant « fondée sur la *Charte* » une demande qui, en réalité, constitue une action de droit privé, il y a lieu de radier cette demande à l'une des deux premières étapes de l'analyse prescrite par *Ward*.

2017 SCC 1 (CanLII)

[162] At the third step of *Ward*, as applied on an application to strike, the state may show that countervailing considerations make it plain and obvious that *Charter* damages could not be appropriate and just (see *Ward*, at paras. 32-45). We will return to this step shortly. The fourth step of the *Ward* analysis concerns the quantum of damages that would be appropriate and just in the circumstances. Since this is a matter best left for summary procedure or trial, the claimant need not plead facts which show that the quantum of damages sought is appropriate and just.

[162] À la troisième étape de l'analyse prescrite par *Ward*, dans le cas d'une requête en radiation, l'État peut démontrer qu'en raison de considérations faisant contrepoids, l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut évidemment et manifestement pas être convenable et juste (voir *Ward*, par. 32-45). Nous reviendrons sur cette étape sous peu. La quatrième étape de l'analyse en question s'attache au montant des dommages-intérêts qui serait convenable et juste dans les circonstances. Puisqu'il vaut mieux trancher cette question dans le cadre d'une procédure ou d'un procès sommaire, le demandeur n'a pas à alléguer de faits démontrant que le montant des dommages-intérêts réclamés est convenable et juste.

[163] To be clear, claims that proceed beyond the application to strike stage need not advance to a full trial on the merits. Other summary procedures — in Alberta, for example, summary judgment or summary trial — can be employed on a more fully developed record.

[163] En termes clairs, il n'est pas nécessaire que les demandes franchissant l'étape de la requête en radiation fassent l'objet d'un procès complet sur le fond. On peut avoir recours à d'autres procédures sommaires — par exemple le jugement ou procès sommaire en Alberta — sur la foi d'un dossier plus étoffé.

[164] Cromwell J. accepts that Ms. Ernst has pleaded facts which satisfy the first two steps of the *Ward* analysis for the purposes of an application to strike. At the third step, however, he holds that countervailing factors make it plain and obvious that *Charter* damages cannot be an appropriate and just remedy in the circumstances of Ms. Ernst's claim against the Board — or, indeed, in *any* claim against the Board, or against any quasi-judicial decision-maker like it. We respectfully disagree.

[164] Le juge Cromwell reconnaît que Mme Ernst a allégué des faits qui franchissent avec succès les deux premières étapes de l'analyse prescrite par *Ward* pour les besoins d'une requête en radiation. À la troisième étape, cependant, il estime qu'en raison de facteurs faisant contrepoids, l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut évidemment et manifestement pas constituer une réparation convenable et juste dans le cas de la demande présentée par Mme Ernst contre l'Office, ni même, en fait, dans le cas de *toute* demande visant l'Office ou n'importe quel autre décideur quasi judiciaire analogue. Avec égards, nous ne partageons pas son avis.

[165] *Charter* damages will not be available where countervailing factors render s. 24(1) damages inappropriate or unjust. In *Ward*, this Court identified such countervailing factors as including the availability of alternative remedies and good governance concerns. We propose to elaborate briefly on these two factors.

[165] Des dommages-intérêts fondés sur la *Charte* ne peuvent être obtenus s'il ne serait pas convenable ou juste d'accorder cette réparation en vertu du par. 24(1) à cause de facteurs faisant contrepoids. Dans *Ward*, notre Cour a précisé que ces facteurs comprennent la possibilité d'exercer d'autres recours et les préoccupations relatives au bon gouvernement. Nous donnerons brièvement des détails sur ces deux facteurs.

2017 SCC 1 (CanLII)

(1) Alternative Remedies

[166] *Charter* damages, to be recoverable, must meet at least one of the following objectives: compensating the loss caused by the breach, vindicating or affirming the right with respect to the harm done to the claimant and society, and deterring future breaches of the right by regulating state behaviour. Where a plaintiff has pleaded facts on the basis of which an award of *Charter* damages could be justified under one or more of these objectives, the burden shifts to the state to show that it is plain and obvious that the same objective or objectives can be met through other remedies.

[167] The Board submits, and our colleagues Abella and Cromwell JJ. agree, that Ms. Ernst had an alternative and effective remedy because she could have pursued judicial review of the Board's conduct. We cannot agree. In our view, the Board has not shown that it is plain and obvious that judicial review will meet the same objectives as an award of *Charter* damages, namely, vindicating Ms. Ernst's *Charter* right and deterring future breaches. At the very least, it would be premature to conclude, based on the pleadings alone, that judicial review would provide an effective alternative remedy to *Charter* damages in this case, let alone in *all* cases, against the Board. We note that, under the *Alberta Rules of Court*, damages are not available through judicial review.[4]

(2) Good Governance Concerns

[168] In *Ward*, this Court recognized that good governance concerns may render an award of *Charter* damages unjust or inappropriate. Such concerns were understood in *Henry v. British Columbia (Attorney General)*, 2015 SCC 24, [2015] 2 S.C.R.

[4] Rule 3.24.

(1) L'existence d'autres recours

[166] Pour pouvoir être accordés, les dommages-intérêts fondés sur la *Charte* doivent atteindre au moins un des objectifs suivants : compenser la perte causée par la violation, défendre ou revendiquer le droit pour ce qui est du préjudice causé au demandeur et à la société, et dissuader de nouvelles violations du droit en encadrant le comportement de l'État. Si le demandeur a allégué des faits pouvant fonder l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pour réaliser un ou plusieurs de ces objectifs, il incombe à l'État de démontrer que l'on peut évidemment et manifestement atteindre ces mêmes objectifs par d'autres recours.

[167] L'Office affirme que Mme Ernst était en mesure d'obtenir une autre réparation efficace parce qu'elle aurait pu demander le contrôle judiciaire des agissements de l'Office, et nos collègues les juges Abella et Cromwell souscrivent à cet argument. Nous ne pouvons y souscrire. À notre avis, l'Office n'a pas démontré que le contrôle judiciaire permettra évidemment et manifestement d'atteindre les mêmes objectifs que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte*, à savoir défendre le droit conféré à Mme Ernst par la *Charte* et dissuader de nouvelles violations. Il serait à tout le moins prématuré de conclure, sur la seule foi des actes de procédure, que le contrôle judiciaire offrirait une réparation efficace à la place de dommages-intérêts fondés sur la *Charte* en l'espèce, encore moins dans *tous* les cas, à l'encontre de l'Office. Nous constatons que les *Alberta Rules of Court* ne permettent pas d'obtenir des dommages-intérêts par la voie du contrôle judiciaire[4].

(2) Préoccupations relatives au bon gouvernement

[168] La Cour a reconnu dans *Ward* que des préoccupations relatives au bon gouvernement peuvent faire en sorte que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne soit pas juste ou convenable. Les préoccupations de ce genre ont été décrites dans

[4] Règle 3.24.

2017 SCC 1 (CanLII)

214, as "policy factors that will justify restricting the state's exposure to civil liability" (para. 39).

[169] A court must keep two interrelated principles in mind when considering such concerns. First, as *Ward* makes clear, *Charter* compliance is itself a foundational principle of good governance (para. 38). Second, courts must consider good governance concerns in a manner that remains protective of *Charter* rights, since the "appropriate and just" analysis under s. 24(1) is designed to redress the *Charter* breach.

[170] Bearing those principles in mind, if the state can establish, without relying on an immunity clause, that good governance concerns make it plain and obvious that *Charter* damages cannot be appropriate and just in the circumstances, then the plaintiff's claim will be struck. This, in substance, is the conclusion reached by Cromwell J. He points to common law and statutory immunities enjoyed by judges and various quasi-judicial decision-makers, as well as good governance concerns rooted in the "practical wisdom" of the common law, to support his conclusion that *Charter* damages can never be an appropriate and just remedy in an action against the Board.

[171] We acknowledge that our common law recognizes absolute immunity from personal liability for judges in the exercise of their adjudicative function. This is necessary to maintain judicial independence and impartiality (*Sirros v. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118 (C.A.); *Gonzalez v. British Columbia (Ministry of Attorney General)*, 2009 BCSC 639, 95 B.C.L.R. (4th) 185; *Taylor v. Canada (Attorney General)*, [2000] 3 F.C. 298 (C.A.), leave to appeal refused, [2000] 2 S.C.R. xiv). Such immunity is not inconsistent with the *Charter*, as judicial immunity itself is a fundamental constitutional principle (*Taylor*, at para. 57).

Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général), 2015 CSC 24, [2015] 2 R.C.S. 214, comme des « facteurs de principe justifiant que l'on restreigne les possibilités de recours en responsabilité civile contre l'État » (par. 39).

[169] Le tribunal doit garder à l'esprit deux principes interreliés lorsqu'il examine ces préoccupations. En premier lieu, comme l'indique clairement *Ward*, le respect de la *Charte* constitue en soi un principe fondamental de bon gouvernement (par. 38). En second lieu, le tribunal doit examiner les préoccupations relatives au bon gouvernement en se souciant de la protection des droits conférés par la *Charte*, car l'analyse de la réparation « convenable et juste » au sens du par. 24(1) est conçue pour remédier à la violation de la *Charte*.

[170] Compte tenu de ces principes, si l'État peut établir, sans invoquer de disposition d'immunité, que des préoccupations relatives au bon gouvernement font en sorte que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut manifestement pas être convenable ou juste dans les circonstances, la demande du demandeur sera radiée. C'est essentiellement ce que conclut le juge Cromwell. Il cite les immunités qu'accordent la common law et la loi aux juges et aux différents décideurs quasi judiciaires de même que les préoccupations relatives au bon gouvernement ancrées dans la « sagesse pratique » de la common law pour étayer sa conclusion selon laquelle les dommages-intérêts fondés sur la *Charte* ne peuvent jamais constituer une réparation convenable et juste dans le cas d'une action intentée contre l'Office.

[171] Certes, notre common law reconnaît aux juges une immunité absolue à l'égard de la responsabilité personnelle dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle. Cette immunité est nécessaire pour préserver l'indépendance et l'impartialité judiciaires (*Sirros c. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118 (C.A.); *Gonzalez c. British Columbia (Ministry of Attorney General)*, 2009 BCSC 639, 95 B.C.L.R. (4th) 185; *Taylor c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 298 (C.A.), autorisation d'appel refusée, [2000] 2 R.C.S. xiv). Pareille immunité n'est pas incompatible avec la *Charte*, puisque l'immunité

2017 SCC 1 (CanLII)

Similarly, we anticipate that compelling good governance concerns rendering *Charter* damages inappropriate or unjust will exist where the state actor has breached a *Charter* right while performing an adjudicative function.

[172] But that is not the case before us. There is nothing in the record which indicates that the Board was acting in an adjudicative capacity when it informed Ms. Ernst that she could no longer write to the Board until she stopped publically criticizing it. We see no compelling policy rationale to immunize state actors in *all* cases, including where, as here, the impugned conduct is said to have been "punitive" in nature. To be precise, what Ms. Ernst alleges is that the Board, far from exercising an adjudicative function, effectively sought to punish her by barring access to those functions so long as she continued to criticize the Board in public. Our colleague Abella J. suggests that the Board, in deciding to stop communicating with Ms. Ernst, "in essence f[ound] her to be a vexatious litigant" (para. 64). We see no basis for our colleague's characterization.

[173] Further, we disagree with our colleague Cromwell J. that the policy concerns which underlie the negation of any negligence law duty of care owed by the Board to Ms. Ernst support an absolute immunity from *Charter* damages claims for the Board. In his view, certain policy considerations which negate a duty of care should also render an award of *Charter* damages inappropriate or unjust, namely: (i) excessive demands on resources, (ii) the potential "chilling effect" on the behaviour of the state actor, and (iii) protection of quasi-judicial decision making. However, immunity in negligence law does not necessarily translate into immunity under the *Charter*. Though public regulators such as the Board will rarely be found to owe a duty of care in negligence law (*Edwards v. Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562,

judiciaire elle-même est un principe constitutionnel fondamental (*Taylor*, par. 57). De même, nous prédisons qu'il existera des préoccupations impérieuses relatives au bon gouvernement en raison desquelles il ne sera pas convenable ou juste de condamner à des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* l'acteur étatique qui a violé un droit conféré par celle-ci dans l'exercice d'une fonction juridictionnelle.

[172] Or, nous ne sommes pas saisis d'une telle situation en l'espèce. Rien au dossier n'indique que l'Office exerçait une fonction juridictionnelle quand il a avisé Mme Ernst qu'elle ne pouvait plus lui écrire avant de cesser de le critiquer publiquement. Nous ne voyons aucune raison impérieuse de politique générale pour laquelle il faudrait soustraire les acteurs étatiques dans *tous* les cas, notamment ceux, comme en l'espèce, où l'on prétend que la conduite reprochée est de nature « punitive ». Plus précisément, ce que Mme Ernst allègue, c'est que l'Office, loin d'exercer une fonction juridictionnelle, a bel et bien cherché à la punir en lui refusant l'accès à ces fonctions tant qu'elle continuait à le critiquer publiquement. Notre collègue la juge Abella laisse entendre que, quand il a décidé de cesser de communiquer avec Mme Ernst, l'Office a « concl[u] pour l'essentiel [que Mme Ernst était] une plaideuse quérulente » (par. 64). La description de notre collègue nous paraît dénuée de fondement.

[173] En outre, nous ne partageons pas l'opinion de notre collègue le juge Cromwell selon laquelle les préoccupations de politique générale qui sous-tendent l'exclusion de toute obligation de diligence de l'Office en droit de la négligence envers Mme Ernst justifient que l'Office bénéficie d'une immunité absolue à l'égard des demandes de dommages-intérêts fondées sur la *Charte*. Selon lui, certaines des préoccupations qui excluent une obligation de diligence devraient aussi faire en sorte que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne soit pas convenable ou juste, en l'occurrence : (i) une ponction indue sur les ressources, (ii) l'« effet paralysant » que cette obligation peut avoir sur la conduite de l'acteur étatique et (iii) la protection du processus décisionnel quasi judiciaire. Toutefois, l'immunité en droit de la négligence n'emporte pas nécessairement

2017 SCC 1 (CanLII)

at para. 18; *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537), this Court has rejected the argument that "the balancing of policy factors . . . which led this Court to establish a qualified immunity shielding prosecutors from tort liability absent a showing of malice . . . is also dispositive" in the context of *Charter* damages (*Henry*, at paras. 52 and 56). Considerations supporting private law immunity from liability for negligent conduct do not automatically support absolute immunity from *Charter* damages claims for more serious misconduct, including conduct amounting to bad faith or an abuse of power.

[174] Because good governance concerns should limit the availability of *Charter* damages only so far as necessary, this Court has recognized qualified immunities from claims for *Charter* damages, preconditioning an award upon the claimant establishing a threshold of misconduct or fault. In *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405, the Court recognized that state actors should be afforded some immunity from claims for *Charter* damages, so as not to unduly constrain the effectiveness of state action under statutes that are subsequently declared invalid. This was said to furnish "a means of creating a balance between the protection of constitutional rights and the need for effective government" (para. 79). *Mackin* cautions, however, that immunity — even in this qualified form — would not cover conduct that is "clearly wrong, in bad faith or an abuse of power" (*ibid.*). The state and its representatives are required to exercise their powers in good faith and to respect constitutional rights. This makes sense because, as noted in *Henry*, *Charter* breaches "cover a spectrum of blameworthiness, ranging from the good faith error, quickly rectified, to the rare cases of egregious failures" (para. 91). In *Henry*, the Court held that a heightened liability

immunité sous le régime de la *Charte*. Bien qu'il soit rare de conclure que des organismes de réglementation publics comme l'Office ont une obligation de diligence en droit de la négligence (*Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562, par. 18; *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537), notre Cour a rejeté dans *Henry* l'argument selon lequel « la mise en balance des considérations de principe [. . .] qui a amené notre Cour à établir une immunité restreinte protégeant les poursuivants contre toute responsabilité délictuelle en l'absence d'une démonstration de malveillance [. . .] tranche également » la question des dommages-intérêts fondés sur la *Charte* (par. 52 et 56). Les considérations favorables à une immunité contre toute responsabilité pour négligence en droit privé ne sont pas nécessairement favorables à une immunité absolue contre les demandes de dommages-intérêts présentées en vertu de la *Charte* pour une inconduite plus grave, y compris une conduite équivalant à de la mauvaise foi ou à un abus de pouvoir.

[174] Comme les préoccupations relatives au bon gouvernement ne doivent limiter la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* que dans la mesure nécessaire, notre Cour a reconnu des immunités relatives contre les demandes de dommages-intérêts fondées sur la *Charte*, et établi comme condition préalable à l'octroi de ces dommages-intérêts la démonstration par le demandeur d'un seuil d'inconduite ou de faute. Dans *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405, la Cour a reconnu qu'il faut accorder aux acteurs étatiques une certaine immunité à l'égard des demandes de dommages-intérêts fondées sur la *Charte* afin de ne pas limiter indûment l'efficacité des mesures prises par l'État en vertu de lois déclarées invalides par la suite. On a affirmé que l'immunité relative constituait « un moyen d'établir un équilibre entre la protection des droits constitutionnels et la nécessité d'avoir un gouvernement efficace » (par. 79). L'arrêt *Mackin* prévient toutefois que l'immunité — même sous cette forme restreinte — n'a pas été étendue au comportement « clairement fautif, de mauvaise foi ou d'abus de pouvoir » (*ibid.*). L'État et ses représentants sont tenus d'exercer leurs pouvoirs de bonne

2017 SCC 1 (CanLII)

threshold must be met in cases of wrongful non-disclosure, which addressed concerns about the "risk of undue interference with the ability of prosecutors to freely carry out their duties" (para. 76).

[175] In the private law context, the Court recognized in *Hinse v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 35, [2015] 2 S.C.R. 621, that the Minister of Justice's exercise of the power of mercy is entitled to only a *qualified* immunity from claims for damages. In that case, the Court held that damages in a civil case could still be awarded where the Minister of Justice acts in "bad faith" or with "serious recklessness" when reviewing an application for mercy (para. 69). Likewise, in *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, Lamer J. (as he then was) noted that an action for malicious prosecution against the Attorney General or a Crown Attorney will lie only where the prosecutor has "perpetrated a fraud on the process of criminal justice and in doing so has perverted or abused his office and the process of criminal justice" (p. 194).

[176] These cases demonstrate that certain state actors are subject to *qualified* immunities. A judge, though absolutely immune in respect of his or her adjudicative role, is not necessarily immune in respect of acts or omissions outside his or her adjudicative role. A prosecutor is not immune where he or she perverts or abuses his or her office or intentionally withholds material evidence that he or she knows or should know is material to an accused's ability to make full answer and defence. The Minister of Justice is not immune when he or she acts in bad faith or with serious recklessness in reviewing an application for mercy. Never has this Court held, simply because

foi et de respecter les droits constitutionnels. Cela est logique parce que, comme notre Cour l'a fait remarquer dans *Henry*, les violations de la *Charte* « peuvent découler d'un éventail de comportements répréhensibles, allant de l'erreur de bonne foi — corrigée rapidement — aux rares cas [de défauts] tout à fait inacceptable[s] » (par. 91). La Cour a conclu dans cet arrêt qu'il faut atteindre un seuil de responsabilité plus élevé dans les cas de défaut injustifié de communiquer des renseignements. Ce seuil répondait aux préoccupations concernant le « risque d'entraver indûment la possibilité, pour les poursuivants, d'exercer en toute liberté leurs fonctions » (par. 76).

[175] En droit privé, notre Cour a reconnu dans *Hinse c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 35, [2015] 2 R.C.S. 621, que le ministre de la Justice n'a droit qu'à une immunité *relative* contre les demandes de dommages-intérêts dans l'exercice de son pouvoir de clémence. Dans cet arrêt, notre Cour a conclu qu'il est encore possible d'octroyer des dommages-intérêts dans une action civile lorsque le ministre de la Justice fait preuve de « mauvaise foi ou [d']insouciance grave » dans l'examen d'une demande de clémence (par. 69). De même, dans *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a signalé qu'il y a ouverture à action pour poursuites abusives contre le procureur général ou le procureur de la Couronne uniquement s'il a « commis une fraude dans le processus de justice criminelle et que, dans la perpétration de cette fraude, il [a] abusé de ses pouvoirs et perverti le processus de justice criminelle » (p. 194).

[176] Cette jurisprudence démontre que certains acteurs étatiques bénéficient d'une immunité *relative*. Bien qu'il jouisse d'une immunité absolue à l'égard de son rôle juridictionnel, le juge n'est pas nécessairement protégé pour ce qui est des actes ou omissions qui ne relèvent pas de ce rôle. Le poursuivant n'est pas protégé lorsqu'il pervertit son pouvoir ou en abuse, ou s'abstient délibérément de produire des éléments de preuve qu'il sait essentiels à la faculté de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Le ministre de la Justice n'est pas protégé lorsqu'il fait preuve de mauvaise foi ou d'insouciance grave dans l'examen d'une

2017 SCC 1 (CanLII)

a governmental decision-maker has *an* adjudicative role — or a prosecutorial role, or a ministerial role — that *Charter* damages can never be an appropriate and just remedy, regardless of the circumstances.

[177] Cromwell J. asserts that when the countervailing factors he identifies are considered cumulatively, rather than individually or in isolation, they justify complete immunity from *Charter* damages claims for the Board and decision-makers like it. He would therefore hold, for the first time, that *Charter* damages can never be an appropriate and just remedy in *any* action against *any* quasi-judicial decision-maker like the Board. In our view, whether the countervailing factors are examined individually or collectively, the record at this juncture does not support recognizing such a broad, sweeping immunity for the Board in this case, let alone in every case.

[178] In the final analysis, it is not plain and obvious to us that *Charter* damages could not be an appropriate and just remedy in the circumstances of Ms. Ernst's claim against the Board. That being so, the remaining question is whether it is plain and obvious that s. 43 of the *ERCA* bars that claim. In our view, it does not.

B. *It Is Not Plain and Obvious That the Immunity Clause Bars the Plaintiff's Claim*

[179] Recall that s. 43 of the *ERCA* provides that "[n]o action or proceeding may be brought against the Board . . . in respect of any act or thing done purportedly in pursuance of this Act, or any Act that the Board administers, the regulations under any of those Acts or a decision, order or direction of the Board." The issue is thus whether it is plain and obvious that the wrong pleaded — i.e., acts intended

demande de clémence. Notre Cour n'a jamais conclu que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut en aucun cas constituer une réparation convenable et juste du simple fait qu'un décideur gouvernemental remplit *une* fonction juridictionnelle, une fonction de poursuivant ou encore une fonction ministérielle, et ce, peu importe les circonstances.

[177] Le juge Cromwell affirme que, lorsque les facteurs faisant contrepoids qu'il énonce sont examinés cumulativement, plutôt qu'individuellement ou isolément, ils justifient une immunité absolue en faveur de l'Office et des décideurs analogues à l'égard des demandes de dommages-intérêts fondées sur la *Charte*. Il arrive donc pour la première fois à la conclusion que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut jamais constituer une réparation convenable ou juste dans *quelque* action *que ce soit* intentée contre *tout* décideur quasi judiciaire tel l'Office. À notre avis, que les facteurs faisant contrepoids soient examinés individuellement ou collectivement, le dossier ne permet pas à ce stade de reconnaître à l'Office une immunité aussi large et étendue en l'espèce, encore moins dans tous les cas.

[178] En dernière analyse, il n'est pas évident et manifeste pour nous que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut constituer une réparation convenable et juste dans le cas de la demande présentée par Mme Ernst contre l'Office. En conséquence, il reste à décider si l'art. 43 de l'*ERCA* fait évidemment et manifestement obstacle à cette demande. À notre avis, ce n'est pas le cas.

B. *Il n'est pas évident et manifeste que la disposition d'immunité fait obstacle à la demande de la demanderesse*

[179] Rappelons que l'art. 43 de l'*ERCA* prévoit ce qui suit : [TRADUCTION] « Aucune action ou instance ne peut être introduite contre l'Office [. . .] pour tout acte ou toute chose qui aurait été accompli en conformité avec la présente loi, toute loi appliquée par l'Office, tout règlement d'application des lois en question ou une décision, ordonnance ou directive de l'Office. » La question

2017 SCC 1 (CanLII)

to punish Ms. Ernst — would always and inevitably fall within the s. 43 bar to litigation. More precisely, the question is whether punitive conduct is clearly caught by the phrase, "any act or thing done purportedly in pursuance of" the *ERCA* or other legislation administered by the Board, or any regulation, or any "decision, order or direction".

[180] We cannot conclude that it is plain and obvious that actions taken by the Board purely to punish a member of the public would necessarily fall within the phrase "done purportedly in pursuance" of the *ERCA* or any other instrument. It is arguable that the *ERCA* does not authorize punitive conduct, either expressly or impliedly. Nor does it plainly and obviously give persons acting under it or any other instrument the power to punish anyone as it allegedly punished Ms. Ernst. If, as Ms. Ernst asserts, "the decision to restrict her communication with the [Board], and the decision to continue such restriction, was made arbitrarily, and without legal authority" (A.R., at p. 72 (emphasis added)), the immunity clause may not apply to her claims in respect of these particular allegations.

[181] The courts below assumed that, by its terms, s. 43 of the *ERCA* plainly and obviously bars Ms. Ernst's entire claim. In his submissions to this Court, Ms. Ernst's counsel did the same. That assumption may ultimately prove correct, but it is not plainly and obviously so at this stage. If it is ultimately established that the actions of which Ms. Ernst complains were, in fact, "purportedly in pursuance" of the *ERCA*, other legislation or regulation, or a Board decision, order or direction, the immunity clause will bar her claim unless s. 43 is unconstitutional. In our view, those issues remain to be determined on a fuller record.

consiste donc à savoir s'il est évident et manifeste que le tort allégué — c'est-à-dire les actes visant à punir Mme Ernst — relèverait toujours et inévitablement de l'interdiction de poursuite prévue par l'art. 43. Plus précisément, il s'agit de déterminer si la conduite punitive est clairement visée par le segment de phrase « tout acte ou toute chose qui aurait été accompli en conformité avec » l'*ERCA*, une autre loi appliquée par l'Office, tout règlement ou toute « décision, ordonnance ou directive ».

[180] Nous ne saurions conclure qu'il est évident et manifeste que les mesures prises par l'Office dans l'unique but de punir un membre du public seraient nécessairement visées par l'expression « qui aurait été accompli en conformité avec » l'*ERCA* ou tout autre instrument. On peut soutenir que l'*ERCA* n'autorise ni expressément ni implicitement une conduite punitive. Elle n'accorde pas non plus évidemment et manifestement aux personnes qui s'en réclament ou se réclament de tout autre instrument le pouvoir de punir qui que ce soit comme il aurait puni Mme Ernst. Si, tel que le soutient Mme Ernst, [TRADUCTION] « la décision de restreindre ses communications avec [l'Office] et celle de poursuivre pareille restriction ont été prises arbitrairement et illégalement » (d.a., p. 72 (nous soulignons)), la disposition d'immunité ne s'applique peut-être pas aux recours que Mme Ernst a intentés relativement à ces allégations précises.

[181] Les juridictions inférieures ont supposé que, de par son libellé, l'art. 43 de l'*ERCA* fait évidemment et manifestement obstacle à la demande de Mme Ernst au complet. Dans sa plaidoirie devant notre Cour, l'avocat de Mme Ernst a supposé la même chose. Cette supposition pourrait s'avérer exacte en fin de compte, mais cela n'est pas évident et manifeste à ce stade. S'il est finalement établi que les actes dont se plaint Mme Ernst [TRADUCTION] « aurai[en]t été [en fait] accompli en conformité » avec l'*ERCA*, une autre loi ou un règlement, ou une décision, ordonnance ou directive de l'Office, la disposition d'immunité fera obstacle à sa demande à moins que l'art. 43 soit inconstitutionnel. Nous estimons qu'il reste à trancher ces questions sur la foi d'un dossier plus étoffé.

2017 SCC 1 (CanLII)

[182] Our colleague Cromwell J. takes issue with our approach to the immunity clause. He stresses that this argument was not made by Ms. Ernst before this Court. We accept that this is so. However, as he correctly notes, the Court is not bound by the positions taken by the parties on questions of law. Ms. Ernst's assumption that s. 43 of the *ERCA* bars all actions or proceedings against the Board, "regardless of the nature of the claim" (A.F., at para. 63), is not binding on us. The interpretation of s. 43 and particularly the phrase "in respect of any act or thing done purportedly in pursuant of this Act" raises a question of law, involving as it does a matter of statutory interpretation.

[183] Apart from our not being bound by the positions of the parties on questions of law, as we shall explain, the circumstances of this case are exceptional and, in our view, compel the Court to consider an issue not raised by the parties.

[184] First, Ms. Ernst raises a novel and difficult legal problem involving the interplay between legislative immunity clauses and s. 24(1) of the *Charter*. The significance of this issue cannot be overstated and it has proved challenging to counsel and the courts below. The complexity of this matter has understandably resulted in submissions which have not comprehensively addressed the issues in this case. In these circumstances, the Court may go beyond the parties' submissions to make a proper determination of the matter according to law.

[185] Second, the issues raised by Ms. Ernst's claim are of significant public importance. The allegations against the Board are serious. She says that the Board abused its powers to punish a citizen and to curtail her freedom of expression, thereby breaching her s. 2(*b*) *Charter* right. Whether Ms. Ernst may advance a claim for *Charter* damages against the Board in the face of a statutory immunity clause which may bar such claims will have consequences which extend

[182] Notre collègue le juge Cromwell s'inscrit en faux contre la manière dont nous abordons la disposition d'immunité. Il souligne que Mme Ernst n'a pas avancé cet argument devant notre Cour, ce que nous reconnaissons. Toutefois, comme il le signale à juste titre, la Cour n'est pas liée par les positions qu'adoptent les parties sur des questions de droit. La supposition de Mme Ernst selon laquelle l'art. 43 de l'*ERCA* fait obstacle à toute action ou instance introduite contre l'Office, [TRADUCTION] « peu importe la nature de la demande » (m.a., par. 63), ne nous lie pas. L'interprétation de l'art. 43, plus particulièrement le segment de phrase [TRADUCTION] « pour tout acte ou toute chose qui aurait été accompli en conformité avec la présente loi », soulève une question de droit, soit un point d'interprétation législative.

[183] Outre le fait que nous ne sommes pas liés par les positions des parties sur des questions de droit, comme nous l'expliquerons, les circonstances de l'espèce sont exceptionnelles et, selon nous, elles contraignent la Cour à étudier une question que les parties n'ont pas soulevée.

[184] Premièrement, Mme Ernst soulève un problème juridique nouveau et difficile à résoudre qui met en jeu l'interaction entre les dispositions législatives prévoyant une immunité et le par. 24(1) de la *Charte*. On ne saurait surestimer l'importance de ce point qui s'est révélé épineux pour les avocats et les juridictions inférieures. Naturellement, la complexité de cet enjeu s'est traduite par des observations qui ne traitaient pas exhaustivement des questions en l'espèce. Dans ces circonstances, la Cour peut aller au-delà des observations des parties pour trancher correctement l'enjeu conformément à la loi.

[185] Deuxièmement, les questions que soulève Mme Ernst dans sa demande sont d'une grande importance pour le public. Les allégations formulées contre l'Office sont graves. Mme Ernst dit que l'Office a abusé de ses pouvoirs pour punir une citoyenne et restreindre sa liberté d'expression, violant par le fait même le droit que lui garantit l'al. 2*b*) de la *Charte*. La possibilité ou non pour Mme Ernst d'aller de l'avant avec une demande de dommages-intérêts

2017 SCC 1 (CanLII)

far beyond the facts of this case. In our view, the fact that Ms. Ernst did not argue that s. 43 does not apply to her claim should not impede the just determination of a legal issue which has such broad ramifications for the public.

[186] Since it is not plain or obvious that *Charter* damages could never be appropriate and just or that s. 43 of the *ERCA* bars Ms. Ernst's claim, the application to strike must fail and the appeal must be allowed. It is therefore unnecessary to determine s. 43's constitutionality, and we would decline to do so.

C. *We Decline to Answer the Constitutional Question*

[187] The constitutional question at issue on this appeal was stated by the Chief Justice as follows:

Is s. 43 of the *Energy Resources Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. E-10, constitutionally inapplicable or inoperable to the extent that it bars a claim against the regulator for a breach of s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and an application for a remedy under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

[188] Where the state applies to strike a claim for *Charter* damages on the basis of a statutory immunity clause and it is not plain and obvious that *Charter* damages could not be an appropriate and just remedy but it *is* plain and obvious that the immunity clause would bar the plaintiff's claim, the plaintiff may defeat the application to strike by successfully challenging the clause's constitutionality. That is what Ms. Ernst sought to do in her appeal to this Court.

fondée sur la *Charte* à l'encontre de l'Office malgré une disposition législative prévoyant une immunité qui fait peut-être obstacle à de telles demandes aura des conséquences qui débordent largement les faits de l'espèce. À notre avis, le fait que Mme Ernst n'a pas plaidé que l'art. 43 ne s'applique pas à sa demande ne devrait pas entraver le règlement juste d'une question de droit qui a des ramifications aussi vastes sur le public.

[186] Puisqu'il n'est pas évident ou manifeste que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut jamais être convenable et juste ou que l'art. 43 de l'*ERCA* fait obstacle à la demande de Mme Ernst, la requête en radiation doit être rejetée, et le pourvoi, accueilli. Il n'est donc pas nécessaire de statuer sur la constitutionnalité de l'art. 43 et nous refusons de le faire.

C. *Nous refusons de répondre à la question constitutionnelle.*

[187] La question constitutionnelle en litige dans le présent pourvoi a été formulée en ces termes par la Juge en chef :

L'article 43 de la loi intitulée *Energy Resources Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. E-10, est-il inapplicable ou inopérant du point de vue constitutionnel en ce qu'il fait obstacle à la présentation d'une action contre l'organisme de réglementation pour violation de l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ainsi qu'à la présentation d'une demande de réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

[188] Si l'État réclame la radiation d'une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* en raison d'une disposition législative prévoyant une immunité, et il n'est pas évident et manifeste que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut constituer une réparation convenable et juste, alors qu'il *est* évident et manifeste que la disposition d'immunité ferait obstacle à la demande du demandeur, ce dernier peut faire échec à la requête en radiation en contestant avec succès la constitutionnalité de la disposition. C'est ce que Mme Ernst a tenté de faire dans le présent pourvoi.

2017 SCC 1 (CanLII)

[189] We would decline her invitation to strike down s. 43 as unconstitutional, for two reasons. First, it is not necessary to do so to dispose of this appeal; as discussed above, it is not plain and obvious that, on its face, s. 43 bars Ms. Ernst's claim for *Charter* damages. Second, even if it were necessary to consider s. 43's constitutionality, the record before us does not provide an adequate basis on which to do so; we have received neither submissions nor evidence on the application, if any, of s. 1 of the *Charter* to s. 43, for example.

[190] We would therefore leave for another day the question of whether s. 43 or a similar immunity clause can constitutionally bar a claim for *Charter* damages. All we have determined on this appeal is that, for the purposes of the application to strike, it is not plain and obvious that s. 43 applies to Ms. Ernst's claim. If a court ultimately finds that s. 43 does bar Ms. Ernst's claim, Ms. Ernst would still have the opportunity to seek a declaration that s. 43 of the *ERCA* is unconstitutional and to provide proper notice of her constitutional challenge to the Attorney General of Canada and the Minister of Justice and Solicitor General of Alberta in accordance with s. 24 of Alberta's *Judicature Act*, R.S.A. 2000, c. J-2.

[191] The constitutionality of s. 43 could then be dealt with at first instance. It would be open to the state to adduce evidence of countervailing considerations which may render *Charter* damages inappropriate or unjust, to make submissions on the extent, if any, to which s. 1 applies to Ms. Ernst's s. 24(1) claim and to provide any other evidence in support of the clause's constitutionality. Of course, it would be similarly open to Ms. Ernst to answer such evidence or submissions with evidence and submissions of her own.

[189] Nous refusons son invitation de déclarer l'art. 43 inconstitutionnel pour deux raisons. En premier lieu, point n'est besoin de le faire pour trancher le présent pourvoi; comme nous l'avons expliqué précédemment, il n'est pas évident et manifeste qu'à première vue, l'art. 43 fait obstacle à la demande de dommages-intérêts présentée par Mme Ernst en vertu de la *Charte*. En second lieu, même s'il était nécessaire d'examiner la constitutionnalité de l'art. 43, le dossier dont nous disposons ne fournit pas un fondement adéquat à cet examen; nous n'avons reçu, par exemple, aucun argument ou élément de preuve au sujet de l'application, s'il en est, de l'article premier de la *Charte* à l'art. 43.

[190] Nous sommes donc d'avis de reporter à une autre occasion l'analyse de la question de savoir si l'art. 43 ou une disposition d'immunité semblable fait obstacle à une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*. Tout ce que nous avons décidé en l'espèce, c'est qu'en ce qui concerne la requête en radiation, il n'est pas évident et manifeste que l'art. 43 s'applique à la demande de Mme Ernst. Si un tribunal finit par conclure que l'art. 43 fait bel et bien obstacle à cette demande, Mme Ernst aurait néanmoins la possibilité de solliciter un jugement déclarant que l'art. 43 de l'*ERCA* est inconstitutionnel et d'aviser comme il se doit le procureur général du Canada ainsi que le ministre de la Justice et solliciteur général de l'Alberta de sa contestation constitutionnelle conformément à l'art. 24 de la *Judicature Act*, R.S.A. 2000, c. J-2, de l'Alberta.

[191] Il sera possible par la suite de se prononcer sur la constitutionnalité de l'art. 43 en première instance. L'État pourrait alors produire la preuve de considérations faisant contrepoids et susceptibles de faire en sorte que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne soit pas convenable ou juste, présenter des arguments sur la mesure, le cas échéant, dans laquelle l'article premier s'applique à la demande présentée par Mme Ernst en vertu du par. 24(1) et déposer tout autre élément de preuve à l'appui de la constitutionnalité de la disposition. Bien entendu, il serait tout aussi loisible à Mme Ernst de répliquer à ces éléments de preuve ou arguments par ses propres éléments de preuve et arguments.

2017 SCC 1 (CanLII)

IV. Conclusion

[192] We would allow the appeal, and set aside the order striking the claim, with costs to Ms. Ernst throughout. Ms. Ernst may proceed with her claim for *Charter* damages unless and until it is established that it is barred by s. 43.

Appeal dismissed with costs, McLachlin C.J. *and* Moldaver, Côté *and* Brown JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Klippensteins, Toronto.

Solicitors for the respondent: Jensen Shawa Solomon Duguid Hawkes, Calgary.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Chernos Flaherty Svonkin, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Solicitors for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights: WeirFoulds, Toronto; University of Toronto Faculty of Law, Toronto.

IV. Conclusion

[192] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler l'ordonnance radiant la demande, le tout avec dépens en faveur de M[me] Ernst dans toutes les cours. M[me] Ernst peut aller de l'avant avec sa demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* à moins qu'il soit établi qu'elle est irrecevable par application de l'art. 43.

Pourvoi rejeté avec dépens, la juge en chef McLachlin *et les juges* Moldaver, Côté *et* Brown *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelante : Klippensteins, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Jensen Shawa Solomon Duguid Hawkes, Calgary.

Procureure de l'intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Chernos Flaherty Svonkin, Toronto.

Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights : WeirFoulds, Toronto; University of Toronto Faculty of Law, Toronto.

2017 SCC 1 (CanLII)

1984 CanLII 33 (SCC)

Lawson A. W. Hunter, Director of Investigation and Research of the Combines Investigation Branch, Michael J. Milton, Michael L. Murphy, J. Andrew McAlpine, and Antonio P. Marrocco, also known as Anthony P. Marroco *Appellants*;

and

Southam Inc. *Respondent.*

File No.: 17569.

1983: November 22; 1984: September 17.

Present: Laskin C.J.* and Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Canadian Charter of Rights and Freedoms — Unreasonable search and seizure — Combines Investigation Act search and seizure powers — Standards required for issuance of warrant — Standards not specified — Neutrality of arbiter issuing warrant — Whether search and seizure powers of Combines Investigation Act inconsistent with s. 8 of Charter and therefore of no force or effect — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8 — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 10(1), (3).

Pursuant to s. 10(1) of the *Combines Investigation Act*, the Director of Investigation and Research of the Combines Investigation Branch authorized several Combines Investigation officers to enter and examine documents and other things at a respondent's business premises in Edmonton "and elsewhere in Canada". The authorization was certified by a member of the Restrictive Trade Practices Commission pursuant to s. 10(3) of the Act. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was proclaimed after the authorization was made but before the actual search had begun. Respondent unsuccessfully sought an interim injunction pending trial of the question whether the search was in violation of s. 8 of the *Charter*—the unreasonable search and seizure provision. The Alberta Court of Appeal ordered all documents taken from the respondent's premises sealed as an interim measure and proceeded with the appeal on the basis that the issue of whether s. 10 was inconsistent

* The Chief Justice took no part in the judgment.

Lawson A. W. Hunter, directeur des enquêtes et recherches de la direction des enquêtes sur les coalitions, Michael J. Milton, Michael L. Murphy, J. Andrew McAlpine et Antonio P. Marrocco, aussi connu sous le nom de Anthony P. Marroco *Appelants*;

et

Southam Inc. *Intimée.*

N° du greffe: 17569.

1983: 22 novembre; 1984: 17 septembre.

Présents: Le juge en chef Laskin * et les juges Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

Droit constitutionnel — Charte canadienne des droits et libertés — Fouille, perquisition et saisie abusives — Pouvoirs en matière de fouille, de perquisition et de saisie conférés par la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions — Critères exigés pour la délivrance d'un mandat — Critères non spécifiés — Neutralité de l'arbitre qui décerne le mandat — Les pouvoirs en matière de fouille, de perquisition et de saisie que confère la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions sont-ils incompatibles avec l'art. 8 de la Charte et, par conséquent, inopérants? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8 — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 10(1), (3).

Conformément au par. 10(1) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, le directeur des enquêtes et recherches de la direction des enquêtes sur les coalitions a autorisé plusieurs fonctionnaires affectés aux enquêtes sur les coalitions à pénétrer dans les bureaux de l'intimée à Edmonton «et ailleurs au Canada» et à y examiner des documents et d'autres pièces. L'autorisation a été certifiée par un membre de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce conformément au par. 10(3) de la Loi. La *Charte canadienne des droits et libertés* a été promulguée après que l'autorisation eut été accordée mais avant que la perquisition ne débute réellement. L'intimée a sans succès cherché à obtenir une injonction provisoire en attendant l'instruction de la question de savoir si la perquisition violait l'art. 8 de la *Charte*—la disposition portant sur les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. À titre de mesure provisoire, la Cour d'appel de l'Alberta a ordonné que

* Le Juge en chef n'a pas pris part au jugement.

with the Constitution could have been properly dealt with as an application for summary judgment at first instance. Appellants appeal from that Court's finding that s. 10(3), and, by implication, s. 10(1) of the Act, were inconsistent with the *Charter* and therefore of no force or effect.

Held: The appeal should be dismissed.

The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is a purposive document, the provisions of which must be subjected to a purposive analysis. Section 8 of the *Charter* guarantees a broad and general right to be secure from unreasonable searches and seizures which extends at least so far as to protect the right of privacy from unjustified state intrusion. Its purpose requires that unjustified searches be prevented. It is not enough that a determination be made, after the fact, that the search should not have been conducted. This can only be accomplished by a requirement of prior authorization. Accordingly, prior authorization, where feasible, is a precondition for a valid search and seizure. It follows that warrantless searches are *prima facie* unreasonable under s. 8. The party seeking to justify a warrantless search bears the onus of rebutting the presumption of unreasonableness.

Section 10(3) of the *Combines Investigation Act* provides for prior authorization of searches by a member of the Restrictive Trade Practices Commission. The procedures established by s. 10(3), however, are constitutionally defective in two respects.

First, for the authorization procedure to be meaningful, it is necessary for the person authorizing the search to be able to assess the conflicting interests of the state and the individual in an entirely neutral and impartial manner. This means that while the person considering the prior authorization need not be a judge, he must nevertheless, at a minimum, be capable of acting judicially. *Inter alia*, he must not be someone charged with investigative or prosecutorial functions under the relevant statutory scheme. The significant investigatory functions bestowed upon the Restrictive Trade Practices Commission and its members by the Act vitiated a member's ability to act in a judicial capacity in authorizing a s. 10(3) search and seizure and do not accord

tous les documents saisis dans les locaux de l'intimée soient mis sous scellé et a procédé à l'audition de l'appel en tenant pour acquis que la question de savoir si l'art. 10 est incompatible avec la Constitution aurait pu de prime abord être considérée comme une requête visant à obtenir un jugement sommaire. Les appelants en appellent de la conclusion de cette cour portant que le par. 10(3) et, implicitement, le par. 10(1) de la Loi sont incompatibles avec la *Charte* et qu'ils sont, par conséquent, inopérants.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

La *Charte canadienne des droits et libertés* est un document qui vise un but, dont les dispositions doivent faire l'objet d'une analyse qui consiste à examiner le but visé. L'article 8 de la *Charte* garantit un droit général à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives qui va au moins jusqu'à assurer la protection du droit à la vie privée contre l'intrusion injustifiée de l'État. Son but exige que l'on prévienne les fouilles et les perquisitions injustifiées. Il n'est pas suffisant de déterminer, après le fait, qu'une fouille ou une perquisition n'aurait pas dû être effectuée. Cela ne peut se faire que par l'exigence d'une autorisation préalable. Par conséquent, une autorisation préalable, quand elle peut être obtenue, est une condition préalable de la validité d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie. Il s'ensuit que les perquisitions sans mandat sont à première vue abusives en vertu de l'art. 8. Il incombe à la partie qui veut justifier une perquisition sans mandat de réfuter cette présomption du caractère abusif.

Le paragraphe 10(3) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* prévoit que les fouilles ou les perquisitions doivent être préalablement autorisées par un membre de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce. Toutefois, le processus établi par le par. 10(3) est, du point de vue constitutionnel, entaché de deux vices.

En premier lieu, pour que le processus d'autorisation ait un sens, il faut que la personne qui autorise la fouille ou la perquisition soit en mesure d'apprécier, d'une manière tout à fait neutre et impartiale, les droits opposés de l'État et du particulier. Cela signifie que même s'il n'est pas nécessaire que la personne qui examine l'autorisation préalable soit un juge, elle doit tout au moins être en mesure d'agir de façon judiciaire. Notamment, il ne doit pas s'agir d'une personne investie de pouvoirs d'enquête ou de poursuite en vertu du régime législatif pertinent. Les pouvoirs d'enquête importants conférés par la Loi à la Commission sur les pratiques restrictives du commerce et à ses membres ont pour effet d'empêcher un membre d'agir de façon judi-

1984 CanLII 33 (SCC)

with the neutrality and detachment necessary to balance the interests involved.

Second, reasonable and probable grounds, established upon oath, to believe that an offence has been committed and that there is evidence to be found at the place of the search, constitutes the minimum standard consistent with s. 8 of the *Charter* for authorizing searches and seizures. Subsections 10(1) and 10(3) of the Act do not embody such a requirement. They do not, therefore, measure up to the standard imposed by s. 8 of the *Charter*. The Court will not attempt to save the Act by reading into it the appropriate standards for issuing a warrant. It should not fall to the courts to fill in the details necessary to render legislative lacunae constitutional.

In the result, subss. 10(1) and 10(3) of the *Combines Investigation Act* are inconsistent with the *Charter* and of no force or effect because they fail to specify an appropriate standard for the issuance of warrants and designate an improper arbiter to issue them.

Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia, [1982] 2 S.C.R. 307, followed; *Petrofina Canada Ltd. v. Chairman, Restrictive Trade Practices Commission (No. 2)*, [1980] 2 F.C. 386, applied; *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), adopted; *Entick v. Carrington* (1765), 19 St. Tr. 1029, 1 Wils. K.B. 275; *The Queen v. Metropolitan Toronto Pharmacists' Association* (unreported, Ont. H. C., May 4, 1983); *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Minister of Home Affairs v. Fisher*, [1980] A.C. 319; *M'Culloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819); *United States v. Rabinowitz*, 339 U.S. 56 (1950); *Inland Revenue Commissioners v. Rossminster Ltd.*, [1980] 1 All E.R. 80; *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495; *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798, referred to.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal [1983] 3 W.W.R. 385, 147 D.L.R. (3d) 420, 24 Alta. L.R. (2d) 307, 42 A.R. 93, allowing an appeal (heard as a proper case to have been treated at first instance as an application for summary judgment) from a judgment of Cavanagh J. dismissing an application for an interim injunction pending trial of the matter in issue. Appeal dismissed.

ciaire lorsqu'il autorise une fouille, une perquisition ou une saisie en vertu du par. 10(3) et cadrent mal avec la neutralité et l'impartialité nécessaires pour déterminer la prépondérance des droits en jeu.

En second lieu, l'existence de motifs raisonnables et probables, établie sous serment, de croire qu'une infraction a été commise et que des éléments de preuve se trouvent à l'endroit de la perquisition, constitue le critère minimal, compatible avec l'art. 8 de la *Charte*, qui s'applique à l'autorisation d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie. Les paragraphes 10(1) et 10(3) de la Loi ne comportent pas une telle exigence. Par conséquent, ils ne satisfont pas au critère imposé par l'art. 8 de la *Charte*. La Cour ne tentera pas de sauver la Loi en y ajoutant, au moyen d'une interprétation large, les critères appropriés applicables à la délivrance d'un mandat. Il n'appartient pas aux tribunaux d'ajouter les détails nécessaires pour rendre constitutionnelles les lacunes législatives.

En définitive, les par. 10(1) et 10(3) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* sont incompatibles avec la *Charte* et inopérants parce qu'ils ne spécifient aucun critère approprié applicable à la délivrance des mandats et parce qu'ils désignent un arbitre qui n'a pas les qualités voulues pour les décerner.

Jurisprudence: arrêt suivi: *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; arrêt appliqué: *Petrofina Canada Ltd. c. Le président de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce (N° 2)*, [1980] 2 C.F. 386; arrêt adopté: *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); arrêts mentionnés: *Entick v. Carrington* (1765), 19 St. Tr. 1029, 1 Wils. K.B. 275; *The Queen v. Metropolitan Toronto Pharmacists' Association* (inédit, H. C. Ont., le 4 mai 1983); *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Minister of Home Affairs v. Fisher*, [1980] A.C. 319; *M'Culloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819); *United States v. Rabinowitz*, 339 U.S. 56 (1950); *Inland Revenue Commissioners v. Rossminster Ltd.*, [1980] 1 All E.R. 80; *Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495; *McKay v. The Queen*, [1965] R.C.S. 798.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta [1983] 3 W.W.R. 385, 147 D.L.R. (3d) 420, 24 Alta. L.R. (2d) 307, 42 A.R. 93, qui a accueilli l'appel (entendu comme une affaire qui pouvait de prime abord être considérée comme une requête visant à obtenir un jugement sommaire) interjeté à l'encontre du jugement du juge Cavanagh qui a rejeté une requête visant à obtenir une injonction provisoire en attendant l'instruction de la question en litige. Pourvoi rejeté.

1984 Can 3745

Eric A. Bowie, Q.C., and *Ingrid C. Hutton, Q.C.*, for the appellants.

A. H. Lefever and *F. S. Kozak*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—The Constitution of Canada, which includes the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is the supreme law of Canada. Any law inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect. Section 52(1) of the *Constitution Act, 1982* so mandates. The constitutional question posed in this appeal is whether s. 10(3), and by implication s. 10(1), of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, (the "Act") are inconsistent with s. 8 of the *Charter* by reason of authorizing unreasonable searches and seizures and are therefore of no force and effect.

I Background

Subsections 10(1) and 10(3) of the *Combines Investigation Act* provide:

10. (1) Subject to subsection (3), in any inquiry under this Act the Director [of Investigation and Research of the Combines Investigation Branch] or any representative authorized by him may enter any premises on which the Director believes there may be evidence relevant to the matters being inquired into and may examine any thing on the premises and may copy or take away for further examination or copying any book, paper, record or other document that in the opinion of the Director or his authorized representative, as the case may be, may afford such evidence.

. . .

(3) Before exercising the power conferred by subsection (1), the Director or his representative shall produce a certificate from a member of the [Restrictive Trade Practices] Commission, which may be granted on the *ex parte* application of the Director, authorizing the exercise of such power.

On April 13, 1982, in the course of an inquiry under the Act, the appellant Lawson A. W. Hunter, Director of Investigation and Research of the Combines Investigation Branch, authorized the

Eric A. Bowie, c.r., et *Ingrid C. Hutton, c.r.*, pour les appelants.

A. H. Lefever et *F. S. Kozak*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE DICKSON—La Constitution du Canada, qui contient la *Charte canadienne des droits et libertés*, est la loi suprême du Canada. Elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. C'est ce que prescrit le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La question constitutionnelle soulevée dans ce pourvoi est de savoir si le par. 10(3) et, implicitement, le par. 10(1) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23 (la «Loi») sont incompatibles avec l'art. 8 de la *Charte* parce qu'ils autorisent des fouilles, des perquisitions et des saisies abusives, et s'ils sont par conséquent inopérants.

I Historique

Les paragraphes 10(1) et 10(3) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* prévoient:

10. (1) Sous réserve du paragraphe (3), dans une enquête tenue en vertu de la présente loi, le directeur [des enquêtes et recherches de la direction des enquêtes sur les coalitions] ou tout représentant qu'il a autorisé peut pénétrer dans tout local où le directeur croit qu'il peut exister des preuves se rapportant à l'objet de l'enquête, examiner toutes choses qui s'y trouvent et copier ou emporter pour en faire un plus ample examen ou pour en tirer des copies tout livre, document, archive ou autre pièce qui, de l'avis du directeur ou de son représentant autorisé, selon le cas, est susceptible de fournir une telle preuve.

. . .

(3) Avant d'exercer le pouvoir conféré par le paragraphe (1), le directeur ou son représentant doit produire un certificat d'un membre de la Commission [sur les pratiques restrictives du commerce], lequel peut être accordé à la demande *ex parte* du directeur, autorisant l'exercice de ce pouvoir.

Le 13 avril 1982, au cours d'une enquête tenue sous le régime de la Loi, l'appelant Lawson A. W. Hunter, directeur des enquêtes et recherches de la direction des enquêtes sur les coalitions, a autorisé

1984 CanLII 33 (SCC)

other appellants, Messrs. Milton, Murphy, McAlpine and Marroco, all Combines Investigation officers, to exercise his authority under s. 10 of the Act to enter and examine documents and other things at the business premises of the *Edmonton Journal*, a division of the respondent corporation, Southam Inc.

On April 16, 1982, in fulfilment of the requirement in s. 10(3) of the Act, Dr. Frank Roseman, a member of the Restrictive Trade Practices Commission, (the "R.T.P.C.") certified his authorization of this exercise of the Director's powers.

On April 17, 1982, the *Constitution Act, 1982*, incorporating the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was proclaimed. Section 8 of the *Charter* provides:

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

On April 19, 1982 the officers presented their certified authorization at the premises of the *Edmonton Journal*. The English version of this certificate reads as follows:

In the matter of the Combines Investigation Act and section 33 and section 34(1)(c) thereof

and

in the matter of an Inquiry relating to the Production, Distribution and Supply of Newspapers and Related Products in Edmonton

TO: M. J. Milton
M. L. Murphy
J. A. McAlpine
A. P. Marrocco

being my representatives under section 10 of the Combines Investigation Act

You are hereby authorized to enter upon the premises hereinafter mentioned, on which I believe there may be evidence relevant to this inquiry, and examine anything thereon and copy or take away for copying any book, paper, record or other document that in your opinion may afford such evidence.

The premises referred to herein are those occupied by or on behalf of

Southam Inc.
10006-101 Street
Edmonton, Alberta

les autres appelants, MM. Milton, Murphy, McAlpine et Marroco, qui sont tous des fonctionnaires affectés aux enquêtes sur les coalitions, à exercer les pouvoirs qu'il a en vertu l'art. 10 de la Loi, de pénétrer dans les bureaux de l'*Edmonton Journal*, une branche de la société intimée Southam Inc., et d'y examiner des documents et d'autres pièces.

Le 16 avril 1982, conformément au par. 10(3) de la Loi, le D[r] Frank Roseman, membre de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce (la CPRC) a délivré un certificat autorisant le directeur à exercer ces pouvoirs.

La *Loi constitutionnelle de 1982*, qui contient la *Charte canadienne des droits et libertés*, a été promulguée le 17 avril 1982. L'article 8 de la *Charte* prévoit:

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

Le 19 avril 1982, les fonctionnaires se sont rendus dans les locaux de l'*Edmonton Journal* en présentant leur autorisation certifiée. La version française de ce certificat se lit ainsi:

Au sujet de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et de l'article 33 et de l'alinéa 34(1)c) de cette loi

et

dans l'enquête concernant la production, la distribution et la fourniture de journaux et de produits connexes à Edmonton

À: M. J. Milton
M. L. Murphy
J. A. McAlpine
A. P. Marrocco

qui sont mes représentants en vertu de l'art. 10 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions.

Vous êtes par les présentes autorisés à pénétrer dans les locaux ci-après désignés, où je crois qu'il peut exister des preuves se rapportant à l'objet de cette enquête et à examiner toutes choses qui s'y trouvent et copier ou emporter pour en tirer des copies tout livre, document, archive ou autre pièce qui, à votre avis, est susceptible de fournir une telle preuve.

Les locaux dont il s'agit dans les présentes sont ceux occupés par ou pour le compte de

Southam Inc.
10006, 101[e] rue
Edmonton (Alberta)

1984 CanLII 33 (SCC)

and elsewhere in Canada

This authorization is not valid after May 31, 1982.

Dated in Hull, in the Province of Quebec this 13th day of April 1982.

Lawson A.W. Hunter

Director of Investigation and Research
Combines Investigation Act

I hereby certify that the above exercise of powers is authorized pursuant to Section 10 of the Combines Investigation Act.

Dated in Ottawa, in the Province of Ontario, this 16th day of April, 1982.

Frank Roseman, Member,

Restrictive Trade Practices Commission

et ailleurs au Canada

Cette autorisation n'est pas valide après le 31 mai 1982.

Daté à Hull, dans la province de Québec ce 13e jour d'avril 1982.

Lawson A.W. Hunter

Directeur des enquêtes et recherches
Loi relative aux enquêtes sur les coalitions

Je certifie que l'exercice des pouvoirs ci-dessus mentionnés est autorisé conformément à l'article 10 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions.

Daté à Ottawa, dans la province d'Ontario ce 16e jour d'avril 1982.

Frank Roseman, membre

Commission sur les pratiques restrictives du commerce

The authorization has a breathtaking sweep; it is tantamount to a licence to roam at large on the premises of Southam Inc. at the stated address "and elsewhere in Canada".

On April 20 the officers commenced the search. They said they wished to search every file of Southam Inc. at 10006 – 101 Street, Edmonton, except files in the news room but including all files of J. Patrick O'Callaghan, publisher of the *Edmonton Journal*. They declined to give the name of any person whose complaint had initiated the inquiry, or to say under which section of the Act the inquiry had been begun. They also declined to give more specific information as to the subject matter of the inquiry than that contained in the authorization to search.

At noon of April 20, Southam Inc. served upon the officers of the Combines Investigation Branch a notice of motion for an interim injunction. The application was heard by Cavanagh J. who held that although Southam had raised a serious question as to whether the search was in violation of s. 8 of the *Charter*, the balance of convenience militated in favour of denying the interlocutory injunction pending trial of the matter. At the hearing, the appellants maintained, unsuccessfully, that the Director of Investigation and Research, and his authorized representatives, acting pursuant to s. 10 of the Act were a "federal board, commission or other tribunal" within s. 2 of the *Federal Court*

L'autorisation a une portée renversante; elle équivaut à permettre de fouiller partout dans les locaux de Southam Inc. à l'adresse indiquée «et ailleurs au Canada».

Le 20 avril, les fonctionnaires ont commencé à perquisitionner. Ils ont dit vouloir fouiller chaque dossier de Southam Inc. au 10006 de la 101e rue, Edmonton, sauf les dossiers se trouvant dans la salle des nouvelles, mais y compris tous les dossiers de J. Patrick O'Callaghan, éditeur de l'*Edmonton Journal*. Ils ont refusé de divulguer le nom des plaignants qui sont à l'origine de l'enquête ou d'indiquer en vertu de quel article de la Loi l'enquête a été ouverte. Ils ont également refusé de fournir, quant à l'objet de l'enquête, des renseignements plus précis que ceux qui sont contenus dans l'autorisation de perquisitionner.

Le 20 avril à midi, Southam Inc. a signifié aux fonctionnaires de la direction des enquêtes sur les coalitions un avis de requête visant à obtenir une injonction provisoire. La requête a été entendue par le juge Cavanagh qui a décidé que même si Southam avait soulevé une question importante quant à savoir si la perquisition violait l'art. 8 de la *Charte*, il était préférable de rejeter l'injonction interlocutoire en attendant l'instruction de l'affaire. À l'audience, les appelants ont fait valoir sans succès que le directeur des enquêtes et recherches et ses représentants autorisés constituent, lorsqu'ils agissent sous le régime de l'art. 10 de la Loi, un «office, commission ou autre tribunal fédé-

Act and that the Federal Court, not the provincial courts of Alberta, had jurisdiction.

Southam appealed to the Alberta Court of Appeal. The appellants also appealed, from that part of the judgment which held that the Alberta Court of Queen's Bench had jurisdiction. As an interim provision the Court of Appeal ordered that the documents taken from the premises of the *Edmonton Journal* be sealed pending resolution of the appeal. After hearing the parties, the Court held that the case was a proper one to have been treated at first instance as an application for summary judgment on the issues of (1) whether the Alberta courts or the Federal Court had jurisdiction to make the orders requested and (2) whether s. 10 of the Act was in whole or in part inconsistent with the provisions of the Constitution. The Court therefore directed that the appeal itself be heard on this basis. At the subsequent hearing, the judgment of this Court in *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307, having by then been delivered, the present appellants abandoned their challenge to the jurisdiction of the Alberta courts and addressed their arguments solely to the substantive issue of the constitutionality of s. 10 of the Act. A unanimous five-judge panel of the Alberta Court of Appeal, speaking through Prowse J.A., held that s. 10(3) [and] by implication s. 10(1), of the Act were inconsistent with the provisions of s. 8 of the *Charter* and therefore of no force or effect. It is from this ruling that the present appellants bring their appeal before this Court.

II The Positions of the Parties

A) The Respondent, Southam Inc.

In alleging that subss. 10(1) and 10(3) of the *Combines Investigation Act* are inconsistent with the right to be secure against unreasonable search and seizure, Southam Inc. relies heavily on the historic protections afforded by common law and by statute as defining the correct standard of reasonableness for purposes of s. 8 of the *Charter*. This was essentially the approach taken by Prowse J.A. when he said:

ral» au sens de l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* et que c'est la Cour fédérale qui a compétence et non les cours provinciales de l'Alberta.

Southam a interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Alberta. Les appelants en ont également appelé de la partie du jugement où on conclut que la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a compétence. À titre de mesure provisoire, la cour d'appel a ordonné que les documents saisis dans les locaux de l'*Edmonton Journal* soient mis sous scellé jusqu'à ce que l'appel soit tranché. Après avoir entendu les parties, la cour a conclu qu'il s'agissait là d'un cas qui pouvait de prime abord être considéré comme une requête visant à obtenir un jugement sommaire sur les questions de savoir (1) si les cours de l'Alberta ou la Cour fédérale ont compétence pour rendre les ordonnances demandées et (2) si l'art. 10 de la Loi est, en totalité ou en partie, incompatible avec les dispositions de la Constitution. La cour a donc ordonné que l'appel lui-même soit entendu en fonction de ces questions. À l'audience subséquente, cette Cour ayant dans l'intervalle rendu l'arrêt *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307, les appelants en l'espèce ont cessé de contester la compétence des cours de l'Alberta et ont limité leurs arguments à la question de la constitutionnalité de l'art. 10 de la Loi. Par la voix du juge Prowse, les cinq juges de la Cour d'appel de l'Alberta ont conclu à l'unanimité que le par. 10(3) et, implicitement, le par. 10(1) de la Loi sont incompatibles avec les dispositions de l'art. 8 de la *Charte* et qu'ils sont, par conséquent, inopérants. C'est de cette décision que les appelants en l'espèce font appel devant cette Cour.

II La position des parties

A) L'intimée Southam Inc.

Dans son allégation que les par. 10(1) et 10(3) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* sont incompatibles avec le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, Southam Inc. s'appuie fortement sur la protection offerte depuis longtemps par la *common law* et les textes de loi comme moyen de définir le critère exact du caractère raisonnable aux fins de l'art. 8 de la *Charte*. C'est essentiellement le point de vue adopté par le juge Prowse lorsqu'il affirme:

CanLII 33

1984 CanLII 33 (SCC)

The roots of the right to be so secure are embedded in the common law and the safeguards according that right are found in common law, in statutes subsequently enacted, and in decisions of the courts made as the society in which we live has evolved. The expression of the right in a constitutional document reminds us of those roots and the tradition associated with the right. One would be presumptuous to assume that we have attained the zenith of our development as a civilization and that the right accorded an individual is frozen for eternity. Section 8, however, requires us to be ever mindful of some of the criteria that have been applied in the past in securing the right.

Applying this approach, Prowse J.A. concluded—correctly in Southam Inc.'s submission—that, absent exceptional circumstances, the provisions of s. 443 of the *Criminal Code*, which extends to investigations of *Criminal Code* offences the procedural safeguards the common law required for entries and searches for stolen goods, constitute the minimal prerequisites for reasonable searches and seizures in connection with the investigation of any criminal offence, including possible violations of the *Combines Investigation Act*. Prowse J.A. summarized these procedural safeguards in the following propositions:

> (a) the power to authorize a search and seizure is given to an impartial and independent person (at common law a justice) who is bound to act judicially in discharging that function,
>
> (b) that evidence must satisfy the justice that the person seeking the authority has reasonable ground to suspect that an offence had been committed,
>
> (c) that evidence must satisfy the justice that the person seeking the authority has reasonable grounds to believe, at common law, that stolen property may be on the premises or, under s. 443(1)(b), that something will afford evidence of an offence may be recovered, and
>
> (d) there must be evidence on oath before him.

Southam Inc. contends that subss. 10(1) and 10(3) fail to provide any of these safeguards. In its submission, the approval by a member of the

[TRADUCTION] Le droit à la protection tire son origine de la *common law* et les garanties de ce droit se trouvent dans la *common law*, dans les lois adoptées par la suite et dans les décisions que les cours ont rendues à mesure qu'évoluait notre société. L'expression de ce droit dans un document constitutionnel nous rappelle cette origine et la tradition qui s'attachent à ce droit. Il serait présomptueux de croire que nous avons atteint l'apogée de notre évolution en tant que civilisation et que le droit accordé à une personne est immuable. Cependant, l'article 8 nous oblige à toujours nous rappeler certains des critères qui ont été appliqués dans le passé pour garantir ce droit.

Appliquant ce point de vue, le juge Prowse a conclu—à bon droit selon Southam Inc.—qu'à moins de circonstances exceptionnelles les dispositions de l'art. 443 du *Code criminel*, qui étendent aux enquêtes sur les infractions prévues au *Code criminel* les garanties en matière de procédure que la *common law* exige quant aux fouilles et aux perquisitions visant des biens volés, constituent les conditions préalables minimales pour que des fouilles, des perquisitions et des saisies soient raisonnables dans le cas d'une enquête portant sur une infraction criminelle et notamment sur des violations possibles de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Le juge Prowse a résumé ainsi ces garanties en matière de procédure:

> [TRADUCTION] a) le pouvoir d'autoriser une fouille, une perquisition et une saisie est attribué à une personne impartiale et indépendante (un juge de paix en *common law*) qui, dans l'exercice de cette fonction, est tenue d'agir de façon judiciaire,
>
> b) ces dépositions doivent convaincre le juge de paix que la personne qui demande l'autorisation a des motifs raisonnables de soupçonner qu'une infraction a été commise,
>
> c) ces dépositions doivent convaincre le juge de paix que la personne qui demande l'autorisation a, suivant la *common law*, des motifs raisonnables de croire que des biens volés peuvent se trouver dans les lieux ou que, suivant l'al. 443(1)b), il peut s'y trouver quelque chose qui fournira une preuve qu'une infraction a été perpétrée, et
>
> d) les dépositions présentées au juge de paix doivent être faites sous serment.

Southam Inc. soutient que les par. 10(1) et 10(3) n'offrent aucune de ces garanties. Selon elle, l'approbation par un membre de la CPRC de la

R.T.P.C. of the Director's decision to authorize search and seizure is not approval by an independent arbiter or neutral and impartial person. It argues further that subss. 10(1) and 10(3) do not require that the R.T.P.C. member be satisfied that the Director has reasonable grounds to suspect an offence has been committed or to believe there may be evidence at the place at which the Director wishes to search, nor does it require evidence under oath about these matters. In fact, Southam Inc. contends, as these subsections have been judicially interpreted in cases such as *Petrofina Canada Ltd. v. Chairman, Restrictive Trade Practices Commission (No. 2)*, [1980] 2 F.C. 386, they prevent the R.T.P.C. member from ascertaining or passing judgment on anything except that there is, *de facto*, an inquiry in progress under the Act, an interpretation which, in Southam's submission, constitutes the R.T.P.C. member as merely a "rubber stamp" for the Director's decision to authorize a search. For all these reasons, Southam submits, giving effect to subss. 10(1) and 10(3) could yield no other result than an unreasonable search and seizure.

B) The Appellants

The appellants take a different view. In their submission the constitutionality of s. 10 ought to be considered on the basis of whether its provisions could be applied consistently with the *Charter*. It is their contention that they can. In their view, approval by the R.T.P.C. member does constitute authorization by a neutral and impartial arbiter. They deny there is any reasonable apprehension of bias attaching to him or to his function in approving the Director's authorizations to enter and search premises. As to the further requirements cited by Prowse J.A. and amplified on by Southam Inc., the appellants implicitly deny that an easy parallel can be drawn between the offences set out in the *Criminal Code* and those created by the *Combines Investigation Act* so as to justify invoking the procedural safeguards in s. 443 as the proper standard of reasonableness for searches and seizures by the authorities in connection with these latter offences. In their submission combines

décision du directeur d'autoriser une perquisition et une saisie n'est pas une approbation émanant d'un arbitre indépendant ou d'une personne neutre et impartiale. Elle prétend en outre que les par. 10(1) et 10(3) n'exigent pas que le membre de la CPRC soit convaincu que le directeur a des motifs raisonnables de soupçonner qu'une infraction a été commise ou de croire qu'un élément de preuve peut se trouver à l'endroit où souhaite perquisitionner le directeur, ni qu'il y ait des dépositions sous serment concernant ces questions. En fait, Southam Inc. prétend que ces paragraphes, qui ont été interprétés dans des arrêts tels que *Petrofina Canada Ltd. c. Le président de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce (N° 2)*, [1980] 2 C.F. 386, empêchent le membre de la CPRC de tirer une conclusion ou de porter un jugement sur quoi que ce soit, si ce n'est qu'une enquête sous le régime de la Loi est réellement en cours, une interprétation qui, de l'avis de Southam, fait du membre de la CPRC un simple «mécanisme d'approbation» de la décision du directeur d'autoriser une fouille ou une perquisition. Pour tous ces motifs, soutient Southam, l'application des par. 10(1) et 10(3) ne peut mener qu'à une fouille, à une perquisition et à une saisie abusives.

B) Les appelants

Les appelants adoptent un point de vue différent. Selon eux, en examinant la constitutionnalité de l'art. 10 il faut se demander si ses dispositions peuvent être appliquées de manière compatible avec la *Charte*. Ils prétendent que oui. À leur avis, l'approbation par un membre de la CPRC constitue effectivement une autorisation par un arbitre neutre et impartial. Ils soutiennent qu'il n'y a pas lieu de craindre que le membre en question fasse preuve de partialité en approuvant l'autorisation du directeur de fouiller ou de perquisitionner dans un local. Quant aux autres exigences mentionnées par le juge Prowse et sur lesquelles Southam Inc. a mis l'accent, les appelants nient implicitement qu'on puisse aisément établir, entre les infractions énoncées au *Code criminel* et celles créées par la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, un parallèle qui permette de prétendre que les garanties en matière de procédure qu'offre l'art. 443 constituent le critère applicable pour déterminer si

offences require specialized techniques for their detection and suppression. They say that for such offences, as compared to most other criminal offences, there is inherently less basis for certainty and specificity, both as to the commission of an offence and as to the existence of specific physical evidence in relation to such offence. In this context, they contend, s. 10 does not authorize "unreasonable" search or seizure. Further, the appellants argue, the wording of s. 10 does not prevent the R.T.P.C. member in appropriate cases from requiring, for instance, evidence under oath before he approves the Director's authorization. In any event, they maintain, it cannot be said that s. 10 is incapable of being applied in a manner which does not offend the Constitution, and it ought not, therefore, to be struck down. At most it ought to be read down so as to include any necessary procedural safeguards. In support, they cite the decision of Van Camp J. in *The Queen v. Metropolitan Toronto Pharmacists' Association* (unreported, Ont. H.C., May 4, 1983).

les fouilles, les perquisitions et les saisies effectuées par les autorités relativement à ce dernier type d'infractions sont raisonnables. Selon eux, il faut avoir recours à des techniques spécialisées pour déceler et supprimer les infractions en matière de coalitions. Ils affirment que, contrairement à la plupart des autres infractions criminelles, ces infractions comportent en soi moins de certitude et de spécificité pour ce qui est de leur perpétration et de l'existence de preuves matérielles précises les concernant. Dans ce contexte, ils prétendent que l'art. 10 ne permet pas d'effectuer des fouilles, des perquisitions ou des saisies «abusives». Les appelants soutiennent en outre que la formulation de l'art. 10 n'empêche pas le membre de la CPRC d'exiger dans les cas appropriés, par exemple, une déposition sous serment avant d'approuver l'autorisation du directeur. Quoi qu'il en soit selon eux, on ne peut pas dire que l'art. 10 n'est pas susceptible d'être appliqué d'une manière compatible avec la Constitution et cet article ne devrait donc pas être radié. Tout au plus il devrait recevoir une interprétation atténuée de manière à inclure toutes les garanties nécessaires en matière de procédure. À l'appui de cet argument, ils citent la décision du juge Van Camp dans l'affaire *The Queen v. Metropolitan Toronto Pharmacists' Association* (inédite, H. C. Ont., le 4 mai 1983).

III "Unreasonable" Search or Seizure

At the outset it is important to note that the issue in this appeal concerns the constitutional validity of a statute authorizing a search and seizure. It does not concern the reasonableness or otherwise of the manner in which the appellants carried out their statutory authority. It is not the conduct of the appellants, but rather the legislation under which they acted, to which attention must be directed.

As is clear from the arguments of the parties as well as from the judgment of Prowse J.A., the crux of this case is the meaning to be given to the term "unreasonable" in the s. 8 guarantee of freedom from unreasonable search or seizure. The guarantee is vague and open. The American courts have had the advantage of a number of specific prerequisites articulated in the Fourth Amendment to the United States Constitution, as well as a history

III Fouilles, perquisitions ou saisies «abusives»

Il importe d'abord de souligner que la question en litige dans ce pourvoi concerne la constitutionnalité d'une loi autorisant des fouilles, des perquisitions et des saisies. Elle ne concerne pas le caractère raisonnable ou autre de la façon dont les appelants ont exercé les pouvoirs qui leur sont conférés par la loi. Il faut se pencher non pas sur la conduite des appelants mais plutôt sur les textes de loi en vertu desquels ils ont agi.

Il ressort clairement des arguments des parties et du jugement du juge Prowse que le point capital en l'espèce est le sens qu'il faut donner au terme «abusives» que l'on trouve dans la formulation de la protection que garantit l'art. 8 contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. La garantie offerte est vague et générale. Les tribunaux américains ont bénéficié d'un certain nombre de conditions préalables précises énoncées dans le

1984 CanLII 33 (SCC)

of colonial opposition to certain Crown investigatory practices from which to draw out the nature of the interests protected by that Amendment and the kinds of conduct it proscribes. There is none of this in s. 8. There is no specificity in the section beyond the bare guarantee of freedom from "unreasonable" search and seizure; nor is there any particular historical, political or philosophic context capable of providing an obvious gloss on the meaning of the guarantee.

It is clear that the the meaning of "unreasonable" cannot be determined by recourse to a dictionary, nor for that matter, by reference to the rules of statutory construction. The task of expounding a constitution is crucially different from that of construing a statute. A statute defines present rights and obligations. It is easily enacted and as easily repealed. A constitution, by contrast, is drafted with an eye to the future. Its function is to provide a continuing framework for the legitimate exercise of governmental power and, when joined by a *Bill* or a *Charter of Rights*, for the unremitting protection of individual rights and liberties. Once enacted, its provisions cannot easily be repealed or amended. It must, therefore, be capable of growth and development over time to meet new social, political and historical realities often unimagined by its framers. The judiciary is the guardian of the constitution and must, in interpreting its provisions, bear these considerations in mind. Professor Paul Freund expressed this idea aptly when he admonished the American courts "not to read the provisions of the Constitution like a last will and testament lest it become one".

The need for a broad perspective in approaching constitutional documents is a familiar theme in Canadian constitutional jurisprudence. It is contained in Viscount Sankey's classic formulation in *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124, at p. 136, cited and applied in countless Canadian cases:

Quatrième amendement de la Constitution des États-Unis, ainsi que de l'opposition des colonies à certaines pratiques de la Couronne en matière d'enquête, ce qui leur a permis d'identifier la nature des droits protégés par cet amendement et le genre de conduite qu'il proscrit. On ne retrouve rien de cela à l'art. 8. Cet article n'offre rien de plus qu'une simple garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies «abusives»; il n'y a non plus aucun contexte historique, politique ou philosophique susceptible de préciser le sens de cette garantie.

Il est clair qu'on ne peut pas déterminer le sens du mot «abusives» au moyen d'un dictionnaire ou des règles d'interprétation des lois. L'interprétation d'une constitution est tout à fait différente de l'interprétation d'une loi. Une loi définit des droits et des obligations actuels. Elle peut être facilement adoptée et aussi facilement abrogée. Par contre, une constitution est rédigée en prévision de l'avenir. Elle vise à fournir un cadre permanent à l'exercice légitime de l'autorité gouvernementale et, lorsqu'on y joint une *Déclaration* ou une *Charte des droits*, à la protection constante des droits et libertés individuels. Une fois adoptées, ses dispositions ne peuvent pas être facilement abrogées ou modifiées. Elle doit par conséquent être susceptible d'évoluer avec le temps de manière à répondre à de nouvelles réalités sociales, politiques et historiques que souvent ses auteurs n'ont pas envisagées. Les tribunaux sont les gardiens de la constitution et ils doivent tenir compte de ces facteurs lorsqu'ils interprètent ses dispositions. Le professeur Paul Freund a bien exprimé cette idée lorsqu'il a averti les tribunaux américains [TRADUCTION] «de ne pas interpréter les dispositions de la Constitution comme un testament de peur qu'elle ne le devienne».

La nécessité d'aborder dans une perspective d'ensemble les documents constitutionnels est un thème bien connu en droit constitutionnel canadien. Ce point de vue se retrouve dans la formulation classique du vicomte Sankey dans l'arrêt *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124, à la p. 136, laquelle a été citée et appliquée dans d'innombrables décisions canadiennes:

The British North America Act planted in Canada a living tree capable of growth and expansion within its natural limits. The object of the Act was to grant a Constitution to Canada .... Their Lordships do not conceive it to be the duty of this Board—it is certainly not their desire—to cut down the provisions of the Act by a narrow and technical construction, but rather to give it a large and liberal interpretation.

More recently, in *Minister of Home Affairs v. Fisher*, [1980] A.C. 319, dealing with the Bermudian Constitution, Lord Wilberforce reiterated at p. 328 that a constitution is a document "sui generis, calling for principles of interpretation of its own, suitable to its character", and that as such, a constitution incorporating a *Bill of Rights* calls for:

> ... a generous interpretation avoiding what has been called "the austerity of tabulated legalism," suitable to give individuals the full measure of the fundamental rights and freedoms referred to.

Such a broad, purposive analysis, which interprets specific provisions of a constitutional document in the light of its larger objects is also consonant with the classical principles of American constitutional construction enunciated by Chief Justice Marshall in *M'Culloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819). It is, as well, the approach I intend to take in the present case.

I begin with the obvious. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is a purposive document. Its purpose is to guarantee and to protect, within the limits of reason, the enjoyment of the rights and freedoms it enshrines. It is intended to constrain governmental action inconsistent with those rights and freedoms; it is not in itself an authorization for governmental action. In the present case this means, as Prowse J.A. pointed out, that in guaranteeing the right to be secure from unreasonable searches and seizures, s. 8 acts as a limitation on whatever powers of search and seizure the federal or provincial governments already and otherwise possess. It does not in itself confer any powers, even of "reasonable" search and seizure,

[TRADUCTION] L'Acte de l'Amérique du Nord britannique a planté au Canada un arbre susceptible de croître et de se développer à l'intérieur de ses limites naturelles. L'Acte avait pour objet de donner une Constitution au Canada ... Leurs Seigneuries croient non pas que cette chambre a le devoir—ce n'est certainement pas là leur volonté—de restreindre la portée des dispositions de l'Acte par une interprétation étroite et littérale, mais plutôt qu'il lui incombe de lui donner une interprétation large et libérale.

Récemment, dans l'arrêt *Minister of Home Affairs v. Fisher*, [1980] A.C. 319, portant sur la Constitution des Bermudes, lord Wilberforce a réaffirmé à la p. 328 qu'une constitution est un document [TRADUCTION] «d'une espèce particulière qui requiert des règles d'interprétation qui lui sont propres, qui conviennent à sa nature», et que comme telle, une constitution qui contient une *Déclaration des droits* exige:

> [TRADUCTION] ... une interprétation libérale afin d'éviter ce qu'on a appelé «l'austérité du juridisme tabulaire» et de permettre aux particuliers de bénéficier pleinement des droits et libertés fondamentaux mentionnés.

Cette analyse générale qui consiste à examiner le but visé et à interpréter les dispositions particulières d'un document constitutionnel en fonction de ses objectifs plus larges est également compatible avec les règles classiques d'interprétation de la Constitution américaine énoncées par le juge en chef Marshall dans l'arrêt *M'Culloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819). C'est également le point de vue que j'entends adopter en l'espèce.

Je commence par ce qui est évident. La *Charte canadienne des droits et libertés* est un document qui vise un but. Ce but est de garantir et de protéger, dans des limites raisonnables, la jouissance des droits et libertés qu'elle enchâsse. Elle vise à empêcher le gouvernement d'agir à l'encontre de ces droits et libertés; elle n'autorise pas en soi le gouvernement à agir. En l'espèce, cela signifie, comme l'a fait remarquer le juge Prowse de la Cour d'appel, qu'en garantissant le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, l'art. 8 a pour effet de limiter les pouvoirs quelconques de fouille, de perquisition et de saisie que possèdent déjà par ailleurs le gouvernement fédéral ou les gouvernements pro-

1984 CanLII 33 (SCC)

on these governments. This leads, in my view, to the further conclusion that an assessment of the constitutionality of a search and seizure, or of a statute authorizing a search or seizure, must focus on its "reasonable" or "unreasonable" impact on the subject of the search or the seizure, and not simply on its rationality in furthering some valid government objective.

Since the proper approach to the interpretation of the *Charter of Rights and Freedoms* is a purposive one, before it is possible to assess the reasonableness or unreasonableness of the impact of a search or of a statute authorizing a search, it is first necessary to specify the purpose underlying s. 8: in other words, to delineate the nature of the interests it is meant to protect.

Historically, the common law protections with regard to governmental searches and seizures were based on the right to enjoy property and were linked to the law of trespass. It was on this basis that in the great case of *Entick v. Carrington* (1765), 19 St. Tr. 1029, 1 Wils. K.B. 275, the Court refused to countenance a search purportedly authorized by the executive, to discover evidence that might link the plaintiff to certain seditious libels. Lord Camden prefaced his discussion of the rights in question by saying, at p. 1066 [19 St. Tr. 1029]:

> The great end, for which men entered into society, was to preserve their property. That right is preserved sacred and incommunicable in all instances, where it has not been taken away or abridged by some public law for the good of the whole.

The defendants argued that their oaths as King's messengers required them to conduct the search in question and ought to prevail over the plaintiff's property rights. Lord Camden rejected this contention, at p. 291 [1 Wils. K.B. 275]:

vinciaux. Il ne confère en soi aucun pouvoir à ces gouvernements, pas même celui d'effectuer des fouilles, des perquisitions et des saisies «raisonnables». À mon avis, cela nous amène à conclure également que la constitutionnalité d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie ou d'une loi autorisant une fouille, une perquisition ou une saisie doit être appréciée en fonction surtout de l'effet «raisonnable» ou «abusif» sur l'objet de la fouille, de la perquisition ou de la saisie et non simplement en fonction de sa rationalité dans la poursuite de quelque objectif gouvernemental valable.

Puisque la façon appropriée d'aborder l'interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés* est de considérer le but qu'elle vise, il est d'abord nécessaire de préciser le but fondamental de l'art. 8 pour pouvoir évaluer le caractère raisonnable ou abusif de l'effet d'une fouille ou d'une perquisition ou d'une loi autorisant une fouille ou une perquisition: en d'autres termes, il faut d'abord délimiter la nature des droits qu'il vise à protéger.

Historiquement, la protection qu'offre la *common law* contre les fouilles, les perquisitions et les saisies effectuées par le gouvernement se fonde sur le droit de toute personne à la jouissance de ses biens et elle est liée au droit applicable en matière d'intrusion. C'est à partir de cela que, dans l'arrêt célèbre *Entick v. Carrington* (1765), 19 St. Tr. 1029, 1 Wils. K. B. 275, la cour a refusé d'approuver une perquisition apparemment autorisée par le pouvoir exécutif en vue de chercher des éléments de preuve qui auraient pu relier le demandeur à certains libelles séditieux. Avant d'examiner les droits en question, lord Camden affirme, à la p. 1066 [19 St. Tr. 1029]:

> [TRADUCTION] Les hommes ont formé une société dans le but ultime de protéger leurs biens. Ce droit est protégé, sacré et inaliénable dans tous les cas où il n'a été ni supprimé ni limité par une loi publique pour le bien de la collectivité.

Les défendeurs ont fait valoir que le serment qu'ils avaient prêté à titre de messagers du Roi les obligeaient à effectuer la perquisition en question et que cette obligation primait le droit de propriété du demandeur. Lord Camden a rejeté cet argument en affirmant, à la p. 291 [1 Wils. K. B. 275]:

. . . our law holds the property of every man so sacred, that no man can set his foot upon his neighbour's close without his leave: if he does he is a trespasser, though he does no damage at all; if he will tread upon his neighbour's ground, he must justify it by law.

Lord Camden could find no exception from this principle for the benefit of King's messengers. He held that neither the instrusions nor the purported authorizations were supportable on the basis of the existing law. That law would only have countenanced such an entry if the search were for stolen goods and if authorized by a justice on the basis of evidence upon oath that there was "strong cause" to believe the goods were concealed in the place sought to be searched. In view of the lack of proper legal authorization for the governmental intrusion, the plaintiff was protected from the intended search and seizure by the ordinary law of trespass.

In my view the interests protected by s. 8 are of a wider ambit than those enunciated in *Entick v. Carrington*. Section 8 is an entrenched constitutional provision. It is not therefore vulnerable to encroachment by legislative enactments in the same way as common law protections. There is, further, nothing in the language of the section to restrict it to the protection of property or to associate it with the law of trespass. It guarantees a broad and general right to be secure from unreasonable search and seizure.

The Fourth Amendment of the United States Constitution, also guarantees a broad right. It provides:

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

Construing this provision in *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), Stewart J. delivering the

[TRADUCTION] . . . notre droit considère que la propriété de chacun est à ce point inviolable que nul ne peut mettre le pied sur la clôture de son voisin sans sa permission; s'il le fait, il devient un intrus même s'il ne cause aucun dommage; s'il pose les pieds sur le terrain de son voisin, il doit en répondre devant la loi.

Lord Camden n'a pu trouver aucune exception à ce principe qui aurait joué en faveur des messagers du Roi. Il a conclu que ni les intrusions ni les prétendues autorisations n'étaient justifiables compte tenu du droit alors en vigueur. Ce droit n'aurait permis une telle entrée que si la perquisition avait eu pour but de chercher des biens volés et que si elle avait été autorisée par un juge de paix sur la foi d'une déposition faite sous serment portant qu'il y avait une «raison sérieuse» de croire que les biens étaient cachés à l'endroit de la perquisition. Vu l'absence de dispositions légales appropriées autorisant l'intrusion gouvernementale, le demandeur était protégé contre la perquisition et la saisie qu'on se proposait d'effectuer par les règles de droit ordinairement applicables en matière d'intrusion.

À mon avis, les droits protégés par l'art. 8 ont une portée plus large que ceux qui sont énoncés dans l'arrêt *Entick v. Carrington*. L'article 8 est une disposition constitutionnelle enchâssée. Les textes législatifs ne peuvent donc pas empiéter sur cet article de la même façon que sur la protection offerte par la *common law*. En outre, le texte de l'article ne le limite aucunement à la protection des biens ni ne l'associe au droit applicable en matière d'intrusion. Il garantit un droit général à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

Le Quatrième amendement de la Constitution des États-Unis garantit également un droit général. Il prévoit:

[TRADUCTION] Le droit des citoyens d'être garantis dans leurs personnes, domiciles, papiers et effets, contre des perquisitions et saisies abusives ne sera pas violé, et aucun mandat ne sera délivré, si ce n'est pour un motif plausible, soutenu par serment ou affirmation, ni sans qu'il décrive avec précision le lieu à fouiller et les personnes ou choses à saisir.

Interprétant cette disposition dans l'arrêt *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), le juge

1984 CanLII 33 (SCC)

majority opinion of the United States Supreme Court declared at p. 351 that "the Fourth Amendment protects people, not places". Justice Stewart rejected any necessary connection between that Amendment and the notion of trespass. With respect, I believe this approach is equally appropriate in construing the protections in s. 8 of the *Charter of Rights and Freedoms*.

In *Katz*, Stewart J. discussed the notion of a right to privacy, which he described at p. 350 as "his right to be let alone by other people". Although Stewart J. was careful not to identify the Fourth Amendment exclusively with the protection of this right, nor to see the Amendment as the only provision in the Bill of Rights relevant to its interpretation, it is clear that this notion played a prominent role in his construction of the nature and the limits of the American constitutional protection against unreasonable search and seizure. In the Alberta Court of Appeal, Prowse J. A. took a similar approach to s. 8, which he described as dealing "with one aspect of what has been referred to as the right of privacy, which is the right to be secure against encroachment upon the citizens' reasonable expectation of privacy in a free and democratic society".

Like the Supreme Court of the United States, I would be wary of foreclosing the possibility that the right to be secure against unreasonable search and seizure might protect interests beyond the right of privacy, but for purposes of the present appeal I am satisfied that its protections go at least that far. The guarantee of security from unreasonable search and seizure only protects a reasonable expectation. This limitation on the right guaranteed by s. 8, whether it is expressed negatively as freedom from "unreasonable" search and seizure, or positively as an entitlement to a "reasonable" expectation of privacy, indicates that an assessment must be made as to whether in a particular situation the public's interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on the individual's privacy in

Stewart qui a prononcé le jugement de la Cour suprême des États-Unis à la majorité déclare, à la p. 351, que [TRADUCTION] «le Quatrième amendement protège les personnes et non les lieux». Il a rejeté tout lien nécessaire entre cet amendement et le concept d'intrusion. Avec égards, j'estime que ce point de vue est également applicable à l'interprétation de la protection offerte par l'art. 8 de la *Charte des droits et libertés*.

Dans l'arrêt *Katz*, le juge Stewart a analysé la notion de droit à la vie privée qu'il décrit, à la p. 350, comme [TRADUCTION] «son droit de ne pas être importuné par autrui». Même si le juge Stewart a pris soin de ne pas assimiler le Quatrième amendement exclusivement à la protection de ce droit, ni de considérer cet amendement comme l'unique disposition de la Déclaration des droits applicable à son interprétation, il est clair que cette notion a joué un rôle important dans son interprétation de la nature et des limites de la protection offerte par la Constitution américaine contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Le juge Prowse de la Cour d'appel de l'Alberta a adopté un point de vue semblable concernant l'art. 8 qui, selon lui, porte [TRADUCTION] «sur un aspect de ce qu'on a appelé le droit à la vie privée, c'est-à-dire le droit d'être protégé contre les atteintes aux expectatives raisonnables des citoyens en matière de vie privée, dans une société libre et démocratique».

À l'instar de la Cour suprême des États-Unis, j'hésiterais à exclure la possibilité que le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives protège d'autres droits que le droit à la vie privée mais, pour les fins du présent pourvoi, je suis convaincu que la protection qu'il offre est au moins aussi étendue. La garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ne vise qu'une attente raisonnable. Cette limitation du droit garanti par l'art. 8, qu'elle soit exprimée sous la forme négative, c'est-à-dire comme une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies «abusives», ou sous la forme positive comme le droit de s'attendre «raisonnablement» à la protection de la vie privée, indique qu'il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné

order to advance its goals, notably those of law enforcement.

The question that remains, and the one upon which the present appeal hinges, is how this assessment is to be made. When is it to be made, by whom and on what basis? Here again, I think the proper approach is a purposive one.

A) When is the Balance of Interests to be Assessed?

If the issue to be resolved in assessing the constitutionality of searches under s. 10 were in fact the governmental interest in carrying out a given search outweighed that of the individual in resisting the governmental intrusion upon his privacy, then it would be appropriate to determine the balance of the competing interests after the search had been conducted. Such a *post facto* analysis would, however, be seriously at odds with the purpose of s. 8. That purpose is, as I have said, to protect individuals from unjustified state intrusions upon their privacy. That purpose requires a means of preventing unjustified searches before they happen, not simply of determining, after the fact, whether they ought to have occurred in the first place. This, in my view, can only be accomplished by a system of prior authorization, not one of subsequent validation.

A requirement of prior authorization, usually in the form of a valid warrant, has been a consistent prerequisite for a valid search and seizure both at common law and under most statutes. Such a requirement puts the onus on the state to demonstrate the superiority of its interest to that of the individual. As such it accords with the apparent intention of the *Charter* to prefer, where feasible, the right of the individual to be free from state interference to the interests of the state in advancing its purposes through such interference.

par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi.

La question qui reste à trancher et dont dépend l'issue du présent pourvoi est de savoir comment cette appréciation doit être faite. Quand doit-elle être faite, par qui et en fonction de quoi? Une fois de plus, je crois qu'il convient d'examiner le but visé.

A) Quand faut-il apprécier la prépondérance des droits?

Si la question à résoudre en appréciant la constitutionnalité des fouilles et des perquisitions effectuées en vertu de l'art. 10 était de savoir si en fait le droit du gouvernement d'effectuer une fouille ou une perquisition donnée l'emporte sur celui d'un particulier de résister à l'intrusion du gouvernement dans sa vie privée, il y aurait alors lieu de déterminer la prépondérance des droits en concurrence après que la perquisition a été effectuée. Cependant, une telle analyse après le fait entrerait sérieusement en conflit avec le but de l'art. 8. Comme je l'ai déjà dit, cet article a pour but de protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées de l'État dans leur vie privée. Ce but requiert un moyen de prévenir les fouilles et les perquisitions injustifiées avant qu'elles ne se produisent et non simplement un moyen de déterminer, après le fait, si au départ elles devaient être effectuées. Cela ne peut se faire, à mon avis, que par un système d'autorisation préalable et non de validation subséquente.

L'exigence d'une autorisation préalable, qui prend habituellement la forme d'un mandat valide, a toujours été la condition préalable d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie valides sous le régime de la *common law* et de la plupart des lois. Une telle exigence impose à l'État l'obligation de démontrer la supériorité de son droit par rapport à celui du particulier. Comme telle, elle est conforme à l'esprit apparent de la *Charte* qui est de préférer, lorsque cela est possible, le droit des particuliers de ne pas subir l'ingérence de l'État au droit de ce dernier de poursuivre ses fins par une telle ingérence.

1984 CanLII 33 (SCC)

I recognize that it may not be reasonable in every instance to insist on prior authorization in order to validate governmental intrusions upon individuals' expectations of privacy. Nevertheless, where it is feasible to obtain prior authorization, I would hold that such authorization is a precondition for a valid search and seizure.

Here also, the decision in *Katz*, *supra*, is relevant. In *United States v. Rabinowitz*, 339 U.S. 56 (1950), the Supreme Court of the United States had held that a search without warrant was not *ipso facto* unreasonable. Seventeen years later, however, in *Katz*, Stewart J. concluded that a warrantless search was *prima facie* "unreasonable" under the Fourth Amendment. The terms of the Fourth Amendment are not identical to those of s. 8 and American decisions can be transplanted to the Canadian context only with the greatest caution. Nevertheless, I would in the present instance respectfully adopt Stewart J.'s formulation as equally applicable to the concept of "unreasonableness" under s. 8, and would require the party seeking to justify a warrantless search to rebut this presumption of unreasonableness.

In the present case the appellants make no argument that it is unfeasible or unnecessary to obtain prior authorization for the searches contemplated by the *Combines Investigation Act* and, in my view, no such argument could be made. I would therefore conclude that in the absence of a valid procedure for prior authorization searches conducted under the Act would be unreasonable. In the event, s. 10(3) does purport to establish a requirement for prior authorization, specifying, as it does, that searches and seizures conducted under s. 10(1) must be authorized by a member of the R.T.P.C. The question then becomes whether s. 10(3) provides for an acceptable prior authorization procedure.

B) Who Must Grant the Authorization?

The purpose of a requirement of prior authorization is to provide an opportunity, before the event, for the conflicting interests of the state and the individual to be assessed, so that the individu-

Je reconnais qu'il n'est peut-être pas raisonnable dans tous les cas d'insister sur l'autorisation préalable aux fins de valider des atteintes du gouvernement aux expectatives des particuliers en matière de vie privée. Néanmoins, je suis d'avis de conclure qu'une telle autorisation, lorsqu'elle peut être obtenue, est une condition préalable de la validité d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie.

Ici encore, l'arrêt *Katz*, précité, est pertinent. Dans l'arrêt *United States v. Rabinowitz*, 339 U.S. 56 (1950), la Cour suprême des États-Unis avait jugé qu'une perquisition sans mandat n'était pas *ipso facto* abusive. Mais dix-sept ans plus tard, le juge Stewart a conclu dans l'arrêt *Katz* qu'une perquisition sans mandat était à première vue «abusive» en vertu du Quatrième amendement. Les termes de ce Quatrième amendement diffèrent de ceux de l'art. 8 et on ne peut transposer les décisions américaines dans le contexte canadien qu'avec énormément de prudence. Avec égards, néanmoins, je suis d'avis d'adopter en l'espèce la formulation du juge Stewart qui s'applique pareillement au concept du «caractère abusif» que l'on trouve à l'art. 8, et j'estime que la partie qui veut justifier une perquisition sans mandat doit réfuter cette présomption du caractère abusif.

En l'espèce, les appelants ne prétendent pas qu'il est impossible ou inutile d'obtenir une autorisation avant d'effectuer les fouilles ou les perquisitions envisagées par la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* et, à mon avis, un tel argument ne tiendrait pas. Je conclus par conséquent qu'en l'absence d'un processus valide d'autorisation préalable les perquisitions effectuées en vertu de la Loi sont abusives. En réalité, le par. 10(3) vise à établir l'exigence d'une autorisation préalable en précisant que les fouilles, les perquisitions et les saisies effectuées en vertu du par. 10(1) doivent être autorisées par un membre de la CPRC. Il s'agit alors de savoir si le par. 10(3) prévoit un processus d'autorisation préalable acceptable.

B) Qui doit accorder l'autorisation?

L'exigence d'une autorisation préalable vise à donner l'occasion, avant le fait, d'apprécier les droits opposés de l'État et du particulier, de sorte qu'on ne puisse porter atteinte au droit du particu-

1984 CanLII 33 (SCC)

al's right to privacy will be breached only where the appropriate standard has been met, and the interests of the state are thus demonstrably superior. For such an authorization procedure to be meaningful it is necessary for the person authorizing the search to be able to assess the evidence as to whether that standard has been met, in an entirely neutral and impartial manner. At common law the power to issue a search warrant was reserved for a justice. In the recent English case of *Inland Revenue Commissioners v. Rossminster Ltd.*, [1980] 1 All E.R. 80, Viscount Dilhorne suggested at p. 87 that the power to authorize administrative searches and seizures be given to "a more senior judge". While it may be wise, in view of the sensitivity of the task, to assign the decision whether an authorization should be issued to a judicial officer, I agree with Prowse J.A. that this is not a necessary precondition for safeguarding the right enshrined in s. 8. The person performing this function need not be a judge, but he must at a minimum be capable of acting judicially.

In *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495, this Court had occasion to discuss the difference between an administrative and a judicial function in the authorization of a search and seizure. The *Income Tax Act*, 1970-71-72 (Can.), c. 63, as amended, confers upon the Minister a number of powers including, in s. 231(4), the power under certain conditions to authorize the entry and search of buildings. At p. 507 the Court described the Minister's powers as "fundamentally administrative", going on to explain:

> The power he exercises under s. 231(4) is properly characterized as investigatory, rather than adjudicatory. He will collect material and advice from many sources. In deciding whether to exercise the right . . . [to authorize entry and search], he will be governed by many considerations, dominant among which is the public interest and his duty as an executive officer of the government to administer the Act to the best of his ability. The decision to seek authority to enter and

lier à la vie privée que si l'on a satisfait au critère approprié, et si la supériorité des intérêts de l'État peut être démontrée. Pour qu'un tel processus d'autorisation ait un sens, il faut que la personne qui autorise la fouille ou la perquisition soit en mesure d'apprécier, d'une manière tout à fait neutre et impartiale, la preuve offerte quant à la question de savoir si on a satisfait à ce critère. En *common law*, le pouvoir de décerner un mandat de perquisition était réservé à un juge de paix. Dans l'arrêt anglais récent *Inland Revenue Commissioners v. Rossminster Ltd.*, [1980] 1 All E.R. 80, le vicomte Dilhorne laisse entendre, à la p. 87, que le pouvoir d'autoriser des fouilles, des perquisitions et des saisies administratives doit être confié à [TRADUCTION] «un juge expérimenté». Bien qu'il puisse être sage, vu la nature délicate de cette tâche, de confier à un fonctionnaire judiciaire la décision d'accorder une autorisation, je suis d'accord avec le juge Prowse pour dire qu'il ne s'agit pas d'une condition préalable nécessaire pour sauvegarder le droit enchâssé à l'art. 8. Il n'est pas nécessaire que la personne qui exerce cette fonction soit un juge, mais elle doit au moins être en mesure d'agir de façon judiciaire.

Dans l'arrêt *Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495, cette Cour a eu l'occasion d'analyser la différence entre une fonction administrative et une fonction judiciaire dans l'autorisation d'une perquisition et d'une saisie. La *Loi de l'impôt sur le revenu*, 1970-71-72 (Can.), chap. 63 et ses modifications, confère au Ministre un certain nombre de pouvoirs, notamment celui prévu au par. 231(4) de donner, à certaines conditions, l'autorisation d'entrer et de perquisitionner dans des bâtiments. À la p. 507 la Cour a décrit les pouvoirs du Ministre comme étant «fondamentalement de nature administrative», puis elle ajoute:

> On peut qualifier à bon droit le pouvoir qu'il exerce en vertu du par. 231(4) de pouvoir d'enquête plutôt que de décision. Il recueille des documents et des informations de multiples sources. Sa décision d'exercer le droit . . . [d'autoriser l'entrée et la perquisition] sera influencée par bien des considérations dont les principales sont l'intérêt public et son devoir d'agent du pouvoir exécutif d'appliquer la Loi de son mieux. La décision de chercher à obtenir l'autorisation de perquisitionner sera comman-

search will be guided by public policy and expediency, having regard to all the circumstances.

The Court contrasted these powers with the judicial powers which s. 231(4) conferred on a judge of the superior or county court to approve the Minister's authorization.

Under the scheme envisaged by s. 10 of the *Combines Investigation Act* it is clear that the Director exercises administrative powers analogous to those of the Minister under s. 231(4) of the *Income Tax Act*. They too are investigatory rather than adjudicatory, with his decision to seek approval for an authorization to enter and search premises equally guided by considerations of expediency and public policy. But what of the member of the R.T.P.C. whom s. 10(3) empowers to approve the Director's authorization? Is his function investigatory or adjudicatory? In the Alberta Court of Appeal Prowse J.A. carefully reviewed the respective powers of the Director and the Commission and concluded that the Act was not entirely successful in separating the role of the Director as investigator and prosecutor from that of the Commission as adjudicator. In his view circumstances may arise under the Act where "the Director is acting as investigator and prosecutor and the Commission is acting as investigator and judge with respect to breaches of the Act". Southam Inc. summarizes and enlarges upon Prowse J.A.'s analysis, producing the following list of investigatory functions bestowed upon the Commission or one of its members by the Act:

(i) the power in s. 47 to instruct the Director to commence a s. 8 inquiry;

(ii) the power to cause evidence to be gathered pursuant to ss. 9, 10, 12 and 17;

(iii) the power to issue a s. 17 order;

(iv) the power under ss. 17, 22(2)(*b*) to seek further or better evidence after the Commission has commenced a hearing;

dée par l'intérêt public et l'opportunité, compte tenu de toutes les circonstances.

La Cour a comparé ces pouvoirs avec le pouvoir d'approuver l'autorisation du Ministre que le par. 231(4) confère au juge d'une cour supérieure ou d'une cour de comté.

Il ressort clairement de l'économie de l'art. 10 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* que le directeur exerce des pouvoirs administratifs analogues à ceux que le par. 231(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* confère au Ministre. Il s'agit également de pouvoirs d'enquête plutôt que de décision, sa décision de demander l'approbation d'une autorisation d'entrer et de perquisitionner dans des lieux étant également dictée par des motifs de convenance et d'intérêt public. Mais qu'en est-il du membre de la CPRC qui est habilité par le par. 10(3) à approuver l'autorisation du directeur? Exerce-t-il un pouvoir d'enquête ou de décision? Le juge Prowse de la Cour d'appel de l'Alberta a soigneusement examiné les pouvoirs respectifs du directeur et de la Commission et il a conclu que la Loi n'a pas tout à fait réussi à séparer le rôle du directeur en tant qu'enquêteur et poursuivant de celui de la Commission en tant que juge. À son avis, il peut se présenter des circonstances sous le régime de la Loi où [TRADUCTION] «le directeur agit en qualité d'enquêteur et de poursuivant et [où] la Commission agit en qualité d'enquêteur et de juge relativement à des infractions à la Loi». Southam Inc. a résumé et traité longuement l'analyse du juge Prowse et elle a produit la liste suivante des pouvoirs d'enquête que la Loi confère à la Commission ou à l'un de ses membres:

i) le pouvoir conféré par l'art. 47 d'enjoindre au directeur d'ouvrir une enquête visée à l'art. 8.;

ii) le pouvoir conféré par les art. 9, 10, 12 et 17 de faire recueillir des éléments de preuve;

iii) le pouvoir de rendre une ordonnance visée à l'art. 17;

iv) le pouvoir conféré par l'art. 17 et l'al. 22(2)*b*) de demander la production d'éléments de preuve additionnels ou meilleurs après que la Commission a ouvert une enquête;

1984CanLII 33 (SCC)

(v) the power under s. 22(2)(*b*) after commencing a hearing and receiving evidence to direct the Director to make further inquiry and, in effect, to go back to the investigatory stage;

(vi) the power under s. 22(2)(*c*) to compel the Director to turn over to the R.T.P.C. copies of all books, papers, records or other documents obtained by the Director in such further inquiry;

(vii) the power under s. 27.1 to order the Director to give evidence before any other federal board, commission or other tribunal;

(viii) the power under s. 45.1 to seek production of statistics for evidence in an inquiry;

(ix) the power to deliver to the Director all books, papers, records or other documents produced on a s. 17 hearing;

(x) the power under s. 13 to request the appointment and instruction of counsel to assist in the inquiry.

In my view, investing the Commission or its members with significant investigatory functions has the result of vitiating the ability of a member of the Commission to act in a judicial capacity when authorizing a search or seizure under s. 10(3). This is not, of course, a matter of impugning the honesty or good faith of the Commission or its members. It is rather a conclusion that the administrative nature of the Commission's investigatory duties (with its quite proper reference points in considerations of public policy and effective enforcement of the Act) ill-accords with the neutrality and detachment necessary to assess whether the evidence reveals that the point has been reached where the interests of the individual must constitutionally give way to those of the state. A member of the R.T.P.C. passing on the appropriateness of a proposed search under the *Combines Investigation Act* is caught by the maxim *nemo judex in sua causa*. He simply cannot be the impartial arbiter necessary to grant an effective authorization.

On this basis alone I would conclude that the prior authorization mandated by s. 10(3) of the

v) le pouvoir conféré par l'al. 22(2)*b*) d'enjoindre au directeur de faire plus ample enquête et, en fait, de retourner au stade de l'enquête et ce, après l'ouverture de l'enquête et la production d'éléments de preuve;

vi) le pouvoir conféré par l'al. 22(2)*c*) d'enjoindre au directeur de soumettre à la CPRC des copies de tous les livres, pièces, archives ou autres documents qu'il a obtenus au cours de cette plus ample enquête;

vii) le pouvoir conféré par l'art. 27.1 d'enjoindre au directeur de déposer devant tout office, toute commission ou tout autre tribunal fédéral;

viii) le pouvoir conféré par l'art. 45.1 de demander la production de statistiques pour fins de preuve au cours d'une enquête;

ix) le pouvoir de remettre au directeur tous les livres, documents, archives ou autres pièces produits au cours d'une audience prévue à l'art. 17;

x) le pouvoir conféré par l'art. 13 de demander de nommer un avocat et de le charger d'aider à l'enquête.

À mon avis, l'attribution à la Commission ou à ses membres de pouvoirs d'enquête importants a pour effet d'empêcher le membre de la Commission d'agir de façon judiciaire lorsqu'il autorise une fouille, une perquisition ou une saisie en vertu du par. 10(3). Il ne s'agit pas, bien sûr, de mettre en doute l'honnêteté ou la bonne foi de la Commission ou de ses membres. C'est là plutôt une conclusion que la nature administrative des devoirs d'enquête de la Commission (qui a comme points de référence appropriés l'intérêt public et l'application efficace de la Loi) cadre mal avec la neutralité et l'impartialité nécessaires pour évaluer si la preuve révèle qu'on a atteint un point où les droits du particulier doivent constitutionnellement céder le pas à ceux de l'État. Un membre de la CPRC qui examine l'opportunité de procéder à une perquisition en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* est touché par la maxime *nemo judex in sua causa*. Il ne peut tout simplement pas être l'arbitre impartial nécessaire pour accorder une autorisation valable.

Pour ce seul motif, je suis d'avis de conclure que l'autorisation préalable exigée par le par. 10(3) de

1984 CanLII 33 (SCC)

Combines Investigation Act is inadequate to satisfy the requirement of s. 8 of the *Charter* and consequently a search carried out under the authority of subss. 10(1) and 10(3) is an unreasonable one. Since, however, the Alberta Court of Appeal found other, perhaps even more serious defects in these provisions I pass on to consider whether even if s. 10(3) did specify a truly neutral and detached arbiter to authorize searches it would nevertheless remain inconsistent with s. 8 of the *Charter*.

C) On What Basis must the Balance of Interests be Assessed?

Section 10 is terse in the extreme on the subject of criteria for issuing an authorization for entry, search and seizure. Section 10(3) merely states that an R.T.P.C. member may grant an authorization *ex parte*. The only explicit criteria for granting such an authorization are those mentioned in s. 10(1), namely: (1) that an inquiry under the Act must be in progress, and (2) that the Director must believe that the premises may contain relevant evidence.

In cases argued before passage of the *Charter of Rights and Freedoms* the courts took a narrow view of what s. 10 required or permitted the R.T.P.C. member to consider when asked to authorize search and seizure. In *Petrofina Canada Ltd. v. Chairman, Restrictive Trade Practices Commission (No. 2)*, *supra*, the applicant challenged authorizations under ss. 9(2) and 10(3) of the Act on the grounds, *inter alia*, that the members who gave their authorizations did not show that they had before them sufficient information to enable them to determine the legality of the inquiry then in progress or the reasonableness of the Director's belief that circumstances warranted the exercise of his powers. The Federal Court of Appeal rejected the relevance of such considerations to the members' decisions, at p. 391:

> In making the decisions that sections 9 and 10 require them to make, the Members must act judicially ....

la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* n'est pas suffisante pour satisfaire aux exigences de l'art. 8 de la *Charte* et que, par conséquent, une fouille ou une perquisition effectuée sous le régime des par. 10(1) et (3) est abusive. Mais étant donné que la Cour d'appel de l'Alberta a trouvé d'autres lacunes, peut-être encore plus graves, dans ces dispositions, je passe à l'étude de la question de savoir si le par. 10(3) demeurerait incompatible avec l'art. 8 de la *Charte* même s'il désignait un arbitre vraiment neutre et impartial pour autoriser les fouilles ou les perquisitions.

C) En fonction de quoi doit-on apprécier la prépondérance des droits?

L'article 10 ne dit à peu près rien au sujet du critère applicable à l'autorisation d'entrer, de perquisitionner et de saisir. Le paragraphe 10(3) précise simplement qu'un membre de la CPRC peut accorder une autorisation *ex parte*. Les seuls critères explicites applicables à l'attribution d'une telle autorisation sont ceux mentionnés au par. 10(1), savoir: (1) une enquête tenue sous le régime de la Loi doit être en cours et (2) le directeur doit croire qu'il peut y avoir dans les locaux des éléments de preuve pertinents.

Dans les litiges qui ont précédé l'adoption de la *Charte des droits et libertés*, les tribunaux ont adopté un point de vue étroit sur ce que l'art. 10 demande ou permet à un membre de la CPRC de considérer lorsqu'on lui demande d'autoriser une fouille, une perquisition ou une saisie. Dans l'arrêt *Petrofina Canada Ltd. c. Le président de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce (N° 2)*, précité, la requérante a contesté les autorisations données en vertu des par. 9(2) et 10(3) de la Loi pour le motif, notamment, que les membres qui ont accordé leur autorisation n'ont pas démontré qu'ils disposaient de renseignements suffisants pour leur permettre de statuer sur la légalité de l'enquête alors en cours ou sur le caractère raisonnable de la conviction du directeur que les circonstances justifiaient l'exercice de ses pouvoirs. La Cour d'appel fédérale a jugé que ces considérations sont sans importance pour ce qui est des décisions des membres en affirmant, à la p. 391:

> Les membres sont tenus d'agir de façon judiciaire lorsqu'ils prennent des décisions conformément aux articles

1984 CanLII 33 (SCC)

However, that duty to act judicially applies only to the decisions that the Members are required to make under sections 9(2) and 10(3). Under those provisions, the Members are neither required nor authorized to determine the legality of the Director's decision to hold an inquiry; they are merely required to ascertain that there is, *de facto*, an inquiry in progress under the Act. The Members are not required or authorized, either, to pass judgment on the reasonableness of the motives prompting the Director to exercise his powers under sections 9 and 10. As the Members did not have to make decisions on those two points, they cannot, in my opinion, be blamed for not having required information on those points.

As Prowse J.A. pointed out, if the powers of a Commission member are as the Federal Court of Appeal found them to be, then it follows that the decision of the Director in the course of an inquiry to exercise his powers of entry, search and seizure is effectively unreviewable. The extent of the privacy of the individual would be left to the discretion of the Director. A provision authorizing such an unreviewable power would clearly be inconsistent with s. 8 of the *Charter*.

Assuming, *arguendo*, that the Federal Court of Appeal was wrong, and the member is authorized, or even required, to satisfy himself as to (1) the legality of the inquiry and (2) the reasonableness of the Director's belief that there may be evidence relevant to the matters being inquired into, would that remove the inconsistency with s. 8?

To read subss. 10(1) and 10(3) as simply allowing the authorizing party to satisfy himself on these questions, without requiring him to do so, would in my view be clearly inadequate. Such an amorphous standard cannot provide a meaningful criterion for securing the right guaranteed by s. 8. The location of the constitutional balance between a justifiable expectation of privacy and the legitimate needs of the state cannot depend on the subjective appreciation of individual adjudicators. Some objective standard must be established.

Requiring the authorizing party to satisfy himself as to the legality of the inquiry and the

9 et 10 . . . Toutefois, cette obligation ne s'applique qu'à l'égard des décisions prises en vertu des articles 9(2) et 10(3). Aux termes de ces dispositions, les membres ne sont ni tenus de statuer sur la légalité de la décision du directeur de tenir une enquête ni autorisés à le faire: ils doivent tout simplement s'assurer qu'une enquête est effectivement en cours en vertu de la Loi. Ils ne sont pas non plus tenus de juger du bien-fondé des motifs ayant incité le directeur à exercer ses pouvoirs en vertu des articles 9 et 10 ni autorisés à le faire. Puisque les membres n'avaient pas à statuer sur ces questions, l'on ne peut, à mon avis, leur reprocher de ne pas avoir exigé de renseignements là-dessus.

Comme l'a fait remarquer le juge Prowse, si les pouvoirs d'un membre de la Commission sont ceux que lui a reconnus la Cour d'appel fédérale, il s'ensuit que la décision du directeur d'exercer, au cours d'une enquête, ses pouvoirs en matière d'entrée, de fouille, de perquisition et de saisie n'est effectivement pas susceptible de révision. L'étendue du droit à la vie privée du particulier serait laissée à la discrétion du directeur. Une disposition autorisant un tel pouvoir non susceptible de révision serait manifestement incompatible avec l'art. 8 de la *Charte*.

À supposer, pour les fins de la discussion, que la Cour d'appel fédérale a eu tort et que le membre peut ou même doit s'assurer (1) de la légalité de l'enquête et (2) du caractère raisonnable de la conviction du directeur qu'il peut y avoir des éléments de preuve concernant les questions faisant l'objet de l'enquête, cela supprimerait-il l'incompatibilité avec l'art. 8?

Il serait, à mon avis, manifestement incorrect de considérer que les par. 10(1) et 10(3) permettent simplement à la partie qui donne l'autorisation de vérifier ces questions, sans l'obliger à le faire. Un critère aussi vague ne peut pas être significatif pour ce qui est de garantir le droit consacré par l'art. 8. L'équilibre constitutionnel entre des attentes justifiables en matière de vie privée et les besoins légitimes de l'État ne peut pas dépendre de l'appréciation subjective d'un arbitre. Il faut établir un critère objectif quelconque.

Obliger la partie qui donne l'autorisation à s'assurer de la légalité de l'enquête et du caractère

reasonableness of the Director's belief in the possible existence of relevant evidence, would have the advantage of substituting an objective standard for an amorphous one, but would, in my view, still be inadequate. The problem is with the stipulation of a reasonable belief that evidence may be uncovered in the search. Here again it is useful, in my view, to adopt a purposive approach. The purpose of an objective criterion for granting prior authorization to conduct a search or seizure is to provide a consistent standard for identifying the point at which the interests of the state in such intrusions come to prevail over the interests of the individual in resisting them. To associate it with an applicant's reasonable belief that relevant evidence may be uncovered by the search, would be to define the proper standard as the possibility of finding evidence. This is a very low standard which would validate intrusion on the basis of suspicion, and authorize fishing expeditions of considerable latitude. It would tip the balance strongly in favour of the state and limit the right of the individual to resist, to only the most egregious intrusions. I do not believe that this is a proper standard for securing the right to be free from unreasonable search and seizure.

Anglo-Canadian legal and political traditions point to a higher standard. The common law required evidence on oath which gave "strong reason to believe" that stolen goods were concealed in the place to be searched before a warrant would issue. Section 443 of the *Criminal Code* authorizes a warrant only where there has been information upon oath that there is "reasonable ground to believe" that there is evidence of an offence in the place to be searched. The American *Bill of Rights* provides that "no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation ...." The phrasing is slightly different but the standard in each of these formulations is identical. The state's interest in detecting and preventing crime begins to prevail over the individual's interest in being left alone at the point where credibly-based probability replaces suspicion. History has confirmed the appropriateness of this requirement

raisonnable de la conviction du directeur quant à l'existence possible d'éléments de preuve pertinents permettrait de substituer un critère objectif à un critère vague, mais à mon avis cela serait encore insuffisant. La difficulté réside dans la stipulation d'une conviction raisonnable que des éléments de preuve peuvent être découverts au cours de la perquisition. Une fois de plus, il est utile, à mon avis, de considérer le but recherché. L'établissement d'un critère objectif applicable à l'autorisation préalable de procéder à une fouille, à une perquisition ou à une saisie a pour but de fournir un critère uniforme permettant de déterminer à quel moment les droits de l'État de commettre ces intrusions l'emportent sur ceux du particulier de s'y opposer. Relier ce critère à la conviction raisonnable d'un requérant que la perquisition peut permettre de découvrir des éléments de preuve pertinents équivaudrait à définir le critère approprié comme la possibilité de découvrir des éléments de preuve. Il s'agit d'un critère très faible qui permettrait de valider une intrusion commise par suite de soupçons et autoriserait des recherches à l'aveuglette très étendues. Ce critère favoriserait considérablement l'État et ne permettrait au particulier de s'opposer qu'aux intrusions les plus flagrantes. Je ne crois pas que ce soit là un critère approprié pour garantir le droit d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

Les traditions juridiques et politiques anglo-canadiennes exigent un critère plus élevé. La *common law* exige, pour qu'un mandat puisse être décerné, que l'on fasse une déposition sous serment qui porte «sérieusement à croire» que des biens volés ont été cachés à l'endroit de la perquisition. L'article 443 du *Code criminel* n'autorise la délivrance d'un mandat qu'à la suite d'une dénonciation faite sous serment portant qu'il existe «un motif raisonnable pour croire» qu'il se trouve des éléments de preuve de la perpétration d'une infraction à l'endroit où la perquisition sera effectuée. La *Déclaration des droits* des États-Unis prévoit que [TRADUCTION] «un mandat ne sera décerné que pour un motif plausible, appuyé par un serment ou une affirmation ...». La formulation est légèrement différente mais le critère est identique dans chacun de ces cas. Le droit de l'État de déceler et de prévenir le crime commence à l'em-

as the threshhold for subordinating the expectation of privacy to the needs of law enforcement. Where the state's interest is not simply law enforcement as, for instance, where state security is involved, or where the individual's interest is not simply his expectation of privacy as, for instance, when the search threatens his bodily integrity, the relevant standard might well be a different one. That is not the situation in the present case. In cases like the present, reasonable and probable grounds, established upon oath, to believe that an offence has been committed and that there is evidence to be found at the place of the search, constitutes the minimum standard, consistent with s. 8 of the *Charter*, for authorizing search and seizure. In so far as subss. 10(1) and 10(3) of the *Combines Investigation Act* do not embody such a requirement, I would hold them to be further inconsistent with s. 8.

D) Reading In and Reading Down

The appellants submit that even if subss. 10(1) and 10(3) do not specify a standard consistent with s. 8 for authorizing entry, search and seizure, they should not be struck down as inconsistent with the *Charter*, but rather that the appropriate standard should be read into these provisions. An analogy is drawn to the case of *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798, in which this Court held that a local ordinance regulating the use of property by prohibiting the erection of unauthorized signs, though apparently without limits, could not have been intended unconstitutionally to encroach on federal competence over elections, and should therefore be "read down" so as not to apply to election signs. In the present case, the overt inconsistency with s. 8 manifested by the lack of a neutral and detached arbiter renders the appellants' submissions on reading in appropriate standards for issuing a warrant purely academic. Even if this were not the case, however, I would be disinporter sur le droit du particulier de ne pas être importuné lorsque les soupçons font place à la probabilité fondée sur la crédibilité. L'histoire confirme la justesse de cette exigence comme point à partir duquel les attentes en matière de la vie privée doivent céder le pas à la nécessité d'appliquer la loi. Si le droit de l'État ne consistait pas simplement à appliquer la loi comme, par exemple, lorsque la sécurité de l'État est en cause, ou si le droit du particulier ne correspondait pas simplement à ses attentes en matière de vie privée comme, par exemple, lorsque la fouille ou la perquisition menace son intégrité physique, le critère pertinent pourrait fort bien être différent. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Dans des cas comme la présente affaire, l'existence de motifs raisonnables et probables, établie sous serment, de croire qu'une infraction a été commise et que des éléments de preuve se trouvent à l'endroit de la perquisition, constitue le critère minimal, compatible avec l'art. 8 de la *Charte*, qui s'applique à l'autorisation d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie. Dans la mesure où les par. 10(1) et 10(3) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* ne comportent pas une telle exigence, j'estime qu'ils sont davantage incompatibles avec l'art. 8.

D) Interprétation large et interprétation atténuée

Les appelants soutiennent que même si les par. 10(1) et 10(3) n'établissent pas un critère compatible avec l'art. 8 lorsqu'il s'agit d'autoriser une entrée, une fouille, une perquisition et une saisie, ils ne devraient pas être radiés comme incompatibles avec la *Charte*, mais ils devraient plutôt recevoir une interprétation large de manière à leur prêter le critère approprié. On établit une analogie avec l'arrêt *McKay v. The Queen*, [1965] R.C.S. 798, où cette Cour a jugé qu'une ordonnance locale réglementant l'usage des biens par l'interdiction d'ériger des affiches non autorisées, bien qu'elle eût, semble-t-il, une portée illimitée, n'a pu être adoptée dans le but d'empiéter sur la compétence fédérale en matière d'élections et devait, par conséquent, recevoir une «interprétation atténuée» de manière à ne pas s'appliquer aux affiches électorales. En l'espèce, l'incompatibilité évidente avec l'art. 8, qui se manifeste par l'absence d'un arbitre neutre et impartial, fait en sorte que les arguments

1984 CanLII 33 (SCC)

clined to give effect to these submissions. While the courts are guardians of the Constitution and of individuals' rights under it, it is the legislature's responsibility to enact legislation that embodies appropriate safeguards to comply with the Constitution's requirements. It should not fall to the courts to fill in the details that will render legislative lacunae constitutional. Without appropriate safeguards legislation authorizing search and seizure is inconsistent with s. 8 of the *Charter*. As I have said, any law inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect. I would hold subss. 10(1) and 10(3) of the *Combines Investigation Act* to be inconsistent with the *Charter* and of no force and effect, as much for their failure to specify an appropriate standard for the issuance of warrants as for their designation of an improper arbiter to issue them.

IV Section 1

Section 1 of the *Charter* provides:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

The phrase "demonstrably justified" puts the onus of justifying a limitation on a right or freedom set out in the *Charter* on the party seeking to limit. In the present case the appellants have made no submissions capable of supporting a claim that even if searches under subss. 10(1) and 10(3) are "unreasonable" within the meaning of s. 8, they are nevertheless a reasonable limit, demonstrably justified in a free and democratic society, on the right set out in s. 8. It is, therefore, not necessary in this case to consider the relationship between s. 8 and s. 1. I leave to another day the difficult question of the relationship between those two sections and, more particularly, what further

des appelants concernant l'ajout, au moyen d'une interprétation large, des critères appropriés applicables à la délivrance d'un mandat, sont purement théoriques. Cependant, même s'il n'en était pas ainsi, je serais peu disposé à donner suite à ces arguments. Même si les tribunaux sont les gardiens de la Constitution et des droits qu'elle confère aux particuliers, il incombe à la législature d'adopter des lois qui contiennent les garanties appropriées permettant de satisfaire aux exigences de la Constitution. Il n'appartient pas aux tribunaux d'ajouter les détails qui rendent constitutionnelles les lacunes législatives. Si elles n'offrent pas les garanties appropriées, les lois qui autorisent des fouilles, des perquisitions et des saisies sont incompatibles avec l'art. 8 de la *Charte*. Comme je l'ai dit, toute loi incompatible avec les dispositions de la Constitution est, dans la mesure de cette incompatibilité, inopérante. J'estime que les par. 10(1) et 10(3) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* sont incompatibles avec la *Charte* et inopérants, tant parce qu'ils ne spécifient aucun critère approprié applicable à la délivrance des mandats que parce qu'ils désignent un arbitre qui n'a pas les qualités voulues pour les décerner.

IV Article 1

L'article 1 de la *Charte* prévoit:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

L'expression «dont la justification puisse se démontrer» impose à la partie qui cherche à limiter un droit ou une liberté énoncés dans la *Charte* l'obligation de justifier cette limite. En l'espèce, les appelants n'ont pu justifier leur prétention selon laquelle, même si les perquisitions effectuées en vertu des par. 10(1) et 10(3) sont «abusives» au sens de l'art. 8, elles constituent néanmoins une limite raisonnable, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au droit énoncé à l'art. 8. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner ici le rapport entre les art. 8 et 1. Je reporte à plus tard la question complexe du rapport entre ces deux articles et,

1984 CanLII 33 (SCC)

balancing of interests, if any, may be contemplated by s. 1, beyond that envisaged by s. 8.

Conclusion

By order of Chief Justice Laskin the constitutional question was stated as follows:

Did the Alberta Court of Appeal err in holding that subsection 10(3), and by implication subsection 10(1), of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23 are inconsistent with the provisions of Section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that they are therefore of no force or effect?

I would answer that question in the negative. I would dismiss the appeal with costs to the respondent.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellants: R. Tassé, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Reynolds, Mirth & Côté, Edmonton.

plus particulièrement, la question de savoir quelle autre prépondérance des droits, s'il y a lieu, peut être envisagée par l'art. 1 outre celle qu'envisage l'art. 8.

Conclusion

L'ordonnance du juge en chef Laskin énonce comme suit la question constitutionnelle:

La Cour d'appel de l'Alberta a-t-elle commis une erreur en décidant que le paragraphe 10(3) et, implicitement, le paragraphe 10(1) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23, sont incompatibles avec les dispositions de l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'ils sont, par conséquent, inopérants?

Je suis d'avis de répondre à cette question par la négative et de rejeter le pourvoi avec dépens en faveur de l'intimée.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur des appelants: R. Tassé, Ottawa.

Procureurs de l'intimée: Reynolds, Mirth & Côté, Edmonton.

1984 CanLII 33 (SCC)

Information and Privacy
Commissioner/Ontario
Commissaire à l'information
et à la protection de la vie privée/Ontario

1999 CanLII 14367 (ON IPC)

ORDER PO-1688

Appeal PA-980244-1

Ministry of the Environment

80 Bloor Street West,
Suite 1700,
Toronto, Ontario
M5S 2V1

80, rue Bloor ouest
Bureau 1700
Toronto (Ontario)
M5S 2V1

416-326-3333
1-800-387-0073
Fax/Téléc: 416-325-9195
TTY: 416-325-7539
http://www.ipc.on.ca

BACKGROUND:

Environmental Bill of Rights, 1993 (EBR)

In order to fully appreciate the issues in this appeal, it is important to understand the overall purpose of the EBR and the operation of some of its provisions.

The EBR was enacted for the following reasons, as described in its preamble:

> The people of Ontario recognize the inherent value of the natural environment.
>
> The people of Ontario have a right to a healthful environment.
>
> The people of Ontario have as a common goal the protection, conservation and restoration of the natural environment for the benefit of present and future generations.
>
> While the government has the primary responsibility for achieving this goal, the people should have means to ensure that it is achieved in an effective, timely, open and fair manner.

Sections 2(1) and (2) state the purposes of the EBR:

> (1) The purposes of this Act are:
>
> (a) to protect, conserve and, where reasonable, restore the integrity of the environment by the means provided in this Act;
>
> (b) to provide sustainability of the environment by the means provided in this Act;
>
> (c) to protect the right to a healthful environment by the means provided in this Act.
>
> (2) The purposes set out in subsection (1) include the following:
>
> 1. The prevention, reduction and elimination of the use, generation and release of pollutants that are an unreasonable threat to the integrity of the environment.
>
> 2. The protection and conservation of biological, ecological and genetic diversity.
>
> 3. The protection and conservation of natural resources, including plant life, animal life and ecological systems.

1999 CanLII 14367 (ON IPC)

4. The encouragement of the wise management of our natural resources, including plant life, animal life and ecological systems.

5. The identification, protection and conservation of ecologically sensitive areas or processes.

Section 2(3) describes in general terms how the EBR fulfills these purposes:

(3) In order to fulfil the purposes set out in subsections (1) and (2), this Act provides,

(a) means by which residents of Ontario may participate in the making of environmentally significant decisions by the Government of Ontario;

(b) increased accountability of the Government of Ontario for its environmental decision-making;

(c) increased access to the courts by residents of Ontario for the protection of the environment; and

(d) enhanced protection for employees who take action in respect of environmental harm.

Public consultation process under the EBR

The EBR contains a number of provisions designed to provide the means by which, pursuant to section 2(3)(a), Ontario residents may participate in the making of environmentally significant decisions by the Government of Ontario. Part II of the EBR establishes an electronic database known as the Environmental Registry (the Registry). Any member of the public may access information in the Registry via the Internet. Under section 22 prescribed ministries (including the Ministry of the Environment) must include in the Registry information about proposals for environmentally significant instruments. Instruments are defined in the EBR as documents of legal effect issued under an Act including permits, licences, approvals, authorizations, directions or orders. An example of an instrument is a certificate of approval issued by the Ministry of the Environment under section 9 of the Environmental Protection Act (EPA). Section 27 of the EBR states what information about a proposal for an instrument must be placed in the Registry, which includes:

$ a brief description of the proposal;
$ how members of the public may participate in decision-making on the proposal;

1999 CanLII 14367 (ON IPC)

- how members of the public may review written information about the proposal;
- an address to which written questions or comments may be sent; and
- any other information the minister giving the notice considers appropriate.

The EBR does not state precisely what information about a proposal, beyond the above, must be made available to the public. By stating that the public may review Awritten information about the proposal@ (s. 27(2)3) and that the minister giving the notice may place on the Registry Aany other information that the minister . . . considers appropriate@ (s. 27(2)6), the EBR gives the minister a discretionary power to disclose information to the public at large, or to any individual member of the public, to facilitate the public=s participation in the decision making process.

A minimum of 30 days notice must be given prior to the ministry deciding whether or not to implement the proposal (section 22).

A ministry which gives notice of a proposal under section 22 must take every reasonable step to ensure that all comments relevant to the proposal that are received as part of the consultation process are considered when the ministry makes decisions about the proposal (section 35(1)). As soon as reasonably possible after a decision is made whether or not to implement a proposal for an instrument, the ministry must give notice to the public of the decision through the Registry (sections 36(2), (3)).

Rights of appeal under the EBR

The legislation under which the ministry decides to grant or not to grant an instrument may provide the instrument applicant with a right of appeal from that decision to an appellate body. In that event, the EBR also provides any person with an interest in the decision a right to seek leave to appeal the decision to the same appellate body (sections 38, 39). For example, an instrument holder denied a certificate of approval under section 9 of the EPA could bring an appeal before the Environmental Appeal Board (the Board). Consequently, if the applicant had instead been granted the certificate of approval, an interested third party seeking to reverse the decision to grant the certificate would be able to file a leave to appeal application with the Board.

The application for leave to appeal must be made within 15 days after the ministry gives notice of the decision under section 36 (section 40).

NATURE OF THE APPEAL:

Application for certificate of approval under the EPA

The Ministry of the Environment (the Ministry) received an application for a certificate of approval under section 9 of the EPA to discharge air emissions into the natural environment at a specified location. More specifically, the applicant sought an amendment to an existing certificate of approval, to take into account certain changes in circumstances. In accordance with the EBR, the Ministry posted information about the proposal for an instrument on the Registry. The Registry

1999 CanLII 14367 (ON IPC)

posting contained a brief description of the nature of the proposal, indicated that the Ministry may have Acopies of this proposal for viewing@ and stated that comments must be received within 30 days of the posting.

An individual who lives immediately adjacent to the plant for which the applicant sought the certificate of approval then contacted the Ministry in accordance with the Registry notice to obtain a copy of the application for the purpose of exercising his right to comment under the EBR. The Ministry advised the individual that he would be required to submit a request under the Freedom of Information and Protection of Privacy Act (the Act) for that document.

The individual (now the requester) then made a request under the Act for a copy of the application and Asupporting material.@ The individual stated that he would be providing a copy to his Aconsulting engineer for comments as to the safety of the proposal with respect to@ him and his family, as well as with respect to Aadverse impacts from same.@ The individual further stated:

> I would note particularly that I will require all emissions data and modelling projections supporting the application, as well as data and statistics as to the proposed location of the equipment. I will also require details of all proposed abatement equipment and any other mitigation measures intended to prevent impact on the surrounding environment, and in particular [on me and my family].

The requester also asked the Ministry not to make a decision on the application pending the outcome of the process under the Act. It is my understanding that the Ministry has accepted this request.

The Ministry located 13 records responsive to the request and made a preliminary decision to grant full access to 12 records, and partial access to the remaining record, citing section 17 (third party commercial information) of the Act as its authority to refuse to disclose the remaining record in part. The Ministry also advised the requester that it had a duty to notify the applicant (the affected person) under section 28 and to provide it with an opportunity to make representations to the Ministry as to why the records should not be disclosed.

Later, under sections 28(1) and (2) of the Act, the Ministry notified the affected person of the request and sought representations as to whether or not the records should be disclosed. In its representations to the Ministry, the affected person objected in particular to the disclosure of one of the records to which the Ministry had decided to grant full access, an 11-page compilation of technical data prepared by an engineering consultant firm (the record at issue). After receiving representations from the affected person, the Ministry advised the affected person that it was maintaining its preliminary decision to disclose in full the record at issue.

Subsequently, the affected person wrote to the Ministry taking issue with the Ministry=s decision. In this letter, the affected person stated that it understands who had made the request, and that this person had commenced litigation against it. The affected person also stated that the request was Aimproper@ and Ashould be requested through the litigation process, and a Judge or Master should rule on its relevancy.@ The affected person further stated that A[i]t is improper for the Plaintiff to request documents from a third party prior to requesting the documentation directly from the

1999 CanLII 14367 (ON IPC)

Defendant [affected person].@ The affected person stated, in the alternative, that the record Ashould not be released pursuant to the Act.@

The affected person, now the appellant, later appealed to this office the Ministry=s decision to grant access to the record at issue. In its letter of appeal, the affected person took the position that disclosure of the record would Aadversely affect@ its business, and that A[c]ompetitors could use this information to [its] disadvantage . . .@ Although the affected person did not state so explicitly, its letter of appeal suggested the application of section 17(1)(a) of the Act.

The Ministry subsequently disclosed the requested records to the appellant in accordance with its initial decision, with the exception of the record at issue.

A Notice of Inquiry outlining the issues in the appeal was sent to the appellant, the requester and the Ministry. Subsequently, this office was contacted by the office of the Environmental Commissioner of Ontario (ECO), which indicated that the appeal had come to its attention and that it may have information bearing on the issues in the appeal. The ECO is an officer of the Legislative Assembly, whose functions include reviewing the implementation of the EBR and compliance in ministries with the requirements of the EBR. In light of the ECO=s role and expertise, I decided to send a copy of the Notice of Inquiry to the ECO and invite it to make representations on this matter. I received representations from all notified parties. The representations of the ECO are restricted to general submissions on the role and functions of the EBR and its relation to issues under the Act. The ECO=s representations do not address the merits of the specific appeal.

I later sent a Supplementary Notice of Inquiry to the parties seeking further representations on the section 17(1) exemption, and seeking representations for the first time on section 23, the so-called Apublic interest override@. In response, I received representations from the requester and the ECO only.

THE RECORD:

The record at issue is an 11-page document entitled AAppendix F: Results of Air Dispersion Modelling@ and indicates that it is part of the supporting documentation for an application to the Ministry from the appellant for an amendment to a ACertificate of Approval (Air) Product Drying and Bagging@. The record is a compilation of technical data prepared by an engineering consultant firm (the consultant) retained by the appellant to assist in the application process. The record contains Astatistical modelling utilizing the Ministry of Environment assumptions as to particulate impingement.@

DISCUSSION:

THE ACT AND THE CIVIL LITIGATION PROCESS

In the appellant=s letter to the Ministry, it takes the position that it is improper, in circumstances where the requester has commenced litigation against it, for the requester to utilize the access to

1999 CanLII 14367 (ON IPC)

information process under the Act as opposed to the discovery process under the Rules of Civil Procedure. The appellant does not reiterate this position in its representations to this office. Nevertheless, I will assume that the appellant maintains these views.

The relationship between the access provisions contained in the Act and the civil litigation process is addressed in section 64(1) of the Act. This provision states that:

> This Act does not impose any limitation on the information otherwise available by law to a party to litigation.

The application of section 64(1) was cogently summarized by former Commissioner Sidney B. Linden in Order 48, where he made the following points:

> ... This section makes no reference to the rules of court and, in my view, the existence of codified rules which govern the production of documents in other contexts does not necessarily imply that a different method of obtaining documents under the [Act] is unfair ... Had the legislators intended the Act to exempt all records held by government institutions whenever they are involved as a party in a civil action, they could have done so through use of specific wording to that effect. No such exemption exists, and, in my view, subsection 14(1)(f) or section 64 cannot be interpreted so as to exempt records of this type without offending the purposes and principles of the Act.
>
> I am supported in my view by the decision in the case of Playboy Enterprises Inc. v. Department of Justice [677 F.2d 931(1982)], heard in the United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit. In that case, which was decided under the U.S. freedom of information legislation, the government put forward the argument that, because its claim of privilege with respect to a certain record had been sustained in discovery proceedings in other cases, those determinations should be given Acontrolling weight@ in the decision as to whether the record should be released under the U.S. freedom of information legislation. The court answered by stating that A... the issues in discovery proceedings and the issues in the context of a freedom of information action are quite different. That for one reason or another, a document may be exempt from discovery does not mean that it will be exempt from a demand under the Freedom of Information Act.@

These comments were subsequently relied upon by [then] Assistant Commissioner Irwin Glasberg in Order P-609.

In Doe v. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police (June 3, 1997), Toronto Doc. 21670/87Q (Ont. Gen. Div.), Mr. Justice Lane stated the following with respect to the relationship between the civil discovery process and the access to information process under the Act=s municipal counterpart, in the context of a motion to clarify an earlier order he had made granting a publication ban:

1999 CanLII 14367 (ON IPC)

> The order which I made on October 18, 1996 herein was not intended to interfere in any way with the operation of the Municipal Freedom of Information and Protection of Privacy Act legislation, nor ban the publication of the contents of police files required to be produced under that Act. My order was directed toward the preservation of the integrity of the discovery process by prohibiting publication of information obtained by one party from the other under the compulsions of that discovery process, including publication by third parties of such information. In my view, there is no inherent conflict between the Act and the provisions of the Rules [of Civil Procedure] as to maintaining confidentiality of disclosures made during discovery. The Act contains certain exemptions relating to litigation. It may be that much information given on discovery (and confidential in that process) would nevertheless be available to anyone applying under the Act; if so, then so be it; the Rules of Civil Procedure do not purport to bar publication or use of information obtained otherwise than on discovery, even though the two classes of information may overlap, or even be precisely the same.
>
> Although that seems to me to be the effect of the order as it presently reads, it is desirable to clarify by adding at the end of the sentence: Athis order does not restrict the jurisdiction of the Information and Privacy Commissioner/Ontario under the Municipal Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. M.56 to direct the production of documents or information even though such documents or information may have been the subject of discovery in this action.@

I adopt the principles enunciated by Assistant Commissioner Glasberg and the Ontario Court (General Division) cited above. Based on these principles, I conclude that there is no reason in the circumstances why the request under the Act should be deemed Aimproper@, nor why this appeal should not proceed.

THIRD PARTY INFORMATION

Introduction

Section 17(1) of the Act reads, in part:

> A head shall refuse to disclose a record that reveals a trade secret or scientific, technical, commercial, financial or labour relations information, supplied in confidence implicitly or explicitly, where the disclosure could reasonably be expected to,
>
> (a) prejudice significantly the competitive position or interfere significantly with the contractual or other negotiations of a person, group of persons, or organization;

1999 CanLII 14367 (ON IPC)

(b) result in similar information no longer being supplied to the institution where it is in the public interest that similar information continue to be so supplied;

(c) result in undue loss or gain to any person, group, committee or financial institution or agency;

In order for a record to qualify for exemption under sections 17(1)(a), (b) or (c) of the Act, each part of the following three-part test must be satisfied:

1. the record must reveal information that is a trade secret or scientific, technical, commercial, financial or labour relations information; **and**

2. the information must have been supplied to the institution in confidence, either implicitly or explicitly; **and**

3. the prospect of disclosure of the record must give rise to a reasonable expectation that one of the harms specified in (a), (b) or (c) of section 17(1) will occur [Orders 36, P-373].

To discharge the burden of proof under part three of the test, the parties resisting disclosure must present evidence that is detailed and convincing, and must describe a set of facts and circumstances that could lead to a reasonable expectation that one or more of the harms described in section 17(1) would occur if the information was disclosed [Orders 36, P-373].

This three-part test and the statement of what is required to discharge the burden of proof under part three of the test have been approved by the Court of Appeal for Ontario. That court recently overturned a decision of the Divisional Court quashing Order P-373, and restored Order P-373. In that decision the court stated:

> With respect to Part 1 of the test for exemption, the Commissioner adopted a meaning of the terms which is consistent with his previous orders, previous court decisions and dictionary meaning. His interpretation cannot be said to be unreasonable. With respect to Part 2, the records themselves do not reveal any information supplied by the employers on the various forms provided to the WCB. The records had been generated by the WCB based on data supplied by the employers. The Commissioner acted reasonably and in accordance with the language of the statute in determining that disclosure of the records would not reveal information supplied in confidence to the WCB by the employers. Lastly, as to Part 3, the use of the words Adetailed and convincing@ do not modify the interpretation of the exemption or change the standard of proof. These words simply describe the quality and cogency of the evidence required to satisfy the onus of establishing reasonable expectation of harm. Similar expressions have been used by the Supreme Court of Canada to describe the quality of evidence required to satisfy the burden of proof in civil cases. If the evidence lacks detail and is unconvincing, it fails to

1999 CanLII 14367 (ON IPC)

> satisfy the onus and the information would have to be disclosed. It was the Commissioner=s function to weigh the material. Again it cannot be said that the Commissioner acted unreasonably. Nor was it unreasonable for him to conclude that the submissions amounted, at most, to speculation of possible harm [emphasis added] [Ontario (Workers= Compensation Board) v. Ontario (Assistant Information and Privacy Commissioner) (1998), 41 O.R. (3d) 464 at 476 (C.A.), reversing (1995), 23 O.R. (3d) 31 (Div. Ct.)].

Part One: Type of Information

The appellant submits that the information in the record qualifies as a Atrade secret@, Ascientific information@ and Atechnical information@. With respect to Atechnical information@, the appellant states:

> Technical information is information belonging to an organized field of knowledge such as applied sciences or mechanical arts. Examples include engineering. The Appellant submits that the information supplied is clearly technical information as it pertains to the field of engineering. It clearly describes the construction, operation and maintenance of the Appellant=s equipment.

The requester submits that the information does not qualify as Acommercial information@, Afinancial information@ or a Atrade secret@. However, with respect to Atechnical information@, the requester submits:

> The type of information appears (since we don=t have it), from its title, AAppendix F, Results of Air Dispersion Modelling@, to be technical information, as defined in Order P-454. We would expect it to consist of statements as to the emissions expected from the stack and predictions of the results of those emissions in terms of air quality at various locations in the vicinity of the plant, compared to the Ministry of the Environment=s and/or other standards as to same. The actual model used, the assumptions made and the basis for same, as well as the conclusions calculated are among the issues about which our client wants independent advice.

The Ministry submits that the record contains Ascientific@ and Atechnical@ information and that the record meets the first part of the three-part test for exemption under section 17(1). The Ministry states:

> The records contain information which is the result of a technical study by staff of a consulting firm . . . who are experts in the field of environmental impact of industrial processes. A number of tests are required to ascertain the amount of pollution that is generated by the equipment that the third party proposed to install.

1999 CanLII 14367 (ON IPC)

Previous orders of this office have defined Atechnical information@ in section 17(1) as follows:

> . . . The Concise Oxford Dictionary (8th ed.) defines Atechnical@, in part, as follows:
>
> > of or involving or concerned with the mechanical arts and applied sciences.
>
> In my view, technical information is information belonging to an organized field of knowledge which would fall under the general categories of applied sciences or mechanical arts. Examples of these fields would include architecture, engineering or electronics. While, admittedly, it is difficult to define technical information in a precise fashion, it will usually involve information prepared by a professional in the field and describe the construction, operation or maintenance of a structure, process, equipment or thing. Finally, technical information must be given a meaning separate from scientific information which also appears in section 17(1)(a) of the Act (see, for example, Order P-454).

Both the Ministry and the appellant argue that the record qualifies as Atechnical information@. In addition, the requester appears to concede that the record so qualifies, although the requester indicated that this submission was being made without the advantage of viewing the record. Having considered the representations of the parties, and having reviewed the record, I am satisfied that it is Atechnical information@ for the purposes of section 17(1). Therefore, part one of the three-part test has been met.

Part Two: Supplied in Confidence

Supplied

The appellant submits:

> . . . the Record has been supplied to the Ministry. The Record is the verbatim compilation of information supplied by [the consultant] to the Appellant and in turn supplied by the Appellant to the Ministry.

The Ministry also submits that the record was supplied to the Ministry.

The appellant makes no specific submissions on the Asupplied@ issue.

The record was attached as an appendix to the appellant=s application to the Ministry for an approval under section 9 of the EPA. In my view, it is clear that the record was Asupplied@ to the Ministry within the meaning of that word in section 17(1) of the Act.

1999 CanLII 14367 (ON IPC)

In Confidence

In addition to the Asupplied@ requirement, part two of the test for exemption under section 17(1) requires the demonstration of a reasonable expectation of confidentiality on the part of the supplier at the time the information was provided. It is not sufficient to demonstrate simply that the organization had an expectation of confidentiality with respect to the information supplied to the institution. Such an expectation must have been reasonable, and must have an objective basis. The expectation of confidentiality may have arisen implicitly or explicitly (Order M-169).

In determining whether an expectation of confidentiality is based on reasonable and objective grounds, it is necessary to consider all the circumstances of the case, including whether the information was:

(1) Communicated to the institution on the basis that it was confidential and that it was to be kept confidential.

(2) Treated consistently in a manner that indicates a concern for its protection from disclosure by the affected person prior to being communicated to the government organization.

(3) Not otherwise disclosed or available from sources to which the public has access.

(4) Prepared for a purpose which would not entail disclosure (Order P-561).

The appellant submits:

> . . . the information which it has supplied was supplied with a reasonable expectation of confidentiality on the part of the Appellant at the time that the information was supplied. Order P-561 sets out the parameters for determining whether there is a reasonable expectation of confidentiality. In the situation of the Appellant the following facts must be considered . . .

The appellant further submits, in response to each of the four points from Order P-561:

(1) The information was communicated to the Minister on a basis that it was confidential and that it was to be kept confidential. Page four of the application clearly indicates this.

(2) The information is treated consistently in a manner that indicates concern for its protection from disclosure. The full particulars of the Record are known only to [two named officers of the appellant]. The information is kept by each of these persons under lock and key. Access to the premises is limited in that all visitors must sign in and no one is allowed access to the information contained in the Record without the specific authority of [named

1999 CanLII 14367 (ON IPC)

officer of the appellant]. Any outside person or organization having access to the information must execute a confidentiality agreement.

(3) The information is not disclosed or available from sources to which the public has access.

(4) The Record was prepared for a purpose which does not entail disclosure.

The appellant also states:

> The Appellant relies on page four of the Application as documentation which provides an explicit expectation of confidentiality by the Appellant.
>
> With respect to an implicit expectation of confidentiality, the Appellant . . . expected that all the information contained in the Record would be kept confidential. It expected that it would be held confidential permanently. The information is consistently treated as confidential by the Appellant . . .

The requester submits:

> The whole point of the EBR with respect to instrument applications is to provide public notice and an opportunity for public input with respect to applications that are classified for posting on the Registry. It is in the nature of environmental permit applications that the consequences of the activity may have implications for other persons. Emissions cross property boundaries and [I am] the closest receptor, immediately adjacent to the plant building. The building abuts [my] back yard. The posting says that Aall comments & submissions received will become part of the public record@ (page 2). In [my] submission, there is no reasonable expectation of confidentiality with respect to the subject application, or if there is a reasonable expectation of confidentiality in any aspect, it is not with respect to the air emissions information which is the very subject of the permit and of the public posting and input processes.

The Ministry submits that Ait is the Ministry=s practice to keep applications and all supporting documentation confidential as this type of record reveals information that is often considered as having scientific, technical, commercial or business value to the proponent.@ The Ministry states that the record was supplied Aexplicitly in confidence@, based on the appellant=s Aindication in section 12 [of the application] that it should not be disclosed.@ In its supplementary representations, the Ministry states:

> . . . The [Ministry] had a general position that the application and supporting information would be kept confidential and that the information would only be released in response to a request pursuant to the provisions of the [Act] . . .

1999 CanLII 14367 (ON IPC)

> When the [EBR] came into effect, the applications for Certificate of Approval were amended (1/95) to have the proponents indicate whether the information could be released (section 12 of the application). Requests for information by the public as a result of an application for Certificate of Approval being placed on the Environmental Registry, are guided by the company=s indication of: Can Be Disclosed - Yes/No. All other requests are processed through the FOI stream to determine whether third parties are harmed by the release of information.

It is arguable that, on an objective basis, the appellant could not have had a reasonable expectation of confidentiality at the time it submitted the record to the Ministry. The appellant was advised by the Ministry, by way of the application form, that the information supplied in support of its application was subject to the Act and to the EBR. With respect to the Act, the appellant knew or ought to have known that if a request was made for the record, the Ministry would be required to disclose it unless one of the listed exemptions applied. The effect of notice of the EBR is that the appellant knew or ought to have known that the Ministry could disclose the record for the purpose of facilitating the public consultation process mandated by Part II of the EBR, pursuant to its discretionary power under section 27, notwithstanding any confidentiality concern.

Further, the Ministry=s AGuide for Applying for Approval (Air)@ dated November 1994 states (at p. 6):

> The release of information contained in information submitted in support of an application for approval is subject to the provisions of the [Act]. This Act defines what may and what may not be disclosed to the public and will be used to assess all requests for information contained in applications for approval. The applicant should therefore clearly identify all documents which are to be considered confidential and must provide detailed evidence in support of this claim. The evidence in support of this claim will be one of the factors the Ministry considers when making a decision regarding disclosure of the records . . . [emphasis added]

Thus, by way of the Guide, the Ministry notified the appellant that it Amust@ support any claims of confidentiality it might make for submitted documents at the time the application is made. Despite the Ministry=s statement in the Guide that Adetailed evidence in support of [any confidentiality] claim@ was required, the appellant provided none at the time it submitted its proposal to the Ministry. The sole indication of a confidentiality concern was a Ano@ notation on the application form. The lack of any supporting evidence explaining to the Ministry the reasons why the information should be treated confidentially, as required by the Guide, weighs against the reasonableness of the appellant=s confidentiality expectation.

On the other hand, I accept that the appellant has treated the record, within its own custody, consistently in a manner that indicates a concern for its protection from disclosure. In addition, I accept that the information in the record is not available from publicly accessible sources.

With respect to the Act and the EBR, clearly the appellant was notified that the record could possibly be disclosed pursuant to the disclosure mechanisms in these statutes. However, the

1999 CanLII 14367 (ON IPC)

Ministry has acknowledged that its practice is not to disclose a record pursuant to the EBR where an applicant requests that it be treated confidentially, and to guide those seeking the record to the Act (see my comments below on this practice). Therefore, it is reasonable for the appellant to have expected that the Ministry would not disclose the record under the EBR, based on the appellant=s Ano@ notation in the application, and that any disclosure would take place only pursuant to the Act. With respect to the Act, in my view, all third party business entities submitting information to government know or ought to know that the Act could apply and that the government may be compelled to disclose that information in response to a request under the Act. Where there is substantial evidence of a reasonable expectation of confidentiality, as in this case, the mere possibility that the Act could compel disclosure, in the event that the test for exemption under section 17 is not met, is insufficient to neutralize that reasonable expectation. If the opposite were true, it is arguable that the section 17 exemption could never apply, since the onus under part two of the test for exemption could never be met. Clearly, the Legislature could not have intended this result.

Finally, it is clear that the appellant did not provide the Ministry with any information in support of its confidentiality claim with respect to this record, despite being advised by the Ministry that it Amust@ do so. However, based on the Ministry=s practice, the appellant could reasonably have expected that it would have an opportunity to make representations to the Ministry in the event of a request under the Act, pursuant to section 28. In fact, the appellant was given notice of this request, and did make submissions on the application of section 17 to the Ministry at that time.
To conclude, I find that in the circumstances, on an objective view, the appellant had a reasonable expectation of confidentiality with respect to the record at issue. I will now consider the application of part three of the three-part test for exemption under section 17(1) of the Act.

Part Three: Harms

To discharge the burden of proof under part three of the test, the appellant must present evidence that is detailed and convincing, and must describe a set of facts and circumstances that could lead to a reasonable expectation that one or more of the harms described in this section would occur if the information was disclosed (Order P-373). The appellant was advised of this onus in the original Notice of Inquiry. The appellant was given a second opportunity to provide information that would meet this onus. In my Supplementary Notice of Inquiry, I asked the appellant to provide more detailed information in support of its assertion that disclosure of the record could reasonably be expected to prejudice significantly its competitive position. The appellant made no submissions in response to the Supplementary Notice of Inquiry.

In its submissions in response to the original Notice of Inquiry, the appellant stated:

> Disclosure of the information contained in the Record will permit any technically competent person or organization (and in particular the Appellant=s competitors) to deduce production rates and production methods which constitute the Appellant=s primary competitive advantage. Such information is clearly revealed in the figures and diagrams contained in the Record. It is a relatively simple matter to deduce the information based on the information supplied in the Record. As stated above, the

1999 CanLII 14367 (ON IPC)

> Appellant=s major competitive advantage is its ability to achieve advantageous production rates through the use of its production methods. Both are strictly held confidential secrets and both are relatively simple to deduce from the information contained in the Record. Therefore, the disclosure of same will lead to a severe competitive disadvantage visited upon the Appellant.
>
> . . . . .
>
> . . . The Appellant has spent many years and large sums of money in designing and constructing its plant to be efficient and cost effective. The Appellant submits that the release of the information contained in the Record will cause the Appellant to lose the benefit of that expenditure of time and money and the Appellant will lose its competitive edge.
>
> . . . The Appellant submits that it has supplied sufficient details so that the test outlined in [Order P-479] has been met. In particular, the Appellant refers to the flow diagrams and theoretical modelling as concrete detailed evidence, the disclosure of which would be prejudicial to the Appellant=s competitive advantage.
>
> . . . . .
>
> . . . The Appellant submits that [Order P-1595] is distinguishable on its facts. The Record submitted by the Appellant contains information which is particular to its operation and is not generalized. The Record contains information which relates specifically to the setup and production of its facility. The information contained in the Record is not common to all or most whey production facilities. The flow charts and industrial diagrams are unique and particular to the Appellant. The Appellant has not made bald assertions that disclosure would result in the harms enumerated in section 17(1). The assertions made by the Appellant are supported by the information contained in the Record and present a clear danger to the Appellant that it will lose its competitive advantage with the disclosure of the material.

The appellant=s submissions in effect argue that the harm outlined in section 17(1)(a), that is significant prejudice to its competitive position, could reasonably be expected to result from disclosure of the record. In particular, the appellant argues that production rates and methods can be deduced from Afigures and diagrams@ contained in the record. The appellant further indicates that competitive harm will result from disclosure of Aflow diagrams@, Aflow charts@ and Aindustrial diagrams@ contained in the record.

These references to the contents of the record are erroneous, and appear to stem from the appellant=s description of the record at the outset of its submissions as including Adiagrams which delineate how the production facility is organized, flow charts showing production rates, and statistical modelling utilizing the [Ministry=s] assumptions as to particulate impingement.@ In fact, the record does not contain any organizational diagrams or production flow charts; rather, the record contains only the third category described by the appellant, Astatistical@ air dispersion modelling information.

In my view, the appellant has not discharged its burden of proof under section 17(1). While it seems reasonable to conclude that, in some cases, if production rates or methods are disclosed to an industry competitor, a business could suffer significant harm to its competitive position, the

1999 CanLII 14367 (ON IPC)

appellant has failed to bridge the evidentiary gap between disclosure of the record and revelation of production rates or methods. The appellant=s submissions on the harm issue are generalized to the three categories of information it described, two of which are not contained in the record. The appellant=s submissions lack any detail as to how, in particular, disclosure of the air dispersion modelling information could allow a person to deduce production rates or methods.

In addition, the appellant has failed to provide sufficiently detailed information as to how, even if production rates or methods could be deduced from the record, disclosure of this information could cause harm to its competitive position. As I indicated above, it seems reasonable to conclude that, in some cases, disclosure of this type of information to a competitor could cause harm; however, the appellant has not given me detailed information about the nature of the industry, the extent to which this type of information is known or not known in the industry, or specifically how competitors could use this information to the appellant=s disadvantage.
Finally, the appellant has failed to provide sufficiently detailed evidence to enable me to conclude that competitive harm could reasonably be expected to occur from disclosure of this particular record in any other sense. I am unable to conclude on the basis of the material before me how the air dispersion modelling information in the record could assist the appellant=s competitors.

Therefore, on this basis, I conclude that part three of the test for exemption under section 17(1) has not been met, and thus the section 17(1) exemption cannot apply.

Although I am ordering disclosure of the record on the basis that section 17(1) does not apply, I feel that it would be useful in the circumstances to make a finding on the public interest override in section 23 of the Act, below.

PUBLIC INTEREST IN DISCLOSURE

Introduction

Section 23 of the Act reads:

> An exemption from disclosure of a record under sections 13, 15, **17**, 18, 20 and 21 does not apply where a compelling public interest in the disclosure of the record clearly outweighs the purpose of the exemption [emphasis added].

In order for the section 23 Apublic interest override@ to apply, two requirements must be met: (i) there must be a compelling public interest in disclosure; and (ii) this compelling public interest must clearly outweigh the purpose of the exemption (Order P-1398, upheld on judicial review in Ontario (Minister of Finance) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner), [1999] O.J. No. 484 (C.A.)).

If a compelling public interest is established, it must then be balanced against the purpose of any exemptions which have been found to apply. Section 23 recognizes that each of the exemptions listed, while serving to protect valid interests, must yield on occasion to the public interest in access to information which has been requested. An important consideration in this balance is the extent to

1999 CanLII 14367 (ON IPC)

which denying access to the information is consistent with the purpose of the exemption (Order P-1398, cited above).

1999 CanLII 14367 (ON IPC)

Representations

In her representations, the requester=s counsel states:

> . . . In view of his concerns, our client wants to have his own engineer review the application to assist with comments as to whether the new stack poses any increased health or safety risk to him and his family, and as to whether it meets the required emission standards.
>
> . . . . .
>
> Our client=s engineer has reviewed the documentation which has been released, but advises that it is missing essential information as to the dispersion modelling and therefore he cannot evaluate the information.

In her supplementary representations, the requester=s counsel submits:

> . . . we enclose with our letter, a letter from our client=s engineer, dated May 3, 1999. [The engineer] wrote this letter expressly to respond to your request for further explanation as to why the missing information is required in order to carry out their engineering review.
>
> The dispersion calculations and modelling results are critical to the very subject matter that was posted on the EBR Registry. The EBR is a statute intended to provide for public notice and consultation with respect to specific types of instruments. In a manner of speaking, all such instruments will involve Atechnical@ information. However, unless the technical information necessary to review the application is made available, the rights of the public to comment under the EBR will be rendered nugatory. This type of information is routinely released when members of the public wish to comment on matters posted to the EBR.
>
> . . . . .
>
> The right of the public to comment should not be compromised, no matter who the public is. In the instant case, the [requester], my client, has an even greater than usual concern about the pending application for an air approval, relevant to the safety of himself and his family. They have been impacted by two significant milk powder emissions, which completely coated the interior of their home through their high efficiency furnace air intake. After that, my client . . . suffered a nearly fatal exposure to an anhydrous ammonia leak from the plant while cleaning his troughs. He has been permanently impacted by this accident, which scarred his lungs. It is easy to understand why [he] and his family want their advice from an engineer retained by them, as to what comments they should make to the Ministry . . . with respect to the subject application for an air emissions approval.

> The [appellant] and its interest in commercial enterprise cannot be considered paramount to my client=s family=s right to be assured of their health and safety while living adjacent to the [appellant=s] operations, when changes to emissions are proposed.

The requester=s engineer states in its letter attached to the requester=s supplementary representations:

> In 1998, [we were] requested by [the requester] to conduct a technical review of the [appellant=s application to the Ministry] . . . The original information forwarded to [us] for review consisted of the supporting information that was identified on the application that could be released to the public. Subsequently, additional information was released by the [Ministry]. The following summarizes the information forwarded to [us] as of the date of this letter with respect to this application:
>
> $ the Application for Approval (Air); and
>
> $ parts of the supporting documentation (4 pages) which are noted as follows:
>
> - stack discharge summary,
> - contaminant emission summary,
> - supporting data for natural gas boilers, and
> - site and roof plans.
>
> Information not provided to date includes:
>
> $ milk and whey process data sheets and flow diagrams (Sections 12.2.1 and 12.2.2);
> $ milk and whey contaminant emission supporting data (Sections 12.4.2 and 12.4.3); and
> $ dispersion calculations and modelling results (Appendix F).
>
> It is [our] understanding that Section 12.2.1, 12.2.2, 12.4.2, and 12.4.3 will not be released as a result of previous decisions.
>
> The documentation provided for review consists of three key pieces of data, which are:
>
> (a) stack discharges:
> (b) location information; and
> (c) modelling results.

1999 CanLII 14367 (ON IPC)

> To assess the stack discharge parameters, review of the process data and flow diagrams is required to be completed. As previously noted, this information will not be released and as such the discharge parameters will be accepted at face value and as inputs to the dispersion modelling.
>
> To assess the dispersion modelling component, review of the dispersion calculations [is] required. The dispersion calculations should include the input parameters for all stacks and the various scenarios that have been modelled. Obtaining Appendix F will allow for a partial technical review to be completed of the air application, and in particular, the dispersion modelling component. The information provided to date does not allow any type of technical review to be conducted as the basic assumptions used to develop the modelling results have not been provided.
>
> In summary, without data, a technical review is not able to be completed for this application.

The Environmental Commissioner of Ontario states:

> Section 23 of [the Act] provides for a Apublic interest override@ to apply to situations where a compelling public interest in the disclosure of information outweighs the purpose for keeping information confidential. The [EBR] clearly provides that the protection of the environment and the prevention, reduction, and elimination of pollution is in the public interest. These principles are expressed in the Preamble and in section 2 of the EBR.
>
> The EBR provides mechanisms to the public to ensure that designated government ministries act in the public interest when making decisions about the environment. As explained in the ECO=s previous submission, the disclosure of information is crucial if these mechanisms are to work effectively. It follows accordingly that the disclosure of information regarding the environmental impacts of pollution emissions is also in the public interest.
>
> Therefore, it is the submission of the ECO that the disclosure of information regarding the environmental impacts of pollution can be characterized as a compelling public interest as stated in section 23 of [the Act]. The ECO refrains from commenting on whether this public interest outweighs the purpose of the exemption from requiring information to be disclosed in the facts in the specific case at hand.

Is there a compelling public interest in disclosure?

In Order P-1398, Inquiry Officer John Higgins stated:

1999 CanLII 14367 (ON IPC)

> Order P-984 relies on the Oxford dictionary=s definition of Acompelling@ to mean Arousing strong interest or attention@. I agree that this is an appropriate definition for this word in the context of section 23.

In upholding Inquiry Officer Higgins=s decision in Order P-1398, the Court of Appeal for Ontario in Minister of Finance (above) stated:

> . . . in our view the reasons of the inquiry officer make clear that in adopting a dictionary definition for the term Acompelling@ in the phrase Acompelling public interest@, the inquiry officer was not seeking to minimise the seriousness or strength of that standard in the context of the section [at p. 1].

In light of the Court of Appeal=s comments, I am adopting Inquiry Officer Higgins=s interpretation of the word Acompelling@ contained in section 23.

In my view, there is a public interest in the disclosure of the record at issue in this case. The requester and the requester=s engineer have stated, and I accept, that release of this record is required in order to conduct a technical review of the material submitted by the appellant in support of the proposal which, in turn, is required in order to make meaningful submissions to the Ministry on whether or not it should grant the appellant=s application for a certificate of approval. Although the requester clearly has a personal, private interest in making submissions on the appellant=s proposal, the appellant=s interest also coincides with a greater public interest of the community surrounding the appellant=s plant, and the general public as a whole. This view is supported by the fact that the appellant is represented in this appeal, and for the purpose of the EBR consultation process, by counsel employed by an environmental public interest group. The involvement of this group suggests a broader public interest in disclosure of this record. This is consistent with Order P-270, in which then Commissioner Tom Wright found that the requester, a group active in the area of nuclear energy issues, had a public interest in disclosure of the records at issue in that case.

The public has an interest, from the perspective of protecting the natural environment and protecting public health and safety, in seeing that the Ministry conducts a full and fair assessment before deciding whether or not to grant the appellant a certificate of approval to discharge air emissions into the natural environment. This necessarily entails disclosure of the relevant data contained in the record. In addition, the public has an interest in knowing the extent to which the appellant=s proposal to change its operations, if implemented, will impact the environment.

My finding is consistent with one of the fundamental, public interest purposes of the EBR which, as the ECO has stated, is the protection of the environment, in part by providing mechanisms to ensure that government ministries act in the public interest when making decisions about the environment. I agree with the ECO=s submission that disclosure of relevant information is crucial if these mechanisms are to work effectively and that, therefore, disclosure of a record regarding the environmental impacts of proposed air emissions, such as the record in this case, would be in the public interest.

1999 CanLII 14367 (ON IPC)

Further, this finding is consistent with Orders P-270 and P-1190 (upheld on judicial review in Ontario Hydro v. Ontario (Information and Privacy Commissioner), [1996] O.J. No. 4636 (Div. Ct.), leave to appeal refused [1997] O.J. No. 694 (C.A.)), in which compelling public interests were found in the disclosure of nuclear safety records. Although the circumstances in these cases were not the same as those found here, what is common to all of these cases is that the records at issue concerned environmental matters with the potential to affect the health and safety of the public.

In addition, the Environmental Appeal Board has recognized the importance of disclosure of relevant information about proposals in the consultation process under the EBR, particularly as it relates to the subsequent leave to appeal process:

> . . . the process followed in this case also reveals problems in the interpretation of the EBR. There appears to be a problem, for example, when the Ministry=s Director withholds much of the relevant information about an approval process from the public because she perceives it to require confidentiality, but the Ministry=s Access to Information and Privacy Co-ordinator considers most of the concealed information not to be confidential. There is a problem when leave applicants must make their applications to this Board based on information that is incomplete and out-of-date, because they have not been provided with relevant information (Residents Against Company Pollution Inc. v. Ontario (Ministry of Environment and Energy), [1996] O.E.A.B. No. 29, at p. 46).

In the same decision, the Board also stated (at p. 7):

> If the right to apply for leave to appeal is to be meaningful, it may be necessary to develop mechanisms to ensure that leave applicants have access to the documentation upon which the Director based his or her decision, whether generated before or after the comment period.

In another decision on an application for leave to appeal under the EBR, the Board stated:

> The [EBR] is a statute passed specifically for the purpose of enhancing the access of ordinary people to the government=s process of making decisions that may affect environmental quality (Northwatch v. Ontario (Ministry of Environment and Energy), [1996] O.E.A.B. No 46, at p. 4)

and (at p. 12):

> Counsel for the Director also submits that . . . Athe usual independent, rigorous and exhaustive review process will follow@. Whether the usual review process is independent, rigorous and exhaustive may be a matter of opinion . . . This submission amounts to an exhortation to Atrust us@. However, the purpose of section 38 of the EBR is not to force the citizenry to trust its government, but to make the government more accountable to the citizenry by providing an opportunity to verify claims of independence, rigorousness and exhaustiveness.

1999 CanLII 14367 (ON IPC)

Whether or not the appellant=s proposal is granted may have serious implications for the natural environment and for the health and safety of the requester and the broader community surrounding the appellant=s plant. Because of the potential seriousness of the impact of the Ministry=s decision, it is critical that the consultation process under the EBR be conducted in a fair, open and efficient manner, and that, to this end, the requester be given timely disclosure of the record, which is clearly relevant to the issues in the consultation process. In addition, it is highly important that the public be made aware of the potential impact of the appellant=s proposal on the environment, in the event it is implemented.

On the basis of the above, in my view, the public interest in disclosure in this case is Acompelling@ as that word has been interpreted in section 23. Accordingly, I am satisfied that there is a compelling public interest in the disclosure of the record at issue under section 23 of the Act.

Does the compelling public interest in disclosure Aclearly outweigh@ the purpose of the section 17(1) exemption?

The purposes of section 17(1) of the Act were articulated in Public Government for Private People: The Report of the Commission on Freedom of Information and Individual Privacy 1980, vol. 2 (Toronto: Queen=s Printer, 1980) (the Williams Commission Report):

> . . . The accepted basis for an exemption relating to commercial activity is that business firms should be allowed to protect their commercially valuable information. The disclosure of business secrets through freedom of information act requests would be contrary to the public interest for two reasons. First, disclosure of information acquired by the business only after a substantial capital investment had been made could discourage other firms from engaging in such investment. Second, the fear of disclosure might substantially reduce the willingness of business firms to comply with reporting requirements or to respond to government requests for information (p. 313).

Clearly, the purposes of the section 17(1) exemption are serious, and are intended to protect the public interest in the manner expressed by the Williams Commission. However, in this case, the public interest in protecting business interests is clearly outweighed by the compelling public interest in disclosure of this record for the purposes of advancing the fairness and comprehensiveness of the EBR/EPA approval process, informing the public about the potential effects should the certificate of approval be granted, and ultimately enhancing environmental protection and public health and safety. Therefore, I find that section 23 would apply to override the application of section 17 in this case.

My finding that the Apublic interest override@ would apply in these circumstances is supported by the legislative history of the Act. It is clear that the Legislature intended that the public interest in protecting business by way of the section 17 exemption should yield in circumstances where disclosure of the information is in the public interest because it relates to matters of environmental

1999 CanLII 14367 (ON IPC)

protection. In discussing whether or not the proposed commercial information exemption should be subject to a Apublic interest override@, the Williams Commission stated:

> . . . In short, if the public interest in disclosure of matters relating to environmental protection, public health and safety and consumer protection is not explicitly stated, it is likely to appear in strained interpretations of other phrases in the exemption. For this reason, we recommend the adoption of a limitation of this kind . . . We recommend that the limitation make express reference to the public interest in such matters as the protection of the environment, consumer protection and public health and safety.

Although ultimately the Legislature did not incorporate specific language in the section 23 public interest override referring the public interest in the protection of the environment, consumer protection and public health and safety, in my view, it is reasonable to assume that in adopting more general language in section 23, the Legislature intended that the override could apply in these types of circumstances, among others. This view is reinforced by Assistant Commissioner Tom Mitchinson=s finding in Order P-1190 with regard to nuclear safety records.

The Legislature also recognized the significant weight which should be attributed to information concerning environmental protection and public health and safety matters. Section 11(1) reads:

> Despite any other provision of this Act, a head shall, as soon as practicable, disclose any record to the public or persons affected if the head has reasonable and probable grounds to believe that it is in the public interest to do so and that the record reveals a grave environmental, health or safety hazard to the public.

Section 18(2) reads:

> A head shall not refuse under subsection (1) to disclose a record that contains the results of product or environmental testing carried out by or for an institution, unless . . .

I do not suggest that either section 11 or 18(2) would necessarily apply in the circumstances of this case; however, it is clear that the Legislature recognized the special importance of environmental protection and public health and safety information, and indicated that in certain circumstances it must be disclosed despite any other exemption in the Act.

The conclusion that there is a compelling interest in disclosure that clearly outweighs the purpose of the section 17(1) exemption is also supported by statements made by the Supreme Court of Canada about the importance of environmental protection and public health and safety, although made in different contexts. For example, in R. v. Sault Ste. Marie (1978), 85 D.L.R. (3d) 161 (S.C.C.), a case dealing with prosecution for water pollution, the court stated (at p. 170),

1999 CanLII 14367 (ON IPC)

> . . . It is essential for society to maintain, through effective enforcement, high standards of public health and safety. Potential victims of those who carry on latently pernicious activities have a strong claim to consideration.

In R. v. Canadian Pacific Ltd. (1995), 125 D.L.R. (4th) 385 at 417-418 (S.C.C.), the court said:

> . . . Recent environmental disasters, such as the Love Canal, the Mississauga train derailment, the chemical spill at Bhopal, the Chernobyl nuclear accident, and the Exxon Valdez oil spill, have served as lightning rods for public attention and concern. Acid rain, ozone depletion, global warming, and air quality have been highly publicized as more general environmental issues. Aside from high-profile environmental issues with a national or international scope, local environmental issues have been raised and debated widely in Canada. Everyone is aware that, individually and collectively, we are responsible for preserving the natural environment. I would agree with the Law Reform Commission of Canada, Crimes Against the Environment [Working Paper 44 (Ottawa: The Commission, 1985], which concluded at p. 8 that:
>
> > ... a fundamental and widely shared value is indeed seriously contravened by some environmental pollution, a value which we will refer to as the right to a safe environment.
>
> . . . environmental protection [has] emerged as a fundamental value in Canadian society . . .

In R. v. Hydro-Québec (1997), 151 D.L.R. (4th) 32 at 99, 102 (S.C.C.), the court stated:

> . . . [P]ollution is an Aevil@ that Parliament can legitimately seek to suppress. Indeed, . . . it is a public purpose of superordinate importance; it constitutes one of the major challenges of our time . . . the stewardship of the environment is a fundamental value of our society.

In addition, the Supreme Court of Canada has recognized the important public interest in allowing the public to scrutinize the regulatory activities of government through access to information legislation:

> The overarching purpose of access to information legislation, then, is to facilitate democracy. It does so in two related ways. It helps to ensure first, that citizens have the information required to participate meaningfully in the democratic process, and secondly, that politicians and bureaucrats remain accountable to the citizenry . . . Rights to state-held information are designed to improve the workings of government; to make it more effective, responsive and accountable . . . [Dagg v. Canada (Minister of Finance) (1997), 148 D.L.R. (4th) 385 at 403 (S.C.C.) per La Forest J. (dissenting on other grounds)].

1999 CanLII 14367 (ON IPC)

As I found above, the appellant did not meet the onus of proving the application of section 17(1) to the record. However, even if the appellant had discharged its onus, the interests sought to be protected at section 17(1) would have been clearly outweighed by the compelling public interest in disclosure.

1999 CanLII 14367 (ON IPC)

DISCLOSURE MECHANISMS UNDER THE ACT AND THE EBR/EPA

In its submissions, the requester=s counsel stated:

> It is somewhat surprising to the writer that the Ministry even thought it appropriate or necessary to advise us that we would have to submit a request pursuant to the [Act] in order to obtain the application information. This is of great concern because it implied that the right to comment under the EBR will be lost when the public is obliged to await [an Act] request, which normally takes far longer than the comment period during which comments are to be made under the EBR.

I find these statements persuasive. The EBR indicates that 30 days notice must be given prior to the ministry deciding whether or not to implement a proposal (section 22). While this is a statutory minimum, it suggests that the Legislature intended for the consultation process to be relatively speedy, in the interests of all concerned. On the other hand, the Act sets up a process whereby requests must be responded to in 30 days, with the ability of institutions to extend this time period, as well as a statutory right of appeal. Overall, the process can extend well beyond the initial 30-day period, depending on the particular case. While the process under the Act is relatively speedy, it was clearly not designed to accommodate the very short processes envisioned by the EBR. In addition, the Ministry has discretionary powers under the EBR to provide relevant information to the public (by way of the Registry) or to any individual member of the public for the purpose of enhancing the fairness and openness of the EBR consultation process (s. 27). Further, in my view, it would appear that the Ministry has sufficient expertise in balancing the interest of openness and fairness in the consultation process in furtherance of protecting the environment, against the competing interest of the protection of commercial interests, to make an initial determination on disclosure. In addition, the Ministry may be in a position to impose reasonable pre-conditions to granting access to sensitive commercial information, in appropriate cases, to lower the risk of harm to applicants through secondary uses or disclosures, beyond the primary purpose of facilitating the consultation process.

In light of the incompatible timing parameters of the two systems, and the fact that the Ministry has the power and expertise to control the extent of disclosure in the consultation process, in my view the Act is not an appropriate disclosure mechanism for the purposes of the EBR. My statement should not be construed as meaning that the requester or the Ministry has acted improperly, or that the Act would never be the appropriate avenue for seeking information relevant to an EBR matter. Rather, in my view, the Ministry should not as a matter of general policy direct members of the public seeking information for the purpose of an EBR consultation to the Act, but should address the issue using its own expertise and statutory powers.

The same holds true, in my view, for any subsequent proceedings beyond the initial consultation process, such as a leave to appeal application to the Board. This application must be made within 15

days of notice of the minister=s decision, and Regulation 73/94 requires the Board to render a decision on the application for leave within 30 days, which may be extended only under Aunusual circumstances@, and thus is intended to be advanced quickly. Although it is not expressly stated in the Act, the Board may have powers to order disclosure of relevant information under the Statutory Powers Procedure Act (SPPA) (s. 5.4). The Board clearly has such powers on appeal, in the event leave is granted (SPPA, s. 5.4; EBR, s. 45).

My views are reinforced by statements made by the Board:

> . . . it is apparent that if the EBR right to apply for leave to appeal is to be meaningful then the information and expert opinion relied upon by the [Ministry] Director must be accessible to leave applicants. Very few people will have the time, resources and experience to use the [Act] when compiling their submissions under severe time constraints [Re Knowles (1997), 26 C.E.L.R. (N.S.) 71 at 79].

In addition, the ECO has suggested that the Ministry should be disclosing relevant information in a more timely way in the context of the EBR:

> The ECO has consistently maintained that adequate information is necessary for the effective functioning of the EBR and has always urged ministries to provide the public with as much information as possible. Both the 1994-1995 and 1997 ECO annual reports recommended that ministries ensure that full contact information be included in every Registry notice and that details be provided on where the public could find more information. An ECO special report to the Legislative Assembly of Ontario in October 1996 also expressed concern that ministries failed to provide timely information to the public [Environmental Commissioner of Ontario, Report 1998: Open Doors - Ontario=s Environmental Bill of Rights (Toronto: 1999)].

SHARING OF REPRESENTATIONS

In her submissions, counsel for the requester seeks access to the submissions made by the other parties to this appeal, and indicates that she does not object to sharing her client=s submission with the other parties as well.

Section 52(13) of the Act reads:

> The person who requested access to the record, the head of the institution concerned and any affected party shall be given an opportunity to make representations to the Commissioner, but no person is entitled to be present during, to have access to or to comment on representations made to the Commissioner by any other person.

1999 CanLII 14367 (ON IPC)

In Order 164, Commissioner Linden stated:

> . . . I agree that the words Ano person is entitled@ to see and comment upon another person's representations means that no person has the right to do so. In my view, the word Aentitled@, while not providing a right to access to the representations of another party, does not prohibit me from ordering such an exchange in a proper case. Subsection 52(13) does not state that under no circumstances may I make such an order; it merely provides that no party may insist upon access to the representations.

While I clearly have the authority to order the mutual exchange of some or all of the parties= representations in a proper case, in my view, such an order is not necessary here, given the outcome of this appeal.

ORDER:

1. I uphold the decision of the Ministry.

2. I order the Ministry to disclose the record to the requester no later than **July 21, 1999**, but not earlier than **July 16, 1999**.

3. In order to verify compliance with this order, I reserve the right to require the Ministry to provide me with a copy of the material disclosed to the requester.

Original signed by: June 16, 1999
David Goodis
Senior Adjudicator

1999 CanLII 14367 (ON IPC)

Information and Privacy
Commissioner/Ontario
Commissaire à l'information
et à la protection de la vie privée/Ontario

2003 CanLII 53958 (ON IPC)

ORDER PO-2208

Appeal PA-020175-1

Ministry of Public Safety and Security

80 Bloor Street West,
Suite 1700,
Toronto, Ontario
M5S 2V1

80, rue Bloor ouest
Bureau 1700
Toronto (Ontario)
M5S 2V1

416-326-3333
1-800-387-0073
Fax/Téléc: 416-325-9195
TTY: 416-325-7539
http://www.ipc.on.ca

NATURE OF THE APPEAL:

The requester is a lawyer representing the defendants in a civil action brought by a named police officer involved in a motor-vehicle accident. The former made a request to the Ministry of Public Safety and Security (now the Ministry of Community Safety and Correctional Services) (the Ministry) under the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act* (the *Act*) for access to the following information relating to the accident:

> …the names and current detachment location of the officers who were working with [the named officer] on the night of the accident, all of their records with respect to the events that night, and copies of the subsequent investigation into the circumstances of the accident.

The Ministry issued a decision letter to the requester denying access to the responsive records in their entirety on the basis that they qualified for exemption under the following provisions of the *Act*:

- sections 14(1)(a), 14(1)(b), 14(1)(c) and 14(1)(l) (law enforcement); and
- section 21(1) (invasion of privacy) with specific reference to sections 21(3)(a) (medical, psychiatric or psychological information), 21(3)(b) (compiled and identifiable as part of an investigation into a possible violation of law) and 21(3)(d) (employment or educational history).

The requester (now the appellant) appealed the Ministry's decision to deny access.

During mediation, the Ministry said that some information in the records is not responsive to the request. The appellant objected to the Ministry's position in this regard, and responsiveness was added as an issue in this appeal.

Also during mediation, the Ministry issued a new decision letter to the appellant, granting him access to the names and current detachment locations of the officers.

Mediation did not resolve this appeal, and the file was transferred to adjudication. The Ministry subsequently issued a third decision letter, identifying six additional pages of responsive records. The Ministry denied access to these pages, relying on the same exemptions it had claimed for the records identified in its first decision. The Ministry also advised the appellant that "some information in the [additional] records is not responsive to your request."

This office sent a Notice of Inquiry to the Ministry, initially, outlining the facts and issues and inviting the Ministry to make written representations. The Ministry submitted representations in response to the Notice. I then sent a Notice of Inquiry to the appellant, together with a copy of the non-confidential portions of the Ministry's representations. The appellant, in turn, provided representations.

In this appeal I must decide whether the records at issue are responsive to the appellant's request and if so, whether the exemptions claimed by the Ministry apply to the records.

2003 CanLII 53958 (ON IPC)

RECORDS:

The records consist of 15 pages of police officers' notebook entries.

BRIEF CONCLUSION:

Some of the information in the records is not responsive to the request. Of the responsive information, some portions are exempt from disclosure, while the remaining portions are not and must be disclosed.

DISCUSSION:

RESPONSIVENESS

In its representations, the Ministry takes the position that only portions of page 8, and all of page 9, are responsive to the appellant's request, and that the remaining information (pages 1-7, some of page 8 and pages 10-15) is not responsive.

Previous orders of this office have established that in order for a record to be responsive, it must be "reasonably related" to the request (for example, Order P-880).

The Ministry submits:

> The Ministry has been advised that … [the accident] occurred late on August 27, 1998, or in the very early morning hours of August 28, 1998. This would engage records about the motor vehicle accident created the evening of August 27 as being responsive.
>
> The Ministry responded by providing the appellant with the address and telephone number of the [named city's] Police Service who investigated the matter to determine if there were any breaches of the *Criminal Code* or other statute. Records related to that investigation would be under the control of that Police Service.
>
> …
>
> The records at issue in this request are not related to the motor vehicle accident. The only reference to the motor vehicle accident is on pages 8 (bottom) and 9. These notations were made after the accident. The remaining police officer's notes relate to other matters recorded by officers during their tour of duty. In this regard, several different matters or incidents may be recorded on the records. The Ministry submits that none of the information in these records, which has been deemed non-responsive, pertains in any way to the motor vehicle accident. Several of the records gathered are dated well before the subject date of this request.

2003 CanLII 53958 (ON IPC)

The Ministry also makes certain confidential representations that I am not at liberty to disclose in this order.

The appellant submits, among other things:

> We have been given very little information as to the nature of the records that the O.P.P. acknowledge having with respect to the events of the night of the accident and, at minimum, we assume that the following documents exist and should be disclosed:
>
> a) Notes of all of the officers who were with [the named officer] to the extent that they record when and where [he] was during the course of the evening, who he was with and what he did;
>
> b) Records with respect to OPP pagers to document when [the named officer] paged his colleagues;
>
> c) Records with respect to any internal OPP investigation into the events of the night of the accident, and the circumstances of the accident.
>
> …
>
> The request is not just with respect to the accident itself, but with respect to the events of the evening in question in order to establish timelines…
>
> In addition, … the Ministry's grant of access to the first part of our request for the names and current detachment locations [of the officers] who were working with [the named officer] on the night of the accident is incomplete.
>
> Having regard to the fact that this accident happened in the early morning hours of August 28th …, records in the possession or control of the Ministry relevant to these issues from the evening of August 27th will also be responsive and reasonably related to the request.
>
> … the fact that the record was completed after the accident does not alter its relevance and responsiveness if it was created within a reasonable time thereafter and documented the issues referred to above.

I have reviewed the records line by line and I agree with the Ministry that portions of page 8, and page 9 in its entirety, are responsive to the appellant's request. I also agree that many entries in the officer's notebooks relate to matters wholly unconnected with the motor-vehicle accident in question and are therefore not responsive.

2003 CanLII 53958 (ON IPC)

At the same time, however, I find that some of the entries that the Ministry claims to be non-responsive are, in fact, "reasonably related" to the appellant's request because they bear directly upon the accident. The appellant's request makes it clear that among other things, he is seeking access to "all [the police officers'] records with respect to the events that night." He clearly intended for his request to be comprehensive in scope and to encompass any information that might shed light on the accident, including timelines.

Accordingly, I find that all entries relating to the motor-vehicle accident, including details of relevant events leading up to and following the accident, are responsive to the appellant's request. Specifically, I find the following portions of the records to be responsive:

- Page 3: lines 18-38;
- Page 7: lines 1-9 (including the date at the top of the page);
- Page 8: line 8 to the bottom of the page;
- Page 9 in its entirety, except for the fax trailer at the top of the page;
- Page 10: bottom 13 lines;
- Page 11: lines 1-17; and
- Page 13: lines 1-12 and 22-24.

In addition, I find that the date of each responsive notebook entry, the name of the officer who made the entry, and, where indicated on the record, his or her rank, badge number, detachment location and other contact information, are also responsive.

In the remainder of this order, I will review whether the exemptions claimed by the Ministry apply to these responsive portions of the records.

Before doing so, however, I would like to address the appellant's submission that records relating to "OPP pagers" and "any internal OPP investigation" are also responsive to his request, and that the Ministry's disclosure to him of officers' names and current detachment locations is incomplete.

At the conclusion of mediation in this matter, the Mediator issued a Mediator's Report setting out the issues that had been resolved to date and those remaining in dispute. The parties had an opportunity to report any errors or omissions in the Report, and neither party did so. The Report indicated that the records at issue consisted of nine pages of police officers' handwritten notes. As noted above, this number increased to fifteen when the Ministry identified six additional pages of records in its third decision letter.

2003 CanLII 53958 (ON IPC)

Thus, the only records before me in this appeal are the fifteen pages of police officers' notes. My task is to decide whether any of this information is responsive and if so, whether it must be disclosed. In the circumstances, it would not be reasonable for me to expand the scope of the appeal to include possible additional information relating to OPP pagers or investigation records, or to rule on whether the Ministry's disclosure of officers' names and detachment locations was complete. It is possible that additional information may be available from the municipal police service that investigated this matter, as the Ministry suggests in its representations, but I will make no ruling on this question in this appeal.

2003 CanLII 53958 (ON IPC)

PERSONAL INFORMATION

I must now decide whether any of the information I found to be responsive contains personal information, and if so, whose.

Under section 2(1) of the *Act*, personal information is defined, in part, to mean recorded information about an identifiable individual, including information relating to the individual's medical history (section 2(1)(b)), the views or opinions of another individual about the individual (section 2(1)(g)) or the individual's name where it appears with other personal information relating to the individual or where the disclosure of the name would reveal other personal information about the individual (section 2(1)(h)).

The Ministry submits:

> … portions of the information contained in the records are recorded information about identifiable individuals, other than the requester, in accordance with section 2(1) of the *Act*.
>
> …
>
> The record, although compiled by the OPP, does contain the personal information of a named person. The position of the Ministry is that the comments relate to incident circumstances and injuries suffered by the officer and are personal information and clearly distinguishable from records which would depict the normal execution of their duties. It does not constitute the officer's employment responsibilities or position.

The appellant submits:

> We concede that some of the information that is sought may contain personal information as defined in the *Act*, however, any privacy interest with respect to it has been waived as the identities of the individuals present have already been disclosed.
>
> To the extent that the records contain personal information with respect to [the named officer], including information with respect to his injuries and the

> circumstances of the accident, there can be no privacy concern because [he] has commenced a civil action and thereby has subjected himself to discovery rights under the Ontario *Rules of Civil Procedure*, which include obligations to disclose and produce personal information, including medical and financial records …
>
> … all of the individuals who created the records were apparently O.P.P. (law enforcement) officers, and if the records were created or maintained pursuant to their duties as such to document the events as part of an O.P.P. investigation into the happening of the accident, then it is difficult for us to appreciate how the records can contain anything other than professional or government capacity information.

2003 CanLII 53958 (ON IPC)

I find that the following entries contain the named officer's personal information:

- Page 3: lines 24-38;
- Page 7: lines 1-9 (including the date at the top of the page);
- Page 8: line 8 to the bottom of the page;
- Page 9: lines 1-12;
- Page 10: bottom 13 lines;
- Page 11: lines 1-17; and
- Page 13: lines 1-12 and 22-24.

This personal information includes medical information and other information of a personal nature about the named officer in connection with the accident. Information about the officer's injuries constitutes his personal information (Reconsideration Order PO-2063-R). The fact that the officers who created these notebook entries may have done so as part of their professional responsibilities does not mean that the notes cannot contain personal information. In addition, the fact that an individual has brought a civil action does not mean that he has waived his privacy rights under the *Act*.

I also find that the following entry contains the personal information of another individual:

- Page 9: lines 13-14.

Finally, I find that the following entries do not contain personal information:

- Page 3: lines 18-23; and

- Page 9: lines 15-19.

INVASION OF PRIVACY

The Ministry initially relied on section 21(1), with specific reference to sections 21(3)(a), 21(3)(b) and 21(3)(d). In its representations, the Ministry relies on sections 21(3)(a), 21(3)(b), 21(2)(e), 21(2)(f) and 21(2)(i) in support of its section 21(1) claim. These sections read:

> (2) A head, in determining whether a disclosure of personal information constitutes an unjustified invasion of personal privacy, shall consider all the relevant circumstances, including whether,
>
> (e) the individual to whom the information relates will be exposed unfairly to pecuniary or other harm;
>
> (f) the personal information is highly sensitive;
>
> (i) the disclosure may unfairly damage the reputation of any person referred to in the record.
>
> (3) A disclosure of personal information is presumed to constitute an unjustified invasion of personal privacy where the personal information,
>
> (a) relates to a medical, psychiatric or psychological history, diagnosis, condition, treatment or evaluation;
>
> (b) was compiled and is identifiable as part of an investigation into a possible violation of law, except to the extent that disclosure is necessary to prosecute the violation or to continue the investigation;

Section 21(1) is a mandatory exemption protecting information whose disclosure constitutes an unjustified invasion of another individual's privacy. Where a requester seeks access to another individual's personal information, section 21(1) prohibits an institution from disclosing this information unless any of the exceptions at sections 21(1)(a) through (f) apply. If any of these exceptions apply, the information cannot be exempt from disclosure under section 21(1). Section 21(1)(f), which is the only exception that might apply in this case, permits disclosure only where it "does not constitute an unjustified invasion of personal privacy."

Sections 21(2) through (4) of the *Act* provide guidance in determining whether disclosure would result in an unjustified invasion of an individual's personal privacy. Section 21(2) provides some criteria for determining whether the personal privacy exemption applies. Section 21(3) lists the types of information whose disclosure is presumed to constitute an unjustified invasion of personal privacy. Section 21(4) lists the types of information whose disclosure does not constitute an unjustified invasion of personal privacy.

2003 CanLII 53958 (ON IPC)

The Divisional Court has ruled that once a presumption against disclosure has been established under section 21(3), it cannot be rebutted by either one or a combination of the factors set out in section 21(2). A section 21(3) presumption can be overcome, however, if the personal information at issue is caught by section 21(4) or if the "compelling public interest" override at section 23 applies (*John Doe v. Ontario (Information and Privacy Commissioner*) (1993), 13 O.R. (3d) 767).

If none of the presumptions in section 21(3) applies, the institution must consider the factors listed in section 21(2), as well as all other relevant circumstances.

With respect to the section 21(3)(a) presumption, the Ministry submits:

> It is clear the information relates [to] and describes the condition of a named individual.

With respect to the section 21(3)(b) presumption, the Ministry submits, among other things:

> The entire record [sic] at issue was compiled during the course of an ongoing law enforcement investigation.

The appellant submits that because the named officer has brought a civil proceeding, "the *Rules of Civil Procedure* have the effect of waiving any privacy concerns with respect to his information" and section 21(3)(a) cannot apply. He submits that the *Rules* prohibit his client from disclosing or using information obtained through the discovery process for any other purpose. In particular, the appellant refers to Rule 30.1.01(3) of the *Rules of Civil Procedure*, which reads:

> All parties and their counsel are deemed to undertake not to use evidence or information to which this Rule applies for any purposes other than those of the proceeding in which the evidence was obtained.

The appellant also submits that the *Rules* require very broad disclosure and production. He cites Rules 30.02(1) and (2), which read:

> (1) Every document relating to any matter in issue in an action that is or has been in the possession, control or power of a party to the action shall be disclosed as provided in rules 30.03 to 30.10, whether or not privilege is claimed in respect of the document.
>
> (2) Every document relating to any matter in issue in an action that is in the possession, control or power of a party to the action shall be produced for inspection if requested, as provided in rules 30.03 to 30.10, unless privilege is claimed in respect of the document.

2003 CanLII 53958 (ON IPC)

With respect to section 21(3)(b), the appellant submits:

> We concede that to the extent that section 21(3)(b) may have some relevance to the issues on this application, … we have no interest in the underlying OPP investigation into a possible violation of the law that brought [the named officer] and his colleagues to [the named city] and, similarly, we have no interest in the police methods being used in that investigation. …
>
> … to the extent that the records deal with [the named officer's] activities on the night of August 27 to 28, 1998 after he completed his shift, and to the extent that they relate to the circumstances of the accident, there cannot be a section 21(3)(b) concern, as [the named officer] was off duty and obviously not investigating a possible violation of the law at the material time.

I will first address the appellant's argument that information that might otherwise be exempt under section 21(1) is protected by an implied undertaking pursuant to Rule 30.1.01(3) of the *Rules of Civil Procedure*, and that the *Rules* require broad disclosure. The civil discovery process and the access scheme under the *Act* are separate and distinct from one another. Information that may be exempt under the *Act* may be available pursuant to civil discovery proceedings, and vice versa (see section 64 of the *Act* and Order PO-1688). Accordingly, whether or not the same or similar information may be disclosed under the *Rules* is irrelevant to whether the Ministry must disclose the information in these records under the *Act*.

The responsive personal information at issue consists of various police officers' notebook entries relating to the motor-vehicle accident. I find that some of these entries relate to the medical condition of the named officer and another individual. I also find that all the responsive personal information was compiled and is identifiable as part of an investigation into a possible violation of law; whether or not the named officer was off duty during the time-period in question does not affect my finding in this regard, as the notes pertain to the circumstances of the accident itself and were made by other officers. Again, an individual who has brought a civil proceeding cannot be taken to have thereby waived his privacy rights under the *Act*. Accordingly, disclosing this information is presumed to constitute an unjustified invasion of these individuals' privacy under sections 21(3)(a) (some of the responsive entries containing personal information) and 21(3)(b) (all the responsive entries containing personal information). These presumptions are not rebutted by section 21(4) or the "compelling public interest" override at section 23, which was not raised in this case. I therefore find that disclosing this information would constitute an unjustified invasion of personal privacy under section 21(1).

The Ministry and the appellant also make representations on sections 21(2)(e), 21(2)(f) and 21(2)(i). While I have reviewed these representations, it is not necessary for me to address them because of my finding that the section 21(3)(a) and 21(3)(b) presumptions apply.

2003 CanLII 53958 (ON IPC)

LAW ENFORCEMENT

I must now review whether any of the discretionary law enforcement exemptions apply to the responsive notebook entries that I found do not contain personal information, namely:

- Page 3: lines 18-23; and
- Page 9: lines 15-19.

The Ministry initially claimed sections 14(1)(a), 14(1)(b), 14(1)(c) and 14(1)(l). In its representations, the Ministry relies on sections 14(1)(a), 14(1)(b) and 14(1)(c) only. These sections read:

> A head may refuse to disclose a record where the disclosure could reasonably be expected to,
>
> (a) interfere with a law enforcement matter;
>
> (b) interfere with an investigation undertaken with a view to a law enforcement proceeding or from which a law enforcement proceeding is likely to result;
>
> (c) reveal investigative techniques and procedures currently in use or likely to be used in law enforcement;

The term "law enforcement," which appears in these sections, is defined in section 2(1) of the *Act* as follows:

> "law enforcement" means,
>
> (a) policing,
>
> (b) investigations or inspections that lead or could lead to proceedings in a court or tribunal if a penalty or sanction could be imposed in those proceedings, and
>
> (c) the conduct of proceedings referred to in clause (b);

Because sections 14(1)(a), 14(1)(b) and 14(1)(c) are discretionary exemptions, even if the information falls within the scope of these sections, the institution must nevertheless consider whether to disclose the information to the requester.

2003 CanLII 53958 (ON IPC)

With respect to sections 14(1)(a) and 14(1)(b), the Ministry submits:

> The Ministry has been advised that in fact this matter is still subject to ongoing investigation. The release of information in the record would convey … confidential information about the nature and extent of the evidence that has been compiled by the OPP in connection with the investigation. Release of the information at issue might provide the accused or other involved parties with the opportunity to tamper with evidence, which may exist but may not be known to police at this time and subsequently prejudice a fair trial should charges and court ensue.
> … the release of the records at issue would seriously interfere with an ongoing matter. Public dissemination of the information in the records, at this point in time, could lead to the suppression or destruction of evidence and could alert the suspect or others about the extent and nature of the evidence compiled by the OPP and hinder the investigation or eventual prosecution of the suspect.

With respect to section 14(1)(c) the Ministry submits, in addition to its confidential representations, that "on a clear read of the records the unique technique deployed in this circumstance is evident."

The appellant again submits that he is not seeking access to "the underlying law enforcement issue" that brought the named officer to the city where the accident occurred.

Previous orders of this office have found that for sections 14(1)(a) or 14(1)(b) to apply, the "law enforcement matter" or "investigation" in question must be specific and ongoing. The exemptions do not apply where the matter or investigation is completed, or where the alleged interference is with "potential" law enforcement matters or investigations [Orders PO-2085, MO-1578].

In order to qualify as an "investigative technique or procedure" under section 14(1)(c), the institution must show that disclosing the technique or procedure to the public could reasonably be expected to hinder or compromise its effective utilization. The section 14(1)(c) exemption normally will not apply where the technique or procedure is generally known to the public [Orders P-170, P-1487]. In addition, the techniques or procedures must be "investigative." The exemption will not apply to "enforcement" techniques or procedures [Orders PO-2034, P-1340].

I find that disclosing the entries at issue on page 3 (lines 18-23) could reasonably be expected to reveal investigative techniques and procedures currently in use or likely to be used in law enforcement. These entries therefore qualify for exemption under section 14(1)(c). The confidential nature of the information and the Ministry's representations preclude me from elaborating on my ruling in this regard. I am also satisfied, based on the Ministry's representations, that the Ministry has properly exercised its discretion in denying access to this information.

2003 CanLII 53958 (ON IPC)

I find that the entry at issue on page 9 (lines 15-19), however, does not qualify for exemption under sections 14(1)(a), 14(1)(b) or 14(1)(c). While I accept that a specific law enforcement matter or investigation may be ongoing, I am not satisfied that disclosing this entry could reasonably be expected to interfere with this law enforcement matter or investigation. I also find that disclosing this entry could not reasonably be expected to reveal any investigative techniques or procedures under section 14(1)(c). Accordingly, I will order the Ministry to disclose this information.

ORDER:

I order the Ministry to disclose page 9 (lines 15-19) to the appellant by **December 18, 2003**. For greater certainty, I am attaching a highlighted version of page 9 with the copy of this order being sent to the Ministry, identifying the portions that it must not disclose.

I uphold the Ministry's decision to deny access to the remaining information.

In order to verify compliance with the terms of Provision 1, I reserve the right to require the Ministry to provide me with a copy of page 9 that is disclosed to the appellant, upon request.

Original Signed By: November 27, 2003
Shirley Senoff
Adjudicator

2003 CanLII 53958 (ON IPC)

Information and Privacy
Commissioner/Ontario
Commissaire à l'information
et à la protection de la vie privée/Ontario

2011 CanLII 7189 (ON IPC)

ORDER PO-2951

Appeal PA08-224

University of Ottawa

Tribunal Services Department
2 Bloor Street East
Suite 1400
Toronto, Ontario
Canada M4W 1A8

Services de tribunal administratif
2, rue Bloor Est
Bureau 1400
Toronto (Ontario)
Canada M4W 1A8

Tel: 416-326-3333
1-800-387-0073
Fax/Téléc: 416-325-9188
TTY: 416-325-7539
http://www.ipc.on.ca

NATURE OF THE APPEAL:

The University of Ottawa (the University) received the following request under the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act* (the *Act*):

> I request all emails from [a named individual (the affected party)] received by the Dean of the Faculty of Science and all emails sent to [the affected party] by the Dean of the Faculty of Science. I also request all emails from [the affected party] received by the Dean of the Faculty of Science and forwarded by the Dean of the Faculty of Science to a third party. The respondent period is from September 1, 2005, to present.

The University located records responsive to the request and issued a decision letter to the requester denying him access to these records pursuant to the exclusion in section 65(6) (labour relations and employment records), the discretionary exemptions in sections 19 (solicitor-client privilege) and 22 (information available to the public), and the mandatory exemption in section 21 (personal privacy) of the *Act*.

The requester (now the appellant) appealed the University's decision.

During mediation, the possible application of sections 49(a) and 49(b) were identified as issues in this appeal. In addition, the University provided the appellant with a revised index of records, and issues regarding the number and description of the responsive records were resolved. The appellant confirmed that he wished to pursue access to all records at issue in this appeal.

Mediation did not resolve this appeal, and it was transferred to the inquiry stage of the process where an adjudicator conducts an inquiry under the *Act*. A Notice of Inquiry, identifying the facts and issues in this appeal, was initially sent to the University and the affected party. Representations were received from both of these parties. The Notice of Inquiry was then sent to the appellant, along with the non-confidential portions of the representations of the University and the affected party. The appellant also provided representations in response to the Notice.

This file was then transferred to me to complete the inquiry. I also note that, after all the representations were received, I received an unsolicited letter from a labour organization addressing certain issues in this appeal. I have reviewed this material, and find that it does not affect the outcome of this appeal.

RECORDS:

The records remaining at issue consist of 65 documents. All of these records are emails or email strings between the affected party and the dean. Some of these emails also include attachments.

The records are numbered in reverse chronological order, with Record 1 being the most recent, and Record 65 being the oldest. Records 1 through 45 cover the period of time during which the affected party was employed in some capacity by the University. The earlier records (records 46-65) do not involve the affected party in an employment capacity.

2011 CanLII 7189 (ON IPC)

DISCUSSION:

LABOUR RELATIONS AND EMPLOYMENT RECORDS

General Principles

Section 65(6) of the *Act* states:

> Subject to subsection (7), this Act does not apply to records collected, prepared, maintained or used by or on behalf of an institution in relation to any of the following:
>
> 1. Proceedings or anticipated proceedings before a court, tribunal or other entity relating to labour relations or to the employment of a person by the institution.
>
> 2. Negotiations or anticipated negotiations relating to labour relations or to the employment of a person by the institution between the institution and a person, bargaining agent or party to a proceeding or an anticipated proceeding.
>
> 3. Meetings, consultations, discussions or communications about labour relations or employment related matters in which the institution has an interest.

If section 65(6) applies to the record, and none of the exceptions found in section 65(7) apply, the record is excluded from the scope of the *Act*.

The term "labour relations" refers to the collective bargaining relationship between an institution and its employees, as governed by collective bargaining legislation, or to analogous relationships [Order PO-2157, *Ontario (Minister of Health and Long-Term Care) v. Ontario (Assistant Information and Privacy Commissioner)*, [2003] O.J. No. 4123 (C.A.)].

The term "employment of a person" refers to the relationship between an employer and an employee. The term "employment-related matters" refers to human resources or staff relations issues arising from the relationship between an employer and employees that do not arise out of a collective bargaining relationship [Order PO-2157].

If section 65(6) applied at the time the record was collected, prepared, maintained or used, it does not cease to apply at a later date [*Ontario (Solicitor General) v. Ontario (Assistant Information and Privacy Commissioner)* (2001), 55 O.R. (3d) 355 (C.A.), leave to appeal refused [2001] S.C.C.A. No. 507, ("*Solicitor General*")].

2011 CanLII 7189 (ON IPC)

Representations

The University takes the position that the *Act* does not apply to certain records because they fall within the exclusion in section 65(6). The University states that this section applies to a number of the records created during the time in which the affected party was an employee with the University (Records 6, 8, 9, 11, 13, 15-21, 23-27, 30-32, 34-36, 39, 40, 42, 44 and 45) and one record created prior to the affected party's employment (Record 50).

In its general representations on this exclusion, the University states that the records were prepared by employees or their assistants and/or agents of the University, on behalf of the University, and represent advice provided to management regarding labour-relations matters. The University then identifies that these records relate to matters in which the University is acting as an employer, and the terms and conditions of employment or human resources are at issue, and refers to the case of *Ontario (Ministry of Correctional Services) v. Goodis* (2008), 98 O.R. (3d) 457, [2008] O.J. No. 289 (Div. Ct.) in support of its position that the records are, therefore, excluded. In addition, the University identifies that its relationship with its full-time professors is governed by a Collective Agreement, and that all labour-relations matters between the University and the professors are dealt with in accordance with the collective agreement. The University then states:

> At the time of the Appellant's request for information, which is the subject matter of this Appeal, the Appellant was an APUO member and involved with several labour-relations matters, such as grievances, with [the University]. These matters are on-going. The relationship between undergraduate and graduate students who are engaged by [the University] from time to time as teaching assistants, tutors, research assistants is governed by the Collective Agreement between [the University] and The Canadian Union of Public Employees ...
>
> Records 6, 7, 8, 9, 11, 13, 15-21, 23-28, 30-32, 34- 36, 39-40, 42, 44-45 and 50 relate, amongst others, to the administrative process involved in the development of [the University's] strategy in response to the grievances, disciplinary matters or complaints filed in accordance with the Collective Agreement. This includes, but is not limited to, the obtaining of information, the organization of the relevant materials, the clarification of facts from other individuals or events, the confirmation of what actually occurred in relation to the grievance and disciplinary issues, the general administration of the relevant grievance or disciplinary process, the obtaining of background information and supporting documents, and researching relevant issues. Numerous individuals at [the University] are involved with handling a labour-relations matter, including, but not limited to the Dean of the Faculty of Science, University of Ottawa legal counsel, members of the Human Resources department and other individuals.

In its confidential representations, the University then reviews each of the records which it claims fall outside the scope of the *Act* on the basis of the exclusion in section 65(6). After doing so, the University states:

2011 CanLII 7189 (ON IPC)

> Accordingly, all of the above-referenced records were prepared by employees or agents on behalf of the University. The records were also maintained by the University which was in control and custody of these records. Furthermore, these Records contain information pertaining to various grievances filed by an individual or disciplinary matters filed against an individual who is subject to the Collective Agreement and/or the CUPE Agreement, which documents relate to labour relations or employment-related matters

The University then provides representations on the application of the exclusionary provisions in sections 65(6)1 and 65(6)3, which I review below.

The appellant does not directly address the issue of the application of the exclusion to the records at issue; however, he argues that the approach to this exclusion taken by this office in previous orders is incorrect. The appellant also argues that if the institution obtained or produced the records through actions which were improper or contrary to collective agreements, international agreements, legal precedents and other rules and contentions, any claimed exemptions or exclusions are made void by the institution's breaches. The appellant provides extensive representations identifying how, in his view, the collection and use of the records by the University violated a number of agreements, precedents, rules and conventions.

The appellant also refers to the fact that, pursuant to the applicable collective agreement, two formal grievances have been filed against the University in regards to the actions of the University in collecting and using material obtained by the affected party.

Section 65(6)3: matters in which the institution has an interest

Introduction

For section 65(6)3 to apply, the institution must establish that:

1. the records were collected, prepared, maintained or used by an institution or on its behalf;

2. this collection, preparation, maintenance or usage was in relation to meetings, consultations, discussions or communications; and

3. these meetings, consultations, discussions or communications are about labour relations or employment-related matters in which the institution has an interest.

In addition to the representations set out above, the University confirms that it has an interest in the matters involving its own workforce and the collective agreements referred to. It states that the records at issue are internal emails prepared and maintained in relation to consultations, discussions and communications, and provides the following information on section 65(6)3:

2011 CanLII 7189 (ON IPC)

> The information found in the Records relate to communications between University of Ottawa legal counsel, agents and the Dean of the faculty involved in the labour-relations issue. In particular, [the University] prepared and maintained these records with regard to consultations and communications concerning a disciplinary matter as well as a grievance filed against one of its professors ... The University had [an] interest in this matter involving its workforce [*Ontario (Solicitor General) v. Ontario (Assistant Information and Privacy Commissioner), supra*]. For any employer, … disciplinary actions and grievances filed under [a collective agreement] are serious matters which must be solved as efficiently as possible. Grievances as well as any form of tension in the workplace will affect the working environment. This could result in an increased stress level, unpleasant atmosphere, tensed relations between employees, etc. Therefore, the University of Ottawa has a definite interest in these matters.

2011 CanLII 7189 (ON IPC)

Requirement 1: Were the records collected, prepared, maintained or used by the University or on its behalf?

The University identifies that the records are email communications between University legal counsel and University staff, including officers and agents, and takes the position that the records were collected, prepared, maintained and used by the University. Based on my review of the emails, it is clear that the records were collected, prepared, maintained and/or used by the University.

Requirement 2: Were the records collected, prepared, maintained and/or used in relation to meetings, consultations, discussions or communications?

In support of its position that the records were collected, prepared, maintained and/or used in relation to meetings, consultations, discussions or communications, the University states the records are emails prepared and maintained in relation to discussions and communications. On my review of these records, I am satisfied that they were prepared, maintained or used in relation to discussions or communications. The records themselves consist of email communications prepared by employees or their assistants and/or agents, and consist of communications between these parties and the dean and/or legal counsel.

Part 3: Were the meetings, consultations, discussions or communications about labour relations or employment-related matters in which the institution has an interest?

As identified above, the type of records excluded from the *Act* by section 65(3) are documents related to matters in which the institution is acting as an employer, and terms and conditions of employment or human resources questions are at issue.

The phrase "labour relations or employment-related matters" has been found to apply in the context of:

- a job competition [Orders M-830, PO-2123]
- an employee's dismissal [Order MO-1654-I]

- a grievance under a collective agreement [Orders M-832, PO-1769]
- disciplinary proceedings under the *Police Services Act* [Order MO-1433-F]
- a "voluntary exit program" [Order M-1074]
- a review of "workload and working relationships" [Order PO-2057]
- the work of an advisory committee regarding the relationship between the government and physicians represented under the *Health Care Accessibility Act* [*Ontario (Minister of Health and Long-Term Care) v. Ontario (Assistant Information and Privacy Commissioner)*, [2003] O.J. No. 4123 (C.A.)]

The phrase "labour relations or employment-related matters" has been found *not* to apply in the context of:

- an organizational or operational review [Orders M-941, P-1369]
- litigation in which the institution may be found vicariously liable for the actions of its employee [Orders PO-1722, PO-1905]

The phrase "in which the institution has an interest" means more than a "mere curiosity or concern," and refers to matters involving the institution's own workforce [*Solicitor General* (cited above)].

In support of its position that the records fall within the exclusion in section 65(6)3, the University states that the records:

> … relate, amongst others, to the administrative process involved in the development of the University of Ottawa's strategy in response to the grievances, disciplinary matters or complaints filed in accordance with the Collective Agreement. This includes, but is not limited to, the obtaining of information, the organization of the relevant materials, the clarification of facts from other individuals or events, the confirmation of what actually occurred in relation to the grievance and disciplinary issues, the general administration of the relevant grievance or disciplinary process, the obtaining of background information and supporting documents, and researching relevant issues. Numerous individuals at [the University] are involved with handling a labour-relations matter, including, but not limited to the Dean of the Faculty of Science, University of Ottawa legal counsel, members of the Human Resources department and other individuals.

With respect to the issue of whether the University has an interest in the labour-relations or employment-related matters, the University confirms that it has an interest in the matters involving its own workforce and the collective agreements referred to.

Findings

Previous orders of this office, including the decision in "*Solicitor General*," have consistently found that disciplinary actions involving an employee are employment-related matters. In addition, a number of previous orders have established that grievances initiated pursuant to the

2011 CanLII 7189 (ON IPC)

procedures contained in the collective agreement are, by their very nature, about labour relations matters (Orders PO-1223, PO-1769).

With respect to the scope of the exclusionary provision, Swinton J. for a unanimous Court, wrote in *Ontario (Ministry of Correctional Services) v. Goodis* (2008) that:

> In *Reynolds v. Ontario (Information and Privacy Commissioner*, [2006] O.J. No. 4356, this Court applied the equivalent to s. 65(6) found in municipal freedom of information legislation to documents compiled by the Honourable Coulter Osborne while inquiring into the conduct of the City of Toronto in selecting a proposal to develop Union Station. The records he compiled in interviewing Ms. Reynolds, a former employee, were excluded from the *Act*, as Mr. Osborne was carrying out a kind of performance review, which was an employment-related exercise that led to her dismissal (at para. 66). At para. 60, Lane J. stated,
>
> > It seems probable that the intention of the amendment was to protect the interests of institutions by removing public rights of access to certain records relating to their relations with their own workforce.

Cautioning that there is no general proposition that all records pertaining to employee conduct are excluded from the *Act*, even if they are in files pertaining to civil litigation or complaints by a third party, Swinton J. also pointed out that "(w)hether or not a particular record is 'employment related' will turn on an examination of the particular document."

I agree with and adopt the analysis set out above for the purpose of making my determinations in this appeal.

In this appeal, with the exception of Record 50, the records for which the exclusion is claimed are email communications between an employee of the University and the dean and, for most of these records, legal counsel. At the time of the request, the appellant was an APUO member, and was involved with several labour-relations matters, such as grievances, with the University. Subsequently, grievances were brought against the University relating directly to the collection and use of the records at issue.

The University has stated that the records relate to the administrative process involved in the development of the University of Ottawa's strategy in response to the grievances, disciplinary matters or complaints filed in accordance with the Collective Agreement. On my review of the records for which the exclusion in section 65(6)3 is claimed, I am satisfied that (with the exception of Record 50), they were prepared and maintained by the University with regard to consultations and communications concerning a disciplinary matter as well as grievances, including a grievance filed against one of its professors. Accordingly, these records relate to the University's relations with its own workforce, and the University has an interest in these records. In these circumstances, I am satisfied that the exclusionary wording in section 65(6)3 applies to the records, and they fall outside the scope of the *Act*.

2011 CanLII 7189 (ON IPC)

With respect to the appellant's argument that the exclusionary provision cannot apply because the records were obtained or produced improperly or contrary to various agreements or protocols, in my view the manner in which the University obtained the records does not affect my finding that they are excluded from the scope of the *Act*, in the circumstances of this appeal. It is clear that the University used these records in relation to discussions or communications about labour relations or employment-related matters. Indeed, the manner in which the University collected and used the records appears to itself be an issue in two other grievances. In these circumstances, I find that the questions regarding the manner in which these records were obtained or used does not affect my finding that they are excluded from the scope of the *Act*.

Record 50 is different from the other records for which the exclusion was claimed. As identified above, a number of the records were provided by the affected party to the Dean prior to the affected party's employment with the University. Record 50 is one of these records, and it relates solely to an issue regarding a legal action. In my view, this record does not relate to a labour-relations or employment-related matter, nor has the University provided sufficient evidence to satisfy me that it fits within the exclusionary provision in section 65(6). As a result, I find that this record is not excluded from the scope of the *Act*.

In conclusion, I find that Records 6, 7, 8, 9, 11, 13, 15-21, 23-28, 30-32, 34-36, 39, 40, 42, 44 and 45 are excluded from the scope of the *Act*.

I will now review whether the remaining records (Records 1-5, 10, 12, 14, 22, 29, 33, 37, 38, 41, 43 and 46-65) qualify for exemption under the *Act*.

PERSONAL INFORMATION

In order to determine which sections of the *Act* may apply, it is necessary to decide whether the record contains "personal information" and, if so, to whom it relates. That term is defined in section 2(1) as follows:

> "personal information" means recorded information about an identifiable individual, including,
>
> (a) information relating to the race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, sexual orientation or marital or family status of the individual,
>
> (b) information relating to the education or the medical, psychiatric, psychological, criminal or employment history of the individual or information relating to financial transactions in which the individual has been involved,
>
> (c) any identifying number, symbol or other particular assigned to the individual,

2011 CanLII 7189 (ON IPC)

> (d) the address, telephone number, fingerprints or blood type of the individual,
>
> (e) the personal opinions or views of the individual except where they relate to another individual,
>
> (f) correspondence sent to an institution by the individual that is implicitly or explicitly of a private or confidential nature, and replies to that correspondence that would reveal the contents of the original correspondence,
>
> (g) the views or opinions of another individual about the individual, and
>
> (h) the individual's name where it appears with other personal information relating to the individual or where the disclosure of the name would reveal other personal information about the individual;

2011 CanLII 7189 (ON IPC)

The list of examples of personal information under section 2(1) is not exhaustive. Therefore, information that does not fall under paragraphs (a) to (h) may still qualify as personal information [Order 11].

To qualify as personal information, the information must be about the individual in a personal capacity. As a general rule, information associated with an individual in a professional, official or business capacity will not be considered to be "about" the individual [Orders P-257, P-427, P-1412, P-1621, R-980015, MO-1550-F, PO-2225]. However, even if information relates to an individual in a professional, official or business capacity, it may still qualify as personal information if the information reveals something of a personal nature about the individual [Orders P-1409, R-980015, PO-2225].

In addition, to qualify as personal information, it must be reasonable to expect that an individual may be identified if the information is disclosed [Order PO-1880, upheld on judicial review in *Ontario (Attorney General) v. Pascoe*, [2002] O.J. No. 4300 (C.A.)].

By relying on sections 49(a) and (b) the University takes the position that certain records contain the personal information of the appellant. The University also identifies that the records contain the personal information of the affected party, and that some records contain the personal information of other identifiable individuals. The University states:

> The records at issue contain information about [the affected party] in a personal capacity. It is reasonable to expect that information of a personal nature about the individual may be identified if the records are disclosed. [Order PO-1880, upheld on judicial review in *Ontario (Attorney General) v. Pascoe*, [2002] O.J. No. 4300 (C.A.)] Even if the information relates to an individual in a professional, official or business capacity, such information may still qualify as personal information if

> the information reveals something of a personal nature about the individual. [Orders P-1409, R-980015, PO-2225] The personal information contained in the records at issue also relates to individuals other than the appellant and [the affected party].

In its confidential representations, the University describes the status of the affected party. It then states:

> The information in the records contain, for instance, the name of [the affected party], the education and employment history of [the affected party], medical information, financial information, a personal evaluation of [the affected party], the personal email address of [the affected party] and [the affected party's] views or opinions, [the affected party's] own personal concerns about various situations or other matters unrelated to the appellant. Many of the records were communications sent to the University … legal counsel and were explicitly of a private or confidential nature. The records also contain information about [the affected party] that, if disclosed, would reveal other information about this individual which would compromise the personal privacy of this individual.

The appellant does not address the issue of whether the records contain personal information.

Findings

I have carefully reviewed the records remaining at issue. All of the records are emails between the affected party and the dean, and many are also sent to University legal counsel. These emails cover a period of approximately 19 months. As identified above, at a certain point in time the affected party became employed in some capacity by the University. This change in the relationship between the affected party and the University affects my findings on whether or not some of the information qualifies as the affected party's personal information.

The affected party

Emails sent and received prior to the affected party's employment with the University (Records 46-65) do not involve the affected party as an employee of the University. On my review of these records, I find that they contain information that qualifies as the personal information of the affected party. This includes the affected party's name and education (paragraph (b)); personal views and opinions (paragraph (e)); correspondence sent to an institution by the affected party that is implicitly or explicitly of a private or confidential nature (paragraph (f)); and the affected party's name where it appears with other personal information relating to the individual (paragraph (h)). Accordingly, I find that Records 46-65 contain the personal information of the affected party.

Records 1 through 45 cover the period of time during which the affected party was employed in some capacity by the University. Although small portions of some of these records contain the personal information of the affected party (for example, address information, or references to personal vacation and travel plans), the bulk of the information contained in Records 1 through

2011 CanLII 7189 (ON IPC)

45 contain information provided to the University by the affected party in the capacity of an employee. Accordingly, much of this information is not the personal information of the affected party. However, with one exception, given my findings under sections 19, 49(a) and 21(1) below, it is not necessary for me to determine which specific portions of these records contain the affected party's personal information.

2011 CanLII 7189 (ON IPC)

The one exception is Record 41. On my review of this record, I find that the only personal information about the affected party contained in this record is the affected party's email information. Although the University and the affected party take the position that other portions of this record contain the personal information of the affected party, I find that the remaining portions of this record contain either publically available information, or the views and opinions of the affected party about the appellant which, according to paragraph (g) of the definition of personal information, is the personal information of the appellant.

As a result, I find that, if the affected party's email information (along with certain administrative information not responsive to the request) is severed from Record 41, the only personal information remaining at issue relates exclusively to the appellant. In the circumstances, I will order that this record (with the email information relating to the affected party, and the administrative information, severed) be disclosed to the appellant, as to do so would not result in an unjustified invasion of the personal privacy of another identifiable individual.

The appellant

Some of the records remaining at issue refer to the appellant and contain his personal information. However, I find that a number of these records, though they refer to the appellant, do not contain the personal information of the appellant because they simply refer to him in his professional capacity, or include his name simply as a reference to various issues in which he is involved. As a result, I make the following findings:

- Records 10, 12, 14, 29, 50, 51 and 58 contain the personal information of the appellant, as they contain his name along with other personal information relating to him (paragraph (h).
- Records 37, 43, 53 and 55 refer to the appellant, but do not contain his personal information. References to him in these records refer to him in his professional capacity, or include his name simply as a reference to various other issues, including newspaper articles, etc.
- The other records remaining at issue (Records 1-5, 22, 33, 38, 46-49, 52, 54, 56, 57, 59-65) do not refer to the appellant or contain any personal information of the appellant.

Other identifiable individuals

A number of records contain the personal information of other identifiable individuals. Given my findings below on the application of sections 19 and 49(a), it is not necessary for me to review the specific portions of all of these records which contain the personal information of

other identifiable individuals. However, I find that Records 33 and 38 contain the personal information of identifiable individuals other then the appellant.

SECTION 49(a) – DISCRETION TO REFUSE REQUESTER'S OWN INFORMATION

While section 47(1) of the *Act* gives individuals a general right of access to their own personal information held by an institution, section 49 provides a number of exceptions to this general right of access.

Under section 49(a), the institution has the discretion to deny an individual access to his or her own personal information where the exemptions in sections 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 or 22 would apply to the disclosure of that information.

In this case, the University relies on section 49(a) in conjunction with section 19 to deny access to certain records which it claims qualify for exemption under section 19 and which also contain the personal information of the appellant (Records 10, 12, 14, 28 and 29).

SOLICITOR-CLIENT PRIVILEGE

Of the records which are not excluded from the scope of the *Act*, the University takes the position that Records 1-5, 10, 12, 14, 22, 29, 37, 43 and 50 qualify for exemption under the solicitor-client privilege exemption in section 19 of the *Act*. Section 19 reads as follows:

> A head may refuse to disclose a record,
>
> (a) that is subject to solicitor-client privilege;
>
> (b) that was prepared by or for Crown counsel for use in giving legal advice or in contemplation of or for use in litigation; or
>
> (c) that was prepared by or for counsel employed or retained by an educational institution for use in giving legal advice or in contemplation of or for use in litigation.

Section 19 contains two branches as described below. The institution must establish that one or the other (or both) branches apply.

Branch 1: common law privilege

Branch 1 of the section 19 exemption appears in section 19(a) and encompasses two heads of privilege, as derived from the common law: (i) solicitor-client communication privilege; and (ii) litigation privilege. In order for branch 1 of section 19 to apply, the institution must establish that one or the other, or both, of these heads of privilege apply to the records at issue. [Order PO-2538-R; *Blank v. Canada (Minister of Justice)* (2006), 270 D.L.R. (4th) 257 (S.C.C.) (also reported at [2006] S.C.J. No. 39)].

2011 CanLII 7189 (ON IPC)

Solicitor-client communication privilege

Solicitor-client communication privilege protects direct communications of a confidential nature between a solicitor and client, or their agents or employees, made for the purpose of obtaining or giving professional legal advice [*Descôteaux v. Mierzwinski* (1982), 141 D.L.R. (3d) 590 (S.C.C.)].

The rationale for this privilege is to ensure that a client may confide in his or her lawyer on a legal matter without reservation [Orders PO-2441, MO-2166 and MO-1925].

The privilege applies to "a continuum of communications" between a solicitor and client:

> . . . Where information is passed by the solicitor or client to the other as part of the continuum aimed at keeping both informed so that advice may be sought and given as required, privilege will attach [*Balabel v. Air India*, [1988] 2 W.L.R. 1036 at 1046 (Eng. C.A.)].

The privilege may also apply to the legal advisor's working papers directly related to seeking, formulating or giving legal advice [*Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex. C.R. 27].

Confidentiality is an essential component of the privilege. Therefore, the University must demonstrate that the communication was made in confidence, either expressly or by implication [*General Accident Assurance Co. v. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321 (C.A.)].

Branch 2: statutory privilege

Branch 2 of section 19 arises from sections 19(b) and (c). Section 19(b) is a statutory exemption that is available in the context of Crown counsel giving legal advice or conducting litigation. The statutory exemption and common law privileges, although not necessarily identical, exist for similar reasons.

The University's representations

The University submits that certain records are exempt from disclosure, as they are subject to the common law solicitor-client communication privilege in section 19(1). It states:

> The solicitor-client communications privilege pursuant to section 19(1) of the *Act*, which was derived from common law, protects direct communications of a confidential nature between a solicitor and a client, or their agents or employees, made for the purpose of obtaining or giving professional legal advice [*Descoteaux v. Mierzwinski* (1982), 141 D.L.R (3d) 590 (S.C.C.)]. This privilege also extends to the protection of a continuum of communications between the solicitor and a client.

2011 CanLII 7189 (ON IPC)

> The basis for this rationale is to ensure that a client may confide in his or her lawyer on a legal matter without reservation. [IPC Order P-1551]
>
> Many of the Records at issue represent an exchange of confidential communications between the University of Ottawa legal counsel, officers and/or agents of the University of Ottawa, which communications were prepared for the purpose of obtaining or giving professional legal advice. These communications were of a confidential nature and were produced in the context of labour-relations matters, generally, involving the Appellant or other individuals. More precisely, the purpose of the confidential communications were exchanged with University legal counsel in order to assist the University of Ottawa in preparing for/developing its approach with respect to the disciplinary and/or grievance proceedings that had been initiated ….

The University then provides specific representations for the records for which the solicitor-client privilege is claimed. It states:

> Records 1 through 5 represent an exchange of communications between [the affected party] with the University of Ottawa legal counsel in relation to obtaining information about [identified activities]. …
>
> Records 10, 12 and 14 relate to an exchange of communications between the University of Ottawa legal counsel and [the affected party] … in respect of the legal issues being addressed by the University of Ottawa legal counsel and the parties in dispute in the context of on-going labour-relations matters. …
>
> Records … 29, 43 and 50 contain information provided to University of Ottawa legal counsel … relating to several grievances involving the Appellant as well as providing [identified information] surrounding the events that was potentially having an impact on the legal strategy that University of Ottawa legal counsel was developing on behalf of the University of Ottawa. …
>
> Record … 37 relate[s] to the overall request by University of Ottawa legal counsel to provide additional information in support of the University of Ottawa legal counsel [dealing with identified matters].

The University then states:

> The Office of the Legal Counsel within the University of Ottawa provides legal advice with respect to numerous situations. At times, the Office of the Legal Counsel requires agents to assist with its work and by engaging such agents, ensures that legal issues can be properly dealt with and in confidence. The dominant purpose of the production of the Records or using the Records or their contents is in order to obtain legal advice or to conduct or aid in the conduct of arbitration. Therefore, the section 19 exemption is an assurance for the University of Ottawa's employees and administrators that their legal issues will be dealt with

2011 CanLII 7189 (ON IPC)

> discretion and respect. The solicitor-client privilege is crucial to individuals being able to request and obtain legal [advice] in total confidence. The University of Ottawa is of the opinion that, in order to protect the integrity of the Office of the Legal Counsel, documents providing legal advice, including the continuum of communications between a solicitor and its client and/or the solicitor's agents (in order to keep all the internal parties who need to know informed so that advice may be sought and given as required), are subject to the section 19 exemption and should not be disclosed.
>
> The University of Ottawa submits that it has not taken any action that constitutes a waiver of common law solicitor-client privilege either implicitly or explicitly. The Records have not been disclosed to outsiders by either the University legal counsel or the officers receiving the advice nor has the University of Ottawa, knowing of the existence of the privilege, voluntarily evinced an intention to waive the privilege. The proceedings under the Collective Agreement and CUPE Agreement are currently on-going.

The appellant does not directly address the issue of the application of the solicitor-client privilege exemption to the records at issue, but argues that if the institution obtained or produced the records through actions which were improper or contrary to collective agreements, international agreements, legal precedents and other rules and contentions, any claimed exemptions are made void by the institution's breaches. The appellant provides extensive representations identifying how, in his view, the collection and use of the records by the University violated a number of agreements, precedents, rules and conventions.

Findings

I have carefully examined the records remaining at issue for which the section 19 claim is made. With the exception of Record 50, all of these records were sent to or copied to University legal counsel. The University has stated that the records represent an exchange of confidential communications between University legal counsel and officers and/or agents of the University. The University also states that the confidential communications were exchanged with University legal counsel in order to assist the University in preparing for/developing its approach with respect to the disciplinary and/or grievance proceedings involving the appellant, or under another collective agreement in respect of other individuals.

I am satisfied that the records which were sent to legal counsel (either as the primary recipient or copied to her) qualify for exemption under section 19 of the *Act*. Based on my review of the records and the University's representations, I am satisfied that these records constitute confidential communications between a solicitor and her client (University staff or agents), made for the purpose of obtaining or giving professional legal advice. Accordingly, I find that they qualify for exemption under the solicitor-client communication privilege in Branch 1 of the *Act*.

With respect to the appellant's argument that the exemptions cannot apply because the records were obtained or produced improperly or contrary to various agreements or protocols, in my view the manner in which the University obtained the records does not affect my finding that the

2011 CanLII 7189 (ON IPC)

records qualify for exemption under section 19 in the circumstances of this appeal. Although there may be unique circumstances where an exemption is found not to apply due to the actions of the institution, I find that this is not the case in this appeal. The records consist of communications between University legal counsel and University officers, staff or agents, made for the purpose of obtaining or giving professional legal advice. In the circumstances, I am satisfied that the appellant's views on the manner in which these records were obtained or used does not affect my finding that they qualify for exemption under the *Act*.

Record 50 is an email that does not involve University legal counsel. This email was sent to the dean by the affected party prior to her employment with the University, and contains some very general information. Although the email refers to a legal matter, it does so in the most general of terms and again, and in the absence of more detailed representations regarding the application of the solicitor-client privilege to this record, I am not satisfied that it qualifies for exemption under section 19 of the *Act*.

Accordingly, I find that Record 50 does not qualify for exemption under section 19 of the *Act*, but that Records 1-5, 10, 12, 14, 22, 29, 37 and 43 do qualify under that section.

Subject to my review of the exercise of discretion below, I find that Records 1-5, 22, 37 and 43, which do not contain the personal information of the appellant, are exempt under section 19. Records 10, 12, 14 and 29, which contain the personal information of the appellant, qualify for exemption under section 49(a) in conjunction with section 19.

INVASION OF PRIVACY

I have found that Records 1-7, 8-32, 34-37, 39-40 and 42-45 either qualify for exemption under sections 19 and/or 49(a), or are excluded from the scope of the *Act* pursuant to section 65(6). I have also found that a severed copy of Record 41 ought to be disclosed. I will now determine whether the remaining records (Records 33, 38 and 46-65) qualify for exemption under the personal privacy exemptions in sections 21(1) and/or 49(b).

As I indicated above, I found that some of the records contain only the personal information of the affected party and/or individuals other than the appellant. For these records, I will determine whether the mandatory exemption at section 21(1) applies to exempt them from disclosure. For the remaining records that do contain the appellant's personal information, my assessment of this issue will be conducted under the discretionary exemption at section 49(b) of the *Act*.

Section 47(1) of the *Act* gives individuals a general right of access to their own personal information held by an institution. Section 49 provides a number of exemptions from disclosure that limit this general right.

Under section 49(b), where a record relates to the requester but disclosure of the information would constitute an unjustified invasion of another individual's personal privacy, the institution may refuse to disclose that information to the requester.

2011 CanLII 7189 (ON IPC)

Section 49(b) is a discretionary exemption. Even if the requirements of section 49(b) are met, the institution must nevertheless consider whether to disclose the information to the requester. In this case, section 49(b) requires the Ministry to exercise its discretion in this regard by balancing the appellant's right of access to their own personal information against other individuals' right to the protection of their privacy.

Under section 21, where a record contains personal information only of an individual other than the requester, the institution must refuse to disclose that information unless disclosure would not constitute an "unjustified invasion of personal privacy."

In both these situations, sections 21(1) to (4) provide guidance in determining whether the unjustified invasion of personal privacy threshold is met.

Sections 21(1)(a) through (e) provide exceptions to the personal privacy exemption; if any of these exceptions apply, the information cannot be exempt from disclosure under section 21 or 49(b).

Section 21(2) provides some criteria for determining whether the personal privacy exemption applies. Section 21(3) lists the types of information whose disclosure is presumed to constitute an unjustified invasion of personal privacy. Section 21(4) lists the types of information whose disclosure does not constitute an unjustified invasion of personal privacy.

The Divisional Court has ruled that once a presumption against disclosure has been established under section 21(3), it cannot be rebutted by either one or a combination of the factors set out in section 21(2). A section 21(3) presumption can be overcome, however, if the personal information at issue is caught by section 21(4) or if the "compelling public interest" override at section 23 applies (*John Doe v. Ontario (Information and Privacy Commissioner*) (1993), 13 O.R. (3d) 767).

If none of the presumptions in section 21(3) applies, the institution must consider the factors listed in section 21(2), as well as all other relevant circumstances.

Representations

The University provides representations on the application of sections 49(b) and 21(1) to the records. The University states:

> All the Records contain the personal email address of [the affected party]. In addition, Records [33 and 51 and 53], for example, contain a mixture of the personal views of [the affected party], personal information about the activities of other individuals other than the appellant, or personal information about [the affected party] provided by another individual.
>
> Records 48 and 49 relate solely to private information regarding [the affected party] or another in respect of matters unrelated to the appellant. Many records

2011 CanLII 7189 (ON IPC)

> were communications sent to the University of Ottawa from [the affected party] that were explicitly of a private or confidential nature.

The University also states that Records 46 through 65 contain the personal information of the affected party. The University states:

> Records … 46, 47, 52 - 54 and 56 - 65 inclusive, for example, identify the personal email address of [the affected party] and describe either the employment or educational history of [the affected party], medical information or a financial activity concerning [the affected party] (paragraphs 21 (3) (a), (d) and (e)). In addition, Records … 62, 63 and 64 relate to the educational or employment history of other individuals. There is no personal information of the appellant contained in these records. Therefore, there is a presumed unjustified invasion of personal privacy that cannot be rebutted by one or more factors or circumstances under section 21(2) [*John Doe v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (1993), 13 O.R. (3d) 767]. This is not a case where a compelling public interest in the record clearly outweighs the purpose of the exemption.

The affected party has provided representations in support of the view that many of the records contain personal information. The affected party reviews a number of the records in detail, and provides representations on how this information contains the affected party's personal information, as well as how disclosure would constitute an unjustified invasion of privacy.

The appellant's representations focus on the activities of the affected party as they relate to the matters involving the appellant. In that regard, the appellant does not provide representations relating to responsive records that do not relate to him.

Findings

Records 33 and 38

As identified above, Records 33 and 38 relate to the period of time when the affected party was employed by the University. I have also found that these records do not contain the personal information of the appellant, but that they do contain the personal information of individuals other than the appellant and the affected party.

Having found that these records contain the personal information of identifiable individuals, and in the absence of any factors favouring disclosure, I find that these records qualify for exemption under the mandatory exemption in section 21(1) of the *Act*.

Records 46-65

As identified above, Records 46-65 relate to the period of time when the affected party was not an employee of the University. Many of these emails relate to matters involving her personal involvement in various activities. All of these records contain the personal information of the

2011 CanLII 7189 (ON IPC)

affected party, and some of these records also contain the personal information of other identifiable individuals.

Although the records contain the personal information of the affected party (including her email address, and information about her activities and schedule) many of the records also contain what I would characterize as rather innocuous information (for example, her availability for a meeting, comments on certain issues and matters, etc.).

I have found above that three of the records (Records 50, 51 and 58) also contain the personal information of the appellant, as they contain his name along with other personal information relating to him.

On my review of Records 46-49, 52-57 and 59-65, I am satisfied that they contain the personal information of the affected party. In the absence of representations supporting the disclosure of these records, or any factors favouring disclosure, I find that these records qualify for exemption under the mandatory exemption in section 21(1) of the *Act*.

With respect to the three records which also contain the personal information of the appellant, I have reviewed these records in detail. Record 50 contains a reference to the appellant in relation to a matter which is publicly known. The references to the appellant in the other two records (51 and 58) are general references to matters and issues that the appellant is involved in, but these references also contain the personal information of the affected party, including the affected party's views and opinions. In my view, the information relating to the appellant is intertwined with the personal information of the affected party, and I find that it is not possible to sever the information contained in these three records. In the absence of any factors favouring disclosure of the information to the appellant, I am satisfied that the information contained in Records 50, 51 and 58 qualifies for exemption under section 49(b) of the *Act*.

University's Exercise of Discretion

Where appropriate, institutions have the discretion under the *Act* to disclose information even if it qualifies for exemption under any of the *Act*'s discretionary exemptions. Because sections 19 and 49(a) and (b) are discretionary exemptions, I must also review the University's exercise of discretion in deciding to deny access to the records.

The University's representations identify the considerations it took into account in deciding to exercise its discretion not to disclose the records remaining at issue. The University states:

> The University of Ottawa exercised its discretion under sections 49(a) and (b) taking into account relevant considerations and the principles of [the *Act*] and … this exercise of discretion should be upheld.

2011 CanLII 7189 (ON IPC)

With respect to the records withheld under sections 19 and 49(a), the University states:

> Historically, the University of Ottawa does not disclose solicitor-client communications as such communications are regarded as privileged. This increases public confidence in the operation of the University of Ottawa.
>
> The solicitor-client communication privilege exemption represents an assurance for University of Ottawa administrators and employees that their legal issues will be dealt with discretion and respect. The solicitor-client communication privilege is crucial to individuals being able to request and obtain legal advice in total confidence. Public confidence in the operation of the University of Ottawa will be undermined if the Records at issue are disclosed.

With respect to the records withheld under section 49(b), the University states:

> … It is important that personal information of other individuals, for which disclosure will constitute an unjustified invasion of personal privacy in accordance with [the *Act*], remain non-disclosed. The privacy of individuals needs to be protected. This is not a case where personal information should be made available to the public. …

The University also provides additional representations on the exercise of its discretion, and the factors it considered.

On my review of the positions of the parties and the records remaining at issue, and given the nature of the information in the records I have found to be exempt, as well as other factors referred to by the University and all of the circumstances of this appeal, I am satisfied that the University properly exercised its discretion in refusing to disclose the records under sections 19 and 49. Accordingly, I uphold the University's decision to deny access to the records which I have found qualify for exemption under those sections.

ORDER:

1. I order the University to disclose a copy of the non-highlighted portion of Record 41 to the appellant by sending the appellant a copy of the information by **March 16, 2011** but not before **March 11, 2011**. I have provided the University with a highlighted copy of Record 41, indicating those portions which should be disclosed, and highlighting the portions that should not be disclosed.

2. I uphold the University's decision that Records 6, 7, 8, 9, 11, 13, 15-21, 23-28, 30-32, 34-36, 39, 40, 42, 44 and 45 are excluded from the scope of the *Act*.

3. I uphold the University's decision that Records 1-5, 10, 12, 14, 22, 29, 37 and 43 qualify for exemption under sections 19 and/or 49(a) of the *Act*.

2011 CanLII 7189 (ON IPC)

4. I uphold the University's decision that Records 33, 38 and 46-65 qualify for exemption under sections 21(1) and/or 49(b) of the *Act*.

5. In order to verify compliance with the terms of Order provision 1, I reserve the right to require the University to provide me with a copy of the material which it discloses to the appellant.

Original signed by: February 9, 2011
Frank DeVries
Adjudicator

2011 CanLII 7189 (ON IPC)

Information and Privacy Commissioner,
Ontario, Canada

Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée,
Ontario, Canada

2014 CanLII 14792 (ON IPC)

ORDER PO-3325

Appeal PA12-537

University of Ottawa

March 25, 2014

Summary: The University of Ottawa received a request for access to a report prepared by a named psychiatrist and all records about the report since a specified date. The university issued a decision advising that the request was frivolous or vexatious pursuant to section 10(1)(b) of the *Act* on the basis that it was made for a purpose other than to obtain access and was made in bad faith. In this order, the adjudicator does not uphold the university's decision and orders it to issue an access decision with respect to the responsive records.

Statutes Considered: *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31, as amended, section 10(1)(b); Regulation 460, section 5.1.

Orders and Investigation Reports Considered: Orders MO-850, MO-1924, PO-2915, PO-2917 and PO-3121.

Cases Considered: *Toronto Police Services Board v. (Ontario) Information and Privacy Commissioner*, 2009 ONCA 20 (CanLII) (reversing [2007] O.J. No. 2441).

OVERVIEW:

[1] The University of Ottawa (the university) received a request under the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act* (the *Act*) for access to a report about the requester prepared by a named psychiatrist. The requester also sought access to all records which referred to the report since January 1, 2008. The requester specified

that in searching for responsive records, the university's search should include the following types of records in the following locations:

> I expect that there are respondent records (communications, emails, documents, electronic media, etc.) in the offices of:
>
> a) The Dean of the Faculty of Science, [named individual]; and
> b) The VP-Governance; and
> c) The VP-Academic; and
> d) The Legal Counsel of the University; and
> e) The President of the University; and
> f) The President's executive aide; and
> g) Campus Protection Services (Security); and
> h) University public and media relations staff and/or directors.
>
> I expect that respondent records will include but not be limited to: voice recordings, news media articles, web articles, security reports, campus surveillance information (including video), emails, letters, faxes, financial invoices and/or bills, reports by others, and other reports by [named medical doctor].
>
> Please provide all records in electronic for on CD, to save the costs of photocopies. Please provide electronic versions of all electronic media such as voice recordings, video, and photographs.

[2] The university issued a decision indicating that the request is frivolous or vexatious pursuant to section 10(1)(b) of the *Act*, for the reasons set out in section 5.1 of Regulation 460 of the *Act*.

[3] The requester, now the appellant, appealed the university's decision.

[4] During mediation, the university advised that it maintains that the request is frivolous or vexatious because it was made for a purpose other than to obtain access. The university explained that the appellant had already received access to some of the responsive records through litigation. The university also indicated that similar types of records were adjudicated in Order PO-2915 which upheld the university's decision to deny access to the responsive records.

[5] As a mediated resolution could not be reached, the appeal was transferred to the adjudication stage of the appeal process for an inquiry. The sole issue to be determined in this inquiry is whether the request is frivolous or vexatious within the meaning of section 10(1)(b) of the *Act*.

2014 CanLII 14792 (ON IPC)

[6] During my inquiry into this appeal, I sought and received representations from the university and the appellant and shared these in accordance with this office's *Code of Procedure* and *Practice Direction Number 7.*

[7] For the reasons that follow, I do not uphold the decision of the university.

2014 CanLII 14792 (ON IPC)

DISCUSSION:

Frivolous or Vexatious

[8] As noted above, in this appeal I must determine whether the appellant's request for access to specific information is frivolous or vexatious within the meaning of section 10(1)(b) of the *Act*. That section reads:

> Every person has a right of access to a record or a part of a record in the custody or under the control of an institution unless,
>
> > the head is of the opinion on reasonable grounds that the request for access is frivolous or vexatious.

[9] Section 5.1 of Regulation 460 reads:

> A head of an institution that receives a request for access to a record or personal information shall conclude that the request is frivolous or vexatious if,
>
> > (a) the head is of the opinion on reasonable grounds that the request is part of a pattern of conduct that amounts to an abuse of the right of access or would interfere with the operations of the institution; or
> >
> > (b) the head is of the opinion on reasonable grounds that the request is made in bad faith or for a purpose other than to obtain access.

[10] Section 10(1)(b) provides institutions with a summary mechanism to deal with frivolous or vexatious requests. This discretionary power can have serious implications on the ability of a requester to obtain information under the *Act*, and therefore it should not be exercised lightly.[1]

[1] Order M-850.

[11] An institution has the burden of proof to substantiate its decision that a request is frivolous or vexatious.[2]

Grounds for a frivolous or vexatious claim

(a) Pattern of conduct that amounts to an abuse of the right of access or would interfere with the operations of an institution.

[12] In the current appeal, the university does not make any submissions on whether the request at issue in this appeal demonstrates a "pattern of conduct that amounts to an abuse of the right of access or would interfere with the operations of [the university]" as contemplated by the test to determine whether it was "frivolous or vexatious" set out in section 5.1(a) of Regulation 460. It states that the "pattern of conduct" was not at issue for this specific request.

[13] Accordingly, whether or not the request can be considered to be frivolous or vexatious within the meaning of section 10(1)(b), depends on whether the portion of the test set out in section 5.1(b) of Regulation 460 can be established by the university.

(b) The request is made in bad faith or for a purpose other than to obtain access

[14] As set out in section 5.1(b) of Regulation 460, a head can conclude that a request is frivolous or vexatious within the meaning of section 10(1)(b) of the *Act* if they are of the opinion on reasonable grounds that the request is made in bad faith or for a purpose other than to obtain access.

[15] The university submits that the appellant's request was both made in bad faith and for a purpose other than to obtain access.

Purpose other than to obtain access

[16] A request is made for a purpose other than to obtain access if the requester is motivated not by a desire to obtain access, but by some other objective.[3]

[17] Previous orders have found that an intention by the requester to take issue with a decision made by an institution, or to take action against an institution, is not sufficient to support a finding that the request is "frivolous or vexatious."[4]

---

[2] *Ibid.*
[3] *Ibid.*
[4] Orders MO-1168-I and MO-2390.

2014 CanLII 14792 (ON IPC)

[18] In order to qualify as a "purpose other than to obtain access", the requester would need to have an improper objective above and beyond a collateral intention to use the information in some legitimate manner.[5]

[19] Where a request is made for a purpose other than to obtain access, the institution need not demonstrate a "pattern of conduct."[6]

[20] The university takes the position that the appellant's request has been made for "a purpose other than to obtain access" as contemplated by section 5.1(b) of Regulation 460. It points to Order M-850 where former Assistant Commissioner Tom Mitchinson discussed this key phrase:

> In my view, this is a phrase whose meaning is relatively straightforward. There are no terms of art, nor terms which have particular meaning in a legal context. If the requester was motivated not by a desire to obtain access pursuant to a request, but by some other objective, then the definition in section 5.1(b) would be met, and the request would be "frivolous" or "vexatious."

[21] It is the university's position that the appellant's motivation in making this specific request has "at least" two purposes other than to obtain access to the responsive records. It submits that the first is to "by-pass the interim award pertaining to the confidentiality of documents issued in his labour dispute with the university and be able to publish the records at stake." The second, it submits, is "to obtain a controversial decision of [this office] on the already adjudicated issue on an excluded status of the records under section 65(6) of the *Act*." It summarizes that "the appellant seeks to re-litigate matters already decided by [this office] in Order PO-2915 and by the Labour Arbitrator in his Interim Award."

[22] The university submits that the appellant already has access to the records responsive to the current request and that these records are subject to a confidentiality order issued by a labour arbitrator in proceedings involving the university and the appellant. In addition to taking the position that this indicates that the appellant's purpose in making the request is other than to obtain access, the university also expresses concern that if it were obliged to respond to the access request, the Freedom of Information Coordinator's office would be put in a position where it would "contribute to a failure to comply with the Arbitrator's Order."

[23] The university also submits that the current situation can be distinguished from that in other orders issued by this office that have found that the objective of obtaining information for use in litigation or to further a dispute between the appellant and an institution is a legitimate exercise of the right of access because in those situations the

[5] Order MO-1924.
[6] Order M-850.

2014 CanLII 14792 (ON IPC)

appellants sought information that was not already in their possession. It submits that in the context of this appeal, given that the appellant "has already been provided access to the records in an arbitration process," his purpose for making the request cannot be for the purpose of obtaining access, it must be for another purpose.

[24] The university further submits that the appellant has previously made a very similar request which was addressed by this office in Order PO-2915. In that Order, Adjudicator Frank DeVries upheld the university's decision that the responsive records were excluded from the scope of the appeal pursuant to labour relations exclusion at section 65(6)3 of the *Act*. The university submits that although the request in the current appeal is more specific and for a different time period, any responsive records "would also fall under the same exclusion as the two requests are related to the same subject matter."

[25] The appellant disputes the university's position that (1) the request repeats a prior request, (2) that he wishes to circumvent or revisit Order PO-2915, (3) that he already has access to the requested records, (4) that he seeks to circumvent the labour arbitrator's confidentiality order, and (5) that he is attempting to re-litigate the interim award.

[26] The appellant submits that due to the different date ranges ascribed to the current request and that which the university claims is similar that resulted in Order PO-2915, the current request covers different responsive records. Also, the appellant submits that the requests are differently worded and, although he concedes that there may be some "accidental overlap" in the responsive records, there is no reason to conclude that the specific records sought by his current request would also be responsive to those sought by the request that gave rise to Order PO-2915.

[27] He further submits that given that the university has not established that the current request is a repeat of a prior request, there is no basis to their argument that the request has been made in bad faith to circumvent or revisit the issues and records that were addressed in Order PO-2915.

[28] He also submits that although he obtained access to some records responsive to his current request, they were disclosed to him in a process that is distinct from the access to information process set out in the *Act* and that the records that were disclosed to him in the labour arbitration process are bound by the legal principle of "implied undertaking" which prevents disclosure to non-parties. He submits that he seeks access to the responsive records for the purpose of revealing information contained in them to the public. Additionally, he states that given that the specific grievances before the labour arbitrator are not about the subject matter covered by the current request, there is no reason to conclude that there is complete overlap between the arbitration disclosures and his current access request.

2014 CanLII 14792 (ON IPC)

[29] With respect to the university's allegation that he seeks to circumvent the arbitrator's interim award, the appellant submits that the interim award cannot be "conflated with an order to ban publication of specified documents via routes other than the litigation, as it is solely an explicit confirmation and practical application of the implied undertaking rule." He submits that the "interim award applies solely as an implied undertaking of the 'documents produced'" and "it is meant to protect the process of disclosures in litigation, not to ban access to documents obtainable via routes other than litigation, as with all implied undertaking circumstances."

[30] Finally, the appellant disputes the university's allegation that he seeks to re-litigate the arbitrator's interim award by making this request. He submits that the interim award is not about gaining access to documents, but is about the procedural protection of the disclosure process in arbitration.

[31] In reply, the university reiterates that the records responsive to the appellant's request, the specific report of the psychiatrist and three corresponding documents were provided to the appellant in the context of the arbitration proceedings involving the appellant and the university. It reiterates its position that the confidentiality order issued by the arbitrator in those proceedings encompasses these records.

[32] The university also submits that the appellant's stated motivation for seeking access to the records is for "public participation" which, in their view, is for the purpose of using the access to information process to circumvent the arbitrator's confidentiality order.

[33] On sur-reply, the appellant disputes the university's position that all the responsive records were provided to him during through arbitration proceedings as he submits that there should be more responsive records than those that he received in arbitration. He also reiterates his view that the university is not barred from providing access to the records by virtue of the arbitrator's confidentiality order.

Analysis

[34] In Order MO-1924,[7] former Senior Adjudicator John Higgins provided an extensive discussion of when a request may be found to have a purpose other than to obtain access. In that case, the institution argued that the objective of obtaining information for use in litigation or to further a dispute between an appellant and an institution was not a legitimate exercise of the right of access. In rejecting that position, former Senior Adjudicator Higgins stated:

> This argument necessitates a discussion of whether access requests may be for some collateral purpose over and above an abstract desire to obtain

[7] Followed by Orders MO-2326, PO-2761 and PO-3121.

2014 CanLII 14792 (ON IPC)

> information. Clearly, such purposes are permissible. Access to information legislation exists to ensure government accountability and to facilitate democracy (see *Dagg v. Canada* (Minister of Finance), [1997] 2 S.C.R. 403). This could lead to requests for information that would assist a journalist in writing an article or a student in writing an essay. The Act itself, by providing a right of access to one's own personal information (section 36(1)) and a right to request a correction of inaccurate personal information (section 36(2)) indicates that requesting one's personal information to ensure its accuracy is a legitimate purpose. Similarly, requesters may also seek information to assist them in a dispute with the institution, or to publicize what they consider to be inappropriate or problematic decision or processes undertaken by institutions.
>
> To find that these reasons for making a request are "a purpose other than to obtain access" would contradict the fundamental principles underlying the *Act*, stated in section 1, that "information should be available to the public" and that individuals should have a "right of access to information about themselves." In order to qualify as "a purpose other than to obtain access," in my view, the requester would need to have an improper objective above and beyond a collateral intention to use the information in some legitimate manner.

[35] I adopt the approach set out by former Senior Adjudicator Higgins for the purposes of this appeal. I find that the university has not provided sufficient evidence to support a finding that the appellant's request was made for a purpose other than to obtain access.

[36] I do not accept the university's concern that the arbitrator's award prohibits it from responding to the appellant's access request. The labour relations proceedings which involve both the appellant and the university are separate and distinct from the access process in the *Act* that sets out the appellant's right to obtain access to information. The *Act* imposes statutory obligations on institutions with respect to the disclosure of government-held information. It requires the institution to disclose information upon request, where that information is not excluded from the *Act* or is not subject to exemption from disclosure. In *Toronto Police Services Board v. (Ontario) Information and Privacy Commissioner*,[8] the Ontario Court of Appeal affirmed the strong public accountability purposes served by the *Act* and the need to "ensure that citizens have the information required to participate meaningfully in the democratic process." This is reflected in the purposes of the *Act* and in the fact that the Commissioner may make orders regarding disclosure of information that are binding on institution.

[8] 2009 ONCA 20 (CanLII) (reversing [2007] O.J. No. 2441).

2014 CanLII 14792 (ON IPC)

[37] The legislature has turned its mind to the question of when and whether confidentiality provisions outside of the *Act* may prevail over the *Act* [see section 67]. A list of prevailing provisions is contained in the *Act*, and further, some other statutes may contain their own specific prevailing positions. Beyond these, there is no provision that an institution can exclude information in its custody or control from the *Act*.

[38] In regard to the arbitrator's confidentiality order, which was provided to me by the university, there is no evidence before me that suggests that it would prevail over the university's obligations to perform its statutory duties outlined in the *Act*. There is also no evidence that when making such order the arbitrator considered or applied the *Act*. In my view, the confidentiality order does not prohibit the institution from responding to an access to information request under the *Act*.

[39] Therefore, I find that the existence of the confidentiality order does not prevent the institution from exercising its obligations under the *Act* with respect to responding to the appellant's request for information. It should be noted, however, that it is not for me to determine whether the appellant's public disclosure of any information obtained through the access to information process outlined in the *Act* that is also subject to a labour arbitrator's confidentiality order, would be a breach of that order.

[40] Although I acknowledge that the appellant may have been provided with access to some of the records that are responsive to his request during the course of labour relations proceedings, in the circumstances of this appeal, I do not accept that this necessarily leads to the conclusion that he is motivated by an objective other than to obtain access. From my review of the parties' representations, as well as the arbitrator's confidentiality order, it is clear that the access ordered to any records that may have been disclosed to him through the labour arbitration process is subject to certain restrictions. Therefore, such restricted access is clearly not equivalent to the kind of unrestricted access that would be granted under the *Act* if it is found that no exclusions or exemptions apply to some or all of the information. Accordingly, I do not accept that either the existence of the arbitrator's confidentiality order or the fact that the appellant may already have restricted access to some of the records responsive to his request supports a conclusion that he is motivated by an objective other than to obtain access.

[41] Additionally, I do not accept the university's argument that by requesting access to the specific records sought in his request, the appellant's purpose is not to obtain access to those records, but is to revisit matters that were previously addressed in Order PO-2915. From my review of the requests for records sought in both the appeal that gave rise to Order PO-2915 and the current appeal, it is clear that they are not identical. In fact, the university concedes in its representations that the request in the current appeal is more specific and for a different time period. As a result, although there may be some overlap, it is clear that records that were not at issue in Order PO-2915 would be responsive to the current request. Moreover, while it is possible and, given the subject matter, likely, that similar exclusions or exemptions might be applied

2014 CanLII 14792 (ON IPC)

to the records responsive to the request in the current appeal, I do not accept that the appeals are similar enough to find that the appellant's purpose in making this request is to revisit Order PO-2915 rather than to obtain access to the specific documents identified in his request.

2014 CanLII 14792 (ON IPC)

[42] The records sought by the appellant include and relate to a psychiatric report that was prepared about him. I accept that he legitimately seeks access to these records through the *Act*. I acknowledge that the dispute between the university and the appellant is acrimonious and that the appellant has previously publicly disclosed information that the university believes paints it in a negative light. I am well aware that should he be granted access to some or all of the responsive records he may publicly disclose some of the information that they contain. However, as noted above, in Order MO-1924, former Senior Adjudicator Higgins stated that "requesters…may seek information…to publicize what they consider to be inappropriate or problematic decision or processes undertaken by institutions." Accordingly, in the circumstances of the current appeal, regardless of what the appellant chooses to do with the information that he seeks, should he be granted access to it under the *Act*, in my view, it is clear that his purpose for making the request is genuine and he legitimately seeks access to the responsive records.

[43] As a result, I find that the university has failed to establish that the request was made by the appellant for a purpose other than to obtain access as contemplated in section 5.1(b) of Regulation 460.

Bad faith

[44] The university also submits that there are also reasonable grounds to establish that the request is made in bad faith, as contemplated by the "bad faith" component of section 10(1)(b).

[45] Where a request is made in bad faith, the institution need not demonstrate a "pattern of conduct."[9]

[46] "Bad faith" has been defined as:

> The opposite of "good faith", generally implying or involving actual or constructive fraud, or a design to mislead or deceive another, or a neglect or refusal to fulfil some duty or other contractual obligation, not prompted by an honest mistake as to one's rights, but by some interested or sinister motive. ... "bad faith" is not simply bad judgement or negligence, but rather it implies the conscious doing of a wrong because of dishonest purpose or moral obliquity; it is different from the negative idea of

[9] Order M-850.

> negligence in that it contemplates a state of mind affirmatively operating with furtive design or ill will.[10]

[47] The university submits that although its "initial motive" for finding that section 10(1)(b) applied to the request was based on its position that the requester was making an access request for purposes other than to obtain access, all of the reasons that it has previously mentioned can also provide reasonable grounds to conclude that the appellant had "a state of mind affirmatively operating with furtive design" and therefore, that the appellant's request was made in bad faith.

[48] The university submits that in Order M-850, former Assistant Commissioner Mitchinson summarized examples of the meaning of "abuse" in the legal context and included in that summary "situations where a process is used more than once for the purpose of revisiting an issue which has been previously addressed." It submits:

> [T]he combination of the fact that the appellant already has access to the requested records and the knowledge by the appellant of the precedent orders, which protected the confidentiality of the records and excluded this type of document from the scope of the *Act*, it would be hard to conclude that this request was made in good faith.

[49] It also submits that by making the request at issue in the current appeal, the appellant seeks to revisit "matters already decided by [this office] in Order PO-2915 and by the labour arbitrator in his interim award." Specifically, it submits that given that the appellant already has access to the requested records, coupled with the appellant's knowledge of precedent orders, including Order PO-2915, which protected the confidentiality of the records and excluded them from the scope of the *Act.* As a result, the university submits that it would be difficult to come to a conclusion that the request was made in good faith.

[50] The university further submits that it "had a 'reasonable ground' to conclude that the appellant had a 'state of mind affirmatively operating with furtive design,'" and therefore, that the appellant's request was made in bad faith." It does not, however, provide the evidentiary basis for that "reasonable ground" in its representations.

[51] The appellant submits that seeking access to records through the access to information process set out in the *Act* cannot be said to be in bad faith "simply because some [responsive] records are subject to an implied undertaking." He further submits that for reasons outlined in his arguments that I have set out under the heading "Purpose other than to obtain access," the university has not satisfied its burden to show his request was made in "bad faith."

---

[10] *Ibid.*

2014 CanLII 14792 (ON IPC)

Analysis

[52] Applying the definition referred to above, for similar reasons as those I have outlined above in my analysis of whether the appellant's purpose for filing the request was one other than to obtain access, I find that there is insufficient evidence before me to support a finding of bad faith on the part of the appellant in this appeal. Although the appellant has previously filed a large number of access requests with the university and it is of the view that he is using the *Act* in order to criticize its actions and administration, in my view, there is insufficient evidence to establish that, in this case, he is motivated by some dishonest purpose. The records responsive to his request include and relate to a report prepared by a psychiatrist that contains an evaluation of the appellant himself. I am satisfied that the appellant has a genuine desire to seek access to the specific records that he has requested.

[53] As previously noted, the appellant may already have obtained access to some of the responsive records through the arbitration proceedings. As highlighted by both the university and the appellant, for the purposes of the labour arbitration these records are subject to a confidentiality order that imposes an "implied undertaking" on the parties not to disclose them. In my view, this does not support a conclusion that the request was made in "bad faith." Rather, I find that the appellant legitimately seeks access to the records using the access scheme outlined in the *Act*, which as noted above is separate and distinct from the arbitration process, recognizing that should he be granted access to them, or portions of them, his use of that information will not be subject to restrictions.

[54] Again, I acknowledge that the relationship between the parties is acrimonious and that the appellant has previously publicly expressed negative comments about the university. I also acknowledge that the appellant has stated that he seeks access to this information for "public participation" and may choose to reveal whatever information that may be disclosed to him in a public forum. As stated by Adjudicator Laurel Cropley in Order M-1154, "there is nothing in the *Act* which delineates what a requester can and cannot do with information once access has been granted to it." Similarly, as I noted above, former Senior Adjudicator Higgins stated in Order MO-1924 that "requesters may also seek information … to publicize what they consider to be inappropriate or problematic decisions or processes undertaken by institutions." In my view, the fact that the appellant may publicly disclose the content of the records if he is granted access to them does not mean that his reasons for using the access scheme are not legitimate or are in "bad faith."

[55] There is insufficient evidence before me to suggest that, with respect to the access request before me, the appellant is acting with some dishonest or illegitimate purpose or goal. I am satisfied that he legitimately seeks access to the information that he has requested, which is a report prepared by a psychiatrist about him, and I am unable to ascribe "furtive design or ill will" on his part. As a result, I find that the

2014 CanLII 14792 (ON IPC)

university has failed to establish that the request was made by the appellant in bad faith for the purposes of section 5.1(b) of Regulation 460.

[56] In sum, I do not uphold the university's decision that the request that is at issue in this appeal is frivolous or vexatious as contemplated by section 10(1)(b) of the *Act*. Accordingly, I will order the university to provide the appellant with a decision letter in response to his request.

ORDER:

1. I order the university to provide the appellant with a decision letter in response to his request for for access to a report by a named psychiatrist and all records about the report since January 1, 2008, in accordance with the provisions of the *Act*, treating the date of this order as the date of his request. The university is to refer to the wording of the original request when responding to it and when preparing its decision letter.

2. In order to verify compliance with provision 1 of this order, I reserve the right to require the university to provide me with a copy of any decision letter provided to the appellant.

Original signed by: March 25, 2014
Catherine Corban
Adjudicator

2014 CanLII 14792 (ON IPC)

Information and Privacy Commissioner,
Ontario, Canada

Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée,
Ontario, Canada

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

ORDER PO-3686

Appeal PA12-537-2

University of Ottawa

January 12, 2017

Summary: The appellant is a former employee of the university. His employment was terminated by the university. He submitted an access request for a report about him prepared by a psychiatrist, and other records "about" the report. The university claims that the responsive records are excluded from the application of the *Act* under section 65(6)3 (employment or labour relations). This order upholds that claim. The appellant claims that he should receive access to the records, arguing that section 65(6) is either unconstitutional, or constitutionally inapplicable, based on the right to freedom of expression under section 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The appellant's *Charter* claim is not upheld. The appellant also claims that additional records should exist. This order determines that the additional records referred to by the appellant, if they existed, would not be responsive to the request, and/or would be excluded from the application of the *Act* under section 65(6)3. Accordingly, no additional searches are ordered. The appeal is dismissed.

Statutes Considered: *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31, as amended, sections 24, 42(1)(m), 52(4), 52(8), 65(6)3; *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Schedule B to the *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), sections 2(b), 8 and 32; and *Constitution Act*, Schedule B to the *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), section 52(1).

Orders and Investigation Reports Considered: P-880, PO-2074-R, PO-2554, PO-3323, PO-3325.

Cases Considered: *Ontario (Workers' Compensation Board) v. Ontario (Assistant Information & Privacy Commissioner)* (1998), 41 O.R. (3d) 484; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62; *Ontario (Ministry of Community and Social Services) v. Doe*, 2014 ONSC 239; *Ontario (Ministry of Correctional Services) v. Goodis* (2008), 89 O.R. (3d) 457, [2008] O.J. No. 289 (Div. Ct.); *Ontario (Solicitor General) v. Ontario (Assistant Information and Privacy Commissioner)* (2001), 55 O.R. (3d) 355 (C.A.), leave to appeal refused [2001] S.C.C.A. No. 507; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12; *R. v. Clarke*, 2014 SCC 28; *Taylor-Baptiste v. Ontario Public Service Employees Union*, 2015 ONCA 495; *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23; *Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 47; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 SCR 229; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 SCR 624; *Moghadam v. York University*, 2014 ONSC 2429; *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, 2011 SCC 25; *R. v. Jarvis*, 2002 SCC 73; *R. v. Court* (1997), 36 O.R. (3d) 263, 1997 CanLII 12180 (ON SC); *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4; *Solosky v. the Queen*, [1980] 1 SCR 821, 1979 CanLII 9; *Blank v. Canada (Minister of Justice)* (2006), 270 D.L.R. (4th) 257 (S.C.C.), [2006] S.C.J. No. 39; *Union Carbide Canada Inc. v. Bombardier Inc.*, 2014 SCC 35; *Doe v. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police*, (June 3, 1997), Toronto Doc. 21670/87Q (Ont. Gen. Div.).

Other Authorities Considered: *Administrative Law Matters*, June 12, 2014; *International Covenant on Civil and Political Rights*, Articles 17 and 19.2.

OVERVIEW:

Background

[1] The appellant is a former employee of the University of Ottawa (the university). The appellant's employment was terminated by the university. The appellant's union brought several grievances on his behalf. The grievance pertaining to the termination of the appellant's employment was dismissed by the arbitrator. The arbitrator's decision is the subject of an ongoing application for judicial review.

[2] The records at issue in this appeal were generated during the processes followed by the university that led to the termination of the appellant's employment. The records were provided to the union by the university during the grievance arbitration process and the appellant has copies of all of them. However, the records were not entered into evidence at the grievance arbitration, and remain subject to an implied confidentiality undertaking.

[3] The appellant seeks access to the records under the *Act*. One effect of the university's decision to deny access to the records under the *Act* is that, in the appellant's hands, they remain subject to the implied confidentiality undertaking.

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

The access request and this appeal

[4] The appellant made a request under the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act* (the *Act*) for access to a report prepared by a psychiatrist, relating to himself (the report), and any other records "about the report."

[5] The university located responsive records and denied access to them on the basis that the request was "frivolous or vexatious" under section 10(1)(b) of the *Act*. The appellant appealed this decision to this office (also referred to in this order as the IPC), and Appeal PA12-537 was opened. Adjudicator Catherine Corban addressed that appeal in Order PO-3325. She did not uphold the university's decision, and ordered it to provide the appellant with an access decision.

[6] The university responded to Order PO-3325 by issuing a decision denying access to the responsive records, including the report. The university relied on the exclusion in section 65(6) of the *Act* (employment or labour relations). The appellant appealed that decision to this office, arguing that the university is not entitled to rely on the exclusion in section 65(6) and that this provision is unconstitutional. He also asserts that additional responsive records ought to exist, thereby challenging the adequacy of the university's search. To address the new appeal, the IPC opened Appeal PA12-537-2, which is the subject of this order.

[7] During the intake stage of this appeal, the university advised the IPC that, in particular, the university relies on section 65(6)3. Also during the intake stage, the appellant served the IPC, the university, the Attorney General of Canada and the Attorney General of Ontario with a Notice of Constitutional Question (NCQ). The NCQ asserts that section 65(6) of the *Act* is unconstitutional as it violates the appellant's right to freedom of expression under section 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the *Charter*).

[8] In the NCQ, the appellant states that the records are a necessary precondition for making meaningful expression about the university's practices affecting its employees and students, and the public at large.

[9] After receipt of the NCQ, this appeal moved directly to the adjudication stage of the appeals process, where an adjudicator conducts an inquiry under the *Act*.

[10] The IPC began the inquiry by sending a Notice of Inquiry to the university, inviting it to provide representations, which it did. The IPC then sent a Notice of Inquiry to the appellant, inviting him to provide representations, along with a complete copy of the university's representations. The appellant responded with representations. The IPC then provided a complete copy of the appellant's representations to the university, inviting it to provide reply representations, which it did.

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

[11] This appeal was then transferred to me to complete the inquiry. I sent a complete copy of the university's reply representations to the appellant, inviting him to provide sur-reply representations, which he did.

[12] The Attorneys General of Ontario and Canada did not provide the IPC with representations or any other response to the NCQ.

[13] As noted previously, the appellant takes the position that the university did not conduct a reasonable search for records. Although this was not expressly addressed in the Notice of Inquiry, the appellant raised it in his representations. The university responded to the appellant's representations on this subject in its reply representations, and the appellant addressed these submissions at sur-reply. Accordingly, I will address the issue in this order under Issue C, below.

[14] In his representations, the appellant sometimes mentions the university's failure to contest some of the points or evidence he raises, as though that means they are established and cannot be questioned. This is not the case. It is my responsibility to weigh the evidence and arguments that have been presented. I am not compelled to accept evidence that is not credible, or arguments that are lacking in cogency or inconsistent with case law, simply because they have not been the subject of comment by the other party.[1]

[15] In conducting this inquiry, I have reviewed the voluminous material provided by the parties, and weighed all of the evidence and argument they have submitted. In the interest of keeping this order to a reasonable length, and focused on the issues before me, I will refer only to evidence and argument that are relevant to those issues.[2] I have also limited my references to the representations of the parties, in some instances, for reasons of confidentiality.

[16] In this order, I uphold the university's decision to apply section 65(6)3 to the responsive records. In addition, I find that the appellant's right to free expression under section 2(b) of the *Charter* has not been infringed as a result of the university's denial of access to the records. On the reasonable search issue, I conclude that the additional records that the appellant claims should exist would not be responsive to his request, and/or would be excluded from the application of the *Act* under section 65(6)3, and there is therefore no basis to order the university to conduct further searches.

[17] The appeal is therefore dismissed.

---

[1] *Ontario (Workers' Compensation Board) v. Ontario (Assistant Information & Privacy Commissioner)* (1998), 41 O.R. (3d) 484.
[2] See *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62.

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

RECORDS:

[18] The records at issue in the appeal consist of the report, two emails, a fax cover page, and an invoice for the preparation of the report.

ISSUES:

A. Are the records excluded from the operation of the *Act* as a result of the application of section 65(6)3 of the *Act*?

B. Is section 65(6) unconstitutional or constitutionally inapplicable under section 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

C. Did the university conduct a reasonable search for records?

DISCUSSION:

Issue A: Are the records excluded from the operation of the *Act* as a result of the application of section 65(6)3 of the *Act*?

[19] Section 65(6)3 states:

> Subject to subsection (7), this Act does not apply to records collected, prepared, maintained or used by or on behalf of an institution in relation to any of the following:
>
> > Meetings, consultations, discussions or communications about labour relations or employment related matters in which the institution has an interest.

[20] If section 65(6) applies to the records, and none of the exceptions found in section 65(7) applies, the records are excluded from the scope of the *Act*.

[21] For the collection, preparation, maintenance or use of a record to be "in relation to" the subjects mentioned in paragraph 3 of this section, it must be reasonable to conclude that there is "some connection" between them.[3]

[22] The term "employment of a person" refers to the relationship between an employer and an employee. The term "employment-related matters" refers to human

[3] Order MO-2589; see also *Ministry of the Attorney General and Toronto Star and Information and Privacy Commissioner*, 2010 ONSC 991 (Div. Ct.).

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

resources or staff relations issues arising from the relationship between an employer and employees that do not arise out of a collective bargaining relationship.[4]

[23] If section 65(6) applied at the time the record was collected, prepared, maintained or used, it does not cease to apply at a later date.[5]

[24] The exclusion in section 65(6) does not exclude all records concerning the actions or inactions of an employee simply because this conduct may give rise to a civil action in which the Crown may be held vicariously liable for torts caused by its employees.[6]

[25] The type of records excluded from the *Act* by section 65(6) are documents related to matters in which the institution is acting as an employer, and terms and conditions of employment or human resources questions are at issue. Employment-related matters are separate and distinct from matters related to employees' actions.[7]

[26] The phrase "in which the institution has an interest" means more than a "mere curiosity or concern", and refers to matters involving the institution's own workforce.[8]

[27] The records collected, prepared maintained or used by the institution are excluded only if [the] meetings, consultations, discussions or communications are about labour relations or "employment-related" matters in which the institution has an interest. Employment-related matters are separate and distinct from matters related to employees' actions.[9]

[28] For section 65(6)3 to apply, the institution must establish that:

1. the records were collected, prepared, maintained or used by an institution or on its behalf;

2. this collection, preparation, maintenance or usage was in relation to meetings, consultations, discussions or communications; and

3. these meetings, consultations, discussions or communications are about labour relations or employment-related matters in which the institution has an interest.

---

[4] Order PO-2157.
[5] *Ontario (Solicitor General) v. Ontario (Assistant Information and Privacy Commissioner)* (2001), 55 O.R. (3d) 355 (C.A.), leave to appeal refused [2001] S.C.C.A. No. 507.
[6] *Ontario (Ministry of Correctional Services) v. Goodis* (2008), 89 O.R. (3d) 457, [2008] O.J. No. 289 (Div. Ct.).
[7] *Ontario (Ministry of Correctional Services) v. Goodis*, cited above.
[8] *Ontario (Solicitor General) v. Ontario (Assistant Information and Privacy Commissioner),* cited above.
[9] *Ontario (Ministry of Correctional Services) v. Goodis*, cited above.

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

Representations

University's initial representations

[29] The university submits that the records at issue were prepared by the psychiatrist who drafted the report on its behalf, and that they were subsequently maintained and used by the university. The university also submits that the records were prepared, maintained and used in relation to meetings, consultations, discussions and communications, including consultations with the author of the report, as well as internal meetings, discussions and communications at the university. The university submits further that these meetings, discussions and communications were about matters regarding the appellant's employment and his conduct in the workplace.

[30] The university cites *Ontario (Ministry of Community and Social Services) v. Doe*,[10] which found that to qualify for exclusion under section 65(6)3, ". . . the record must be *about* labour relations or employment-related matters." As the university notes, that case also refers to *Ontario (Ministry of Correctional Services) v. Goodis*,[11] where the Court characterized the types of records excluded under section 65(6) as "documents related to matters in which the institution is acting as an employer, and the terms and conditions of employment or human resources questions are at issue."

[31] The university submits that the records meet the tests set out in these two decisions.

[32] The university submits further that: "[t]he appellant later put the report in issue in a labour arbitration proceeding regarding the termination of his employment with the university."

[33] With its representations, the university provided a copy of a sworn but undated affidavit by one of its lawyers. This affidavit states, among other things, that three ongoing grievances are currently before the arbitrator. This affidavit was originally provided to the IPC during the inquiry into Appeal PA12-537 which, as already noted, dealt with the university's initial claim, dismissed in Order PO-3325, that the appellant's request is frivolous or vexatious. As stated previously, the grievance arbitration is now complete, and the matter is before the Divisional Court in the form of a judicial review.

Appellant's initial representations

[34] The appellant objects to the university's contention that he "put the report in issue in a labour arbitration proceeding." He states that no evidence has been produced to this effect, and that this claim is utterly false.

---

[10] (2014), 120 O.R. (3d) 451 at para. 29.
[11] (cited above), at para. 35.

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

[35] The representations I have received on this point demonstrate that the report was produced to the appellant's union during the grievance process, and that it was not entered into evidence by anyone. If the university itself had relied upon the report during the grievance process, this might have provided support for the application of section 65(6)1, which refers to proceedings that would include a grievance arbitration hearing. But the university does not rely on this provision.

[36] Perhaps the appellant's intention in disputing the claim that he "put the report in issue" during the grievance process was to suggest that the university's representations are not factual in a more general sense, but he does not say so. As already noted, it is my duty to weigh the evidence and arguments that are put to me, and I have done so in reaching my decisions in this appeal. I accept that the appellant did not "put the report in issue" during the grievance proceedings. However, this is not conclusive as regards the potential application of section 65(6)3, which does not require that a record was collected, prepared, used or maintained in relation to proceedings.

[37] The appellant also argues that the "university's undated and outdated affidavit has a potential to cause misdirection." Referring to the affidavit he provided with his representations, the appellant states that the university's lawyer's affidavit was used in an earlier submission by the university prior to the issuance of Order PO-3325. He also states that the university's lawyer's affidavit is "incorrect at the present time" in that it refers to three active grievances. As the appellant notes, those grievances were addressed in the arbitrator's decision which is now the subject of an application for judicial review.

[38] The concern advanced here by the appellant, that the grievances are no longer ongoing before the arbitrator, whose decision is now the subject of an application for judicial review, is irrelevant to any issue before me. Moreover, similar to my analysis of the appellant's argument that he did not put the report in issue in the grievance, the presence of an active grievance arbitration, or, for that matter, a judicial review relating to employment or labour relations matters, is not required in order for section 65(6)3 to apply. Also, section 65(6) is not time-limited in its application. As noted previously, if section 65(6) applied at the time the record was collected, prepared, maintained or used, it does not cease to apply at a later date.[12]

[39] The appellant submits that "[t]he stated or inferred purpose of the Report and the evidence of use of the Report are determinative." While I agree that any statement of purpose in the report may be relevant, I note that section 65(6) requires that records were "*collected, prepared, maintained* or used by or on behalf of an institution . . ." [emphasis added] in relation to the matters listed in the rest of section 65(6). Accordingly, I do not agree that evidence relating to "use" is determinative to the exclusion of evidence relating to collection, preparation or maintenance of the records.

[12] *Ontario (Solicitor General) v. Ontario (Assistant Information and Privacy Commissioner)*, cited above.

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

[40] In any event, part 1 of the test requires that "the records were collected, prepared, maintained or used by an institution or on its behalf," and the appellant "admits that the record was prepared on behalf of the university," based on the first sentence of the report, and that part 1 of the test is therefore satisfied.

[41] Under part 2, the appellant submits that "collection, preparation, maintenance or usage" of the records would not be "in relation to" meetings, consultations, discussions or communications" if, for example, the records themselves constitute communications about labour relations or employment-related matters in which the university has an interest. He asserts that the test under section 65(6) ". . . would be an absurdity if it meant that the two objects that are 'in relation' or that have 'some connection' are the same object." In other words, according to the appellant, the record that is collected, prepared, maintained or used in relation to meetings, consultations, discussions or communications must be some separate document that is not, in and of itself, the communication, consultation, etc.

[42] As already noted, for the collection, preparation, maintenance or use of a record to be "in relation to" the subjects mentioned in paragraph 3 of this section, it must be reasonable to conclude that there is "some connection" between them. In other words, there must be "some connection" between the collection, preparation, maintenance or usage of the records and "meetings, consultations, discussions or communications" about the subjects referred to in section 65(6)3. I fail to see how a record that is, itself, a communication that was prepared on behalf of the university, is not a record whose preparation was "in relation to" communications.[13] The appellant suggests that making this finding would be absurd. In my view, the opposite is the case. It would be absurd, artificial and unreasonable to adopt the approach advocated by the appellant and find that such a record was not prepared "in relation to" communications.

[43] Attempting to build on this argument, the appellant submits that there is no evidence of "distinct" meetings, consultations, discussions or communications having some connection to the report. For the reasons just given, this is not necessary to meet part 2 of the test.

[44] The appellant also makes arguments based on the chronology of events relating to his dismissal and the provision of the report to the university, arguing that this proves that the report could not have been "used in relation to" meetings, consultations, discussions or communications. This argument depends on the appellant's earlier attempt to impose a requirement that a record cannot itself be prepared or used as, and therefore "in relation to," a communication. I have already rejected that argument.

[13] For an example of a decision where a communication was found to have been used in relation to communications under section 65(6)3, see Order PO-3323, cited by the university in its reply representations. See also Order PO-2074-R.

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

[45] The appellant argues that the report is not related in any functional way to his work. He argues that the report predicts events that may potentially occur after he was dismissed, and also refers to the fact that he had already been dismissed by the time the university received the report. Both these arguments are intended to demonstrate that the report is not employment-related. He also seeks to apply the dicta from *Ontario (Ministry of Correctional Services) v. Goodis*,[14] to the effect that "[e]mployment-related matters are separate and distinct from matters related to employees' actions."

[46] It is clear from the evidence that the university ordered the report before it dismissed the appellant, although it did not receive the report until after it had informed the appellant that he was being dismissed[15]. It is also clear that the report relates to the appellant's possible dismissal. In my view, this is an employment-related matter. This result is not contradicted by the Divisional Court's decision in *Ontario (Ministry of Correctional Services) v. Goodis*.[16]

[47] *Goodis* addressed the question of whether records relating to a lawsuit against the institution for vicarious liability relating to employee misconduct are excluded under section 65(6)1 or 3. It is in that sense that matters relating to "employees' actions" do not attract the application of section 65(6). Records prepared in relation to human resources issues such as possible dismissal are not comparable to those at issue in *Goodis*, and are, almost by definition, employment-related. As well, they appear to fit neatly within the description, given by the Divisional Court in that case, of the type of records that *would* be excluded under section 65(6): "documents related to matters in which the institution is acting as an employer, and . . . human resources questions are at issue."[17] Accordingly, the outcome in *Goodis* is distinguishable, and I do not accept this submission.

[48] The appellant suggests that section 65(6)3 cannot apply on the basis of the appellant's allegation that the university's actions in commissioning the report were improper. In particular, he submits that ". . . there is sufficient evidence to conclude that the Report and the manner in which it was produced constitute professional malfeasance to a sufficient degree that the Report and its production cannot be related to any matters 'in which the institution has an interest'. . . ." This suggests that the IPC is to become an arbiter of the behaviour of institutions, and if it is found to be lacking in some manner, the institution would be punished by losing its ability to rely on section 65(6)3. I reject this argument. As outlined below, this was also the subject of further discussion in subsequent representations. At this point, I would observe that the jurisprudence establishes that I am required to determine, on the facts, whether the

[14] (cited above), at para. 23.
[15] The evidence shows that the author of the report conducted an interview relating to the preparation of the report several days before the university informed the appellant of his dismissal.
[16] Cited above.
[17] *Goodis*, at para. 24.

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

criteria in section 65(6)3 are met, and "has an interest" means "more than a mere curiosity or concern."[18]

[49] One factor cited by the appellant in relation to the university's alleged "malfeasance" is his allegation that detailed and intimate information about himself and his family in the report was hearsay provided to the author of the report by another university employee during an interview, and that this information "could not possibly have been collected for the purpose of making the Report. . . ." This is, in essence, an allegation that this information was collected, used or disclosed in a manner that is not consistent with the privacy rules in Part III of the *Act*. This allegation is not under consideration in this appeal, which is not a privacy complaint investigation. Rather, this appeal addresses the issue of access to the records. I will discuss the appellant's options in relation to his privacy concerns in more detail at the end of this order.

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

University's reply representations

[50] In reply, the university's submissions concerning the employment-related matter in which it claims to have an interest under section 65(6)3 refer to the appellant's possible dismissal and the university's rationale for obtaining the report, which is directly related to him possibly being dismissed.

[51] The university also responds to the appellant's argument that the report is not related in any functional way to his employment. The university submits that this ". . . imposes a higher threshold for the application of section 65(6)3 than has been accepted by the IPC and the Courts." The university goes on to state:

> The Report need only be about a matter in which the University is acting as employer, and the terms and conditions of employment are in issue. It need not be related to the "full spectrum" of the employee's duties, nor be related in a "functional way" to those duties.

[52] The university's reference to the terms and conditions of employment derives from *Ontario (Ministry of Correctional Services) v. Goodis*. Although the outcome in *Goodis* is distinguishable, the discussion it sets out, pertaining to the way in which section 65(6) is to be applied, remains relevant. For a better understanding of the criteria as actually stated by the Court, I will repeat the actual passage in question (which I have already reproduced above):

> . . . the type of records excluded from the Act by s. 65(6) are documents related to matters in which the institution is acting as an employer, and terms and conditions of employment or human resources questions are at issue.[19]

---

[18] *Ontario (Solicitor General) v. Ontario (Assistant Information and Privacy Commissioner),* cited above.
[19] *Ontario (Ministry of Correctional Services) v. Goodis*, cited above, at para. 24.

[53] I agree with the university that section 65(6)3 does not require that the records, or the employment-related matter, be related to the "full spectrum" of the employee's duties, or related in a "functional way" to those duties. Moreover, as the quote from *Goodis* makes clear, the terms and conditions of employment, *or human resources questions*, must be at issue. The records clearly relate to the human resources issue of the appellant's possible dismissal. As already stated, records prepared in relation to human resources issues such as possible dismissal are, almost by definition, employment-related.

[54] The university also denies the appellant's allegations of misconduct, and argues that section 65(6)3 does not inquire into such matters. The university submits that the appellant's interpretation ". . . reads substantial new restrictions into s. 65(6)3 which are not found in the language of the statute, nor in the jurisprudence."

[55] Above, I have already rejected any suggestion that the IPC is to become an arbiter of the behaviour of institutions which, if found to be lacking in some manner, would cause the institution to lose its ability to rely on section 65(6)3. I will refer to this subject again in my discussion of the appellant's sur-reply representations, where he made additional comments about it, and will also refer in more detail to the university's position.

The appellant's sur-reply representations

[56] In sur-reply, the appellant makes further arguments about the question of whether the report itself can be a communication and in that way, meet the requirement that its collection, preparation, maintenance or use must be "in relation to" meetings, consultations, discussions or communications. He says that the university:

> . . . *falsely states* "The Appellant suggests it would be 'an absurdity' if the meetings, consultations, discussions or communications could be embodied in the record in issue." [Emphasis added.]

[57] The appellant now essentially denies having made this argument, arguing that, instead, he:

> . . . did not say or suggest that a record in issue could not be about meetings, consultations, discussions or communications in which the institution has an interest. Rather, the Appellant argued that there is no connection between the Report and consultations, discussions or communications in which the institution has an interest.

[58] However, the appellant did, in fact, make this argument, as outlined in my earlier discussion of his initial representations. None of his submissions in sur-reply would lead

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

me to alter my analysis, above, in which I rejected this argument. It is clear that the report was "prepared" in relation to "communications" because it is, itself, a communication.

[59] The appellant also refers to the "fact" that the university ". . . did not bring the Report in evidence in making its [initial] Submissions, nor did it reveal that it had disclosed the Report to the IPC." In that regard, I note that the university had provided all the records at issue, including the report, to this office prior to submitting its initial representations in this appeal.

[60] As for the appellant's comment that the university failed to reveal that it had provided the report to the IPC, I am left to surmise that the appellant finds this problematic from a privacy perspective. It is not. Section 52(4) of the *Act* gives the Commissioner the power to compel production of ". . . any record that is in the custody or under the control of an institution. . . ." This includes records that are claimed to be exempt and records that are claimed to be excluded from the application of the *Act* under section 65. In most appeals, including this one, institutions provide the records at issue in response to a request for documentation from the IPC, which is sent out in virtually every appeal at the intake stage. In such instances, the IPC is not required to order production, even though it could. The IPC is clearly empowered to review the records at issue in order to deal with appeals that come before it. Disclosure of personal information to the IPC is also authorized under section 42(1)(m) of the *Act* and is not a violation of personal privacy.

[61] In addition, the appellant submits that:

- the report only became available to the university after it had dismissed him; and

- there is no evidence or allegation that the report was ever "used."

[62] These submissions do not assist the appellant. The first bullet point does not mean that the report is not employment-related; as I have already observed, the evidence makes it clear that the university commissioned the report prior to dismissing the appellant. With respect to the argument that the report was not "used," section 65(6)3 applies to records that were "*collected, prepared, maintained* or used" [emphasis added] by an institution in relation to "meetings, consultations, discussions or communications about an employment-related matter in which the institution has an interest." Use is not required if the record was collected, prepared or maintained in relation to the matters referred to in the section. I have already noted that the report was prepared on behalf of the university and, because it is, itself, a communication, it was prepared "in relation to" communications.

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

[63] The appellant then returns to his argument based on *Ontario (Ministry of Correctional Services) v. Goodis*[20] and argues that the subject matter of the report is further removed from employment-related matters than allegations of misconduct against government employees in the course of employment. I reiterate that, in my view, the outcome in *Goodis* is distinguishable because it dealt with records pertaining to litigation against an institution for vicarious liability in relation to employee misconduct, which is very different than the circumstances here, where the records relate to the possible dismissal of the appellant, a human resources issue. As I observed earlier, human resources issues are, almost by definition, employment-related matters.

[64] Referring to the university's argument that the records need only "be about a matter in which the University is acting as an employer, and the terms and conditions of employment are at issue," the appellant also states that "the terms and conditions of employment" are not at issue in the report. As I explained above, in setting out the university's version of this argument, this is a reference to *Ontario (Ministry of Correctional Services) v. Goodis*, where the Court (in a passage I have already reproduced) observed that the type of records excluded from the Act by section 65(6) are documents "related to matters in which the institution is acting as an employer, and terms and conditions of employment *or human resources questions* are at issue."[21] [Emphasis added.]

[65] The dismissal or contemplated dismissal of the appellant is clearly a human resources issue in which the university acts as employer. When stated in full, the *Goodis* criteria do not assist the appellant here.

[66] The appellant also reiterates his earlier arguments that the university does not "have an interest" in the report as ". . . it cannot be in the interest of the institution to perform acts that are manifestly improper." I have already addressed this argument, above. Simply put, the question is not whether the commissioning of the report was in the university's interest; rather, the question is a different one: is the report about an employment-related matter in which the university has an interest (defined as "more than a mere curiosity or concern")? In my opinion, as further discussed below, the answer to that question is "yes."

[67] At the conclusion of his reply representations, the appellant amplifies this point further by stating:

> Therefore, misconduct – from misdirection in mandate to ethical breaches in criminal behaviour – is a factor that must be considered when pleaded on appeal, as is the case here. Otherwise, to turn a blind eye to the question of the Appellant's evidence-based pleading of misconduct and to

[20] Cited above.
[21] *Ontario (Ministry of Correctional Services) v. Goodis*, cited above, at para. 24.

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

> thereby allow the exclusion would have the effect of shielding the institution from public accountability, an effect that is contrary to the purpose of the *Act*. Public accountability is not restricted to a tunnel vision of the institution's statutory mandate but includes misconduct in all institutional activities, whether the said activities are justified or not.

[68] As I have already stated, above, this argument ". . . suggests that the IPC is to become an arbiter of the behaviour of institutions, and if it is found to be lacking in some manner, the institution would lose its ability to rely on section 65(6)3. I reject this argument." I also noted that ". . . I am required to determine, on the facts, whether the criteria in section 65(6)3 are met, and 'has an interest' means 'more than a mere curiosity or concern.'" As the university stated in its reply representations:[22]

> Needless to say, the University denies the Appellant's allegations of misconduct in this respect. In any event, the Appellant's submissions are without merit. The well-established test for the application of s. 65(6)3 does not inquire into whether the circumstances of the creation of a record, or the contents of a record were "materially inconsistent with the institution's statutory and legal obligations." The Court of Appeal has confirmed that the test does not even inquire into the nature of an institution's interest in a record, and that a "legal interest" is not required.[23] The test only asks whether an institution has "more than a mere curiosity or concern" in the employment-related matter to which the record relates. The test posed by the appellant reads substantial new restrictions into s. 65(6)3 which are not found in the language of the statute, nor in the jurisprudence.
>
> The appellant's proposed restriction would also assign to the IPC the task of assessing each record brought before it to determine whether the record could, in some way, be said to be inconsistent with an obligation on the part of the institution in question. This task would take the IPC far beyond its jurisdiction, requiring it to make findings of fact about the legitimacy of the actions of an institution through a "moral, ethical or civil-law" lens, in matters with no bearing on the institution's obligations under [the *Act*]. The Appellant's proposed restriction is impossible to interpret and apply in practice.

[69] I agree with the university. While inappropriate behaviour by institutions may attract the application of the "public interest override" found at section 23 of the *Act*, that override does not apply to exclusions such as section 65(6). Moreover, section 23 provides clear criteria for its application, such that there must be a compelling public

[22] (set out here, rather than in my discussion of the university's reply representations, above, for ease of reference)
[23] *Ontario (Solicitor General) v. Ontario (Assistant Information and Privacy Commissioner*), cited above.

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

interest in disclosure that clearly outweighs the purpose of an exemption. By contrast, as the university notes, the appellant's proposed approach is impossible to interpret and apply in practice. In any event, as I noted above, this office is required to determine, on the facts, whether the criteria in section 65(6)3 are met.

[70] As previously stated, "has an interest" means "more than a mere curiosity or concern."[24] That is the test I will apply here.

Analysis and Conclusions

Part 1: collected, prepared, maintained or used by an institution or on its behalf

[71] It is clear on the evidence, including the records themselves, that the report and the other records at issue were prepared by or on behalf of the university, meeting part 1 of the test. Some of the records were prepared by the psychiatrist, and others by university staff.

Part 2: "in relation to" meetings, consultations, discussions or communications

[72] All of the records are communications. For the reasons outlined above, I find that as the records themselves are communications, their preparation had "some connection" to communications, and part 2 of the test is met. In addition, I find that all of the records other than the report had "some connection" to the report, itself a communication, since they are ancillary documents that reference or deal with the report. Accordingly, I find that all of the records were prepared "in relation to" communications.

Part 3: about labour relations or employment-related matters in which the institution "has an interest"

[73] Referring to the criteria in *Goodis*, it is clear that the records are related to a matter in which the institution is acting as an employer, and human resources questions (namely, the contemplated dismissal of the appellant) are at issue, as discussed above. Having reviewed the records, I find that the report is a communication about the employment-related matter of the appellant's dismissal. Clearly, this was a matter about which the university had "more than a mere curiosity or concern." For these reasons, I find that this is a matter in which the university "has an interest" within the meaning of section 65(3)3. As regards the other records, I have just found that they were prepared "in relation to" the report, which is a communication about an employment-related matter in which the university has an interest.

[74] I therefore find that all of the records meet the third part of the test.

---

[24] *Ontario (Solicitor General) v. Ontario (Assistant Information and Privacy Commissioner),* cited above.

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

[75] As all three parts of the test are met, I find that the records are excluded from the scope of the *Act* under section 65(6)3.

Issue B: Is section 65(6) unconstitutional or constitutionally inapplicable under section 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

[76] The appellant contends that he should receive access to the records on the basis of the right to freedom of expression in section 2(b) of *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the *Charter*).

[77] As already noted, the appellant's NCQ claims that the records are a necessary precondition for making meaningful expression about the university's practices affecting its employees and students, and the public at large. In his initial representations, he states that the *Act* is unconstitutional because, among other things, it does not allow him to communicate to anyone about the report. As regards freedom of expression, the appellant's concerns therefore relate to his ability to discuss the report publicly, and also to express himself about the university's relationship with its employees in a more general sense.

[78] He concludes both his initial representations and his sur-reply representations by requesting, among other items, the following relief:

- an order that access to the records must be granted forthwith because the application of section 65(6) to exclude the records is unconstitutional;

- a declaration that section 65(6) is unconstitutional.

[79] As the university relies on section 65(6)3, that section is the focus of the constitutional issues under consideration here. The first bullet point is, in effect, a request for a finding that section 65(6)3 is constitutionally inapplicable in the circumstances of this appeal. The second bullet point requests a declaration that the section is, *per se*, unconstitutional.

[80] The availability of these two forms of relief has been confirmed by the Supreme Court of Canada in *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*:[25]

> There is no question, of course, that the *Charter* applies to provincial legislation; see *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573. There are two ways, however, in which it can do so. First, legislation may be found to be unconstitutional on its face because it violates a *Charter*

[25] [1997] 3 SCR 624, at para. 20.

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

> right and is not saved by s. 1. In such cases, the legislation will be invalid and the Court compelled to declare it of no force or effect pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. Secondly, the *Charter* may be infringed, not by the legislation itself, but by the actions of a delegated decision-maker in applying it. In such cases, the legislation remains valid, but a remedy for the unconstitutional action may be sought pursuant to s. 24(1) of the *Charter*.

[81] If a breach of section 2(b) is found, traditional *Charter* analysis would then require consideration of section 1 of the *Charter*.

[82] Sections 1 and 2(b) of the *Charter* state:

> 1. The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.
>
> 2. Everyone has the following fundamental freedoms:
>
> (b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

Approach to Charter adjudication at the tribunal level

[83] It is clear that the IPC has the authority to decide constitutional issues, including those arising under the *Charter*.[26] A more complex question arises as to what form of analysis should be employed in deciding this issue.

[84] In *Doré v. Barreau du Québec*,[27] the Supreme Court of Canada reviewed the decision of the Tribunal des professions in an appeal from a disciplinary decision taken by the Disciplinary Council of the Barreau du Québec. The issue was whether a reprimand issued to a member of the Barreau for critical remarks about a judge constituted a violation of the member's right to freedom of expression as guaranteed under section 2(b) of the *Charter*.

---

[26] See *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54 at para. 3, which states, in part: "Administrative tribunals which have jurisdiction — whether explicit or implied — to decide questions of law arising under a legislative provision are presumed to have concomitant jurisdiction to decide the constitutional validity of that provision. This presumption may only be rebutted by showing that the legislature clearly intended to exclude *Charter* issues from the tribunal's authority over questions of law." The Commissioner's powers at sections 50 through 54 of the *Act* clearly include the power to decide questions of law including, for example, the interpretation and application of the exemptions at sections 12-22 and section 49, and the interpretation and application of exclusions such as section 65(6)3. There is no evidence that the Legislature intended to exclude *Charter* considerations from the Commissioner's mandate.

[27] 2012 SCC 12

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

[85] *Doré* focuses on the appropriate methodology for a court to apply when reviewing an administrative tribunal's decision applying the *Charter*. The Court's reasons compare the assessment of whether a law violates the *Charter* with the similar but distinct issue of whether a decision of an administrative tribunal does so.

[86] The Court decided that, in the latter case, an "administrative law" approach should be adopted rather than the *Oakes*[28] test, which is the usual method of determining whether, in the event of an established *Charter* breach, an impugned statutory provision should survive under section 1 of the *Charter* because it represents a "reasonable limit" that is "prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society."

[87] The "administrative law" approach involves consideration of the statutory objectives and balancing those against the extent to which they interfere with a *Charter* right.

[88] In deciding to apply the "administrative law" approach on judicial review where *Charter* issues arise, the Court stated[29]:

> . . . Normally, if a discretionary administrative decision is made by an adjudicator within his or her mandate, that decision is judicially reviewed for its reasonableness. The question is whether the presence of a *Charter* issue calls for the replacement of this administrative law framework with the *Oakes* test, the test traditionally used to determine whether the state has justified a law's violation of the *Charter* as a "reasonable limit" under s. 1.
>
> It seems to me to be possible to reconcile the two regimes in a way that protects the integrity of each. The way to do that is to recognize that an adjudicated administrative decision is not like a law which can, theoretically, be objectively justified by the state, making the traditional s. 1 analysis an awkward fit. On whom does the onus lie, for example, to formulate and assert the pressing and substantial objective of an adjudicated decision, let alone justify it as rationally connected to,

[28] This is a reference to *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, which established the test for whether an established *Charter* breach would survive a constitutional challenge because of section 1 of the *Charter*. This could occur if the objective is pressing and substantial, and if it passes the following "proportionality" test: "First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in this first sense, should impair 'as little as possible' the right or freedom in question. [Citation omitted.] Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the *Charter* right or freedom, and the objective which has been identified as of 'sufficient importance'."

[29] *Doré*, at paras. 3-7.

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

> minimally impairing of, and proportional to that objective? On the other hand, the protection of *Charter* guarantees is a fundamental and pervasive obligation, no matter which adjudicative forum is applying it. How then do we ensure this rigorous *Charter* protection while at the same time recognizing that the assessment must necessarily be adjusted to fit the contours of what is being assessed and by whom?
>
> We do it by recognizing that while a formulaic application of the *Oakes* test may not be workable in the context of an adjudicated decision, distilling its essence works the same justificatory muscles: balance and proportionality. I see nothing in the administrative law approach which is inherently inconsistent with the strong *Charter* protection — meaning its guarantees and values — we expect from an *Oakes* analysis. The notion of deference in administrative law should no more be a barrier to effective *Charter* protection than the margin of appreciation is when we apply a full s. 1 analysis.
>
> In assessing whether a law violates the *Charter*, we are balancing the government's pressing and substantial objectives against the extent to which they interfere with the *Charter* right at issue. If the law interferes with the right no more than is reasonably necessary to achieve the objectives, it will be found to be proportionate, and, therefore, a reasonable limit under s. 1. In assessing whether an adjudicated decision violates the *Charter*, however, we are engaged in balancing somewhat different but related considerations, namely, has the decision-maker disproportionately, and therefore unreasonably, limited a *Charter* right. *In both cases, we are looking for whether there is an appropriate balance between rights and objectives, and the purpose of both exercises is to ensure that the rights at issue are not unreasonably limited.*
>
> . . . In the *Charter* context, the reasonableness analysis is one that centres on proportionality, that is, on ensuring that the decision interferes with the relevant *Charter* guarantee no more than is necessary given the statutory objectives. If the decision is disproportionately impairing of the guarantee, it is unreasonable. If, on the other hand, it reflects a proper balance of the mandate with *Charter* protection, it is a reasonable one.
>
> [Emphases added.]

[89] The Court also observed that:[30]

[30] at para. 24.

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

> It goes without saying that administrative decision-makers must act consistently with the values underlying the grant of discretion, including *Charter* values. . . . [Citations omitted.] The question then is what framework should be used to scrutinize how those values were applied?

[90] This analysis is primarily directed at the approach to be taken by a reviewing court, rather than an administrative law decision-maker such as myself. However, it is evident from these comments by the Court that, in adjudicating *Charter* issues, an administrative law decision-maker must achieve an appropriate balance between rights and objectives.

[91] The Court provided further guidance on this point later in its reasons.[31] It stated:

> How then does an administrative decision-maker apply *Charter* values in the exercise of statutory discretion? He or she balances the *Charter* values with the statutory objectives. In effecting this balancing, the decision-maker should first consider the statutory objectives. . . .
>
> Then the decision-maker should ask how the *Charter* value at issue will best be protected in view of the statutory objectives. This is at the core of the proportionality exercise, and requires the decision-maker to balance the severity of the interference of the *Charter* protection with the statutory objectives. . . .

[92] In *R. v. Clarke*,[32] in a passage that appears to be *obiter*, the Supreme Court amplified its discussion of the proportionality exercise:

> . . . Only in the administrative law context is ambiguity not the divining rod that attracts *Charter* values. Instead, administrative law decision-makers "must act consistently with the values underlying the grant of discretion, including *Charter* values" (*Doré*, at para. 24). The issue in the administrative context therefore, is not whether the statutory language is so ambiguous as to engage *Charter* values, it is whether the exercise of discretion by the administrative decision-maker unreasonably limits the *Charter* protections in light of the legislative objective of the statutory scheme.

[31] at paras. 55 and 56.

[32] 2014 SCC 28, at para. 16. These comments appear to be *obiter* because this decision relates to a change in the law of sentencing in the criminal law context. It does not involve an administrative law decision. See also *Taylor-Baptiste v. Ontario Public Service Employees Union*, 2015 ONCA 495 at paras. 54-55.

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

[93] This restatement of the principle in *Doré* helps to explain its meaning, and also provides a strong indication that the requirement for ambiguity in a legislative text before *Charter* values can be considered[33] does not apply in the administrative law context.

[94] In *Doré*, the alleged infringement of the Barreau member's freedom of expression arose from the application of section 2.03 of the *Code of ethics of advocates*, which stated: "The conduct of an advocate must bear the stamp of objectivity, moderation and dignity." The constitutionality of this provision was not, itself, under attack. Rather, the question was whether the decision of the Tribunal des professions, upholding the earlier ruling of the Disciplinary Council of the Barreau du Québec, violated the member's right to freedom of expression.

[95] In the wake of *Doré*, a significant question is: how does an administrative tribunal assess *Charter* issues in order to "balance the severity of the interference of the *Charter* protection with the statutory objectives"? What methodology should be followed?

[96] In the appeal under consideration in this order, the appellant argues that section 65(6) of the *Act* is constitutionally inapplicable because of section 2(b) of the *Charter*, and in the alternative, that section 65(6), *per se*, is unconstitutional. The representations I have received that relate to section 2(b) focus on whether there has been a breach of section 2(b). In that way, they appear to be aimed at a traditional *Charter* analysis rather than the "*Charter* values" approach.

[97] I do not read *Doré* as precluding a traditional *Charter* analysis, in which the first step is to determine whether a *Charter* right has been breached, and if so, the second step would be to consider section 1 of the *Charter*. In fact, this approach has been followed in a subsequent case involving the judicial review of an administrative decision.[34]

[98] I also note the following comment by Paul Daly in "Charter Application by Administrative Tribunals: Statutory Interpretation," in a discussion of *Doré* :[35]

> Caveat: the individual retains the option of asking for a Charter remedy, in which case I presume a formal Charter analysis remains necessary.

[99] In the context of the *Act*, the framework for assessing whether there is a breach of the *Charter* is provided by the Supreme Court of Canada's decision in *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*[36] (*CLA*). Interestingly, although

[33] See, for example, *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42 at para. 62.
[34] See *Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 47.
[35] *Administrative Law Matters*, June 12, 2014.
[36] 2010 SCC 23.

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

the approach taken in *CLA* resembles traditional *Charter* analysis, the Court in *Doré* characterizes it as an embodiment of the "administrative law" approach:

> Other cases, and particularly recently, have instead applied an administrative law/judicial review analysis in assessing whether the decision-maker took sufficient account of *Charter* values. This approach is seen in . . . *Criminal Lawyers' Association*. . . .[37]

[100] Accordingly, I will apply the criteria enunciated in *CLA*. After conducting that analysis, I will also review the statutory objectives and assess the balance between the severity of the interference with section 2(b) protection and the statutory objectives, as advocated in *Doré*.

The interpretation and application of section 2(b) of the Charter in relation to the Act

[101] As already noted, *CLA* provides the framework for assessing possible breaches of section 2(b) of the *Charter* in the context of the *Act*. In *CLA*, the Court considered whether the public interest override at section 23 of the *Act* was constitutionally underinclusive, based on section 2(b) of the *Charter*, because it omitted to provide for the possible override of the exemptions found in sections 14 (law enforcement) and 19 (solicitor-client privilege). In upholding an order of this office finding that section 23 is not constitutionally underinclusive on that basis, the Court articulated the following criteria for finding that section 2(b) of the *Charter* has been breached in relation to an access-to-information request:

> We conclude that the scope of the s. 2(b) protection includes a right to access documents only where access is necessary to permit meaningful discussion on a matter of public importance, subject to privileges and functional constraints.[38] . . .
>
> . . .
>
> To demonstrate that there is expressive content in accessing such documents, the claimant must establish that the denial of access effectively precludes meaningful commentary. If the claimant can show this, there is a prima facie case for the production of the documents in question. But even if this prima facie case is established, the claim may be defeated by factors that remove s. 2(b) protection, e.g. if the documents sought are protected by privilege or if production of the documents would interfere with the proper functioning of the

[37] at para. 32 of *Doré*. "*Criminal Lawyers' Association*" is fully cited elsewhere in *Doré* as a reference to *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association,* 2010 SCC 23.
[38] at para. 31.

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

> governmental institution in question. If the claim survives this second step, then the claimant establishes that s. 2(b) is engaged. The only remaining question is whether the government action infringes that protection.[39]
>
> . . .
>
> To show that access would further the purposes of s. 2(b), the claimant must establish that access is necessary for the meaningful exercise of free expression on matters of public or political interest. . . .[40]
>
> In sum, there is a prima facie case that s. 2(b) may require disclosure of documents in government hands where it is shown that, without the desired access, meaningful public discussion and criticism on matters of public interest would be substantially impeded.[41] . . .
>
> If this necessity is established, a prima facie case for production is made out. However, the claimant must go on to show that the protection is not removed by countervailing considerations inconsistent with production.[42]
> . . .
>
> The first question is whether any access to documents that might result from applying the s. 23 public interest override in this case would enhance s. 2(b) expression. This is only established if the access is necessary to permit meaningful debate and discussion on a matter of public interest. If not, then s. 2(b) is not engaged.[43]
>
> If necessity were established, the CLA, under the framework set out above (para. 33) would face the further challenge of demonstrating that access to ss. 14 and 19 documents, obtained through the s. 23 override, would not impinge on privileges or impair the proper functioning of relevant government institutions.[44] . . .

[102] From this, it can be seen that in order to establish that section 2(b) of the *Charter* has been breached in relation to a request under the *Act*, the following two requirements must be satisfied: (1) access to the information must be necessary for the meaningful exercise of free expression on matters of public or political interest; and (2) if requirement 1 is met, it must also be the case that there are no countervailing

[39] at para. 33.
[40] at para. 36.
[41] at para. 37.
[42] at para. 38.
[43] at para. 58.
[44] at para. 60.

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

considerations inconsistent with disclosure, such as privileges, and/or evidence that disclosure would impair the proper functioning of the university.

[103] The first full iteration of the test I have quoted from *CLA*, above, adds what might be seen as a third requirement: "The only remaining question is whether the government action infringes that protection." In the circumstances of this appeal, the action in question is the denial of access, which we know has occurred. Requirement 1 asks whether access is necessary for the meaningful exercise of free expression on matters of public or political interest, and requirement 2 asks whether, if that is the case, other factors such as privilege or impaired functioning of the university are engaged. The question of whether there is a breach of section 2(b) will therefore be determined, in this appeal, by applying requirements 1 and 2.

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

Preliminary Issues

The university's argument that it is not a "government actor" for the purposes of the Charter

[104] Referring to section 32 of the *Charter*,[45] the university submits that the *Charter* does not apply to it because it is not a "government actor."

[105] It relies on *McKinney v. University of Guelph*[46] as authority for this proposition. *McKinney* finds that the University of Guelph is not a "government actor" and that the *Charter* therefore does not apply to its retirement policies. These policies are not statutory, and therefore the question in *McKinney* was whether the *Charter* applies to free-standing activities of a university that were not undertaken to implement a statutory scheme or government policy. *McKinney* finds that "private activity" is excluded from the *Charter*. In that regard, the Court states that:

> . . . the *Charter* was not intended to cover activities by non-governmental entities created by government *for legally facilitating private individuals to do things of their own choosing* without engaging governmental responsibility. . . .
>
> . . .
>
> The *Charter* apart, there is no question of the power of the universities to negotiate contracts and collective agreements with their employees and to include in them provisions for mandatory retirement. *These actions are*

[45] Section 32 of the *Charter* states, in part: "This Charter applies . . . (b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province."
[46] [1990] 3 SCR 229.

> *not taken under statutory compulsion, so a Charter attack cannot be sustained on that ground.* [Emphases added.]

[106] In my view, however, *McKinney* is distinguishable because, in the appeal under consideration in this order, the university acts as an institution under the *Act*, and in so doing, it is expressly applying and administering the provisions of a statute enacted by the Ontario Legislature, and performing a statutory duty. As subsequent jurisprudence makes clear, non-government actors who effect public policies or programs are subject to the *Charter* with respect to those activities.

[107] A leading decision on that point is *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*,[47] in which the Supreme Court of Canada found that hospitals (who, like universities, are "private" entities, or, put slightly differently, are not part of "government"), are subject to the provisions of the *Charter* when they deliver statutorily mandated health services.

[108] The Court begins its analysis in *Eldridge* by asking whether the alleged *Charter* violation "arises from the impugned legislation itself or from the actions of entities exercising decision-making authority pursuant to that legislation."[48] This distinction plays into the question of whether legislation might be found to be unconstitutional *per se* (where the *Charter* violation "arises from the impugned legislation") or constitutionally inapplicable (where the violation "arises . . . from the actions of entities exercising decision-making authority"). As I have already noted, the appellant in this case argues both of these positions.

[109] Elsewhere in *Eldridge*, the Court describes its categorization of alleged *Charter* violations as a question of whether "the legislation itself is constitutionally suspect" or whether the alleged breach arises from the "actions of the delegated decision-makers in applying it." The Court finds that, in the circumstances of that case, the debate focuses on the latter – the actions and not the statute itself. Implicitly, however, the Court's language here suggests that the role of the "actor" – be it governmental or non-governmental – is not determinative where the question is whether the legislation in question is, *per se*, unconstitutional. This view finds further support in section 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, which states:

> The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

[110] Accordingly, in my view, where the constitutionality of section 65(6)3, *per se*, is at issue, the university's role as a non-governmental actor is irrelevant. The subject of scrutiny is the law itself.

---

[47] Cited above.
[48] at para. 22.

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

[111] The university's role only takes on potential significance in the context of its *actions* or, put slightly differently, where the focus is whether a statutory provision purportedly applied by a non-governmental actor can be constitutionally inapplicable because of a *Charter* violation.

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

[112] Significantly, the Court in *Eldridge* determined that the source of the alleged *Charter* violation was the *actions* of the hospitals and the Medical Services Commission, and that these were subject to *Charter* scrutiny:

> . . . In my view, the *Charter* applies to both [hospitals and the Medical Services Commission] *in so far as they act pursuant to the powers granted to them by the statutes*.[49] [Emphasis added.]
>
> . . .
>
> . . . There is no doubt, however, that the *Charter* also applies to action taken under statutory authority. The rationale for this rule flows inexorably from the logical structure of s. 32. As Professor Hogg explains in his *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992 (loose-leaf)), vol. 1, at pp. 34-8.3 and 34-9:
>
> > Action taken under statutory authority is valid only if it is within the scope of that authority. Since neither Parliament nor a Legislature can itself pass a law in breach of the Charter, neither body can authorize action which would be in breach of the Charter. *Thus, the limitations on statutory authority which are imposed by the Charter will flow down the chain of statutory authority and apply to regulations, by-laws, orders, decisions and all other action (whether legislative, administrative or judicial) which depends for its validity on statutory authority.*[50] [Emphasis added.]

[113] The clear import of these statements is that where an entity that is not "part of government" acts pursuant to a statute, the *Charter* is engaged by that action. This view is confirmed by the Supreme Court's reasons in *Blencoe v. British Columbia Human Rights Commission)*:[51]

> Bodies exercising statutory authority are bound by the *Charter* even though they may be independent of government. [52]

---

[49] at para. 19.
[50] at para. 21.
[51] 2000 SCC 44.
[52] at para. 35.

[114] For all these reasons, I conclude that both positions advocated by the appellant – that section 65(6)3 itself is unconstitutional, and alternatively, that it is "constitutionally inapplicable" because of alleged damage to freedom of expression caused by the university's decision to rely on it in this case – are properly before me in this appeal. [53]

The appellant's argument that he has "public interest" standing

[115] The appellant makes a number of arguments to the effect that he has "public interest" standing to make a constitutional challenge.[54] These submissions are similar to arguments made to demonstrate that a party is entitled to be granted intervener status in a court action or application. Other than the authorization under section 52(8) for the Commissioner to summon and examine "any person who, in the Commissioner's opinion, may have information relating to the inquiry," the *Act* does not contemplate the granting of standing or special status in an appeal.

[116] In any event, it is not necessary for the appellant to establish public interest standing. He has standing to make constitutional arguments because he is a party to this appeal, and the *Act* must be constitutional if it is to apply.[55] Moreover, as already noted, it is clear that the IPC has the power to make constitutional determinations.[56]

The appellant's arguments that section 65(6)3 is unconstitutional because it limits privacy protection

[117] Because this order deals with an access request and the ensuing appeal from a denial of access, the *Charter* issue before me is whether section 65(6)3 is unconstitutional, or constitutionally inapplicable, based on section 2(b) of the *Charter*.

[118] In addition to providing representations on this subject, however, the appellant's submissions on the *Charter* contain many arguments based on his view that section 65(6) is unconstitutional because it abrogates his privacy rights.

---

[53] The university also relied on *Moghadam v. York University*, 2014 ONSC 2429, a brief judgment of the Divisional Court that cites *McKinney* and finds that York's actions in a number of matters, including the treatment of a request under the *Act*, were "not governmental in nature" and the applicant's *Charter* rights to procedural fairness had therefore not been impinged. As the present appeal does not relate to procedural fairness rights, *Moghadam* is distinguishable on its facts and, in any event, does not engage in any detailed discussion of occasions when a private entity's actions warrant *Charter* scrutiny, as extensively canvassed in *Eldridge*, which is a decision of a higher court that is, clearly, binding.

[54] In this regard, the appellant refers to *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 SCR 236.

[55] See section 52(1) of the *Constitution Act, 1982* (quoted in full above).

[56] See *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin,* as cited and quoted at footnote 26, above.

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

[119] For example, he submits that the report was prepared without his knowledge or consent, and this activity is shielded from any transparency or accountability by section 65(6)3. He also states that, due to the section 65(6)3 statutory exclusion, his privacy regarding the report and other records in the hands of the university is not protected by law. He argues that if section 65(6)3 has the effect of negating the application of privacy protection to these alleged violations of his privacy, this would be grounds to find section 65(6)3 unconstitutional.

[120] For the most part, this is a separate and distinct issue from the question of whether section 65(6)3 is unconstitutional with respect to *access* rights, which are at issue in this appeal. This is not a privacy complaint investigation, and the appellant's allegations of privacy breaches in the preparation of the report do not assist with the threshold question of whether the denial of access to the records under the *Act* breaches his right to the meaningful exercise of free expression under section 2(b) of the *Charter*.[57] At most, the privacy issues raised by the appellant could impact the question of whether the subject matter he wishes to discuss is a matter of public or political importance.

[121] In any event, for the sake of completeness, I will review the appellant's foundational arguments in relation to privacy.

[122] As part of this discussion, the appellant refers to jurisprudence describing the federal *Privacy Act* as having a quasi-constitutional mission.[58] Even if this means that the *Act* is quasi-constitutional, however, this does not alter the general principles of statutory interpretation.[59] Nor does this create a more general constitutionally-mandated right of privacy. Accordingly, I do not accept the appellant's argument that section 65(6) is unconstitutional because privacy is a constitutionally protected value, and section 65(6) precludes privacy protection of excluded materials such as the report.[60]

[123] The appellant also argues that, under section 8 of the *Charter*, privacy is a protected right. However, section 8 of the *Charter*, which provides that "Everyone has the right to be secure from unreasonable search or seizure," comes into play most often when an individual is under investigation for a possible offence. In order for section 8

---

[57] Access to one's own personal information is also an aspect of privacy. The *Act* implicitly recognizes this right in section 47(1), which provides a right of access to one's own personal information, subject to the exemptions in section 49.

[58] *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53 at para. 24.

[59] See *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, 2011 SCC 25 at para. 40, where the Court makes this observation about the quasi-constitutional *Access to Information Act*.

[60] This finding that there is no general free-standing constitutionally-mandated right of privacy includes a finding that there is no free-standing constitutionally-mandated right of access to one's own personal information based on privacy principles. Moreover, as already noted, this right is formally recognized in section 47(1) of the *Act*.

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

to apply, there must be an actual search or seizure.[61] That has not occurred here. Moreover, it is clear from its wording and interpretation that section 8 does not create constitutionally-protected privacy rights of more general application.

[124] While I agree with the appellant that ". . . the *Act* must itself be constitutional," I disagree with his statement that the *Act* ". . . cannot without sufficient justification exclude a particular area from both privacy protection and oversight of privacy protection." [Emphasis in original.] The *Act* is simply providing that the privacy rights it creates (which have not been found to be constitutionally required) do not apply in some instances.

[125] The appellant makes further arguments to the effect that the contents of the report demonstrate that its preparation involved "egregious violations of the appellant's privacy;" that searches for additional records may reveal additional privacy breaches; and he was not informed by the university that it had provided the records at issue to the IPC. As regards the first two points, I will address the appellant's privacy concerns, and the issue of reasonable search, later in this order. I have already dealt with the fact that the records were provided to the IPC in the discussion of section 65(6)3, above.

International Covenant on Civil and Political Rights

[126] The appellant also refers to the *International Covenant on Civil and Political Rights* (the *Covenant*) and argues that, unless it conforms to Canada's obligations under this instrument, the *Act* is invalid. The *Covenant* was adopted by the United Nations General Assembly and has been in force since 1976.

[127] In different parts of his representations, the appellant refers to the articles in the *Covenant* that protect privacy and freedom of expression. These articles state:

> *Article 17*. 1. No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation. 2. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.
>
> *Article 19*. 2. Everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice.

[128] In his initial representations, the appellant submits that that an objective definition of "free and democratic society" cannot be confined to mean whatever

[61] *R. v. Jarvis*, 2002 SCC 73 at para. 69

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

Canada does, but rather, must be informed by the relevant international declarations and covenants ratified by Canada, and especially the *Covenant*. In making this argument, the appellant is referring to one of the elements of section 1 of the *Charter*. Section 1 only comes into play where there is an established *Charter* breach. I agree that the contents of international agreements may have a bearing on the meaning of "free and democratic society," and this could be an indication that in some cases, they merit consideration in assessing section 1 issues. Because of the conclusions reached in this order, it will not be necessary for me to refer to section 1 of the *Charter*.

[129] At sur-reply, in a reference to *CLA*, the appellant concedes that the IPC does not have the authority to override a Supreme Court of Canada judgement (*CLA*) that establishes a test about the interpretation of the *Charter*. However, he also submits that the IPC has both the authority and the duty to interpret the *CLA* test in a manner that is consistent with the *Covenant*, in the circumstances of this appeal.

[130] In support of this argument, the appellant quotes from *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*.[62] In that case, the Supreme Court of Canada struck down a Saskatchewan law that limited the right of public sector employees to strike as a violation of section 2(d) of the *Charter* that was not saved under section 1. The Court considered international covenants as part of its *Charter* reasoning. The appellant submits that:

> . . . the authority and duty of the IPC [to interpret the *CLA* test in a manner that is consistent with the *Covenant*] derive from recently reaffirmed Supreme Court of Canada jurisprudence:[63]
>
> > LeBel J. confirmed in *R. v. Hape*, 2007 SCC 26 (CanLII), [2007] 2 S.C.R. 292, that in interpreting the Charter, the Court "has sought to ensure consistency between its interpretation of the Charter, on the one hand, and Canada's international obligations and the relevant principles of international law, on the other": para. 55. And this Court reaffirmed in *Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 47 (CanLII), [2013] 3 S.C.R. 157, at para. 23, "the *Charter* should be presumed to provide at least as great a level of protection as is found in the international human rights documents that Canada has ratified".

[131] This presumption is described by the Court in *Saskatchewan Federation of Labour* as helping to "frame the interpretive scope" of the section of the *Charter* under consideration there.

---

[62] 2015 SCC 4.
[63] *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, cited above, at paras. 64-65.

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

[132] It is also to be noted that in *Hape*, the Supreme Court affirmed that the presumption of conformity is rebuttable, and that clear and unequivocal legislation that is in breach of international law must be followed by domestic courts. The Court expressed these points as follows: [64]

> . . . It is a well-established principle of statutory interpretation that legislation will be presumed to conform to international law. The presumption of conformity is based on the rule of judicial policy that, as a matter of law, courts will strive to avoid constructions of domestic law pursuant to which the state would be in violation of its international obligations, unless the wording of the statute clearly compels that result. R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at p. 422, explains that the presumption has two aspects. First, the legislature is presumed to act in compliance with Canada's obligations as a signatory of international treaties and as a member of the international community. In deciding between possible interpretations, courts will avoid a construction that would place Canada in breach of those obligations. The second aspect is that the legislature is presumed to comply with the values and principles of customary and conventional international law. Those values and principles form part of the context in which statutes are enacted, and courts will therefore prefer a construction that reflects them. The presumption is rebuttable, however. *Parliamentary sovereignty requires courts to give effect to a statute that demonstrates an unequivocal legislative intent to default on an international obligation*. . . . [My emphasis.]
>
> The presumption of conformity has been accepted and applied by this Court on numerous occasions. In *Daniels v. White*, [1968] S.C.R. 517, at p. 541, Pigeon J. stated:
>
> > [T]his is a case for the application of the rule of construction that Parliament is not presumed to legislate in breach of a treaty or in any manner inconsistent with the comity of nations and the established rules of international law. . . . *[I]f a statute is unambiguous, its provisions must be followed even if they are contrary to international law . . . .* [Underlining added by the Court for emphasis. Italics are my emphasis.]

[64] 2007 SCC 26 at paras. 53-54.

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

[133] The Court also stated:[65]

> In interpreting the scope of application of the *Charter*, the courts should seek to ensure compliance with Canada's binding obligations under international law where the express words are capable of such a construction.

[134] I now turn to consider the impact of the two sections of the *Covenant* cited by the appellant in the context of this appeal.

[135] Article 19, paragraph 2 of the *Covenant* and section 2(b) of the *Charter* both address freedom of expression. In my view, the wording of section 2(b) of the *Charter* as interpreted in *CLA* is in conformity with Article 19, Paragraph 2 of the *Covenant*. I reach this conclusion because *CLA* recognizes the right of freedom of expression, and also recognizes that section 2(b) may require access to government-held documents. No special interpretation is required to enforce conformity as it is already present in the existing *Charter* provision and the relevant jurisprudence that interprets it in the context of the *Act* (*CLA*).

[136] With respect to section 17 of the *Covenant*, I note that privacy rights are protected in Part II of the *Act* ("Protection of Individual Privacy"), including rules about collection, use and disclosure of personal information by institutions, and a right of access to one's own personal information, subject to exemptions and exclusions.

[137] From the jurisprudence I have referred to above, it is clear that the approach of encouraging tribunals to adopt interpretations that are "consistent" with the *Covenant* (as urged by the appellant) has its limits. Where the statutory language will not bear such an interpretation, courts and tribunals are required to follow the statutory language.

[138] In this case, I have found that section 65(6)3 applies to exclude the records from the scope of the *Act*. Section 65(6)3 is clear and its application to the records is, in my view, irrefutable regardless of the interpretive lens that is used. Accordingly, based on the relevant jurisprudence, I have concluded that even if section 65(6)3 of the *Act* does not conform to the requirements of the *Covenant* (a conclusion which, to be clear, I have *not* reached), this is not a case where I can intervene and, in effect, amend the *Act* in order to ensure conformity with the *Covenant*.

[139] In the discussion that follows, the remaining issue is whether the appellant is entitled to access, despite section 65(6)3. I have found, above, that the test in *CLA* is consistent with Canada's obligations under Article 19, Paragraph 2 of the *Covenant*. Accordingly, in this order, I will apply the *CLA* test.

---

[65] at para. 56.

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

Representations

University's initial representations

[140] Some of the university's representations address the onus of proof the appellant must meet in order to establish a breach of section 2(b). In that regard, the university submits:

- the right of access to government records discussed in *CLA* in relation to section 2(b) is a narrow, derivative right, arising from an appellant's freedom of expression only where the appellant can demonstrate the existence of specific preconditions; and

- as a result, it is not enough to consider whether section 65(6) may hypothetically lead to an infringement; rather, the appellant must demonstrate that, in his specific circumstances, section 2(b) is engaged and the application of section 65(6) has resulted in an infringement of his section 2(b) rights based on the facts of this case.

[141] In *CLA*, the Supreme Court did not use the word "narrow" to describe the right of access that might arise under section 2(b). I will apply *CLA* by referring to words that the Court actually did use in describing the circumstances in which section 2(b) would require access to records under the *Act*.

[142] However, I agree with the university that the onus is on the appellant to demonstrate, based on the evidence, that his section 2(b) *Charter* rights have been infringed. As the Supreme Court notes in *CLA*,[66] "[t]o demonstrate that there is expressive content in accessing such documents, *the claimant must establish* that the denial of access effectively precludes meaningful commentary. *If the claimant can show this*, there is a prima facie case for the production of the documents in question." [Emphasis added.]

[143] The university also submits that *CLA* sets out a test based on the *necessity* of access in order to permit meaningful public discussion on a matter of public importance. The university submits that the appellant has not met the section 2(b) test articulated in *CLA* because:

- access to the report is not necessary as the appellant has already demonstrated that he is capable of "meaningful discussion" regarding the university's relationship with its employees, which he alleges to be a matter of public importance;

[66] at para. 33.

- the appellant has already received a copy of the report;

- the university's relationship with its employees is a private matter and not a matter of public importance;

- the report is in any event related to the university's relationship with the appellant, rather than its relationship with its employees broadly.

[144] These arguments relate primarily to the first requirement under section 2(b) as articulated in *CLA*, which stipulates that access must be necessary for the meaningful exercise of free expression on matters of public or political interest.

[145] In that regard, the university goes on to submit that "necessity" is a high threshold and even if the appellant can show that discussion would be limited or incomplete without access, this is not sufficient; rather, the appellant must demonstrate that meaningful discussions cannot occur without access. The Court did not state that necessity is a high threshold. To reiterate, I will apply the language that the Court actually used in *CLA* in my assessment of whether access is required under section 2(b).

[146] The university also argues that since his dismissal, the appellant has engaged in "meaningful expression" regarding his alleged mistreatment by the university, and that he maintains websites dedicated to highlighting events at the university that he believes warrant public discussion, including repeated and public questioning of the university's approach to his employment and dismissal. The university provides links to these websites, only one of which appears to be functional at the present time.

[147] The website that remains active contains many posts that illustrate the university's point, including the following:

- commentary on the arbitration process and the progress of the judicial review of the arbitration award;

- commentary on the disclosure process within the arbitration;

- commentary on the appellant's dismissal and the legal proceedings that followed it;

- links to media stories about the appellant and the grievance arbitration;

- video links to commentary by the appellant and others concerning his suspension, dismissal and treatment by the university; and

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

- critical references to the university's tactics in connection with the dismissal of the appellant.

[148] The website also attributes the views it sets out to the appellant, unless stated otherwise.

[149] One of the video links is a television interview with the appellant, which the university describes as "a vivid summary" of the conflict between the appellant and the university. I have reviewed the interview. It represents a significant expression of opinion by the appellant concerning his relationship with the university. Another is a link to a trailer for a film documentary, in which the appellant is prominently featured expressing his views about the university's decision to dismiss him.

[150] The university submits that:

> . . . it is clear from the Appellant's vigorous criticism of the University on his websites that his ability to engage in meaningful expression of his views regarding the University's treatment of its employees has not been prevented – or even impaired.

[151] The university states that in *CLA*, the Supreme Court found that the requester had not demonstrated that the withheld report was necessary for meaningful expression because this could occur on the basis of the public record. As noted earlier, *CLA* involved a request for an OPP investigation report and other records relating to alleged wrongdoing by the Crown and police in a murder case. The Supreme Court found that disclosure of the report and the other records was not required to permit meaningful discussion as the latter could take place based on the public record, which included the trial court's judgment staying the charges against the accused.

[152] The university then refers to the grievance arbitration process and the disclosure of documents to the appellant through that route. The university challenges the notion that disclosure of the records at issue, including the report, could be necessary to permit meaningful discussion because the appellant has "already received and reviewed the report."

[153] As already noted, the appellant is constrained from publicly discussing the contents of the report because of the implied confidentiality undertaking that attaches to records produced during the grievance arbitration and not introduced in evidence. In my view, because of this constraint, the fact that the appellant has received a copy of the report and the other records at issue does not negate the possibility that access under the *Act* could be required to permit meaningful discussion. As Adjudicator Catherine Corban stated in Order PO-3325, ". . . such restricted access is clearly not equivalent to the kind of unrestricted access that would be granted under the *Act* if it is

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

found that no exclusions or exemptions apply. . . ."[67] I therefore reject the university's arguments to the effect that the appellant's *Charter* right to freedom of expression is not engaged because he has received the records at issue.

[154] Referring to the second requirement articulated in *CLA*, under which it must be demonstrated that disclosure "would not impinge on privileges or impair the proper functioning of relevant government institutions," the university submits that any resulting section 2(b) interest is "outweighed by the functional need for confidential space for the University to act as employer." The university submits that the Legislature clearly had this purpose in mind in enacting section 65(6). While that may be the case, I would find, on the evidence before me in this case, that disclosure would not, in any significant way, impinge on the proper functioning of the university, whether or not it can accurately be described as a "government institution."

[155] In its discussion of the second requirement articulated in *CLA*, the university does not refer to the impingement of privileges, nor to the fact that if I find that section 2(b) of the *Charter* applies to mandate disclosure, such disclosure might contradict and render meaningless the implied confidentiality undertaking imposed in the grievance arbitration proceedings. However, it is clear that such an application of section 2(b) would, in effect, constitute an "end run" around this undertaking. I will refer to these issues again in my discussion of the second requirement under "Analysis," below.

Appellant's initial representations

[156] Under the heading of "preliminary issues," the appellant submits that the university's statement that he already has the report "should be struck from its submissions as an abuse of process." The appellant describes this as a "false" argument.

[157] The *Act* does not contemplate a procedure for "striking" portions of a party's representations. In my view, the university's references to the appellant's possession of the records, a fact that is established on the evidence (given that he provided a copy to this office with his representations), is not an abuse of process. Regardless, in my discussion above, I did not accept the university's arguments to the effect that, because he has received the records at issue, the appellant's *Charter* right to freedom of expression is not engaged. I rejected these arguments because the records in the appellant's possession are constrained by the implied confidentiality undertaking.

[67] See also the commentary in *Ontario (Ministry of Correctional Services) v. Goodis* (cited above), at para. 50. In that case, the request was for records that were "informed by and reveal information learned on discovery," but the implied undertaking did not affect the access request. The Court stated that: ". . . the implied undertaking rule does not apply to these records. To the extent that these records reveal information provided on discovery, the information originates with the ministry and is not subject to an implied undertaking in its hands."

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

[158] Later in his representations, the appellant introduces his submissions under section 2(b) by setting out some of the main themes of his argument.

[159] He alleges that the report contains "proof" of improper activities in the course of its preparation, and that he is barred from fully knowing about or communicating about it. He submits that these circumstances are incompatible with a free and democratic society, and Ontario's statutory exclusion that permits such a state of affairs is unconstitutional. It is evident that the appellant is fully aware of the contents of the report. The issue is his ability to discuss it publicly.

[160] The appellant also submits that access-to-information statutes have quasi-constitutional status in Canada.[68] On that point, I note that in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*,[69] the Court observed that "[w]hile I agree that the Access to Information Act may be considered quasi-constitutional in nature, thus highlighting its important purpose, this does not alter the general principles of statutory interpretation." Similarly, in my view, the fact of quasi-constitutional status does not, *per se*, impact on the question of whether the appellant's section 2(b) rights have been breached.

[161] He submits that the more an institution resists transparency, the more important it is to undertake a constitutional examination of statutes that protect access and privacy, and states that the university is using the *Act* as a shield against transparency. With respect to the importance of constitutional review where transparency is resisted, I am baffled as to what point the appellant is trying to make, given that one of the major issues to be addressed in this appeal is the constitutionality of section 65(6)3. I do not see that this statement adds anything to the constitutional analysis being undertaken here.

[162] Nor is the appellant assisted by his argument that the university is using the *Act* as a "shield against transparency." The *Act* contains numerous exemptions and exclusions, which represent the Legislature's assessment of when access and privacy rights may or, in the case of mandatory exemptions, must bow to other public policy goals. In any such instance, the institution relying on these provisions may be alleged to be using them as a "shield against transparency." That does not, *per se*, make them unconstitutional. Rather, when the claim of unconstitutionality arises under section 2(b) of the *Charter*, the test in *CLA* must be applied.

[163] The appellant also states that by including section 65(6), the *Act* is out of step with modern norms of transparency and protection of privacy in modern free and democratic societies. He asks that I take judicial notice of the absence of a provision like section 65(6) in other Canadian and international access-to-information statutes.

---

[68] *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)* and *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, both cited above.
[69] Cited above.

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

However, even if this were the case, the absence of similar provisions in other access-to-information legislation would not demonstrate that section 65(6)3 is unconstitutional.

[164] Later in his representations, the appellant makes a number of arguments specifically aimed at demonstrating that *CLA*'s criteria for determining whether section 2(b) has been breached, as set out above, have been met.

[165] With respect to the first requirement articulated in *CLA*, to the effect that access is necessary to permit meaningful discussion of matters of public or political interest, the appellant submits:

- the report demonstrates improper activity by the university;
- the report was prepared without him being interviewed;
- the report contains his personal information provided by others and he has no control over this personal information;
- there are no adequate legal protections to prevent such a report from being written and no mechanism for him to respond to and correct any harmful elements;
- the report is based on hearsay and its reasoning is faulty;
- examining the report will provide an opportunity to study, assess and critique professional methodology;
- the appellant is absolutely and permanently gagged from discussing the report, and therefore, from "meaningfully contributing to public discourse potentially affecting an array of statutory and policy issues of importance to workers, students and concerned citizens at large;"
- the appellant has no other way to get access to the report and related records because both the author of the report and the university are refusing access;
- because section 65(6) is an exclusion, this office cannot review the university's exercise of discretion;
- the appellant has the means to make the meaningful expression that access would permit;

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

- the public's right to information is a fundamental value recognized by the *Charter*'s guarantees of free expression and freedom of the press.[70]

[166] With respect to the second requirement articulated in *CLA*, which deals with circumstances that are inconsistent with disclosure, the appellant submits that access would not encroach on protected privileges. He indicates that the university does not claim solicitor-client privilege and that the implied undertaking rule does not limit access obtained outside the arbitration process.[71] He also submits that access is compatible with the functioning of the university.

[167] The appellant also alleges that section 65(6) produces an absurdity that makes constitutional protection ineffective. In this regard, he states, in effect, that exclusion of the records from the *Act* would mean that he would not know the contents of the records and the IPC could not review them. However, neither of these allegations is true in the present case. The appellant has the records and knows their contents, and they have also been provided to the IPC for review.

[168] He also attempts to distinguish *CLA* because it dealt with exemptions and the exercise of discretion, whereas this appeal deals with an exclusion. I reject this distinction. As already pointed out, this office is entitled to review the records in appeals where exclusions have been claimed. The criteria established for a section 2(b) *Charter* breach in *CLA* are not specifically geared to discretionary exemptions, but are, rather, specific to the entire access-to-information context. The appellant seeks to buttress this argument by referring to the fact that in *CLA*, the records were subject to solicitor-client privilege, a recognized societal value override, and that extensive information was already known about the specific matter. These arguments only go to the issue of whether the result here should be the same as it was in *CLA*, as discussed later in this order. They do not lessen the applicability of the requirements for a breach of section 2(b) articulated in that case.

[169] The appellant also argues that section 65(6) is unconstitutional because it violates the fundamental principle of the rule of law. He submits that the section 65(6) exclusions "effectively bar him from access to justice." I disagree. I am not aware of any reason why, for example, the appellant would be constrained from making a professional complaint against the author of the report, if that were warranted, or from pursuing other actions at law if he has a cause of action, or from requiring production and introduction of the report in evidence if it is relevant in proceedings to which he is a

[70] see section 2(b) of the *Charter*.
[71] The appellant cites Order PO-3325, which determined that the request that is at issue in this order was not frivolous or vexatious.

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

party.[72] I also note that the judicial review of the arbitration award relating to his dismissal is ongoing.

[170] In a further argument, the appellant submits that the section 65(6) exclusions are arbitrary and contrary to the purposes of the *Act*. He says this means that, under the principle of the rule of law, they are unconstitutional. I disagree with this analysis. The rationale behind section 65(6) is explained in its legislative history. This was discussed in *Ontario (Ministry of Correctional Services) v. Goodis*[73] as follows:

> . . . Subsection 65(6) was added to the Act by the Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act, S.O. 1995, c. 1, s. 82. In introducing the bill, the Hon. Elizabeth Witmer, then Minister of Labour, described it as a "package of labour law reforms designed to revitalize Ontario's economy, to create jobs and to restore a much-needed balance to labour-management relations" (Ontario, Legislative Assembly, Official Report of Debates (Hansard) (4 October 1995)). The Hon. David Johnson, Chair of the Management Board of Cabinet, stated that the amendments to provincial and municipal freedom of information legislation were "to ensure the confidentiality of labour relations information" (ibid.).
>
> Moreover, s. 65(6) should be interpreted in light of the purpose of the Act, which is found in s. 1. . . .

[171] Two things are immediately clear from this: (1) the legislation that added section 65(6) to the *Act* was considered by the Legislature in light of the purpose of the new section being enacted, and (2) rather than contravening the purpose of the *Act*, section 65(6) is to be interpreted in light of that purpose, as it has been in the jurisprudence, including *Goodis*.

[172] Accordingly, in my view, the appellant's arguments relating to the rule of law and the purposes of the *Act* cannot succeed.

[173] The appellant provided an affidavit with his initial representations, which I have reviewed. In many respects, it makes the same points as the appellant's representations, as already outlined above, but the appellant also includes what he describes as "evidence" of the public importance of the conflict between himself and the university. In that regard, he refers to media coverage dealing with his relationship with the university and the grievance arbitration. He also cites conflicts between the university and others as evidence of the public importance of the university's relations with other employees.

---

[72] The implied undertaking rule that constrains the appellant does not constrain the university because the report originated with it, as the body that produced it during the grievance arbitration. See *Ontario (Ministry of Correctional Services) v. Goodis*, cited above, at para. 50.
[73] Cited above, at paras. 25-26.

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

University's reply representations

[174] In reply, the university clarifies that its purpose in raising the fact that the appellant already has a copy of the report was simply to argue that, since he already has the report, access cannot be a precondition of meaningful discussion.

[175] I have already addressed this argument in the discussion of the university's initial representations, above. I observed that the appellant's use of the records, which include the report, is restricted by the implied undertaking explicitly set out in an interim award issued by the grievance arbitrator. For this reason, I stated the appellant has not had the equivalent of access under the *Act*, and further, the appellant's receipt of a copy of the report, and the other records at issue, subject to the implied confidentiality undertaking, does not negate the possibility that access under the *Act* could be required to permit meaningful discussion.

[176] In response to this submission by the university, I reiterate this point. The issue here is whether access *under the Act* is necessary to permit meaningful discussion of an issue of public importance. The appellant's possession of the records is not the equivalent of access under the *Act*, as it is constrained by the implied undertaking. Again, I do not find the university's argument based on the appellant's constrained possession of the records to be persuasive.

[177] The university also reiterates that it is not a government actor for the purposes of the *Charter*. I have already addressed these arguments, above.

[178] The university characterizes many of the appellant's arguments relating to its alleged misconduct as a quest for evidence of that misconduct, and indicates that nothing in *CLA* ". . . provides an individual with a right of access to a record in order to 'prove' an assertion." While that may be true, I note that without receiving access to the report under the *Act*, the implied undertaking would preclude the appellant from making any comments that would divulge its contents, let alone using it to "prove" anything.

[179] The university amplifies its earlier submissions relating to the fact situations in *CLA* and in this appeal. The university states that in *CLA*, ". . . details regarding the murder investigation and prosecution were already in the public domain as a result of judicial proceedings in respect of same," and here, "the details of the University's treatment of the appellant have already been explored in the public domain through an arbitration process." In *CLA*, these details were contained in a published judgment,[74] and in this appeal, the arbitration process produced reasons in the form of the final arbitral award, which contains significant details of the appellant's relationship with the

[74] *R. v. Court* (1997), 36 O.R. (3d) 263, 1997 CanLII 12180 (ON SC).

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

university. This submission goes to the first requirement articulated in *CLA*, which stipulates that disclosure of the records at issue under the *Act* must be necessary to permit the meaningful exercise of free expression on matters of public or political interest. I will discuss this further under "Analysis," below.

[180] Referring to the implied confidentiality undertaking that attaches to the records as produced during the arbitration, the university submits that:

- the restrictions on use resulting from the undertaking were imposed with the consent of the parties, including the union, and the appellant could have challenged them through the union but chose not to;

- the constraints on the appellant's ability to make "meaningful expression" are therefore by his own agreement;

- the appellant could have raised the criticisms of the university set out in his initial representations during the arbitration, and thereby could have made "meaningful expression" at that time; and

- the appellant could have decided to introduce the report into evidence at the arbitration, which would have removed the implied confidentiality undertaking, but did not do so.

[181] I believe that the existence of the confidentiality undertaking is relevant to the appellant's *Charter* challenge, and in particular, to requirement 2 articulated in *CLA*, as discussed under "Analysis," below. However, I am not persuaded by these arguments of the university which, in essence, allege that the appellant is the author of his own misfortune in relation to the confidentiality undertaking.

[182] Again, the question before me is whether disclosure under the *Act* is necessary to permit meaningful expression concerning a matter of public importance, and if so, whether such disclosure is inconsistent with privileges or would interfere with the proper functioning of the university. The appellant's failure to take the steps in the arbitration that could have avoided the confidentiality undertaking applying to the report or other records at issue is not determinative of this issue.

[183] The university also submits that the subject matter on which the appellant wishes to make "meaningful expression" is ". . . actually in essence a continuation of the Appellant's personal dispute with the university regarding the termination of his employment." The university submits that this is a private matter, not a matter of public importance, and therefore does not enjoy *Charter* protection under section 2(b). In support of this, the university refers to the points raised by the appellant in his affidavit and observes that they concern the relationship between the appellant and the university.

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

[184] Although it would only be necessary to consider this issue if I were to conclude that access under the *Act* is required for meaningful expression, I feel compelled to point out that I do find this argument persuasive. The university is an important publicly-funded institution. Depending on the circumstances, I believe that allegations of impropriety in the university's relationship with its employees, including the appellant, may be a matter of public importance. Because of my conclusions, below, it is not necessary to determine whether that is so in the present case.

[185] With respect to the appellant's "rule of law" arguments, which I have rejected above, the university essentially submits that the basis for granting the *Charter* relief the appellant seeks is the approach articulated by the Supreme Court in *CLA*. For the reasons stated earlier in this order, I agree.

Appellant's sur-reply representations

[186] In sur-reply, the appellant refers to the university's arguments that section 2(b) of the *Charter* does not require disclosure of "evidence" to support meaningful expression, and makes the following submission which, in my view, raises a slightly different question, namely, how much expressive ability constitutes "freedom of expression" and how textured is the information that must be disclosed in order to support it? The appellant submits:

> . . . the [university] is again trying to cast the *Criminal Lawyers* test as whether meaningful expression about any related but broad and generic topic "is possible without the record". . . .

[187] He argues that this view "would render the *Criminal Lawyers* test meaningless." He goes on to focus in particular on the report and the other records at issue, stating that "it is illegal for the Appellant to make expression about the Report, and about other respondent records." [Emphasis in original.]

[188] He states further:

> To be clear, the Appellant argues that to adopt the institution's overly broad alleged interpretation of the words "on a matter" in the Criminal Lawyers test "where access is necessary to permit meaningful discussion on a matter of public importance" — alleged to mean generically about the Appellant's . . . labour conflict with the institution, without needing to include the matters about the Report and about all the records in issue — would, in the circumstances of the instant appeal, lead to a result that makes no logical sense. . . .

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

[189] With respect to the kind of access that is required under section 2(b), the appellant submits:

> The [university]'s insistence that the case-law phrase "where access is necessary to permit meaningful discussion on a matter of public importance" [citation omitted] in-application [sic] means any generic expression about any broadly-related matter, which does not depend on access, is incorrect. The institution's position would make the [*CLA*] test both meaningless and unconstitutional.

[190] The appellant also states that "generic" is antithetical to "meaningful." In my view, the degree to which access must be provided to comply with section 2(b) is a significant issue. I will discuss it further under "Analysis," below.

[191] The appellant also responds to a number of the university's other arguments made at reply.

[192] He argues that the university's submissions relating to the failure to introduce the records into evidence at the grievance arbitration are without merit and "should be struck." As I have already observed, the *Act* does not contemplate a procedure or "striking" portions of a party's representations. However, in my review of the university's representations, I have already rejected its submissions relating to the fact that the records were not introduced at the arbitration.

[193] In responding to an argument by the university that the IPC has the power to compel production of records claimed to be excluded, which is in fact the case as alluded to earlier, the appellant argues that he must still make fact-dependent arguments without seeing the records, which is the "'absurdity' that is argued by the Appellant." He goes on to say that "[t]he said absurdity occurs if one applies the [*CLA*] test without contextual interpretation and without recognizing that the circumstances of the [*CLA*] case are distinguished from the instant appeal. . . ."

[194] This argument does not stand up to scrutiny. The appellant has the records, and he has discussed them extensively – particularly the report – in his representations in this appeal. Therefore, he has had the opportunity to "contextualize" his arguments. As regards his attempt to distinguish *CLA* from this appeal, I have rejected these arguments in my discussion of the appellant's initial representations, above.

Analysis

[195] The essential issue remaining after the discussion of the parties' representations, above, is whether the requirements developed in *CLA* to establish a breach of section 2(b) have been satisfied in the circumstances of this appeal. If so, subject to any additional analysis that may be required under section 1 of the *Charter*, the possible

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

outcomes of this appeal include a declaration that section 65(6)3 is unconstitutional, or a finding that it is constitutionally inapplicable in the circumstances of this case.

[196] To reiterate, as determined in *CLA*, in order to conclude that there has been a breach of section 2(b) at first instance, both of the following requirements must be satisfied: (1) access to the information must be necessary for the meaningful exercise of free expression on matters of public or political interest; and (2) if requirement 1 is met, it must also be the case that there are no countervailing considerations inconsistent with disclosure, such as privileges, and/or evidence that disclosure would impair the proper functioning of the university.

Requirement 1: Is access necessary for the meaningful exercise of free expression on matters of public or political interest?

[197] An examination of this requirement reveals two components: (1) is access necessary for the meaningful exercise of free expression? (2) if so, is the subject of the proposed expression a matter of public or political interest?

[198] With respect to item (1), the positions of the parties may be summarized as follows.

[199] The university submits that access is not necessary because the appellant has already demonstrated that he is capable of "meaningful discussion" regarding the university's relationship with its employees. To support this contention, the university refers to websites that serve as vehicles for the appellant's discussion of his dismissal. I have discussed one of these websites, and other examples of the appellant's expressions of opinion concerning his dismissal, above.

[200] The appellant submits that he is absolutely and permanently gagged from discussing the report, and therefore, from "meaningfully contributing to public discourse potentially affecting an array of statutory and policy issues of importance to workers, students and concerned citizens at large." He also states that he has no other way to get access to the report and related records because both the author of the report and the university are refusing access.

[201] In reply, responding to the appellant's arguments that *CLA* is distinguishable (which I have already discussed above, and found that the *CLA* test must be applied in this case), the university submits that the facts here are analogous to those in *CLA* because in that case, details regarding the investigation and prosecution were already in the public domain as a result of judicial proceedings, and in this case, details of the university's treatment of the appellant have already been explored in the public domain through the arbitration process. In *CLA*, the details were contained in a published

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

judgment,[75] and in this appeal, the arbitration process produced reasons in the form of the final arbitral award, which contains significant details of the appellant's relationship with the university.

[202] In sur-reply, the appellant submits that the *CLA* test is broader than the university says it is, and that because of the implied confidentiality undertaking, "it is illegal for the Appellant to make expression about the Report, and about the other respondent records." He characterizes the university's position as meaning that the ability to make generic expression about any broadly-related matter is sufficient to meet the requirements of section 2(b), and he disputes this approach. He also observes that "generic" is antithetical to "meaningful."

[203] I agree with the university. The appellant has had the opportunity to engage in a very detailed and public expression of opinion about his relationship with the university, including his dismissal and the grievance proceedings that followed it. This is evident from the discussions in the website cited by the university that I looked at. It is also evident from media articles that discuss the situation, and the television interview I have referred to above.

[204] The appellant has asserted that he is not able to discuss the report. However, the report is but one aspect of the appellant's dismissal. In assessing the interests at stake here, the context is significant. The appellant seeks access to the records by applying the *Charter* to invalidate or render inapplicable an enactment of the Ontario Legislature. This is not a finding to be made lightly. Accordingly, I have concluded that the appellant's claim that section 65(6)3 is unconstitutional or constitutionally inapplicable under section 2(b) is not established where the evidence demonstrates that he is able to express himself meaningfully in relation to the subject matter in question, which in this case is his relationship with the university, including his dismissal. In my opinion, the evidence establishes this ability here. Nor, in my view, is he constrained from entering into meaningful public discussion of the university's relationship with its employees.

[205] I also conclude that the facts in relation to freedom of expression are analogous to those in *CLA*. In *CLA*, the court's judgment staying the murder charges contained a great deal of information about the grounds for doing so. However, access to the records, which were reports and other documents containing information relating to the subsequent police investigations, had been denied.

[206] The Court stated:

> In our view, the CLA has not demonstrated that meaningful public discussion of the handling of the investigation into the murder of Domenic

[75] *R. v. Court*, cited above.

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

> Racco, and the prosecution of those suspected of that murder, cannot take place under the current legislative scheme. Much is known about those events. In granting the stay against the two accused, Glithero J. stated:
>
> > . . . I have found many instances of abusive conduct by state officials, involving deliberate non‑disclosure, deliberate editing of useful information, negligent breach of the duty to maintain original evidence, improper cross‑examination and jury addresses during the first trial. [p. 300]
>
> The record supporting these conclusions is already in the public domain. The further information sought relates to the internal investigation of the conduct of the Halton Regional Police, the Hamilton-Wentworth Regional Police and the Crown Attorney in this case. It may be that this report should have been produced under the terms of the Act, as discussed below. However, the CLA has not established that it is necessary for meaningful public discussion of the problems in the administration of justice relating to the Racco murder.

[207] Similarly, in this case, the appellant has engaged in a grievance arbitration process that resulted in an arbitration award that is in the public domain and outlines the university's reasons for dismissing the appellant and his reasons for objecting to it. The university has denied access to records that contain further information about one aspect of the university's process in dismissing the appellant. In my view, the appellant has not demonstrated that access to this further information is necessary for meaningful public discussion of his dismissal, or of the university's relationship with its employees.

[208] That being so, it is not necessary to consider the second component under requirement 1 of the *CLA* test, *i.e.* whether the expression the appellant wishes to engage in is a matter of public or political interest.

[209] Because of my conclusion that access is not required in order for the appellant to exercise the right of free expression concerning his relationship with and dismissal by the university, or concerning the university's relationship with its employees, I find that the first part of the *CLA* test has not been met, and therefore, a breach of section 2(b) of the *Charter* has not been established.

[210] That is sufficient to conclude my discussion of this issue. However, I will also consider the second requirement established in *CLA*.

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

Requirement 2: Are there countervailing considerations inconsistent with disclosure, such as privileges, and/or would disclosure impair the proper functioning of the university?

[211] As I have already stated, I believe that the implied confidentiality undertaking is relevant to this requirement, and in particular, to the fact that under *CLA*, a section 2(b) claim ". . . may be defeated by factors that remove section 2(b) protection, e.g. if the documents sought are protected by privilege. . . ."[76] Similarly, the Supreme Court in *CLA* refers to the onus on the applicant to "show that the protection is not removed by countervailing considerations inconsistent with production."

[212] From these quotes, it is clear that the Court is using privilege as an example of a circumstance that might be inconsistent with production. Like the implied confidentiality undertaking, the whole point of privileges is to keep information confidential. For example, solicitor-client privilege exists to ensure the confidentiality of communications between lawyers and their clients.[77] Litigation privilege protects records created for the dominant purpose of litigation. It is based on the need to protect the adversarial process by ensuring that counsel for a party has a "zone of privacy" in which to investigate and prepare a case for trial.[78] Settlement privilege is ". . . a common law rule of evidence that protects communications exchanged by parties as they try to settle a dispute."[79]

[213] In my opinion, the implied confidentiality undertaking under consideration in this case, which applies by virtue of the interim award of the grievance arbitrator, exists for a similar purpose: to ensure that records produced to the opposing party during the arbitration remain confidential unless they are introduced into evidence. Among other restrictions, it provides that "all documents are to be kept confidential as among the parties." As I observed earlier, applying the *Charter* to facilitate access would constitute an "end run" around the implied confidentiality undertaking.

[214] Past decisions have held that the access process under the *Act* is separate from discovery in the context of litigation.[80] In *Doe v. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police*[81], Lane J. had issued an order prohibiting publication of information obtained in the civil discovery process, including publication by third parties. A request was submitted under the *Municipal Freedom of Information and Protection of Privacy Act* (*MFIPPA*) for access to the contents of police files that were to be produced in the discovery process. Lane J. stated that his order in the civil proceeding was not

[76] at para. 33 of *CLA*.
[77] See *Solosky v. the Queen*, [1980] 1 SCR 821 at p. 835. Also reported at 1979 CanLII 9.
[78] *Blank v. Canada (Minister of Justice)* (2006), 270 D.L.R. (4th) 257 (S.C.C.) (also reported at [2006] S.C.J. No. 39).
[79] *Union Carbide Canada Inc. v. Bombardier Inc.*, 2014 SCC 35 at para. 31.
[80] See, for example, Order PO-2490.
[81] (June 3, 1997), Toronto Doc. 21670/87Q (Ont. Gen. Div.).

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

intended to interfere with the operation of *MFIPPA*, and would not bar the publication of records obtained under *MFIPPA*. He stated:

> In my view, there is no inherent conflict between the Act and the provisions of the Rules [of Civil Procedure] as to maintaining confidentiality of disclosures made during discovery. The Act contains certain exemptions relating to litigation. It may be that much information given on discovery (and confidential in that process) would nevertheless be available to anyone applying under the Act; if so, then so be it; the Rules of Civil Procedure do not purport to bar publication or use of information obtained otherwise than on discovery, even though the two classes of information may overlap, or even be precisely the same.

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

[215] That decision arose in the context of a situation in which *MFIPPA* applied, and the scheme of exemptions it contains might or might not have come into play. That is a very different situation from the present case, where the impact of the confidentiality undertaking is being considered in a request for *Charter* relief that would render a section of the *Act* either unconstitutional or constitutionally inapplicable. In particular, the question arises under the second requirement established in *CLA* with respect to whether there are countervailing considerations inconsistent with disclosure, such as privileges. In this way, *CLA* requires me to consider whether the implied confidentiality undertaking is such a countervailing consideration.

[216] As I have already noted, privilege is given as an example of a circumstance that is inconsistent with production. There are striking similarities between the impact of privilege, as outlined above, and the confidentiality undertaking imposed during the grievance arbitration. Accordingly, I conclude that the implied confidentiality undertaking is akin to a privilege at law, and must therefore be considered as a circumstance that would be inconsistent with production. This means that, even if the appellant had established that disclosure is necessary for meaningful expression under requirement 1 (which I have found he has not done), there would be no breach of section 2(b) because the second requirement articulated in *CLA* has not been met.

Conclusion

[217] As discussed earlier in this order, in *Doré*,[82] the Supreme Court of Canada stated that in assessing claims under the *Charter*, an administrative law decision-maker ". . . balances the *Charter* values with the statutory objectives. In effecting this balancing, the decision-maker should first consider the statutory objectives."[83] The Court cites the approach taken to section 2(b) claims under the *Act* in *CLA* as an application of the "administrative law" approach, which *Doré* adopts as an alternative to more traditional

[82] Cited above.
[83] *Doré* at para. 55.

Charter analysis in the administrative law context. I have already quoted this part of the judgment in *Doré*, but it bears repeating here:

> Other cases, and particularly recently, have instead applied an administrative law/judicial review analysis in assessing whether the decision-maker took sufficient account of *Charter* values. This approach is seen in . . . *Criminal Lawyers' Association*. . . .[84]

[218] Having applied the template provided by *CLA*, I have followed the approach advocated in *Doré*. Moreover, my finding that section 2(b) has not been breached is consistent with the analysis advocated in *Doré*. As noted in *Ontario (Ministry of Correctional Services v. Goodis)*,[85] the legislative history of section 65(6) shows that its purpose was "to ensure the confidentiality of labour relations information." Given the wording of the section, this purpose must also include protecting the confidentiality of information about relations with employees. In this case, even without access under the *Act*, the appellant has had the opportunity to engage in a very detailed and meaningful public expression of opinion concerning his relationship with the university, including his dismissal and the grievance proceedings that followed it. He is not constrained from meaningful public discussion of the university's relationship with its employees. This respects the appellant's section 2(b) rights while also honouring the statutory purpose of section 65(6).

[219] For all these reasons, I find that the appellant's claim for *Charter* relief must fail.

Issue C. Did the university conduct a reasonable search for records?

[220] Where a requester claims that additional records exist beyond those identified by the institution, the issue to be decided is whether the institution has conducted a reasonable search for records as required by section 24.[86]

[221] The *Act* does not require the institution to prove with absolute certainty that further records do not exist. However, the institution must provide sufficient evidence to show that it has made a reasonable effort to identify and locate responsive records.[87] To be responsive, a record must be "reasonably related" to the request.[88]

[222] A reasonable search is one in which an experienced employee knowledgeable in the subject matter of the request expends a reasonable effort to locate records which are reasonably related to the request.[89]

---

[84] Para. 32 of *Doré*. See also footnote 37.
[85] Cited above.
[86] Orders P-85, P-221 and PO-1954-I.
[87] Orders P-624 and PO-2559.
[88] Orders P-880 and PO-2554.
[89] Orders M-909, PO-2469 and PO-2592.

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

[223] Although a requester will rarely be in a position to indicate precisely which records the institution has not identified, the requester still must provide a reasonable basis for concluding that such records exist.[90]

[224] In this case, the request was for access to a report prepared by a psychiatrist, relating to the appellant, and any other records "about the report." In both his initial and sur-reply representations, under the heading "Order requested," the appellant requests the following:

- an express finding that the search was inadequate, in that there is proof that there are more responsive records, including those used in making the Report, and including all meeting notes about preparing or using the report;

- An Order that a new search be performed, which is not limited to the offices of outside counsel and which includes a number of specified areas at the university.

Representations of the parties

Appellant's initial representations

[225] In his initial representations and affidavit, the appellant submits that:

- various written and audio records were used by the psychiatrist in preparing the report;

- such records are responsive to the request and have not been produced;

- the psychiatrist's interview notes relating to an interview he conducted while preparing the report would be a responsive record;

- the university's decision letter "appears to state" that only its external counsel's offices were searched, but no university offices were searched;

- the search is therefore inadequate.

[226] He also states:

> The Appellant seeks the Adjudicator's directions on how best to include the important issue of incomplete search. *The Appellant would not object*

[90] Order MO-2246.

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

> *at this stage to postponing a resolution of the incomplete search issue until after the Adjudicator's determination is made concerning access to the report.* [Emphasis added.]

University's reply representations

[227] The university submits:

> As suggested by the appellant, consideration of this issue should be deferred until after the application of s. 65(6) is determined. If the IPC accepts the University's submission that [the report] is a communication about an employment-related matter in which the University has an interest, then all records with "some connection" to the Report are excluded from the *Act* under s. 65(6)3, and further searches for those records would be moot. If the IPC rejects the University's submissions, then the university would be pleased to address the reasonableness of its searches at that time.

Appellant's sur-reply representations

[228] Given the appellant's statement in his initial representations to the effect that he would "not object at this stage to postponing a resolution of the incomplete search issue," it is somewhat surprising that he would open his submissions on this issue at sur-reply with the following statement:

> Contrary to the institution's statement [paragraph reference omitted], the Appellant did not suggest that "this issue should be deferred until after the application of s. 65(6) is determined". . . .

[229] While it is true that the appellant's comment relating to deferring this issue does not specifically refer to section 65(6), the appellant's initial representations clearly stated that the issue could be deferred.

[230] He also observes that the university had a duty to respond to his "evidence-based" submissions on this issue but instead remained silent. Given the appellant's statement that the issue could be deferred, I disagree. Moreover, as already noted, the failure of a party to respond to a particular argument does not mean that that I am bound to accept that argument. It is my responsibility to weigh the evidence and argument that has been presented.[91]

[231] The appellant also refers to a judicial finding that does not appear to address the existence of additional responsive records in relation to the request that is at issue here

[91] See *Ontario (Workers' Compensation Board) v. Ontario (Assistant Information & Privacy Commissioner)*, cited above.

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

(*i.e.* records "about the report"). For reasons of confidentiality, I will not elaborate further on this judgment.

[232] He then submits that:

> . . . in the circumstances of this case, the [IPC] has the jurisdiction and the duty to request and examine all the respondent records obtained by a new and complete search, as these could be material to the main issues in the instant appeal.

[233] Here, the appellant attempts to conflate the issue of reasonable search with the supposed "duty" of this office to order new searches in order to assist with the adjudication of this appeal.

[234] Although section 52(4) permits this office to require production of and examine any record in the custody or under the control of an institution, I have concluded that the evidence and argument before me are sufficient to permit the adjudication of the issues in this case without requiring the production of the additional records the appellant identifies, all of which appear to be documents that were referred to or relied on by the psychiatrist in his preparation of the report. Moreover, beyond the bald assertion I have just quoted, the appellant makes no suggestion as to how these records could be relevant to my determinations under section 65(6) of the *Act* or section 2(b) of the *Charter*.

Analysis

[235] Given the appellant's suggestion to defer the determination of this issue and the university's acceptance of it, and in spite of the appellant's attempt to resile from his earlier position, I could simply defer the issue and decide it in a future order.

[236] However, as the issue can be resolved now, there is no need to defer.

[237] As I have noted, the appellant's request was for access to a report prepared by a psychiatrist, relating to himself, and any other records "about the report." The primary records identified by the appellant and claimed by him to be responsive, in addition to those located by the university, are various written and audio records used by the psychiatrist in preparing the report, as well as interview notes he would have created in the course of preparing it.

[238] In my view, such records, which were underlying records relied on in preparing the report, as opposed to records describing or commenting on it, cannot reasonably be said to be "about the report." "About" in this context can be defined as "on the subject

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

of; concerning"[92] A record that pre-existed the completion of the report and does not comment on it cannot reasonably be said to be "about" the report. Accordingly, such records are not "reasonably related" to the request[93].

[239] As noted above, under the heading "Order requested," in his representations, the appellant also refers to "*meeting notes* and *communications* about preparing or using the report." [Emphasis added.] In my view, such additional records, if they existed, would be excluded from the application of the *Act* under section 65(6)3, as the university submits, for essentially the reasons given above in my discussion of that provision.

[240] As they are described by the appellant, it is clear that such additional records, if they existed, would have been collected, prepared, maintained or used by or on behalf of the university in relation to meetings, consultations, discussions or communications about the termination of the appellant's employment, which I have already found to be an employment-related matter in which the university has an interest. The records described by the appellant, if they existed, would either be prepared in relation to "communications" because they actually consist of communications, like the records under adjudication in this order, or they would have been prepared, used, etc. in relation to meetings.

[241] It is also clear that, if they were responsive, any written and audio records used by the psychiatrist in preparing the report, as well as interview notes he would have created in the course of preparing it, would also be excluded under section 65(6)3 for these same reasons.

[242] Accordingly, there is no basis to order the university to conduct further searches.[94] The appellant's appeal on the issue of reasonable search is therefore dismissed.

Additional Issue: The appellant's privacy concerns

[243] Under "Order Requested" at the end of both his initial and sur-reply representations, the appellant asks for "A Commissioner's undertaking to investigate the [university] for possible violations of the *Act*, given the evidence provided in the instant submissions."

[244] As I have pointed out previously, I am adjudicating an access appeal, not a privacy complaint. There is an established process for filing a privacy complaint with

[92] Oxford online dictionary: https://en.oxforddictionaries.com/definition/about
[93] Orders P-880 and PO-2554.
[94] Similar determinations were reached in Orders MO-1412, PO-2015-F and PO-3004.

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

this office which the appellant should follow if he wishes to initiate such a complaint concerning the preparation of the report or any other matter.[95]

ORDER:

This appeal is dismissed.

Original Signed By: January 12, 2017
John Higgins
Adjudicator

2017 CanLII 2024 (ON IPC)

[95] An explanation of the complaint process is found at https://www.ipc.on.ca/privacy/processing-privacy-complaints/. The complaint form is found at https://www.ipc.on.ca/wp-content/uploads/Resources/cmpfrm-e.pdf.

The Attorney General of Quebec *Appellant*

v.

Irwin Toy Limited *Respondent*

and

Gilles Moreau in his capacity as President of the Office de la protection du consommateur *Intervener*

and

The Attorney General for Ontario, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Saskatchewan, Pathonic Communications Inc., Réseau Pathonic Inc., and the Coalition contre le retour de la publicité destinée aux enfants *Interveners*

INDEXED AS: IRWIN TOY LTD. *v.* QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 20074.

1987: November 19, 20; 1989: April 27.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson and Le Dain* JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Commercial advertising — Provincial legislation prohibiting commercial advertising directed at persons under thirteen years of age — Whether provincial legislation ultra vires the provincial legislature — Colourable legislation — Impairment of federal undertakings — Conflict with federal legislation — Criminal law — Constitution Act, 1867, ss. 91, 92 — Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 248, 249 — Broadcasting Act, R.S.C. 1970, c. B-11, s. 3(c).

Constitutional law — Charter of Rights — Application — Exception-where express declaration — Provincial legislation prohibiting commercial advertising directed at persons under thirteen years of age — Whether provincial legislation protected from the application of s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms by a valid and subsisting override provision — Canadian Charter of Rights and Freedoms,

* Estey and Le Dain JJ. took no part in the judgment.

Le procureur général du Québec *Appelant*

c.

Irwin Toy Limited *Intimée*

et

Gilles Moreau en sa qualité de président de l'Office de la protection du consommateur *Intervenant*

et

Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de la Saskatchewan, Pathonic Communications Inc., Réseau Pathonic Inc., et la Coalition contre le retour de la publicité destinée aux enfants *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: IRWIN TOY LTD. *c.* QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL)

N° du greffe: 20074.

1987: 19, 20 novembre; 1989: 27 avril.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson et Le Dain*.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs législatifs — Publicité commerciale — Loi provinciale interdisant la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize ans — La loi provinciale est-elle ultra vires de la législature provinciale? — Législation déguisée — Entrave à une entreprise fédérale — Conflit avec la législation fédérale — Droit criminel — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92 — Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., chap. P-40.1, art. 248, 249 — Loi sur la radiodiffusion, S.R.C. 1970, chap. B-11, art. 3c).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Dérogation par déclaration expresse — Loi provinciale interdisant la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize ans — La loi provinciale est-elle soustraite à l'application de l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés par une disposition dérogatoire valide et en vigueur? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 33 — Loi

* Les juges Estey et Le Dain n'ont pas pris part au jugement.

1989 CanLII 87 (SCC)

s. 33 — Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 248, 249, 364 — Act respecting the Constitution Act, 1982, S.Q. 1982, c. 21, ss. 1, 7.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Commercial advertising — Provincial legislation prohibiting commercial advertising directed at persons under thirteen years of age — Scope of freedom of expression — Whether provincial legislation infringes the guarantee of freedom of expression — Whether limit imposed by the provincial legislation on freedom of expression justifiable under s. 1 of the Canadian Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 248, 249 — Regulation respecting the application of the Consumer Protection Act, R.R.Q., c. P-40.1, r. 1, ss. 87 to 91.

Constitutional law — Charter of Rights — Reasonable limits — Provincial legislation prohibiting commercial advertising directed at persons under thirteen years of age — Whether provincial legislation too vague to constitute a limit prescribed by law — Whether only evidence of legislative objective contemporary with the adoption of the provincial legislation relevant to justifying provincial legislation as a reasonable limit upon freedom of expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1 — Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 248, 249.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Life, liberty and security of person — Whether corporations may invoke the protection of s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Meaning of the word "Everyone" in s. 7.

Civil rights — Provincial human rights legislation — Freedom of expression — Commercial advertising — Provincial legislation prohibiting commercial advertising directed at persons under thirteen years of age — Scope of freedom of expression — Whether provincial legislation infringes the guarantee of freedom of expression — Whether limit imposed by the provincial legislation on freedom of expression justifiable under s. 9.1 of the Quebec Charter — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 9.1 — Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 248, 249 — Regulation respecting the application of the Consumer Protection Act, R.R.Q., c. P-40.1, r. 1, ss. 87 to 91.

In November 1980, the respondent sought a declaration from the Superior Court that ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1, which prohibited commercial advertising directed at persons under

sur la protection du consommateur, L.R.Q., chap. P-40.1, art. 248, 249, 364 — Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982, L.Q. 1982, chap. 21, art. 1, 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Publicité commerciale — Loi provinciale interdisant la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize ans — Portée de la liberté d'expression — La loi provinciale porte-t-elle atteinte à la garantie de la liberté d'expression? — La restriction que la loi provinciale impose à la liberté d'expression est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte canadienne? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., chap. P-40.1, art. 248, 249 — Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur, R.R.Q., chap. P-40.1, r. 1, art. 87 à 91.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Limites raisonnables — Loi provinciale interdisant la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize ans — La loi provinciale est-elle trop imprécise pour constituer une limite prescrite par une règle de droit? — La preuve relative à l'objectif visé par le législateur, existant au moment de l'adoption de la loi provinciale, est-elle la seule pertinente pour justifier la loi provinciale comme restriction raisonnable à la liberté d'expression — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1 — Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., chap. P-40.1, art. 248, 249.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Vie, liberté et sécurité de la personne — Les sociétés peuvent-elles invoquer la protection de l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Sens du mot «Chacun» à l'art. 7.

Libertés publiques — Loi provinciale sur les droits de la personne — Liberté d'expression — Publicité commerciale — Loi provinciale interdisant la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize ans — Portée de la liberté d'expression — La loi provinciale porte-t-elle atteinte à la garantie de liberté d'expression — La restriction que la loi provinciale impose à la liberté d'expression est-elle justifiable en vertu de l'art. 9.1 de la Charte québécoise? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., chap. C-12, art. 3, 9.1 — Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., chap. P-40.1, art. 248, 249 — Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur, R.R.Q., chap. P-40.1, r. 1, art. 87 à 91.

En novembre 1980, l'intimée a demandé en Cour supérieure un jugement déclarant que les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., chap. P-40.1, étaient *ultra vires* de l'Assemblée nationale

1989 CanLII 87 (SCC)

thirteen years of age, were *ultra vires* the Quebec legislature and, subsidiarily, that they infringed the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*. The Superior Court dismissed the action. On appeal, the respondent also invoked the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* which entered into force after the judgment of the Superior Court. The Court of Appeal allowed the appeal holding that the challenged provisions infringed s. 2(*b*) of the Canadian *Charter* and that the limit imposed on freedom of expression by ss. 248 and 249 was not justified under s. 1. This appeal is to determine (1) whether ss. 248 and 249 are *ultra vires* the Quebec legislature or rendered inoperative by conflict with s. 3 of the *Broadcasting Act*, R.S.C. 1970, c. B-11; (2) whether they are protected from the application of the Canadian *Charter* by a valid and subsisting override provision; (3) whether they infringe s. 2(*b*) of the Canadian *Charter* and s. 3 of the Quebec *Charter*; and if so, (4) whether the limit imposed by ss. 248 and 249 is justifiable under s. 1 of the Canadian *Charter* and s. 9.1 of the Quebec *Charter*; and (5) whether they infringe s. 7 of the Canadian *Charter*.

Held (Beetz and McIntyre JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

(1) Sections 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* are not *ultra vires* the provincial legislature nor deprived of effect under s. 3 of the *Broadcasting Act*.

(2) The override provision in s. 364 of the *Consumer Protection Act* expired on June 23, 1987.

(3) Sections 248 and 249 infringe s. 2(*b*) of the Canadian *Charter* and s. 3 of the Quebec *Charter*.

(4) *Per* Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ. (Beetz and McIntyre JJ. dissenting): Sections 248 and 249 are justified under s. 1 of the Canadian *Charter* and s. 9.1 of the Quebec *Charter*.

(5) Section 7 of the Canadian *Charter* cannot be invoked by the respondent.

---

(1) *Constitution Act, 1867*

Sections 248 and 249 of the *Consumer Protection Act*, as modified by or completed by the regulations, are, like in the *Kellogg's* case, legislation of general application enacted in relation to consumer protection and are not a colourable attempt, under the guise of a law of general application, to legislate in relation to television advertising. The dominant aspect of the law for purposes

du Québec et, subsidiairement, qu'ils enfreignaient la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. Les articles 248 et 249 interdisaient la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize ans. La Cour supérieure a rejeté l'action. En appel, l'intimée a aussi invoqué la *Charte canadienne des droits et libertés* entrée en vigueur après le jugement de la Cour supérieure. La Cour d'appel a accueilli l'appel et a conclu que les dispositions contestées enfreignaient l'al. 2*b*) de la *Charte* canadienne et que la limite imposée à la liberté d'expression par les art. 248 et 249 n'était pas justifiée en vertu de l'article premier. Le pourvoi vise à déterminer (1) si les art. 248 et 249 sont *ultra vires* de l'Assemblée nationale du Québec ou inopérants parce qu'ils entrent en conflit avec l'art. 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*, S.R.C. 1970, chap. B-11; (2) s'ils sont soustraits à l'application de la *Charte* canadienne par une disposition dérogatoire valide et en vigueur; (3) s'ils portent atteinte à l'al. 2*b*) de la *Charte* canadienne et à l'art. 3 de la *Charte* québécoise et, dans l'affirmative, (4) si la restriction imposée par les art. 248 et 249 est justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte* canadienne et de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise; et (5) s'ils enfreignent l'art. 7 de la *Charte* canadienne.

Arrêt (les juges Beetz et McIntyre sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

(1) Les articles 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* ne sont pas *ultra vires* de la législature provinciale ni privés d'effet en vertu de l'art. 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*.

(2) La disposition dérogatoire de l'art. 364 de la *Loi sur la protection du consommateur* a cessé d'avoir effet le 23 juin 1987.

(3) Les articles 248 et 249 violent l'al. 2*b*) de la *Charte* canadienne et l'art. 3 de la *Charte* québécoise.

(4) *Le* juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson (les juges Beetz et McIntyre sont dissidents): Les articles 248 et 249 sont justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte* canadienne et de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise.

(5) L'article 7 de la *Charte* canadienne ne peut être invoqué par l'intimée.

---

(1) *Loi constitutionnelle de 1867*

Les articles 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur*, tels que modifiés ou complétés par les règlements, sont, comme dans l'affaire *Kellogg*, des dispositions législatives d'application générale relatives à la protection du consommateur et ne sont pas une tentative déguisée, sous l'apparence d'une loi d'application générale, de légiférer en matière de publicité télévi-

1989 CanLII 87 (SCC)

of characterization is the regulation of all forms of advertising directed at persons under thirteen years of age rather than the prohibition of television advertising which cannot be said to be the exclusive or even primary aim of the legislation. The relative importance of television advertising and the other forms of children's advertising subject to exemption and prohibition is not a sufficient basis for a finding of colourability.

Sections 248 and 249 do not purport to apply to television broadcast undertakings. Read together with s. 252 of the *Consumer Protection Act*, it is clear that ss. 248 and 249 apply to the acts of an advertiser, not to the acts of a broadcaster. The challenged provisions, therefore, do not trench on exclusive federal jurisdiction by purporting to apply to a federal undertaking and, in so doing, affecting a vital part of its operation. Further, the importance of advertising revenues in the operation of a television broadcast undertaking and the fact that the prohibition of commercial advertising directed to persons under thirteen years of age affected the capacity to provide children's programs do not form a sufficient basis on which to conclude that the effect of the provisions was to impair the operation of the undertaking, in the sense that the undertaking was "sterilized in all its functions and activities". The most that can be said is that the provisions "may, incidentally, affect the revenue of one or more television stations".

Sections 248 and 249 are not in conflict with s. 3(*c*) of the *Broadcasting Act*. This section does not purport to prevent provincial laws of general application from having an incidental effect on broadcasting undertakings. There is also no conflict or functional incompatibility between the federal regulatory regime applicable to broadcasters adopted by the CRTC and the provincial consumer protection legislation applicable to advertisers. Both schemes have been designed to exist side by side. Neither television broadcasters nor advertisers are put into a position of defying one set of standards by complying with the other. If each group complies with the standards applicable to it, no conflict between the standards ever arises. It is only if advertisers seek to comply only with the lower threshold applicable to television broadcasters that a conflict arises. Absent an attempt by the federal government to make that lower standard the sole governing standard, there is, therefore, no occasion to invoke the doctrine of paramountcy.

Finally, having found that ss. 248 and 249 were enacted pursuant to a valid provincial objective and that

sée. L'aspect dominant de la Loi aux fins de sa qualification est la réglementation de toutes les formes de publicité destinée aux personnes de moins de treize ans plutôt que l'interdiction de la publicité télévisée dont on ne peut pas dire qu'elle soit le but exclusif ni même principal de la Loi. L'importance relative de la publicité télévisée et des autres formes de publicité destinée aux enfants visées par les exemptions et l'interdiction ne constitue pas un fondement suffisant pour conclure à l'existence d'une législation déguisée.

Les articles 248 et 249 ne visent pas à s'appliquer aux entreprises de télédiffusion. Il est clair que ces articles, lus en corrélation avec l'art. 252 de la *Loi sur la protection du consommateur*, s'appliquent aux actes d'un annonceur et non à ceux d'un radiodiffuseur. Les dispositions contestées ne portent donc pas atteinte à la compétence exclusive du fédéral en prétendant s'appliquer à une entreprise fédérale et, ce faisant, en touchant un élément essentiel de son exploitation. En outre, l'importance des revenus de publicité dans l'exploitation d'une entreprise de télédiffusion et le fait que l'interdiction de la publicité commerciale destinée aux personnes de moins de treize ans porte atteinte à la capacité de présenter des émissions pour enfants ne constituent pas une base suffisante pour conclure que l'effet des dispositions était d'entraver l'exploitation de l'entreprise dans le sens que l'entreprise était «paralysée dans ses fonctions et ses activités». Tout au plus peut-on affirmer que les dispositions peuvent «incidemment porter atteinte au revenu d'une ou plusieurs stations de télévision».

Les articles 248 et 249 n'entrent pas en conflit avec l'al. 3*c*) de la *Loi sur la radiodiffusion*. Cet article ne vise pas à empêcher que des lois provinciales d'application générale aient un effet incident sur des entreprises de télédiffusion. Il n'y a ni conflit ni incompatibilité opérationnelle entre la réglementation fédérale applicable aux télédiffuseurs adoptée par le CRTC et la législation provinciale sur la protection du consommateur applicable aux annonceurs. Les deux systèmes ont été conçus pour coexister. Ni les télédiffuseurs ni les annonceurs ne se trouvent dans une situation où ils doivent contrevenir à une série de normes pour se conformer à l'autre. Si chaque groupe se conforme aux normes qui lui sont applicables, il ne peut jamais y avoir de conflit entre les normes. Ce n'est que si les annonceurs tentent de se conformer seulement à la norme moins exigeante applicable aux télédiffuseurs qu'il y a conflit. Dans la mesure où le gouvernement fédéral ne tente pas de faire de cette norme moins élevée la seule applicable, il n'y a aucune raison d'invoquer la théorie de la prépondérance.

Enfin, ayant conclu que les art. 248 et 249 ont été édictés en conformité avec un objectif provincial valide

1989 CanLII 87 (SCC)

they do not conflict with federal regulation, it cannot be said that because there are sanctions against a breach of these sections, they are best characterized as being, in pith and substance, legislation relating to criminal law. The province has, under s. 92(15) of the *Constitution Act, 1867*, jurisdiction to enact penal sanctions in relation to otherwise valid provincial objectives.

(2) *Application of Canadian Charter*

For the reasons given in *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, s. 364 of the *Consumer Protection Act*—the standard override provision enacted by s. 1 of the *Act respecting the Constitution Act, 1982*, S.Q. 1982, c. 21—came into force on June 23, 1982 and ceased to have effect on June 23, 1987. Since s. 364 was not re-enacted pursuant to s. 33(4) of the Canadian *Charter*, it follows that ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* are no longer protected from the application of the Canadian *Charter* by a valid and subsisting override provision.

(3) *Freedom of Expression*

Per Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ.: When faced with an alleged violation of the guarantee of freedom of expression, the first step is to determine whether the plaintiff's activity falls within the sphere of conduct protected by the guarantee. Activity which (1) does not convey or attempt to convey a meaning, and thus has no content of expression, or (2) which conveys a meaning but through a violent form of expression, is not within the protected sphere of conduct. If the activity falls within the protected sphere of conduct, the second step is to determine whether the purpose or effect of the government action in issue was to restrict freedom of expression. If the government has aimed to control attempts to convey a meaning either by directly restricting the content of expression or by restricting a form of expression tied to content, its purpose trenches upon the guarantee. Where, on the other hand, it aims only to control the physical consequences of particular conduct, its purpose does not trench upon the guarantee. In determining whether the government's purpose aims simply at harmful physical consequences, the question becomes: does the mischief consist in the meaning of the activity or the purported influence that meaning has on the behaviour of others, or does it consist, rather, only in the direct physical result of the activity. If the government's purpose was not to restrict free expression, the plaintiff can still claim that the effect of the government's action was to restrict her expression. To make

et qu'ils n'entrent pas en conflit avec la réglementation fédérale, on ne peut affirmer que, parce qu'ils prévoient des sanctions en cas de violation, ils devraient être considérés en réalité comme, de par leur caractère véritable, des dispositions relatives au droit criminel. Le paragraphe 92(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867* donne à la province la compétence pour édicter des lois pénales provinciales à l'égard d'objectifs provinciaux valides par ailleurs.

(2) *Application de la Charte canadienne*

Selon les motifs de *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, l'art. 364 de la *Loi sur la protection du consommateur*—la disposition dérogatoire type édictée par l'art. 1 de la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, L.Q. 1982, chap. 21—est entré en vigueur le 23 juin 1982 et a cessé d'avoir effet le 23 juin 1987. Puisque l'art. 364 n'a pas été adopté de nouveau en vertu du par. 33(4) de la *Charte* canadienne, les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* ne sont plus soustraits à l'application de la *Charte* canadienne par une disposition dérogatoire valide et en vigueur.

(3) *Liberté d'expression*

Le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson: Lorsqu'on allègue la violation de la garantie de liberté d'expression, la première étape de l'analyse consiste à déterminer si l'activité du demandeur relève du champ des activités protégées par la garantie. Une activité qui (1) ne transmet pas ni ne tente de transmettre une signification et qui est donc expression sans contenu ou (2) qui transmet une signification par une forme d'expression violente, ne relève pas du champ des activités protégées. Si l'activité fait partie du champ des activités protégées, la deuxième étape consiste à déterminer si l'objet ou l'effet de l'action gouvernementale en cause était de restreindre la liberté d'expression. Si le gouvernement a voulu contrôler la transmission d'une signification soit en restreignant directement le contenu de l'expression soit en restreignant une forme d'expression liée au contenu, son objet porte atteinte à la garantie. Par ailleurs, si le gouvernement veut seulement prévenir les conséquences matérielles d'une conduite donnée, son objet ne porte pas atteinte à la garantie. Pour décider si l'objet du gouvernement est simplement de prévenir des conséquences matérielles préjudiciables, il faut se demander si le méfait est dans la signification de l'activité ou dans l'influence qu'elle est susceptible d'avoir sur le comportement des autres, ou encore si le méfait est uniquement dans le résultat matériel direct de l'activité. Si le but poursuivi par le gouvernement n'était pas de restreindre la liberté d'expression, le demandeur peut

1989 CanLII 87 (SCC)

this claim, the plaintiff must at least identify the meaning being conveyed and how it relates to the pursuit of truth, participation in the community, or individual self-fulfillment and human flourishing. Here, respondent's activity is not excluded from the sphere of conduct protected by freedom of expression. The government's purpose in enacting ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* and in promulgating ss. 87 to 91 of the *Regulation respecting the application of the Consumer Protection Act* was to prohibit particular content of expression in the name of protecting children. These provisions therefore constitute limitations to s. 2(*b*) of the Canadian *Charter* and s. 3 of the Quebec *Charter*.

Per Beetz and McIntyre JJ.: Sections 248 and 249 of the *Consumer Protection Act*, which prohibit advertising aimed at children, infringe s. 2(*b*) of the Canadian *Charter* and s. 3 of the Quebec *Charter*. Sections 248 and 249 restrict a form of expression—commercial expression—protected by s. 2(*b*) and s. 3.

(4) *Reasonable Limits*

Per Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ.: Sections 248 and 249, read together, are not too vague to constitute a limit prescribed by law. Section 249 can be given a sensible construction, producing no contradiction or confusion with respect to s. 248. Further, ss. 248 and 249 do not leave the courts with an inordinately wide discretion. According to s. 248, the advertisement must have commercial content and it must be aimed at those under thirteen years of age, and s. 249 directs the judge to weigh three factors relating to the context in which the advertisement was presented. Sections 248 and 249, therefore, do provide the courts with an intelligible standard to be applied in determining whether an advertisement is subject to restriction.

In showing that the legislation pursues a pressing and substantial objective, it is not open to the government to assert *post facto* a purpose which did not animate the legislation in the first place. However, in proving that the original objective remains pressing and substantial, the government surely can and should draw upon the best evidence currently available. The same is true as regards proof that the measure is proportional to its objective. It is equally possible that a purpose which was not demonstrably pressing and substantial at the time of the legislative enactment becomes demonstrably pressing and substantial with the passing of time and the

encore soutenir que l'action gouvernementale a eu pour effet de restreindre sa liberté d'expression. Pour ce faire, le demandeur doit au moins décrire le message transmis et son rapport avec la recherche de la vérité, la participation au sein de la société ou l'enrichissement et l'épanouissement personnels. En l'espèce, l'activité de l'intimée relève bien du champ des activités protégées par la liberté d'expression. En adoptant les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* et les art. 87 à 91 du *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*, l'objet que poursuivait le gouvernement était d'interdire un contenu particulier d'une expression au nom de la protection des enfants. Ces dispositions apportent donc des restrictions à l'al. 2*b*) de la *Charte* canadienne et à l'art. 3 de la *Charte* québécoise.

Les juges Beetz et McIntyre: Les articles 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur*, qui interdisent la publicité destinée aux enfants, enfreignent l'al. 2*b*) de la *Charte* canadienne et l'art. 3 de la *Charte* québécoise. Les articles 248 et 249 restreignent une forme d'expression—l'expression commerciale—qui est protégée par l'al. 2*b*) et l'art. 3.

(4) *Limites raisonnables*

Le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson: Les articles 248 et 249 sont assez précis pour constituer une restriction prescrite par une règle de droit. Il est possible de donner une interprétation logique à l'art. 249 qui élimine toute confusion ou toute contradiction avec l'art. 248. De plus, les art. 248 et 249 ne confèrent pas au juge un pouvoir discrétionnaire excessivement large. Selon l'article 248, le message doit avoir un contenu commercial et viser les personnes de moins de treize ans et l'art. 249 impose au juge d'évaluer trois facteurs relatifs au contexte dans lequel le message publicitaire a été présenté. Les articles 248 et 249 fournissent donc aux tribunaux une norme intelligible à appliquer pour déterminer si un message publicitaire peut faire l'objet d'une restriction.

Pour démontrer que l'objet de la Loi est urgent et réel, le gouvernement ne peut invoquer à posteriori un objet qui n'a pu motiver l'adoption de la Loi à l'origine. Toutefois, pour établir que l'objectif premier demeure urgent et réel, le gouvernement peut certainement et doit même faire appel aux meilleurs éléments de preuve qui existent au moment de l'analyse. Il en est de même en ce qui concerne la preuve que la mesure est proportionnelle à son objectif. Il est également possible d'établir qu'un objet, dont le caractère urgent et réel ne pouvait pas être établi à l'époque de l'adoption du texte législatif, a acquis ce caractère avec le temps et l'évolu-

1989 CanLII 87 (SCC)

changing of circumstances. In this case, the question is whether the evidence submitted by the government establishes that children under thirteen are unable to make choices and distinctions respecting products advertised and whether this in turn justifies the restriction on advertising put into place. Studies subsequent to the enactment of the legislation can be used for this purpose.

Based on the s. 1 and s. 9.1 materials, ss. 248 and 249 constitute a reasonable limit upon freedom of expression and are justifiable under s. 1 of the Canadian *Charter* and s. 9.1 of the Quebec *Charter*. The objective of regulating commercial advertising directed at children accords with a general goal of consumer protection legislation—to protect a group that is most vulnerable to commercial manipulation. Children are not as equipped as adults to evaluate the persuasive force of advertising. The legislature reasonably concluded that advertisers should not be able to capitalize upon children's credulity. The s. 1 and s. 9.1 materials demonstrate, on the balance of probabilities, that children up to the age of thirteen are manipulated by commercial advertising and that the objective of protecting all children in this age group is predicated on a pressing and substantial concern.

The means chosen by the government were also proportional to the objective. First, there is no doubt that a ban on advertising directed to children is rationally connected to the objective of protecting children from advertising. The government measure aims precisely at the problem identified in the s. 1 and s. 9.1 materials. It is important to note that there is no general ban on the advertising of children's products, but simply a prohibition against directing advertisements to those unaware of their persuasive intent. Commercial advertisements may clearly be directed at the true purchasers—parents or other adults. Indeed, non-commercial educational advertising aimed at children is permitted. Second, the evidence adduced sustains the reasonableness of the legislature's conclusion that a ban on commercial advertising directed to children was the minimal impairment of free expression consistent with the pressing and substantial goal of protecting children against manipulation through such advertising. Where the government is best characterized as the singular antagonist of the individual whose right has been infringed, the courts can assess with a high degree of certainty whether the least intrusive means have been chosen to achieve the government's objective. On the other hand, where the government is best characterized as mediating between the

tion des circonstances. En l'espèce, la question revient donc à déterminer si la preuve offerte par le gouvernement établit que les enfants de moins de treize ans sont incapables de faire des choix et des distinctions en ce qui concerne les produits annoncés et si cela, à son tour, justifie la restriction imposée à la publicité. Des études postérieures à l'adoption de la Loi peuvent être utilisées à cette fin.

Compte tenu des documents relatifs aux articles premier et 9.1, les art. 248 et 249 apportent une limite raisonnable à la liberté d'expression et sont justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte* canadienne et de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise. L'objectif de réglementer la publicité commerciale destinée à des enfants est conforme au but général d'une loi sur la protection du consommateur, c.-à-d. de protéger un groupe qui est très vulnérable à la manipulation commerciale. Les enfants n'ont pas les capacités des adultes pour évaluer la force persuasive de la publicité. Le législateur a raisonnablement conclu qu'il fallait empêcher les annonceurs d'exploiter la crédulité des enfants. Les documents relatifs aux articles premier et 9.1 démontrent, selon la prépondérance des probabilités, que jusqu'à l'âge de treize ans les enfants peuvent être manipulés par la publicité commerciale et que l'objectif de protéger tous les enfants de ce groupe d'âge est fondé sur une préoccupation urgente et réelle.

Les moyens choisis par le gouvernement sont proportionnels à son objectif. Premièrement, il n'y a pas de doute que l'interdiction de la publicité destinée aux enfants a un lien rationnel avec l'objectif de protéger les enfants contre la publicité. Les mesures prises par le gouvernement visent précisément le problème traité dans les documents relatifs aux articles premier et 9.1. Il est important de souligner que nous ne sommes pas en présence d'une interdiction générale de la publicité de produits pour enfants, mais simplement d'une interdiction de présenter des messages publicitaires à ceux qui ne sont pas conscients du fait que ces messages visent à persuader. Les messages publicitaires peuvent certainement s'adresser aux véritables acheteurs, les parents ou d'autres adultes. En fait, la publicité éducative non commerciale destinée aux enfants est permise. Deuxièmement, la preuve étaye le caractère raisonnable de la conclusion du législateur qu'une interdiction de la publicité à but commercial destinée aux enfants portait le moins possible atteinte à la liberté d'expression tout en se conformant à l'objectif urgent et réel de protéger les enfants de la manipulation qu'exerce la publicité. Dans les cas où le gouvernement est en quelque sorte l'adversaire singulier de l'individu dont le droit a été violé, les tribunaux peuvent décider avec un certain degré de

1989 CanLII 87 (SCC)

claims of competing individuals and groups, the choice of means, like the choice of ends, frequently will require an assessment of conflicting scientific evidence and differing justified demands on scarce resources which cannot be evaluated by the courts with the same degree of certainty. Thus, while evidence exists that other less intrusive options reflecting more modest objectives were available to the government, there is evidence establishing the necessity of a ban to meet the objectives the government had reasonably set. This Court will not, in the name of minimal impairment, take a restrictive approach to social science evidence and require legislatures to choose the least ambitious means to protect vulnerable groups. There must nevertheless be a sound evidentiary basis for the government's conclusions. Third, there was no suggestion here that the effects of the ban are so severe as to outweigh the government's pressing and substantial objective. Advertisers are always free to direct their message at parents and other adults. They are also free to participate in educational advertising. The real concern animating the challenge to the legislation is that revenues are in some degree affected. This only implies that advertisers will have to develop new marketing strategies for children's products.

Per Beetz and McIntyre JJ. (dissenting): Sections 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* are not justified under s. 1 of the Canadian *Charter* or s. 9.1 of the Quebec *Charter*. The promotion of the welfare of children is certainly an objective of pressing and substantial concern for any government, but it has not been shown in this case that their welfare was at risk because of advertising directed at them. Further, the means chosen were not proportional to the objective. A total prohibition of advertising on television aimed at children below an arbitrarily fixed age makes no attempt at the achievement of proportionality.

Freedom of expression is too important a principle to be lightly cast aside or limited. Whether political, religious, artistic or commercial, freedom of expression should not be suppressed except where urgent and compelling reasons exist and then only to the extent and for

certitude si les moyens les moins radicaux ont été choisis pour atteindre l'objectif gouvernemental. En revanche, dans les cas où le gouvernement arbitre entre les revendications d'individus ou de groupes opposés, le choix des moyens comme celui des fins exige souvent l'évaluation de preuves scientifiques contradictoires et de demandes légitimes mais contraires quant à la répartition de ressources limitées, ce que les tribunaux ne peuvent faire avec le même degré de certitude. Bien que, selon la preuve, le gouvernement dispose d'autres options comportant une intrusion moindre qui répondent à des objectifs plus modestes, la preuve démontre aussi la nécessité d'interdire la publicité pour parvenir aux objectifs que le gouvernement s'est raisonnablement fixé. Cette Cour n'adoptera pas une interprétation restrictive de la preuve en matière de sciences humaines au nom du principe de l'atteinte minimale et n'obligera pas les législatures à choisir les moyens les moins ambitieux pour protéger des groupes vulnérables. Néanmoins, les conclusions du gouvernement doivent s'appuyer sur des éléments de preuve solides. Troisièmement, on ne laisse pas entendre que les effets de l'interdiction sont tellement sévères qu'ils l'emportent sur l'objectif urgent et réel du gouvernement. Il est toujours loisible aux annonceurs d'adresser leur message aux parents et aux autres adultes. Ils sont également libres de participer à la publicité éducative. La véritable préoccupation à l'origine de la contestation de la Loi est qu'elle touche les revenus dans une certaine mesure. Cela signifie simplement que les annonceurs devront inventer de nouvelles stratégies de commercialisation des produits pour enfants.

Les juges Beetz et McIntyre (dissidents): Les articles 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* ne sont pas justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte* canadienne ou de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise. Promouvoir le bien-être des enfants est un objectif qui répond à une préoccupation urgente et réelle pour tout gouvernement, mais il n'a pas été démontré en l'espèce que la publicité télévisée destinée aux enfants met en danger leur bien-être. De plus, les moyens choisis ne sont pas proportionnels à l'objectif. Une interdiction totale de la publicité télévisée destinée aux enfants jusqu'à un certain âge fixé arbitrairement indique qu'il n'a pas été tenté de satisfaire à l'exigence de proportionnalité.

La liberté d'expression est trop importante pour être écartée ou restreinte à la légère. La liberté d'expression, qu'elle soit politique, religieuse, artistique ou commerciale, ne devrait être supprimée que dans des cas où existent des motifs urgents et impératifs de le faire, et

the time necessary for the protection of the community. This is not such a case.

(5) *Fundamental Justice*

Respondent's contention that ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* infringe s. 7 of the Canadian *Charter* cannot be entertained. The proceedings in this case are brought only against the company and not against any individuals. A corporation, unlike its officers, cannot avail itself of the protection offered by s. 7. The word "Everyone" in s. 7, read in light of the rest of the section, excludes corporations and other artificial entities incapable of enjoying life, liberty or security of the person, and includes only human beings.

Cases Cited

By the majority

Applied: *Attorney General of Quebec v. Kellogg's Co. of Canada*, [1978] 2 S.C.R. 211; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; **considered**: *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada*, [1929] A.C. 260; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; **referred to**: *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767; *Carnation Co. v. Quebec Agricultural Marketing Board*, [1968] S.C.R. 238; *Re C.F.R.B. and Attorney-General for Canada*, [1973] 3 O.R. 819; *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1978] 2 S.C.R. 662; *Mann v. The Queen*, [1966] S.C.R. 238; *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460; *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937); *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; Eur. Court H. R., *Handyside* case, decision of 29 April 1976, Series A No. 24; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Sunday Times v. United Kingdom* (1979), 2 E.H.R.R. 245; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Alliance des professeurs de Montréal v. Procureur général du Québec*, [1985] C.A. 376; *F.H. Hayhurst Co. v. Langlois*, [1984] C.A. 74; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299.

seulement alors dans la mesure et pour le temps nécessaire à la protection de la collectivité. Ce n'est pas le cas en l'espèce.

(5) *Justice fondamentale*

On ne peut retenir la prétention de l'intimée selon laquelle les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* portent atteinte à l'art. 7 de la *Charte* canadienne. Dans la présente espèce, les poursuites concernent une compagnie et non des individus. À la différence de ses dirigeants, une société ne peut invoquer la protection qu'offre l'art. 7 de la *Charte*. Le mot «Chacun» à l'art. 7, compte tenu du reste de l'article, exclut les sociétés et autres entités qui ne peuvent jouir de la vie, de la liberté et de la sécurité de la personne, et ne comprend que les êtres humains.

Jurisprudence

Citée par la majorité

Arrêts appliqués: *Procureur général du Québec c. Kellogg's Co. of Canada*, [1978] 2 R.C.S. 211; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; **arrêts examinés**: *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada*, [1929] A.C. 260; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; **arrêts mentionnés**: *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767; *Carnation Co. v. Quebec Agricultural Marketing Board*, [1968] R.C.S. 238; *Re C.F.R.B. and Attorney-General for Canada*, [1973] 3 O.R. 819; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662; *Mann v. The Queen*, [1966] R.C.S. 238; *Smith v. The Queen*, [1960] R.C.S. 776; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460; *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937); *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; Cour Eur. D. H., affaire *Handyside*, décision du 29 avril 1976, série A n° 24; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Sunday Times v. United Kingdom* (1979), 2 E.H.R.R. 245; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Alliance des professeurs de Montréal c. Procureur général du Québec*, [1985] C.A. 376; *F.H. Hayhurst Co. c. Langlois*, [1984] C.A. 74; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299.

1989 CanLII 87 (SCC)

By the minority

Ford v. Quebec (Attorney General), [1988] 2 S.C.R. 712; *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937); *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the Constitution Act, 1982, S.Q. 1982, c. 21, ss. 1, 7.
Broadcasting Act, R.S.C. 1970, c. B-11, ss. 3(*c*), 17(1)(*a*).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*b*), 7, 33.
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 9.1.
Civil Code of Lower Canada, arts. 987, 1001 to 1011.
Constitution Act, 1867, ss. 91(27), (29), 92(10), (13), (15), (16).
Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1 [previously S.Q. 1978, c. 6], ss. 215, 248, 249, 252, 278, 282, 316, 364 [en. 1982, c. 21, s. 1].
Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, ss. 2, 3.
Regulation respecting the application of the Consumer Protection Act, R.R.Q. 1981, c. P-40.1, r. 1, ss. 87 to 91.
Television Broadcasting Regulations, C.R.C. 1978, c. 381.

Authors Cited

Boddewyn, J. J. *Advertising to Children: Regulation and Self-regulation in 40 Countries*. New York: International Advertising Association Inc., 1984.
Canada/Quebec. Federal-Provincial Committee on Advertising Intended for Children. *The Effects of Quebec's Legislation Prohibiting Advertising Intended for Children*, September 1985. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1986.
Canadian Association of Broadcasters. *Broadcast Code for Advertising to Children*, revised 1984.
Canadian Broadcasting Corporation. *Commercial Acceptance Policy Guideline*.
Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission. *Broadcast Advertising Handbook: Acts, Regulations, and Guidelines on Broadcast Advertising*. Hull: Supply and Services Canada, 1978.
Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission. *Renewal of the Canadian Broadcasting Corporation's Television and Radio Network Licences*. Decision CRTC 79-320, April 30, 1979, (1979) 113 *Can. Gaz.*, Part I, 3082.
Cox, Archibald. *Freedom of Expression*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981.
Emerson, Thomas I. "Toward a General Theory of the First Amendment" (1963), 72 *Yale L.J.* 877.

Citée par la minorité

Ford c. Québec (Procureur général), [1988] 2 R.C.S. 712; *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937); *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*b*), 7, 33.
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., chap. C-12, art. 3, 9.1.
Code civil du Bas-Canada, art. 987, 1001 à 1011.
Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982, L.Q. 1982, chap. 21, art. 1, 7.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), (29), 92(10), (13), (15), (16).
Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 2, 3.
Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., chap. P-40.1 [auparavant L.Q. 1978, chap. 6], art. 215, 248, 249, 252, 278, 282, 316, 364 [ad. 1982, chap. 21, art. 1].
Loi sur la radiodiffusion, S.R.C. 1970, chap. B-11, art. 3*c*), 17(1)*a*).
Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur, R.R.Q. 1981, chap. P-40.1, r. 1, art. 87 à 91.
Règlement sur la télédiffusion, C.R.C. 1978, chap. 381.

Doctrine citée

Association canadienne des radiodiffuseurs. *Code de la publicité radiotélévisée destinée aux enfants*, révisé 1984.
Boddewyn, J. J. *Advertising to Children: Regulation and Self-regulation in 40 Countries*. New York: International Advertising Association Inc., 1984.
Canada/Québec. Comité fédéral-provincial sur la publicité destinée aux enfants. *Les effets de la loi québécoise interdisant la publicité destinée aux enfants*, septembre 1985. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1986.
Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Guide de la publicité radiodiffusée: Lois, règlements et directives relatifs à la publicité radiodiffusée*. Hull: Approvisionnements et Services Canada, 1978.
Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Renouvellement des licences des réseaux de télévision et de radio de la Société Radio-Canada*. Décision CRTC 79-320, le 30 avril 1979, (1979) 113 *Gaz. Can.*, Partie I, 3082.
Cox, Archibald. *Freedom of Expression*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981.
Emerson, Thomas I. «Toward a General Theory of the First Amendment» (1963), 72 *Yale L.J.* 877.

1989 CanLII 87 (SCC)

Martin, Peter S. "Business Practices—Title II of the Quebec Consumer Protection Act". In Meredith Memorial Lectures 1979, *The New Consumer Protection Act of Quebec*. Faculty of Law, McGill University. Toronto: Richard De Boo Ltd., 1980.

National Association of Broadcasters, *Television Code*, 21st ed., 1980.

Organization for Economic Cooperation and Development. *Advertising Directed at Children: Endorsements in Advertising*. Paris: OECD, 1982.

Québec. Assemblée nationale. Commission permanente des consommateurs, coopératives et institutions financières. "Étude du projet de loi nº 72—*Loi sur la protection du consommateur*". Dans *Journal des débats*, Commissions parlementaires, le 12 décembre 1978.

Québec. Office de la protection du consommateur. *The Consumer Protection Act: Application Guide for Sections 248 and 249 (Advertising Intended for Children Under 13 Years of Age)*, 1980.

Scanlon, Thomas. "A Theory of Freedom of Expression". In R. M. Dworkin, *The Philosophy of Law*. London: Oxford University Press, 1977.

Schauer, Frederick. *Free Speech: A Philosophical Enquiry*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

Tucker, D. F. B. *Law, Liberalism and Free Speech*. Totowa, New Jersey: Rowman & Allanheld, 1985.

United States. Federal Trade Commission. FTC Final Staff Report and Recommendation. *In the Matter of Children's Advertising*, 1981.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1986] R.J.Q. 2441, 32 D.L.R. (4th) 641, 3 Q.A.C. 285, 26 C.R.R. 193, setting aside a judgment of the Superior Court, [1982] C.S. 96. Appeal allowed, Beetz and McIntyre JJ. dissenting.

Yves de Montigny and *Richard Tardif*, for the appellant.

Yvan Bolduc, *Michel Robert*, *Q.C.*, *Luc Martineau* and *Marie-Josée Hogue*, for the respondent.

Pierre Valois and *Gilberte Bechara*, for the intervener Gilles Moreau.

Lorraine E. Weinrib, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Martin, Peter S. «Business Practices—Title II of the Quebec Consumer Protection Act». Dans Conférences Memorial Meredith 1979, *La nouvelle Loi du Québec sur la protection du consommateur*. Faculty of Law, McGill University. Toronto: Richard De Boo Ltd., 1980.

National Association of Broadcasters, *Television Code*, 21st ed., 1980.

Organisation de Coopération et de Développement Économiques. *Publicité destinée aux enfants: Attestations à des fins publicitaires*. Paris: OCDE, 1982.

Québec. Assemblée nationale. Commission permanente des consommateurs, coopératives et institutions financières. «Étude du projet de loi nº 72—*Loi sur la protection du consommateur*». Dans *Journal des débats*, Commissions parlementaires, le 12 décembre 1978.

Québec. Office de la protection du consommateur. *La loi sur la protection du consommateur: Guide d'application des articles 248 et 249 (Publicité destinée aux enfants de moins de 13 ans)*, 1980.

Scanlon, Thomas. «A Theory of Freedom of Expression». In R. M. Dworkin, *The Philosophy of Law*. London: Oxford University Press, 1977.

Schauer, Frederick. *Free Speech: A Philosophical Enquiry*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

Société Radio-Canada. *Critères de la politique du code publicitaire*.

Tucker, D. F. B. *Law, Liberalism and Free Speech*. Totowa, New Jersey: Rowman & Allanheld, 1985.

United States. Federal Trade Commission. FTC Final Staff Report and Recommendation. *In the Matter of Children's Advertising*, 1981.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1986] R.J.Q. 2441, 32 D.L.R. (4th) 641, 3 Q.A.C. 285, 26 C.R.R. 193, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, [1982] C.S. 96. Pourvoi accueilli, les juges Beetz et McIntyre sont dissidents.

Yves de Montigny et *Richard Tardif*, pour l'appelant.

Yvan Bolduc, *Michel Robert*, *c.r.*, *Luc Martineau* et *Marie-Josée Hogue*, pour l'intimée.

Pierre Valois et *Gilberte Bechara*, pour l'intervenant Gilles Moreau.

Lorraine E. Weinrib, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

1989 CanLII 87 (SCC)

Grant S. Garneau, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Joseph J. Arvay and *Jennifer Button*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Robert G. Richards, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Louis-Yves Fortier, Q.C., and *Michel Sylvestre*, for the interveners Pathonic Communications Inc. and Réseau Pathonic Inc.

Marc Legros and *Diane Lajoie*, for the intervener the Coalition contre le retour de la publicité destinée aux enfants.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND LAMER AND WILSON JJ.—This appeal raises questions concerning the constitutionality, under ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*, and ss. 2(*b*) and 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, of ss. 248 and 249 of the Quebec *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1, respecting the prohibition of television advertising directed at persons under thirteen years of age.

The appeal is by leave of this Court from the judgment of the Quebec Court of Appeal (Kaufman and Jacques JJ.A.; Vallerand J.A. dissenting) on September 18, 1986, [1986] R.J.Q. 2441, 32 D.L.R. (4th) 641, 3 Q.A.C. 285, 26 C.R.R. 193, allowing an appeal from the judgment of Hugessen A.C.J. of the Superior Court for the District of Montreal on January 8, 1982, [1982] C.S. 96, which dismissed the respondent's action for a declaration that ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* were *ultra vires* the legislature of the province of Quebec and subsidiarily that they were inoperative as infringing the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12.

Grant S. Garneau, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Joseph J. Arvay et *Jennifer Button*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Robert G. Richards, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Louis-Yves Fortier, c.r., et *Michel Sylvestre*, pour les intervenants Pathonic Communications Inc. et Réseau Pathonic Inc.

Marc Legros et *Diane Lajoie*, pour l'intervenant la Coalition contre le retour de la publicité destinée aux enfants.

Le jugement du juge en chef Dickson et des juges Lamer et Wilson a été rendu par

LE JUGE EN CHEF ET LES JUGES LAMER ET WILSON—Ce pourvoi soulève plusieurs questions relatives à la constitutionnalité, en vertu des art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et de l'al. 2*b*) et de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, des art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., chap. P-40.1, qui interdisent la publicité télévisée destinée à des personnes âgées de moins de treize ans.

Le pourvoi, autorisé par cette Cour, attaque l'arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Kaufman et Jacques; le juge Vallerand étant dissident) rendu le 18 septembre 1986, [1986] R.J.Q. 2441, 32 D.L.R. (4th) 641, 3 Q.A.C. 285, 26 C.R.R. 193, qui a accueilli l'appel du jugement de la Cour supérieure, district de Montréal, prononcé par le juge en chef adjoint Hugessen le 8 janvier 1982, [1982] C.S. 96, lequel rejetait l'action intentée par l'intimée en vue de faire déclarer *ultra vires* de l'Assemblée nationale du Québec les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* et, à titre subsidiaire, de les faire déclarer inopérants comme portant atteinte à la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., chap. C-12.

1989 CanLII 87 (SCC)

I—The Relevant Legislative and Constitutional Provisions

The relevant provisions of the *Consumer Protection Act* are ss. 248, 249 and 252, which provide:

248. Subject to what is provided in the regulations, no person may make use of commercial advertising directed at persons under thirteen years of age.

249. To determine whether or not an advertisement is directed at persons under thirteen years of age, account must be taken of the context of its presentation, and in particular of

(*a*) the nature and intended purpose of the goods advertised;

(*b*) the manner of presenting such advertisement;

(*c*) the time and place it is shown.

The fact that such advertisement may be contained in printed matter intended for persons thirteen years of age and over or intended both for persons under thirteen years of age and for persons thirteen years of age and over, or that it may be broadcast during air time intended for persons thirteen years of age and over or intended both for persons under thirteen years of age and for persons thirteen years of age and over does not create a presumption that it is not directed at persons under thirteen years of age.

252. For the purposes of sections 231, 246, 247, 248 and 250, "to advertise" or "to make use of advertising" means to prepare, utilize, distribute, publish or broadcast an advertisement, or to cause it to be distributed, published or broadcast.

The relevant provisions of the *Regulation respecting the application of the Consumer Protection Act*, R.R.Q., c. P-40.1, r. 1, are ss. 87 to 91 in Division II of Chapter VII, entitled "Advertising directed at children", which provide:

87. For the purposes of this Division, the word "child" means a person under 13 years of age.

88. An advertisement directed at children is exempt from the application of section 248 of the Act, under the following conditions:

(*a*) it must appear in a magazine or insert directed at children;

(*b*) the magazine or insert must be for sale or inserted in a publication which is for sale;

(*c*) the magazine or insert must be published at intervals of not more than 3 months; and

I—Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

Les dispositions pertinentes de la *Loi sur la protection du consommateur* sont les art. 248, 249 et 252:

248. Sous réserve de ce qui est prévu par règlement, nul ne peut faire de la publicité à but commercial destinée à des personnes de moins de treize ans.

249. Pour déterminer si un message publicitaire est ou non destiné à des personnes de moins de treize ans, on doit tenir compte du contexte de sa présentation et notamment:

a) de la nature et de la destination du bien annoncé;

b) de la manière de présenter ce message publicitaire;

c) du moment ou de l'endroit où il apparaît.

Le fait qu'un tel message publicitaire soit contenu dans un imprimé destiné à des personnes de treize ans et plus ou destiné à la fois à des personnes de moins de treize ans et à des personnes de treize ans et plus ou qu'il soit diffusé lors d'une période d'écoute destinée à des personnes de treize ans et plus ou destinée à la fois à des personnes de moins de treize ans et à des personnes de treize ans et plus ne fait pas présumer qu'il n'est pas destiné à des personnes de moins de treize ans.

252. Aux fins des articles 231, 246, 247, 248 et 250, on entend par faire de la publicité le fait de préparer, d'utiliser, de distribuer, de faire distribuer, de publier ou de faire publier, de diffuser ou de faire diffuser un message publicitaire.

Les dispositions pertinentes du *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*, R.R.Q., chap. P-40.1, r. 1, sont les art. 87 à 91 de la section II du chapitre VII, intitulée «Publicité destinée à des enfants»:

87. Aux fins de la présente section, le mot «enfant» désigne une personne âgée de moins de 13 ans.

88. Est exempté de l'application de l'article 248 de la Loi, un message publicitaire destiné à des enfants, aux conditions suivantes:

a) il doit être contenu dans une revue ou dans un encart qui est destiné à des enfants;

b) cette revue ou cet encart doit être offert en vente ou inséré dans une publication offerte en vente;

c) cette revue ou cet encart doit être publié à des intervalles n'excédant pas 3 mois; et

1989 CanLII 87 (SCC)

(*d*) the advertisement must meet the requirements of section 91.

89. An advertisement directed at children is exempted from the application of section 248 of the Act if its purpose is to announce a programme or show directed at them, provided that the advertisement is in conformity with the requirements of section 91.

90. An advertisement directed at children is exempt from the application of section 248 of the Act, if it is constituted by a store window, a display, a container, a wrapping or a label or if it appears therein, provided that the requirements of paragraphs *a* to *g*, *j*, *k*, *o* and *p* of section 91 are met.

91. For the purposes of applying sections 88, 89 and 90, an advertisement directed at children may not:

(*a*) exaggerate the nature, characteristics, performance or duration of goods or services;

(*b*) minimize the degree of skill, strength or dexterity or the age necessary to use goods or services;

(*c*) use a superlative to describe the characteristics of goods or services or a diminutive to indicate its cost;

(*d*) use a comparative or establish a comparison with the goods or services advertised;

(*e*) directly incite a child to buy or to urge another person to buy goods or services or to seek information about it;

(*f*) portray reprehensible social or family lifestyles;

(*g*) advertise goods or services that, because of their nature, quality or ordinary use, should not be used by children;

(*h*) advertise a drug or patent medicine;

(*i*) advertise vitamin in liquid, powdered or tablet form;

(*j*) portray a person acting in an imprudent manner;

(*k*) portray goods or services in a way that suggests an improper or dangerous use thereof;

(*l*) portray a person or character known to children to promote goods or services, except:

i. in the case of an artist, actor or professional announcer who does not appear in a publication or programme directed at children;

d) le message publicitaire doit être conforme aux exigences de l'article 91.

89. Est exempté de l'application de l'article 248 de la Loi, un message publicitaire destiné à des enfants dont l'objet est d'annoncer un spectacle qui leur est destiné, à la condition que ce message soit conforme aux exigences de l'article 91.

90. Est exempté de l'application de l'article 248 de la Loi, un message publicitaire destiné à des enfants constitué par une vitrine, un étalage, un contenant, un emballage ou une étiquette de même que celui qui y apparaît, à la condition que les exigences des paragraphes *a* à *g*, *j*, *k*, *o* et *p* de l'article 91 soient respectées.

91. Aux fins de l'application des articles 88, 89 et 90, un message publicitaire destiné à des enfants ne peut:

a) exagérer la nature, les caractéristiques, le rendement ou la durée d'un bien ou d'un service;

b) minimiser le degré d'habileté, la force, l'adresse ou l'âge requis pour faire usage d'un bien ou d'un service;

c) employer un superlatif pour décrire les caractéristiques d'un bien ou d'un service ou un diminutif pour en indiquer le coût;

d) employer un comparatif ou établir une comparaison en relation avec le bien ou le service qui fait l'objet du message publicitaire;

e) inciter directement un enfant à acheter ou à inviter une autre personne à acheter un bien ou un service ou à s'informer à leur sujet;

f) représenter des habitudes de vie sociale ou familiale répréhensibles;

g) annoncer un bien ou un service qui, par sa nature, sa qualité ou son usage ordinaire, ne devrait pas être à l'usage d'un enfant;

h) annoncer un médicament ou une spécialité pharmaceutique;

i) annoncer une vitamine sous forme liquide, en poudre ou en comprimé;

j) représenter une personne agissant d'une façon imprudente;

k) représenter un bien ou un service de façon à en suggérer un usage impropre ou dangereux;

l) représenter une personne ou un personnage connu des enfants de façon à promouvoir un bien ou un service sauf:

i. s'il s'agit d'un artiste, d'un acteur ou d'un présentateur professionnel qui ne figure pas dans une publication ou une émission destinée aux enfants;

1989 CanLII 87 (SCC)

ii. in the case provided for in section 89 where he is illustrated as a participant in a show directed at children.

For the purposes of this paragraph, a character created expressly to advertise goods or services is not considered a character known to children if it is used for advertising alone;

(*m*) use an animated cartoon process except to advertise a cartoon show directed at children;

(*n*) use a comic strip except to advertise a comic book directed at children;

(*o*) suggest that owning or using a product will develop in a child a physical, social or psychological advantage over other children of his age, or that being without the product will have the opposite effect;

(*p*) advertise goods in a manner misleading a child into thinking that, for the regular price of those goods, he can obtain goods other than those advertised.

Sections 3 and 9.1 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms* provide:

3. Every person is the possessor of the fundamental freedoms, including freedom of conscience, freedom of religion, freedom of opinion, freedom of expression, freedom of peaceful assembly and freedom of association.

9.1. In exercising his fundamental freedoms and rights, a person shall maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec.

In this respect, the scope of the freedoms and rights, and limits to their exercise, may be fixed by law.

Sections 1, 2(*b*) and 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* provide:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . .

(*b*) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

ii. dans le cas prévu à l'article 89 à titre d'illustration de sa participation à un spectacle qui est destiné aux enfants.

Aux fins du présent paragraphe, n'est pas un personnage connu des enfants celui créé dans le but d'annoncer un bien ou un service, lorsqu'il est utilisé à cette fin seulement;

m) employer un procédé d'animation cinématographique sauf pour annoncer un spectacle d'animation cinématographique qui leur est destiné;

n) employer une bande illustrée sauf pour annoncer une publication de bandes illustrées qui leur est destinée;

o) suggérer que le fait de posséder ou d'utiliser un bien développe chez un enfant un avantage physique, social ou psychologique par rapport aux autres enfants de son âge, ou que la privation de cette marchandise a un effet contraire;

p) annoncer un bien d'une façon telle qu'un enfant soit faussement porté à croire que, pour le prix ordinaire de ce bien, il peut se procurer d'autres biens que celui annoncé.

Les articles 3 et 9.1 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec prévoient:

3. Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association.

9.1 Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice.

L'article premier, l'al. 2*b*) et l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* prévoient:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

. . .

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

1989 CanLII 87 (SCC)

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with principles of fundamental justice.

II—The Respondent's Declaratory Action and the Judgments of the Superior Court and the Court of Appeal

In the fall of 1980 the respondent broadcast advertising messages which the Office de la protection du consommateur claimed were in contravention of ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act*. On November 21, 1980, following several warnings from the Office, the respondent instituted an action seeking a declaration that ss. 248 and 249 of the Act were *ultra vires* or alternatively inoperative. In December of that year some 188 charges of contravention of the Act were laid against the respondent. According to the respondent the charges were ultimately disposed of on the basis that the court which was seized of them lacked jurisdiction: *F.H. Hayhurst Co. v. Langlois*, [1984] C.A. 74. An interlocutory injunction was granted against the respondent on June 26, 1981 by Landry J. of the Superior Court. That order was appealed. A motion to suspend the injunction pending the appeal was dismissed. A motion for contempt against the respondent and its vice-president was dismissed on the ground that the injunction order was too vague. The penal, injunction and contempt proceedings are not really relevant to the issues in the appeal but they serve to indicate the extent to which the respondent has become embroiled in the application of the challenged provisions and its interest in bringing its action for a declaration.

As appears from the judgment of Hugessen A.C.J. (as he then was), the principal contention of the respondent was that ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* were colourable legislation in that, while purporting to apply generally to commercial advertising directed to persons under thirteen years of age, their true purpose or object, as indicated by the regulations and the evidence of the nature of children's advertising at the time the provisions were adopted, was to prohibit television advertising directed to persons under thirteen

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

II—L'action en jugement déclaratoire de l'intimée et les décisions de la Cour supérieure et de la Cour d'appel

Au cours de l'automne 1980, l'intimée a diffusé des messages publicitaires que l'Office de la protection du consommateur prétendait contrevenir aux art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur*. Après avoir reçu plusieurs avertissements de l'Office, l'intimée a intenté, le 21 novembre 1980, une action en vue de faire déclarer *ultra vires* ou, subsidiairement, inopérants les art. 248 et 249 de la Loi. Au mois de décembre de la même année, quelque 188 accusations de contraventions à la Loi ont été déposées contre l'intimée. Selon cette dernière, les accusations ont finalement été rejetées pour le motif que le tribunal qui en avait été saisi n'avait pas compétence: *F.H. Hayhurst Co. c. Langlois*, [1984] C.A. 74. Le juge Landry de la Cour supérieure a accordé une injonction interlocutoire contre l'intimée le 26 juin 1981. L'ordonnance a été portée en appel. Une requête visant à suspendre l'injonction jusqu'à ce qu'une décision soit rendue en appel a été rejetée. Une requête pour outrage contre l'intimée et son vice-président a été rejetée pour le motif que l'ordonnance d'injonction était trop vague. Les procédures pénales, les procédures relatives à l'injonction et à l'outrage ne sont pas vraiment pertinentes dans ce pourvoi mais elles illustrent bien les difficultés auxquelles l'intimée a fait face dans l'application des dispositions attaquées et son intérêt à intenter l'action déclaratoire.

Il ressort du jugement du juge en chef adjoint Hugessen (tel était alors son titre) que l'intimée prétendait essentiellement que les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* étaient de la législation déguisée en ce sens que, destinés apparemment à s'appliquer à l'ensemble de la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize ans, leur véritable but ou objet, selon le règlement et la preuve relative à la nature de la publicité destinée aux enfants à l'époque de l'adoption des dispositions, était d'interdire

1989 CanLII 87 (SCC)

years of age. Hugessen A.C.J. expressed the respondent's contention as follows at p. 97: "The principal thrust of the plaintiff's [i.e. Irwin Toy's] attack is that this is colourable legislation. While the prohibition appears to be aimed at all forms of advertising directed to children, the exemptions granted by the regulations and the realities of commercial practice together result in the legislation having for principal, and indeed almost for exclusive purpose the prohibition of televised advertisements directed to children." In the Superior Court the respondent Irwin Toy adduced evidence to show that at the time the challenged provisions were adopted television was by a very large margin the advertising medium most used for children's advertising; that most of the other media used for children's advertising, such as magazines and inserts, were the subject of exemptions under ss. 87-91 of the regulations; and that the other media used for children's advertising that are not exempted from the prohibition in s. 248 of the Act are of such marginal and relatively little significance in practice as to make the prohibition in s. 248 essentially one, for all practical purposes, of television advertising alone. Hugessen A.C.J. conceded that if this were indeed the fact the legislation would be a colourable attempt to prohibit television advertising, but he took the view, acting on judicial notice of other forms of children's advertising, that the challenged provisions of the Act, as modified by the regulations, were not aimed exclusively at television advertising. Because of the submissions that were made in this Court with respect to his reasoning and findings on this issue we quote the pertinent passages of his reasons at p. 97 in full:

> There can be equally no doubt that the attacked legislation affects and is intended to affect television advertising. The words of section 249, quoted above, make this quite plain. Under the regulations, a number of other forms of advertising, notably that appearing in magazines specifically directed on children, are exempted from the prohibition. Plaintiff points out that television and children's magazines are the two principal vehicles which it uses for advertising aimed at children and that the exemption of the latter means that the

la publicité télévisée destinée aux enfants de moins de treize ans. Voici comment le juge Hugessen expose la prétention de l'intimée à la p. 97: [TRADUCTION] «Le principal moyen soulevé par la demanderesse [c.-à-d. Irwin Toy] est qu'il s'agit d'une législation déguisée. Bien que l'interdiction vise apparemment toute forme de publicité destinée aux enfants, l'effet combiné des exemptions prévues par le règlement et de la réalité des pratiques commerciales fait que la loi a comme objet principal, et même presque exclusif, l'interdiction de messages publicitaires télévisés destinés aux enfants». En Cour supérieure, l'intimée Irwin Toy a présenté des éléments de preuve pour démontrer qu'à l'époque de l'adoption des dispositions contestées, la télévision était de très loin le média le plus utilisé en matière de publicité destinée aux enfants; que la plupart des autres médias utilisés dans ce domaine, comme les revues et les encarts, étaient visés par les exemptions des art. 87 à 91 du règlement; que les autres médias de publicité destinée aux enfants, qui ne sont pas exemptés de l'application de l'art. 248 de la Loi, ont en pratique une importance secondaire et relativement minime de sorte que l'interdiction de l'art. 248 est essentiellement, une interdiction visant uniquement, à toutes fins utiles, la publicité télévisée. Le juge Hugessen a reconnu que, si tel était le cas, il s'agirait d'une loi déguisée visant à interdire la publicité télévisée mais il s'est dit d'avis, ayant pris connaissance d'office d'autres formes de publicité destinée aux enfants, que les dispositions contestées de la Loi, compte tenu des modifications apportées par le règlement, ne visaient pas exclusivement la publicité télévisée. En raison des arguments présentés devant cette Cour au sujet de son raisonnement et de ses conclusions à cet égard, nous reproduisons en entier les passages pertinents de ses motifs, à la p. 97:

> [TRADUCTION] On ne peut pas douter non plus que la loi attaquée vise et a pour but de viser la publicité télévisée. Ceci ressort clairement du libellé de l'art. 249 précité. En vertu du règlement, certaines autres formes de publicité, notamment celle apparaissant dans les revues destinées expressément aux enfants, sont exemptées de l'interdiction. La demanderesse souligne que la télévision et les revues pour enfants sont les deux principaux moyens qu'elle utilise en matière de publicité destinée aux enfants et que l'exemption prévue pour les

1989 CanLII 87 (SCC)

legislation is directed solely at the former. Plaintiff also points out that insofar as its business is concerned, there are no other practical advertising vehicles and that it does not use radio, billboards, direct mail or any of the various other possible supports for its publicity.

The argument is ingenious but seems to me to be based on a fallacious generalisation drawn from plaintiff's particular situation and practice. While it is no doubt true that plaintiff and other toy manufacturers have made heavy use of television for their advertising, it is certainly not the case that all advertising directed at children employs this medium. There is evidence before me of other vehicles being employed by other manufacturers who have a particular interest in the children's market and, even in the absence of such evidence, I believe I could take judicial notice of the fact that sporting goods, candy bars, breakfast cereals, fast foods, soft drinks and a whole range of other goods and services are promoted by means of advertisements directed wholly or largely at children. The vehicles employed can range all the way from billboards in hockey rinks or sports stadiums to giveaways in the form of hats or cards with pictures of athletes, to competitions or colouring books. With very few exceptions, all are covered by the prohibition in the legislation and are not exempted by the regulations. Hence the impugned sections are not aimed exclusively at television advertising.

Hugessen A.C.J. held that the purpose of the sections of the Act dealing with advertising, including the challenged provisions, was a valid one of consumer protection falling within provincial legislative jurisdiction under heads (13) and (16) of s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. He indicated the relationship of the challenged provisions to the general purpose of the provisions respecting advertising in Title II as follows at p. 97:

As its name implies, the *Consumer Protection Act* has for its purpose the protection of the consumer against questionable business practices. Amongst such practices are misleading, deceptive or unfair advertising. The whole of Title II of the Act, comprising almost forty sections including the two presently under attack, deals with this subject. The evident aim and purpose is to make it more difficult for consumers to be led into making unwise bargains or to be subjected to undue pressures. It is not unreasonable for the Legislature to view children as being a particularly vulnerable target in

revues signifie que la loi vise uniquement la télévision. La demanderesse souligne également qu'en ce qui concerne son entreprise il n'existe aucun autre moyen de publicité efficace et qu'elle n'utilise pas la radio, les panneaux-réclames, les envois postaux ni aucun des divers autres supports publicitaires.

L'argument est ingénieux mais semble provenir d'une généralisation fallacieuse fondée sur une situation et des pratiques commerciales propres à la demanderesse. S'il est vrai que la demanderesse et d'autres fabricants de jouets ont largement utilisé la télévision pour leur publicité, on ne peut certainement pas affirmer que toute la publicité destinée aux enfants utilise ce média. J'ai la preuve devant moi que d'autres moyens sont utilisés par d'autres fabricants qui s'intéressent tout particulièrement au marché que constituent les enfants et, même en l'absence d'une telle preuve, je crois pouvoir prendre connaissance d'office du fait que la promotion d'articles de sport, de friandises, de céréales, d'aliments prêts-à-manger, de boissons gazeuses et d'un large éventail d'autres biens et services s'effectue par l'intermédiaire de la publicité destinée entièrement ou essentiellement aux enfants. La forme que peuvent prendre les moyens employés va des panneaux-réclames dans les stades ou dans les centres sportifs aux dons d'articles de promotion comme des chapeaux ou des photos d'athlètes, aux concours ou aux livres à colorier. Sous réserve de quelques rares exceptions, tous ces moyens sont visés par l'interdiction de la loi et ne sont pas exemptés par les règlements. Par conséquent, les articles attaqués ne visent pas exclusivement la publicité télévisée.

Le juge Hugessen a conclu que les articles de la Loi portant sur la publicité, y compris les dispositions contestées, avaient un objet valide, la protection du consommateur, relevant de la compétence législative provinciale en vertu des par. (13) et (16) de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il a fait état du rapport entre les dispositions contestées et l'objet général des dispositions concernant la publicité dans le Titre II, à la p. 97:

[TRADUCTION] Comme son titre l'indique, la *Loi sur la protection du consommateur* a pour objet de protéger le consommateur contre les pratiques commerciales douteuses. La publicité fausse, trompeuse ou déloyale fait partie de ces pratiques. Tout le Titre II de la Loi, qui comprend presque quarante articles, dont les deux articles actuellement contestés, traite de cette question. De toute évidence, le but et l'objet sont de faire en sorte qu'il soit plus difficile pour les consommateurs d'être incités à conclure de mauvais marchés ou d'être soumis à des pressions indues. Ce n'est pas sans raison que le

1989 CanLII 87 (SCC)

this respect either as purchasers and consumers in their own right or as the means through which advertisers can bring pressure to bear upon their parents. Legislation aimed at regulating and controlling such advertising has a perfectly proper provincial purpose and is within the powers assigned to the Legislature under section 92 paragr. 13 and paragr. 16 of the *B.N.A. Act*.

With respect to the contention that the challenged provisions were inoperative because they had the effect of preventing the plaintiff from advertising by means of television, a matter within exclusive federal jurisdiction, Hugessen A.C.J., referring to the distinction between the message and the medium, applied the judgment of this Court in *Attorney General of Quebec v. Kellogg's Co. of Canada*, [1978] 2 S.C.R. 211, in which the Court distinguished between a regulation of television advertising applied to an advertiser and one applied to a television station or broadcast undertaking. Hugessen A.C.J. found it unnecessary to deal with the contention raised in the pleadings but not pressed in argument before him that the challenged provisions infringed the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*. He also summarily rejected a contention that the challenged provisions infringed the respondent's right to "commercial speech".

The respondent inscribed in appeal on January 14, 1982 from the judgment of the Superior Court dismissing its action for a declaration. On November 6, 1984, it applied to the Court of Appeal for leave to amend its declaration and inscription in appeal to invoke the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which entered into force after the judgment of the Superior Court, and to seek, in addition to the declaration already prayed for, a declaration that ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* were inoperative as infringing the freedom of expression guaranteed by s. 2(*b*) of the *Charter* and a declaration that the standard override provision in s. 364 of the *Consumer Protection Act*, purporting to exclude the application of ss. 2 and 7 to 15 of the *Charter*, was *ultra vires*, as not being in conformity with the authority conferred

législateur considère les enfants comme une cible particulièrement vulnérable à cet égard, soit à titre d'acheteurs et de consommateurs indépendants soit à titre d'intermédiaires par lesquels les annonceurs peuvent exercer une pression sur les parents. La loi qui vise à réglementer et à contrôler cette publicité possède un objectif provincial tout à fait valable dans les limites des pouvoirs conférés à la législature en vertu des par. 13 et 16 de l'art. 92 de l'*A.A.N.B.*

En ce qui concerne la prétention que les dispositions contestées sont inopérantes parce qu'elles ont pour effet d'empêcher la demanderesse de faire de la publicité par l'intermédiaire de la télévision, un domaine de compétence fédérale exclusive, le juge Hugessen, faisant état de la distinction entre le message et son support, a appliqué l'arrêt *Procureur général du Québec c. Kellogg's Co. of Canada*, [1978] 2 R.C.S. 211, dans lequel cette Cour a fait la distinction entre un règlement portant sur la publicité télévisée applicable à un annonceur et un règlement applicable à une station de télévision ou à une entreprise de radiodiffusion. Le juge Hugessen a conclu qu'il n'était pas nécessaire de traiter de l'argument, qui a été soulevé dans la procédure écrite mais ne l'a pas été dans les débats, selon lequel les dispositions contestées enfreignaient la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. Il a également rejeté sommairement la prétention que les dispositions contestées portaient atteinte au droit de l'intimée au «discours commercial».

Le 14 janvier 1982, l'intimée a interjeté appel du jugement de la Cour supérieure qui rejetait son action en jugement déclaratoire. Le 6 novembre 1984, l'intimée s'est adressée à la Cour d'appel pour obtenir l'autorisation de modifier sa déclaration et son inscription en appel en vue d'invoquer la *Charte canadienne des droits et libertés*, entrée en vigueur après le jugement de la Cour supérieure, et d'obtenir, en plus de la déclaration déjà demandée, un jugement déclarant que les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* étaient inopérants parce qu'ils portaient atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte*, et que la disposition dérogatoire de l'art. 364 de la *Loi sur la protection du consommateur,* qui a pour objet d'exclure l'application des art. 2 et 7 à 15 de la *Charte*, était *ultra*

1989 CanLII 87 (SCC)

by s. 33 of the *Charter*. Leave to amend was granted by the Court of Appeal, and on December 13, 1984 the respondent's declaration was amended accordingly. The Court of Appeal also invited the parties to submit material that would be relevant to the question of justification under s. 1 of the *Charter*, should the challenged provisions be found to infringe s. 2(*b*) thereof, and this was done.

Like the Superior Court, the Court of Appeal disposed of the issue of validity under the division of powers on the basis of the judgment of this Court in *Kellogg's*, holding, without elaboration, that the case at bar was indistinguishable from *Kellogg's*. On the issue of validity of the override provision in s. 364 of the *Consumer Protection Act*, the Court applied its judgment in *Alliance des professeurs de Montréal v. Procureur général du Québec*, [1985] C.A. 376, in which it had held that the standard override provision enacted by *An Act respecting the Constitution Act, 1982*, and subsequent statutes and purporting to exclude the application of s. 2 and ss. 7 to 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was *ultra vires* as not being in conformity with the authority conferred by s. 33 of the *Charter*. On the question of the alleged limitation of the freedom of expression guaranteed by s. 2(*b*) of the *Charter* the Court held that freedom of expression extended to commercial expression, that ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* infringed freedom of expression and that the limit imposed on freedom of expression by these provisions was not justified under s. 1 of the *Charter*. It was on this last point that the members of the Court of Appeal differed. The majority (Kaufman and Jacques JJ.A.) were of the view that the s. 1 materials did not show, in respect of television advertising directed at children between the ages of six and thirteen, a sufficiently important legislative purpose to justify an interference with a guaranteed freedom. While they accepted that the materials established that advertising had a harmful effect on children of six years of age and under, they were of the opinion that it was not shown to have any harmful effect on other children within the contemplated age group so long as the product advertised was not

vires parce que non conforme au pouvoir conféré par l'art. 33 de la *Charte*. La Cour d'appel a donné l'autorisation demandée et l'intimée a modifié sa déclaration en conséquence le 13 décembre 1984. La Cour d'appel a également invité les parties à soumettre des documents se rapportant à la question de la justification des dispositions en vertu de l'article premier de la *Charte*, pour le cas où il serait décidé que les dispositions contestées enfreignent l'al. 2*b*). Les parties l'ont fait.

Comme la Cour supérieure, la Cour d'appel a tranché la question de la validité selon le partage des pouvoirs en se fondant sur l'arrêt *Kellogg* de cette Cour et en concluant, sans élaborer davantage, que l'affaire en cause ne pouvait être distinguée de l'espèce. Sur la question de la validité de la disposition dérogatoire de l'art. 364 de la *Loi sur la protection du consommateur*, la Cour d'appel a appliqué son arrêt *Alliance des professeurs de Montréal c. Procureur général du Québec*, [1985] C.A. 376, dans lequel elle avait conclu que la disposition dérogatoire type édictée par la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982* et des lois postérieures, visant à exclure l'application des art. 2 et 7 à 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, était *ultra vires* parce que non conforme au pouvoir conféré par l'art. 33 de la *Charte*. Sur l'allégation concernant la restriction de la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte*, la Cour a conclu que la liberté d'expression s'étendait à l'expression commerciale, que les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* portaient atteinte à la liberté d'expression et que la limite qu'ils imposaient à la liberté d'expression n'était pas justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. C'est sur ce dernier point que l'opinion des juges de la Cour d'appel diffère. Les juges de la majorité (les juges Kaufman et Jacques) ont exprimé l'avis qu'en ce qui concerne la publicité télévisée destinée à des enfants âgés de six à treize ans, les documents relatifs à l'article premier n'avaient pas démontré l'existence d'un objet législatif suffisamment important pour justifier une atteinte à une liberté garantie. Bien qu'ils aient reconnu que les documents démontraient que la publicité a des effets préjudiciables pour les enfants de six ans et moins, ils étaient d'avis que ces documents n'établissaient

1989 CanLII 87 (SCC)

injurious and the advertising was fair. Vallerand J.A., dissenting on this issue, agreed with his colleagues that the s. 1 materials did not clearly establish the allegedly harmful effect of television advertising directed at persons under 13 years of age but he was of the view that there were grounds for a serious concern about the possibility of such harm and that this concern made the legislative purpose behind the challenged provisions of sufficient importance to meet the first branch of the test under s. 1 laid down in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. Vallerand J.A. was further of the view that the means chosen—the total prohibition of television advertising directed at persons under thirteen years of age—was the only effective means of dealing with the problem and that it was proportionate to the purpose served. Vallerand J.A. further rejected the contention that the challenged provisions were void for vagueness. In the result, the appeal from the judgment of the Superior Court was allowed and ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* declared to be inoperative.

III—The Constitutional Questions and the Issues in the Appeal

On the appeal to this Court the following constitutional questions were stated by Beetz J. in his order of January 30, 1987:

1. Is s. 364 of the *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1, added by s. 1 of *An Act respecting the Constitution Act, 1982*, S.Q. 1982, c. 21, inconsistent with the provisions of s. 33 of the *Constitution Act, 1982* and so *ultra vires* and of no force or effect to the extent of the inconsistency pursuant to s. 52(1) of the latter Act?

2. If question 1 is answered in the affirmative, do ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* infringe the rights, freedoms and guarantees contained in ss. 2(*b*) and 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and if so, can those sections be justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

pas que la publicité avait un effet préjudiciable sur les autres enfants du groupe d'âge visé tant que le produit annoncé n'était pas dommageable et tant que la publicité était loyale. Le juge Vallerand, dissident sur ce point, a convenu avec ses collègues que les documents relatifs à l'article premier n'établissaient pas clairement les effets préjudiciables allégués de la publicité télévisée destinée aux personnes de moins de treize ans, mais il a exprimé l'avis que la possibilité même de l'existence de tels effets était matière à inquiétude assez sérieuse pour que l'objet législatif visé par les dispositions contestées soit suffisamment important pour répondre au premier volet du critère applicable en vertu de l'article premier, selon l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Le juge Vallerand a également exprimé l'opinion que le moyen choisi, l'interdiction totale de la publicité télévisée destinée aux personnes de moins de treize ans, était le seul moyen efficace de régler le problème et qu'il était proportionné aux fins poursuivies. Le juge Vallerand a également rejeté l'argument de la nullité des dispositions contestées pour cause d'imprécision. En fin de compte, la Cour d'appel a accueilli l'appel du jugement de la Cour supérieure et déclaré inopérants les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur*.

III—Les questions constitutionnelles et les questions litigieuses que soulève le pourvoi

Par ordonnance du 30 janvier 1987, le juge Beetz a formulé de la façon suivante les questions constitutionnelles soulevées dans le présent pourvoi:

1. L'article 364 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., chap. P-40.1, ajouté par l'art. 1 de la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, L.Q. 1982, chap. 21, est-il incompatible avec les dispositions de l'art. 33 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et partant *ultra vires* ou inopérant dans la mesure de cette incompatibilité aux termes du par. 52(1) de cette dernière loi?

2. Si la question 1 reçoit une réponse affirmative, les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* portent-ils atteinte aux droits, libertés et garanties prévus à l'al. 2*b*) et à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et si oui, ces articles sont-ils justifiés compte tenu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

1989 CanLII 87 (SCC)

3. Are ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* *ultra vires* the legislature of the province of Quebec, or are they to some degree of no force or effect under s. 3 of the *Broadcasting Act*, R.S.C. 1970, c. B-11?

The issues in the appeal in the order in which we propose to address them, to the extent necessary for the disposition of the appeal, may be summarized as follows:

1. Are ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act ultra vires* the legislature of the province of Quebec or rendered inoperative by conflict with s. 3 of the *Broadcasting Act*, R.S.C. 1970, c. B-11?

2. Are ss. 248 and 249 protected from the application of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by a valid and subsisting override provision enacted pursuant to s. 33 of the *Charter*?

3. Do ss. 248 and 249 infringe the freedom of expression guaranteed by s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and s. 3 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*?

4. If so, is the limit imposed by ss. 248 and 249 on freedom of expression justified under s. 1 of the Canadian *Charter* and s. 9.1 of the Quebec *Charter*?

5. Do ss. 248 and 249 infringe s. 7 of the Canadian *Charter* by creating a liability to deprivation of liberty in terms which are impermissibly vague, contrary to a principle of fundamental justice and to s. 1 of the *Charter*?

This appeal was heard at the same time as the appeals in *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, and *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790. The issues respecting the validity of the standard override provision and whether freedom of expression extends to commercial expression are common to the three appeals. It is convenient, however, in this

3. Les articles 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* sont-ils *ultra vires* de la législature de la province de Québec ou sont-ils dans quelque mesure inopérants par application de l'art. 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*, S.R.C. 1970, chap. B-11?

Les questions que soulève ce pourvoi, et l'ordre dans lequel nous proposons de les traiter dans la mesure où cela est nécessaire pour trancher ce pourvoi, peuvent être résumées de la façon suivante:

1. Les articles 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* sont-ils *ultra vires* de l'Assemblée nationale du Québec ou inopérants parce qu'ils entrent en conflit avec l'art. 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*, S.R.C. 1970, chap. B-11?

2. Les articles 248 et 249 sont-ils soustraits à l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés* par une disposition dérogatoire valide et en vigueur adoptée en conformité avec l'art. 33 de la *Charte*?

3. Les articles 248 et 249 portent-ils atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec?

4. Dans l'affirmative, la restriction imposée par les art. 248 et 249 à la liberté d'expression est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte* canadienne et de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise?

5. Les articles 248 et 249 enfreignent-ils l'art. 7 de la *Charte* canadienne en créant un risque de privation de liberté en des termes dont l'imprécision est inadmissible, contrairement à un principe de justice fondamentale et à l'article premier de la *Charte* canadienne?

Ce pourvoi a été entendu en même temps que les pourvois *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, et *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790. La question de la validité de la clause dérogatoire type et celle de savoir si la liberté d'expression s'étend à l'expression commerciale sont communes aux trois pourvois. Il convient toutefois, dans ce pourvoi, d'exa-

1989 CanLII 87 (SCC)

appeal to begin with consideration of the question of the validity or operative effect of ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* under the division of powers because that issue logically precedes a consideration of whether the challenged provisions infringe the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It was the issue before the Superior Court and the issue that was disposed of first in the Court of Appeal. It was the issue on which the television broadcast interveners Pathonic Communications Inc. and Réseau Pathonic Inc. (hereinafter referred to as "Pathonic") were granted leave to intervene. While the disposition of this issue by the Court of Appeal was not, of course, a ground of appeal by the Attorney General of Quebec, he addressed submissions to this issue, as did the respondent and the interveners.

IV—Whether ss. 248 and 249 are *ultra vires* the Legislature of the Province of Quebec

Four separate issues emerge from the argument in this Court with respect to the validity or operative effect of ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act:* (a) whether these provisions are distinguishable, in so far as their constitutional characterization is concerned, from the challenged provision of the advertising regulations under the *Consumer Protection Act* that was characterized by this Court in *Kellogg's*, *supra*, as having a valid provincial purpose; (b) whether, as contended by Pathonic, their effect on a television broadcast undertaking is such as to render them, despite the judgment of the Court in *Kellogg's*, inoperative in so far as television advertising is concerned; (c) whether they are practically and functionally incompatible with the regulatory scheme put into place by the Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission (CRTC) pursuant to the *Broadcasting Act*, R.S.C. 1970, c. B-11; and (d) whether they amount to an invasion of the federal criminal law power. We discuss each of these issues in turn.

A. *The Constitutional Characterization of ss. 248 and 249*

In *Kellogg's*, the challenged provision was s. 11.53 of Division XI-A, entitled "Advertising

miner d'abord la question de la validité ou du caractère opérant des art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* en regard du partage des pouvoirs parce que cette question précède logiquement l'examen de la violation possible de la *Charte canadienne des droits et libertés*. C'était la question soumise à la Cour supérieure et ce fut la première à être tranchée par la Cour d'appel. C'est sur cette question que les télédiffuseurs Pathonic Communications Inc. et Réseau Pathonic Inc. (ci-après appelés «Pathonic») ont eu l'autorisation d'intervenir. Bien que la décision de la Cour d'appel sur cette question n'ait évidemment pas été un des motifs de l'appel interjeté par le procureur général du Québec, ce dernier a présenté des arguments à son sujet tout comme l'intimée et les intervenants.

IV—Les articles 248 et 249 sont-ils *ultra vires* de l'Assemblée nationale du Québec?

Quatre questions distinctes ressortent des débats devant cette Cour concernant la validité ou le caractère opérant des art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur*: a) peut-on faire une distinction entre ces dispositions, en ce qui concerne leur qualification à des fins constitutionnelles, et la disposition contestée des règlements sur la publicité pris en application de la *Loi sur la protection du consommateur* dont cette Cour a dit, dans l'arrêt *Kellogg*, précité, qu'elle avait un objet provincial valide? b) l'effet de ces dispositions sur une entreprise de télédiffusion est-il tel que, malgré le jugement de la Cour dans l'arrêt *Kellogg*, il rend ces dispositions inopérantes en ce qui concerne la publicité télévisée, comme le prétend Pathonic? c) y a-t-il incompatibilité pratique et opérationnelle entre ces dispositions et le régime de réglementation mis en place par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) en application de la *Loi sur la radiodiffusion*, S.R.C. 1970, chap. B-11? et d) ces dispositions empiètent-elles sur le pouvoir fédéral en matière de droit criminel? Nous examinons chacune de ces questions séparément.

A. *La qualification constitutionnelle des art. 248 et 249*

Dans l'arrêt *Kellogg*, la disposition contestée était l'art. 11.53 de la section XI-A, intitulée

1989 CanLII 87 (SCC)

intended for children", of the General Regulations adopted pursuant to the authority conferred on the Lieutenant-Governor in Council by s. 102(*o*) of the *Consumer Protection Act* to make regulations "to determine standards for advertising goods, whether or not they are the object of a contract, or credit, especially all advertising intended for children". Section 11.53 of the regulations provided:

11.53 No one shall prepare, use, publish or cause to be published in Quebec advertising intended for children which:

. . .

(*n*) employs cartoons;

The Kellogg companies were charged with breaches of this provision in connection with certain television advertisements and an injunction was sought against them to restrain further infractions. An injunction was granted by the Superior Court, [1974] C.S. 498, but an appeal from this judgment was allowed by a majority of the Court of Appeal (Tremblay C.J. and Montgomery J.A.), [1975] C.A. 518, who held that since the content of television broadcasting fell within exclusive federal jurisdiction provincial legislation with respect to such content was inoperative, citing the judgment of this Court in *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767, in support of this conclusion. Turgeon J.A., dissenting, applied the distinction between legislation in relation to a matter and legislation incidentally affecting a matter. He held the challenged regulation and the law under which it was adopted to be within provincial jurisdiction although it might incidentally affect a matter within federal jurisdiction.

Martland J., with whom Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ. concurred, held that the challenged provision validly applied to television advertising because it was part of a general regulation of advertising for children that had a valid provincial purpose and its effect on a television broadcast undertaking was a merely incidental one. Laskin C.J., dissenting, with whom Judson and Spence JJ. concurred, was of the view that the challenged provision could not validly

«Publicité destinée aux enfants», du Règlement général adopté en vertu du pouvoir conféré au lieutenant-gouverneur en conseil par l'al. 102*o*) de la *Loi sur la protection du consommateur* «pour établir des normes concernant la publicité au sujet de tout bien faisant ou non l'objet d'un contrat ou crédit, spécialement toute publicité destinée aux enfants». L'article 11.53 du règlement prévoyait:

11.53 Nul ne peut, au Québec, préparer, utiliser, publier ou faire publier de la publicité destinée aux enfants qui:

. . .

n) emploie un dessin animé ou une bande illustrée (cartoon);

Les sociétés Kellogg avaient été accusées de plusieurs contraventions à cette disposition relativement à certaines annonces publicitaires à la télévision et on avait demandé une injonction pour leur interdire la perpétration d'autres infractions. La Cour supérieure avait accordé une injonction, [1974] C.S. 498, mais la Cour d'appel à la majorité (le juge en chef Tremblay et le juge Montgomery), [1975] C.A. 518, s'appuyant sur l'arrêt de cette Cour *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767, avait accueilli l'appel de cette décision en déclarant que, puisque le contenu des émissions de télévision relevait exclusivement du pouvoir législatif fédéral, la loi provinciale était inopérante en ce qui concernait ce contenu. Le juge Turgeon, dissident, avait fait une distinction entre une loi relative à une matière et une loi qui y touche incidemment. Il avait conclu que le règlement contesté et la loi en vertu de laquelle il avait été adopté, relevaient de la compétence provinciale même si le règlement pouvait toucher incidemment une matière de compétence fédérale.

Dans ses motifs, auxquels ont souscrit les juges Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré, le juge Martland a conclu que la disposition contestée s'appliquait validement à la publicité télévisée parce qu'elle faisait partie d'un règlement général sur la publicité destinée aux enfants qui avait un objet provincial valide et n'avait qu'incidemment un effet sur une entreprise de télédiffusion. Dans ses motifs, auxquels ont souscrit les juges Judson et Spence, le juge en chef Laskin, dissident, a

1989 CanLII 87 (SCC)

apply to prevent an advertiser from advertising its products on television because in such application it encroached on a matter within exclusive federal jurisdiction, the content of television broadcasting.

Like Turgeon J.A. in the Court of Appeal, Martland J. applied the distinction between legislation in relation to a matter and legislation which incidentally affects a matter, citing the judgment of the Court in *Carnation Co. v. Quebec Agricultural Marketing Board*, [1968] S.C.R. 238, as an analogous application of this distinction. He held that the challenged provision was aimed at certain kinds of advertising by advertisers and not at the operation of a television broadcast undertaking. He said at p. 225:

> In my opinion this regulation does not seek to regulate or to interfere with the operation of a broadcast undertaking. In relation to the facts of this case it seeks to prevent Kellogg from using a certain kind of advertising by any means. It aims at controlling the commercial activity of Kellogg. The fact that Kellogg is precluded from using televised advertising may, incidentally, affect the revenue of one or more television stations but it does not change the true nature of the regulation. In this connection the case of *Carnation Company Ltd. v. The Quebec Agricultural Marketing Board* is analogous.

Martland J. stressed the fact that the regulation was being applied and the injunction sought against Kellogg and not against a television station. He reserved his opinion as to whether the regulation could be validly applied against a television station. He said at p. 225: "Whether the regulation could be applied to the television station itself or whether an injunction against Kellogg would bind such station does not arise in this case and I prefer to express no opinion with respect to it."

The disputed regulation in *Kellogg's*, as Martland J. observed, sought to prevent the advertiser "from using a certain kind of advertising by any means." It was concerned with a certain kind of advertising content but it applied to all advertising media employing such content. Moreover, it had a limited application to advertising content, merely

exprimé l'avis que la disposition contestée ne pouvait s'appliquer validement pour empêcher un annonceur de faire de la publicité télévisée à l'égard de ses produits parce qu'une telle application de la disposition empiétait sur une matière relevant de la compétence fédérale exclusive, le contenu des émissions de télévision.

Comme le juge Turgeon de la Cour d'appel, le juge Martland a fait une distinction entre une loi relative à une matière donnée et une loi qui y touche incidemment, citant l'arrêt de cette Cour *Carnation Co. v. Quebec Agricultural Marketing Board*, [1968] R.C.S. 238, pour illustrer une application comparable de cette distinction. Il a conclu que la disposition contestée visait certains types de publicités présentées par les annonceurs et non l'exploitation d'une entreprise de télédiffusion. Il a dit à la p. 225:

> À mon avis, cette réglementation ne vise ni n'entrave l'exploitation d'une entreprise de radiodiffusion. En l'espèce, elle tend à empêcher les Kellogg d'utiliser un certain type d'annonces quel que soit le support publicitaire. Elle vise à contrôler l'activité commerciale des Kellogg. Le fait que les Kellogg ne puissent se servir d'annonces publicitaires télévisées peut, incidemment, porter atteinte au revenu d'une ou plusieurs stations de télévision, mais cela ne modifie pas la vraie nature de la réglementation. À cet égard, l'arrêt *Carnation Company Ltd. c. La Régie des marchés agricoles du Québec* est comparable.

Le juge Martland a insisté sur le fait que le règlement et l'injonction demandée visaient Kellogg et non une station de télévision. Il ne s'est cependant pas prononcé sur la question de savoir si le règlement pouvait s'appliquer validement à l'égard d'une station de télévision. Il dit, à la p. 225: «La question de savoir si la réglementation s'applique à la station de télévision ou si une injonction émise contre les Kellogg liera cette station ne se pose pas en l'espèce et je préfère ne formuler aucune opinion à ce sujet».

Dans l'arrêt *Kellogg*, le juge Martland a souligné que le règlement contesté avait pour but d'empêcher l'annonceur «d'utiliser un certain type d'annonces quel que soit le support publicitaire». Il visait un certain type de contenu publicitaire mais il s'appliquait à tous les supports publicitaires faisant usage d'un tel contenu. En outre, son applica-

1989 CanLII 87 (SCC)

prohibiting the use of cartoons, but otherwise permitting children's advertising. It was thus a provision of general application in pursuit of the legislative object which Martland J. characterized as "to protect children in Quebec from the harmful effect of the kinds of advertising therein prohibited" (p. 223). It was aimed at all children's advertising employing cartoons, not at television advertising as such nor at the television broadcaster. The implication of the distinction emphasized by Martland J. between application to the advertiser and application to a broadcast undertaking is that provincial legislation of general application with respect to advertising content would only be considered to encroach on exclusive federal jurisdiction with respect to broadcast content to the extent it was applied to a broadcast undertaking, that is, to the control over content exercised by such an undertaking rather than by an advertiser.

In the case at bar the respondent contended that the challenged provision of the *Consumer Protection Act*, when read together with the regulations to which they are made expressly subject and considered in the light of the evidence of their practical effect, exhibit a different purpose or object from that of the regulation that was in issue in *Kellogg's*. The respondent contends that when the challenged provisions are seen in the context of the regulations and the evidence it is clear that they are aimed essentially and primarily at television as a medium of children's advertising, a matter within exclusive federal jurisdiction. In support of this contention the respondent emphasizes the relative importance of the prohibition of television advertising directed to persons under thirteen years of age, as indicated by the evidence and the extent of the exemptions provided by the regulations for other forms of children's advertising. The respondent contends that the trial judge was in error in taking judicial notice of the existence and relative importance of other forms of children's advertising. There is no doubt that the evidence adduced by the respondent at trial and the s. 1 and s. 9.1 materials submitted by the

tion au contenu publicitaire était limitée, interdisant seulement les dessins animés ou les bandes illustrées, mais permettant par ailleurs la publicité destinée aux enfants. Il s'agissait donc d'une disposition d'application générale dans la poursuite d'un objet législatif que le juge Martland a ainsi défini: «la protection des enfants du Québec contre les effets préjudiciables de certains types d'annonces publicitaires» (p. 223). La disposition visait toute publicité destinée aux enfants qui utilisait des dessins animés ou des bandes illustrées, et non la publicité télévisée en soi ni le télédiffuseur. L'incidence de la distinction, sur laquelle le juge Martland a insisté, entre l'application de la disposition à un annonceur et son application à une entreprise de radiodiffusion est que la législation provinciale d'application générale portant sur le contenu publicitaire ne serait réputée empiéter sur la compétence fédérale exclusive en matière de contenu radiodiffusé que dans la mesure où elle serait applicable à une entreprise de radiodiffusion, c'est-à-dire au contrôle sur le contenu exercé par une telle entreprise plutôt que par un annonceur.

En l'espèce, l'intimée prétend que les dispositions contestées de la *Loi sur la protection du consommateur*, compte tenu des réserves que peuvent y apporter les règlements et de leur effet pratique, ont un but ou un objet différent de celui du règlement visé dans l'arrêt *Kellogg*. L'intimée prétend que, lorsque les dispositions contestées sont examinées en corrélation avec les règlements et la preuve, il est clair qu'elles visent principalement et essentiellement la télévision comme support de publicité destinée aux enfants, une matière de compétence fédérale exclusive. À l'appui de cette prétention, l'intimée insiste sur l'importance relative de l'interdiction de la publicité télévisée destinée aux personnes de moins de treize ans telle qu'elle ressort de la preuve et de l'étendue des exemptions que le règlement prévoit pour les autres types de publicité destinée aux enfants. L'intimée prétend que le juge de première instance a commis une erreur lorsqu'il a pris connaissance d'office de l'existence et de l'importance relative des autres types de publicité destinée aux enfants. Il est clair que la preuve présentée par l'intimée en première instance et que les documents relatifs à l'article premier et à l'art. 9.1 présentés par le

1989 CanLII 87 (SCC)

Attorney General of Quebec show that television advertising is by any measure the most important form of children's advertising. It is indisputably, however, not the only form as the exemptions indicate. Moreover, the genuine concern with the other forms of children's advertising is indicated by the extent to which the exempted forms are made subject to the content requirements of s. 91 of the regulations. The Attorney General of Quebec submitted that television advertising, because of its massive penetration and ease of access for children, did not lend itself to as precise regulation as other forms of communication and must therefore be the subject of a particular regime. The respondent argued that this was an admission that the prohibition in s. 248 of the Act was primarily directed at television advertising. We take it to have been in justification of a prohibition in the case of television advertising rather than a concession that the challenged provisions as modified by the regulations are aimed primarily at such advertising. The Attorney General of Quebec noted that there are other forms of children's advertising subject to the prohibition. On the whole, despite the fact that the relative impact on television advertising is much greater than it was in *Kellogg's*, we are of the opinion that ss. 248 and 249 of the Act, as modified by or completed by the regulations, can also be said to be legislation of general application enacted in relation to consumer protection, as in *Kellogg's*, rather than a colourable attempt, under the guise of a law of general application, to legislate in relation to television advertising. In other words, the dominant aspect of the law for purposes of characterization is the regulation of all forms of advertising directed at persons under thirteen years of age rather than the prohibition of television advertising which cannot be said to be the exclusive or even primary aim of the legislation. In effect, we agree with Hugessen A.C.J. on the general significance, for the purposes of characterization of the legislation, of the fact that other forms of advertising directed to persons under thirteen years, whatever be their relative importance, are not exempted from the prohibition. The existence of such other forms of children's advertising was not seriously challenged but rather their

procureur général du Québec révèlent que la publicité télévisée constitue de loin la forme la plus importante de publicité destinée aux enfants. Il est cependant indéniable que ce n'est pas la seule, comme l'indiquent d'ailleurs les exemptions. De plus, la préoccupation réelle que suscitent les autres formes de publicité destinée aux enfants ressort clairement de l'étendue de l'assujettissement de celles qui sont exemptées aux exigences imposées quant à leur contenu par l'art. 91 du règlement. Le procureur général du Québec soutient que la publicité télévisée, en raison de son impact massif et de sa facilité d'accès pour les enfants, ne se prête pas à une réglementation aussi précise que d'autres moyens de communication et doit donc être soumise à un régime particulier. L'intimée prétend qu'il admet donc que l'interdiction de l'art. 248 de la Loi vise principalement la publicité télévisée. Nous estimons qu'il s'agit de l'explication de l'interdiction quant à la publicité télévisée et non d'une admission que les dispositions contestées, telles que modifiées par le règlement, visent principalement cette publicité. Le procureur général du Québec fait observer que d'autres formes de publicité destinée aux enfants sont soumises à l'interdiction. Dans l'ensemble, bien que comparativement les répercussions des dispositions contestées en l'espèce sur la publicité télévisée soient beaucoup plus importantes que celles dont traitait l'affaire *Kellogg*, nous sommes d'avis que les art. 248 et 249 de la Loi, modifiés ou complétés par le règlement, peuvent également être qualifiés de dispositions législatives d'application générale relatives à la protection du consommateur, comme dans l'affaire *Kellogg*, plutôt que de tentative déguisée, sous l'apparence d'une loi d'application générale, d'édicter des dispositions relatives à la publicité télévisée. En d'autres termes, l'aspect dominant de la loi aux fins de sa qualification est la réglementation de toutes les formes de publicité destinée aux enfants de moins de treize ans plutôt que l'interdiction de la publicité télévisée dont on ne peut pas dire qu'elle soit le but exclusif ou même principal de la loi. En fait, nous partageons l'opinion du juge Hugessen qu'il est significatif, aux fins de la qualification de la loi, que d'autres formes de publicité destinée aux enfants de moins de treize ans, sans égard à leur

1989 CanLII 87 (SCC)

significance from the constitutional point of view in attempting to ascertain the dominant aspect of the legislation. The existence of such other forms of children's advertising did not rest entirely on the judicial notice taken by the trial judge, who said that even if there was not evidence of such other forms he would be prepared to take judicial notice of them. The relative importance of television advertising and the other forms of children's advertising subject to exemption and prohibition is not in our opinion a sufficient basis for a finding of colourability. There is no suggestion that the legislative or regulatory concern with these other forms of children's advertising is a mere pretense or façade for a primary, if not exclusive, purpose of regulating television advertising. It is not the relative importance of these other forms of advertising but the *bona fide* nature of the legislative concern with them that is in issue on the question of colourability.

importance relative, ne soient pas exemptées de l'interdiction. L'existence d'autres formes de publicité destinée aux enfants n'a pas été contestée sérieusement, c'est leur importance, d'un point de vue constitutionnel, pour tenter de déterminer l'aspect dominant de la loi qui a été contesté. L'existence de ces autres formes de publicité destinée aux enfants ne découle pas entièrement du fait que le juge de première instance en a pris connaissance d'office puisqu'il a dit que, même s'il n'y avait pas de preuve de l'existence de ces autres formes, il serait prêt à en prendre également connaissance d'office. À notre avis, l'importance relative de la publicité télévisée et des autres formes de publicité destinée aux enfants visées par les exemptions et l'interdiction ne constitue pas un fondement suffisant pour conclure à l'existence d'une législation déguisée. Rien n'indique que l'intérêt législatif ou réglementaire à l'égard de ces autres formes de publicité destinée aux enfants n'est qu'un simple prétexte ou une façade et que le but principal sinon exclusif en est de réglementer la publicité télévisée. Ce n'est pas l'importance relative de ces autres formes de publicité mais le caractère authentique de l'intérêt législatif qui est en cause quand il s'agit de savoir s'il y a législation déguisée.

B. *The Effect of ss. 248 and 249 on Broadcasting Undertakings*

The interveners Pathonic, as we understood their argument, did not contend, as did the respondent, that the challenged provisions of the *Consumer Protection Act* were distinguishable on their face in respect of the characterization of their purpose or object from the provision of the regulations that was considered in *Kellogg's*. They contended that the challenged provisions were rendered *ultra vires* or inoperative because of their effect on a television broadcast undertaking. They submitted that the prohibition of television advertising affected a vital part of the operation of such an undertaking and impaired the undertaking. The interveners suggested that what distinguished *Kellogg's* from the case at bar was the presence of a television undertaking in the proceedings. The presence of the interveners in the proceedings does not, of course, make the challenged provisions ones that are being applied to a television undertaking.

B. *L'effet des art. 248 et 249 sur les entreprises de télédiffusion*

Si nous comprenons bien leur argumentation, les intervenants Pathonic, contrairement aux intimés, ne prétendent pas que, pour ce qui est de la qualification de leur but ou objet, les dispositions contestées de la *Loi sur la protection du consommateur* pouvaient, à la simple lecture, être distinguées, de la disposition réglementaire examinée dans l'arrêt *Kellogg*. Ils prétendent que les dispositions contestées sont *ultra vires* ou inopérantes à cause de leur effet sur une entreprise de télédiffusion. Ils soutiennent que l'interdiction de la publicité télévisée porte atteinte à une partie vitale de l'exploitation d'une telle entreprise et constitue une entrave. Les intervenants ont laissé entendre que ce qui distinguait l'affaire *Kellogg* de la présente espèce était la présence d'une entreprise de télédiffusion dans les procédures. La présence des intervenants dans les procédures ne fait évidemment pas des dispositions contestées des dispositions

What the interveners really suggest is that had a television broadcast undertaking been represented in *Kellogg's* to establish the effect of a regulation of television advertising on such an undertaking the Court might have come to a different conclusion.

Recently, in *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749 (*Bell Canada 1988*), Beetz J., writing for the Court, reviewed the principles of constitutional interpretation applicable to the regulation of federal undertakings. He distinguished between situations in which (1) a provincial law would, if applied to a federal undertaking, affect a vital part of its operations and (2) the effect of the provincial law on a federal undertaking, whether applied to it directly or not, would impair its operations (at pp. 859-60):

> The impairment test is not necessary in cases in which, without going so far as to impair the federal undertaking, the application of the provincial law affects a vital part of the undertaking . . . .
>
> In order for the inapplicability of provincial legislation rule to be given effect, it is sufficient that the provincial statute which purports to apply to the federal undertaking affects a vital or essential part of that undertaking, without necessarily going as far as impairing or paralysing it.

The federal government has exclusive jurisdiction as regards "essential and vital elements" of a federal undertaking, including the management of such an undertaking, because those matters form the "basic, minimum and unassailable content" of the head of power created by operation of s. 91(29) and the exceptions in s. 92(10) of the *Constitution Act, 1867*. No provincial law touching on those matters can apply to a federal undertaking. However, where provincial legislation does not purport to apply to a federal undertaking, its incidental effect, even upon a vital part of the operation of the undertaking, will not normally render the provincial legislation *ultra vires*.

The case of *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada*, [1929] A.C. 260

applicables à une entreprise de télédiffusion. Les intervenants veulent dire en réalité que si une entreprise de télédiffusion avait été représentée dans l'affaire *Kellogg* pour établir l'effet d'un règlement portant sur la publicité télévisée sur une telle entreprise, la Cour serait peut-être parvenue à une conclusion différente.

Récemment, dans l'arrêt *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749 (*Bell Canada 1988*), le juge Beetz, au nom de la Cour, a revu les principes d'interprétation constitutionnelle applicables à la réglementation des entreprises fédérales. Il a fait une distinction entre les situations dans lesquelles (1) une loi provinciale porterait atteinte à un élément essentiel de l'exploitation d'une entreprise fédérale si elle était appliquée à l'entreprise et (2) l'effet de la loi provinciale, appliquée directement ou non à une entreprise fédérale, entraverait son exploitation (aux pp. 859 et 860):

> . . . le test de l'entrave [est] insuffisant pour les cas où, sans aller jusqu'à l'entrave, l'application d'une loi provinciale à une entreprise fédérale touche ou affecte un élément essentiel de cette entreprise . . .
>
> Pour que joue la règle de l'inapplicabilité, il suffit que la sujétion de l'entreprise à la loi provinciale ait pour effet d'affecter un élément vital ou essentiel de l'entreprise sans nécessairement aller jusqu'à effectivement entraver ou paralyser cette dernière.

Le gouvernement fédéral a compétence exclusive en ce qui concerne les «éléments vitaux ou essentiels» d'une entreprise fédérale, y compris sa gestion, parce que ces aspects forment le «contenu de base minimum et inattaquable» du pouvoir établi par l'application du par. 91(29) et les exceptions du par. 92(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Aucune loi provinciale qui touche ces aspects ne peut s'appliquer à une entreprise fédérale. Toutefois, lorsque la loi provinciale n'a pas pour objet de s'appliquer à une entreprise fédérale, son effet accessoire, même à l'égard d'un élément essentiel de l'exploitation de l'entreprise, n'aura normalement pas pour effet de rendre la loi provinciale *ultra vires*.

L'arrêt *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada*, [1929] A.C. 260

(P.C.), upon which Pathonic relied a great deal in its submissions, provides a counter-example to this last statement and illustrates the doctrine of impairment. The legislation there in issue, the Manitoba *Municipal and Public Utility Board Act*, S.M. 1926, c. 33, s. 162, provided that: "No person, firm, or corporation shall sell, or offer or agree to sell, or directly or indirectly attempt to sell, in Manitoba, any shares, stocks, bonds or other securities of or issued by any company unless the company has first been approved by the Board as one the securities of which are permitted to be sold in Manitoba and a certificate to that effect ... [is] issued by the Board." The Act exempted block sales of securities by companies to brokers but did regulate the sale of those securities by brokers to the public. In this sense, as Pathonic submitted, s. 162 did not apply to the companies themselves but applied, rather, to brokers. The issue before the Privy Council was whether s. 162 was *ultra vires* the province in so far as it purported to apply to the sale of the shares of a federally incorporated company.

(C.P.), sur lequel Pathonic s'appuie largement, est un contre-exemple de cette dernière affirmation et sert d'illustration à la théorie de l'entrave. La loi manitobaine en cause dans cette affaire, la *Municipal and Public Utility Board Act*, S.M. 1926, chap. 33, art. 162, prévoyait: [TRADUCTION] «Aucune personne, entreprise ou compagnie ne peut vendre, offrir ou convenir de vendre ou tenter, directement ou indirectement, de vendre, au Manitoba, des actions, des obligations ou d'autres valeurs d'une compagnie ou émises par une société à moins que celle-ci n'ait d'abord été agréée par la Commission comme société dont les valeurs mobilières peuvent être vendues au Manitoba en vertu d'un certificat [...] émis à cet effet par la Commission.» La vente en bloc de valeurs mobilières par les compagnies aux courtiers était exemptée de l'application de la loi mais la vente de ces valeurs par les courtiers au public était régie par la loi. Selon Pathonic, l'art. 162, en ce sens, ne s'appliquait pas aux compagnies elles-mêmes mais plutôt aux courtiers. Le Conseil privé devait décider si l'art. 162 était *ultra vires* de la province dans la mesure où il visait à s'appliquer à la vente des actions d'une compagnie constituée sous le régime fédéral.

In concluding that the province did not have jurisdiction to enact s. 162, Viscount Sumner, who delivered the judgment of their Lordships, considered the effect of the provision on federally incorporated companies (at pp. 266-67):

> An artificial person, incorporated under the powers of the Dominion with certain objects, invested by these powers with capacities to trade in pursuit of those objects and with the status and capacities of a Dominion incorporation, is ... liable in the most ordinary course of business to be stillborn from the moment of incorporation, sterilized in all its functions and activities, thwarted and interfered with in its first and essential endeavours to enter on the beneficial and active employment of its powers, by the necessity of applying to a Provincial executive for permission to begin to act and to raise its necessary capital, a permission which may be subjected to conditions or refused altogether according to the view, which in their discretion that executive may take of the plans, promises and prospects of a creation of the Dominion.

En décidant que la province n'avait pas le pouvoir d'adopter l'art. 162, le vicomte Sumner, qui a rendu le jugement de leurs Seigneuries, a examiné l'effet de la disposition sur les compagnies constituées sous le régime fédéral (aux pp. 266 et 267):

> [TRADUCTION] Une personne morale, constituée en vertu des pouvoirs du Dominion en vue de certains objets, investie, par ces pouvoirs, de la capacité de faire des affaires pour parvenir à ces objets, du statut et des privilèges de la constitution en personne morale par le Dominion, est [...] susceptible, dans le cours ordinaire de ses affaires, d'être immobilisée dès le moment de sa constitution, d'être paralysée dans ses fonctions et ses activités, freinée et entravée dans son activité première et essentielle qui consiste à utiliser ses pouvoirs de façon active et lucrative, par l'obligation d'obtenir de l'exécutif de la province la permission de commencer à agir et d'amasser le capital nécessaire, permission qui peut être assortie de conditions ou refusée tout simplement selon l'opinion que se fait l'exécutif, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, des plans, de l'avenir et des projets d'une entité créée par le Dominion.

Despite the fact that s. 162 did not apply to federally incorporated companies, it succeeded, in-

Bien que l'art. 162 ne s'appliquât pas aux compagnies constituées sous le régime fédéral, il avait

1989 CanLII 87 (SCC)

directly, in impairing their operation. That consequence was sufficient to render the provision *ultra vires* the province of Manitoba.

Although the impairment doctrine was developed in cases concerning the federal power to incorporate companies, Beetz J., in *Bell Canada 1988*, identified the relevance of this doctrine to the regulation of federal undertakings (at p. 862):

> [T]he transposition of the concept of impairment from the field of federally incorporated companies to that of federal undertakings may be valid in cases in which the application of provincial legislation to federal undertakings in fact impairs the latter, paralyses them or destroys them.

As the *Attorney-General for Manitoba* case makes clear, the concept of impairment extends not only to the direct application of provincial legislation but also to the indirect effect of that legislation. Thus, where provincial legislation applied to a federal undertaking affects a vital part of that undertaking or, though not applied directly to a federal undertaking, has the effect of impairing its operation, the legislation in question is *ultra vires*.

There is no doubt that television advertising is a vital part of the operation of a television broadcast undertaking. The advertising services of these undertakings therefore fall within exclusive federal legislative jurisdiction. It is well established that such jurisdiction extends to the content of broadcasting: *Re C.F.R.B. and Attorney-General for Canada*, [1973] 3 O.R. 819 (C.A.); *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141, and advertising forms a part of such content. However, ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* do not purport to apply to television broadcast undertakings. Read together with s. 252, it is clear that ss. 248 and 249 apply to the acts of an advertiser, not to the acts of a broadcaster. Nor did Pathonic contend that ss. 248 and 249 applied to television broadcasters. Indeed, it went so far as to submit that the province of Quebec was unable to regulate the advertising practices of television broadcasters because signals coming from outside the province and received directly by the public or re-distribut-

indirectement pour effet d'entraver leur exploitation. Cela suffisait à rendre cette disposition *ultra vires* de la province du Manitoba.

Même si la théorie de l'entrave a pris naissance dans des affaires relatives au pouvoir fédéral de constitution des compagnies, le juge Beetz, dans l'arrêt *Bell Canada 1988*, a fait ressortir la pertinence de cette théorie à l'égard de la réglementation des entreprises fédérales (à la p. 862):

> [L]a transposition de la notion d'entrave du domaine des compagnies à charte fédérale à celui des entreprises fédérales peut être utile dans les cas où l'application des lois provinciales aux entreprises fédérales entrave effectivement ces dernières, ou les paralyse, ou les détruit.

Selon l'arrêt *Attorney-General for Manitoba*, il est clair que la notion d'entrave s'étend non seulement à l'application directe de la loi provinciale mais également à l'effet indirect de cette loi. Ainsi, lorsque l'application de la loi provinciale touche un élément essentiel d'une entreprise fédérale ou, même si elle ne s'applique pas directement à cette entreprise, a pour effet d'entraver son exploitation, la loi en question est *ultra vires*.

Nul doute que la publicité télévisée est un élément essentiel d'une entreprise de télédiffusion. Les services de publicité de ces entreprises relèvent donc de la compétence exclusive du pouvoir fédéral. Il est bien établi que cette compétence s'étend au contenu de ce qui est diffusé: *Re C.F.R.B. and Attorney-General for Canada*, [1973] 3 O.R. 819 (C.A.); *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141, et que la publicité représente une partie de ce contenu. Cependant les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* n'étaient pas destinées à s'appliquer aux entreprises de télédiffusion. Il est clair que ces articles, lus en corrélation avec l'art. 252, s'appliquent aux actes d'un annonceur et non à ceux d'un radiodiffuseur. Pathonic ne prétend pas non plus que les art. 248 et 249 s'appliquent aux télédiffuseurs. En fait, Pathonic est allée jusqu'à soutenir que la province de Québec ne pouvait réglementer les pratiques publicitaires des télédiffuseurs parce que les signaux provenant de l'extérieur de la province

1989 CanLII 98 (SCC)

ed by a cable company could not be subject to the standards of the *Consumer Protection Act*. While this submission demonstrates that the Quebec government can only achieve partial success in controlling commercial advertising aimed at children, it also demonstrates that a province can aim to regulate provincial advertisers without applying its regulations to television broadcasters situate in the province. Therefore, the provisions in question do not trench on exclusive federal jurisdiction by purporting to apply to a federal undertaking and, in so doing, affecting a vital part of its operation.

Do the provisions nevertheless have the effect of impairing the operation of a federal undertaking? The interveners adduced evidence showing the importance of advertising revenues in the operation of a television broadcast undertaking and that the prohibition of commercial advertising directed to persons under thirteen years of age affected the capacity to provide children's programs. This is not a sufficient basis on which to conclude that the effect of the provisions was to impair the operation of the undertaking, in the sense that the undertaking was "sterilized in all its functions and activities". The most that can be said, as in *Kellogg's* (at p. 225), is that the provisions "may, incidentally, affect the revenue of one or more television stations". Nor can it be said that the provisions have the potential to impair the operation of a broadcast undertaking. Interpreted strictly, as under the *Application Guide for Sections 248 and 249 (Advertising Intended for Children Under 13 Years of Age)* produced by the Office de la protection du consommateur (October 8, 1980), products and services aimed exclusively at children "may not, for all practical purposes, be advertised during children's programs (unless the message is presented so that it cannot, in any way, arouse a child's interest)." Even if it were true, as Pathonic submitted, that applied this way, the provisions prevent the production of programs aimed at children since they remove potential funding for those programs—a contention which was denied by the Attorney General of Quebec, who insisted that advertisers were always free to aim their message

et captés directement par le public ou retransmis par une société de câblodistribution ne pouvaient être assujettis aux normes de la *Loi sur la protection du consommateur*. Bien que cet argument démontre que le gouvernement du Québec ne peut que partiellement réussir à contrôler la publicité télévisée destinée aux enfants, il démontre aussi qu'une province peut vouloir régir les annonceurs provinciaux sans appliquer ses règlements aux télédiffuseurs situés dans la province. Par conséquent, les dispositions en question ne portent pas atteinte à la compétence exclusive du fédéral en visant à s'appliquer à une entreprise fédérale et, ce faisant, en touchant un élément essentiel de son exploitation.

Quoi qu'il en soit, les dispositions ont-elles pour effet d'entraver l'exploitation d'une entreprise fédérale? Les intervenants ont présenté des éléments de preuve pour montrer l'importance des revenus de publicité dans l'exploitation d'une entreprise de télédiffusion et pour établir que l'interdiction de la publicité commerciale destinée aux personnes de moins de treize ans porte atteinte à la capacité de présenter des émissions pour enfants. Ce n'est pas suffisant pour conclure que l'effet des dispositions est d'entraver l'exploitation de l'entreprise dans le sens que l'entreprise est «paralysée dans ses fonctions et ses activités». Tout au plus peut-on affirmer, comme dans l'arrêt *Kellogg* (à la p. 225), que les dispositions «[peuvent], incidemment, porter atteinte au revenu d'une ou plusieurs stations de télévision». On ne peut non plus affirmer que les dispositions constituent une entrave potentielle à l'exploitation d'une entreprise de radiodiffusion. Interprétés strictement, comme dans le *Guide d'application des articles 248 et 249 (Publicité au moins de 13 ans)* publié par l'Office de la protection du consommateur (le 29 septembre 1980), les produits et services exclusivement destinés aux enfants «ne peuvent, à toutes fins pratiques, être annoncés dans les émissions pour enfants (à moins que la présentation du message ne soit telle qu'elle ne puisse, en aucune façon, susciter l'intérêt de l'enfant»). Même s'il était vrai, comme le soutient Pathonic, que les dispositions appliquées de cette façon empêchent la production d'émissions destinées aux enfants parce qu'elles suppriment leur financement éventuel—prétention

1989 CanLII 87 (SCC)

at adults rather than children, and which must also be considered in light of the explicit acceptance in the *Application Guide for Sections 248 and 249* (at p. 9) of educational advertising aimed at children produced by private companies—this would only demonstrate that the legislation constrains business decisions both for those who produce advertisements and for those who carry them. It should also be noted that Pathonic is subject to a parallel, though somewhat less stringent, requirement under the terms of the *Broadcast Code for Advertising to Children*, which Code is incorporated by reference as a condition of Pathonic's licence to carry on a broadcasting transmitting undertaking granted by the CRTC (at p. 3):

Pre-schoolers

Children of pre-school age often are unable to distinguish between program content and actual promotions. Therefore, any commercials scheduled for viewing during the school-day morning hours must be directed to the family, parent, or an adult, rather than to children.

Pathonic did not claim that such a limit on the conduct of its business had or could have the effect of disrupting its operations. Nor do we find that ss. 248 and 249 have or could have that effect.

C. *The Compatibility of ss. 248 and 249 with Federal Regulation*

Irwin Toy submitted that even if the effect of ss. 248 and 249 was not to impair the operation of a federal undertaking, these provisions conflicted with the declaration found in s. 3(*c*) of the *Broadcasting Act*, R.S.C. 1970, c. B-11 (now R.S.C., 1985, c. B-9), which reads:

Broadcasting Policy for Canada

3. It is hereby declared that

. . .

(*c*) all persons licensed to carry on broadcasting undertakings have a responsibility for programs they broadcast but the right to freedom of expression and the right of persons to receive programs, subject only

que le procureur général du Québec nie, en insistant sur le fait que les annonceurs ont toujours la possibilité d'adresser leur message aux adultes plutôt qu'aux enfants et qu'il faut également envisager dans le contexte de la reconnaissance explicite contenue dans le *Guide d'application des articles 248 et 249* (à la p. 9) de la publicité éducative destinée aux enfants et produite par des sociétés privées—cela démontre simplement que la loi impose des restrictions aux décisions d'affaires que doivent prendre ceux qui conçoivent la publicité aussi bien que ceux qui la diffusent. Il convient également de souligner que Pathonic est assujetti à une exigence parallèle, quoique moins sévère, aux termes du *Code de la publicité radiotélévisée destinée aux enfants*; ce Code fait partie, par renvoi, des conditions de la licence que lui a délivrée le CRTC et qui l'autorise à exploiter une entreprise de radiodiffusion (à la p. 3):

Enfants d'âge préscolaire

Les enfants d'âge préscolaire sont souvent incapables de distinguer entre le contenu d'une émission et la promotion commerciale. Voilà pourquoi tout message publicitaire diffusé le matin pendant les heures de classe doit s'adresser à la famille entière, parents ou autres adultes, plutôt qu'aux enfants.

Pathonic n'a pas prétendu que cette restriction à la conduite de ses affaires avait ou pouvait avoir un effet perturbateur sur l'exploitation de son entreprise. Nous ne pouvons conclure non plus que les art. 248 et 249 ont ou pourraient avoir cet effet.

C. *La compatibilité des art. 248 et 249 avec la réglementation fédérale*

Irwin Toy soutient que, même si les art. 248 et 249 n'ont pas pour effet d'entraver l'exploitation d'une entreprise fédérale, ces dispositions entrent en conflit avec la déclaration contenue à l'al. 3*c*) de la *Loi sur la radiodiffusion*, S.R.C. 1970, chap. B-11 (maintenant L.R.C. (1985), chap. B-9):

Politique de la radiodiffusion pour le Canada

3. Il est, par les présentes, déclaré

. . .

c) que toutes les personnes autorisées à faire exploiter des entreprises de radiodiffusion sont responsables des émissions qu'elles diffusent, mais que le droit à la liberté d'expression et le droit des personnes de capter

1989 CanLII 87 (SCC)

to generally applicable statutes and regulations, is unquestioned;

The respondent argued that the only federal regulation restricting public access to television programming were the *Television Broadcasting Regulations*, C.R.C. 1978, c. 381. Because these regulations do not restrict advertising aimed at children, and because s. 3 of the *Broadcasting Act* enshrines the right to freedom of expression subject only to generally applicable statutes or regulations, Irwin Toy submitted that the scheme of the *Broadcasting Act* provided legislative protection for their advertising activities. Under the doctrine of paramountcy, ss. 248 and 249, to the extent they purported to apply to television advertising, were therefore of no force or effect.

This argument cannot succeed. It is based, in part, on a misunderstanding of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23 (now R.S.C., 1985, c. I-21). The respondent concluded from ss. 2 and 3 of the *Interpretation Act* that the word "*loi*" in the French text of s. 3 of the *Broadcasting Act* refers only to federal laws of general application. Therefore, no provincial law of general application could restrict advertising. In fact, s. 2 of the *Interpretation Act* sets out the definition of various terms, including "*loi*" and the corresponding English term, "Act", as those terms are to be interpreted "in this Act", not as those terms are to be interpreted in every federal Act. Section 2 simply makes clear that the kind of Act or "*loi*" to which the *Interpretation Act* applies is a federal Act, not a provincial Act. That does not imply that whenever the word "loi" appears in a federal statute, it can only refer to a federal Act. Furthermore, the English text of s. 3 of the *Broadcasting Act* refers to "statutes", not "Acts". Thus, the definition of "Act" or "*loi*" in s. 2 of the *Interpretation Act* is simply not relevant. Even assuming that it could have that effect, the general declaration found in s. 3(*c*) of the *Broadcasting Act* does not purport to prevent provincial laws of general application from having an incidental effect on broadcasting undertakings.

les émissions, sous la seule réserve des lois et règlements généralement applicables, est incontesté;

L'intimée soutient que le seul règlement fédéral qui restreint l'accès du public à la programmation télévisée est le *Règlement sur la télédiffusion*, C.R.C. 1978, chap. 381. Parce que ce règlement n'apporte pas de restrictions à la publicité destinée aux enfants et parce que l'art. 3 de la *Loi sur la radiodiffusion* reconnaît le droit à la liberté d'expression, sous la seule réserve des lois et des règlements d'application générale, Irwin Toy soutient que le régime de la *Loi sur la radiodiffusion* donne une protection législative à ses activités publicitaires. En vertu de la théorie de la prépondérance, les art. 248 et 249, dans la mesure où ils visent à s'appliquer à la publicité télévisée, sont donc inopérants.

Cet argument ne peut être accueilli. Il est en partie fondé sur une compréhension erronée de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23 (maintenant L.R.C. (1985), chap. I-21). Se fondant sur les art. 2 et 3 de la *Loi d'interprétation*, l'intimée conclut que le mot «loi» dans le texte français de l'art. 3 de la *Loi sur la radiodiffusion* renvoie uniquement aux lois fédérales d'application générale. Par conséquent, aucune loi provinciale d'application générale ne peut restreindre la publicité. En fait, l'art. 2 de la *Loi d'interprétation* définit divers termes, dont celui de «loi» et son équivalent anglais «*Act*», pour leur interprétation «[dans] la présente loi» (*in this Act*), et non dans toutes les lois fédérales. L'article 2 ne fait que préciser que le genre de «loi» ou «*Act*» visé par la *Loi d'interprétation* est une loi fédérale et non une loi provinciale. Cela ne signifie pas que chaque fois que le terme «loi» figure dans une loi fédérale, il ne peut s'agir que d'une loi fédérale. En outre, le texte anglais de l'art. 3 de la *Loi sur la radiodiffusion* utilise le terme «*statutes*» et non «*Acts*». Par conséquent, la définition des termes «loi» ou «*Act*» à l'art. 2 de la *Loi d'interprétation* n'est tout simplement pas pertinente. À supposer même qu'elle puisse avoir cet effet, la déclaration générale contenue à l'al. 3*c*) de la *Loi sur la radiodiffusion* ne vise pas à empêcher les lois provinciales d'application générale d'avoir un effet accessoire sur les entreprises de télédiffusion.

1988 CanLII 87 (SCC)

More significantly, perhaps, the interveners, Pathonic, drew attention to a condition of its licence imposed by the CRTC pursuant to s. 17(1)(*a*) of the *Broadcasting Act* and typical of one of the conditions imposed on private television broadcasters:

> It is a condition of this licence that the licensee shall adhere to the provisions of the Broadcast Code for Advertising to Children published by the Canadian Association of Broadcasters and to any amendment or amendments which may from time-to-time be made thereto.

As we understood their argument, Pathonic contended that such a condition of licence constituted regulatory action by the CRTC occupying the field as concerns television advertising aimed at children.

To address this argument, one must first outline the nature of the *Broadcast Code for Advertising to Children* and the manner in which it functions as an instrument of CRTC policy. According to Section A of the Code (revised, 1984):

> The Broadcast Code for Advertising to Children has been designed to complement the general principles for ethical advertising outlined in the Canadian Code of Advertising Standards which applies to all advertising. Both Codes are supplementary to all federal and provincial laws and regulations governing advertising, including those regulations and procedures established by the Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission, the Department of Consumer and Corporate Affairs and Health and Welfare Canada.

The Code goes on to establish detailed guidelines which are in substance quite similar to the content standards established in the *Regulation respecting the application of the Consumer Protection Act* (albeit with respect to advertising not carried on television) and are in many cases more specific and demanding. The Code does, however, contemplate that advertisements which meet the requirements set out therein can aim at children. Indeed, it establishes a procedure for pre-clearance of advertisements by the "Children's Section of the Advertising Standards Council". Nevertheless, the Code is explicitly designed to supplement provincial and

Il est peut-être plus important encore de souligner que l'intervenant Pathonic a attiré notre attention sur une condition de sa licence que lui a imposée le CRTC en application de l'al. 17(1)*a*) de la *Loi sur la radiodiffusion* et qui est habituellement imposée aux stations privées de télédiffusion:

> Cette licence est conditionnelle à ce que son titulaire s'engage à respecter les dispositions du Code de la publicité radio-télévisée destinée aux enfants publié par l'Association canadienne des radiodiffuseurs et tout amendement qui pourra lui être apporté.

Si nous avons bien compris son argumentation, Pathonic prétend qu'une telle condition constitue une mesure de réglementation prise par le CRTC qui, de ce fait, occupe le champ de la publicité télévisée destinée aux enfants.

Pour traiter de cet argument, il faut d'abord expliquer la nature du *Code de la publicité radiotélévisée destinée aux enfants* et son rôle comme instrument de la politique du CRTC. Selon la section A du Code (révisée, 1984):

> Le Code de la publicité radiotélévisée destinée aux enfants a été conçu pour servir de complément aux principes généraux d'éthique publicitaire énoncés dans le Code canadien des normes de la publicité, qui s'applique à toutes les formes de publicité. Ces deux codes sont des suppléments à toutes les lois et à tous les règlements, tant fédéraux que provinciaux, régissant la publicité, y compris les règlements et les directives émises par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, le ministère de la Consommation et des Corporations ainsi que par Santé et Bien-être social Canada.

Le Code poursuit en donnant des directives détaillées qui sont semblables pour l'essentiel aux normes en matière de contenu établies dans le *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur* (mais pour la publicité autre que télévisée) et qui, dans plusieurs cas, sont plus précises et exigeantes. Le Code prévoit cependant que les messages publicitaires conformes aux exigences établies peuvent s'adresser aux enfants. En fait, il prévoit une procédure d'approbation préalable des messages publicitaires par le «Comité de la publicité destinée aux enfants du Conseil des normes de la publicité». Quoi qu'il en soit, le Code

CanLII 87 (SCC) 1989

federal laws and does not purport to constitute the sole regulatory mechanism applicable to children's advertising.

While the Code is published by the Canadian Association of Broadcasters and is thus an instrument of self-regulation, it has been subject to formal consideration by the CRTC. On August 21, 1974, the CRTC issued a public announcement entitled "Broadcast Advertising to Children and Children's Programming" commenting on the Broadcast Code of Advertising and its relationship to CRTC policy (*Broadcast Advertising Handbook* (1978), at p. 11):

> Concern expressed to the Commission has indicated that even though the self-regulatory procedures of the Code have proven effective, further assurances were required to ensure adherence to the Code by legally enforceable procedures.
>
> The House of Commons Standing Committee on Broadcasting, Films and Assistance to the Arts, in its report on children's advertising, indicated that regardless of how excellent the procedures of self-regulation through the Broadcast Code might be, a stronger enforcement system would be desirable.
>
> The Commission, in conformity with its previous undertaking to ensure the effectiveness of the Code and to meet the expressed concerns, hereby gives notice
>
> 1. to all holders of licences to carry on broadcasting transmitting undertakings in Canada and all applicants for such licences, that adherence to the provisions of the Broadcast Code for Advertising to Children will be made a specific condition of each licence; and
> 2. that a representative of the CRTC will formally represent the Commission at all deliberations of the Children's Advertising Sections of the Advertising Standards Council/Conseil des normes de la publicité which have the responsibility for pre-clearing all children's commercials.

Thus, by requiring, as a condition of licence, that television broadcasters adhere to the Code, and by participating in the pre-clearance deliberations respecting advertisements aimed at children, the CRTC has transformed the Code into more than an instrument of industry self-regulation; it has become the federal regulatory regime applicable to private television broadcasters.

est expressément conçu dans le but de compléter les lois fédérales et provinciales et ne prétend pas être le seul outil de réglementation applicable à la publicité destinée aux enfants.

Bien que le Code soit publié par l'Association canadienne des radiodiffuseurs et constitue donc leur propre outil de réglementation, il a fait l'objet d'un examen formel du CRTC. Le 21 août 1974, le CRTC a publié un avis intitulé «La publicité destinée aux enfants et programmation pour enfants», qui traite du Code de la publicité radiotélévisée et de son rapport avec la politique du CRTC (*Guide de la publicité radiodiffusée* (1978), à la p. 12):

> Les opinions exprimées ont indiqué au Conseil que malgré l'efficacité des mesures auto-disciplinaires, des mesures additionnelles étaient nécessaires pour assurer le respect du code.
>
> Dans son rapport sur la publicité destinée aux enfants, le Comité permanent de la Chambre des Communes de la radiodiffusion, des films et de l'assistance aux arts a déclaré que malgré le mérite des méthodes auto-disciplinaires, il conviendrait d'imposer une procédure de mise en application plus ferme.
>
> Le Conseil, s'étant engagé à s'assurer de l'efficacité du code et à rassurer ceux que la situation inquiète, avise, par ces présentes
>
> 1. tous les titulaires de licence d'entreprises de radiodiffusion et tous les requérants, que le respect des dispositions du Code de la publicité destinée aux enfants deviendra une condition spécifique de toute licence de radiodiffusion; et,
> 2. qu'un délégué du C.R.T.C. représentera le Conseil à toutes les délibérations des départements de la publicité destinée aux enfants du Conseil des normes de la publicité qui sont chargés d'approuver tous les messages commerciaux destinés aux enfants.

Ainsi, en exigeant, à titre de condition de la licence, que les télédiffuseurs se conforment au Code, et en participant à la procédure d'approbation préalable des messages publicitaires destinés aux enfants, le CRTC a donné au Code un statut autre qu'un simple outil de réglementation interne de l'industrie; il est devenu le système de réglementation fédéral applicable aux stations privées de radiodiffusion.

1989 CanLII 87 (SCC)

The regulatory regime put into place through the vehicle of the Code is designed to apply both to television broadcasters and to advertisers. However, as concerns advertisers, the CRTC does not claim to exercise any mandatory control. Conditions of licence apply only to broadcasters. The Code itself refers to the fact (at p. 6) that the Association of Canadian Advertisers, Inc. and the Canadian Toy Manufacturers Association have agreed to abide by the Code. But the Code does not purport to have the force of law with regard to them.

Consequently, can it be said that there is a conflict between a federal and provincial regulatory regime such that the doctrine of paramountcy must be invoked? It bears repeating that the federal conditions of licence on the one hand and provincial consumer protection legislation on the other apply to different actors: television broadcasters and advertisers. From a functional standpoint, however, any standard applied to television broadcasters will necessarily restrict the content of what advertisers produce for television, just as any standard applied to advertisers will necessarily restrict the content of what broadcasters show on television. Thus, if there is a "practical and functional incompatibility" (*Bell Canada 1988*, *supra*, at p. 867) between the standards applied to television advertisers and those applied to television broadcasters, the doctrine of paramountcy will come into play. If the two sets of standards are compatible, however, there is no need to invoke paramountcy. In *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, Dickson J. (as he then was), writing for the majority, made the following observation in this regard (at p. 191):

> In principle, there would seem to be no good reasons to speak of paramountcy and preclusion except where there is actual conflict in operation as where one enactment says "yes" and the other says "no"; "the same citizens are being told to do inconsistent things"; compliance with one is defiance of the other.

Had the CRTC adopted the *Broadcast Code for Advertising to Children* not as "supplementary to all federal and provincial laws and regulations

Le système de réglementation mis en place par l'intermédiaire du Code est conçu pour s'appliquer tant aux télédiffuseurs qu'aux annonceurs. En ce qui concerne les annonceurs toutefois, le CRTC ne prétend exercer aucun contrôle obligatoire. Les conditions de la licence ne s'appliquent qu'aux télédiffuseurs. Le Code fait lui-même état du fait (à la p. 7) que l'Association canadienne des annonceurs Inc. et l'Association des manufacturiers canadiens de jouets ont accepté de se conformer au Code. Le Code ne prétend cependant pas avoir force de loi à leur égard.

Par conséquent, peut-on affirmer qu'il y a un conflit tel entre un système de réglementation fédéral et provincial qu'il faille invoquer la théorie de la prépondérance? Il faut répéter que les conditions applicables aux licences du fédéral, d'une part, et la loi provinciale sur la protection du consommateur, d'autre part, s'appliquent à des acteurs différents: les télédiffuseurs et les annonceurs. D'un point de vue fonctionnel, cependant, tout critère applicable aux télédiffuseurs aura automatiquement pour effet de restreindre le contenu de ce que les annonceurs produisent pour la télévision, au même titre que tout critère applicable aux annonceurs aura nécessairement pour effet de restreindre le contenu de ce que les télédiffuseurs présentent à la télévision. Par conséquent, s'il y a «incompatibilité pratique et opérationnelle» (*Bell Canada 1988*, précité, à la p. 867) entre les critères qui sont appliqués aux annonceurs à la télévision et les critères appliqués aux télédiffuseurs, la théorie de la prépondérance interviendra. Si toutefois les deux séries de critères sont compatibles, il est inutile d'invoquer la prépondérance. Dans l'arrêt *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, le juge Dickson (maintenant Juge en chef), s'exprimant au nom de la majorité, a fait la remarque suivante à ce sujet (à la p. 191):

> En principe, il ne semble y avoir aucune raison valable de parler de prépondérance et d'exclusion sauf lorsqu'il y a un conflit véritable, comme lorsqu'une loi dit «oui» et que l'autre dit «non»; «on demande aux mêmes citoyens d'accomplir des actes incompatibles»; l'observance de l'une entraîne l'inobservance de l'autre.

Si le CRTC avait adopté le *Code de la publicité destinée aux enfants* non pas comme «supplément[. . .] à toutes les lois et à tous les règlements,

1989 CanLII 87 (SCC)

governing advertising", but rather as the sole and minimum standard to be applied, the question of conflict and functional incompatibility might have been a real one. But the federal and provincial schemes have been designed to exist side by side. Pre-clearance by the Children's Section of the Advertising Standards Council supplements a parallel evaluation system overseen by the Comité sur l'application des articles 248 et 249 de la Loi sur la protection du consommateur (see the *Application Guide for Sections 248 and 249*, op. cit., at p. 1). Neither television broadcasters nor advertisers are put into a position of defying one set of standards by complying with the other. If each group complies with the standards applicable to it, no conflict between the standards ever arises. It is only if advertisers seek to comply only with the lower threshold applicable to television broadcasters that a conflict arises. Absent an attempt by the federal government to make that lower standard the sole governing standard, there is no occasion to invoke the doctrine of paramountcy.

tant fédéraux que provinciaux, régissant la publicité» mais comme la seule norme minimale applicable, la question du conflit et de l'incompatibilité opérationnelle aurait pu véritablement se poser. Mais les systèmes fédéral et provincial ont été conçus pour coexister. L'approbation préalable par le Comité de la publicité destinée aux enfants du Conseil des normes de la publicité s'ajoute à un système parallèle d'évaluation qui relève du Comité sur l'application des art. 248 et 249 de la Loi sur la protection du consommateur (voir le *Guide d'application des articles 248 et 249*, *op. cit.*, à la p. 1). Ni les télédiffuseurs ni les annonceurs ne se trouvent dans une situation où ils doivent contrevenir à une série de normes pour se conformer à l'autre. Si chaque groupe se conforme aux normes qui lui sont applicables, il ne peut jamais y avoir de conflit entre les normes. Ce n'est que si les annonceurs tentent de se conformer seulement à la norme moins exigeante applicable aux télédiffuseurs qu'il y a conflit. Dans la mesure où le gouvernement fédéral ne tente pas de faire de cette norme moins élevée la seule applicable, il n'y a aucune raison d'invoquer la théorie de la prépondérance.

D. *Sections 248 and 249 and the Criminal Law Power*

Irwin Toy's final submission concerning the division of powers was that the provisions in issue encroached on the criminal law power conferred on Parliament by s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. Section 278 of the *Consumer Protection Act* provides penalties, including fines and possible imprisonment, for those who are "guilty of an offence constituting a prohibited practice". Section 215 defines "prohibited practice" as "[a]ny practice contemplated in sections 219 to 251", and while the definition applies to Title II on business practices, there is no other definition of the term to explain its use in s. 278. However, s. 278 does not constitute the only sanction that can be applied against a breach of s. 248. Indeed, as we have already mentioned, the Office de la protection du consommateur at one stage sought an injunction ordering Irwin Toy to cease using commercial advertising aimed at children. Section 316 of the Act empowers the President of the Office to seek

D. *Les articles 248 et 249 et le pouvoir en matière de droit criminel*

Le dernier argument d'Irwin Toy concernant le partage des pouvoirs consiste à dire que les dispositions contestées empiètent sur le pouvoir que le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement en matière de droit criminel. L'article 278 de la *Loi sur la protection du consommateur* prévoit des peines applicables, y compris des amendes et des peines d'emprisonnement, à celui «qui est coupable d'une infraction constituant une pratique interdite». L'article 215 définit la «pratique interdite» comme «une pratique visée par les articles 219 à 251» et, bien que la définition s'applique au Titre II sur les pratiques de commerce, il n'existe aucune autre définition du terme pour expliquer son emploi à l'art. 278. L'article 278 ne constitue cependant pas la seule sanction applicable à une violation de l'art. 248. En effet, comme nous l'avons déjà mentionné, l'Office de la protection du consommateur, à un moment donné, a demandé une injonction ordonnant à Irwin Toy

CanLII 1988 (SCC)

injunctions against persons engaged in prohibited practices.

Having found that ss. 248 and 249 were enacted pursuant to a valid provincial objective and that they do not conflict with federal regulation, it cannot be said that because there are sanctions against a breach of these sections, they are best characterized as being, in pith and substance, legislation relating to criminal law. Subsection 92(15) of the *Constitution Act, 1867* provides that each provincial legislature may make laws respecting:

> 15. The Imposition of Punishment by Fine, Penalty, or Imprisonment for enforcing any Law of the Province made in relation to any Matter coming within any of the Classes of Subjects enumerated in this Section.

This Court has on numerous occasions upheld provincial penal laws enacted in relation to otherwise valid provincial objectives: *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1978] 2 S.C.R. 662; *Mann v. The Queen*, [1966] S.C.R. 238, and *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776. The legislation here in issue is no different.

V—Whether ss. 248 and 249 Are Protected from the Application of the Canadian *Charter* by a Valid and Subsisting Override Provision

Section 364 of the *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1, added to that Act by s. 1 of the *Act respecting the Constitution Act, 1982*, S.Q. 1982, c. 21, reads as follows:

> This Act shall operate notwithstanding the provisions of sections 2 and 7 to 15 of the Constitution Act, 1982 (Schedule B of the Canada Act, chapter 11 in the 1982 volume of the Acts of the Parliament of the United Kingdom).

Section 364 ceased to have effect by operation of s. 33(3) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* five years after it came into force, and it was not re-enacted pursuant to s. 33(4) of the *Charter*. The legislation enacting s. 364 came into

de cesser de faire usage de publicité commerciale destinée aux enfants. L'article 316 de la loi autorise le président de l'Office à demander des injonctions contre les personnes qui se livrent à des pratiques interdites.

Ayant conclu que les art. 248 et 249 ont été édictés en conformité avec un objectif provincial valide et qu'ils n'entrent pas en conflit avec la réglementation fédérale, on ne peut affirmer que, parce qu'ils prévoient des sanctions en cas de violation, ils devraient être considérés en réalité, de par leur caractère véritable, comme des dispositions relatives au droit criminel. Le paragraphe 92(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit que la législature de chaque province peut légiférer concernant:

> 15. L'imposition de sanctions, par voie d'amende, de pénalité ou d'emprisonnement, en vue de faire exécuter toute loi de la province sur des matières rentrant dans l'une quelconque des catégories de sujets énumérés au présent article;

Cette Cour a plusieurs fois déclaré valides des lois pénales provinciales adoptées à l'égard d'objectifs provinciaux valides par ailleurs: *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662; *Mann v. The Queen*, [1966] R.C.S. 238; *Smith v. The Queen*, [1960] R.C.S. 776. Cela s'applique de la même manière aux dispositions législatives en cause ici.

V—Les articles 248 et 249 sont-ils soustraits à l'application de la *Charte* canadienne par une disposition dérogatoire valide et en vigueur?

L'article 364 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., chap. P-40.1, ajouté à la Loi par l'art. 1 de la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, L.Q. 1982, chap. 21, se lit ainsi:

> La présente loi a effet indépendamment des dispositions des articles 2 et 7 à 15 de la Loi constitutionnelle de 1982 (annexe B de la Loi sur le Canada, chapitre 11 du recueil des lois du Parlement du Royaume-Uni pour l'année 1982).

En vertu du par. 33(3) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, l'art. 364 a cessé d'avoir effet cinq ans après son entrée en vigueur et il n'a pas été adopté de nouveau en vertu du par. 33(4) de la *Charte*. La Loi édictant l'art. 364 est entrée en

1989 CanLII 87 (SCC)

force on June 23, 1982. As this Court decided in *Ford*, to the extent that s. 7 of the enacting legislation attempted to give retrospective effect to the override provisions it was of no force or effect. The result of this is that the standard override provisions enacted by s. 1 of that Act came into force on June 23, 1982 in accordance with the first paragraph of s. 7 and not on April 17, 1982 as the portion of s. 7 purporting to give retrospective effect to s. 1 envisaged. This means that s. 364 ceased to have effect on June 23, 1987 and that ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* are no longer protected from the application of the Canadian *Charter* by a valid and subsisting override provision. As was stated in *Ford* (at p. 734), "on an application for a declaratory judgment in a case of this kind the Court should declare the law as it exists at the time of its judgment." We will thus proceed on the basis that ss. 248 and 249 are subject to the provisions of both the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms* and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

VI—Whether ss. 248 and 249 Limits Freedom of Expression as Guaranteed by the Canadian and Quebec Charters

A. *The Ford and Devine Appeals*

Although the issue relating to freedom of expression in this appeal was argued together with the *Ford* and *Devine* appeals, it is important to emphasize that, unlike in the present case, the two latter cases involved government measures restricting one's choice of language. As the Court stated in *Ford* (at p. 748):

> Language is so intimately related to the form and content of expression that there cannot be true freedom of expression by means of language if one is prohibited from using the language of one's choice. Language is not merely a means or medium of expression; it colours the content and meaning of expression.

Having determined that freedom of expression prevents prohibitions against using the language of one's choice, the question became whether, in the Court's words (at p. 766) "a commercial purpose removes the expression . . . from the scope of pro-

vigueur le 23 juin 1982. Comme cette Cour l'a décidé dans l'arrêt *Ford*, dans la mesure où l'art. 7 de cette loi tentait de donner un effet rétroactif aux dispositions dérogatoires, il était inopérant. Il en résulte que les dispositions dérogatoires types édictées par l'art. 1 de la Loi sont entrées en vigueur le 23 juin 1982, en conformité avec le premier paragraphe de l'art. 7 et non le 17 avril 1982 comme l'envisageait la partie de l'art. 7 qui tentait de leur donner un effet rétroactif. Cela signifie que l'art. 364 a cessé d'avoir effet le 23 juin 1987 et que les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* ne sont plus soustraits à l'application de la *Charte* canadienne par une disposition dérogatoire valide et en vigueur. Comme il a été dit dans l'arrêt *Ford* (à la p. 734), «un tribunal saisi d'une requête en jugement déclaratoire devrait dire le droit tel qu'il existe au moment de son jugement». Nous allons donc poursuivre en tenant pour acquis que les art. 248 et 249 sont soumis tant aux dispositions de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec qu'à celles de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

VI—Les articles 248 et 249 restreignent-ils la liberté d'expression garantie par les Chartes canadienne et québécoise?

A. *Les pourvois Ford et Devine*

Bien que la question de la liberté d'expression dans ce pourvoi ait été plaidée en même temps que les pourvois *Ford* et *Devine*, il est important de souligner que, à la différence de la présente espèce, les deux autres affaires portaient sur des mesures gouvernementales qui restreignaient l'usage de la langue de son choix. Comme la Cour l'a affirmé dans l'arrêt *Ford* (à la p. 748):

> La langue est si intimement liée à la forme et au contenu de l'expression qu'il ne peut y avoir de véritable liberté d'expression linguistique s'il est interdit de se servir de la langue de son choix. Le langage n'est pas seulement un moyen ou un mode d'expression. Il colore le contenu et le sens de l'expression.

Dès lors qu'il était décidé que la liberté d'expression exclut l'interdiction d'utiliser la langue de son choix, la question, selon les termes de la Cour (à la p. 766), était devenue celle de savoir si «un but commercial exclut l'expression [. . .] du champ

1989 CanLII 87 (SCC)

tected freedom." Thus, while choice of language was the principal matter in those appeals, the commercial element to the expression in issue raised an ancillary question. As the Court made clear at the end of its discussion concerning freedom of expression (at p. 767):

> Although the expression in this case has a commercial element, it should be noted that the focus here is on choice of language and on a law which prohibits the use of a language. We are not asked in this case to deal with the distinct issue of the permissible scope of regulation of advertising (for example to protect consumers) where different governmental interests come into play, particularly when assessing the reasonableness of limits on such commercial expression pursuant to s. 1 of the Canadian *Charter* or to s. 9.1 of the Quebec *Charter*.

The instant case concerns the regulation of advertising aimed at children and thus raises squarely the issues which were not treated in *Ford*. Whereas it was sufficient in *Ford* to reject the submission that the guarantee of freedom of expression does not extend to signs having a commercial message, this case requires a determination whether regulations aimed solely at commercial advertising limit that guarantee. This, in turn, requires an elaboration of the conclusion already reached in *Ford* that there is no sound basis on which to exclude commercial expression, as a category of expression, from the sphere of activity protected by s. 2(*b*) of the Canadian *Charter* and s. 3 of the Quebec *Charter*.

B. *The First Step: Was the Plaintiff's Activity Within the Sphere of Conduct Protected by Freedom of Expression?*

Does advertising aimed at children fall within the scope of freedom of expression? This question must be put even before deciding whether there has been a limitation of the guarantee. Clearly, not all activity is protected by freedom of expression, and governmental action restricting this form of advertising only limits the guarantee if the activity in issue was protected in the first place. Thus, for example, in *Reference Re Public Service*

d'application de la liberté garantie». Ainsi, bien que le choix de la langue ait constitué le point principal de ces pourvois, l'aspect commercial de l'expression considérée soulevait une question accessoire. Comme la Cour l'a dit clairement à la fin de son analyse de la liberté d'expression (à la p. 767):

> Bien que l'expression considérée ait un aspect commercial, il faut souligner que l'accent est mis, en l'espèce, sur le choix de la langue et sur une loi qui interdit l'emploi d'une langue. On ne nous demande pas de traiter ici de la question distincte de savoir quelle portée acceptable pourrait avoir la réglementation de la publicité (pour protéger les consommateurs, par exemple) quand divers intérêts gouvernementaux entrent en jeu, surtout lorsqu'il s'agit d'évaluer le caractère raisonnable des restrictions apportées à une telle expression commerciale, selon l'article premier de la *Charte* canadienne et l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise.

La présente espèce porte sur la réglementation de la publicité destinée aux enfants et soulève donc directement les questions qui n'ont pas été traitées dans l'arrêt *Ford*. Alors qu'il suffisait dans l'arrêt *Ford* de rejeter la prétention que la garantie de la liberté d'expression ne s'étendait pas à l'affichage comportant un message commercial, nous devons décider dans cette affaire si les règlements qui visent seulement la publicité commerciale restreignent cette garantie. Cette question, à son tour, exige que la Cour traite plus en détail de la conclusion déjà tirée dans l'arrêt *Ford* qu'il n'y a pas de raison valable d'écarter l'expression commerciale, comme catégorie d'expression, de la sphère des activités protégées par l'al. 2*b*) de la *Charte* canadienne et l'art. 3 de la *Charte* québécoise.

B. *La première étape: l'activité de la demanderesse fait-elle partie de la sphère des activités protégées par la liberté d'expression?*

La liberté d'expression vise-t-elle la publicité destinée aux enfants? Il faut poser cette question avant même de décider si la garantie a été restreinte. Il est clair que toute activité ne sera pas protégée par la liberté d'expression et que des mesures gouvernementales qui restreignent cette forme de publicité ne restreignent la garantie que si l'activité visée est elle-même protégée. Ainsi, par exemple, dans les arrêts *Renvoi relatif à la Public*

1989 CanLII 87 (SCC)

Employee Relations Act (Alta.), [1987] 1 S.C.R. 313; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; and *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460, the majority of the Court found that freedom of association did not include the right to strike. The activity itself was not within the sphere protected by s. 2(*d*); therefore the government action in restricting it was not contrary to the *Charter*. The same procedure must be followed with respect to an analysis of freedom of expression; the first step to be taken in an inquiry of this kind is to discover whether the activity which the plaintiff wishes to pursue may properly be characterized as falling within "freedom of expression". If the activity is not within s. 2(*b*), the government action obviously cannot be challenged under that section.

The necessity of this first step has been described, with reference to the narrower concept of "freedom of speech", by Frederick Schauer in his work entitled *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (1982) at p. 91:

> We are attempting to identify those things that one is free (or at least more free) to do when a Free Speech Principle is accepted. What activities justify an appeal to the concept of freedom of speech? These activities are clearly something less than the totality of human conduct and . . . something more than merely moving one's tongue, mouth and vocal chords to make linguistic noises.

"Expression" has both a content and a form, and the two can be inextricably connected. Activity is expressive if it attempts to convey meaning. That meaning is its content. Freedom of expression was entrenched in our Constitution and is guaranteed in the Quebec *Charter* so as to ensure that everyone can manifest their thoughts, opinions, beliefs, indeed all expressions of the heart and mind, however unpopular, distasteful or contrary to the mainstream. Such protection is, in the words of both the Canadian and Quebec Charters, "fundamental" because in a free, pluralistic and democratic society we prize a diversity of ideas and opinions for their inherent value both to the community and to the individual. Free expression was for Cardozo J. of the United States Supreme Court "the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom" (*Palko v.*

Service Employee Relations Act (Alb.), [1987] 1 R.C.S. 313, *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424, et *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460, cette Cour, à la majorité, a conclu que la liberté d'association ne comprenait pas le droit de grève. L'activité elle-même ne relevait pas du champ protégé par l'al. 2*d*); par conséquent, le gouvernement n'enfreignait pas la *Charte* en la restreignant. Il faut faire le même cheminement pour l'analyse de la liberté d'expression; dans ce genre d'examen, la première étape consiste à déterminer si l'on peut dire que l'activité que souhaite poursuivre la demanderesse relève de la «liberté d'expression». Si l'activité ne relève pas de l'al. 2*b*), l'action gouvernementale ne peut évidemment pas être contestée en vertu de cet article.

Frederick Schauer, dans son ouvrage intitulé *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (1982), parle de la nécessité de cette première étape au sujet de la notion plus restreinte de «liberté de parole», à la p. 91:

> [TRADUCTION] Nous tentons d'identifier les choses qu'une personne est libre (ou du moins plus libre) de faire lorsque le principe de la liberté de parole est accepté. Quelles sont les activités qui font appel à la liberté de parole? Ces activités n'englobent évidemment pas la totalité de l'activité humaine mais [. . .] ne se limitent pas au seul mouvement de la langue, des mâchoires et des cordes vocales pour produire des sons linguistiques.

L'«expression» possède à la fois un contenu et une forme et ces deux éléments peuvent être inextricablement liés. L'activité est expressive si elle tente de transmettre une signification. Le message est son contenu. La liberté d'expression a été consacrée par notre Constitution et est garantie dans la *Charte* québécoise pour assurer que chacun puisse manifester ses pensées, ses opinions, ses croyances, en fait, toutes les expressions du cœur ou de l'esprit, aussi impopulaires, déplaisantes ou contestataires soient-elles. Cette protection est, selon les Chartes canadienne et québécoise, «fondamentale» parce que dans une société libre, pluraliste et démocratique, nous attachons une grande valeur à la diversité des idées et des opinions qui est intrinsèquement salutaire tant pour la collectivité que pour l'individu. Pour le juge Cardozo de la Cour suprême des États-Unis, la liberté d'expression

1989 CanLII 87 (SCC)

Connecticut, 302 U.S. 319 (1937), at p. 327); for Rand J. of the Supreme Court of Canada, it was "little less vital to man's mind and spirit than breathing is to his physical existence" (*Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, at p. 306). And as the European Court stated in the *Handyside* case, Eur. Court H. R., decision of 29 April 1976, Series A No. 24, at p. 23, freedom of expression:

> ... is applicable not only to "information" or "ideas" that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no "democratic society".

We cannot, then, exclude human activity from the scope of guaranteed free expression on the basis of the content or meaning being conveyed. Indeed, if the activity conveys or attempts to convey a meaning, it has expressive content and *prima facie* falls within the scope of the guarantee. Of course, while most human activity combines expressive and physical elements, some human activity is purely physical and does not convey or attempt to convey meaning. It might be difficult to characterize certain day-to-day tasks, like parking a car, as having expressive content. To bring such activity within the protected sphere, the plaintiff would have to show that it was performed to convey a meaning. For example, an unmarried person might, as part of a public protest, park in a zone reserved for spouses of government employees in order to express dissatisfaction or outrage at the chosen method of allocating a limited resource. If that person could demonstrate that his activity did in fact have expressive content, he would, at this stage, be within the protected sphere and the s. 2(*b*) challenge would proceed.

The content of expression can be conveyed through an infinite variety of forms of expression:

était [TRADUCTION] «la matrice, l'élément essentiel de presque toute autre forme de liberté» (*Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937) à la p. 327); pour le juge Rand de la Cour suprême du Canada, elle était [TRADUCTION] «tout aussi vitale à l'esprit humain que l'est la respiration à l'existence physique de l'individu» (*Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, à la p. 306). Et comme la Cour européenne l'affirmait dans l'affaire *Handyside*, Cour Eur. D. H., décision du 29 avril 1976, série A n° 24, à la p. 23, la liberté d'expression:

> ... vaut non seulement pour les «informations» ou «idées» accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de «société démocratique».

Nous ne pouvons donc écarter une activité humaine du champ de la garantie de la liberté d'expression en se basant sur le contenu ou la signification. En effet, si l'activité transmet ou tente de transmettre une signification, elle a un contenu expressif et relève à première vue du champ de la garantie. Évidemment, bien que la plupart des activités humaines comportent à la fois des éléments d'expression et des éléments physiques, certaines activités humaines sont purement physiques et ne transmettent ni ne tentent de transmettre une signification. Il peut être difficile de dire de certaines activités quotidiennes, comme stationner une voiture, qu'elles ont un contenu expressif. Pour les faire entrer dans la sphère des activités protégées, le demandeur devrait établir qu'elles avaient pour but de transmettre un message. Par exemple, une personne célibataire pourrait, en signe de protestation publique, garer sa voiture dans une zone réservée aux conjoints des employés du gouvernement pour manifester son désaccord ou son indignation quant au moyen choisi pour répartir des ressources limitées. Si cette personne pouvait démontrer que son geste avait un contenu d'expression, elle serait, à cette étape-ci, à l'intérieur du champ d'activité protégé et on pourrait poursuivre l'examen de la contestation fondée sur l'al. 2*b*).

Le contenu de l'expression peut être transmis par une variété infinie de formes d'expression: par

1989 CanLII 87 (SCC)

for example, the written or spoken word, the arts, and even physical gestures or acts. While the guarantee of free expression protects all content of expression, certainly violence as a form of expression receives no such protection. It is not necessary here to delineate precisely when and on what basis a form of expression chosen to convey a meaning falls outside the sphere of the guarantee. But it is clear, for example, that a murderer or rapist cannot invoke freedom of expression in justification of the form of expression he has chosen. As McIntyre J., writing for the majority in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, observed in the course of discussing whether picketing fell within the scope of s. 2(*b*), at p. 588:

> Action on the part of the picketers will, of course, always accompany the expression, but not every action on the part of the picketers will be such as to alter the nature of the whole transaction and remove it from *Charter* protection for freedom of expression. That freedom, of course, would not extend to protect threats of violence or acts of violence.

Indeed, freedom of expression ensures that we can convey our thoughts and feelings in non-violent ways without fear of censure.

The broad, inclusive approach to the protected sphere of free expression here outlined is consonant with that suggested by some leading theorists. Thomas Emerson, in his article entitled "Toward a General Theory of the First Amendment" (1963), 72 *Yale L.J.* 877, notes (at p. 886) that:

> ... the theory of freedom of expression involves more than a technique for arriving at better social judgments through democratic procedures. It comprehends a vision of society, a faith and a whole way of life. The theory grew out of an age that was awakened and invigorated by the idea of a new society in which man's mind was free, his fate determined by his own powers of reason, and his prospects of creating a rational and enlightened civilization virtually unlimited. It is put forward as a prescription for attaining a creative, progressive, exciting and intellectually robust community. It contemplates a mode of life that, through encouraging toleration, skepticism, reason and initiative, will allow man to realize his full potentialities. It spurns the alternative of

exemple, l'écrit et le discours, les arts et même les gestes et les actes. Quoique la garantie de la liberté d'expression protège tout contenu d'une expression, il est évident que la violence comme forme d'expression ne reçoit pas cette protection. Il n'est pas nécessaire en l'espèce de définir précisément dans quel cas ou pour quelle raison une forme d'expression choisie pour transmettre un message sort du champ de la garantie. Toutefois il est parfaitement clair que, par exemple, l'auteur d'un meurtre ou d'un viol ne peut invoquer la liberté d'expression pour justifier le mode d'expression qu'il a choisi. Comme le faisait observer le juge McIntyre, au nom de la majorité, dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, lorsqu'il avait à décider si le piquetage relevait de la portée de l'al. 2*b*) (à la p. 588):

> Cette forme d'expression sera évidemment toujours accompagnée d'actes de la part des piqueteurs, mais ce ne sont pas tous leurs actes qui auront pour effet de changer la nature de l'ensemble de l'opération et de la soustraire à la protection accordée à la liberté d'expression par la *Charte*. Bien sûr, cette liberté ne jouerait pas dans le cas de menaces ou d'actes de violence.

En fait, la liberté d'expression est la garantie que nous pouvons communiquer nos pensées et nos sentiments, de façon non violente, sans crainte de la censure.

Cette large interprétation du champ de la liberté d'expression est conforme à celle de certains théoriciens connus. Thomas Emerson dans son article «Toward a General Theory of the First Amendment» (1963), 72 *Yale L.J.* 877, souligne (à la p. 886) que:

> [TRADUCTION] ... la théorie de la liberté d'expression est plus qu'une méthode pour parvenir à de meilleurs jugements sociaux par des procédures démocratiques. Elle englobe une vision de la société, une foi et tout un mode de vie. La théorie vient d'une époque qui a trouvé son éveil et sa vigueur dans l'idée d'une nouvelle société dans laquelle la pensée était libre, le sort de l'homme était déterminé par le pouvoir de la raison et la possibilité de créer une civilisation rationnelle et éclairée était presque illimitée. Elle est présentée comme le moyen de parvenir à une société créatrice, progressiste, stimulante et intellectuellement solide. Elle envisage un mode de vie qui permettra à l'homme d'exploiter tout son potentiel en favorisant la tolérance, le scepticisme, la raison et

1989 CanLII 87 (SCC)

a society that is tyrannical, conformist, irrational and stagnant.

D. F. B. Tucker in his book *Law, Liberalism and Free Speech* (1985) describes what he calls a "deontological approach" to freedom of expression as one in which "the protected sphere of liberty is delineated by interpreting an understanding of the democratic commitment" (p. 35). It is upon precisely this enterprise that we have embarked.

Thus, the first question remains: Does the advertising aimed at children fall within the scope of freedom of expression? Surely it aims to convey a meaning, and cannot be excluded as having no expressive content. Nor is there any basis for excluding the form of expression chosen from the sphere of protected activity. As we stated in *Ford*, *supra*, at pp. 766-67:

> Given the earlier pronouncements of this Court to the effect that the rights and freedoms guaranteed in the Canadian *Charter* should be given a large and liberal interpretation, there is no sound basis on which commercial expression can be excluded from the protection of s. 2(*b*) of the *Charter*.

Consequently, we must proceed to the second step of the inquiry and ask whether the purpose or effect of the government action in question was to restrict freedom of expression.

It bears repeating that in *Ford*, the discussion of commercial expression ended at this first stage. The Court had already found that the aim of ss. 58 and 69 of the *Charter of the French Language* was to prohibit the use of one's language of choice. The centrality of choice of language to freedom of expression transcends any significance that the context in which the expression is intended to be used might have. It was therefore unnecessary in that case to inquire further whether the restriction of commercial expression limited freedom of expression.

C. *The Second Step: Was the Purpose or Effect of the Government Action to Restrict Freedom of Expression?*

Having found that the plaintiff's activity does fall within the scope of guaranteed free expression,

l'initiative. Elle écarte l'idée d'une société tyrannique, conformiste, irrationnelle et stagnante.

D. F. B. Tucker, dans son ouvrage *Law, Liberalism and Free Speech* (1985), aborde la liberté d'expression selon une approche qu'il qualifie de «déontologique» où [TRADUCTION] «la sphère de liberté protégée est délimitée par l'interprétation d'une vision de l'engagement démocratique» (p. 35). C'est précisément dans cette voie que nous sommes engagés.

La première question demeure: La publicité destinée aux enfants entre-t-elle dans le champ de la liberté d'expression? Il est certain qu'elle vise à transmettre une signification et qu'elle ne peut être écartée pour n'avoir pas de contenu expressif. Il n'y a aucune raison non plus d'exclure la forme d'expression choisie du champ des activités protégées. Comme nous le disions dans *Ford*, précité, aux pp. 766 et 767:

> Étant donné que cette Cour a déjà affirmé à plusieurs reprises que les droits et libertés garantis par la *Charte* canadienne doivent recevoir une interprétation large et libérale, il n'y a aucune raison valable d'exclure l'expression commerciale de la protection de l'al. 2*b*) de la *Charte*.

Par conséquent, il nous faut passer à la deuxième étape de l'examen et nous demander si l'objet ou l'effet de l'action gouvernementale visée était de restreindre la liberté d'expression.

Il faut répéter que, dans l'arrêt *Ford*, l'analyse de l'expression commerciale a pris fin à cette première étape. La Cour avait déjà conclu que les art. 58 et 69 de la *Charte de la langue française* visaient à interdire l'usage de la langue de son choix. L'importance primordiale du choix de la langue pour la liberté d'expression transcende l'importance que pourrait avoir le contexte dans lequel on veut utiliser l'expression. Il était donc inutile dans *Ford*, de pousser l'analyse pour décider si la restriction de l'expression commerciale limitait la liberté d'expression.

C. *La deuxième étape: l'objet ou l'effet de l'action gouvernementale était-il de restreindre la liberté d'expression?*

Ayant décidé que l'activité de la demanderesse relève du champ d'application de la garantie de la

1989 CanLII 87 (SCC)

it must next be determined whether the purpose or effect of the impugned governmental action was to control attempts to convey meaning through that activity. The importance of focussing at this stage on the purpose and effect of the legislation is nowhere more clearly stated than in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at pp. 331-32 where Dickson J. (as he then was), speaking for the majority, observed:

> In my view, both purpose and effect are relevant in determining constitutionality; either an unconstitutional purpose or an unconstitutional effect can invalidate legislation. All legislation is animated by an object the legislature intends to achieve. This object is realized through the impact produced by the operation and application of the legislation. Purpose and effect respectively, in the sense of the legislation's object and its ultimate impact, are clearly linked, if not indivisible. Intended and actual effects have often been looked to for guidance in assessing the legislation's object and thus, its validity.
>
> Moreover, consideration of the object of legislation is vital if rights are to be fully protected. The assessment by the courts of legislative purpose focuses scrutiny upon the aims and objectives of the legislature and ensures they are consonant with the guarantees enshrined in the *Charter*. The declaration that certain objects lie outside the legislature's power checks governmental action at the first stage of unconstitutional conduct. Further, it will provide more ready and more vigorous protection of constitutional rights by obviating the individual litigant's need to prove effects violative of *Charter* rights. It will also allow courts to dispose of cases where the object is clearly improper, without inquiring into the legislation's actual impact.

Dickson J. went on to specify how this inquiry into purpose and effects should be carried out (at p. 334):

> In short, I agree with the respondent that the legislation's purpose is the initial test of constitutional validity and its effects are to be considered when the law under review has passed or, at least, has purportedly passed the purpose test. If the legislation fails the purpose test, there is no need to consider further its effects, since it has already been demonstrated to be invalid. Thus, if a law with a valid purpose interferes by its impact, with rights or freedoms, a litigant could still argue the effects of the legislation as a means to defeat its applicability

liberté d'expression, il faut maintenant décider si l'objet ou l'effet de l'action gouvernementale contestée était de contrôler la transmission d'une signification par cette activité. Nulle part l'importance, à cette étape, d'une analyse de l'objet et de l'effet de la loi n'est affirmée plus clairement que dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, aux pp. 331 et 332, où le juge Dickson (maintenant Juge en chef), s'exprimant au nom de la majorité, a fait remarquer:

> À mon avis, l'objet et l'effet d'une loi sont tous les deux importants pour déterminer sa constitutionnalité: un objet inconstitutionnel ou un effet inconstitutionnel peuvent l'un et l'autre rendre une loi invalide. Toute loi est animée par un but que le législateur compte réaliser. Ce but se réalise par les répercussions résultant de l'opération et de l'application de la loi. L'objet et l'effet respectivement, au sens du but de la loi et de ses répercussions ultimes, sont nettement liés, voire inséparables. On s'est souvent référé aux effets projetés et aux effets réels pour évaluer l'objet de la loi et ainsi sa validité.
>
> De plus, il est essentiel d'examiner le but de la loi si l'on veut que des droits soient pleinement protégés. L'évaluation par les tribunaux de l'objet d'une loi est axée sur les objectifs poursuivis par le législateur et vise à assurer leur compatibilité avec les garanties enchâssés dans la *Charte*. La déclaration que certains buts outrepassent la compétence du législateur a pour effet d'arrêter l'action du gouvernement à la première étape d'une conduite inconstitutionnelle. En outre, cela permet d'assurer une protection plus prompte et plus énergique des droits garantis par la Constitution en évitant au plaideur d'avoir à prouver l'existence d'effets qui violent des droits garantis par la *Charte*. Cela permet également aux tribunaux de statuer sur des cas où le but d'une loi est nettement abusif, sans avoir à examiner les répercussions réelles de cette loi.

Le juge Dickson a poursuivi en précisant comment cet examen de l'objet et de l'effet devrait se faire (à la p. 334):

> Bref, je partage l'avis de l'intimée que le premier critère à appliquer dans la détermination de la constitutionnalité est celui de l'objet de la loi en cause et que ses effets doivent être pris en considération lorsque la loi examinée satisfait ou, à tout le moins, est censée satisfaire à ce premier critère. Si elle ne satisfait pas au critère de l'objet, il n'est pas nécessaire d'étudier davantage ses effets parce que son invalidité est dès lors prouvée. Donc, si, de par ses répercussions, une loi qui a un objet valable porte atteinte à des droits et libertés, il

1989 CanLII 87 (SCC)

and possibly its validity. In short, the effects test will only be necessary to defeat legislation with a valid purpose; effects can never be relied upon to save legislation with an invalid purpose.

If the government's purpose, then, was to restrict attempts to convey a meaning, there has been a limitation by law of s. 2(*b*) and a s. 1 analysis is required to determine whether the law is inconsistent with the provisions of the Constitution. If, however, this was not the government's purpose, the court must move on to an analysis of the effects of the government action.

a. Purpose

When applying the purpose test to the guarantee of free expression, one must beware of drifting to either of two extremes. On the one hand, the greatest part of human activity has an expressive element and so one might find, on an objective test, that an aspect of the government's purpose is virtually always to restrict expression. On the other hand, the government can almost always claim that its subjective purpose was to address some real or purported social need, not to restrict expression. To avoid both extremes, the government's purpose must be assessed from the standpoint of the guarantee in question. Just as the division of powers jurisprudence of this Court measures the purpose of government action against the ambit of the heads of power established under the *Constitution Act, 1867*, so too, in cases involving the rights and freedoms guaranteed by the Canadian *Charter*, the purpose of government action must be measured against the ambit of the relevant guarantee. It is important, of course, to heed Dickson J.'s warning against a "theory of shifting purpose" (*Big M Drug Mart*, *supra*, at p. 335): "Purpose is a function of the intent of those who drafted and enacted the legislation at the time, and not of any shifting variable." This is not to say that the degree to which a purpose remains or becomes pressing and substantial cannot change over time. In *Big M Drug Mart*, Dickson J.'s principal concern was to avoid characterizing purposes in a way that shifted over time. But it is equally true that the government cannot have had

serait encore possible à un plaideur de tirer argument de ses effets pour la faire déclarer inapplicable, voire même invalide. Bref, le critère des effets n'est nécessaire que pour invalider une loi qui a un objet valable; les effets ne peuvent jamais être invoqués pour sauver une loi dont l'objet n'est pas valable.

Donc, si l'objet du gouvernement était de restreindre la transmission d'une signification, la loi a apporté une restriction à l'al. 2*b*) et il faut déterminer en vertu de l'article premier si la loi est incompatible avec les dispositions de la Constitution. Cependant, si là n'était pas l'objet du gouvernement, la Cour doit poursuivre l'analyse et examiner l'effet de l'action gouvernementale.

a. L'objet

Dans l'application du critère de l'objet à la garantie de la liberté d'expression, il faut se garder de dériver vers l'un ou l'autre de deux extrêmes. D'un côté, la plus grande part de l'activité humaine comporte un élément d'expression et l'on pourrait conclure, selon un critère objectif, que l'un des aspects de l'objet poursuivi par le gouvernement est presque toujours de restreindre l'expression. D'un autre côté, le gouvernement peut presque toujours prétendre que le but poursuivi, d'un point de vue subjectif, correspondait à un besoin social véritable ou perçu, et non de restreindre l'expression. Pour éviter ces deux extrêmes, l'objet doit être évalué du point de vue de la garantie elle-même. Tout comme la jurisprudence de cette Cour sur le partage des pouvoirs évalue l'objet de l'action gouvernementale en regard de la portée des pouvoirs établis en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de même, dans les cas relatifs aux droits et aux libertés garantis par la *Charte* canadienne, il faut évaluer l'objet de l'action du gouvernement en regard de la portée de la garantie pertinente. Évidemment, il est important de tenir compte de la mise en garde du juge Dickson contre la «théorie de l'objet changeant» (*Big M Drug Mart*, précité, à la p. 335): «L'objet d'une loi est fonction de l'intention de ceux qui l'ont rédigée et adoptée à l'époque, et non pas d'un facteur variable quelconque». Cela ne veut pas dire que la mesure dans laquelle un objet est ou devient urgent et réel ne peut changer avec le temps. Dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, le juge Dickson voulait

1989 CanLII 87 (SCC)

one purpose as concerns the division of powers, a different purpose as concerns the guaranteed right or freedom, and a different purpose again as concerns reasonable and justified limits to that guarantee. Nevertheless, the same purpose can be assessed from different standpoints when interpreting the division of powers, limitation of a guarantee, or reasonable limits to that guarantee.

If the government's purpose is to restrict the content of expression by singling out particular meanings that are not to be conveyed, it necessarily limits the guarantee of free expression. If the government's purpose is to restrict a form of expression in order to control access by others to the meaning being conveyed or to control the ability of the one conveying the meaning to do so, it also limits the guarantee. On the other hand, where the government aims to control only the physical consequences of certain human activity, regardless of the meaning being conveyed, its purpose is not to control expression. Archibald Cox has described the distinction as follows (*Freedom of Expression* (1981), at pp. 59-60):

> The bold line ... between restrictions upon publication and regulation of the time, place or manner of expression tied to content, on the one hand, and regulation of time, place, or manner of expression regardless of content, on the other hand, reflects the difference between the state's usually impermissible effort to suppress "harmful" information, ideas, or emotions and the state's often justifiable desire to secure other interests against interference from the noise and the physical intrusions that accompany speech, regardless of the information, ideas, or emotions expressed.

Thus, for example, a rule against handing out pamphlets is a restriction on a manner of expression and is "tied to content", even if that restriction purports to control litter. The rule aims to control access by others to a meaning being conveyed as well as to control the ability of the pamphleteer to convey a meaning. To restrict this form of expression, handing out pamphlets, entails

principalement éviter de qualifier l'objet visé d'une façon qui changerait avec le temps. Mais il est tout aussi vrai que le gouvernement n'a pu viser un objet donné dans le contexte du partage des pouvoirs, un objet différent dans le contexte du droit ou de la liberté garantie et un autre objet encore dans le contexte des limites raisonnables et justifiées à cette garantie. Par contre, le même objet peut être évalué de différents points de vue lorsqu'on interprète le partage des pouvoirs, les restrictions apportées à une garantie ou les limites raisonnables.

Si l'objet que poursuit le gouvernement est de restreindre le contenu de l'expression en écartant des messages précis qui ne doivent pas être transmis, il restreint nécessairement la garantie de la liberté d'expression. Si l'objet que poursuit le gouvernement est de restreindre une forme d'expression en vue de contrôler l'accès au message transmis ou de contrôler la possibilité pour quelqu'un de transmettre le message, il restreint également la garantie. En revanche, lorsque le gouvernement vise seulement à contrôler les conséquences matérielles de certaines activités humaines, indépendamment du message transmis, l'objet qu'il poursuit n'est pas de contrôler l'expression. Voici comment Archibald Cox fait cette distinction (*Freedom of Expression* (1981), aux pp. 59 et 60):

> [TRADUCTION] La ligne de démarcation [...] entre les restrictions apportées à la publication et la réglementation quant au temps, au lieu et au mode d'expression liés au contenu, d'une part, et la réglementation du temps, du lieu ou du mode d'expression sans égard au contenu d'autre part, illustre la différence entre l'effort généralement injustifié de l'État de supprimer des informations, des idées ou des émotions «nuisibles» et le désir souvent justifié de l'État de protéger d'autres intérêts contre les effets du bruit et des intrusions physiques qui accompagnent la parole, sans égard aux informations, aux idées ou aux émotions exprimées.

Ainsi, par exemple, une règle qui interdit la distribution de tracts restreint un mode d'expression et est «liée au contenu», même si cette restriction a pour but de préserver la propreté d'un lieu public. La règle vise à contrôler l'accès à un message transmis ainsi qu'à contrôler la possibilité pour l'auteur du tract de transmettre un message. Restreindre le mode d'expression, c'est-à-dire la distri-

1989 CanLII 87 (SCC)

restricting its content. By contrast, a rule against littering is not a restriction "tied to content". It aims to control the physical consequences of certain conduct regardless of whether that conduct attempts to convey meaning. To restrict littering as a "manner of expression" need not lead inexorably to restricting a content. Of course, rules can be framed to appear neutral as to content even if their true purpose is to control attempts to convey a meaning. For example, in *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299, a municipal by-law forbidding distribution of pamphlets without prior authorization from the Chief of Police was a colourable attempt to restrict expression.

If the government is to assert successfully that its purpose was to control a harmful consequence of the particular conduct in question, it must not have aimed to avoid, in Thomas Scanlon's words ("A Theory of Freedom of Expression", in Dworkin, ed., *The Philosophy of Law* (1977), at p. 161):

> a) harms to certain individuals which consist in their coming to have false beliefs as a result of those acts of expression; b) harmful consequences of acts performed as a result of those acts of expression, where the connection between the acts of expression and the subsequent harmful acts consists merely in the fact that the act of expression led the agents to believe (or increased their tendency to believe) these acts to be worth performing.

In each of Scanlon's two categories, the government's purpose is to regulate thoughts, opinions, beliefs or particular meanings. That is the mischief in view. On the other hand, where the harm caused by the expression in issue is direct, without the intervening element of thought, opinion, belief, or a particular meaning, the regulation does aim at a harmful physical consequence, not the content or form of expression.

In sum, the characterization of government purpose must proceed from the standpoint of the

bution de tracts, emporte une restriction sur son contenu. Par contre, une règle qui interdit de jeter des déchets dans la rue n'est pas une restriction «liée au contenu». Elle vise à régir les conséquences matérielles d'une activité que cette activité vise ou non à transmettre une signification. Restreindre les déchets dans les rues, en tant que «mode d'expression», ne revient pas toujours à restreindre un contenu. Il va de soi que les règlements peuvent être rédigés de façon à paraître neutres quant au contenu même si leur véritable objet est de contrôler la transmission d'un message. Par exemple, dans l'arrêt *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, on a décidé qu'un règlement municipal qui interdisait la distribution de tracts sans l'obtention préalable de l'autorisation du chef de police constituait une tentative déguisée de restreindre l'expression.

Pour que le gouvernement puisse démontrer que son but était de prévenir une conséquence préjudiciable de la conduite visée, il faut que son but n'ait pas été d'éviter, pour reprendre les propos de Thomas Scanlon («A Theory of Freedom of Expression», dans Dworkin, éd., *The Philosophy of Law* (1977), à la p. 161):

> [TRADUCTION] a) que certains individus subissent un préjudice qui serait l'adoption de croyances erronées par suite de ces actes d'expression; b) que des conséquences préjudiciables se produisent par suite d'actes exécutés en raison de ces actes d'expression si le lien entre les actes d'expression et les actes préjudiciables qui s'ensuivent tient uniquement au fait que l'acte d'expression a incité les agents à croire (ou a favorisé leur tendance à croire) que ces actes valaient d'être exécutés.

Dans chacune des deux catégories établies par Scanlon, l'objet que poursuit le gouvernement est de réglementer des pensées, des opinions, des croyances ou des significations particulières. C'est le méfait visé. En revanche, lorsque le préjudice causé par l'expression en cause est direct, sans qu'aucun élément particulier de pensée, d'opinion, de croyance ou de signification n'intervienne, le règlement vise une conséquence matérielle préjudiciable et non le contenu ou la forme de l'expression.

En résumé, la qualification de l'objet du gouvernement doit se faire du point de vue de la garantie

1989 CanLII 87 (SCC)

guarantee in issue. With regard to freedom of expression, if the government has aimed to control attempts to convey a meaning either by directly restricting the content of expression or by restricting a form of expression tied to content, its purpose trenches upon the guarantee. Where, on the other hand, it aims only to control the physical consequences of particular conduct, its purpose does not trench upon the guarantee. In determining whether the government's purpose aims simply at harmful physical consequences, the question becomes: does the mischief consist in the meaning of the activity or the purported influence that meaning has on the behaviour of others, or does it consist, rather, only in the direct physical result of the activity.

b. Effects

Even if the government's purpose was not to control or restrict attempts to convey a meaning, the Court must still decide whether the effect of the government action was to restrict the plaintiff's free expression. Here, the burden is on the plaintiff to demonstrate that such an effect occurred. In order so to demonstrate, a plaintiff must state her claim with reference to the principles and values underlying the freedom.

We have already discussed the nature of the principles and values underlying the vigilant protection of free expression in a society such as ours. They were also discussed by the Court in *Ford* (at pp. 765-67), and can be summarized as follows: (1) seeking and attaining the truth is an inherently good activity; (2) participation in social and political decision-making is to be fostered and encouraged; and (3) the diversity in forms of individual self-fulfillment and human flourishing ought to be cultivated in an essentially tolerant, indeed welcoming, environment not only for the sake of those who convey a meaning, but also for the sake of those to whom it is conveyed. In showing that the effect of the government's action was to restrict her free expression, a plaintiff must demonstrate that her activity promotes at least one of these principles. It is not enough that shouting, for example, has an expressive element. If the plaintiff challenges the effect of government action

en cause. Pour ce qui concerne la liberté d'expression, si le gouvernement a voulu contrôler la transmission d'un message soit en restreignant directement le contenu de l'expression soit en restreignant une forme d'expression liée au contenu, son objet porte atteinte à la garantie. D'autre part, s'il vise seulement à prévenir les conséquences matérielles d'une conduite particulière, son objet ne porte pas atteinte à la garantie. Pour décider si l'objet du gouvernement est simplement de prévenir des conséquences matérielles préjudiciables, il faut se demander si le méfait est dans le message de l'activité ou dans l'influence qu'il est susceptible d'avoir sur le comportement des autres, ou encore si le méfait est uniquement dans le résultat matériel direct de l'activité.

b. Les effets

Même si le but poursuivi par le gouvernement n'était pas de contrôler ou restreindre la transmission d'une signification, la Cour doit encore décider si l'action du gouvernement a eu pour effet de restreindre la liberté d'expression de la demanderesse. À cette étape-ci, il appartient à la demanderesse d'établir que cet effet s'est produit. Pour ce faire, elle doit formuler sa thèse en tenant compte des principes et des valeurs qui sous-tendent la liberté garantie.

Nous avons déjà parlé de la nature des principes et des valeurs qui sous-tendent la protection vigilante de la liberté d'expression dans une société comme la nôtre. Cette Cour les a également examinés dans l'arrêt *Ford* (aux pp. 765 à 767) et ils peuvent se résumer ainsi: (1) la recherche de la vérité est une activité qui est bonne en soi; (2) la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique doit être encouragée et favorisée; et (3) la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels doit être encouragée dans une société qui est essentiellement tolérante, même accueillante, non seulement à l'égard de ceux qui transmettent un message, mais aussi à l'égard de ceux à qui il est destiné. Pour démontrer que l'action du gouvernement a eu pour effet de restreindre sa liberté d'expression, la demanderesse doit établir que son activité favorise au moins un de ces principes. Par exemple, il ne suffirait pas de dire que des cris comportent un élément d'expres-

1989 CanLII 87 (SCC)

to control noise, presuming that action to have a purpose neutral as to expression, she must show that her aim was to convey a meaning reflective of the principles underlying freedom of expression. The precise and complete articulation of what kinds of activity promote these principles is, of course, a matter for judicial appreciation to be developed on a case by case basis. But the plaintiff must at least identify the meaning being conveyed and how it relates to the pursuit of truth, participation in the community, or individual self-fulfillment and human flourishing.

c. Sections 248 and 249

There is no question but that the purpose of ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* was to restrict both a particular range of content and certain forms of expression in the name of protecting children. Section 248 prohibits, subject to regulation, attempts to communicate a commercial message to persons under thirteen years of age. Section 249 identifies factors to be considered in deciding whether the commercial message in fact has that prohibited content. At first blush, the regulations exempting certain advertisements transform the prohibition into a "time, place or manner" restriction aiming only at the form of expression. According to ss. 88 to 90 of the *Regulation respecting the application of the Consumer Protection Act*, an advertisement can be aimed at children if: (1) it appears in certain magazines or inserts directed at children; (2) it announces a programme or show directed at children; or (3) it appears in or on a store window, display, container, wrapping, or label. Yet, even if all advertising aimed at children were permitted to appear in the manner specified, the restriction would be tied to content because it aims to restrict access to the particular message being conveyed. However, the regulations in question do more than just restrict the manner in which a particular content must be expressed. They also restrict content directly. Section 91 provides that even where advertisements directed at children are permitted, such advertisements must not, for example "use a superlative to describe the characteristics of goods or services" or

sion. Si la demanderesse conteste l'effet d'une action gouvernementale qui vise à réglementer le bruit, dans l'hypothèse que le but de cette action est neutre quant à l'expression, elle doit démontrer que son but est de transmettre un message qui reflète les principes qui sous-tendent la liberté d'expression. La délimitation complète et précise des types d'activités qui favorisent ces principes relève évidemment d'un examen judiciaire qui doit être fait dans chaque cas. Mais la demanderesse doit au moins décrire le message transmis et son rapport avec la recherche de la vérité, la participation au sein de la société ou l'enrichissement et l'épanouissement personnels.

c. Les articles 248 et 249

Il ne fait pas de doute que l'objet des art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* était de restreindre à la fois un type particulier de signification et certaines formes d'expression au nom de la protection des enfants. Sous réserve de ce qui est prévu par règlement, l'art. 248 interdit la transmission d'un message commercial à des enfants de moins de treize ans. L'article 249 énonce les facteurs dont il faut tenir compte pour décider si le message commercial a réellement le contenu que la loi interdit. À première vue, le règlement qui exempte certains messages publicitaires transforme l'interdiction en une restriction quant «au moment, à l'endroit ou à la manière» qui viserait seulement la forme de l'expression. Selon les art. 88 à 90 du *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*, un message publicitaire peut être destiné aux enfants: (1) s'il paraît dans certaines revues ou certains encarts destinés aux enfants; (2) s'il annonce une émission ou un spectacle destinés aux enfants; ou (3) s'il est constitué par une vitrine, un étalage, un contenant, un emballage ou une étiquette. Pourtant, même si toute publicité destinée aux enfants était autorisée à condition d'être faite de la manière prescrite, la restriction serait liée au contenu parce qu'elle vise à limiter l'accès au message particulier qui est transmis. Cependant, le règlement en question fait plus que restreindre la manière dont un contenu particulier doit être exprimé. Il restreint le contenu directement. L'article 91 prévoit que, même lorsque les messages publicitaires destinés aux enfants

1989 CanLII 87 (SCC)

"directly incite a child to buy or to urge another person to buy goods or services or to seek information about it". Furthermore, it is clear from the substantial body of material submitted by the Attorney General of Quebec as well as by the intervener, Gilles Moreau, president of the Office de la protection du consommateur, that the purported mischief at which the Act and regulations were directed was the harm caused by the message itself. In combination, therefore, the Act and the regulations prohibit particular content of expression. Such a prohibition can only be justified if it meets the test under s. 1 of the Canadian *Charter* and s. 9.1 of the Quebec *Charter*.

sont permis, ces messages ne doivent pas, par exemple, «employer un superlatif pour décrire les caractéristiques d'un bien ou d'un service» ou «inciter directement un enfant à acheter ou à inviter une autre personne à acheter un bien ou un service ou à s'informer à leur sujet». En outre, il ressort clairement de la masse imposante de documents soumis par le procureur général du Québec ainsi que par l'intervenant Gilles Moreau, président de l'Office de la protection du consommateur, que le prétendu méfait que la Loi et le règlement visaient était le tort causé par le message lui-même. Par conséquent, l'effet combiné de la loi et du règlement est d'interdire un message particulier. Une telle restriction ne peut être justifiée que si elle passe l'épreuve de l'article premier de la *Charte* canadienne et de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise.

D. *Summary and Conclusion*

When faced with an alleged violation of the guarantee of freedom of expression, the first step in the analysis is to determine whether the plaintiff's activity falls within the sphere of conduct protected by the guarantee. Activity which (1) does not convey or attempt to convey a meaning, and thus has no content of expression or (2) which conveys a meaning but through a violent form of expression, is not within the protected sphere of conduct. If the activity falls within the protected sphere of conduct, the second step in the analysis is to determine whether the purpose or effect of the government action in issue was to restrict freedom of expression. If the government has aimed to control attempts to convey a meaning either by directly restricting the content of expression or by restricting a form of expression tied to content, its purpose trenches upon the guarantee. Where, on the other hand, it aims only to control the physical consequences of particular conduct, its purpose does not trench upon the guarantee. In determining whether the government's purpose aims simply at harmful physical consequences, the question becomes: does the mischief consist in the meaning of the activity or the purported influence that meaning has on the behaviour of others, or does it consist, rather, only in the direct physical result of the activity. If the government's purpose was not to restrict free expression, the plaintiff can still

D. *Résumé et conclusion*

Lorsqu'on allègue la violation de la garantie de la liberté d'expression, la première étape de l'analyse consiste à déterminer si l'activité du demandeur relève du champ des activités protégées par la garantie. Une activité qui (1) ne transmet pas ni ne tente de transmettre une signification et qui est donc expression sans contenu, ou (2) qui transmet une signification par une forme d'expression violente, ne relève pas du champ des activités protégées. Si l'activité fait partie du champ des activités protégées, la deuxième étape de l'analyse consiste à déterminer si l'objet ou l'effet de l'action gouvernementale en cause était de restreindre la liberté d'expression. Si le gouvernement a voulu contrôler la transmission d'une signification soit en restreignant directement le contenu de l'expression soit en restreignant une forme d'expression liée au contenu, son objet porte atteinte à la garantie. Par ailleurs, si le gouvernement veut seulement prévenir les conséquences matérielles d'une conduite donnée, son objet ne porte pas atteinte à la garantie. Pour déterminer si l'objet que poursuit le gouvernement vise simplement des conséquences matérielles préjudiciables, il faut se demander si le méfait est dans le message de l'activité ou dans l'influence qu'il est susceptible d'avoir sur le comportement des autres, ou si le méfait se trouve uniquement dans le résultat matériel direct de l'activité. Si le gouvernement n'avait pas pour

1989 CanLII 87 (SCC)

claim that the effect of the government's action was to restrict her expression. To make this claim, the plaintiff must at least identify the meaning being conveyed and how it relates to the pursuit of truth, participation in the community, or individual self-fulfillment and human flourishing.

In the instant case, the plaintiff's activity is not excluded from the sphere of conduct protected by freedom of expression. The government's purpose in enacting ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* and in promulgating ss. 87 to 91 of the *Regulation respecting the application of the Consumer Protection Act* was to prohibit particular content of expression in the name of protecting children. These provisions therefore constitute limitations to s. 2(*b*) of the Canadian *Charter* and s. 3 of the Quebec *Charter*. They fall to be justified under s. 1 of the Canadian *Charter* and s. 9.1 of the Quebec *Charter*.

VII—Whether the Limit on Freedom of Expression Imposed by ss. 248 and 249 Is Justified Under s. 9.1 of the Quebec *Charter* or s. 1 of the Canadian *Charter*

The issues raised in this part are as follows: (a) whether the meaning, role and effect of s. 9.1 of the Quebec *Charter* are essentially different from that of s. 1 of the Canadian *Charter*; (b) whether the scheme put into place by ss. 248 and 249 is so vague as not to constitute a "limit prescribed by law"; (c) whether the materials (hereinafter referred to as the s. 1 and s. 9.1 materials) relied on by the Attorney General of Quebec are relevant to justifying ss. 248 and 249 as a reasonable limit upon freedom of expression; and (d) whether the s. 1 and s. 9.1 materials justify banning commercial advertising directed at persons under thirteen years of age.

objet de restreindre la liberté d'expression, le demandeur peut encore prétendre que l'effet de l'action du gouvernement était de restreindre son expression. Pour établir cette prétention, le demandeur doit au moins décrire la signification transmise et son rapport avec la recherche de la vérité, la participation au sein de la société ou l'enrichissement et l'épanouissement personnels.

En l'espèce, l'activité de la demanderesse relève bien du champ des activités protégées par la liberté d'expression. En adoptant les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* et les art. 87 à 91 du *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*, l'objet que poursuivait le gouvernement était d'interdire un contenu particulier d'une expression au nom de la protection des enfants. Ces dispositions apportent donc des restrictions à l'al. 2*b*) de la *Charte* canadienne et à l'art. 3 de la *Charte* québécoise. Elles doivent être justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte* canadienne et de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise.

VII—La restriction que les art. 248 et 249 apportent à la liberté d'expression est-elle justifiée en vertu de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise ou de l'article premier de la *Charte* canadienne?

Les questions traitées dans ce chapitre sont les suivantes: a) le sens, le rôle et l'effet de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise sont-ils essentiellement différents de ceux de l'article premier de la *Charte* canadienne? b) le régime mis en place par les art. 248 et 249 est-il à ce point vague qu'il ne constitue pas une restriction prescrite «par une règle de droit»? c) les documents (ci-après appelés les documents relatifs à l'article premier et à l'art. 9.1) sur lesquels s'appuie le procureur général du Québec sont-ils pertinents pour démontrer que les art. 248 et 249 apportent une limite raisonnable à la liberté d'expression? et d) les documents relatifs à l'article premier et à l'art. 9.1 justifient-ils l'interdiction de la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize ans?

1989 CanLII 87 (SCC)

A. *The Meaning of s. 9.1 of the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*

The respondent, Irwin Toy, argued that s. 3 of the Quebec *Charter* provides an absolute guarantee of free expression. On the respondent's submission, absent legislation declaring that these provisions apply notwithstanding the Quebec *Charter*, it was not open to the Attorney General to argue that ss. 248 and 249 constitute a reasonable limit to the s. 3 guarantee. However, in *Ford*, *supra*, this Court drew the following conclusion about s. 9.1 of the Quebec *Charter* (at pp. 769-70):

> In the case at bar the Superior Court and the Court of Appeal held that s. 9.1 was a justificatory provision corresponding to s. 1 of the Canadian *Charter* and that it was subject, in its application, to a similar test of rational connection and proportionality. This Court agrees with that conclusion.

Since the test of rational connection and proportionality under s. 9.1 of the Quebec *Charter* is essentially the same as the test under s. 1 of the Canadian *Charter*, the two tests will be considered together.

B. *Whether ss. 248 and 249 Are too Vague to Constitute a Limit Prescribed by Law*

The respondent contended that ss. 248 and 249 were insufficiently precise to constitute a limit prescribed by law. For convenience, the two provisions are reproduced here:

> **248.** Subject to what is provided in the regulations, no person may make use of commercial advertising directed at persons under thirteen years of age.
>
> **249.** To determine whether or not an advertisement is directed at persons under thirteen years of age, account must be taken of the context of its presentation, and in particular of
>
> (*a*) the nature and intended purpose of the goods advertised;
>
> (*b*) the manner of presenting such advertisement;
>
> (*c*) the time and place it is shown.
>
> The fact that such advertisement may be contained in printed matter intended for persons thirteen years of age and over or intended both for persons under thirteen years of age and for persons thirteen years of age and over, or that it may be broadcast during air time intend-

A. *Le sens de l'art. 9.1 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec*

L'intimée, Irwin Toy, soutient que l'art. 3 de la *Charte* québécoise donne une garantie absolue à la liberté d'expression. Selon l'intimée, en l'absence d'une loi qui déclarerait que ces dispositions s'appliquent nonobstant la *Charte* québécoise, le procureur général du Québec ne pourrait soutenir que les art. 248 et 249 constituent une limite raisonnable à la garantie de l'art. 3. Dans l'arrêt *Ford*, précité, cette Cour a cependant tiré la conclusion suivante quant à l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise (aux pp. 769 et 770):

> En l'espèce, la Cour supérieure et la Cour d'appel ont conclu que l'art. 9.1 était une disposition justificative correspondant à l'article premier de la *Charte* canadienne et que son application était soumise à un critère semblable de proportionnalité et de lien rationnel. La Cour souscrit à cette conclusion.

Puisque le critère de la proportionnalité et du lien rationnel à l'égard de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise est essentiellement le même que le critère relatif à l'article premier de la *Charte* canadienne, les deux critères seront examinés ensemble.

B. *Les articles 248 et 249 sont-ils trop imprécis pour constituer une restriction prescrite par une règle de droit?*

L'intimée soutient que les art. 248 et 249 ne sont pas assez précis pour constituer une restriction prescrite par une règle de droit. Par souci de commodité, les dispositions sont reproduites ici:

> **248.** Sous réserve de ce qui est prévu par règlement, nul ne peut faire de la publicité à but commercial destinée à des personnes de moins de treize ans.
>
> **249.** Pour déterminer si un message publicitaire est ou non destiné à des personnes de moins de treize ans, on doit tenir compte du contexte de sa présentation et notamment:
>
> *a*) de la nature et de la destination du bien annoncé;
>
> *b*) de la manière de présenter ce message publicitaire;
>
> *c*) du moment ou de l'endroit où il apparaît.
>
> Le fait qu'un tel message publicitaire soit contenu dans un imprimé destiné à des personnes de treize ans et plus ou destiné à la fois et à des personnes de moins de treize ans et à des personnes de treize ans et plus ou qu'il soit diffusé lors d'une période d'écoute destinée à des

1989 CanLII 87 (SCC)

ed for persons thirteen years of age and over or intended both for persons under thirteen years of age and for persons thirteen years of age and over does not create a presumption that it is not directed at persons under thirteen years of age.

The respondent's attack on the vagueness of these provisions was threefold: (1) ss. 248 and 249, read together, are confusing if not contradictory; (2) the courts are given insufficient guidance respecting how to interpret the ban on commercial advertising directed at children; and (3) there is too much scope for discretion to promulgate regulations. The third argument need not be addressed because this Court has already concluded that a limit is "prescribed by law within the meaning of s. 1 if it is expressly provided for by statute or regulation, or results by necessary implication from the terms of a statute or regulation or from its operating requirements" (*R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640, at pp. 650-51 *per* Le Dain J. for the Court). (Emphasis added.) A regulation promulgated pursuant to the statutory discretion such as the one here impugned can itself constitute a limit prescribed by law. Thus, only the first two arguments will be addressed.

a. Confusion and Contradiction

The respondent alleged that the last paragraph of s. 249 makes it all but impossible for the manufacturer of a children's product to know whether an advertisement of that product will run afoul of s. 248. One author has commented on the paragraph to the same effect (Martin, "Business Practices—Title II of the Quebec Consumer Protection Act" in Meredith Memorial Lectures 1979, *The New Consumer Protection Act of Quebec* (1980), at p. 222):

When this provision is read carefully, it seems that printed materials or broadcast time aimed only at adults are both covered, and this would appear to take away from the original provisions of this section in which it is said that account must be taken of the context of the presentation of the advertisement. When this section is read as a whole, it would seem that the fact that the advertisement appeared in the *Atlantic Monthly*, or the like, cannot be invoked as creating any presumption that an advertisement was not directed to children. On the

personnes de treize ans et plus ou destinée à la fois à des personnes de moins de treize ans et à des personnes de treize ans et plus ne fait pas présumer qu'il n'est pas destiné à des personnes de moins de treize ans.

L'argumentation de l'intimée quant au caractère imprécis de ces dispositions comporte trois volets: (1) les art. 248 et 249 forment un ensemble confus, voire contradictoire; (2) ils ne fournissent pas aux tribunaux d'indications suffisantes sur la façon d'interpréter l'interdiction de la publicité commerciale destinée aux enfants; et (3) le pouvoir discrétionnaire d'adopter des règlements est trop large. Il n'est pas nécessaire de traiter du troisième argument parce que cette Cour a déjà conclu qu'une restriction «est prescrite par une règle de droit au sens de l'art. 1 si elle est prévue expressément par une loi ou un règlement, ou si elle découle nécessairement des termes d'une loi ou d'un règlement, ou de ses conditions d'application» (*R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640, aux pp. 650 et 651, le juge Le Dain au nom de la Cour). (Je souligne.) Un règlement promulgué en vertu d'un pouvoir discrétionnaire prévu par la loi, tel que celui en l'espèce, constitue une restriction prescrite par une règle de droit. Par conséquent seuls les deux premiers arguments seront examinés.

a. La confusion et la contradiction

L'intimée allègue que le dernier paragraphe de l'art. 249 fait qu'il est presque impossible pour le fabricant d'un produit pour enfant de savoir si un message publicitaire relatif à ce produit sera contraire à l'art. 248. Un auteur a fait la même observation au sujet de ce paragraphe (Martin, «Business Practices—Title II of the Quebec Consumer Protection Act» dans Conférences Mémorial Meredith 1979, *La nouvelle Loi du Québec sur la protection du consommateur* (1980), à la p. 222):

[TRADUCTION] Lorsqu'on lit la disposition attentivement, il semble que les imprimés ou que la période de diffusion destinés seulement aux adultes soient tous deux visés, ce qui diffère apparemment du début de cet article dans lequel il est dit qu'on doit tenir compte du contexte de la présentation du message publicitaire. Lorsque l'article est pris dans son ensemble, il semble que le fait que le message publicitaire paraisse dans l'*Atlantic Monthly* ou une publication de ce genre ne puisse être invoqué à l'appui de l'existence d'une présomption que le

1989CanLII 87 (SCC)

other hand, this fact could be taken into account as part of the context of the presentation of the advertisement. There is, in short, a contradiction in terms in the article and some redrafting appears required.

We conclude that s. 249 can be given a sensible construction. The narrow purpose of the last paragraph is to ensure that the three factors to be weighed by the judge, *viz.* the nature and intended purpose of the goods advertised, the manner of presenting the advertisement, and the time and place it is shown, are always weighed together. The last paragraph addresses only the third factor—time and place. It makes clear that children's product advertising, if presented in a manner aimed to attract children, is not permitted even if adults form the largest part of the public likely to see the advertisement. Of course if, in assessing "manner of presentation", the judge concludes that no children were likely to see the advertisement, it is also unlikely that the means chosen were designed to attract children. But the factors must all be weighed according to the balance of probabilities. No presumption is to be drawn by considering the third factor alone. Read this way, there is nothing inherently confusing or contradictory about ss. 248 and 249.

b. Judicial Discretion

The respondent contended that the test set out in ss. 248 and 249 leaves an inordinately wide discretion in the judge to determine whether a commercial advertisement was aimed at children. It cites the Introduction to the *Application Guide for Sections 248 and 249*, which comments on the prohibition against commercial advertising directed at children:

[T]he terms of the law can lend to different interpretations, thus allowing for some discretion in its application. This discretion is evident, for instance, in the determination of precisely what is meant by "intended for children". Therefore, the Office considers it important to make public the standards it has set to determine whether or not a given advertisement is permitted under the Act.

message publicitaire n'était pas destiné aux enfants. Par contre, ce fait pourrait être pris en considération à titre d'élément du contexte de la présentation du message publicitaire. Bref, il y a une contradiction dans les termes de l'article et sa rédaction mériterait d'être reprise.

Nous sommes d'avis qu'il est possible de donner une interprétation logique à l'art. 249. Le dernier paragraphe a pour objet restreint d'assurer que les trois facteurs dont le juge doit tenir compte, c.-à-d. la nature et la destination des biens annoncés, la manière de présenter le message publicitaire et le moment ou l'endroit où il apparaît, sont évalués ensemble. Le dernier paragraphe ne porte que sur le troisième facteur, le moment et l'endroit. Il dit clairement qu'une publicité pour un produit destiné aux enfants présentée de façon à attirer l'attention des enfants est interdite même si le public susceptible de la voir est composé en majeure partie d'adultes. Évidemment lorsque, après évaluation de «la manière de présenter» un message publicitaire, le juge conclut qu'aucun enfant n'est susceptible de le voir, il est également peu probable que les moyens choisis aient été conçus pour attirer l'attention des enfants. Mais il faut évaluer tous les facteurs selon la prépondérance des probabilités. On ne peut tirer aucune présomption de l'examen du troisième facteur seul. Interprétés de cette façon, les art. 248 et 249 n'ont rien d'intrinsèquement confus ou contradictoire.

b. Le pouvoir discrétionnaire des tribunaux

L'intimée prétend que le critère établi par les art. 248 et 249 confère au juge un pouvoir discrétionnaire excessivement large pour décider si un message publicitaire est destiné aux enfants. L'intimée cite l'introduction du *Guide d'application des articles 248 et 249* qui traite de l'interdiction de faire de la publicité commerciale destinée aux enfants:

Cependant, les termes mêmes de la loi peuvent prêter à diverses interprétations, créant ainsi une marge discrétionnaire dans son application. Par exemple, une telle discrétion existe dans la détermination de ce que l'on entend par «destinée à des enfants». L'Office croit donc important de publier les critères qu'il a établis pour déterminer si une publicité est permise ou non, eu égard à la loi.

1989 CanLII 87 (SCC)

The respondent suggested that this reference to "discretion" made by the very agency charged with administering the statute demonstrates that ss. 248 and 249 are imprecise.

Absolute precision in the law exists rarely, if at all. The question is whether the legislature has provided an intelligible standard according to which the judiciary must do its work. The task of interpreting how that standard applies in particular instances might always be characterized as having a discretionary element, because the standard can never specify all the instances in which it applies. On the other hand, where there is no intelligible standard and where the legislature has given a plenary discretion to do whatever seems best in a wide set of circumstances, there is no "limit prescribed by law".

Sections 248 and 249 do provide an intelligible standard to be applied in determining whether an advertisement is subject to restriction. According to s. 248, the advertisement must have commercial content and it must be aimed at those under thirteen years of age. As explained above, s. 249 directs the judge to weigh three factors relating to the context in which the advertisement was presented. The courts are not simply given a discretion to ban whichever advertisements they please. In order to help advertisers comply with the ss. 248 and 249 standards, the Office de la protection du consommateur developed a more detailed series of guidelines which are not binding on the courts. One cannot infer from the existence of the guidelines that the courts have no intelligible standard to apply. One can only infer that the Office found it reasonable, as part of its mandate, to provide a voluntary pre-clearance mechanism allowing advertisers in most cases to substitute administrative decision-making for judicial decision-making.

C. *The Relevance of the s. 1 and s. 9.1 Materials*

The respondent contended that only evidence of legislative objective contemporary with the adop-

L'intimée a expliqué que la mention de l'existence d'une «marge discrétionnaire» dans un document émanant de l'organisme chargé de l'application de la loi démontre bien que les art. 248 et 249 sont imprécis.

En droit, la précision absolue est rare, voire inexistante. La question est de savoir si le législateur a formulé une norme intelligible sur laquelle le pouvoir judiciaire doit se fonder pour exécuter ses fonctions. L'interprétation de la manière d'appliquer une norme dans des cas particuliers comporte toujours un élément discrétionnaire parce que la norme ne peut jamais préciser tous les cas d'application. Par contre, s'il n'existe aucune norme intelligible et si le législateur a conféré le pouvoir discrétionnaire absolu de faire ce qui semble être le mieux dans une grande variété de cas, il n'y a pas de restriction prescrite «par une règle de droit».

Les articles 248 et 249 fournissent une norme intelligible à appliquer pour déterminer si un message publicitaire peut faire l'objet d'une restriction. Selon l'article 248, le message doit avoir un contenu commercial et viser les personnes de moins de treize ans. Comme on l'a déjà expliqué, l'art. 249 impose au juge d'évaluer trois facteurs relatifs au contexte dans lequel le message publicitaire a été présenté. Il ne confère pas aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire d'interdire les messages publicitaires qu'ils veulent. Afin d'aider les annonceurs à se conformer aux critères des art. 248 et 249, l'Office de la protection du consommateur a donné une série de directives détaillées qui ne lient pas les tribunaux. On ne peut déduire de l'existence des directives que les tribunaux n'ont pas de norme intelligible à appliquer. On peut seulement en déduire que l'Office a jugé raisonnable, dans le cadre de son mandat, d'établir une procédure volontaire d'approbation préalable qui permet aux annonceurs dans la plupart des cas de soumettre leurs annonces à un processus décisionnel administratif plutôt que judiciaire.

C. *La pertinence des documents relatifs à l'article premier et à l'art. 9.1*

L'intimée prétend que seuls les éléments de preuve relatifs à l'objet visé par le législateur,

1989 CanLII 87 (SCC)

tion of ss. 248 and 249 was relevant to deciding whether these sections constitute a reasonable limit to freedom of expression. It therefore attacked the relevance of studies post-dating the enactment of the *Consumer Protection Act* and upon which the government did not rely in adopting the legislation.

Where the basis for its legislation is not obvious, the government must bring forward cogent and persuasive evidence demonstrating that the provisions in issue are justified having regard to the constituent elements of the s. 1 or s. 9.1 inquiry (see *R. v. Oakes*, *supra*, at p. 138). In showing that the legislation pursues a pressing and substantial objective, it is not open to the government to assert *post facto* a purpose which did not animate the legislation in the first place (see *Big M Drug Mart*, *supra*, at p. 335). However, in proving that the original objective remains pressing and substantial, the government surely can and should draw upon the best evidence currently available. The same is true as regards proof that the measure is proportional to its objective (see *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 769). It is equally possible that a purpose which was not demonstrably pressing and substantial at the time of the legislative enactment becomes demonstrably pressing and substantial with the passing of time and the changing of circumstances.

The respondent claimed that the legislative debates provide no evidence of the intention of the government in enacting ss. 248 and 249 and therefore argued that all other evidence is superfluous. Yet, the following statement of the Minister responsible for the legislation, commenting on why the government chose the thirteen-year-old age limit, gives an adequate sense of the general purpose underlying the legislation (*Journal des débats*, Commissions parlementaires, 3e sess., 31e Lég., Commission permanente des consommateurs, coopératives et institutions financières, Étude du projet de loi nº 72—*Loi sur la protection du consommateur* (10), December 12, 1978—No. 226, at p. B-9501):

existant à l'époque de l'adoption des art. 248 et 249, sont pertinents pour décider si ces articles constituent une limite raisonnable à la liberté d'expression. Elle conteste donc la pertinence des études postérieures à l'adoption de la *Loi sur la protection du consommateur*, études dont le gouvernement ne disposait pas au moment de l'adoption de la loi.

Lorsque le fondement de sa loi n'est pas clair, le gouvernement doit présenter une preuve forte et persuasive afin d'établir que les dispositions en cause sont justifiées compte tenu des éléments constitutifs de l'analyse en vertu de l'article premier ou de l'art. 9.1 (voir *R. c. Oakes*, précité, à la p. 138). Pour démontrer que l'objet de la loi est urgent et réel, le gouvernement ne peut invoquer à posteriori un objet qui n'a pu motiver l'adoption de la loi à l'origine (voir *Big M Drug Mart*, précité, à la p. 335). Toutefois, pour établir que l'objectif premier demeure urgent et réel, le gouvernement peut certainement et doit même faire appel aux meilleurs éléments de preuve qui existent au moment de l'analyse. Il en est de même en ce qui concerne la preuve que la mesure est proportionnelle à son objectif (voir *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la p. 769). Il est également possible d'établir qu'un objet, dont le caractère urgent et réel ne pouvait pas être établi à l'époque de l'adoption du texte législatif, a acquis ce caractère avec le temps et l'évolution des circonstances.

L'intimée prétend que les débats parlementaires n'apportent aucune preuve quant à l'intention du gouvernement lors de l'adoption des art. 248 et 249 et allègue donc que toute autre preuve est superflue. Cependant, la déclaration suivante du ministre responsable de la loi, au sujet des motifs pour lesquels le gouvernement a choisi la limite de treize ans, explique assez bien l'objet général de la loi (*Journal des débats*, Commissions parlementaires, 3e sess., 31e Lég., Commission permanente des consommateurs, coopératives et institutions financières, Étude du projet de loi nº 72—*Loi sur la protection du consommateur* (10), le 12 décembre 1978—nº 226, à la p. B-9501):

1989 CanLII 87 (SCC)

[TRANSLATION] **Ms. Payette:** What we wished to avoid at all costs—I think in response to an observation by the Office concerning the messages currently broadcast—was not actually reaching children. The proposal that pre-school age children be covered by the Bill did not seem adequate in the circumstances. It seemed to us that thirteen years of age was a good limit. It is possible that certain children are able to draw distinctions and make choices by the age of twelve. Certainly from the age of fourteen they are generally able to do so. So it seemed to us that thirteen, though arbitrary, was fair.

And since we have relied upon a regulatory framework which has been in place for a number of years and which uses the age of thirteen as a cut-off, we adopted that age, on the basis of our experience to date.

Mme Payette: Ce que nous voulions éviter à tout prix—je pense que c'est à partir d'une observation de la part de l'office quant aux messages qui sont télédiffusés présentement—c'était de ne pas rejoindre véritablement les enfants. La proposition qui nous était faite d'inclure dans le projet de loi des enfants d'âge préscolaire ne nous paraissait pas une proposition suffisante dans les circonstances. Il nous paraissait que treize ans était une bonne moyenne. Il se peut que certains enfants, à douze ans, soient en mesure de faire des distinctions, de faire des choix. Il est sûr qu'à partir de quatorze ans, en général, ils sont en mesure de le faire. Alors, il nous paraissait que treize ans était arbitraire et juste à la fois.

Et comme on s'appuie aussi sur une réglementation qui est en vigueur depuis un certain nombre d'années et qui comprend l'âge de treize ans, nous avons retenu cet âge, à partir des expériences qui ont été faites jusqu'à maintenant.

The question becomes whether the evidence submitted by the government establishes that children under 13 are unable to make choices and distinctions respecting products advertised and whether this in turn justifies the restriction on advertising put into place. Studies subsequent to the enactment of the legislation can be used for this purpose.

La question revient donc à déterminer si la preuve offerte par le gouvernement établit que les enfants de moins de treize ans sont incapables de faire des choix et des distinctions en ce qui concerne les produits annoncés et si cela, à son tour, justifie la restriction imposée à la publicité. Des études postérieures à l'adoption de la loi peuvent être utilisées à cette fin.

One might wonder why the Attorney General did not tender in evidence certain reports and studies that were used by the government both in enacting the legislation and subsequently in reviewing its operation. Nor did the Attorney General rely upon the deliberations of the two legislative committees, one convened in 1976 and the other in 1978, which held hearings concerning revisions to the *Consumer Protection Act*. In her testimony before the 1978 committee, the Minister made repeated reference to studies conducted for the government and, in particular, to a document tabled with the committee and prepared by the Office de la protection du consommateur respecting the proposed legislation on children's advertising. None of these materials were filed. In September 1985, the Federal-Provincial Committee on Advertising Intended for Children prepared a report entitled *The Effects of Quebec's Legislation Prohibiting Advertising Intended for Children.* The Attorney General did not see fit to put this report before the Court. We are left to assess the

On peut se demander pourquoi le procureur général n'a pas présenté en preuve certains rapports et certaines études que le gouvernement a utilisés tant au moment de l'adoption de la loi qu'après, au moment de la révision de son application. Le procureur général ne s'est pas servi non plus des délibérations de deux commissions parlementaires, l'une convoquée en 1976 et l'autre en 1978 pour tenir des audiences au sujet des modifications à apporter à la *Loi sur la protection du consommateur.* Dans son témoignage devant la commission en 1978, la ministre a fait appel à plusieurs reprises aux études menées pour le compte du gouvernement et, en particulier, à un document déposé auprès de la commission et préparé par l'Office de la protection du consommateur au sujet du projet de loi sur la publicité destinée aux enfants. Aucun de ces documents n'a été déposé. En septembre 1985, le Comité fédéral-provincial sur la publicité destinée aux enfants a préparé un rapport intitulé *Les effets de la loi québécoise interdisant la publicité destinée aux*

1989 CanLII 87 (SCC)

constitutionality of the legislation on the basis of the material that was filed.

D. *Whether the s. 1 and s. 9.1 Materials Justify Banning Commercial Advertising Directed at Persons Under Thirteen Years of Age*

It is now well established that the onus of justifying the limitation of a right or freedom rests with the party seeking to uphold the limitation, in this case the Attorney General of Quebec, and that the analysis to be conducted is that set forth by Dickson C.J. in *R. v. Oakes*, *supra*.

a. Pressing and Substantial Objective

The first part of the test involves asking whether the objective sought to be achieved by the impugned legislation relates to concerns which are "pressing and substantial in a free and democratic society". Dickson C.J. explained this requirement in *Oakes* at pp. 138-39:

> First, the objective, which the measures responsible for a limit on a *Charter* right or freedom are designed to serve, must be "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom": *R. v. Big M Drug Mart Ltd., supra*, at p. 352. The standard must be high in order to ensure that objectives which are trivial or discordant with the principles integral to a free and democratic society do not gain s. 1 protection. It is necessary, at a minimum, that an objective relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society before it can be characterized as sufficiently important.

Because we have already found that the plaintiff's activity falls within the sphere of conduct protected by freedom of expression and that the purpose of the legislation is to prohibit particular content of expression in the name of protecting children, it is far from onerous to require that the concern underlying the restrictive legislation be a pressing and substantial one. Without such a high standard of justification, enshrined rights and freedoms would be stripped of most of their value.

enfants. Le procureur général a jugé bon de ne pas présenter ce rapport à la Cour. Il nous reste donc à examiner la constitutionnalité de la loi à partir des documents déposés.

D. *Les documents relatifs à l'article premier et à l'art. 9.1 justifient-ils l'interdiction de la publicité commerciale destinée aux personnes de moins de treize ans*?

Il est maintenant bien établi qu'il incombe à la partie qui cherche à maintenir la restriction apportée à un droit ou à une liberté, en l'espèce le procureur général du Québec, de justifier cette restriction et que l'analyse doit être faite de la façon décrite par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Oakes*, précité.

a. Un besoin urgent et réel

La première étape de l'analyse consiste à se demander si l'objectif que cherche à atteindre la loi contestée se rapporte à des préoccupations «urgentes et réelles dans une société libre et démocratique». Le juge en chef Dickson a expliqué cette exigence dans l'arrêt *Oakes*, aux pp. 138 et 139:

> En premier lieu, l'objectif que visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*, doit être «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution»: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. La norme doit être sévère afin que les objectifs peu importants ou contraires aux principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique ne bénéficient pas de la protection de l'article premier. Il faut à tout le moins qu'un objectif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important.

Puisque nous avons déjà conclu que les activités de la demanderesse relèvent du champ des activités protégées par la liberté d'expression et que l'objet de la loi est d'interdire un contenu particulier d'expression au nom de la protection des enfants, ce n'est pas trop demander que d'exiger que la préoccupation qui a donné lieu à la législation restrictive soit urgente et réelle. Sans cette norme élevée de justification, les droits et libertés protégés par la Constitution perdraient une grande partie de leur valeur.

1989 CanLII 87 (SCC)

In our view, the Attorney General of Quebec has demonstrated that the concern which prompted the enactment of the impugned legislation is pressing and substantial and that the purpose of the legislation is one of great importance. The concern is for the protection of a group which is particularly vulnerable to the techniques of seduction and manipulation abundant in advertising. In the words of the Attorney General of Quebec, [TRANSLATION] "Children experience most manifestly the kind of inequality and imbalance between producers and consumers which the legislature wanted to correct." The material given in evidence before this Court is indicative of a generalized concern in Western societies with the impact of media, and particularly but not solely televised advertising, on the development and perceptions of young children. (For example: Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission, Decision CRTC 79-320, April 30, 1979, *Renewal of the Canadian Broadcasting Corporation's Television and Radio Network Licences*, (1979) 113 *Can. Gaz.*, Part I, 3082; Canadian Association of Broadcasters, *Broadcast Code for Advertising to Children*, op. cit.; *Canadian Broadcasting Corporation, Commercial Acceptance Policy Guideline*, see in particular "The CBC and Children's Advertising"; National Association of Broadcasters, *Television Code* (21st ed. 1980), see in particular "Responsibility Towards Children"; Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), *Advertising Directed at Children: Endorsements in Advertising* (1982); and J. J. Boddewyn, *Advertising to Children: Regulation and Self-regulation in 40 Countries* (1984)). Broadly speaking, the concerns which have motivated both legislative and voluntary regulation in this area are the particular susceptibility of young children to media manipulation, their inability to differentiate between reality and fiction and to grasp the persuasive intention behind the message, and the secondary effects of exterior influences on the family and parental authority. Responses to the perceived problems are as varied as the agencies and governments which have promulgated them. However the consensus of concern is high.

À notre avis, le procureur général du Québec a fait la preuve que la préoccupation qui a abouti à l'adoption de la loi contestée était urgente et réelle et que l'objet de la loi était d'une très grande importance. La préoccupation est de protéger un groupe qui est particulièrement vulnérable aux nombreuses techniques de séduction et de manipulation de la publicité. Selon les termes mêmes du procureur général du Québec, «Ce sont eux qui vivent le plus manifestement cette situation d'infériorité et de déséquilibre entre producteurs et consommateurs que le législateur a voulu corriger». Les documents présentés en preuve devant cette Cour font état d'une préoccupation généralisée dans les sociétés occidentales à l'égard de l'effet des médias et particulièrement, mais pas seulement, celui de la publicité télévisée, sur le développement et les perceptions des jeunes enfants. (Par exemple: Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, Décision CRTC 79-320, le 30 avril 1979, *Renouvellement des licences des réseaux de télévision et de radio de la Société Radio-Canada,* (1979) 113 *Gaz. Can.*, Partie I, 3082; Association canadienne des radiodiffuseurs, *Code de la publicité radiotélévisée destinée aux enfants*, *op. cit.*; Société Radio-Canada, *Critères de la politique du code publicitaire*, voir en particulier, «Radio-Canada et la publicité destinée aux enfants»; National Association of Broadcasters, *Television Code* (21e éd. 1980), voir en particulier «Responsibility Towards Children»; Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE), *Publicité destinée aux enfants: Attestations à des fins publicitaires* (1982); et J. J. Boddewyn, *Advertising to Children: Regulation and Self-regulation in 40 Countries* (1984)). De façon générale, les préoccupations à l'origine de la loi et de la réglementation volontaire dans ce domaine concernent la vulnérabilité particulière des jeunes enfants face à la manipulation exercée par les médias, leur incapacité de distinguer la fiction de la réalité ou de saisir l'intention persuasive que comporte le message et les effets secondaires des influences extérieures sur la famille et l'autorité parentale. Les solutions apportées aux problèmes perçus sont aussi variées que les agences et gouvernements qui les ont formulées. Tous s'accordent cependant sur l'importance du problème.

1989 CanLII 87 (SCC)

In establishing the factual basis for this generally identified concern, the Attorney General relied heavily upon the U.S. Federal Trade Commission (FTC) Final Staff Report and Recommendation, *In the Matter of Children's Advertising*, which contains a thorough review of the scientific evidence on the subject as at 1981. The Report emerged from a rulemaking proceeding initiated by the FTC. The Report's assessment both of children's cognitive ability to evaluate television advertising directed at them and of the possible remedies to mitigate the adverse effects of such advertising are relevant here. One of its principal conclusions is that young children (2-6) cannot distinguish fact from fiction or programming from advertising and are completely credulous when presented with advertising messages (at pp. 34-35):

> In summary, the rulemaking record establishes that the specific cognitive abilities of young children lead to their inability to fully understand child-oriented television advertising, even if they grasp some aspects of it. They place indiscriminate trust in the selling message. They do not correctly perceive persuasive bias in advertising, and their life experience is insufficient to help them counter-argue. Finally, the content, placement and various techniques used in child-oriented television commercials attract children and enhance the advertising and the product. As a result, children are not able to evaluate adequately child-oriented advertising.

The Report thus provides a sound basis on which to conclude that television advertising directed at young children is *per se* manipulative. Such advertising aims to promote products by convincing those who will always believe.

It is reasonable to extend this conclusion in two ways. First, it can be extended to advertising in other media. For example, the OECD Report, op. cit., discusses children's advertising in all media including television, although the greatest body of evidence focusses on the persuasive force of television advertising. Second, it can be extended to advertising aimed at older children (7-13). The Attorney General filed a number of studies reach-

Pour établir le contexte factuel de cette préoccupation générale, le procureur général s'est surtout fondé sur le U.S. Federal Trade Commission (FTC) Final Staff Report and Recommendation, *In the Matter of Children's Advertising*, qui contient une étude approfondie de la preuve scientifique qui existait sur le sujet en 1981. Le rapport découle d'une procédure de réglementation établie par le FTC. Dans ce rapport, l'analyse des capacités cognitives des enfants pour évaluer la publicité télévisée qui leur est destinée et des moyens possibles de minimiser les effets nuisibles de cette publicité, est pertinente en l'espèce. Selon l'une des principales conclusions du rapport, les jeunes enfants (de 2 à 6 ans) sont incapables de distinguer la fiction de la réalité ou les messages publicitaires des émissions proprement dites, et ils croient aveuglément ce que présente les messages publicitaires (aux pp. 34 et 35):

> [TRADUCTION] En résumé, le dossier produit en vue d'établir des règlements démontre qu'en raison de leurs capacités cognitives spécifiques, les jeunes enfants sont incapables de bien comprendre la publicité télévisée qui leur est destinée même s'ils en saisissent certains aspects. Ils croient aveuglément le message de vente. Ils ne perçoivent pas correctement la distorsion persuasive de la publicité et leur expérience de la vie n'est pas suffisante pour leur permettre d'envisager un point de vue contraire. Enfin, le contenu, l'endroit et les diverses techniques de la publicité commerciale destinée aux enfants sont choisis pour attirer les enfants et mettre en valeur la publicité et le produit. Par conséquent, les enfants sont incapables d'évaluer correctement la publicité qui leur est destinée.

Le rapport étaye solidement la conclusion que la publicité télévisée destinée aux jeunes enfants est en soi manipulatrice. Elle vise à promouvoir des produits en convainquant ceux qui sont toujours prêts à tout croire.

Il est raisonnable d'étendre la portée de cette conclusion de deux façons. Premièrement, elle peut s'appliquer à la publicité dans d'autres médias. Par exemple, le rapport de l'OCDE, précité, porte sur la publicité destinée aux enfants dans tous les médias, y compris la télévision, bien que la majeure partie de la preuve se rapporte à la force persuasive de la publicité télévisée. Deuxièmement, elle peut s'appliquer à la publicité destinée à des

ing somewhat different conclusions about the age at which children generally develop the cognitive ability to recognize the persuasive nature of advertising and to evaluate its comparative worth. The studies suggest that at some point between age seven and adolescence, children become as capable as adults of understanding and responding to advertisements. The majority in the Court of Appeal interpreted this evidence narrowly and found that it only justified the objective of regulating advertising aimed at children six or younger, not the regulation of advertising aimed at children between the ages of seven and thirteen. They concluded, and we agree, that the evidence was strongest with respect to the younger age category. Opinion is more divided when children in the older age category are involved. But the legislature was not obliged to confine itself solely to protecting the most clearly vulnerable group. It was only required to exercise a reasonable judgment in specifying the vulnerable group.

enfants plus âgés (7 à 13 ans). Le procureur général a déposé un certain nombre d'études qui arrivent à des conclusions quelque peu différentes quant à l'âge auquel les enfants acquièrent des capacités cognitives suffisantes pour reconnaître la nature persuasive de la publicité et évaluer sa valeur relative. Les études permettent de dire que quelque part entre l'âge de sept ans et l'adolescence, les enfants deviennent tout aussi capables que les adultes de comprendre les messages publicitaires et d'y réagir. La Cour d'appel, à la majorité, a donné une interprétation restrictive à cette preuve et a conclu qu'elle justifiait uniquement l'objectif de réglementation de la publicité destinée aux enfants de six ans ou moins et non la publicité destinée aux enfants de sept à treize ans. Elle a conclu, et nous partageons son avis, que la preuve était plus convaincante à l'égard des plus jeunes. Les opinions ne sont pas unanimes quant à la catégorie des plus âgés. Le législateur n'était cependant pas obligé de se limiter seulement à protéger le groupe le plus clairement vulnérable. Il était tenu seulement d'exercer un jugement raisonnable dans l'identification du groupe vulnérable.

As Dickson C.J. noted in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, *supra*, at pp. 781-82, commenting on the legislative decision to exempt businesses having seven or fewer employees from a Sunday closing rule:

> I might add that I do not believe there is any magic in the number seven as distinct from, say, five, ten, or fifteen employees as a cut-off point for eligibility for the exemption. In balancing the interests of retail employees to a holiday in common with their family and friends against the s. 2(*a*) interests of those affected the Legislature engaged in the process envisaged by s. 1 of the *Charter*. A "reasonable limit" is one which, having regard to the principles enunciated in *Oakes*, it was reasonable for the legislature to impose. The courts are not called upon to substitute judicial opinions for legislative ones as to the place at which to draw a precise line.

Comme l'a souligné le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, précité, aux pp. 781 et 782, au sujet de la décision législative d'exempter les commerces qui comptaient sept employés ou moins de l'obligation de fermer leurs portes le dimanche:

> J'ajouterais que je ne vois rien de magique dans le choix du chiffre sept plutôt que, disons, cinq, dix ou quinze employés comme étant le nombre limite pour être admissible à l'exemption. En évaluant les intérêts qu'ont les salariés du commerce de détail à bénéficier d'un jour commun de congé avec leurs familles et leurs amis par rapport aux droits que possèdent les personnes touchées en vertu de l'al. 2*a*), le législateur s'est engagé dans le processus envisagé par l'article premier de la *Charte*. Une «limite raisonnable» est une limite qui, compte tenu des principes énoncés dans l'arrêt *Oakes*, pouvait être raisonnablement imposée par le législateur. Les tribunaux ne sont pas appelés à substituer des opinions judiciaires à celles du législateur quant à l'endroit où tracer une ligne de démarcation.

The same can be said of evaluating competing credible scientific evidence and choosing thirteen, as opposed to ten or seven, as the upper age limit

On peut dire la même chose de l'évaluation de preuves scientifiques crédibles mais divergentes et du choix de treize ans plutôt que de dix ou de sept

for the protected group here in issue. Where the legislature mediates between the competing claims of different groups in the community, it will inevitably be called upon to draw a line marking where one set of claims legitimately begins and the other fades away without access to complete knowledge as to its precise location. If the legislature has made a reasonable assessment as to where the line is most properly drawn, especially if that assessment involves weighing conflicting scientific evidence and allocating scarce resources on this basis, it is not for the court to second guess. That would only be to substitute one estimate for another. In dealing with inherently heterogeneous groups defined in terms of age or a characteristic analogous to age, evidence showing that a clear majority of the group requires the protection which the government has identified can help to establish that the group was defined reasonably. Here, the legislature has mediated between the claims of advertisers and those seeking commercial information on the one hand, and the claims of children and parents on the other. There is sufficient evidence to warrant drawing a line at age thirteen, and we would not presume to re-draw the line. We note that in *Ford*, *supra*, at pp. 777-79, the Court also recognized that the government was afforded a margin of appreciation to form legitimate objectives based on somewhat inconclusive social science evidence.

In sum, the objective of regulating commercial advertising directed at children accords with a general goal of consumer protection legislation, *viz.* to protect a group that is most vulnerable to commercial manipulation. Indeed, that goal is reflected in general contract doctrine (see, for example, *Civil Code of Lower Canada*, arts. 987 and 1001 to 1011 respecting contracts with minors). Children are not as equipped as adults to evaluate the persuasive force of advertising and advertisements directed at children would take advantage of this. The legislature reasonably concluded that advertisers should be precluded from taking advantage of children both by inciting them to

ans comme l'âge limite supérieur du groupe protégé en cause. Lorsque le législateur arbitre entre les revendications divergentes de différents groupes de la collectivité, il est obligé de tracer une ligne de démarcation qui est à la fois le point de départ légitime des unes et le point où les autres disparaissent, sans être en mesure de savoir exactement où cette ligne se trouve. Si le législateur a fait une évaluation raisonnable quant à la place appropriée de la ligne de démarcation, surtout quand cette évaluation exige l'appréciation de preuves scientifiques contradictoires et la répartition de ressources limitées, il n'appartient pas aux tribunaux de se prononcer après coup. Ce serait seulement substituer une évaluation à une autre. Quand on traite de groupes hétérogènes en soi et définis en fonction de l'âge ou d'une caractéristique analogue à l'âge, la preuve qu'une forte majorité du groupe requiert le genre de protection prévue par le gouvernement peut permettre d'établir que le groupe a été défini de façon raisonnable. En l'espèce, le législateur a arbitré entre les revendications des annonceurs et de ceux qui demandent une information de nature commerciale, d'une part, et les revendications des enfants et des parents, d'autre part. La preuve est suffisante pour tracer la ligne de démarcation à l'âge de treize ans et nous ne nous permettrions pas de retracer la ligne. Soulignons que, dans l'arrêt *Ford*, précité, aux pp. 777 à 779, la Cour a également reconnu que le gouvernement disposait d'une certaine latitude pour formuler des objectifs légitimes fondés sur des preuves en matière de sciences humaines qui n'étaient pas totalement concluantes.

Bref, l'objectif de réglementer la publicité commerciale destinée à des enfants est conforme au but général d'une loi sur la protection du consommateur, c.-à-d. de protéger un groupe qui est très vulnérable à la manipulation commerciale. De plus, ce but ressort de la théorie générale des contrats (voir, par exemple, les art. 987 et 1001 à 1011 du *Code civil du Bas-Canada* sur les contrats conclus avec des mineurs). Les capacités des enfants ne sont pas aussi développées que celles des adultes pour évaluer la force persuasive de la publicité et les messages publicitaires destinés aux enfants tirent avantage de ce fait. Le législateur a raisonnablement conclu qu'il fallait empêcher que

make purchases and by inciting them to have their parents make purchases. Either way, the advertiser would not be able to capitalize upon children's credulity. The s. 1 and s. 9.1 materials demonstrate, on the balance of probabilities, that children up to the age of thirteen are manipulated by commercial advertising and that the objective of protecting all children in this age group is predicated on a pressing and substantial concern. We thus conclude that the Attorney General has discharged the onus under the first part of the *Oakes* test.

b. Means Proportional to the Ends

The second part of the s. 1 and s. 9.1 test involves balancing a number of factors to determine whether the means chosen by the government are proportional to its objective. As Dickson C.J. stated in *Edwards Books and Art Ltd.*, *supra*, at p. 768:

> Second, the means chosen to attain those objectives must be proportional or appropriate to the ends. The proportionality requirement, in turn, normally has three aspects: the limiting measures must be carefully designed, or rationally connected, to the objective; they must impair the right as little as possible; and their effects must not so severely trench on individual or group rights that the legislative objective, albeit important, is nevertheless outweighed by the abridgement of rights.

i. *Rational Connection*

There can be no doubt that a ban on advertising directed to children is rationally connected to the objective of protecting children from advertising. The government measure aims precisely at the problem identified in the s. 1 and s. 9.1 materials. It is important to note that there is no general ban on the advertising of children's products, but simply a prohibition against directing advertisements to those unaware of their persuasive intent. Commercial advertisements may clearly be directed at the true purchasers—parents or other adults. Indeed, non-commercial educational advertising aimed at children is permitted. Simply put, advertisers exploit children by inciting them to buy and by inciting them to have their parents buy. Either way, the advertiser would not be able to capitalize upon children's credulity. The s. 1 and s. 9.1 materials demonstrate, on the balance of probabilities, that children up to the age of thirteen are manipulated by commercial advertising and that the objective of protecting all children in this age group is predicated on a pressing and substantial concern. We thus conclude that the Attorney General has discharged the onus under the first part of the *Oakes* test.

b. Des moyens proportionnels aux fins

La deuxième partie du critère des articles premier et 9.1 exige qu'on soupèse un certain nombre de facteurs pour déterminer si les moyens choisis par le gouvernement sont proportionnels à son objectif. Comme l'a affirmé le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Edwards Books and Art Ltd.*, précité, à la p. 768:

> En second lieu, les moyens choisis pour atteindre ces objectifs doivent être proportionnels ou appropriés à ces fins. La proportionnalité requise, à son tour, comporte normalement trois aspects: les mesures restrictives doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question, ou avoir un lien rationnel avec cet objectif; elles doivent être de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question et leurs effets ne doivent pas empiéter sur les droits individuels ou collectifs au point que l'objectif législatif, si important soit-il, soit néanmoins supplanté par l'atteinte aux droits.

i. *Le lien rationnel*

Il n'y a pas de doute que l'interdiction de la publicité destinée aux enfants a un lien rationnel avec l'objectif de protéger les enfants contre la publicité. Les mesures prises par le gouvernement visent précisément le problème traité dans les documents relatifs aux articles premier et 9.1. Il est important de souligner que nous ne sommes pas en présence d'une interdiction générale de la publicité de produits pour enfants mais simplement d'une interdiction de présenter des messages publicitaires à ceux qui ne sont pas conscients du fait que ces messages visent à persuader. Les messages publicitaires peuvent certainement s'adresser aux

1989 CanLII 87 (SCC)

tisers are prevented from capitalizing on the inability of children either to differentiate between fact and fiction or to acknowledge and thereby resist or treat with some skepticism the persuasive intent behind the advertisement. In the present case, we are of the opinion that the evidence does establish the necessary rational connection between means and objective. In *Ford*, by contrast, no rational connection was established between excluding all languages other than French from signs in Quebec and having the reality of Quebec society communicated through the "*visage linguistique*".

ii. *Minimal Impairment*

We turn now to the requirement that "the means, even if rationally connected to the objective . . . should impair 'as little as possible' the right or freedom in question": *Oakes*, *supra*, at p. 139. We would note that in this context, the standard of proof is the civil standard, that is, proof on the balance of probabilities. Furthermore, as Dickson C.J. observed in *Oakes, supra*, at p. 137:

> Within the broad category of the civil standard, there exist different degrees of probability depending on the nature of the case: see Sopinka and Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases* (Toronto: 1974), at p. 385. As Lord Denning explained in *Bater v. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458 (C.A.), at p. 459:
>
> > The case may be proved by a preponderance of probability, but there may be degrees of probability within that standard. The degree depends on the subject-matter. A civil court, when considering a charge of fraud, will naturally require a higher degree of probability than that which it would require if considering whether negligence were established. It does not adopt so high a degree as a criminal court, even when it is considering a charge of a criminal nature, but still it does require a degree of probability which is commensurate with the occasion.

véritables acheteurs, les parents ou d'autres adultes. En fait, la publicité éducative non commerciale destinée aux enfants est permise. En termes simples, on veut empêcher les annonceurs de tirer profit de l'incapacité des enfants de distinguer la réalité de la fiction ou de reconnaître la force persuasive cachée du message publicitaire, et donc d'y résister ou d'y réagir avec un certain scepticisme. En l'espèce, nous sommes d'avis que la preuve démontre l'existence du lien rationnel nécessaire entre les moyens et l'objectif. Par opposition, dans l'arrêt *Ford*, aucun lien rationnel n'avait été établi entre l'exclusion de toutes les autres langues que le français de l'affichage au Québec et la communication de la réalité de la société québécoise à travers son «visage linguistique».

ii. *L'atteinte minimale au droit ou à la liberté*

Abordons maintenant l'autre exigence selon laquelle, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, «le moyen choisi doit être de nature à porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question»: *Oakes*, précité, p. 139. Nous tenons à souligner qu'à cet égard la norme de preuve est celle qui s'applique en matière civile, c.-à-d. la preuve selon la prépondérance des probabilités. En outre, comme l'a souligné le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Oakes*, précité, à la p. 137:

> La norme générale applicable en matière civile comporte différents degrés de probabilité qui varient en fonction de la nature de chaque espèce: voir Sopinka et Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases* (Toronto: 1974), à la p. 385. Comme l'explique lord Denning dans *Bater v. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458 (C.A.), à la p. 495:
>
> > [TRADUCTION] La preuve peut être faite selon la prépondérance des probabilités, mais cette norme peut comporter des degrés de probabilité. Ce degré dépend de l'objet du litige. Une cour civile, saisie d'une accusation de fraude, exigera naturellement un degré de probabilité plus élevé que celui qu'elle exigerait en examinant si la faute a été établie. Elle n'adopte pas une norme aussi sévère que le ferait une cour criminelle, même en examinant une accusation de nature criminelle, mais il reste qu'elle exige un degré de probabilité proportionné aux circonstances.

1989 CanLII 87 (SCC)

This observation is particularly relevant to the "minimal impairment" branch of the *Oakes* proportionality test. The party seeking to uphold the limit must demonstrate on a balance of probabilities that the means chosen impair the freedom or right in question as little as possible. What will be "as little as possible" will of course vary depending on the government objective and on the means available to achieve it. As the Chief Justice wrote in *Oakes, supra*, at p. 139:

> Although the nature of the proportionality test will vary depending on the circumstances, in each case courts will be required to balance the interests of society with those of individuals and groups.

Thus, in matching means to ends and asking whether rights or freedoms are impaired as little as possible, a legislature mediating between the claims of competing groups will be forced to strike a balance without the benefit of absolute certainty concerning how that balance is best struck. Vulnerable groups will claim the need for protection by the government whereas other groups and individuals will assert that the government should not intrude. In *Edwards Books and Art Ltd., supra*, Dickson C.J. expressed an important concern about the situation of vulnerable groups (at p. 779):

> In interpreting and applying the *Charter* I believe that the courts must be cautious to ensure that it does not simply become an instrument of better situated individuals to roll back legislation which has as its object the improvement of the condition of less advantaged persons.

When striking a balance between the claims of competing groups, the choice of means, like the choice of ends, frequently will require an assessment of conflicting scientific evidence and differing justified demands on scarce resources. Democratic institutions are meant to let us all share in the responsibility for these difficult choices. Thus, as courts review the results of the legislature's deliberations, particularly with respect to the protection of vulnerable groups, they must be mindful of the legislature's representative function. For example, when "regulating industry or business it

Cette remarque est particulièrement pertinente relativement au volet de «l'atteinte minimale» du critère de proportionnalité de l'arrêt *Oakes*. C'est à la partie qui cherche à maintenir la restriction qu'il incombe de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que les moyens choisis portent le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question. Ce qui est «le moins possible» va bien sûr varier selon l'objectif du gouvernement et les moyens dont il dispose pour l'atteindre. Comme le Juge en chef l'a dit dans l'arrêt *Oakes*, précité, p. 139:

> Même si la nature du critère de proportionnalité pourra varier selon les circonstances, les tribunaux devront, dans chaque cas, soupeser les intérêts de la société et ceux de particuliers et de groupes.

Ainsi, en faisant correspondre les moyens et les fins, et en se demandant s'il a été porté le moins possible atteinte aux droits ou aux libertés, le législateur en arbitrant entre les revendications de groupes concurrents, sera encore obligé de trouver le point d'équilibre sans pouvoir être absolument certain d'où il se trouve. Les groupes vulnérables vont revendiquer la protection du gouvernement alors que les autres groupes et individus affirmeront que le gouvernement ne doit pas intervenir. Dans l'arrêt *Edwards Books and Art Ltd.*, précité, le juge en chef Dickson a exprimé une préoccupation importante en ce qui concerne la situation des groupes vulnérables (à la p. 779):

> Je crois que lorsqu'ils interprètent et appliquent la *Charte*, les tribunaux doivent veiller à ce qu'elle ne devienne pas simplement l'instrument dont se serviront les plus favorisés pour écarter des lois dont l'objet est d'améliorer le sort des moins favorisés.

Pour trouver le point d'équilibre entre des groupes concurrents, le choix des moyens, comme celui des fins, exige souvent l'évaluation de preuves scientifiques contradictoires et de demandes légitimes mais contraires quant à la répartition de ressources limitées. Les institutions démocratiques visent à ce que nous partagions tous la responsabilité de ces choix difficiles. Ainsi, lorsque les tribunaux sont appelés à contrôler les résultats des délibérations du législateur, surtout en matière de protection de groupes vulnérables, ils doivent garder à l'esprit la fonction représentative du pouvoir législatif. Par

1989 CanLII 87 (SCC)

is open to the legislature to restrict its legislative reforms to sectors in which there appear to be particularly urgent concerns or to constituencies that seem especially needy" (*Edwards Books and Art Ltd.*, *supra*, at p. 772).

In other cases, however, rather than mediating between different groups, the government is best characterized as the singular antagonist of the individual whose right has been infringed. For example, in justifying an infringement of legal rights enshrined in ss. 7 to 14 of the *Charter*, the state, on behalf of the whole community, typically will assert its responsibility for prosecuting crime whereas the individual will assert the paramountcy of principles of fundamental justice. There might not be any further competing claims among different groups. In such circumstances, and indeed whenever the government's purpose relates to maintaining the authority and impartiality of the judicial system, the courts can assess with some certainty whether the "least drastic means" for achieving the purpose have been chosen, especially given their accumulated experience in dealing with such questions: see *Sunday Times v. United Kingdom* (1979), 2 E.H.R.R. 245, at p. 276. The same degree of certainty may not be achievable in cases involving the reconciliation of claims of competing individuals or groups or the distribution of scarce government resources.

In the instant case, the Court is called upon to assess competing social science evidence respecting the appropriate means for addressing the problem of children's advertising. The question is whether the government had a reasonable basis, on the evidence tendered, for concluding that the ban on all advertising directed at children impaired freedom of expression as little as possible given the government's pressing and substantial objective.

The strongest evidence for the proposition that this ban impairs freedom of expression as little as possible comes from the FTC Report. Because the

exemple «en réglementant une industrie ou un commerce, il est loisible au législateur de limiter sa réforme législative à des secteurs où il semble y avoir des préoccupations particulièrement urgentes ou à des catégories où cela semble particulièrement nécessaire» (*Edwards Books and Art Ltd.*, précité, à la p. 772).

Il arrive parfois qu'au lieu d'arbitrer entre des groupes différents, le gouvernement devienne plutôt ce qu'on pourrait appeler l'adversaire singulier de l'individu dont le droit a été violé. Par exemple, pour justifier une atteinte à des droits consacrés par les art. 7 à 14 de la *Charte*, l'État fera valoir, au nom de toute la société, sa responsabilité de poursuivre les criminels alors que la personne fera valoir le caractère prépondérant des principes de justice fondamentale. Il est possible qu'il n'y ait pas de demandes contradictoires venant de différents groupes. Dans de tels cas, et d'ailleurs chaque fois que l'objet du gouvernement se rapporte au maintien de l'autorité et de l'impartialité du système judiciaire, les tribunaux peuvent décider avec un certain degré de certitude si les [TRADUCTION] «moyens les moins radicaux» ont été choisis pour parvenir à l'objectif compte tenu de la somme d'expérience acquise dans le règlement de ces questions: voir *Sunday Times v. United Kingdom* (1979), 2 E.H.R.R. 245, à la p. 276. Il ne sera peut-être pas possible d'atteindre le même degré de certitude dans des cas exigeant la conciliation de revendications contraires de groupes ou d'individus ou la répartition de ressources gouvernementales limitées.

En l'espèce, la Cour est appelée à évaluer des preuves contradictoires, qui relèvent des sciences humaines, quant aux moyens appropriés de faire face au problème de la publicité destinée aux enfants. La question est de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé, compte tenu de la preuve offerte, à conclure qu'interdire toute publicité destinée aux enfants portait le moins possible atteinte à la liberté d'expression étant donné l'objectif urgent et réel que visait le gouvernement.

La meilleure preuve à l'appui de l'affirmation que cette interdiction porte le moins possible atteinte à la liberté d'expression provient du rap-

Report found that children are not equipped to identify the persuasive intent of advertising, content regulation could not address the problem. The Report concluded that the only effective means for dealing with advertising directed at children would be a ban on all such advertising because "[a]n informational remedy would not eliminate nor overcome the cognitive limitations that prevent young children from understanding advertising" (p. 36). However, the Report also concluded that such a ban could not be implemented either on the basis of audience composition data or on the basis of a definition of "advertising directed at children". It thus counselled against a ban (at p. 2):

[T]he record establishes that the only effective remedy would be a ban on all advertisements oriented toward young children, and such a ban, as a practical matter, cannot be implemented.

The Report gave two reasons why a ban could not be implemented on the basis of audience composition data. First, according to the Report, viewing audiences were not so sufficiently segmented that one could implement a total ban on advertising during time periods when, on the basis of television ratings, programming is directed at young children. Only one network program was identified as attracting a viewing audience composed, over 30 per cent, by young children. Second, if the percentage were relaxed to, say, 20 per cent, a total ban on advertising would catch too many non-children and would still fail to catch all programs frequently watched by young children (at pp. 39-41):

The data indicate that if either a 50% or a 30% audience cutoff figure is used (*i.e.* when young children constitute 50% or 30% of the actual viewing audience), advertising on only one network program (Captain Kangaroo) would be affected. Advertising on more programs would be included in a ban only if the cutoff figure were lowered to 20%. However, the staff believes that utilizing a 20% cutoff figure would not be advisable because the use of such a low cutoff figure would affect the viewing of the 80% of the audience who are not young

port de la FTC. Parce qu'on a conclu dans le rapport que les enfants n'ont pas la capacité de discerner le but persuasif du message publicitaire, une réglementation du contenu ne pouvait régler le problème. Selon les conclusions du rapport, le seul moyen efficace de traiter de la publicité destinée aux enfants était de l'interdire tout à fait car [TRADUCTION] «[u]n correctif informationnel n'éliminerait ni ne surmonterait les limites cognitives qui empêchent les jeunes enfants de comprendre ce que sont les messages publicitaires» (p. 36). Cependant, on conclut également dans le rapport qu'une telle interdiction ne pourrait être mise en œuvre ni à partir des données sur la composition de l'auditoire ni à partir d'une définition de la «publicité destinée aux enfants». En conséquence, le rapport ne recommandait pas l'interdiction (à la p. 2):

[TRADUCTION] [L]es documents ont révélé que le seul correctif efficace serait d'interdire toute publicité destinée aux jeunes enfants et cette interdiction ne peut, à toutes fins pratiques, être mise en œuvre.

Le rapport fait état de deux raisons pour lesquelles une interdiction ne pourrait être mise en œuvre à partir de données sur la composition de l'auditoire. Premièrement, selon le rapport, les catégories de téléspectateurs ne sont pas assez compartimentées pour que l'on puisse interdire totalement la publicité pendant des périodes d'écoute au cours desquelles, d'après les cotes d'écoute, les émissions sont destinées aux jeunes enfants. On a identifié une seule émission du réseau qui attirait un auditoire composé de plus de 30 p. 100 de jeunes enfants. Deuxièmement, si le pourcentage était ramené à 20 p. 100 par exemple, une interdiction absolue viserait trop de téléspectateurs autres que des enfants et n'atteindrait toujours pas toutes les émissions que les enfants regardent fréquemment (aux pp. 39 à 41):

[TRADUCTION] Les données indiquent que si une tranche de 50 p. 100 ou de 30 p. 100 de l'auditoire était utilisée (c.-à-d. lorsque les jeunes enfants représentent 50 p. 100 ou 30 p. 100 des téléspectateurs réels), la publicité présentée au cours d'une seule émission du réseau (Captain Kangaroo) serait touchée. Ce n'est que si la tranche était réduite à 20 p. 100 qu'un plus grand nombre d'émissions seraient touchées par l'interdiction. Le personnel de la Commission ne recommande pas l'utilisation d'une tranche réduite à 20 p. 100 parce que

1989 CanLII 87 (SCC)

children and who do not have their cognitive limitations . . . .

Staff believes that implementing a ban utilizing a 20% figure would not be advisable because the ban's scope would still be underinclusive from the standpoint of advertising affected and the proportion of the child's total television viewing affected . . . Further analysis of viewing data for young children (two to five) indicates more specifically that if a 20% cutoff figure were used, advertising on only 24 network programs would be affected, 22 of which are shown on Saturday or Sunday mornings. The use of a 20% figure would not include advertising on child-oriented programs shown during other time periods. Only 13% of a young child's weekly viewing of television occurs on weekend mornings.

Because the FTC Report focussed on the effect of advertising aimed at young children (2-6) and proceeded on the basis that advertising directed at older children (7-13) did not pose a problem, it concluded, reasonably enough, that no definition could distinguish adequately between advertising directed at young children and advertising directed at older children (at pp. 44-45):

[The preliminary] Staff Report suggested a definition of "advertising directed to children" based on program design. A remedy based on this definition would ban advertising "in or adjacent to programs that have been designated as children's programs using some *a priori* judgments." The major and inherent drawback to this definition is that it does not distinguish between programs designed for younger children and those designed for older children . . . .

The lack of specificity in categorizing children's programs as being primarily for two-six year olds appears to coincide with the industry's practice of not directing advertisements solely to young children. For instance, CBS stated: "while certain advertisers who use television may wish to address young viewers, they rarely, if ever, limit their appeal to the young children alone."

Sections 248 and 249 preserve the rationale for a ban contained in the FTC Report at the same time as overcoming the practical limitations sug-

cela toucherait 80 p. 100 de téléspectateurs qui ne sont pas de jeunes enfants et n'ont pas leurs limites cognitives . . .

Le personnel ne recommande pas la mise en œuvre d'une interdiction fondée sur le chiffre de 20 p. 100 parce que l'étendue de l'interdiction serait encore insuffisante du point de vue de la publicité visée et de la proportion de la période d'écoute totale des enfants [. . .] Une analyse plus poussée des périodes d'écoute chez les jeunes enfants (deux à cinq ans) indique plus précisément que, si une tranche de 20 p. 100 était utilisée, seule la publicité de 24 émissions présentées sur le réseau serait touchée et que 22 de ces émissions sont présentées le samedi ou le dimanche matin. L'utilisation d'une tranche de 20 p. 100 ne viserait pas les émissions destinées aux enfants présentées au cours d'autres périodes d'écoute. Les matins de la fin de semaine représente seulement 13 p. 100 de la période d'écoute hebdomadaire d'un jeune enfant.

Parce que le rapport portait surtout sur l'effet de la publicité destinée aux jeunes enfants (2 à 6 ans) et tenait pour acquis que celle destinée aux plus âgés (7 à 13 ans) ne soulevait aucune difficulté, la FTC a conclu assez raisonnablement qu'aucune définition ne permettait de faire une distinction adéquate entre la publicité destinée aux jeunes enfants et celle destinée aux enfants plus âgés (aux pp. 44 et 45):

[TRADUCTION] Le personnel a proposé dans le rapport [provisoire] une définition de «publicité destinée aux enfants» fondée sur la planification des émissions. Si un correctif était apporté selon cette définition, la publicité serait interdite «au cours ou aux alentours d'émissions qui sont qualifiées d'émissions pour enfants à partir de jugements préconçus». Le défaut majeur et inhérent de cette définition est qu'elle n'établit pas de distinctions entre les émissions destinées aux plus jeunes enfants et celles destinées aux plus âgés . . .

L'absence de précision dans la classification des émissions pour les enfants de deux à six ans, paraît coïncider avec la pratique commerciale de ne pas adresser les messages publicitaires uniquement aux jeunes enfants. Par exemple, CBS a déclaré: «bien que certains annonceurs qui utilisent la télévision puissent vouloir s'adresser aux jeunes auditeurs, il arrive rarement, sinon jamais, qu'ils adressent exclusivement leurs messages aux jeunes enfants.»

Les articles 248 et 249 conservent le raisonnement qui selon le rapport de la FTC justifierait l'interdiction tout en apportant une solution aux

1989 CanLII 87 (SCC)

gested therein. The sections contemplate a larger age group than that envisaged by the FTC Report, and always allow advertising aimed at adults, thereby avoiding the difficulties identified in the Report both with a ban based on audience composition and with a ban based on the definition of "advertising directed to children". The *Application Guide for Sections 248 and 249* helps to illustrate this. It specifies a number of time periods during the day when, based on Bureau of Broadcast Measurement (BBM) statistics, over 15 per cent of the audience is made up of children aged 2 to 11. It was possible to arrive at these time periods despite the FTC's arguments precisely because a larger target group was specified. Furthermore, using this larger target group, it was possible for the Office de la protection du consommateur to identify products and advertising methods aimed at children. In this way, the 15 per cent cut-off does not serve to justify a ban on all advertising (as the 20 per cent cut-off discussed by the FTC was designed to do). By specifying categories of (1) products, (2) advertisements and (3) audience, the Guide allows for a sophisticated appraisal of when an advertisement is aimed at children. These three categories are drawn directly from s. 249 and their elaboration by the Office is an attempt to perform the same balancing test required of the courts. Three categories of products are specified: (1) those aimed exclusively at children (toys, and certain candies and foods); (2) those having a large attraction for children (certain cereals, desserts and games); and (3) those aimed at adults. Four categories of advertisements are specified: (1) those not likely to interest children; (2) those not designed to interest children; (3) those directed only partly to children; and (4) those aimed mainly at children. Three categories of audience are specified: (1) children compose over 15 per cent; (2) children compose between 5 per cent and 15 per cent; and (3) children compose less than 5 per cent. On this basis, the Guide sets forth a table according to which different kinds of advertisements for the various product categories will be permitted depending upon audience composition. There is a system of pre-clearance run by a committee of the Office which helps advertisers to

limites pratiques qui y sont mentionnées. Les articles visent un groupe d'âge plus large que celui envisagé dans le rapport de la FTC et autorisent toujours les messages publicitaires destinés aux adultes, évitant ainsi les difficultés que le rapport associe à une interdiction fondée sur la composition de l'auditoire et à une interdiction fondée sur la définition de l'expression «publicité destinée aux enfants». Le *Guide d'application des articles 248 et 249* illustre bien ce point. Il identifie un certain nombre de périodes d'écoute pendant la journée au cours desquelles plus de 15 p. 100 de l'auditoire, selon les statistiques du Bureau of Broadcast Measurement (BBM), sont des enfants de 2 à 11 ans. Il a été possible d'identifier ces périodes d'écoute malgré les arguments de la FTC, justement parce qu'on a utilisé un groupe cible plus large. En outre, à partir de ce groupe cible plus large, l'Office de la protection du consommateur a pu identifier les produits et méthodes publicitaires destinés aux enfants. De cette façon, la tranche de 15 p. 100 ne sert pas à justifier l'interdiction de toute publicité (comme était censée le faire la tranche de 20 p. 100 examinée par la FTC). En identifiant les catégories (1) de produits, (2) de messages publicitaires et (3) d'auditeurs, le Guide prévoit une évaluation très élaborée pour déterminer quand un message publicitaire est destiné aux enfants. Ces trois catégories proviennent directement de l'art. 249 et l'Office les a conçues dans le but d'appliquer le même critère que les tribunaux utilisent lorsqu'ils soupèsent différents facteurs. Trois catégories de produits sont identifiées: (1) les produits exclusivement destinés aux enfants (les jouets, certaines friandises et certains aliments); (2) les produits qui présentent un attrait marqué pour les enfants (certains jeux, certaines céréales et certains desserts); et (3) les produits destinés aux adultes. Quatre catégories de messages publicitaires sont identifiées: (1) les messages qui ne sont pas susceptibles d'intéresser les enfants; (2) les messages qui ne sont pas conçus pour intéresser les enfants; (3) les messages partiellement destinés aux enfants; et (4) les messages principalement destinés aux enfants. Trois catégories d'auditoires sont identifiées: (1) l'auditoire qui comprend plus de 15 p. 100 d'enfants; (2) l'auditoire qui com-

1989 CanLII 87 (SCC)

determine whether any given commercial is subject to the ban.

While ss. 248 and 249 do not incorporate all the details included in the Guide, they do put into place the framework for a practicable ban on advertising directed at children. The courts, rather than the Office de la protection du consommateur, are left with the final word as to whether, for example, the strictest limit on advertising should apply where children compose over 15 per cent of the audience rather than, for example, 20 per cent. But if a ban is the only effective means to achieve the legislative objective, and if such a ban can only be implemented using a flexible balancing test, the legislature cannot be faulted for leaving that balancing to the courts. Indeed, this should help to ensure that minimal impairment of free expression is a constant factor in the application of the law.

Of course, despite the FTC Report's conclusions to the contrary, the respondent argued that a ban was not the only effective means for dealing with the problem posed by children's advertising. In particular, it pointed to the self-regulation mechanism provided by the *Broadcast Code for Advertising to Children* as an obvious alternative and emphasized that Quebec was unique among industrialized countries in banning advertising aimed at children (see Boddewyn, op. cit.) The latter assertion must be qualified in two respects. First, as of 1984, Belgium, Denmark, Norway and Sweden did not allow any commercials on television and radio. Second, throughout Canada, as in Italy, the public network does not accept children's commercials (except, in the case of the CBC, during "family programs"). Consequently, Quebec's ban on advertising aimed at children is not out of proportion

prend entre 5 p. 100 et 15 p. 100 d'enfants; et (3) l'auditoire qui comprend moins de 5 p. 100 d'enfants. À partir de cela, le Guide a établi une grille qui indique les différents types de messages publicitaires associés aux diverses catégories de produits qui seront permis selon la composition de l'auditoire. Un comité de l'Office responsable d'un système d'approbation préalable aide les annonceurs à déterminer si un message publicitaire donné risque d'être interdit.

Bien que les art. 248 et 249 ne reprennent pas tous les éléments contenus dans le Guide, ils fournissent le cadre qui permet effectivement d'interdire les messages publicitaires destinés aux enfants. En dernier ressort, il appartient aux tribunaux et non à l'Office de la protection du consommateur de décider si, par exemple, la restriction la plus sévère à la publicité devrait s'appliquer lorsque l'auditoire comprend plus de 15 p. 100 d'enfants plutôt que par exemple 20 p. 100. Mais si l'interdiction est le seul moyen efficace d'atteindre l'objectif du législateur, et si une telle interdiction ne peut être appliquée que grâce à un critère souple qui permet de soupeser les différents facteurs, on ne peut reprocher au législateur de laisser cette tâche aux tribunaux. Cela pourrait d'ailleurs permettre d'assurer que l'atteinte minimale à la liberté d'expression est un facteur constant dans l'application de la loi.

Évidemment, malgré les conclusions contraires du rapport de la FTC, l'intimée a soutenu que l'interdiction de la publicité n'était pas le seul moyen efficace de régler le problème de la publicité destinée aux enfants. Elle a fait valoir en particulier le mécanisme d'autodiscipline prévu dans le *Code de la publicité radiotélévisée destinée aux enfants* comme un autre moyen évident et a insisté sur le fait que le Québec était seul parmi les pays industrialisés à interdire la publicité destinée aux enfants (voir Boddewyn, *op. cit.*) La dernière affirmation mérite d'être nuancée à deux égards. Premièrement, depuis 1984, la Belgique, le Danemark, la Norvège et la Suède interdisent la diffusion de messages publicitaires à la télévision et à la radio. Deuxièmement, partout au Canada, comme en Italie, le réseau public n'accepte pas les messages publicitaires destinés aux enfants (sauf, dans le

1989 CanLII 87 (SCC)

to measures taken in other jurisdictions. Nor is legislative action to protect vulnerable groups necessarily restricted to the least common denominator of actions taken elsewhere. Based on narrower objectives than those pursued by Quebec, some governments might reasonably conclude that self-regulation is an adequate mechanism for addressing the problem of children's advertising. But having identified advertising aimed at persons under thirteen as *per se* manipulative, the legislature of Quebec could conclude, just as reasonably, that the only effective statutory response was to ban such advertising.

In sum, the evidence sustains the reasonableness of the legislature's conclusion that a ban on commercial advertising directed to children was the minimal impairment of free expression consistent with the pressing and substantial goal of protecting children against manipulation through such advertising. While evidence exists that other less intrusive options reflecting more modest objectives were available to the government, there is evidence establishing the necessity of a ban to meet the objectives the government had reasonably set. This Court will not, in the name of minimal impairment, take a restrictive approach to social science evidence and require legislatures to choose the least ambitious means to protect vulnerable groups. There must nevertheless be a sound evidentiary basis for the government's conclusions. In *Ford*, there was no evidence of any kind introduced to show that the exclusion of all languages other than French was necessary to achieve the objective of protecting the French language and reflecting the reality of Quebec society. What evidence was introduced established, at most, that a marked preponderance for the French language in the "*visage linguistique*" was proportional to that objective. The Court was prepared to allow a margin of appreciation to the government despite the fact that less intrusive measures, such as requiring equal prominence for the French language, were available. But there still had to be an

cas de Radio-Canada, au cours des «émissions familiales»). Par conséquent, l'interdiction que le Québec impose à la publicité destinée aux enfants n'est pas disproportionnée en comparaison des mesures adoptées dans d'autres ressorts. De plus, les mesures législatives visant à protéger des groupes vulnérables ne se limitent pas nécessairement au plus petit commun dénominateur des mesures prises ailleurs. Selon des objectifs plus limités que ceux que recherche le Québec, il se peut que certains gouvernements concluent raisonnablement que l'autodiscipline est un moyen approprié de régler le problème de la publicité destinée aux enfants. Mais ayant conclu que la publicité destinée aux personnes de moins de 13 ans était en soi manipulatrice, le législateur québécois pouvait tout aussi raisonnablement conclure que la seule solution législative efficace était de l'interdire.

En résumé, la preuve montre le caractère raisonnable de la conclusion du législateur que l'interdiction de la publicité commerciale destinée aux enfants constituait l'atteinte minimale à la liberté d'expression qui répondait à l'objectif urgent et réel de protéger les enfants contre la manipulation qu'exerce la publicité. Bien que, selon la preuve, le gouvernement dispose d'autres options comportant une intrusion moindre qui répondent à des objectifs plus modestes, la preuve démontre aussi la nécessité d'interdire la publicité pour parvenir aux objectifs que le gouvernement s'est raisonnablement fixés. Cette Cour n'adoptera pas une interprétation restrictive de la preuve en matière de sciences humaines, au nom du principe de l'atteinte minimale, et n'obligera pas les législatures à choisir les moyens les moins ambitieux pour protéger des groupes vulnérables. Néanmoins, les conclusions du gouvernement doivent s'appuyer sur des éléments de preuve solides. Dans l'arrêt *Ford*, aucun élément de preuve n'avait été présenté pour démontrer que l'exclusion de toutes les langues autres que le français était nécessaire pour parvenir à l'objectif visé qui était de protéger la langue française et de refléter la réalité de la société québécoise. Les éléments de preuve présentés établissaient tout au plus qu'une nette prédominance de la langue française dans le «*visage linguistique*» serait proportionnelle à cet objectif. La Cour était prête à reconnaître au gouvernement une certaine

1989 CanLII 87 (SCC)

evidentiary basis for concluding that the means chosen were proportional to the ends and impaired freedom of expression as little as possible. In *Ford*, that evidentiary basis did not exist.

iii. *Deleterious Effects*

There is no suggestion here that the effects of the ban are so severe as to outweigh the government's pressing and substantial objective. Advertisers are always free to direct their message at parents and other adults. They are also free to participate in educational advertising. The real concern animating the challenge to the legislation is that revenues are in some degree affected. This only implies that advertisers will have to develop new marketing strategies for children's products. Thus, there is no prospect that "because of the severity of the deleterious effects of [the] measure on individuals or groups, the measure will not be justified by the purposes it is intended to serve" (*Oakes*, at p. 140). The final component of the proportionality test is easily satisfied. In *Ford*, by contrast, the Attorney General of Quebec underscored the importance of the "*visage linguistique*" for francophone identity and culture and yet the effect of the measure taken was to prohibit the public manifestation of the identity and culture of non-francophones.

c. Conclusion

Based on the s. 1 and s. 9.1 materials, we conclude that ss. 248 and 249 constitute a reasonable limit upon freedom of expression and would accordingly uphold the legislation under s. 1 of the Canadian *Charter* and s. 9.1 of the Quebec *Charter*.

latitude dans cette évaluation même s'il existait des mesures constituant une intrusion moindre, comme exiger que le français soit aussi en évidence que toute autre langue. Mais il fallait quand même fournir des éléments de preuve à l'appui de la conclusion que les moyens choisis étaient proportionnels aux fins poursuivies et qu'ils portaient le moins possible atteinte à la liberté d'expression. Dans l'arrêt *Ford*, ces éléments de preuve étaient inexistants.

iii. *Les effets préjudiciables*

En l'espèce, on ne laisse pas entendre que les effets de l'interdiction sont tellement sévères qu'ils l'emportent sur l'objectif urgent et réel du gouvernement. Il est toujours loisible aux annonceurs d'adresser leur message aux parents et aux autres adultes. Ils sont également libres de participer à la publicité éducative. La véritable préoccupation à l'origine de la contestation de la loi est qu'elle touche les revenus dans une certaine mesure. Cela signifie simplement que les annonceurs devront inventer de nouvelles stratégies de commercialisation des produits pour enfants. Il n'y a donc aucun risque «qu'en raison de la gravité [des] effets préjudiciables [de la mesure] sur des particuliers ou sur des groupes, la mesure ne soit pas justifiée par les objectifs qu'elle est destinée à servir» (*Oakes*, à la p. 140). Le dernier élément du critère de proportionnalité est respecté. Par opposition, dans l'arrêt *Ford*, le procureur général du Québec avait souligné l'importance du «*visage linguistique*» pour l'identité et la culture francophones et, pourtant, la mesure prise avait pour effet d'interdire la manifestation publique de l'identité et la culture des non-francophones.

c. Conclusion

À partir des documents relatifs à l'article premier et à l'art. 9.1, nous concluons que les art. 248 et 249 apportent une restriction raisonnable à la liberté d'expression et que la loi est donc valide en application de l'article premier de la *Charte* canadienne et de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise.

1989 CanLII 87 (SCC)

VIII—Whether ss. 248 and 249 Violate s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

One issue remains to be considered. The respondent alleges that ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* infringe s. 7 of the *Charter*. The legislation contemplates a possible restriction to liberty which could occur, so the argument goes, in a manner not in accordance with the principles of fundamental justice. The respondent submits that s. 278 of the *Consumer Protection Act*, read together with ss. 248 and 249, provides for penal sanctions based on a prohibition which is impermissibly vague. The appellant takes no position on the question of whether the principles of fundamental justice give rise to "vagueness doctrine". Its submission is simply that the law is not vague—a submission which was accepted by Vallerand J.A., the only justice in the court below to deal with the question.

We have determined in the context of the s. 1 discussion that ss. 248 and 249 are not vague in terms of either confusion and contradiction or judicial discretion. Thus, there could only be a further challenge under s. 7 if a stricter vagueness test were applied to the penal sanction.

There is, however, an issue logically prior to that of vagueness, namely whether corporations can invoke s. 7 of the *Charter* in their aid. In order to properly understand the submissions of the respondent in this regard, we reproduce here the statutory scheme of penalties against contraventions of ss. 248 and 249.

278. Every person other than a corporation who is guilty of an offence constituting a prohibited practice or who infringes paragraph *b*, *c*, *d*, *e* or *f* of section 277 is liable

(*a*) for the first offence, to a fine of two hundred dollars to five thousand dollars;

(*b*) for a subsequent offence to the same provision of this act or a regulation committed within a period of two years, to a fine of four hundred dollars to ten thousand dollars, to imprisonment for not more than six months, or to both a fine and imprisonment.

VIII—Les articles 248 et 249 portent-ils atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il nous reste à examiner une question. L'intimée affirme que les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* portent atteinte à l'art. 7 de la *Charte*. Selon son argument, la loi pourrait apporter une restriction à la liberté qui ne serait pas conforme aux principes de justice fondamentale. L'intimée soutient que l'art. 278 de la *Loi sur la protection du consommateur*, en corrélation avec les art. 248 et 249, prévoit des sanctions pénales fondées sur une interdiction dont le manque de précision est inadmissible. L'appelant n'a pas pris position sur la question de savoir si les principes de justice fondamentale font jouer la «doctrine de l'imprécision». Son argument est simplement que la loi n'est pas imprécise, argument accepté par le juge Vallerand qui est le seul, en Cour d'appel, à en avoir traité.

Nous avons décidé dans le contexte de l'analyse en vertu de l'article premier que les art. 248 et 249 ne sont pas imprécis, quant aux allégations relatives à la confusion, à la contradiction ou au pouvoir discrétionnaire des tribunaux. Ainsi, il ne serait possible de les contester en vertu de l'art. 7 que si on appliquait à la sanction pénale un critère plus sévère du caractère imprécis.

Cependant une question doit logiquement précéder celle de l'imprécision, celle de savoir si les sociétés peuvent invoquer l'art. 7 de la *Charte*. Afin de bien comprendre les arguments de l'intimée à cet égard, nous reproduisons le régime des peines que la loi prévoit lorsqu'il y a violation des art. 248 et 249.

278. Une personne autre qu'une corporation qui est coupable d'une infraction constituant une pratique interdite ou qui enfreint les paragraphes *b*, *c*, *d*, *e* ou *f* de l'article 277 est passible:

a) pour une première infraction, d'une amende de $200 à $5 000;

b) pour une infraction subséquente à une même disposition de la présente loi ou d'un règlement commise dans un délai de deux ans, d'une amende de $400 à $10 000, d'un emprisonnement d'au plus six mois ou à la fois d'une amende et d'un emprisonnement.

1989 CanLII 87 (SCC)

A corporation guilty of an offence contemplated in the preceding paragraph is liable to a minimum fine five times greater and to a maximum fine ten times greater than those provided for in the preceding paragraph.

Section 215 establishes that ss. 248 and 249 constitute "prohibited practices" within the meaning of the above section:

215. Any practice contemplated in sections 219 to 251 constitutes a prohibited practice for the purposes of this title.

282. Where a corporation is guilty of an offence against this act or any regulation, every director or representative of such corporation who had knowledge of the said offence is deemed to be a party to the offence and is liable to the penalty provided for in section 278 or 279 for a person other than a corporation, unless he establishes to the satisfaction of the court that he did not acquiesce in the commission of such offence.

Imprisonment is clearly one of the penalties envisioned for contravention of, *inter alia*, ss. 248 and 249 of the Act. A corporation is not, for obvious reasons, subject to imprisonment. By virtue of s. 282 of the Act, directors of corporations are deemed to be parties to offences committed by the corporation and are therefore liable to the penalties listed above. It is, therefore, the directors and representatives of corporations who risk, pursuant to the Act, a restriction of liberty of the kind envisioned in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486. In the present case, proceedings are brought only against the company and not against any individuals. In the context of physical restriction to liberty, it would be left to officers of a company whose conduct was impugned pursuant to s. 282 of the Act to raise a s. 7 argument in terms of vagueness or imputation of corporate liability to individuals. This circumstance does not arise in the present case.

In order to put forward a s. 7 argument in a case of this kind where the officers of the corporation are not named as parties to the proceedings, the corporation would have to urge that its own life, liberty or security of the person was being deprived in a manner not in accordance with the principles of fundamental justice. In our opinion, a corporation cannot avail itself of the protection offered by

Une corporation coupable d'une infraction visée à l'alinéa précédent est passible d'une amende minimale cinq fois plus élevée et d'une amende maximale dix fois plus élevée que celles qui sont prévues à l'alinéa précédent.

L'article 215 prévoit que les art. 248 et 249 constituent des «pratiques interdites» au sens de l'article précédent:

215. Constitue une pratique interdite aux fins du présent titre une pratique visée par les articles 219 à 251.

282. Lorsqu'une corporation commet une infraction à la présente loi ou à un règlement, un administrateur ou un représentant de cette corporation qui avait connaissance de l'infraction est réputé être partie à l'infraction et est passible de la peine prévue aux articles 278 ou 279 pour une personne autre qu'une corporation, à moins qu'il n'établisse à la satisfaction du tribunal qu'il n'a pas acquiescé à la commission de cette infraction.

La peine d'emprisonnement est clairement envisagée lorsqu'il y a violation, entre autres, des art. 248 et 249 de la Loi. Il va de soi qu'une société ne peut faire l'objet d'une peine d'emprisonnement. En vertu de l'art. 282 de la Loi, les administrateurs de sociétés sont réputés être parties aux infractions perpétrées par la société et sont donc passibles des peines énumérées ci-dessus. Ce sont donc les administrateurs et les représentants des sociétés qui risquent, selon la loi, de subir une restriction de liberté du genre de celle envisagée dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486. En l'espèce, les poursuites concernent une compagnie et non des individus. Dans le contexte d'une restriction physique à la liberté, il appartiendrait aux dirigeants d'une société dont la conduite est contraire à l'art. 282 de la Loi de soulever en vertu de l'art. 7 des arguments fondés sur l'absence de précision ou sur l'attribution à des individus d'une responsabilité qui revient à la société. Ce n'est pas le cas en l'espèce.

Pour invoquer des arguments fondés sur l'art. 7 dans un cas comme celui-ci, où les dirigeants de la société ne sont pas identifiés comme des parties à l'instance, la société devrait faire valoir qu'on a porté atteinte à sa vie, à sa liberté ou à la sécurité de sa personne d'une manière qui n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. À notre avis, une société ne peut invoquer la protec-

1989 CanLII 87 (SCC)

s. 7 of the *Charter*. First, we would have to conceive of a manner in which a corporation could be deprived of its "life, liberty or security of the person". We have already noted that it is nonsensical to speak of a corporation being put in jail. To say that bankruptcy and winding up proceedings engage s. 7 would stretch the meaning of the right to life beyond recognition. The only remaining argument is that corporations are protected against deprivations of some sort of "economic liberty".

There are several reasons why we are of the view that this argument can not succeed. It is useful to reproduce s. 7, which reads as follows:

> **7.** Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

What is immediately striking about this section is the inclusion of "security of the person" as opposed to "property". This stands in contrast to the classic liberal formulation, adopted, for example, in the Fifth and Fourteenth Amendments in the American Bill of Rights, which provide that no person shall be deprived "of life, liberty or property, without due process of law". The intentional exclusion of property from s. 7, and the substitution therefor of "security of the person" has, in our estimation, a dual effect. First, it leads to a general inference that economic rights as generally encompassed by the term "property" are not within the perimeters of the s. 7 guarantee. This is not to declare, however, that no right with an economic component can fall within "security of the person". Lower courts have found that the rubric of "economic rights" embraces a broad spectrum of interests, ranging from such rights, included in various international covenants, as rights to social security, equal pay for equal work, adequate food, clothing and shelter, to traditional property—contract rights. To exclude all of these at this early moment in the history of *Charter* interpretation seems to us to be precipitous. We do not, at this moment, choose to pronounce upon whether those economic rights fundamental to human life or survival are to be treated as though they are of the

tion qu'offre l'art. 7 de la *Charte*. Premièrement, nous aurions à établir de quelle manière une société peut être privée du droit «à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne». Nous avons déjà souligné que c'est un non-sens de dire d'une société qu'elle est condamnée à l'emprisonnement. Affirmer qu'une procédure de faillite et de liquidation fait intervenir l'art. 7, reviendrait à fausser complètement le sens du droit à la vie. Le seul autre argument est de prétendre que les sociétés sont protégées contre la privation d'une sorte de «liberté économique».

Plusieurs raisons nous amènent à rejeter cet argument. Il est utile de citer encore l'art. 7:

> **7.** Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Ce qui frappe immédiatement dans cet article c'est l'inclusion de l'expression «la sécurité de sa personne» par opposition à «propriété». Cela contraste avec la formulation classique libérale qui, par exemple, a été adoptée dans les Cinquième et Quatorzième amendements de la Constitution américaine, qui prévoient que nul ne sera privé [TRADUCTION] «de la vie, de la liberté et de sa propriété sans l'application régulière de la loi». À notre avis, l'exclusion intentionnelle de la propriété de l'art. 7 et son remplacement par la «sécurité de sa personne» a un double effet. Premièrement, cela permet d'en déduire globalement que les droits économiques, généralement désignés par le terme «propriété», ne relèvent pas de la garantie de l'art. 7. Cela ne signifie pas cependant qu'aucun droit comportant un élément économique ne peut être visé par l'expression «sécurité de sa personne». Les tribunaux d'instance inférieure ont conclu que la rubrique des «droits économiques» couvre un vaste éventail d'intérêts qui comprennent tant certains droits reconnus dans diverses conventions internationales—tels la sécurité sociale, l'égalité du salaire pour un travail égal, le droit à une alimentation, un habillement et un logement adéquats—que les droits traditionnels relatifs aux biens et aux contrats. Ce serait agir avec précipitation, à notre avis, que d'exclure tous ces droits alors que nous en

1989 CanLII 87 (SCC)

same ilk as corporate-commercial economic rights. In so stating, we find the second effect of the inclusion of "security of the person" to be that a corporation's economic rights find no constitutional protection in that section.

That is, read as a whole, it appears to us that this section was intended to confer protection on a singularly human level. A plain, common sense reading of the phrase "Everyone has the right to life, liberty and security of the person" serves to underline the human element involved; only human beings can enjoy these rights. "Everyone" then, must be read in light of the rest of the section and defined to exclude corporations and other artificial entities incapable of enjoying life, liberty or security of the person, and include only human beings. In this regard, the case of *Big M Drug Mart*, *supra*, is of no application. There are no penal proceedings pending in the case at hand, so the principle articulated in *Big M Drug Mart* is not involved.

IX—Disposition and Answers to Constitutional Questions

For these reasons the appeal is allowed with costs and the constitutional questions are answered as follows:

1. Is s. 364 of the *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1, added by s. 1 of *An Act respecting the Constitution Act, 1982*, S.Q. 1982, c. 21, inconsistent with the provisions of s. 33 of the *Constitution Act, 1982* and so *ultra vires* and of no force or effect to the extent of the inconsistency pursuant to s. 52(1) of the latter Act?

Answer: No, except in so far as section 364 is given retrospective effect by section 7 of *An Act respecting the Constitution Act, 1982*, S.Q. 1982, c. 21. However, because s. 364 expired on June 23, 1987, there is

sommes au début de l'interprétation de la *Charte*. À ce moment-ci, nous ne voulons pas nous prononcer sur la question de savoir si ces droits économiques, fondamentaux à la vie de la personne et à sa survie, doivent être traités comme s'ils étaient de la même nature que les droits économiques des sociétés commerciales. Ce faisant, nous concluons que l'inclusion de l'expression «sécurité de sa personne» à l'art. 7 a comme deuxième effet de n'accorder aucune protection constitutionnelle aux droits économiques d'une société.

En effet il nous semble que, pris globalement, cet article avait pour but d'accorder une protection à un niveau individuel seulement. Une lecture ordinaire, conforme au bon sens, de la phrase «Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne» fait ressortir l'élément humain visé; seul un être humain peut avoir ces droits. Le terme «chacun» doit donc être lu en fonction du reste de l'article et défini de façon à exclure les sociétés et autres entités qui ne peuvent jouir de la vie, de la liberté et de la sécurité de la personne, et de façon à ne comprendre que les êtres humains. À cet égard, l'arrêt *Big M Drug Mart*, précité, ne trouve aucune application. Il n'y a aucune poursuite pénale en cours en l'espèce de sorte que le principe formulé dans l'arrêt *Big M Drug Mart* n'entre pas en jeu.

IX—Dispositif et réponses aux questions constitutionnelles

Pour ces motifs, le pourvoi est accueilli avec dépens et les réponses aux questions constitutionnelles sont les suivantes:

1. L'article 364 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., chap. P-40.1, ajouté par l'art. 1 de la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, L.Q. 1982, chap. 21, est-il incompatible avec les dispositions de l'art. 33 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et partant *ultra vires* ou inopérant dans la mesure de cette incompatibilité aux termes du par. 52(1) de cette dernière loi?

Réponse: Non, sauf dans la mesure où l'art. 7 de la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, L.Q. 1982, chap. 21, lui accorde un effet rétroactif. Cependant, puisque l'effet de l'art. 364 a pris fin le

1989 CanLII 87 (SCC)

no valid and subsisting override provision.

2. If question 1 is answered in the affirmative, do ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* infringe the rights, freedoms and guarantees contained in ss. 2(*b*) and 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and if so, can those sections be justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Sections 248 and 249 infringe s. 2(*b*) of the Canadian *Charter* and s. 3 of the Quebec *Charter* but are justified under s. 1 of the Canadian *Charter* and s. 9.1 of the Quebec *Charter*. Section 7 of the Canadian *Charter* cannot be invoked by the respondent.

3. Are ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* *ultra vires* the legislature of the province of Quebec, or are they to some degree of no force or effect under s. 3 of the *Broadcasting Act*, R.S.C. 1970, c. B-11?

Answer: No.

The reasons of Beetz and McIntyre JJ. were delivered by

MCINTYRE J. (dissenting)—I have had the advantage of reading the reasons for judgment prepared in this appeal by the majority. They have set out the facts and the statutory provisions and regulations which are under consideration here and I need not repeat them. They have also set out the constitutional questions that were settled by Beetz J. which frame the issues arising in this case.

I would agree with my colleagues in their answer to the first question, to the effect that because of the expiration of s. 364 of the *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1, there is no valid and subsisting override provision affecting the disposition of this case. I would agree as well with the answer to Question 3, to the effect that ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* are not *ultra vires* the legislature of Quebec nor deprived of effect under s. 3 of the *Broadcasting Act*, R.S.C. 1970, c. B-11. My point of disagreement with my colleagues arises from their answer to the second question. While I agree with them

23 juin 1987, il n'existe plus de disposition dérogatoire valide et en vigueur.

2. Si la question 1 reçoit une réponse affirmative, les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* portent-ils atteinte aux droits, libertés et garanties prévus à l'al. 2*b*) et à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et si oui, ces articles sont-ils justifiés compte tenu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Les articles 248 et 249 portent atteinte à l'al. 2*b*) de la *Charte* canadienne et à l'art. 3 de la *Charte* québécoise mais sont justifiés en application de l'article premier de la *Charte* canadienne et de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise. L'intimée ne peut invoquer l'art. 7 de la *Charte* canadienne.

3. Les articles 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* sont-ils *ultra vires* de la législature de la province de Québec ou sont-ils dans quelque mesure inopérants par application de l'art. 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*, S.R.C. 1970, chap. B-11?

Réponse: Non.

Version française des motifs des juges Beetz et McIntyre rendus par

LE JUGE MCINTYRE (dissident)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de la majorité dans ce pourvoi. Ils énoncent les faits ainsi que les dispositions législatives et réglementaires en cause. Je n'ai donc pas besoin d'y revenir. Ils énoncent également les questions constitutionnelles formulées par le juge Beetz quant aux points litigieux dans cette affaire.

Je souscris à la réponse donnée par mes collègues à la première question: puisque l'effet de l'art. 364 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., chap. P-40.1, a pris fin, il n'existe plus de disposition dérogatoire valide et en vigueur qui puisse influencer l'issue de ce pourvoi. Je souscris aussi à la réponse donnée à la troisième question: les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* ne sont pas *ultra vires* de l'Assemblée nationale du Québec et ces dispositions ne sont pas privées de leur effet par l'application de l'art. 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*, S.R.C. 1970, chap. B-11. Mon point de désaccord avec

1989 CanLII 87 (SCC)

that ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* infringe s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and s. 3 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, I do not agree that they may be justified under s. 1 of the Canadian *Charter* or s. 9.1 of the Quebec *Charter*.

I would not wish in these reasons to attempt to set out the limits of the application of s. 2(*b*) of the *Charter* and to define in general terms the extent of the protected activity under s. 2(*b*). I would content myself by observing that this Court in *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, has held that commercial expression has the protection of s. 2(*b*). At pages 766-67, it was said:

> Given the earlier pronouncements of this Court to the effect that the rights and freedoms guaranteed in the Canadian *Charter* should be given a large and liberal interpretation, there is no sound basis on which commercial expression can be excluded from the protection of s. 2(*b*) of the *Charter*. It is worth noting that the courts below applied a similar generous and broad interpretation to include commercial expression within the protection of freedom of expression contained in s. 3 of the Quebec *Charter*. Over and above its intrinsic value as expression, commercial expression which, as has been pointed out, protects listeners as well as speakers plays a significant role in enabling individuals to make informed economic choices, an important aspect of individual self-fulfillment and personal autonomy. The Court accordingly rejects the view that commercial expression serves no individual or societal value in a free and democratic society and for this reason is undeserving of any constitutional protection.

It is evident then that ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* restrict forms of expression which fall within the protection of s. 2(*b*). Since I agree that the two sections in their prohibition of advertising aimed at children infringe the s. 2(*b*) right, the only question in issue is whether the sections can be justified as reasonable limits under s. 1 of the *Charter*.

mes collègues tient à leur réponse à la deuxième question. Si je conclus, comme eux, que les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* enfreignent l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., chap. C-12, je ne suis pas d'accord pour dire qu'ils peuvent être justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte* canadienne ou de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise.

Je préfère ne pas tenter, dans les présents motifs, de définir les limites de l'application de l'al. 2*b*) de la *Charte* et de délimiter, en termes généraux, le champ des activités protégées par cet alinéa. Je me contenterai de faire observer que cette Cour, dans *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, a décidé que l'expression commerciale était protégée par l'al. 2*b*). Voici ce que la Cour a dit, aux pp. 766 et 767:

> Étant donné que cette Cour a déjà affirmé à plusieurs reprises que les droits et libertés garantis par la *Charte* canadienne doivent recevoir une interprétation large et libérale, il n'y a aucune raison valable d'exclure l'expression commerciale de la protection de l'al. 2*b*) de la *Charte*. Notons que les tribunaux d'instance inférieure ont eu recours au même genre d'interprétation large et généreuse pour faire bénéficier l'expression commerciale de la protection accordée à la liberté d'expression de l'art. 3 de la *Charte* québécoise. Au-delà de sa valeur intrinsèque en tant que mode d'expression, l'expression commerciale qui, répétons-le, protège autant celui qui s'exprime que celui qui l'écoute, joue un rôle considérable en permettant aux individus de faire des choix économiques éclairés, ce qui représente un aspect important de l'épanouissement individuel et de l'autonomie personnelle. La Cour rejette donc l'opinion selon laquelle l'expression commerciale ne sert aucune valeur individuelle ou sociale dans une société libre et démocratique et, pour cette raison, ne mérite aucune protection constitutionnelle.

Il est donc évident que les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* restreignent des formes d'expression qui bénéficient de la protection de l'al. 2*b*). Puisque je suis d'accord que les deux articles, qui interdisent la publicité destinée aux enfants, enfreignent un droit protégé par l'al. 2*b*), la seule question à trancher est de savoir si les articles peuvent être justifiés comme limites raisonnables en vertu de l'article premier de la *Charte*.

1989CanLII87(SCC)

The Importance of Freedom of Expression

Freedom of expression under s. 2(*b*) is guaranteed as a fundamental freedom. Its importance and its value are surely beyond question. My colleagues have recognized this and referred to various authorities which recognize the importance of the principle. They have referred to the words of Cardozo J. in *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), at p. 327, which describe the concept as "the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom" and, as well, to those of Rand J. in *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, at p. 306, that it was "little less vital to man's mind and spirit than breathing is to his physical existence". They referred to other authorities on the subject. I would observe, as well, that freedom of expression has long been recognized in Canada as a principle of fundamental importance and even before the adoption of the *Charter*, the courts of this country had elevated the principle to virtual constitutional status (see *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at pp. 584-86).

Section 1

It is settled that to override a constitutional guarantee a government supporting a limitation imposed by law must show a purpose or objective of pressing and substantial importance. Certainly, the promotion of the welfare of children is an objective of pressing and substantial concern for any government.

Can it be said that the welfare of children is at risk because of advertising directed at them? I am not satisfied that any case has been shown that it is. There was evidence that small children are incapable of distinguishing fact from fiction in advertising. This is hardly surprising: many adults have the same problem. Children, however, do not remain children. They grow up and, while advertising directed at children may well be a source of irritation to parents, no case has been shown here that children suffer harm. Children live in a world of fiction, imagination and make believe. Children's literature is based upon these concepts. As they mature, they make adjustments and can be

L'importance de la liberté d'expression

La liberté d'expression est une liberté fondamentale garantie par l'al. 2*b*). Son importance et sa valeur ne peuvent certainement pas être mises en doute. Mes collègues l'admettent et citent divers textes qui reconnaissent l'importance du principe. Ils citent le juge Cardozo, dans *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), à la p. 327, qui décrit la liberté d'expression comme [TRADUCTION] «la matrice, l'élément essentiel de presque toute autre forme de liberté», ainsi que le juge Rand, dans *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, à la p. 306, qui l'estime [TRADUCTION] «tout aussi vitale à l'esprit humain que l'est la respiration à l'existence physique de l'individu». Ils citent d'autres textes sur ce point. Je ferai observer aussi que la liberté d'expression est reconnue depuis longtemps au Canada comme un principe d'importance fondamentale et même que, bien avant l'adoption de la *Charte*, les tribunaux canadiens ont élevé ce principe à un statut virtuellement constitutionnel (voir *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, aux pp. 584 à 586).

L'article premier

Il est bien établi que, pour déroger à une garantie constitutionnelle, le gouvernement qui préconise une limite imposée par une règle de droit doit démontrer l'existence d'un but ou d'un objectif répondant à une préoccupation réelle et urgente. Il est certain que promouvoir le bien-être des enfants est un objectif qui répond à une préoccupation urgente et réelle pour tout gouvernement.

Mais peut-on dire que la publicité télévisée destinée aux enfants met en danger leur bien-être? Je ne suis pas convaincu que cela a été démontré. Certaines preuves soumises indiquent que les jeunes enfants sont incapables de faire une distinction entre la réalité et la fiction dans la publicité. Ce n'est pas surprenant: bien des adultes ont le même problème. Toutefois, les enfants ne restent pas des enfants. Ils grandissent et, s'il est sans doute vrai que la publicité destinée aux enfants est une source d'irritation pour les parents, il n'a nullement été démontré qu'elle fait du tort aux enfants. Les enfants vivent dans le monde de la fiction, de l'imaginaire et du semblant. La littéra-

1989 CanLII 87 (SCC)

expected to pass beyond the range of any ill which might be caused by advertising. In my view, no case has been made that children are at risk. Furthermore, even if I could reach another conclusion, I would be of the view that the restriction fails on the issue of proportionality. A total prohibition of advertising aimed at children below an arbitrarily fixed age makes no attempt at the achievement of proportionality.

In conclusion, I would say that freedom of expression is too important to be lightly cast aside or limited. It is ironic that most attempts to limit freedom of expression and hence freedom of knowledge and information are justified on the basis that the limitation is for the benefit of those whose rights will be limited. It was this proposition that motivated the early church in restricting access to information, even to prohibiting the promulgation and reading of the scriptures in a language understood by the people. The argument that freedom of expression was dangerous was used to oppose and restrict public education in earlier times. The education of women was greatly retarded on the basis that wider knowledge would only make them dissatisfied with their role in society. I do not suggest that the limitations imposed by ss. 248 and 249 are so earth shaking or that if sustained they will cause irremediable damage. I do say, however, that these limitations represent a small abandonment of a principle of vital importance in a free and democratic society and, therefore, even if it could be shown that some child or children have been adversely affected by advertising of the kind prohibited, I would still be of the opinion that the restriction should not be sustained. Our concern should be to recognize that in this century we have seen whole societies utterly corrupted by the suppression of free expression. We should not lightly take a step in that direction, even a small one.

ture enfantine se fonde sur ces concepts. Lorsqu'ils mûrissent, les enfants évoluent et on peut s'attendre à ce qu'ils se mettent hors de la portée de tout mal qui pourrait résulter de la publicité. À mon avis, il n'a aucunement été prouvé qu'il y a danger pour les enfants. De plus, même si je pouvais parvenir à une autre conclusion, je serais d'avis par ailleurs que la restriction doit échouer sur la question de la proportionnalité. Une interdiction totale de la publicité télévisée destinée aux enfants jusqu'à un certain âge fixé arbitrairement indique qu'il n'a pas été tenté de satisfaire à l'exigence de proportionnalité.

En conclusion, je dirai que la liberté d'expression est trop importante pour être écartée ou restreinte à la légère. Il est ironique de constater que la plupart des restrictions à la liberté d'expression, et donc au droit à la connaissance et à l'information, sont justifiées par l'argument que cette restriction est pour le bien de ceux dont les droits seront limités. C'est ce postulat qui a amené l'église primitive à restreindre l'accès à l'information et même à interdire la diffusion et la lecture des Écritures dans une langue comprise par le peuple. L'argument selon lequel la liberté d'expression était dangereuse a été utilisé pour faire opposition à l'instruction publique à ses débuts ou pour la limiter. L'instruction pour les femmes a subi un grand retard parce qu'on disait que de plus larges connaissances ne feraient que les rendre insatisfaites de leur rôle dans la société. Je ne dis pas que les limites imposées par les art. 248 et 249 sont d'une importance colossale ni que leur maintien causerait un dommage irréparable. Je dis cependant que ces limites représentent une brèche dans un principe d'importance vitale pour une société libre et démocratique et que, pour cette raison, même s'il pouvait être démontré que la publicité du type de celle qui est interdite a été préjudiciable à un ou plusieurs enfants, je serais quand même d'avis de ne pas maintenir cette restriction. Notre préoccupation devrait être de reconnaître qu'au cours de ce siècle, nous avons été les témoins de la corruption profonde de sociétés tout entières par la suppression de la libre expression. Nous ne devrions pas à la légère faire un pas, même petit, dans cette direction.

1989 CanLII 87 (SCC)

It must be recognized that freedom of expression despite its singular importance is, like all rights, subject to limitations. It is not absolute. We have all heard the familiar statement that nobody has a right to shout "fire" in a crowded theatre. It illustrates the extreme and obvious case, but there will, of course, be other cases where limitations on the right may well be necessary and therefore justifiable. This, however, in my view, is not such a case. Freedom of expression, whether political, religious, artistic or commercial, should not be suppressed except in cases where urgent and compelling reasons exist and then only to the extent and for the time necessary for the protection of the community.

In my view, no justification can be found under s. 1 of the *Charter* for these sections, and I would dismiss the appeal and answer constitutional Question No. 2 as follows:

2. If question 1 is answered in the affirmative, do ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* infringe the rights, freedoms and guarantees contained in ss. 2(*b*) and 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and if so, can those sections be justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Sections 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* infringe s. 2(*b*) of the Canadian *Charter* and s. 3 of the Quebec *Charter* and are not justified under s. 1 of the of the Canadian *Charter* and s. 9.1 of the Quebec *Charter*. In agreement with the majority, s. 7 of the Canadian *Charter* cannot be invoked by the respondent.

Appeal allowed with costs, BEETZ *and* MCINTYRE JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Jean-K. Samson and Yves de Montigny, Ste-Foy.

Solicitors for the respondent: Heenan, Blaikie, Montréal; Robert, Dansereau, Barré, Marchessault & Lauzon, Montréal.

Il faut admettre que la liberté d'expression, malgré son importance particulière, est, comme tous les droits, sujette à restrictions. Elle n'est pas absolue. On a souvent dit que personne n'a le droit de crier «au feu» dans une salle de spectacles remplie de spectateurs. Cela illustre un cas extrême et parfaitement clair, mais il y aura, bien sûr, d'autres situations dans lesquelles il sera nécessaire, et donc justifié, de restreindre ce droit. Mais tel n'est pas, à mon avis, le cas en l'espèce. La liberté d'expression, qu'elle soit politique, religieuse, artistique ou commerciale, ne devrait être supprimée que dans des cas où existent des motifs urgents et impératifs de le faire, et seulement alors dans la mesure et pour le temps nécessaire à la protection de la collectivité.

À mon avis, on ne peut trouver de justification à ces articles en vertu de l'article premier de la *Charte*. Je rejetterais donc le pourvoi et répondrais à la deuxième question constitutionnelle de la manière suivante:

2. Si la question 1 reçoit une réponse affirmative, les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* portent-ils atteinte aux droits, libertés et garanties prévus à l'al. 2*b*) et à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et si oui, ces articles sont-ils justifiés compte tenu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Les articles 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* violent l'al. 2*b*) de la *Charte* canadienne et l'art. 3 de la *Charte* québécoise et ne sont pas justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte* canadienne ni de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise. En accord avec la majorité, je conclus que l'art. 7 de la *Charte* canadienne ne peut être invoqué par l'intimée.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges BEETZ *et* MCINTYRE *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelant: Jean-K. Samson et Yves de Montigny, Ste-Foy.

Procureurs de l'intimée: Heenan, Blaikie, Montréal; Robert, Dansereau, Barré, Marchessault & Lauzon, Montréal.

1989 CanLII 87 (SCC)

Solicitors for the intervener Gilles Moreau: Valois & Associés, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Richard F. Chaloner, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: Gordon F. Gregory, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

Solicitors for the interveners Pathonic Communications Inc. and Réseau Pathonic Inc.: Ogilvy, Renault, Montréal.

Solicitors for the intervener the Coalition contre le retour de la publicité destinée aux enfants: Legros & Lajoie, Anjou.

Procureurs de l'intervenant Gilles Moreau: Valois & Associés, Montréal.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Richard F. Chaloner, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Gordon F. Gregory, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

Procureurs des intervenants Pathonic Communications Inc. et Réseau Pathonic Inc.: Ogilvy, Renault, Montréal.

Procureurs de l'intervenante la Coalition contre le retour de la publicité destinée aux enfants: Legros & Lajoie, Anjou.

1989 CanLII 87 (SCC)

Suzette F. Juman also known as Suzette McKenzie *Appellant*

v.

Jade Kathleen Ledenko Doucette, by her litigation guardian Greg Bertram, Chief Constable of the Vancouver Police Department, Attorney General of Canada and Attorney General of British Columbia *Respondents*

Indexed as: Juman *v.* Doucette

Neutral citation: 2008 SCC 8.

File No.: 31590.

2007: November 15; 2008: March 6.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Civil procedure — Discovery — Implied undertaking of confidentiality — Collateral use of discovery information — Discovery information thought to disclose criminal acts — Underlying civil claim settled after discovery — Authorities seeking to obtain information disclosed during pre-trial discovery — Whether Attorney General has standing to seek to vary implied undertaking to which he is not party — If so, whether application should be rejected in circumstances of this case.

Civil procedure — Discovery — Implied undertaking of confidentiality — Scope of "implied undertaking" rule.

The appellant, a childcare worker, provided day-care services in her home. A 16-month-old child suffered a seizure while in her care. The child was later determined to have suffered a brain injury. A civil action claiming negligence was commenced. The Vancouver Police started a criminal investigation, which is still ongoing. The appellant moved, prior to discovery, to prevent the

Suzette F. Juman aussi connue sous le nom de Suzette McKenzie *Appelante*

c.

Jade Kathleen Ledenko Doucette, représentée par son tuteur Greg Bertram, chef du service de police de Vancouver, procureur général du Canada et procureur général de la Colombie-Britannique *Intimés*

Répertorié : Juman *c.* Doucette

Référence neutre : 2008 CSC 8.

N^o^ du greffe : 31590.

2007 : 15 novembre; 2008 : 6 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Procédure civile — Enquête préalable — Engagement implicite de confidentialité — Utilisation à des fins accessoires des renseignements obtenus à l'enquête préalable — Renseignements obtenus à l'enquête préalable dont on croit qu'ils révèlent des actes criminels — Action civile initiale faisant l'objet d'un règlement après l'enquête préalable — Autorités cherchant à obtenir des renseignements divulgués lors de l'enquête préalable — Le procureur général a-t-il la qualité requise pour demander la modification d'un engagement implicite auquel il n'est pas partie? — Dans l'affirmative, la demande doit-elle être rejetée d'après les circonstances de l'espèce?

Procédure civile — Enquête préalable — Engagement implicite de confidentialité — Portée de la règle de l'« engagement implicite ».

L'appelante, une travailleuse en garderie, fournissait des services de garde de jour chez elle. Une enfant de 16 mois a eu une crise d'apoplexie pendant qu'elle était sous sa garde. Il a été déterminé par la suite que l'enfant avait subi une lésion cérébrale. Une action a été intentée au civil pour négligence. La police de Vancouver fait enquête sur cette affaire depuis plusieurs années.

2008 SCC 8 (CanLII)

authorities from accessing her discovery without further court order. She relied on the parties' implied undertaking to the court not to use documents or answers on discovery for any purpose other than securing justice in the civil proceedings in which the answers were compelled, whether or not such documents or answers were in their origin confidential or incriminatory in nature. The Attorney General of British Columbia brought a cross-motion to vary the undertaking to permit the authorities to gain access to the discovery transcripts. At discovery, the appellant claimed the protection of the Canadian and British Columbia *Evidence Acts* and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The transcripts are now in the possession of the parties and/or their counsel. After discovery, the underlying claim settled. The appellant's discovery was never entered into evidence at a trial. Its contents were not disclosed in open court.

The chambers judge found that the implied undertaking extended to evidence of crimes and concluded that it was not open to the police to seize the transcript under a search warrant. The Court of Appeal set aside the decision of the chambers judge. In its view, the implied undertaking rule "does not extend to *bona fide* disclosure of criminal conduct". Accordingly, the parties were at liberty to disclose the appellant's discovery evidence to the police. The authorities could also obtain it by any lawful investigative means, including a search warrant or a subpoena *duces tecum*.

Held: The appeal should be allowed.

A party is not in general free to disclose discovery evidence of what they view as criminal conduct to the police or other strangers to the litigation without a court order. The root of the implied undertaking is the statutory compulsion on a party such as the appellant to participate fully in pre-trial oral and documentary discovery. If the opposing party seeks information that is relevant and is not protected by privilege, it must be disclosed even if it tends to self-incrimination. While the public interest in getting at the truth in a civil action outweighs the examinee's privacy interest, the latter is entitled to a measure of protection, and the law thus requires that the invasion of privacy should generally be limited to the level of disclosure necessary to do justice in the civil litigation in which the disclosure is made.

L'appelante a présenté, avant l'enquête préalable, une requête visant à empêcher les autorités d'avoir accès, sans autre ordonnance judiciaire, aux renseignements divulgués lors de l'enquête préalable. Elle a invoqué l'engagement implicite des parties envers le tribunal de ne pas utiliser les documents ou les réponses fournis lors de l'enquête préalable pour toute autre fin que la recherche de la justice dans l'instance civile au cours de laquelle ils ont été obtenus par contrainte, qu'ils aient été ou non à l'origine confidentiels ou incriminants. Le procureur général de la Colombie-Britannique a présenté une requête incidente en vue de faire modifier l'engagement de manière à permettre aux autorités d'avoir accès aux transcriptions de l'interrogatoire préalable. À l'enquête préalable, l'appelante a demandé la protection de la *Loi sur la preuve au Canada*, de la *Evidence Act* de la Colombie-Britannique et de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les transcriptions sont maintenant en la possession des parties ou de leurs avocats. Après l'enquête préalable, la demande initiale a fait l'objet d'un règlement. L'interrogatoire préalable de l'appelante n'a jamais été déposé en preuve devant les tribunaux et les renseignements obtenus au cours de cet interrogatoire n'ont pas été divulgués en audience.

Selon le juge en chambre, l'engagement implicite vise aussi la preuve de crimes et il n'appartient pas à la police de saisir la transcription en vertu d'un mandat de perquisition. La Cour d'appel a annulé la décision du juge en chambre. À son avis, la règle de l'engagement implicite « ne s'applique pas à la divulgation de bonne foi d'un comportement criminel ». Par conséquent, les parties étaient libres de divulguer à la police les éléments de preuve obtenus à l'enquête préalable. Les autorités pouvaient aussi y avoir accès par les méthodes d'enquête licites telles que les mandats de perquisition et les subpœna *duces tecum*.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Une partie n'est généralement pas libre, sans ordonnance judiciaire, de révéler à la police ou à un tiers la preuve obtenue à l'enquête préalable de ce qu'elle considère comme un « comportement criminel ». L'engagement implicite repose sur l'obligation légale de participer pleinement à l'interrogatoire préalable et à la communication préalable de documents. Tout renseignement pertinent non privilégié doit être divulgué à la partie adverse qui cherche à l'obtenir même s'il tend à l'incriminer. Dans une action civile, l'intérêt qu'a le public à découvrir la vérité l'emporte sur le droit de la personne interrogée à sa vie privée, lequel mérite néanmoins une certaine protection. La loi exige donc que l'atteinte à la vie privée se limite généralement à la mesure nécessaire pour rendre justice dans l'instance

2008 SCC 8 (CanLII)

The rules of discovery were not intended to constitute litigants as private attorneys general. [3] [20] [25] [43]

Here, because of the facts, much of the appellant's argument focussed on her right to protection against self-incrimination, but the implied undertaking rule is broader than that. It includes the wrongdoing of persons other than the examinee and covers innocuous information that is neither confidential nor discloses any wrongdoing at all. [5]

Contrary to the submission of the Attorney General, the implied undertaking rule does not conflict with the "open court" principle. Pre-trial discovery does not take place in open court. Nor does the question of judicial accountability arise in pre-trial discoveries. The situations are simply not analogous. [21-22]

The court has the discretionary power to grant exemptions from or variations to the undertaking, but unless an examinee is satisfied that such exemptions or variations will only be granted in exceptional circumstances, the undertaking will not achieve its intended purpose. Accordingly, unless a statutory exemption overrides the implied undertaking, the onus will be on the person applying for the exemption or variation to demonstrate on a balance of probabilities the existence of a public interest of greater weight than the values the implied undertaking is designed to protect, namely privacy, protection against self-incrimination, and the efficient conduct of civil litigation. The factors that may be taken into account include public safety concerns or contradictory testimony by the examinee about the same matters in different proceedings. In situations of immediate and serious danger, the applicant may be justified in going directly to the police without a court order. However, the availability of an exemption relating to discovery disclosing criminal offences not amounting to serious and immediate danger should be left with the courts. The public interest in the prosecution of crime will not necessarily trump a citizen's privacy interest in statutorily compelled information. [14] [32-33] [38-41] [44] [48]

It is important that applications for variation proceed expeditiously. Persons entitled to notice of these applications will be for the chambers judge to decide on the facts, but normally, only parties to the litigation

civile au cours de laquelle les renseignements ont été divulgués. Les règles régissant l'enquête préalable ne visaient pas à transformer les parties au litige en procureurs généraux privés. [3] [20] [25] [43]

En raison des faits de l'espèce, l'argumentation de l'appelante porte en grande partie sur son droit à la protection contre l'auto-incrimination, mais la règle de l'engagement implicite a une portée plus large. Elle inclut les actes répréhensibles des personnes autres que la personne interrogée et couvre les renseignements anodins qui ne sont ni confidentiels ni révélateurs d'un agissement fautif. [5]

Contrairement à l'argument du procureur général, la règle de l'engagement implicite ne va pas à l'encontre du principe de la « publicité des débats en justice ». L'enquête préalable n'a pas lieu en audience publique. De même, aucune question concernant la responsabilité judiciaire ne se pose à l'enquête préalable. Les situations ne sont simplement pas analogues. [21-22]

Les tribunaux ont le pouvoir discrétionnaire d'accorder des exemptions à l'égard de l'engagement ou de le modifier, mais celui-ci n'atteindra le but visé que si la personne interrogée au préalable est convaincue que le tribunal exercera ce pouvoir uniquement dans des circonstances exceptionnelles. Par conséquent, à moins qu'une exemption légale ne prime l'engagement implicite, il incombera au demandeur de l'exemption ou de la modification de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, l'existence d'un intérêt public plus important que les valeurs visées par l'engagement implicite, à savoir la protection de la vie privée, la protection contre l'auto-incrimination et le déroulement efficace du litige civil. Au nombre des facteurs qui peuvent être pris en considération figurent la sécurité publique et le témoignage contradictoire de la personne interrogée sur les mêmes questions dans des instances différentes. En cas de danger grave et immédiat, le demandeur serait fondé à s'adresser directement à la police sans ordonnance judiciaire. Il vaut mieux toutefois laisser aux tribunaux le soin de décider s'il y a lieu d'accorder des exemptions relatives à la divulgation de renseignements obtenus à l'interrogatoire préalable et révélant des infractions criminelles qui ne représentent pas un danger grave et immédiat. Dans le cadre de la divulgation de renseignements exigés par la loi, la lutte contre le crime n'éclipse pas nécessairement le droit d'un citoyen à sa vie privée. [14] [32-33] [38-41] [44] [48]

Il importe de donner rapidement suite aux demandes de modification de l'engagement implicite. Il appartient au juge en chambre de décider, d'après les faits de l'espèce, qui a le droit d'être avisé de ces demandes, mais

2008 SCC 8 (CanLII)

will be entitled to notice of such an application, not the police nor the media. [31] [52]

The action here has been settled, but the policies reflected in the implied undertaking remain undiminished. If the parents of the victim or other party wished to disclose the appellant's transcript to the police, they could have made an application to the court for permission to make disclosure, but none of them did so, and none of them is party to the current proceeding. [5] [22]

In this case, the Attorney General of British Columbia has standing to seek to vary an implied undertaking to which he is not a party, but the application should be rejected on the facts. His objective was to obtain evidence that would help assist the police investigation, and possibly to incriminate the appellant. It would be quite wrong for the police to be able to take advantage of statutorily compelled testimony in civil litigation to undermine the appellant's right to silence and the protection against self-incrimination afforded her by the criminal law. [53] [58]

On the other hand, the Court of Appeal correctly held that the implied undertaking is no bar to persons not party to it, and the appellant's discovery transcript and documents are not privileged or exempt from seizure. The authorities have available to them the usual remedies of subpoena *duces tecum* or a search warrant under the *Criminal Code*. However, if at this stage they do not have the grounds to obtain a search warrant, it is not open to them to build their case on the appellant's compelled testimony. [5] [55-56]

The search warrant, where available, only gives the police access to the discovery material. It does not authorize its use in any proceedings that may be initiated. If criminal charges are brought, the prosecution may also compel a witness to produce a copy of the documents or transcripts in question from his or her possession by a subpoena *duces tecum*. The trial judge would then determine what, if any, use could be made of the material, having regard to the appellant's *Charter* rights and any other relevant considerations. None of these issues arise for decision on the present appeal. [56-57]

Cases Cited

Not followed: *Home Office v. Harman*, [1983] 1 A.C. 280; **distinguished:** *Attorney General of Nova*

normalement, seules les parties au litige ont le droit d'en être avisées, et non la police, ni les médias. [31] [52]

L'action a fait l'objet d'un règlement, mais les principes sous-tendant l'engagement implicite demeurent inchangés. Si les parents de la victime ou une autre partie voulaient divulguer à la police la transcription de l'interrogatoire préalable de l'appelante, ils auraient pu présenter une demande d'autorisation au tribunal, mais ils ne l'ont pas fait et ils ne sont pas non plus parties à l'instance. [5] [22]

En l'espèce, le procureur général de la Colombie-Britannique a la qualité requise pour demander la modification d'un engagement implicite auquel il n'est pas partie, mais sa demande doit être rejetée compte tenu des faits de l'espèce. Son objectif était d'obtenir des éléments de preuve qui pourraient aider l'enquête policière et peut-être d'incriminer l'appelante. Il serait vraiment injustifié que la police puisse profiter d'un témoignage exigé par la loi en matière civile pour compromettre le droit de l'appelante de garder le silence et son droit à la protection contre l'auto-incrimination qui lui sont reconnus en droit criminel. [53] [58]

Par ailleurs, la Cour d'appel a eu raison de conclure que l'engagement implicite ne s'applique pas aux tiers et que la transcription de l'interrogatoire préalable de l'appelante et les documents obtenus pendant l'interrogatoire ne sont pas privilégiés ni insaisissables. Les autorités disposent des recours habituels que sont les subpœna *duces tecum* et les mandats de perquisition délivrés en vertu du *Code criminel*. Toutefois, à ce stade, si elles n'ont pas de motifs suffisants pour obtenir un mandat de perquisition, elles ne peuvent fonder leurs arguments sur le témoignage forcé de l'appelante. [5] [55-56]

Un mandat de perquisition de la police, s'il est disponible, ne fait que donner accès aux documents. Il n'en autorise pas l'utilisation dans toute instance susceptible d'être introduite. Si des accusations criminelles sont portées, le ministère public peut aussi, par voie de subpœna *duces tecum*, obliger un témoin à produire une copie des documents ou des transcriptions en question qu'il a en sa possession. Le juge du procès déciderait ensuite quel usage, si usage il y a, en serait fait compte tenu des droits de l'appelante garantis par la *Charte* et de toute autre considération pertinente. Aucune de ces questions n'est soulevée en l'espèce. [56-57]

Jurisprudence

Arrêt non suivi : *Home Office c. Harman*, [1983] 1 A.C. 280; **distinction d'avec les arrêts :** *Procureur*

2008 SCC 8 (CanLII)

Scotia v. MacIntyre, [1982] 1 S.C.R. 175; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; **referred to:** *Hunt v. T & N plc* (1995), 4 B.C.L.R. (3d) 110; *Ross v. Henriques*, [2007] B.C.J. No. 2023 (QL), 2007 BCSC 1381; *Lac d'Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 743, 2001 SCC 51; *Stickney v. Trusz* (1973), 2 O.R. (2d) 469, aff'd (1974), 3 O.R. (2d) 538 (Div. Ct.), aff'd (1974), 3 O.R. (2d) 538 (C.A.), leave to appeal ref'd, [1974] S.C.R. xii; *Tricontinental Investments Co. v. Guarantee Co. of North America* (1982), 39 O.R. (2d) 614; *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97; *Slavutych v. Baker*, [1976] 1 S.C.R. 254; *Kyuquot Logging Ltd. v. British Columbia Forest Products Ltd.* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 1; *Shaw Estate v. Oldroyd*, [2007] B.C.J. No. 1310 (QL), 2007 BCSC 866; *Rayman Investments and Management Inc. v. Canada Mortgage and Housing Corp.*, [2007] B.C.J. No. 628 (QL), 2007 BCSC 384; *Wilson v. McCoy* (2006), 59 B.C.L.R. (4th) 1, 2006 BCSC 1011; *Laxton Holdings Ltd. v. Madill*, [1987] 3 W.W.R. 570; *Blake v. Hudson's Bay Co.*, [1988] 1 W.W.R. 176; *755568 Ontario Ltd. v. Linchris Homes Ltd.* (1990), 1 O.R. (3d) 649; *Rocca Enterprises Ltd. v. University Press of New Brunswick Ltd.* (1989), 103 N.B.R. (2d) 224; *Eli Lilly and Co. v. Interpharm Inc.* (1993), 161 N.R. 137; *Cipollone v. Liggett Group, Inc.*, 785 F.2d 1108 (1986); *Goodman v. Rossi* (1995), 125 D.L.R. (4th) 613; *Crest Homes plc v. Marks*, [1987] 2 All E.R. 1074; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *Lac Minerals Ltd. v. New Cinch Uranium Ltd.* (1985), 50 O.R. (2d) 260; *Miller (Ed) Sales & Rentals Ltd. v. Caterpillar Tractor Co.* (1988), 90 A.R. 323; *Harris v. Sweet*, [2005] B.C.J. No. 1520 (QL), 2005 BCSC 998; *Scuzzy Creek Hydro & Power Inc. v. Tercon Contractors Ltd.* (1998), 27 C.P.C. (4th) 252; *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.* (1990), 33 C.P.R. (3d) 49; *Livent Inc. v. Drabinsky* (2001), 53 O.R. (3d) 126; *R. v. Henry*, [2005] 3 S.C.R. 609, 2005 SCC 76; *R. v. Nedelcu* (2007), 41 C.P.C. (6th) 357; *Rank Film Distributors Ltd. v. Video Information Centre*, [1982] A.C. 380; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565; *Attorney-General for Gibraltar v. May*, [1999] 1 W.L.R. 998; *Bank of Crete S.A. v. Koskotas (No. 2)*, [1992] 1 W.L.R. 919; *Sybron Corp. v. Barclays Bank Plc.*, [1985] 1 Ch. 299; *Bailey v. Australian Broadcasting Corp.*, [1995] 1 Qd. R. 476; *Commonwealth v. Temwood Holdings Pty Ltd.* (2001), 25 W.A.R. 31, [2001] WASC 282; *Perrin v. Beninger*, [2004] O.J. No. 2353 (QL); *Tyler v. M.N.R.*, [1991] 2 F.C. 68; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *R. v. Serendip Physiotherapy Clinic* (2004), 189 C.C.C. (3d) 417.

général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre, [1982] 1 R.C.S. 175; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; **arrêts mentionnés :** *Hunt c. T & N plc* (1995), 4 B.C.L.R. (3d) 110; *Ross c. Henriques*, [2007] B.C.J. No. 2023 (QL), 2007 BCSC 1381; *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 743, 2001 CSC 51; *Stickney c. Trusz* (1973), 2 O.R. (2d) 469, conf. par (1974), 3 O.R. (2d) 538 (C. div.), conf. par (1974), 3 O.R. (2d) 538 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1974] R.C.S. xii; *Tricontinental Investments Co. c. Guarantee Co. of North America* (1982), 39 O.R. (2d) 614; *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97; *Slavutych c. Baker*, [1976] 1 R.C.S. 254; *Kyuquot Logging Ltd. c. British Columbia Forest Products Ltd.* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 1; *Shaw Estate c. Oldroyd*, [2007] B.C.J. No. 1310 (QL), 2007 BCSC 866; *Rayman Investments and Management Inc. c. Canada Mortgage and Housing Corp.*, [2007] B.C.J. No. 628 (QL), 2007 BCSC 384; *Wilson c. McCoy* (2006), 59 B.C.L.R. (4th) 1, 2006 BCSC 1011; *Laxton Holdings Ltd. c. Madill*, [1987] 3 W.W.R. 570; *Blake c. Hudson's Bay Co.*, [1988] 1 W.W.R. 176; *755568 Ontario Ltd. c. Linchris Homes Ltd.* (1990), 1 O.R. (3d) 649; *Rocca Enterprises Ltd. c. University Press of New Brunswick Ltd.* (1989), 103 R.N.-B. (2e) 224; *Eli Lilly and Co. c. Interpharm Inc.* (1993), 161 N.R. 137; *Cipollone c. Liggett Group, Inc.*, 785 F.2d 1108 (1986); *Goodman c. Rossi* (1995), 125 D.L.R. (4th) 613; *Crest Homes plc c. Marks*, [1987] 2 All E.R. 1074; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *Lac Minerals Ltd. c. New Cinch Uranium Ltd.* (1985), 50 O.R. (2d) 260; *Miller (Ed) Sales & Rentals Ltd. c. Caterpillar Tractor Co.* (1988), 90 A.R. 323; *Harris c. Sweet*, [2005] B.C.J. No. 1520 (QL), 2005 BCSC 998; *Scuzzy Creek Hydro & Power Inc. c. Tercon Contractors Ltd.* (1998), 27 C.P.C. (4th) 252; *Lubrizol Corp. c. Imperial Oil Ltd.* (1990), 33 C.P.R. (3d) 49; *Livent Inc. c. Drabinsky* (2001), 53 O.R. (3d) 126; *R. c. Henry*, [2005] 3 R.C.S. 609, 2005 CSC 76; *R. c. Nedelcu* (2007), 41 C.P.C. (6th) 357; *Rank Film Distributors Ltd. c. Video Information Centre*, [1982] A.C. 380; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565; *Attorney-General for Gibraltar c. May*, [1999] 1 W.L.R. 998; *Bank of Crete S.A. c. Koskotas (No. 2)*, [1992] 1 W.L.R. 919; *Sybron Corp. c. Barclays Bank Plc.*, [1985] 1 Ch. 299; *Bailey c. Australian Broadcasting Corp.*, [1995] 1 Qd. R. 476; *Commonwealth c. Temwood Holdings Pty Ltd.* (2001), 25 W.A.R. 31, [2001] WASC 282; *Perrin c. Beninger*, [2004] O.J. No. 2353 (QL); *Tyler c. M.R.N.*, [1991] 2 C.F. 68; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *R. c. Serendip Physiotherapy Clinic* (2004), 189 C.C.C. (3d) 417.

2008 SCC 8 (CanLII)

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 5.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(*c*), 13.
Child, Family and Community Service Act, R.S.B.C. 1996, c. 46, s. 14.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 196, 487.
Evidence Act, R.S.B.C. 1996, c. 124, s. 4.
Federal Rules of Civil Procedure, 28 U.S.C.A. r. 26(c).
Queen's Bench Rules, M.R. 553/88, r. 30.1.
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 30.1.
Rules of Civil Procedure (Prince Edward Island), r. 30.1.
Rules of Court, B.C. Reg. 221/90, rr. 2(5), 27, 44, 56(1), (4), 60(41), (42), 64(1).

Authors Cited

Laskin, John B. "The Implied Undertaking". A paper presented to the Canadian Bar Association — Ontario at a Continuing Legal Education Conference on *Privilege and Confidential Information in Litigation — Current Developments and Future Trends*, October 19, 1991.
Papile, Cristiano. "The Implied Undertaking Revisited" (2006), 32 *Adv. Q.* 190.
Stevenson, William A., and Jean E. Côté. *Civil Procedure Encyclopedia*, vol. 2. Edmonton: Juriliber, 2003.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Low and Kirkpatrick JJ.A.) (2006), 269 D.L.R. (4th) 654, [2006] 9 W.W.R. 687, 227 B.C.A.C. 140, 374 W.A.C. 140, 55 B.C.L.R. (4th) 66, 31 C.P.C. (6th) 149, [2006] B.C.J. No. 1176 (QL), 2006 BCCA 262, setting aside a decision of Shaw J., [2005] 11 W.W.R. 539, 45 B.C.L.R. (4th) 108, 15 C.P.C. (6th) 211, 129 C.R.R. (2d) 109, [2005] B.C.J. No. 589 (QL), 2005 BCSC 400. Appeal allowed.

Brian T. Ross and *Karen L. Weslowski*, for the appellant.

No one appeared for the respondent Jade Kathleen Ledenko Doucette, by her litigation guardian Greg Bertram.

Karen F. W. Liang, for the respondent the Chief Constable of the Vancouver Police Department.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11c), 13.
Child, Family and Community Service Act, R.S.B.C. 1996, ch. 46, art. 14.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 196, 487.
Evidence Act, R.S.B.C. 1996, ch. 124, art. 4.
Federal Rules of Civil Procedure, 28 U.S.C.A. règle 26c).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 5.
Règles de la Cour du Banc de la Reine, Règl. du Man. 553/88, règle 30.1.
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 30.1.
Rules of Civil Procedure (Île-du-Prince-Édouard), règle 30.1.
Rules of Court, B.C. Reg. 221/90, règles 2(5), 27, 44, 56(1), (4), 60(41), (42), 64(1).

Doctrine citée

Laskin, John B. « The Implied Undertaking ». A paper presented to the Canadian Bar Association — Ontario at a Continuing Legal Education Conference on *Privilege and Confidential Information in Litigation — Current Developments and Future Trends*, October 19, 1991.
Papile, Cristiano. « The Implied Undertaking Revisited » (2006), 32 *Adv. Q.* 190.
Stevenson, William A., and Jean E. Côté. *Civil Procedure Encyclopedia*, vol. 2. Edmonton : Juriliber, 2003.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Low et Kirkpatrick) (2006), 269 D.L.R. (4th) 654, [2006] 9 W.W.R. 687, 227 B.C.A.C. 140, 374 W.A.C. 140, 55 B.C.L.R. (4th) 66, 31 C.P.C. (6th) 149, [2006] B.C.J. No. 1176 (QL), 2006 BCCA 262, qui a infirmé une décision du juge Shaw, [2005] 11 W.W.R. 539, 45 B.C.L.R. (4th) 108, 15 C.P.C. (6th) 211, 129 C.R.R. (2d) 109, [2005] B.C.J. No. 589 (QL), 2005 BCSC 400. Pourvoi accueilli.

Brian T. Ross et *Karen L. Weslowski*, pour l'appelante.

Personne n'a comparu pour l'intimée Jade Kathleen Ledenko Doucette, représentée par son tuteur Greg Bertram.

Karen F. W. Liang, pour l'intimé le chef du service de police de Vancouver.

2008 SCC 8 (CanLII)

Michael H. Morris, for the respondent the Attorney General of Canada.

J. Edward Gouge, *Q.C.*, and *Natalie Hepburn Barnes*, for the respondent the Attorney General of British Columbia.

The judgment of the Court was delivered by

[1] Binnie J. — The principal issue raised on this appeal is the scope of the "implied undertaking rule" under which evidence compelled during pretrial discovery from a party to civil litigation can be used by the parties only for the purpose of the litigation in which it was obtained. The issue arises in the context of alleged child abuse, a matter of great importance and concern in our society. The Attorney General of British Columbia rejects the existence of an implied undertaking rule in British Columbia (factum, at para. 4). Alternatively, if there is such a rule, he says it does not extend to *bona fide* disclosures of criminal activity. In his view the parties may, without court order, share with the police any discovery documents or oral testimony that tend to show criminal misconduct.

[2] In the further alternative, the Attorney General argues that the existence of an implied undertaking would not in any way inhibit the ability of the authorities, who are not parties to it, to obtain a subpoena *duces tecum* or to seize documents or a discovery transcript pursuant to a search warrant issued under s. 487 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[3] The British Columbia Court of Appeal held that the implied undertaking rule "does not extend to *bona fide* disclosure of criminal conduct" ((2006), 55 B.C.L.R. (4th) 66, 2006 BCCA 262, at para. 56). This ruling is stated too broadly, in my opinion. The rationale of the implied undertaking rule rests on the statutory compulsion that requires

Michael H. Morris, pour l'intimé le procureur général du Canada.

J. Edward Gouge, *c.r.*, et *Natalie Hepburn Barnes*, pour l'intimé le procureur général de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] Le juge Binnie — Le principal point en litige en l'espèce concerne la portée de la « règle de l'engagement implicite » selon laquelle les éléments de preuve obtenus par contrainte d'une partie à une instance civile lors de l'enquête préalable ne peuvent être utilisés par les parties à d'autres fins que celles de l'instance au cours de laquelle ils ont été recueillis. La question se pose dans le contexte d'une allégation de violence contre un enfant, sujet d'une grande importance qui constitue une préoccupation majeure dans notre société. Le procureur général de la Colombie-Britannique rejette l'existence d'une règle de l'engagement implicite en Colombie-Britannique (mémoire, par. 4). Il déclare subsidiairement que, si une telle règle existe, elle ne s'applique pas à la divulgation de bonne foi d'activité criminelle. À son avis, les parties peuvent, sans ordonnance judiciaire, communiquer à la police tout document ou témoignage obtenu dans le cadre de l'enquête préalable qui tend à montrer un comportement criminel.

[2] Le procureur général ajoute subsidiairement que l'existence d'un engagement implicite n'empêcherait nullement les autorités, qui ne sont pas parties à l'engagement, d'obtenir un subpœna *duces tecum* ou de saisir des documents ou une transcription de l'interrogatoire préalable en vertu d'un mandat de perquisition décerné en application de l'art. 487 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

[3] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que la règle de l'engagement implicite [TRADUCTION] « ne s'applique pas à la divulgation de bonne foi d'un comportement criminel » ((2006), 55 B.C.L.R. (4th) 66, 2006 BCCA 262, par. 56). Cette décision a une portée trop large à mon avis. Le raisonnement qui sous-tend la règle de l'engagement

2008 SCC 8 (CanLII)

a party to make documentary and oral discovery regardless of privacy concerns and whether or not it tends to self-incriminate. The more serious the criminality, the greater would be the reluctance of a party to make disclosure fully and candidly, and the greater is the need for broad protection to facilitate his or her cooperation in civil litigation. It is true, as the chambers judge acknowledged, that there is an "immediate and serious danger" exception to the usual requirement for a court order prior to disclosure ((2005), 45 B.C.L.R. (4th) 108, 2005 BCSC 400, at paras. 28-29), but the exception is much narrower than is suggested by the *dictum* of the Court of Appeal, and it does not cover the facts of this case. In my view a party is not in general free to go without a court order to the police or any non-party with what it may view as "criminal conduct", which is a label that covers many shades of suspicion or rumour or belief about many different offences from the mundane to the most serious. The qualification added by the Court of Appeal, namely that the whistle blower must act *bona fides*, does not alleviate the difficulty. Many a tip to the police is tinged with self-interest. At what point does the hope of private advantage rob the communication of its *bona fides*? The lines need to be clear because, as the Court of Appeal itself noted, "non-*bona fide* disclosure of alleged criminal conduct would attract serious civil sanctions for contempt" (para. 56 (emphasis added)).

[4] Thus the rule is that both documentary and oral information obtained on discovery, including information thought by one of the parties to disclose some sort of criminal conduct, *is* subject to the implied undertaking. It is not to be used *by the other parties* except for the purpose of that litigation, unless and until the scope of the undertaking is varied by a court order or other judicial order or a situation of immediate and serious danger emerges.

implicite repose sur l'obligation légale qu'a une partie de communiquer préalablement les documents et de participer à l'interrogatoire préalable malgré les préoccupations au sujet de la protection de sa vie privée et que cela tende ou non à l'incriminer. Plus le crime est grave, plus une partie serait réticente à s'acquitter de son obligation de divulgation de façon complète et franche et plus il est nécessaire d'assurer une vaste protection pour faciliter sa collaboration dans un litige civil. Certes, comme l'a reconnu le juge en chambre, il est possible d'invoquer le « danger grave et immédiat » pour faire exception à la règle voulant qu'il faille habituellement obtenir une ordonnance judiciaire pour divulguer des renseignements ((2005), 45 B.C.L.R. (4th) 108, 2005 BCSC 400, par. 28-29). Cependant, l'exception est beaucoup plus restreinte que ne le donne à penser l'opinion incidente de la Cour d'appel et elle ne s'applique pas aux faits de l'espèce. À mon avis, une partie n'est généralement pas libre, sans ordonnance judiciaire, de révéler à la police ou à un tiers ce qu'elle peut considérer comme un « comportement criminel », étiquette qui englobe quantité d'infractions différentes, de la plus banale à la plus grave, dans toutes les nuances du soupçon, de la rumeur ou de la croyance. La Cour d'appel a précisé que le dénonciateur doit agir de bonne foi, mais la difficulté demeure entière. Bon nombre de renseignements communiqués à la police le sont partiellement par intérêt personnel. À quel moment l'espoir de favoriser ses intérêts personnels fait-il perdre la bonne foi? Les limites doivent être claires car, comme l'a fait remarquer la Cour d'appel, [TRADUCTION] « la divulgation de mauvaise foi d'un comportement criminel reproché entraînerait de sévères sanctions civiles pour outrage » (par. 56 (je souligne)).

[4] Ainsi, la règle est que les documents obtenus et les déclarations faites à l'enquête préalable, y compris les renseignements considérés par l'une des parties comme révélant un certain comportement criminel, *sont visés* par l'engagement implicite. *Les autres parties* ne peuvent les utiliser, sauf pour les besoins du litige, à moins qu'une ordonnance du tribunal ou autre ordonnance judiciaire ne vienne modifier la portée de l'engagement ou que ne survienne une situation de danger grave et immédiat.

2008 SCC 8 (CanLII)

[5] Here, because of the facts, much of the appellant's argument focussed on her right to protection against self-incrimination, but the implied undertaking rule is broader than that. It includes the wrongdoing of persons other than the examinee and covers innocuous information that is neither confidential nor discloses any wrongdoing at all. Here, if the parents of the victim or other party wished to disclose the appellant's transcript to the police, he or she or they could have made an application to the B.C. Supreme Court for permission to make disclosure, but none of them did so, and none of them is party to the current proceeding. The applicants are the Vancouver Police Department and the Attorney General of British Columbia supported by the Attorney General of Canada. None of these authorities is party to the undertaking. They have available to them the usual remedies of subpoena *duces tecum* or a search warrant under the *Criminal Code*. If at this stage they do not have the grounds to obtain a search warrant, it is not open to them to build their case on the compelled testimony of the appellant. Further, even if the authorities were thereby to obtain access to this compelled material, it would still be up to the court at the proceedings (if any) where it is sought to be introduced to determine its admissibility.

[6] I agree with the chambers judge that the balance of interests relevant to whether disclosure should be made by a party of alleged criminality is better evaluated by a court than by one of the litigants who will generally be self-interested. Discoveries (both oral and documentary) are likely to run more smoothly if none of the disputants are in a position to go without a court order to the police, or regulators or other authorities with their suspicions of wrongdoing, or to use the material obtained for any other purpose collateral or ulterior to the action in which the discovery is obtained. Of course the implied undertaking does not bind the Attorney General and the police (who are not parties to it) from seeking a search warrant in the ordinary way to obtain the discovery transcripts if they have the grounds to do so. Apparently, no such

[5] En raison des faits de l'espèce, l'argumentation de l'appelante porte en grande partie sur son droit à la protection contre l'auto-incrimination, mais la règle de l'engagement implicite a une portée plus large. Elle inclut les actes répréhensibles des personnes autres que la personne interrogée et couvre les renseignements anodins qui ne sont ni confidentiels ni révélateurs d'un agissement fautif. En l'occurrence, si les parents de la victime ou une autre partie voulaient divulguer la transcription de l'appelante à la police, ils auraient pu présenter une demande d'autorisation à la Cour suprême de la Colombie-Britannique, mais ils ne l'ont pas fait et ils ne sont pas non plus parties à la présente instance. Les demandeurs sont le service de police de Vancouver et le procureur général de la Colombie-Britannique, appuyé par le procureur général du Canada. Aucune de ces autorités n'est partie à l'engagement. Elles disposent des recours habituels que sont le subpœna *duces tecum* ou le mandat de perquisition délivrés en vertu du *Code criminel*. À ce stade, si elles n'ont pas de motifs suffisants pour obtenir un mandat de perquisition, elles ne peuvent fonder leurs arguments sur le témoignage forcé de l'appelante. De plus, même si elles réussissaient ainsi à avoir accès aux renseignements obtenus par la contrainte, il appartiendrait tout de même au tribunal (le cas échéant) où l'on chercherait à les introduire en preuve de statuer sur leur admissibilité.

[6] Je conviens avec le juge en chambre que le tribunal est mieux placé qu'une partie, laquelle sera généralement intéressée, pour apprécier la pertinence de divulguer un comportement criminel reproché. L'interrogatoire préalable et la communication préalable de documents se déroulent vraisemblablement mieux si aucune des parties ne peut, sans ordonnance judiciaire, signaler ses soupçons à la police, aux organismes de réglementation ou autres autorités, ou utiliser les renseignements pour toute autre fin accessoire ou ultérieure à l'action dans le cadre de laquelle ils ont été obtenus. Bien sûr, l'engagement implicite n'empêche pas le procureur général et la police (qui ne sont pas parties à l'engagement) de demander un mandat de perquisition selon la procédure ordinaire pour obtenir les transcriptions de l'interrogatoire préalable s'ils ont les

2008 SCC 8 (CanLII)

application has been made. At this stage the matter has proceeded only to the point of determining whether or not the implied undertaking permits the "*bona fide* disclosure of criminal conduct" without court order (B.C.C.A., at para. 56). In my view it does not do so in the circumstances disclosed here. I would allow the appeal.

I. Facts

[7] The appellant, a childcare worker, provided day-care services in her home. A 16-month-old child, Jade Doucette, suffered a seizure while in the appellant's care. The child was later determined to have suffered a brain injury. She and her parents sued the owners and operators of the day-care centre for damages, alleging that Jade's injury resulted from its negligence and that of the appellant.

[8] The appellant's defence alleges, in part, that Jade suffered a number of serious mishaps, including a bicycle accident while riding as a passenger with her father, none of which involved the appellant, and none of which were disclosed to the appellant when the child was delivered into her care (Statement of Defence, at para. 3).

[9] The Vancouver Police have for several years been conducting an investigation, which is still ongoing. In May 2004, the Vancouver Police arrested the appellant. She was questioned in the absence of her counsel (A.R., at p. 179). She was later released. In August 2004, the appellant and her husband received notices that their private communications had been intercepted by the police pursuant to s. 196 of the *Criminal Code*. To date, no criminal charges have been laid. In furtherance of that investigation, the authorities seek access to the appellant's discovery transcript.

[10] In November 2004, the appellant brought an interlocutory motion to prohibit the parties to the civil proceeding from providing the transcripts of discovery (which had not yet been held) to the police. She also sought to prevent the release of information from the transcripts to the police or the

motifs de le faire. Apparemment aucune demande n'a été faite dans ce sens. À cette étape, il s'agit seulement de déterminer si l'engagement implicite autorise la [TRADUCTION] « divulgation de bonne foi d'un comportement criminel sans ordonnance judiciaire » (C.A.C.-B., par. 56). À mon avis, il ne l'autorise pas dans les circonstances de l'affaire. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi.

I. Les faits

[7] L'appelante, une travailleuse en garderie, fournissait des services de garde de jour chez elle. Une enfant de 16 mois, Jade Doucette, a eu une crise d'apoplexie pendant qu'elle était sous sa garde. Il a été déterminé par la suite que l'enfant avait subi une lésion cérébrale. Ses parents et elle ont intenté une action en dommages-intérêts contre les propriétaires-exploitants de la garderie, alléguant que la lésion était imputable à une négligence de leur part et de la part de l'appelante.

[8] L'appelante plaide en défense notamment que Jade a subi un certain nombre d'accidents graves, dont un accident de bicyclette alors qu'elle était passagère sur le vélo de son père. Elle n'était impliquée dans aucun de ces accidents et les parents ne lui en ont pas fait part lorsqu'ils ont confié l'enfant à ses soins (défense, par. 3).

[9] La police de Vancouver fait enquête sur cette affaire depuis plusieurs années. En mai 2004, elle a arrêté l'appelante. Celle-ci a été interrogée sans la présence de son avocat (d.a., p. 179), puis libérée. En août 2004, l'appelante et son mari ont été avisés, conformément à l'art. 196 du *Code criminel*, que leurs communications privées avaient été interceptées par la police. À ce jour, aucune accusation criminelle n'a été portée. Dans le cadre de cette enquête, les autorités veulent avoir accès à la transcription de l'interrogatoire préalable de l'appelante.

[10] En novembre 2004, l'appelante a présenté une requête interlocutoire visant à interdire aux parties à la poursuite civile de fournir à la police les transcriptions de l'interrogatoire préalable (qui n'avait pas encore eu lieu). Elle a aussi cherché à empêcher la communication des renseignements

2008 SCC 8 (CanLII)

Attorney General of British Columbia and a third motion to prohibit the Attorney General of British Columbia, the police and the RCMP from obtaining and using copies of the transcripts and solicitor's notes without further court order. She relied upon the implied undertaking rule.

[11] The Attorney General of British Columbia opposed the appellant's motions and brought his own cross-motion for an order (if necessary) varying the legal undertaking to permit release of the transcripts to the police. He also brought a second motion for an order permitting the police to apply for the transcripts by way of search warrant, subpoena or other investigative means in the usual way.

[12] The appellant was examined for discovery for four days between June 2005 and September 2006. She claimed the protection of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, the British Columbia *Evidence Act*, R.S.B.C. 1996, c. 124, and (though an explicit claim was not necessary) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and says that she answered all the appropriate questions put to her. The transcripts are now in the possession of the parties and/or their counsel.

[13] In 2006, the underlying claim was settled. The appellant's discovery was never entered into evidence at a trial nor its contents disclosed in open court.

II. Judicial History

A. *Supreme Court of British Columbia (Shaw J.)* (2005), 45 B.C.L.R. (4th) 108, 2005 BCSC 400

[14] The chambers judge observed that an examination for discovery is statutorily compelled testimony by rule 27 of the B.C. *Rules of Court*, B.C. Reg. 221/90. As a general rule, there exists in

provenant des transcriptions à la police ou au procureur général de la Colombie-Britannique, et une troisième requête visant à interdire au procureur général de la Colombie-Britannique, à la police et à la GRC d'obtenir et d'utiliser les copies des transcriptions et les notes de l'avocat sans autre ordonnance judiciaire. Elle a invoqué la règle de l'engagement implicite.

[11] Le procureur général de la Colombie-Britannique s'est opposé aux requêtes de l'appelante et a présenté sa propre requête incidente en vue de faire modifier (au besoin) l'engagement légal de manière à permettre la communication des transcriptions à la police. Il a aussi présenté une deuxième requête pour que soit rendue une ordonnance autorisant la police à demander les transcriptions par voie de mandat de perquisition, de subpœna ou autre méthode d'enquête habituelle.

[12] L'interrogatoire préalable de l'appelante a duré quatre jours, entre juin 2005 et septembre 2006. Elle a demandé la protection de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, de la *Evidence Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, ch. 124, et (même si une demande explicite n'était pas nécessaire) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et déclare qu'elle a répondu à toutes les questions pertinentes qui lui ont été posées. Les transcriptions sont maintenant en la possession des parties ou de leurs avocats.

[13] En 2006, la demande initiale a fait l'objet d'un règlement. L'interrogatoire préalable de l'appelante n'a jamais été déposé en preuve devant les tribunaux et les renseignements obtenus au cours de cet interrogatoire n'ont pas été divulgués en audience.

II. Historique judiciaire

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique (le juge Shaw)* (2005), 45 B.C.L.R. (4th) 108, 2005 BCSC 400

[14] Le juge en chambre a fait remarquer qu'un interrogatoire préalable est un témoignage forcé en vertu de la règle 27 des *Rules of Court* de la Colombie-Britannique, B.C. Reg. 221/90. En

2008 SCC 8 (CanLII)

British Columbia an implied undertaking in civil actions that the parties and their lawyers will use discovery evidence strictly for the purposes of the court case. Discovery exists because getting at the truth in the pursuit of justice is an important social goal, but so (he held) is limiting the invasion of the examinee's privacy. Evidence taken on oral discovery comes within the scope of the undertaking. He noted that the court has the discretionary power to grant exemptions from or variations to the undertaking, and that in the exercise of that discretion courts must balance the need for disclosure against the right to privacy.

règle générale, il existe dans les actions civiles en Colombie-Britannique un engagement implicite selon lequel les parties et leurs avocats n'utilisent les éléments de preuve obtenus lors de l'enquête préalable que pour les besoins de l'affaire. Selon le juge en chambre, l'enquête préalable répond à un objectif important dans notre société, soit la recherche de la vérité dans la poursuite de la justice, mais limiter l'empiétement sur la vie privée de la personne interrogée est également important. Les dépositions recueillies lors de l'interrogatoire préalable tombent sous le coup de l'engagement. Le juge en chambre a souligné que les tribunaux ont le pouvoir discrétionnaire d'accorder des exemptions à l'égard de l'engagement ou de le modifier et que, dans l'exercice de ce pouvoir, ils doivent trouver un équilibre entre la nécessité de la divulgation et le droit à la vie privée.

[15] The chambers judge rejected the contention that the implied undertaking does not apply to evidence of crimes. Considerations of practicality supported keeping evidence of crimes within the scope of the undertaking because such evidence could vary from mere suspicion to blatant admissions and from minor to the most serious offences. It was better to leave the discretionary power of relief to the courts.

[15] Le juge en chambre a rejeté l'argument que l'engagement implicite ne vise pas la preuve de crimes. Des considérations d'ordre pratique justifiaient l'application de l'engagement à la preuve de crimes, car une telle preuve pouvait aller du simple soupçon à l'aveu flagrant et d'une infraction mineure à l'infraction la plus grave. Il valait mieux laisser aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire de modifier l'engagement.

[16] As to the various arguments asserted by the appellant under ss. 7, 11(*c*) and 13 of the *Charter*, the chambers judge concluded that "[t]he state is forbidden to use its investigatory powers to violate the confidentiality requirement of solicitor-client privilege; so too, in my view, should the state be forbidden to violate the confidentiality protected by discovery privilege" (para. 62). In his view, it was not open to the police to seize the transcript under a search warrant.

[16] Quant aux divers arguments que l'appelante fondait sur les art. 7 et 13 et l'al. 11*c*) de la *Charte*, le juge en chambre a conclu qu'[TRADUCTION] « [i]l est interdit à l'État d'utiliser ses pouvoirs d'enquête pour violer la confidentialité inhérente au privilège du secret professionnel de l'avocat; de même, devrait-il être interdit à l'État de violer la confidentialité des renseignements privilégiés obtenus lors de l'interrogatoire préalable » (par. 62). Selon le juge en chambre, il n'appartient pas à la police de saisir la transcription en vertu d'un mandat de perquisition.

B. *Court of Appeal for British Columbia (Newbury, Low and Kirkpatrick JJ.A.)* (2006), 55 B.C.L.R. (4th) 66, 2006 BCCA 262

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Low et Kirkpatrick)* (2006), 55 B.C.L.R. (4th) 66, 2006 BCCA 262

[17] The Court of Appeal allowed the appeal. In its view, the parties were at liberty to disclose

[17] La Cour d'appel a accueilli l'appel. À son avis, les parties étaient libres de divulguer à la

2008 SCC 8 (CanLII)

the appellant's discovery evidence to the police to assist in the criminal investigation. Further, the authorities could obtain the discovery evidence by lawful investigative means such as subpoenas and search warrants.

[18] Kirkpatrick J.A., speaking for a unanimous court, noted the English law on the implied undertaking of confidentiality had been applied in British Columbia only in recent years. See *Hunt v. T & N plc* (1995), 4 B.C.L.R. (3d) 110. In that case, however, the British Columbia Court of Appeal had held that "[t]he obligation the law imposes is one of confidentiality from improper publication. It does not supersede all other legal, social or moral duties" (para. 65; quoted at para. 32). Thus, in Kirkpatrick J.A.'s opinion, "the undertaking in the action cannot form a shield from the detection and prosecution of crimes in which the public has an overriding interest" (para. 48).

[19] Kirkpatrick J.A. then turned to the *Charter* issues in the case. She noted that no charges had been laid against the appellant and therefore that ss. 11(*c*) (which applies to persons "charged with an offence") and 13 (which provides use immunity) were not engaged. The appellant was not in any imminent danger of deprivation of her right to liberty or security, and therefore any s. 7 claim was premature. Kirkpatrick J.A. declared that an implied undertaking, being just a rule of civil procedure, should not be given "constitutional status". Discovery material is not immune to search or seizure. The appeal was therefore allowed.

III. Analysis

[20] The root of the implied undertaking is the statutory compulsion to participate fully in pre-trial oral and documentary discovery. If the opposing party seeks information that is relevant and is not

police les éléments de preuve obtenus lors de l'interrogatoire préalable de l'appelante pour aider au déroulement de l'enquête criminelle. De plus, les autorités pouvaient y avoir accès par les méthodes d'enquête licites telles que les subpœna et les mandats de perquisition.

[18] La juge Kirkpatrick, au nom de la cour à l'unanimité, a fait observer que ce n'est qu'au cours des dernières années que le droit anglais en matière d'engagement implicite de confidentialité a été appliqué en Colombie-Britannique. Voir *Hunt c. T & N plc* (1995), 4 B.C.L.R. (3d) 110. Dans cette affaire, cependant, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait conclu que [TRADUCTION] « [l]'obligation prévue par la loi est une obligation de confidentialité interdisant la publication non autorisée. Elle ne prime pas toutes les autres obligations légales, sociales ou morales » (par. 65; cité au par. 32). Ainsi, selon la juge Kirkpatrick, [TRADUCTION] « l'engagement dans la présente action ne peut protéger contre la détection du crime et la poursuite des criminels, domaines où l'intérêt du public est prédominant » (par. 48).

[19] La juge Kirkpatrick a ensuite abordé les questions relatives à la *Charte*. Elle a constaté qu'aucune accusation n'avait été portée contre l'appelante et que, par conséquent, l'al. 11*c*) (qui vise tout « inculpé ») et l'art. 13 (qui prévoit l'immunité contre l'utilisation de la preuve) ne trouvaient pas application. L'appelante ne risquait pas de façon imminente d'être privée de son droit à la liberté ou à la sécurité; par conséquent, toute demande fondée sur l'art. 7 était prématurée. La juge Kirkpatrick a déclaré qu'un engagement implicite, en tant que simple règle de procédure civile, ne devait pas se voir accorder un « statut constitutionnel ». Les éléments de preuve obtenus à l'enquête préalable ne sont pas à l'abri d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie. L'appel a donc été accueilli.

III. Analyse

[20] L'engagement implicite repose sur l'obligation légale de participer pleinement à l'interrogatoire préalable et à la communication préalable de documents. Tout renseignement pertinent non

2008 SCC 8 (CanLII)

protected by privilege, it must be disclosed even if it tends to self-incrimination. See British Columbia *Rules of Court*, rr. 27(2), 44, 60(41), 60(42) and 64(1); *Ross v. Henriques*, [2007] B.C.J. No. 2023 (QL), 2007 BCSC 1381, at paras. 180-81. In Quebec, see *Lac d'Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 743, 2001 SCC 51, at para. 42. In Ontario, see *Stickney v. Trusz* (1973), 2 O.R. (2d) 469 (H.C.J.), aff'd (1974), 3 O.R. (2d) 538 (Div. Ct.), aff'd (1974), 3 O.R. (2d) 538 (p. 539) (C.A.), leave to appeal ref'd, [1974] S.C.R. xii. The rule in common law jurisdictions was affirmed post-*Charter* in *Tricontinental Investments Co. v. Guarantee Co. of North America* (1982), 39 O.R. (2d) 614 (H.C.J.), and has been applied to public inquiries, *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97.

[21] The Attorney General of British Columbia submits that *Lac d'Amiante*, which was based on the Quebec *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, "was wrongly decided" (factum, at para. 16). An implied undertaking not to disclose pre-trial documentary and oral discovery for purposes other than the litigation in which it was obtained is, he argues, contrary to the "open court" principle stated in *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, and *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326 (factum, at para. 6). The Vancouver Police support this position (factum, at para. 48). The argument is based on a misconception. Pre-trial discovery does not take place in open court. The vast majority of civil cases never go to trial. Documents are inspected or exchanged by counsel at a place of their own choosing. In general, oral discovery is not conducted in front of a judge. The only point at which the "open court" principle is engaged is when, if at all, the case goes to trial and the discovered party's documents or answers from the discovery transcripts are introduced as part of the case at trial.

privilégié doit être divulgué à la partie adverse qui cherche à l'obtenir même s'il tend à l'incriminer. Voir *Rules of Court* de la Colombie-Britannique, règles 27(2), 44, 60(41), 60(42) et 64(1); *Ross c. Henriques*, [2007] B.C.J. No. 2023 (QL), 2007 BCSC 1381, par. 180-181. Au Québec, voir *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 743, 2001 CSC 51, par. 42. En Ontario, voir *Stickney c. Trusz* (1973), 2 O.R. (2d) 469 (H.C.J.), conf. (1974), 3 O.R. (2d) 538 (C. div.), conf. par (1974), 3 O.R. (2d) 538 (p. 539) (C.A.), autorisation d'appel refusée, [1974] S.C.R. xii. La règle dans les provinces de common law a été confirmée après l'adoption de la *Charte* dans *Tricontinental Investments Co. c. Guarantee Co. of North America* (1982), 39 O.R. (2d) 614 (H.C.J.), et a été appliquée aux enquêtes publiques, *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97.

[21] Le procureur général de la Colombie-Britannique affirme que l'arrêt *Lac d'Amiante*, basé sur le *Code de procédure civile* du Québec, L.R.Q., ch. C-25, [TRADUCTION] « est mal fondé » (mémoire, par. 16). Il soutient que l'engagement implicite de ne pas divulguer à des fins étrangères au litige les documents produits et les déclarations faites lors de l'enquête préalable est contraire au principe de la « publicité des débats en justice » énoncé dans *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, et *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326 (mémoire, par. 6). La police de Vancouver appuie ce point de vue (mémoire, par. 48). L'argument est mal fondé. L'enquête préalable n'a pas lieu en audience publique et l'immense majorité des affaires civiles n'atteignent pas l'étape du procès. Les avocats examinent ou échangent les documents à l'endroit de leur choix. De façon générale, l'interrogatoire préalable n'a pas lieu devant un juge. Le seul moment où le principe de la « publicité des débats en justice » entre en jeu est celui de l'instruction où les documents de la partie interrogée au préalable ou les réponses tirées des transcriptions de l'interrogatoire préalable sont introduits en preuve au procès.

2008 SCC 8 (CanLII)

[22] In *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, relied on by the Vancouver Police as well as by the Attorney General of British Columbia, the contents of the affidavit in support of the search warrant application were made public, but not until after the search warrant had been executed, and "the purposes of the policy of secrecy are largely, if not entirely, accomplished" (p. 188). At that point the need for public access and public scrutiny prevail. Here the action has been settled but the policies reflected in the implied undertaking (privacy and the efficient conduct of civil litigation generally) remain undiminished. Nor is *Edmonton Journal* helpful to the respondents. In that case the Court struck down a "sweeping" Alberta prohibition against publication of matrimonial proceedings, including publication of the "comments of counsel and the presiding judge". In the face of such prohibition, the court asked, "[h]ow then is the community to know if judges conduct themselves properly" (p. 1341). No such questions of state accountability arise in pre-trial discoveries. The situations are simply not analogous.

[22] Dans l'affaire *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, citée par la police de Vancouver et le procureur général de la Colombie-Britannique, le contenu de l'affidavit présenté à l'appui de la demande de mandat de perquisition avait été rendu public, mais seulement après l'exécution du mandat et lorsque « les objectifs que vise le principe du secret sont en grande partie sinon complètement atteints » (p. 188). À ce moment-là, la nécessité de l'accès du public et de l'examen public prévaut. En l'espèce, l'action a fait l'objet d'un règlement, mais les principes sous-tendant l'engagement implicite (généralement la protection de la vie privée et le déroulement efficace des poursuites civiles) demeurent inchangés. L'arrêt *Edmonton Journal* n'aide pas non plus la cause des intimés. Dans cet arrêt, la Cour a invalidé, à cause de son « étendue », l'interdiction en Alberta de publier des renseignements obtenus au cours d'instances matrimoniales, y compris « les remarques des avocats et du juge ». Devant une telle interdiction, la Cour s'est demandée « [c]omment la société peut [. . .] alors savoir si les juges se conduisent correctement » (p. 1341). Aucune question concernant la responsabilité de l'État ne se pose à l'enquête préalable. Les situations ne sont simplement pas analogues.

A. *The Rationale for the Implied Undertaking*

[23] Quite apart from the cases of exceptional prejudice, as in disputes about trade secrets or intellectual property, which have traditionally given rise to express confidentiality orders, there are good reasons to support the existence of an implied (or, in reality, a court-imposed) undertaking.

[24] In the first place, pre-trial discovery is an invasion of a private right to be left alone with your thoughts and papers, however embarrassing, defamatory or scandalous. At least one side in every lawsuit is a reluctant participant. Yet a proper pre-trial discovery is essential to prevent surprise or "litigation by ambush", to encourage settlement once the facts are known, and to narrow issues even where settlement proves unachievable. Thus, rule 27(22) of the B.C. *Rules of Court* compels a litigant to answer all relevant questions posed on

A. *Fondement de l'engagement implicite*

[23] Hormis les cas de préjudice exceptionnel, comme dans les litiges en matière de secrets commerciaux ou de propriété intellectuelle, où les ordonnances expresses de confidentialité sont courantes, il y a de bonnes raisons de reconnaître l'existence d'un engagement implicite (ou, en réalité, d'un engagement d'origine judiciaire).

[24] Premièrement, l'enquête préalable est une atteinte au droit de garder pour soi ses pensées et ses documents, aussi embarrassants, diffamatoires ou scandaleux soient-ils. Dans chaque poursuite, au moins une partie est réticente. Or, l'étape de l'enquête préalable est essentielle pour éviter les surprises ou les « litiges par guet-apens », pour encourager les règlements une fois les faits connus et pour circonscrire les questions en litige même lorsqu'un règlement s'avère impossible. Ainsi, la règle 27(22) des *Rules of Court* de la Colombie-Britannique

2008 SCC 8 (CanLII)

an examination for discovery. Failure to do so can result in punishment by way of imprisonment or fine pursuant to rules 56(1), 56(4) and 2(5). In some provinces, the rules of practice provide that individuals who are not even parties can be ordered to submit to examination for discovery on issues relevant to a dispute in which they may have no direct interest. It is not uncommon for plaintiff's counsel aggressively to "sue everyone in sight" not with any realistic hope of recovery but to "get discovery". Thus, for the out-of-pocket cost of issuing a statement of claim or other process, the gate is swung open to investigate the private information and perhaps highly confidential documents of the examinee in pursuit of allegations that might in the end be found to be without any merit at all.

[25] The public interest in getting at the truth in a civil action outweighs the examinee's privacy interest, but the latter is nevertheless entitled to a measure of protection. The answers and documents are compelled by statute solely for the purpose of the civil action and the law thus requires that the invasion of privacy should generally be limited to the level of disclosure necessary to satisfy that purpose and that purpose alone. Although the present case involves the issue of self-incrimination of the appellant, that element is not a necessary requirement for protection. Indeed, the disclosed information need not even satisfy the legal requirements of confidentiality set out in *Slavutych v. Baker*, [1976] 1 S.C.R. 254. The general idea, metaphorically speaking, is that whatever is disclosed in the discovery room stays in the discovery room unless eventually revealed in the courtroom or disclosed by judicial order.

[26] There is a second rationale supporting the existence of an implied undertaking. A litigant who has some assurance that the documents and answers will not be used for a purpose collateral or ulterior to the proceedings in which they are demanded will be encouraged to provide a more

oblige une partie à un litige à répondre à toutes les questions pertinentes posées lors de l'interrogatoire préalable. Le refus est sanctionné par l'emprisonnement ou une amende en application des règles 56(1), 56(4) et 2(5). Dans certaines provinces, selon les règles de pratique, les personnes qui ne sont même pas parties au litige peuvent se voir ordonner de se soumettre à l'interrogatoire préalable au sujet de questions qui sont pertinentes pour le litige, mais dans lesquelles elles n'ont aucun intérêt direct. Il n'est pas rare que l'avocat du demandeur poursuive vigoureusement « tout ce qui bouge », non pas dans l'espoir réaliste d'une indemnisation, mais pour avoir droit à l'interrogatoire préalable. Ainsi, contre le paiement des menus frais exigés pour le dépôt d'une déclaration ou autre procédure, la partie demanderesse a accès à un flot de renseignements privés et peut-être de documents hautement confidentiels de la personne interrogée, sur la base d'allégations, qui en fin de compte peuvent se révéler complètement dénuées de fondement.

[25] Dans une action civile, l'intérêt qu'a le public à découvrir la vérité l'emporte sur le droit de la personne interrogée à sa vie privée, lequel mérite néanmoins une certaine protection. La loi n'oblige à fournir des réponses et à produire des documents que pour l'action civile, et elle exige donc que l'atteinte à la vie privée se limite généralement à la mesure nécessaire à ces fins. Même si la présente affaire soulève la question de l'auto-incrimination de l'appelante, il ne s'agit pas d'une condition préalable à la protection. En fait, il n'est même pas nécessaire que les renseignements divulgués satisfassent aux exigences légales de confidentialité énoncées dans *Slavutych c. Baker*, [1976] 1 R.C.S. 254. L'idée générale est que, métaphoriquement, tout ce qui est divulgué dans la pièce où se déroule l'interrogatoire préalable reste dans cette pièce, sauf si cela est finalement révélé en salle d'audience ou révélé par suite d'une ordonnance judiciaire.

[26] Une deuxième raison justifie l'existence d'un engagement implicite. La partie qui a une certaine assurance que les documents et les réponses qu'elle fournit ne seront pas utilisés à des fins connexes ou ultérieures à l'instance où ils sont exigés sera incitée à donner des renseignements plus exhaustifs

2008 SCC 8 (CanLII)

complete and candid discovery. This is of particular interest in an era where documentary production is of a magnitude ("litigation by avalanche") as often to preclude careful pre-screening by the individuals or corporations making production. See *Kyuquot Logging Ltd. v. British Columbia Forest Products Ltd.* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.), *per* Esson J.A. dissenting, at pp. 10-11.

[27] For good reason, therefore, the law imposes on the parties to civil litigation an undertaking *to the court* not to use the documents or answers for any purpose other than securing justice in the civil proceedings in which the answers were compelled (whether or not such documents or answers were in their origin confidential or incriminatory in nature). See *Home Office v. Harman*, [1983] 1 A.C. 280 (H.L.); *Lac d'Amiante*; *Hunt v. T & N plc*; *Shaw Estate v. Oldroyd*, [2007] B.C.J. No. 1310 (QL), 2007 BCSC 866, at para. 21; *Rayman Investments and Management Inc. v. Canada Mortgage and Housing Corp.*, [2007] B.C.J. No. 628 (QL), 2007 BCSC 384; *Wilson v. McCoy* (2006), 59 B.C.L.R. (4th) 1, 2006 BCSC 1011; *Laxton Holdings Ltd. v. Madill*, [1987] 3 W.W.R. 570 (Sask. C.A.); *Blake v. Hudson's Bay Co.*, [1988] 1 W.W.R. 176 (Man. Q.B.); *755568 Ontario Ltd. v. Linchris Homes Ltd.* (1990), 1 O.R. (3d) 649 (Gen. Div.); *Rocca Enterprises Ltd. v. University Press of New Brunswick Ltd.* (1989), 103 N.B.R. (2d) 224 (Q.B.); *Eli Lilly and Co. v. Interpharm Inc.* (1993), 161 N.R. 137 (F.C.A.). A number of other decisions are helpfully referenced in W. A. Stevenson and J. E. Côté, *Civil Procedure Encyclopedia* (2003), vol. 2, at pp. 42-36 *et seq.*, and C. Papile, "The Implied Undertaking Revisited" (2006), 32 *Adv. Q.* 190, at pp. 194-96.

[28] The need to protect the privacy of the pre-trial discovery is recognized even in common law jurisdictions where there is no implied undertaking. See J. B. Laskin, "The Implied Undertaking" (a paper presented to the CBA-Ontario, CLE Conference on *Privilege and Confidential Information in Litigation — Current Developments and Future Trends*, October 19, 1991), at pp. 36-40. Rule

et honnêtes. Cela est particulièrement intéressant à une époque où la production de documents est d'une envergure telle (« litige par avalanche ») qu'elle empêche, bien souvent, les particuliers ou les entreprises devant produire les documents de procéder à une présélection approfondie. Voir *Kyuquot Logging Ltd. c. British Columbia Forest Products Ltd.* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.), le juge Esson, dissident, p. 10-11.

[27] À juste titre donc, la loi impose aux parties à un litige civil un engagement *envers la cour* de ne pas utiliser les documents ou les réponses pour toute autre fin que la recherche de la justice dans l'instance civile au cours de laquelle ils ont été obtenus (que ces documents ou réponses aient été ou non à l'origine confidentiels ou incriminants). Voir *Home Office c. Harman*, [1983] 1 A.C. 280 (H.L.); *Lac d'Amiante*; *Hunt c. T & N plc*; *Shaw Estate c. Oldroyd*, [2007] B.C.J. No. 1310 (QL), 2007 BCSC 866, par. 21; *Rayman Investments and Management Inc. c. Canada Mortgage and Housing Corp.*, [2007] B.C.J. No. 628 (QL), 2007 BCSC 384; *Wilson c. McCoy* (2006), 59 B.C.L.R. (4th) 1, 2006 BCSC 1011; *Laxton Holdings Ltd. c. Madill*, [1987] 3 W.W.R. 570 (C.A. Sask.); *Blake c. Hudson's Bay Co.*, [1988] 1 W.W.R. 176 (B.R. Man.); *755568 Ontario Ltd. c. Linchris Homes Ltd.* (1990), 1 O.R. (3d) 649 (Div. gén.); *Rocca Enterprises Ltd. c. University Press of New Brunswick Ltd.* (1989), 103 R.N.-B. (2e) 224 (B.R.); *Eli Lilly and Co. c. Interpharm Inc.* (1993), 161 N.R. 137 (C.A.F.). On trouve des références utiles à un certain nombre d'autres décisions dans l'ouvrage de W. A. Stevenson et J. E. Côté, *Civil Procedure Encyclopedia* (2003), vol. 2, p. 42-36 et suiv., ainsi que dans l'article de C. Papile, « The Implied Undertaking Revisited » (2006), 32 *Adv. Q.* 190, p. 194-196.

[28] La nécessité de protéger le caractère privé de l'interrogatoire préalable est reconnue même dans les provinces de common law, où l'engagement implicite n'existe pas. Voir J. B. Laskin, « The Implied Undertaking » (document présenté à l'ABC-Ontario, conférence de FJP intitulée *Privilege and Confidential Information in Litigation — Current Developments and Future*

2008 SCC 8 (CanLII)

26(c) of the United States *Federal Rules of Civil Procedure* (28 U.S.C.A.) provides that a court may, upon a showing of "good cause", grant a protective order to maintain the confidentiality of information disclosed during discovery. The practical effect is that the courts routinely make confidentiality orders limited to pre-trial disclosure to protect a party or person being discovered "from annoyance, embarrassment, oppression, or undue burden or expense". See, e.g., *Cipollone v. Liggett Group, Inc.*, 785 F.2d 1108 (3d Cir. 1986).

B. *Remedies for Breach of the Implied Undertaking*

[29] Breach of the undertaking may be remedied by a variety of means including a stay or dismissal of the proceeding, or striking a defence, or, in the absence of a less drastic remedy, contempt proceedings for breach of the undertaking owed to the court. See *Lac d'Amiante*, at para. 64, and *Goodman v. Rossi* (1995), 125 D.L.R. (4th) 613 (Ont. C.A.), at p. 624.

C. *Exceptional Circumstances May Trump the Implied Undertaking*

[30] The undertaking is imposed in recognition of the examinee's privacy interest, and the public interest in the efficient conduct of civil litigation, but those values are not, of course, absolute. They may, in turn, be trumped by a more compelling public interest. Thus, where the party being discovered does not consent, a party bound by the undertaking may apply to the court for leave to use the information or documents otherwise than in the action, as described in *Lac d'Amiante*, at para. 77:

> Before using information, however, the party in question will have to apply for leave, specifying the purposes of using the information and the reasons why it is justified, and both sides will have to be heard on the application.

Trends, 19 octobre 1991), p. 36-40. La règle 26c) des *Federal Rules of Civil Procedure* des États-Unis (28 U.S.C.A.) prévoit qu'un tribunal peut, pour [TRADUCTION] « motif valable », accorder une ordonnance de protection pour préserver la confidentialité des renseignements divulgués pendant l'interrogatoire préalable. Concrètement, cela signifie que les tribunaux rendent couramment des ordonnances de confidentialité limitées à la divulgation préalable au procès pour éviter que la partie ou la personne interrogée au préalable soit [TRADUCTION] « importunée, gênée, accablée ou qu'on lui impose un fardeau trop lourd ou des frais excessifs ». Voir, p. ex., *Cipollone c. Liggett Group, Inc.*, 785 F.2d 1108 (3d Cir. 1986).

B. *Recours en cas de manquement à l'engagement implicite*

[29] Le manquement à l'engagement peut faire l'objet de diverses mesures réparatrices, dont le sursis ou le rejet de l'instance, la radiation de la défense ou, en l'absence d'une réparation moins draconienne, une procédure pour manquement à l'engagement envers le tribunal. Voir *Lac d'Amiante*, par. 64, et *Goodman c. Rossi* (1995), 125 D.L.R. (4th) 613 (C.A. Ont.), p. 624.

C. *Circonstances exceptionnelles primant l'engagement implicite*

[30] L'engagement est imposé pour protéger le droit de la personne interrogée à sa vie privée ainsi que l'intérêt qu'a le public dans le déroulement efficace des litiges civils. Toutefois, ces valeurs ne sont pas absolues. Elles peuvent, à leur tour, céder le pas devant un intérêt public plus impérieux. Ainsi, en cas de non-consentement de la partie interrogée, la partie liée par l'engagement peut demander au tribunal l'autorisation d'utiliser les renseignements ou les documents pour une autre fin que celle de l'action, comme il est indiqué dans *Lac d'Amiante*, par. 77 :

> Avant d'employer l'information, la partie concernée devra cependant présenter une demande à cette fin. Cette dernière précisera les buts de l'utilisation et les motifs qui la justifient et sera ensuite débattue contradictoirement.

2008 SCC 8 (CanLII)

In such an application the judge would have access to the documents or transcripts at issue.

D. *Applications Should Be Dealt with Expeditiously*

[31] The injury to Jade Doucette occurred on November 19, 2001. The police investigation was launched shortly thereafter. Almost four years ago the appellant was (briefly) arrested. Three and a half years ago the present court applications were launched. Over two years ago the appellant was examined for discovery. It is apparent that in many of these cases delay will defeat the purpose of the application. It is important that they proceed expeditiously.

E. *Criteria on the Application for a Modification or Variance of the Implied Undertaking*

[32] An application to modify or relieve against an implied undertaking requires an applicant to demonstrate to the court on a balance of probabilities the existence of a public interest of greater weight than the values the implied undertaking is designed to protect, namely privacy and the efficient conduct of civil litigation. In a case like the present, of course, there weighs heavily in the balance the right of a suspect to remain silent in the face of a police investigation, and the right not to be compelled to incriminate herself. The chambers judge took the view (I think correctly) that in this case that factor was decisive. In other cases the mix of competing values may be different. What is important in each case is to recognize that unless an examinee is satisfied that the undertaking will only be modified or varied by the court in exceptional circumstances, the undertaking will not achieve its intended purpose.

[33] Reference was made to *Crest Homes plc v. Marks*, [1987] 2 All E.R. 1074, where Lord Oliver said, on behalf of the House of Lords, that the authorities "illustrate no general principle beyond this, that the court will not release or modify the implied undertaking given on discovery save in special circumstances and where the release or modification will not occasion injustice to the

Dans le cadre d'une telle demande, le juge a accès aux documents et transcriptions en question.

D. *Les demandes doivent être traitées rapidement*

[31] La blessure de Jade Doucette est survenue le 19 novembre 2001. La police a ouvert une enquête peu de temps après. Il y a près de quatre ans, l'appelante a été arrêtée et détenue brièvement. Les actuelles demandes en justice ont été présentées il y a trois ans et demi. L'appelante a été interrogée au préalable il y a plus de deux ans. Il est clair que dans bon nombre de ces cas le retard vient contrecarrer l'objet de la demande. Il importe de donner rapidement suite à ces demandes.

E. *Critères à appliquer pour les demandes de modification de l'engagement implicite*

[32] La personne qui demande une modification ou une levée de l'engagement implicite doit démontrer au tribunal, selon la prépondérance des probabilités, l'existence d'un intérêt public plus important que les valeurs visées par l'engagement implicite, à savoir la protection de la vie privée et le déroulement efficace du litige civil. Dans une affaire comme celle-ci, il est évident que le droit du suspect de garder le silence face aux questions des policiers et son droit de ne pas s'incriminer pèsent lourd dans la balance. Le juge en chambre estime (à bon droit, à mon avis) qu'en l'espèce ce facteur était déterminant. Dans d'autres cas, la combinaison de valeurs opposées peut être différente. Ce qui importe dans chaque cas, c'est de reconnaître que l'engagement n'atteindra pas le but visé, sauf si la personne interrogée est convaincue que le tribunal ne le modifiera que dans des circonstances exceptionnelles.

[33] On a renvoyé à l'affaire *Crest Homes plc c. Marks*, [1987] 2 All E.R. 1074, où lord Oliver, au nom de la Chambre des lords, a expliqué que la jurisprudence [TRADUCTION] « se borne à établir le principe général selon lequel les tribunaux n'accepteront de relever une partie de l'engagement implicite donné lors de l'enquête préalable ou de modifier cet engagement que dans des circonstances

2008 SCC 8 (CanLII)

person giving discovery" (p. 1083). I would prefer to rest the discretion on a careful weighing of the public interest asserted by the applicant (here the prosecution of a serious crime) against the public interest in protecting the right against self-incrimination as well as upholding a litigant's privacy and promoting an efficient civil justice process. What is important is the identification of the competing values, and the weighing of one in the light of the others, rather than setting up an absolute barrier to occasioning any "injustice to the person giving discovery". Prejudice, possibly amounting to injustice, to a particular litigant may exceptionally be held justified by a higher public interest, as in the case of the accused whose solicitor-client confidences were handed over to the police in *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455, a case referred to in the courts below, and discussed hereafter. Of course any perceived prejudice to the examinee is a factor that will always weigh heavily in the balance. It may be argued that disclosure to the police of the evil secrets of the psychopath at issue in *Smith v. Jones* may have been prejudicial to him but was not an "injustice" in the overall scheme of things, but such a gloss would have given cold comfort to an accused who made his disclosures in the expectation of confidentiality. If public safety trumps solicitor-client privilege despite a measure of injustice to the (unsympathetic) accused in *Smith v. Jones*, it can hardly be disputed in this jurisdiction that the implied undertaking rule would yield to such a higher public interest as well.

[34] Three Canadian provinces have enacted rules governing when relief should be given against such implied or "deemed" undertakings (see *Queen's Bench Rules*, M.R. 553/88, r. 30.1 (Manitoba); *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 30.1 (Ontario); *Rules of Civil Procedure*, r. 30.1 (Prince Edward Island)). I believe the test formulated therein (in identical terms) is apt as a reflection of the common law more generally, namely:

particulières et si l'exemption ou la modification ne causera aucune injustice à la partie interrogée » (p. 1083). Je préférerais que ce pouvoir discrétionnaire repose sur une pondération soigneuse de l'intérêt public invoqué par le demandeur (en l'espèce, la poursuite de l'auteur d'un crime grave) par rapport à l'intérêt qu'a le public à protéger le droit de ne pas s'incriminer, à protéger la vie privée d'une partie et à promouvoir l'efficacité de la procédure civile. L'important est de définir les valeurs opposées et d'en soupeser une par rapport aux autres, au lieu d'ériger l'« injustice [à l'égard de] la partie interrogée » en barrière absolue. Le préjudice — qui peut constituer une injustice — causé à une partie peut, dans des cas exceptionnels, être considéré comme justifié par un intérêt public supérieur, comme dans l'arrêt *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455, précédent invoqué devant les instances inférieures et analysé ci-après, où les confidences de l'accusé protégées par le privilège du secret professionnel de l'avocat avaient été transmises à la police. Bien entendu, tout préjudice perçu à l'égard de la personne interrogée joue toujours un grand rôle dans cette pondération. On peut arguer que la divulgation à la police des horribles secrets du psychopathe dont il est question dans *Smith c. Jones* a pu être préjudiciable à celui-ci, mais qu'il ne s'agissait pas d'une « injustice » dans le contexte général des choses; toutefois, un tel argument n'est pas très rassurant pour l'accusé qui a fait ses révélations en s'attendant à ce que la confidentialité soit respectée. Si la sécurité publique prime le privilège du secret professionnel de l'avocat malgré une certaine injustice à l'égard de l'accusé (antipathique) dans *Smith c. Jones*, on peut difficilement nier qu'au Canada la règle de l'engagement implicite cède aussi le pas à un tel intérêt public supérieur.

[34] Trois provinces canadiennes ont adopté des règles qui régissent les cas où il convient de relever une partie de l'engagement implicite ou « présumé » (voir les *Règles de la Cour du Banc de la Reine*, Règl. du Man. 553/88, règle 30.1 (Manitoba), les *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 30.1 (Ontario), et les *Rules of Civil Procedure*, règle 30.1 (Île-du-Prince-Édouard)). Je crois que le critère qui y est formulé (en termes identiques) reflète bien la règle plus générale de common law :

2008 SCC 8 (CanLII)

If satisfied that the interest of justice outweighs any prejudice that would result to a party who disclosed evidence, the court may order that [the implied or "deemed" undertaking] does not apply to the evidence or to information obtained from it, and may impose such terms and give such directions as are just.

[35] The case law provides some guidance to the exercise of the court's discretion. For example, where discovery material in one action is sought to be used in another action with the same or similar parties and the same or similar issues, the prejudice to the examinee is virtually non-existent and leave will generally be granted. See *Lac Minerals Ltd. v. New Cinch Uranium Ltd.* (1985), 50 O.R. (2d) 260 (H.C.J.), at pp. 265-66; *Crest Homes*, at p. 1083; *Miller (Ed) Sales & Rentals Ltd. v. Caterpillar Tractor Co.* (1988), 90 A.R. 323 (C.A.); *Harris v. Sweet*, [2005] B.C.J. No. 1520 (QL), 2005 BCSC 998; *Scuzzy Creek Hydro & Power Inc. v. Tercon Contractors Ltd.* (1998), 27 C.P.C. (4th) 252 (B.C.S.C.).

[36] On the other hand, courts have generally not favoured attempts to use the discovered material for an extraneous purpose, or for an action wholly unrelated to the purposes of the proceeding in which discovery was obtained in the absence of some compelling public interest. See, e.g., *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.* (1990), 33 C.P.R. (3d) 49 (F.C.T.D.), at p. 51. In *Livent Inc. v. Drabinsky* (2001), 53 O.R. (3d) 126 (S.C.J.), the court held that a non-party to the implied undertaking could in unusual circumstances apply to have the undertaking varied, but that relief in such cases would virtually never be given (p. 130).

[37] Some applications have been refused on the basis that they demonstrate precisely the sort of mischief the implied undertaking rule was designed to avoid. In *755568 Ontario*, for example, the plaintiff sought leave to send the defendant's discovery transcripts to the police. The court concluded that the plaintiff's strategy was to enlist the aid of the police to discover further evidence in support of

S'il est convaincu que l'intérêt de la justice l'emporte sur tout préjudice que pourrait encourir une partie qui a divulgué des éléments de preuve, le tribunal peut ordonner que [l'engagement implicite ou « présumé »] ne s'applique pas aux éléments de preuve ou aux renseignements tirés de ceux-ci, et imposer les conditions et donner les directives qu'il estime justes.

[35] La jurisprudence nous éclaire sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal. Par exemple, lorsque l'on cherche à utiliser, dans une seconde action, les renseignements dévoilés au cours de l'interrogatoire préalable tenu dans le cadre de la première action avec les mêmes parties ou des parties semblables et les mêmes questions en litige ou des questions semblables, le préjudice causé à la personne interrogée est quasi inexistant et l'autorisation sera généralement accordée : *Lac Minerals Ltd. c. New Cinch Uranium Ltd.* (1985), 50 O.R. (2d) 260 (H.C.J.), p. 265-266; *Crest Homes*, p. 1083; *Miller (Ed) Sales & Rentals Ltd. c. Caterpillar Tractor Co.* (1988), 90 A.R. 323 (C.A.); *Harris c. Sweet*, [2005] B.C.J. No. 1520 (QL), 2005 BCSC 998; *Scuzzy Creek Hydro & Power Inc. c. Tercon Contractors Ltd.* (1998), 27 C.P.C. (4th) 252 (B.C.S.C.).

[36] En revanche, les tribunaux n'ont généralement pas favorisé les tentatives d'utiliser à d'autres fins ou pour une action tout à fait étrangère à l'instance la preuve recueillie au cours de l'interrogatoire préalable, en l'absence d'intérêt public impératif. Voir, p. ex., *Lubrizol Corp. c. Imperial Oil Ltd.* (1990), 33 C.P.R. (3d) 49 (C.F. 1re inst.), p. 51. Dans *Livent Inc. c. Drabinsky* (2001), 53 O.R. (3d) 126 (C.S.J.), la cour a conclu qu'une personne non partie à l'engagement implicite pourrait, dans des circonstances particulières, en demander la modification, mais que cette demande en pareils cas ne serait presque jamais accordée (p. 130).

[37] Certaines demandes ont été rejetées au motif qu'elles représentaient exactement le genre de méfait que la règle de l'engagement implicite visait à éviter. Dans *755568 Ontario*, par exemple, le demandeur sollicitait l'autorisation d'envoyer les transcriptions de l'interrogatoire préalable du défendeur à la police. La cour a conclu que la stratégie du demandeur consistait à obtenir l'aide de la

2008 SCC 8 (CanLII)

the plaintiff's claim and/or to pressure the defendant to settle (p. 655).

(i) The Balancing of Interests

[38] As stated, the onus in each case will be on the applicant to demonstrate a superior public interest in disclosure, and the court will be mindful that an undertaking should only be set aside in exceptional circumstances. In what follows I do not mean to suggest that the categories of superior public interest are fixed. My purpose is illustrative rather than exhaustive. However, to repeat, an undertaking designed in part to encourage open and generous discovery by assuring parties being discovered of confidentiality will not achieve its objective if the confidentiality is seen by reluctant litigants to be too readily set aside.

(ii) Statutory Exceptions

[39] The implied undertaking rule at common law, and in those jurisdictions which have enacted rules, more or less codifying the common law, is subject to legislative override. In the present case for example, the Attorney General of British Columbia and the Vancouver Police rely on s. 14 of the *Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, c. 46, which provides that:

(1) A person who has reason to believe that a child needs protection under section 13 must promptly report the matter to a director or a person designated by a director.

(2) Subsection (1) applies even if the information on which the belief is based

(a) is privileged, except as a result of a solicitor-client relationship, or

(b) is confidential and its disclosure is prohibited under another Act.

It is apparent from the extensive police investigation to date and the appearance of the Attorneys General and the Vancouver Police in these proceedings that a report was made to the authorities. We do

police pour découvrir d'autres éléments de preuve susceptibles d'appuyer ses prétentions ou de forcer le défendeur à conclure un règlement (p. 655).

(i) La pondération des intérêts

[38] Comme nous l'avons dit, dans chaque cas, il incombera au demandeur de démontrer qu'un intérêt public supérieur justifie la divulgation et la cour sera consciente qu'un engagement ne peut être levé que dans des circonstances exceptionnelles. Dans l'analyse qui suit, je ne veux pas dire par là que les catégories d'intérêt public supérieur sont figées. Mon but est de brosser un tableau illustratif et non exhaustif. Toutefois, je le répète, un engagement visant notamment à encourager une communication préalable franche et généreuse en garantissant la confidentialité aux parties interrogées ne pourra atteindre son objectif si les parties réticentes voient qu'on écarte trop facilement cette confidentialité.

(ii) Exceptions légales

[39] En common law et dans les territoires qui ont adopté des règles codifiant plus ou moins la common law, la règle de l'engagement implicite est assujettie à la dérogation législative. En l'espèce, par exemple, le procureur général de la Colombie-Britannique et la police de Vancouver ont invoqué l'art. 14 de la *Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 46, qui prévoit :

[TRADUCTION]

(1) La personne qui a des motifs de croire qu'un enfant a besoin de protection en vertu de l'article 13 doit renvoyer l'affaire sans tarder à un directeur ou une personne désignée par un directeur.

(2) Le paragraphe (1) s'applique même si les renseignements sur lesquels se fonde la croyance :

a) sont privilégiés, sauf ceux obtenus dans le cadre d'une relation avocat-client;

b) sont confidentiels et que leur divulgation est interdite par une autre loi.

Il ressort pour l'heure de la longue enquête policière et des déclarations des procureurs généraux et de la police de Vancouver en l'espèce qu'un rapport a été fait aux autorités. Nous ne connaissons pas les

2008 SCC 8 (CanLII)

not know the details. Undoubtedly, a report could have been made without reference to anything said or produced at discovery. At this point the matter has proceeded beyond a mere "report" and involves the collection of evidence. This will require, in the ordinary way laid down by Parliament in s. 487 of the *Criminal Code*, the application for a search warrant or a subpoena *duces tecum* at trial, if there is a trial.

(iii) Public Safety Concerns

[40] One important public interest flagged by the chambers judge was the "public safety" issue raised by way of analogy to *Smith v. Jones*, a case dealing with solicitor-client privilege. While solicitor-client privilege constitutes an interest higher than the privacy interest at issue here, the chambers judge used the case to illustrate the relevant balancing of interests. There, a psychiatrist was retained by defence counsel to prepare an assessment of the accused for purposes of the defence generally, including potential submissions on sentencing in the event of a conviction. During his interview with the psychiatrist, the accused described in considerable detail his plan to kidnap, rape and kill prostitutes. The psychiatrist concluded the accused was a dangerous individual who would, more likely than not, commit future offences unless he received immediate psychiatric treatment. The psychiatrist wished to take his concerns to the police and applied to the court for leave to do so notwithstanding that the psychiatrist's only access to the accused was under the umbrella of solicitor-client privilege. In such a case the accused/client would undoubtedly consider himself to be the victim of an injustice, but our Court held that the privilege yielded to "clear and imminent threat of serious bodily harm to an identifiable group . . . if this threat is made in such a manner that a sense of urgency is created" (para. 84). Further, in circumstances of "immediate and serious danger", the police may be contacted without leave of the court (paras. 96-97). If a comparable situation arose in the context of an implied undertaking, the proper procedure would be for the concerned party to make application to a chambers judge but if, as discussed in *Smith v. Jones* there existed a situation of "immediate and

détails. Il ne fait aucun doute qu'un rapport aurait pu être préparé sans égard à ce qui a été dit ou produit lors de l'enquête préalable. À ce stade, l'affaire repose sur plus qu'un simple « rapport » et suppose la collecte d'éléments de preuve. Il faudra présenter, selon la procédure habituelle établie par le législateur à l'art. 487 du *Code criminel*, une demande de mandat de perquisition, ou de subpœna *duces tecum* au procès, si un procès a lieu.

(iii) Sécurité publique

[40] Le juge en chambre a signalé un intérêt public important, soit la question de la « sécurité publique » soulevée par analogie avec l'affaire *Smith c. Jones*, portant sur le privilège du secret professionnel de l'avocat. Même si ce privilège constitue un intérêt supérieur au droit à la vie privée dont il est question en l'espèce, le juge en chambre a utilisé l'affaire pour illustrer la pondération appropriée des intérêts. Dans cette affaire, l'avocat de la défense avait retenu les services d'un psychiatre pour évaluer l'accusé afin de préparer la défense, y compris éventuellement les observations relatives à la peine dans l'hypothèse d'une déclaration de culpabilité. Durant son entrevue avec le psychiatre, l'accusé a décrit avec un luxe de détails le plan qu'il avait élaboré pour enlever, violer et tuer des prostituées. Le psychiatre a conclu que l'accusé était un individu dangereux qui commettrait probablement d'autres crimes s'il ne recevait pas un traitement psychiatrique immédiat. Il voulait faire part de ses inquiétudes à la police et il a demandé une autorisation en ce sens à la cour même si sa rencontre avec l'accusé s'était déroulée uniquement sous le sceau du privilège du secret professionnel de l'avocat. Dans un tel cas, l'accusé/le client se considérait sans nul doute comme la victime d'une injustice, mais la Cour a déclaré que le privilège cédait le pas devant une « menace claire et imminente de blessures graves dirigée contre un groupe identifiable [. . .] faite de manière à inspirer un sentiment d'urgence » (par. 84). De plus, en cas de « danger grave et immédiat », il est possible de communiquer avec la police sans autorisation du tribunal (par. 96-97). Si une situation comparable survenait dans le contexte d'un engagement implicite, la procédure à suivre consisterait pour la

2008 SCC 8 (CanLII)

serious danger", the applicant would be justified in going directly to the police, in my opinion, without a court order.

(iv) Impeaching Inconsistent Testimony

[41] Another situation where the deponent's privacy interest will yield to a higher public interest is where the deponent has given contradictory testimony about the same matters in successive or different proceedings. If the contradiction is discovered, the implied undertaking rule would afford no shield to its use for purposes of impeachment. In provinces where the implied undertaking rule has been codified, there is a specific provision that the undertaking "does not prohibit the use of evidence obtained in one proceeding, or information obtained from such evidence, to impeach the testimony of a witness in another proceeding": see Manitoba r. 30.1(6), Ontario r. 30.1.01(6), Prince Edward Island r. 30.1.01(6). While statutory, this provision, in my view, also reflects the general common law in Canada. An undertaking implied by the court (or imposed by the legislature) to make civil litigation more effective should not permit a witness to play games with the administration of justice: *R. v. Henry*, [2005] 3 S.C.R. 609, 2005 SCC 76. Any other outcome would allow a person accused of an offence "[w]ith impunity [to] tailor his evidence to suit his needs in each particular proceeding" (*R. v. Nedelcu* (2007), 41 C.P.C. (6th) 357 (Ont. S.C.J.), at paras. 49-51).

(v) The Suggested "Crimes" Exception

[42] As stated, Kirkpatrick J.A. concluded that "the undertaking in the action cannot form a shield from the detection and prosecution of crimes in

partie concernée à présenter une demande au juge en chambre. Toutefois, comme il est mentionné dans *Smith c. Jones*, en cas de « danger grave et immédiat », le demandeur serait fondé, à mon avis, à s'adresser directement à la police, sans ordonnance judiciaire.

(iv) Mise en cause de la crédibilité d'un témoignage contradictoire

[41] Une autre situation où le droit du déposant à sa vie privée cédera le pas devant un intérêt public supérieur est celle où le déposant a fourni un témoignage contradictoire sur les mêmes questions dans des instances successives ou différentes. Si l'on découvre la contradiction, la règle de l'engagement implicite ne pourrait en empêcher l'utilisation pour attaquer la crédibilité du déposant. Dans les provinces où l'on a codifié cette règle, il existe une disposition précise qui prévoit que l'engagement « n'a pas pour effet d'interdire l'utilisation d'éléments obtenus au cours d'une instance ou de renseignements tirés de ces éléments afin que soit attaquée la crédibilité d'une personne qui témoigne dans une autre instance » : voir la règle 30.1(6) des Règles du Manitoba et la règle 30.1.01(6) des Règles de l'Ontario et des Règles de l'Île-du-Prince-Édouard. À mon avis, cette disposition législative reflète aussi les principes généraux de common law au Canada. Un engagement implicitement reconnu par le tribunal (ou imposé par le législateur) dans le but de rendre un litige civil plus efficace ne doit pas permettre à un témoin de jouer au plus fin avec l'administration de la justice : *R. c. Henry*, [2005] 3 R.C.S. 609, 2005 CSC 76. Autrement, une personne accusée d'avoir commis une infraction pourrait [TRADUCTION] « [e]n toute impunité façonner sa preuve de manière à répondre à ses besoins dans chaque instance » (*R. c. Nedelcu* (2007), 41 C.P.C. (6th) 357 (C.S.J. Ont.), par. 49-51).

(v) L'exception « en cas de crimes » proposée

[42] Comme nous l'avons vu, la juge Kirkpatrick a conclu que [TRADUCTION] « l'engagement dans la présente action ne peut protéger contre la détection

2008 SCC 8 (CanLII)

which the public has an overriding interest" (para. 48). In her view,

> a party obtaining production of documents or transcriptions of oral examination of discovery is under a general obligation, in most cases, to keep such document confidential. A party seeking to use the discovery evidence other than in the proceedings in which it is produced must obtain the permission of the disclosing party or leave of the court. However, the obligation of confidentiality does not extend to *bona fide* disclosure of criminal conduct. On the other hand, non-*bona fide* disclosure of alleged criminal conduct would attract serious civil sanctions for contempt. [para. 56]

[43] The chambers judge put his finger on one of the serious difficulties with such an exception. He wrote:

> . . . considerations of practicality support keeping evidence of crimes within the scope of the undertaking. In this regard, it should be understood that evidence relating to a crime may vary from mere suspicion to blatant admissions, from peripheral clues to direct evidence, from minor offences to the most heinous. There are also many shades and variations in between these extremes. [para. 27]

This difficulty is compounded by the fact that parties to civil litigation are often quick to see the supposed criminality in what their opponents are up to, or at least to appreciate the tactical advantage that threats to go to the police might achieve, and to pose questions to the examinee to lay the basis for such an approach: see *755568 Ontario*, at p. 656. The rules of discovery were not intended to constitute litigants as private attorneys general.

[44] The chambers judge took the view that "leaving the discretionary power of exemption or variation with the courts is preferable to giving litigants the power to report to the police, without a court order, anything that might relate to a criminal offence" (para. 27). I agree. On such an application the court will be able to weigh against the examinee's privacy interest the seriousness of the offence alleged, the "evidence" or admissions said

du crime et la poursuite des criminels, domaines où l'intérêt du public est prédominant » (par. 48). À son avis,

> [TRADUCTION] la partie qui obtient la production de documents ou de transcriptions de l'interrogatoire préalable a l'obligation générale, dans la plupart des cas, d'en préserver la confidentialité. La partie qui cherche à utiliser la preuve recueillie lors de l'interrogatoire préalable dans une instance autre que celle durant laquelle elle a été présentée doit en obtenir l'autorisation de la partie qui a divulgué les renseignements ou du tribunal. Toutefois, l'obligation de confidentialité ne s'applique pas à la divulgation de bonne foi d'un comportement criminel et la divulgation de mauvaise foi d'un comportement criminel présumé entraînerait des sanctions sévères pour outrage. [par. 56]

[43] Le juge en chambre a relevé une des difficultés majeures liées à cette exception :

> [TRADUCTION] . . . des considérations d'ordre pratique justifient l'application de l'engagement à la preuve de crimes. À ce sujet, il faut bien comprendre que la preuve afférente à un crime peut aller du simple soupçon à l'aveu flagrant, de l'indice secondaire à la preuve directe ou de l'infraction mineure à la plus odieuse. Il y a également plusieurs nuances et variantes entre ces extrêmes. [par. 27]

Cette difficulté est accrue du fait que les parties à un litige civil sont souvent promptes à voir la criminalité présumée dans ce que fait la partie adverse, ou du moins à comprendre que la menace de faire appel à la police peut leur donner un avantage tactique, et à poser à la personne interrogée les questions qui serviront de fondement à l'exception : voir *755568 Ontario*, p. 656. Les règles régissant l'enquête préalable ne visaient pas à transformer les parties au litige en procureurs généraux privés.

[44] Le juge en chambre a estimé [TRADUCTION] « qu'il vaut mieux laisser aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire de relever une partie de l'engagement ou de modifier cet engagement plutôt que de donner aux parties le pouvoir de communiquer à la police, sans ordonnance judiciaire, tout renseignement susceptible de se rapporter à un crime » (par. 27). Je suis d'accord. Saisi d'une telle demande, le tribunal sera en mesure, au regard du droit de

2008 SCC 8 (CanLII)

to be revealed in the discovery process, the use to which the applicant or police may put this material, whether there is evidence of malice or spite on the part of the applicant, and such other factors as appear to the court to be relevant to the exercise of its discretion. This will include recognition of the potential adverse effects if the protection of the implied undertaking is seen to be diluted or diminished.

la personne interrogée à sa vie privée, d'apprécier la gravité de l'infraction présumée, la « preuve » que constituent les aveux supposément faits lors de l'enquête préalable, l'utilisation que peut en faire le demandeur ou la police, la preuve de malveillance ou de vengeance de la part du demandeur, et d'autres facteurs que le tribunal estimera pertinents dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Cette analyse englobe l'identification des effets préjudiciables potentiels dans le cas où la protection de l'engagement implicite est perçue comme étant atténuée ou diminuée.

[45] Kirkpatrick J.A. noted that in some circumstances

[45] La juge Kirkpatrick a fait remarquer que dans certaines circonstances

neither party has an interest in or is willing to seek court ordered relief from the disclosure of information under the undertaking or otherwise. Nor does it [the chambers judge's approach] contemplate non-exigent circumstances of disclosed criminal conduct. It is easy to imagine a situation in which criminal conduct is disclosed in the discovery process, but no one apprehends that immediate harm is likely to result. [para. 55]

[TRADUCTION] aucune des parties n'a intérêt ou n'est disposée à demander une exemption judiciaire eu égard à la divulgation de renseignements protégés par l'engagement ou autrement. Elle [l'approche du juge en chambre] ne prévoit pas non plus l'absence d'urgence à divulguer le comportement criminel. Il est facile d'imaginer une situation où un comportement criminel est divulgué lors de l'enquête préalable sans que personne ne craigne le préjudice immédiat qui risque d'en résulter. [par. 55]

This is true, but it presupposes that the police are entitled to be handed a transcript of statutorily compelled answers which they themselves have no authority to compel, thereby using the civil discovery process to obtain indirectly what the police have no right to obtain directly. Such a rule, if accepted, would undermine the freedom of a suspect to cooperate or refuse to cooperate with the police, which is an important element of our criminal law.

C'est vrai, mais cela présuppose que la police peut se voir remettre une transcription des réponses requises par la loi qu'elle-même n'a pas le droit d'exiger, utilisant ainsi la procédure civile de communication préalable pour obtenir indirectement ce qu'elle ne peut obtenir directement. Une telle règle, si elle était acceptée, porterait atteinte à la liberté du suspect de collaborer ou de refuser de collaborer avec la police, ce qui est un élément important de notre droit criminel.

[46] In reaching her decision, Kirkpatrick J.A. relied on *dicta* of the House of Lords in *Rank Film Distributors Ltd. v. Video Information Centre*, [1982] A.C. 380. Lord Fraser said:

[46] Pour rendre sa décision, la juge Kirkpatrick s'est fondée sur les opinions incidentes de la Chambre des lords dans *Rank Film Distributors Ltd. c. Video Information Centre*, [1982] A.C. 380. Lord Fraser a déclaré :

If a defendant's answers to interrogatories tend to show that he has been guilty of a serious offence I cannot think that there would be anything improper in his opponent reporting the matter to the criminal authorities with a view to prosecution, certainly if he had first obtained leave from the court which ordered the interrogatories, and probably without such leave. [p. 447]

[TRADUCTION] Si les réponses d'un défendeur pendant les interrogatoires tendent à démontrer qu'il s'est rendu coupable d'un crime grave, je ne pense pas qu'il serait irrégulier que la partie adverse signale l'affaire aux autorités aux fins de poursuite, surtout si elle avait d'abord obtenu l'autorisation du tribunal qui a ordonné les interrogatoires, et probablement même sans une telle autorisation. [p. 447]

2008 SCC 8 (CanLII)

These observations, however, must be read in light of the fact that in England, unlike British Columbia, there existed at the time (since amended) "a privilege against compulsory self-incrimination by discovery or by answering interrogatories" (p. 446). There was thus absent from the English procedure the very foundation of the appellant's case, namely that she had *no* right to refuse to answer questions on discovery that might incriminate her, because she was obliged by statute to give the truth, the whole truth and nothing but the truth.

[47] It is true that solicitor-client privilege includes a "crimes" exception , but here again there is no proper analogy to an implied undertaking. In *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, Dickson J. observed:

> . . . if a client seeks guidance from a lawyer in order to facilitate the commission of a crime or a fraud, the communication will not be privileged and it is immaterial whether the lawyer is an unwitting dupe or knowing participant. [p. 835]

See also *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565. Abuse of solicitor-client privilege to facilitate criminality is contrary to its purpose. Adoption of the implied undertaking to facilitate full disclosure on discovery *even by crooks* is of the very essence of its purpose. In England, the weight of authority now seems to favour requiring leave of the court where the protected material relates to alleged criminality. See *Attorney-General for Gibraltar v. May*, [1999] 1 W.L.R. 998 (C.A.), at pp. 1007-8; *Bank of Crete S.A. v. Koskotas (No. 2)*, [1992] 1 W.L.R. 919 (Ch. D.), at p. 922; *Sybron Corp. v. Barclays Bank Plc.*, [1985] 1 Ch. 299, at p. 326. The same practice prevails in Australia: *Bailey v. Australian Broadcasting Corp.*, [1995] 1 Qd. R. 476 (S.C.); *Commonwealth v. Temwood Holdings Pty Ltd.* (2001), 25 W.A.R. 31, [2001] WASC 282.

[48] In reaching her conclusion, Kirkpatrick J.A. rejected the view expressed in *755568 Ontario*

Il faut toutefois lire ces observations en tenant compte du fait qu'en Angleterre, contrairement à la Colombie-Britannique, il existait alors un privilège (modifié depuis) [TRADUCTION] « contre l'auto-incrimination forcée par voie d'interrogatoire préalable ou de réponses aux interrogatoires » (p. 446). Le fondement même de la cause de l'appelante n'existait donc pas dans la procédure anglaise, à savoir qu'elle n'avait *aucun* droit de refuser, lors de l'interrogatoire préalable, de répondre aux questions susceptibles de l'incriminer, car elle était tenue de par la loi de dire la vérité, toute la vérité et rien que la vérité.

[47] Il est vrai que le privilège du secret professionnel de l'avocat englobe l'exception « en cas de crimes », mais, là encore, il n'y a pas d'analogie possible avec l'engagement implicite. Dans *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, le juge Dickson a fait remarquer :

> . . . si un client consulte un avocat pour pouvoir perpétrer plus facilement un crime ou une fraude, alors la communication n'est pas privilégiée et il importe peu que l'avocat soit une dupe ou un participant. [p. 835]

Voir aussi *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565. L'abus du privilège du secret professionnel de l'avocat dans le but de faciliter la commission d'un acte criminel va à l'encontre de son objet. L'adoption de l'engagement implicite dans le but de faciliter la divulgation complète lors de l'interrogatoire préalable *même de la part d'escrocs* constitue l'essence même de son objet. En Angleterre, la jurisprudence semble maintenant exiger l'obtention d'une autorisation du tribunal lorsque les documents protégés se rapportent à un acte criminel présumé. Voir *Attorney-General for Gibraltar c. May*, [1999] 1 W.L.R. 998 (C.A.), p. 1007-1008; *Bank of Crete S.A. c. Koskotas (No. 2)*, [1992] 1 W.L.R. 919 (Ch. D.), p. 922; *Sybron Corp. c. Barclays Bank Plc.*, [1985] 1 Ch. 299, p. 326. Il en va de même en Australie : *Bailey c. Australian Broadcasting Corp.*, [1995] 1 Qd. R. 476 (S.C.); *Commonwealth c. Temwood Holdings Pty Ltd.* (2001), 25 W.A.R. 31, [2001] WASC 282.

[48] Pour arriver à sa conclusion, la juge Kirkpatrick a rejeté l'opinion exprimée dans

2008 SCC 8 (CanLII)

and *Perrin v. Beninger*, [2004] O.J. No. 2353 (QL) (S.C.J.), that the public interest in investigating possible crimes is *not* in all cases sufficient to relieve against the undertaking. It is inherent in any balancing exercise that one interest will not always and in every circumstance prevail over other interests. It will depend on the facts. In *Tyler v. M.N.R.*, [1991] 2 F.C. 68 (C.A.), in a somewhat analogous situation of statutory compulsion, the appellant was charged with narcotics offences. Revenue Canada, on reading about the charges in a newspaper, began to investigate the possibility that the appellant had not reported all of his income in earlier years. The Minister invoked his statutory powers to compel information from the appellant, who sought to prevent the Minister from communicating any information thereby obtained to the RCMP. Stone J.A., speaking for a unanimous Federal Court of Appeal, agreed that the Minister should be permitted to continue using his compulsory audit for *Income Tax Act* purposes but prohibited the Minister from sharing the information compulsorily obtained from the appellant with the RCMP. Stone J.A. was of the view that the prosecution of crime did not necessarily trump a citizen's privacy interest in the disclosure of statutorily compelled information and I agree with him.

[49] The B.C. Court of Appeal qualified its "crimes" exception by the requirement that the communication to the police be made in good faith. Aside from the difficulties in applying such a requirement, as previously mentioned, I do not see how a "good faith" requirement is consistent with the court's rationale for granting relief against the undertaking. If, as the hypothesis requires, it is determined in a particular case that the public interest in investigating a crime and bringing the perpetrators to justice is paramount to the examinee's privacy interest, the good faith of the communication should no more be an issue here than in the case of any other informant. Informants are valued for what they can tell not for their worthy motives.

755568 Ontario et *Perrin c. Beninger*, [2004] O.J. No. 2353 (QL) (C.S.J.), selon laquelle l'intérêt du public à ce que des crimes possibles fassent l'objet d'une enquête *ne* suffit *pas* toujours pour justifier l'exception à l'engagement. Il est inhérent à l'exercice de pondération qu'un intérêt ne prime pas toujours les autres. Tout dépend des faits. Dans *Tyler c. M.R.N.*, [1991] 2 C.F. 68 (C.A.), dans une situation assez semblable d'obligation légale, l'appelant était accusé d'infractions en matière de stupéfiants. Revenu Canada, après avoir pris connaissance des accusations dans un journal, a ouvert une enquête pour déterminer si l'appelant n'avait pas déclaré l'intégralité de son revenu les années précédentes. Le ministre s'est appuyé sur les pouvoirs que lui confère la loi pour obliger l'appelant à lui fournir des renseignements, et celui-ci a cherché à empêcher le ministre de communiquer à la GRC tout renseignement ainsi obtenu. Le juge Stone, au nom de la Cour d'appel fédérale à l'unanimité, a convenu qu'il fallait permettre au ministre de poursuivre sa vérification obligatoire pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, mais il lui a interdit de communiquer à la GRC les renseignements obtenus contre le gré de l'appelant. Il estime que, dans le cadre de la divulgation de renseignements exigés par la loi, la lutte contre le crime n'éclipse pas nécessairement le droit d'un citoyen à sa vie privée. Je partage son avis.

[49] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a restreint la portée de l'exception « en cas de crimes » en exigeant que la communication à la police soit faite de bonne foi. À part les difficultés que suscite l'application d'une telle exigence, comme nous l'avons mentionné, je ne vois pas comment exiger la « bonne foi » est compatible avec le raisonnement qui doit fonder une exemption judiciaire. Si, comme le veut l'hypothèse, il est établi dans une affaire donnée que l'intérêt du public à ce qu'un crime fasse l'objet d'une enquête et à ce que les auteurs soient traduits en justice prévaut sur le droit de la personne interrogée à sa vie privée, on ne devrait pas tenir compte de la bonne foi de la communication, pas plus que dans le cas de tout autre dénonciateur. Les dénonciateurs sont appréciés pour ce qu'ils savent et non pour la pureté de leurs motifs.

2008 SCC 8 (CanLII)

[50] Finally, Kirkpatrick J.A. feared that

> if an application to court is required before a party may disclose the alleged conduct, the perpetrator of the crime may be notified of the disclosure and afforded the opportunity to destroy or hide evidence or otherwise conceal his or her involvement in the alleged crime. [para. 55]

This concern is largely remedied by permitting the party wishing to be relieved of the obligation of confidentiality to apply to the court *ex parte*. It would be up to the chambers judge to determine whether the circumstances justify proceeding *ex parte*, or whether the deponent and other parties to the proceeding should be notified of the application.

F. *Continuing Nature of the Implied Undertaking*

[51] As mentioned earlier, the lawsuit against the appellant and others was settled in 2006. As a result the appellant was not required to give evidence at a civil trial; nor were her examination for discovery transcripts ever read into evidence. The transcripts remain in the hands of the parties and their lawyer. Nevertheless, the implied undertaking continues. The fact that the settlement has rendered the discovery moot does not mean the appellant's privacy interest is also moot. The undertaking continues to bind. When an adverse party incorporates the answers or documents obtained on discovery as part of the court record at trial the undertaking is spent, but not otherwise, except by consent or court order. See *Lac d'Amiante*, at paras. 70 and 76; *Shaw Estate v. Oldroyd*, at paras. 20-22. It follows that decisions to the contrary, such as the decision of the House of Lords in *Home Office v. Harman* (where a narrow majority held that the implied undertaking not to disclose documents obtained on discovery continued even after the documents in question had been read aloud in open court), should not be followed in this country. The effect of the *Harman* decision has been reversed by a rule change in its country of origin.

[50] Enfin, la juge Kirkpatrick craignait que

> [TRADUCTION] s'il est nécessaire de présenter une demande au tribunal pour qu'une partie puisse divulguer le comportement présumé, l'auteur du crime pourra être ainsi avisé de la divulgation et avoir l'occasion de détruire ou de cacher des éléments de preuve ou de dissimuler autrement sa participation au crime reproché. [par. 55]

Cette crainte est largement atténuée si l'on permet à la partie désirant être libérée de l'obligation de confidentialité de s'adresser au tribunal *ex parte*. Il appartiendrait alors au juge en chambre de déterminer si les circonstances justifient une instance *ex parte*, ou si le déposant et les autres parties à l'instance devraient être avisés de la demande.

F. *La continuité de l'engagement implicite*

[51] Comme nous l'avons vu, la poursuite contre l'appelante et les autres parties au litige a fait l'objet d'un règlement en 2006. L'appelante n'était donc plus tenue de témoigner à un procès civil et les transcriptions de son interrogatoire préalable n'ont jamais été présentées en preuve. Les transcriptions restent en la possession des parties et de leur avocat. Néanmoins, l'engagement implicite demeure. Le fait que le règlement a rendu l'interrogatoire préalable théorique ne signifie pas que le droit de l'appelante à sa vie privée est également privé d'objet. L'engagement est toujours obligatoire. Lorsqu'une partie adverse verse les réponses ou documents obtenus pendant l'interrogatoire préalable en preuve au procès, l'engagement ne s'applique plus, mais seulement dans ce cas, si ce n'est avec le consentement de la personne interrogée ou par suite d'une ordonnance judiciaire. Voir *Lac d'Amiante*, par. 70 et 76; *Shaw Estate c. Oldroyd*, par. 20-22. Par conséquent, les tribunaux canadiens ne devraient pas appliquer les décisions contraires, telles que la décision de la Chambre des lords *Home Office c. Harman*, où une faible majorité a conclu que l'engagement implicite de ne pas divulguer des documents obtenus pendant l'enquête préalable demeure même après la lecture à haute voix de ces documents à l'audience. L'effet de la décision dans *Harman* a été neutralisé par une modification de la règle dans son pays d'origine.

2008 SCC 8 (CanLII)

G. *Who Is Entitled to Notice of an Application to Modify or Vary the Implied Undertaking?*

[52] While the issue of notice will be for the chambers judge to decide on the facts of any particular case, I do not think that in general the police are entitled to notice of such an application. Nor are the media. The only parties with a direct interest, other than the applicant, are the deponent and the other parties to the litigation.

H. *Application to Modify or Vary an Implied Undertaking by Strangers to It*

[53] I would not preclude an application to vary an undertaking by a non-party on the basis of standing, although I agree with *Livent Inc. v. Drabinsky* that success on such an application would be unusual. What has already been said provides some illustrations of potential third party applicants. In this case the Attorney General of British Columbia, supported by the Vancouver Police, demonstrated a sufficient interest in the appellant's transcripts to be given standing to apply. Their objective was to obtain evidence that would help explain the events under investigation, and possibly to incriminate the appellant. I think it would be quite wrong for the police to be able to take advantage of statutorily compelled testimony in civil litigation to undermine the appellant's right to silence and the protection against self-incrimination afforded her by the criminal law. Accordingly, in my view, the present application was rightly dismissed by the chambers judge. On the other hand, a non-party engaged in *other* litigation with an examinee, who learns of potentially contradicting testimony by the examinee in a discovery to which that other person is not a party, would have standing to seek to obtain a modification of the implied undertaking and for the reasons given above may well succeed. Of course if the undertaking is respected by the parties to it, then non-parties will be unlikely to possess enough information to make an application for a variance in the first place that is other than a fishing expedition. But the possibility of third party applications exists, and where duly made the competing interests will have to be weighed, keeping in mind that an undertaking too readily set aside sends the

G. *Qui a le droit d'être avisé de la demande de modification de l'engagement implicite?*

[52] Même s'il appartient au juge en chambre de trancher la question de l'avis compte tenu des faits de l'espèce, je ne pense pas que la police ait généralement le droit d'être avisée d'une telle demande, pas plus que les médias. Les seules parties ayant un intérêt direct, autre que le demandeur, sont le déposant et les autres parties au litige.

H. *Demande de modification d'un engagement implicite présentée par un tiers*

[53] Je n'écarterais pas, pour absence de qualité pour agir, la demande de modification d'un engagement que présenterait un tiers, mais je conviens avec *Livent Inc. c. Drabinsky* que généralement une telle demande ne serait pas accordée. Ce qui a déjà été dit donne quelques exemples des éventuels demandeurs non parties à l'instance. En l'espèce, le procureur général de la Colombie-Britannique, appuyé par la police de Vancouver, a démontré un intérêt suffisant à l'égard des transcriptions des déclarations de l'appelante pour avoir qualité pour présenter une demande. Leur objectif était d'obtenir des éléments de preuve permettant d'expliquer les événements visés par l'enquête et peut-être d'incriminer l'appelante. Il serait vraiment injustifié, à mon sens, que la police puisse profiter d'un témoignage exigé par la loi en matière civile pour compromettre le droit de l'appelante de garder le silence et son droit à la protection contre l'auto-incrimination qui lui sont reconnus en droit criminel. Par conséquent, c'est à juste titre, à mon avis, que le juge en chambre a rejeté l'actuelle demande. Par ailleurs, un tiers qui est partie à un *autre* litige avec la personne interrogée et qui apprend le témoignage potentiellement contradictoire qu'elle a donné lors d'un interrogatoire préalable auquel il n'est pas partie aurait qualité pour demander une modification de l'engagement implicite et pourrait bien obtenir gain de cause pour les raisons déjà indiquées. Évidemment, si les parties à l'engagement en respectent les conditions, les tiers ne posséderont vraisemblablement pas suffisamment d'information de toute façon, à part celle obtenue par recherche aléatoire, pour demander

2008 SCC 8 (CanLII)

message that such undertakings are unsafe to be relied upon, and will therefore not achieve their broader purpose.

I. *Use Immunity*

[54] Reference was earlier made to the fact that at her discovery the appellant claimed the benefit of s. 5 of the *Canada Evidence Act* which eliminates the right formerly enjoyed by a witness to refuse to answer "any question on the ground that the answer to the question may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person" (s. 5(1)). Answers given under objection, however, "shall not be used or admissible in evidence against him in any criminal trial or other criminal proceeding against him thereafter taking place, other than a prosecution for perjury" (s. 5(2)). Similar protection is provided under s. 4 of the British Columbia *Evidence Act*. Section 13 of the *Charter* applies without need of objection. Derivative use immunity is a question for the criminal court at any trial that may be held: *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, at paras. 191-92 and 204. The appellant's statutory or *Charter* rights are not in peril in the present appeal and her claims to *Charter* relief at this stage were properly dismissed.

J. *Implied Undertaking Is No Bar to Persons Not a Party to It*

[55] None of the parties to the original civil litigation applied to vary the undertaking. Neither the Attorneys General nor the police are parties to the implied undertaking and they are not bound by its terms. If the police, as strangers to the undertaking, have grounds, they can apply for a search warrant under s. 487 of the *Criminal Code* in the ordinary way.

une modification. Mais il reste possible que des tiers fassent une demande. Si elle est présentée en bonne et due forme, il faudra soupeser les intérêts opposés, en tenant compte du fait qu'un engagement écarté trop facilement donne l'impression qu'il est risqué de s'y fonder et ne permettra pas de réaliser son vaste objectif.

I. *Immunité contre l'utilisation de la preuve*

[54] Nous avons mentionné précédemment le fait que l'appelante, lors de son interrogatoire préalable, a invoqué la protection de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, qui écarte le droit dont jouissait auparavant un témoin de refuser de répondre « à une question pour le motif que la réponse à cette question pourrait tendre à l'incriminer, ou pourrait tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit » (par. 5(1)). Toutefois, la réponse que donne un témoin malgré son objection « ne peut être invoquée et n'est pas admissible en preuve contre lui dans une instruction ou procédure pénale exercée contre lui par la suite, sauf dans le cas de poursuite pour parjure » (par. 5(2)). Une protection semblable est prévue à l'art. 4 de la *Evidence Act* de la Colombie-Britannique. L'article 13 de la *Charte* s'applique sans qu'il soit nécessaire de soulever une objection. L'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée est une question pouvant être soulevée dans tout procès devant un tribunal criminel : *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, par. 191, 192 et 204. Les droits de l'appelante prévus par la loi ou garantis par la *Charte* ne sont pas menacés dans le présent pourvoi et à ce stade, ses demandes fondées sur la *Charte* ont été rejetées à bon droit.

J. *L'engagement implicite ne s'applique pas aux tiers*

[55] Aucune des parties à l'instance civile initiale n'a demandé une modification de l'engagement. Les procureurs généraux et la police ne sont pas parties à l'engagement implicite et ils ne sont pas soumis à ses conditions. Si la police, à titre de tiers, a des motifs, elle peut demander, par voie habituelle, un mandat de perquisition en vertu de l'art. 487 du *Code criminel*.

2008 SCC 8 (CanLII)

[56] The appellant's discovery transcript and documents, while protected by an implied undertaking of the parties to the court, are not themselves privileged, and are not exempt from seizure: *R. v. Serendip Physiotherapy Clinic* (2004), 189 C.C.C. (3d) 417 (Ont. C.A.), at para. 35. A search warrant, where available, only gives the police access to the material. It does not authorize its use of the material in any proceedings that may be initiated.

[57] If criminal charges are brought, the prosecution may also compel a witness to produce a copy of the documents or transcripts in question from his or her possession by a subpoena *duces tecum*. The trial judge would then determine what, if any, use could be made of the material, having regard to the appellant's *Charter* rights and any other relevant considerations. None of these issues arise for decision on the present appeal.

K. *Disposition of the Present Appeal*

[58] As stated, none of the parties bound by the implied undertaking made application to the court to be relieved from its obligations. The application is made solely by the Attorney General of British Columbia to permit

> any person in lawful possession of the transcript to provide a copy to the police or to the Attorney-General to assist in the investigation and/or prosecution of any criminal offence which may have occurred. [B.C.S.C., at para. 6]

While I would not deny the Attorney General standing to seek to vary an implied undertaking to which he is not a party, I agree with the chambers judge that his application should be rejected on the facts of this case. The purpose of the application was to sidestep the appellant's silence in the face of police investigation of her conduct. The authorities should not be able to obtain indirectly a transcript which they are unable to obtain directly through a search warrant in the ordinary way because they lack the grounds to justify it.

[56] La transcription de l'interrogatoire préalable de l'appelante et les documents obtenus pendant l'interrogatoire sont protégés par un engagement implicite des parties envers la cour, mais ils ne sont pas eux-mêmes privilégiés ni insaisissables : *R. c. Serendip Physiotherapy Clinic* (2004), 189 C.C.C. (3d) 417 (C.A. Ont.), par. 35. Un mandat de perquisition de la police, s'il est disponible, ne fait que donner accès aux documents. Il n'en autorise pas l'utilisation dans toute instance susceptible d'être introduite.

[57] Si des accusations criminelles sont portées, le ministère public peut aussi, par voie de subpœna *duces tecum*, obliger un témoin à produire une copie des documents ou des transcriptions qu'il a en sa possession. Le juge du procès déciderait ensuite quel usage, si usage il y a, en serait fait compte tenu des droits de l'appelante garantis par la *Charte* et de toute autre considération pertinente. Aucune de ces questions n'est soulevée en l'espèce.

K. *Décision*

[58] Comme nous l'avons vu, aucune des parties soumise à l'engagement implicite n'a demandé à la cour d'être libérée de ses obligations. La demande est présentée uniquement par le procureur général de la Colombie-Britannique et vise à permettre à

> [TRADUCTION] toute personne en possession légitime de la transcription d'en transmettre une copie à la police ou au procureur général pour aider au déroulement de l'enquête et/ou à la poursuite de toute infraction criminelle susceptible d'avoir été commise. [C.S.C.-B., par. 6]

Je ne contesterais pas au procureur général la qualité requise pour demander la modification d'un engagement implicite auquel il n'est pas partie, mais je conviens avec le juge en chambre que sa demande doit être rejetée compte tenu des faits de l'espèce. Le but de la demande est de contourner le droit de l'appelante de garder le silence lors de l'enquête policière sur sa conduite. Les autorités ne devraient pas pouvoir se procurer indirectement une transcription qu'elles ne peuvent obtenir directement au moyen d'un mandat de perquisition habituel faute de motifs suffisants.

2008 SCC 8 (CanLII)

IV. Disposition

[59] I would allow the appeal with costs to the appellant both here and in the courts below.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Miller Thomson, Vancouver.

Solicitor for the respondent the Chief Constable of the Vancouver Police Department: City of Vancouver, Vancouver.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Toronto.

Solicitor for the respondent the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

IV. Décision

[59] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens en faveur de l'appelante devant la Cour et les instances inférieures.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Miller Thomson, Vancouver.

Procureur de l'intimé le chef du service de police de Vancouver : Ville de Vancouver, Vancouver.

Procureur de l'intimé le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Toronto.

Procureur de l'intimé le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

2008 SCC 8 (CanLII)

The Commissioner of Official Languages *Appellant/Respondent on cross-appeal*

v.

Robert Lavigne *Respondent/Appellant on cross-appeal*

and

The Privacy Commissioner of Canada *Intervener*

Le Commissaire aux langues officielles *Appelant/Intimé au pourvoi incident*

c.

Robert Lavigne *Intimé/Appelant au pourvoi incident*

et

Le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada *Intervenant*

2002 SCC 53 (CanLII)

INDEXED AS: LAVIGNE *v.* CANADA (OFFICE OF THE COMMISSIONER OF OFFICIAL LANGUAGES)

RÉPERTORIÉ : LAVIGNE *c.* CANADA (COMMISSARIAT AUX LANGUES OFFICIELLES)

Neutral citation: 2002 SCC 53.

Référence neutre : 2002 CSC 53.

File No.: 28188.

Nº du greffe : 28188.

2002: January 17; 2002: June 20.

2002 : 17 janvier; 2002 : 20 juin.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Privacy — Access to personal information — Exceptions — Right of access under Privacy Act to information collected in private in investigation conducted under Official Languages Act — Commissioner of Official Languages disclosing to complainant only part of personal information concerning him obtained during investigation — Whether exception to right of access provided for in s. 22(1)(b) of Privacy Act applies to Commissioner's investigations that have concluded — If so, whether Commissioner has established that disclosure of personal information requested could reasonably be expected to be injurious to conduct of investigations — Whether request for disclosure made under Privacy Act can cover information other than personal information — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, ss. 12(1), 22, 47 — Official Languages Act, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.), ss. 60, 72, 73.

Renseignements personnels — Accès aux renseignements personnels — Exceptions — Droit d'accès en vertu de la Loi sur la protection des renseignements personnels aux renseignements recueillis sous le sceau de la confidentialité dans une enquête menée en application de la Loi sur les langues officielles — Commissaire aux langues officielles communiquant en partie seulement au plaignant les renseignements personnels le concernant obtenus lors de l'enquête — L'exception au droit d'accès prévue à l'art. 22(1)b) de la Loi sur la protection des renseignements personnels s'applique-t-elle aux enquêtes du Commissaire qui sont terminées? — Dans l'affirmative, le Commissaire a-t-il réussi à établir que la divulgation des renseignements personnels demandés risquait vraisemblablement de nuire au déroulement de ses enquêtes? — Une demande de communication faite en vertu de la Loi sur la protection des renseignements personnels peut-elle viser des renseignements autres que personnels? — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 12(1), 22, 47 — Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, ch. 31 (4e suppl.), art. 60, 72, 73.

Official languages — Complaints and investigations — Private nature of investigations conducted by Commissioner of Official Languages — Information obtained in investigations collected in private — Complainant making request under Privacy Act for disclosure of personal information collected in files on complaints he had made to Commissioner of Official Languages — Reconciliation of Privacy Act with Commissioner's right to keep investigations confidential and private — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, ss. 12(1), 22, 47 — Official Languages Act, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.), ss. 60, 72, 73.

The respondent, a federal public servant, filed complaints with the Commissioner of Official Languages ("COL") alleging that his rights in respect of language of work, and employment and promotion opportunities, had been violated. In conducting their investigation the investigators working for the Office of the Commissioner of Official Languages ("OCOL") encountered problems because certain employees were reluctant to give information, fearing reprisals by the respondent. The investigators gave assurances that the interviews would remain confidential within the limits prescribed by the *Official Languages Act* ("OLA"). The investigation report concluded that the complaints were well founded and submitted recommendations to the Department concerned, which agreed to implement them.

While those proceedings were going on, the respondent made a request to the COL, under s. 12 of the *Privacy Act* ("PA"), for disclosure of the personal information contained in the files on the complaints he had made. A copy of this information was sent to the respondent, except for the portions which were withheld under the exemption set out in s. 22(1)(*b*) PA. That provision gives the COL the power to refuse access to information requested "the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to . . . the conduct of lawful investigations". Several other requests by the respondent were refused. He filed a complaint with the Privacy Commissioner ("PC") and following a process of mediation, a number of witnesses who had been questioned agreed to a copy of the personal information contained in the notes of the OCOL investigators being given to the respondent. The PC ruled that the personal information contained in the testimony of the other people questioned, for which consent to disclosure had not been obtained, had been properly exempted from disclosure under s. 22(1)(*b*) PA. The respondent then brought an application for judicial review of the COL's decision refusing to disclose the

Langues officielles — Plaintes et enquêtes — Secret des enquêtes menées par le Commissaire aux langues officielles — Renseignements obtenus lors des enquêtes recueillis sous le sceau de la confidentialité — Demande d'un plaignant en vertu de la Loi sur la protection des renseignements personnels pour obtenir la divulgation des renseignements personnels recueillis dans les dossiers des plaintes qu'il avait déposées auprès du Commissaire aux langues officielles — Conciliation de la Loi sur la protection des renseignements personnels et le droit du Commissaire de maintenir confidentielles et secrètes les enquêtes — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 12(1), 22, 47 — Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, ch. 31 (4e suppl.), art. 60, 72, 73.

L'intimé, un fonctionnaire fédéral, dépose auprès du Commissaire aux langues officielles (« CLO ») des plaintes alléguant violation de ses droits touchant la langue de travail et les possibilités d'emploi et de promotion. Au cours de leur enquête, les enquêteurs du Commissariat aux langues officielles se heurtent à des difficultés puisque, craignant des représailles de la part de l'intimé, certains employés hésitent à fournir des renseignements. Les enquêteurs donnent l'assurance que les entrevues demeureront confidentielles dans les limites prévues par la *Loi sur les langues officielles* (« LLO »). Le rapport d'enquête conclut au bien-fondé des plaintes et fait des recommandations au ministère visé, lequel convient d'y donner suite.

Parallèlement à ces procédures, l'intimé présente au CLO, en vertu de l'art. 12 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* (« LPRP »), une demande de communication des renseignements personnels contenus dans les dossiers des plaintes qu'il avait déposées. Une copie de ces renseignements est envoyée à l'intimé, sauf les parties retenues en raison de l'exclusion prévue à l'al. 22(1)*b*) LPRP. Cette disposition confère au CLO le pouvoir de refuser l'accès aux renseignements demandés si « la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire [. . .] au déroulement d'enquêtes licites ». Plusieurs autres demandes de l'intimé sont refusées. Il dépose une plainte auprès du Commissaire à la protection de la vie privée (« CPVP ») et à la suite d'un processus de médiation, plusieurs témoins interrogés consentent à ce que l'intimé obtienne une copie des renseignements personnels contenus dans les notes des enquêteurs du Commissariat aux langues officielles. Le CPVP statue que, à défaut du consentement des autres personnes interrogées, les renseignements personnels contenus dans leurs témoignages avaient été exclus à bon droit de la communication en vertu de l'al. 22(1)*b*) LPRP.

2002 SCC 53 (CanLII)

information requested. The dispute relates to the personal information concerning the respondent as well as non-personal information contained in the interview notes of the OCOL investigators. In the case of the personal information, the respondent's request relates only to the notes of the interview with his supervisor. The Federal Court, Trial Division ordered disclosure of the personal information requested by the respondent. The respondent was denied disclosure of the non-personal information. The Federal Court of Appeal affirmed that decision. The issue on the main appeal is whether, pursuant to s. 22(1)(*b*) PA, disclosure of the personal information requested by the respondent could reasonably be expected to be injurious to the conduct of lawful investigations by the COL. The issue on the cross-appeal is whether the respondent is entitled to information other than personal information.

Held: The main appeal and the cross-appeal should be dismissed.

This case concerns the application of the OLA and the PA in relation to each other. The provisions at issue must therefore be reconciled and read together. Parliament has made it plain that the PA applies to the OCOL. However, the PA, including the power provided in s. 22(1)(*b*), must be applied to the OCOL in a manner consistent with the objective of the OLA of promoting equality of status of the two official languages of Canada and guaranteeing minority language groups the right to use the language of their choice within federal institutions and with the unique context in which the COL's investigations, the private and confidential nature of which is important, are conducted. The participation of witnesses and complainants is central to the effectiveness of the Act. If Parliament had not enacted the provisions requiring that investigations be conducted in private and be kept confidential to protect them, it might have been difficult to achieve the objectives of the OLA. This confidentiality is not absolute, however, given the limits imposed by ss. 72, 73 and 74 OLA and the PA. When a request for disclosure of information is made under the PA, the COL may refuse access to the information requested under s. 22(1)(*b*) PA. That provision allows the exception to disclosure to be used once an investigation is over. Neither the definition of the word "investigation" in s. 22(3) nor the wording of s. 22(1)(*b*) should be interpreted as restricting the scope of the word "investigation" to investigations that are underway, those that are about to commence or specific investigations. There is therefore no justification for limiting the scope of that provision. The non-disclosure of personal information provided in s. 22(1)(*b*), however,

L'intimé intente alors un recours en révision judiciaire de la décision du CLO lui refusant la communication des renseignements demandés. La contestation vise les renseignements personnels concernant l'intimé ainsi que les renseignements non personnels contenus dans les notes d'entrevue des enquêteurs du Commissariat aux langues officielles. En ce qui concerne les renseignements personnels, la demande de l'intimé ne porte que sur les notes relatives à l'entrevue de sa superviseure. La Section de première instance de la Cour fédérale ordonne la divulgation des renseignements personnels demandés par l'intimé. Pour ce qui est de l'information non personnelle, elle lui est refusée. La Cour d'appel fédérale confirme cette décision. Le pourvoi principal vise à déterminer si, aux termes de l'al. 22(1)*b*) LPRP, la divulgation des renseignements personnels demandés par l'intimé risquerait vraisemblablement de nuire au déroulement d'enquêtes licites menées par le CLO. Le pourvoi incident soulève la question de savoir si l'intimé a droit aux renseignements autres que personnels.

Arrêt : Le pourvoi principal et le pourvoi incident sont rejetés.

Le litige porte sur l'application de la LLO et de la LPRP en regard l'une de l'autre. Les dispositions en jeu doivent donc être conciliées et lues ensemble. Le législateur a en effet clairement indiqué que la LPRP s'applique au Commissariat aux langues officielles. Cette application, y compris l'exercice du pouvoir prévu à l'al. 22(1)*b*) LPRP, doit se faire cependant dans le respect des objectifs de la LLO de promouvoir le statut d'égalité des deux langues officielles au Canada et d'assurer aux minorités linguistiques le droit d'utiliser la langue de leur choix au sein des institutions fédérales, et du contexte particulier des enquêtes du CLO, dont le caractère secret et confidentiel est un élément important. La participation des témoins et des plaignants est au cœur même de l'efficacité de la loi. Si le législateur n'avait pas prévu de dispositions imposant le secret et la confidentialité pour les protéger, les objectifs de la LLO pourraient difficilement être atteints. Cette confidentialité n'est toutefois pas absolue vu les limites imposées par les art. 72, 73 et 74 LLO et la LPRP. Lors d'une demande de communication de renseignements en vertu de la LPRP, le CLO peut refuser l'accès aux renseignements demandés en vertu de l'al. 22(1)*b*) LPRP. Cette disposition permet d'invoquer l'exclusion pour ce qui est de la divulgation une fois l'enquête close. Ni la définition du mot « enquête » apparaissant au par. 22(3) ni le libellé de l'al. 22(1)*b*) ne doivent s'interpréter comme restreignant la portée du mot « enquête » aux seules enquêtes en cours, à celles sur le point de commencer ou encore à des enquêtes précises. Il n'est donc pas justifié de limiter la portée de cette disposition. La non-divulgation des renseignements

2002 SCC 53 (CanLII)

is authorized only where disclosure "could reasonably be expected" to be injurious to investigations. There must be a clear and direct connection between the disclosure of specific information and the injury that is alleged. The sole objective of non-disclosure must not be to facilitate the work of the body in question; there must be professional experience that justifies non-disclosure. Confidentiality of personal information must only be protected where justified by the facts and its purpose must be to enhance compliance with the law. A refusal to ensure confidentiality may sometimes create difficulties for the investigators, but may also promote frankness and protect the integrity of the investigation process. The COL has an obligation to be sensitive to the differences in situations, and he must exercise his discretion accordingly.

In this case, it cannot reasonably be concluded from the COL's statements that disclosure of the interview notes that are the subject of the judicial review application could reasonably be expected to be injurious to the conduct of his future investigations. The COL has not established, as required by s. 47 PA, that his discretion was properly exercised. His decision must be based on real grounds that are connected to the specific case in issue. The evidence filed by the COL shows instead that his decision not to disclose the personal information requested was based on the fact that the person interviewed had not consented to disclosure, and does not establish what risk of injury to his investigations the latter might cause. Rather than showing the harmful consequences of disclosing the interview notes on future investigations, an attempt was made to prove, generally, that if investigations were not confidential this could compromise their conduct, without establishing specific circumstances from which it could reasonably be concluded that disclosure could be expected to be injurious. Even if permission is given to disclose the interview notes in this case, that still does not mean that access to personal information must always be given. It will still be possible for investigations to be confidential and private, but the right to confidentiality and privacy will be qualified by the limitations imposed by the PA and the OLA. The COL must exercise his discretion based on the facts of each specific case. In this case, the COL has not shown that it is reasonable to maintain confidentiality.

With respect to the cross-appeal, the respondent cannot obtain disclosure of information other than personal information since his request is based on s. 12(1) PA, which provides that only personal information may be disclosed.

Cases Cited

Referred to: *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Immigration and Refugee Board)* (1997), 140

personnels prévue à l'al. 22(1)*b*) n'est toutefois autorisée que s'il existe un risque « vraisemblable » que la divulgation nuise à l'enquête. Il faut qu'il y ait un lien clair et direct entre la divulgation d'une information donnée et le préjudice allégué. La non-divulgation ne doit pas avoir pour seul objectif de faciliter le travail de l'organisme en question et doit se justifier par un vécu professionnel. La confidentialité des renseignements personnels ne doit être protégée que lorsque les faits le justifient et doit avoir pour but de favoriser le respect de la loi. Le refus d'assurer la confidentialité peut parfois créer des difficultés aux enquêteurs, mais peut aussi inciter à la franchise et protéger l'intégrité du processus d'enquête. Le CLO a l'obligation d'être sensible aux différences de situations et il doit actualiser l'application de son pouvoir.

En l'espèce, les affirmations du CLO ne permettent pas raisonnablement de conclure que la divulgation des notes d'entrevue visées par le recours en révision judiciaire risquerait vraisemblablement de nuire à ses enquêtes futures. Le CLO n'a pas fait la preuve, comme le prévoit l'art. 47 LPRP, du bien-fondé de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Sa décision doit être basée sur des motifs réels et liés au cas précis à l'étude. La preuve déposée par le CLO démontre plutôt que sa décision de ne pas divulguer les renseignements personnels demandés s'appuie sur l'absence de consentement à la divulgation de la personne interviewée et n'établit pas le risque de préjudice que celle-ci pourrait causer à ses enquêtes. Au lieu de démontrer les conséquences néfastes de la divulgation des notes d'entrevue sur les enquêtes futures, on a tenté de faire une preuve générale que l'absence de confidentialité des enquêtes risquerait de compromettre leur bonne marche, sans établir des circonstances particulières permettant de conclure raisonnablement à la vraisemblance du préjudice. Or, l'autorisation de divulguer les notes d'entrevue dans ce cas-ci ne veut pas dire pour autant que les renseignements personnels soient toujours accessibles. La confidentialité et le caractère secret des enquêtes seront encore possibles, mais le droit à la confidentialité et au secret est nuancé par les limites imposées par la LPRP et la LLO. Le CLO doit exercer son pouvoir discrétionnaire en fonction de chaque cas spécifique. En l'espèce, le CLO n'a pas démontré qu'il est raisonnable de maintenir la confidentialité.

Quant au pourvoi incident, l'intimé ne peut obtenir la divulgation d'informations autres que des renseignements personnels puisque sa demande est fondée sur le par. 12(1) LPRP qui prévoit que seuls les renseignements personnels peuvent être communiqués.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commission de l'immigration*

2002 SCC 53 (CanLII)

F.T.R. 140; *Rubin v. Canada (Minister of Transport)*, [1998] 2 F.C. 430; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2000] 3 F.C. 589; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768; *Canada (Attorney General) v. Viola*, [1991] 1 F.C. 373; *Rogers v. Canada (Correctional Service)*, [2001] 2 F.C. 586; *Canada (Privacy Commissioner) v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 3 F.C. 609; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General)*, [1988] 3 F.C. 551; *Reyes v. Secretary of State* (1984), 9 Admin. L.R. 296; *British Columbia Development Corp. v. Friedmann*, [1984] 2 S.C.R. 447; *St. Peter's Evangelical Lutheran Church, Ottawa v. City of Ottawa*, [1982] 2 S.C.R. 616.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, Part IV [rep. 1980-81-82-83, c. 111 (Sch. IV, s. 3); repl. *idem*, Sch. II].

Official Languages Act, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.), preamble, ss. 2, Part IX, 55, 56, 58(1), (2), 59, 60, 62, 63(3), 65(1), (2), (3), 72, 73, 74, Part X, 77(3), 78, 82.

Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, ss. 2, 3 "personal information", (*g*), 4, 7, 8(1), (2) [am. c. 1 (3rd Supp.), s. 12 (Sch., item 4)], 10 [*idem*], 12, 12(1), 16(1)(*b*), 18 à 28, 22(1)(*b*), (3), 29(1)(*a*), (*b*), (*c*), (3), 34(1), (2), 35, 36, 37, 41, 47, 49, Schedule [am. c. 31 (4th Supp.), s. 101].

Authors Cited

Braën, André. "Language Rights". In Michel Bastarache, ed., *Language Rights in Canada*. Montréal: Yvon Blais, 1987, 1.

Canada. Legislative Committee on Bill C-72. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-72*, Issue No. 20, June 7, 1988, pp. 20:25, 20:29.

Chevrette, François, et Herbert Marx. *Droit constitutionnel: notes et jurisprudence*. Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1982.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Marshall, Mary A., and Linda C. Reif. "The Ombudsman: Maladministration and Alternative Dispute Resolution" (1995), 34 *Alta. L. Rev.* 215.

McIsaac, Barbara, Rick Shields and Kris Klein. *The Law of Privacy in Canada.* Toronto: Carswell, 2000 (updated 2001, release 4).

et du statut de réfugié), [1997] A.C.F. n° 1812 (QL); *Rubin c. Canada (Ministre des Transports)*, [1998] 2 C.F. 430; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2000] 3 C.F. 589; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768; *Canada (Procureur général) c. Viola*, [1991] 1 C.F. 373; *Rogers c. Canada (Service correctionnel)*, [2001] 2 C.F. 586; *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 3 C.F. 609; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Solliciteur général)*, [1988] 3 C.F. 551; *Reyes c. Canada (Secrétariat d'État)*, [1984] A.C.F. n° 1135 (QL); *British Columbia Development Corp. c. Friedmann*, [1984] 2 R.C.S. 447; *Église luthérienne évangélique St. Peter d'Ottawa c. Ville d'Ottawa*, [1982] 2 R.C.S. 616.

Lois et règlements cités

Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, ch. 33, partie IV [abr. 1980-81-82-83, ch. 111 (ann. IV, art. 3); rempl. *idem*, ann. II].

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 2, 3 « renseignements personnels », *g*), 4, 7, 8(1), (2) [mod. ch. 1 (3e suppl.), art. 12 (ann., n° 4)], 10 [*idem*], 12, 12(1), 16(1)*b*), 18 à 28, 22(1)*b*), (3), 29(1)*a*), *b*), *c*), (3), 34(1), (2), 35, 36, 37, 41, 47, 49, annexe [mod. ch. 31 (4e suppl.), art. 101].

Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, ch. 31 (4e suppl.), préambule, art. 2, partie IX, 55, 56, 58(1), (2), 59, 60, 62, 63(3), 65(1), (2), (3), 72, 73, 74, partie X, 77(3), 78, 82.

Doctrine citée

Braën, André. « Les droits linguistiques ». Dans Michel Bastarache, dir., *Les droits linguistiques au Canada*. Montréal : Yvon Blais, 1986, 1.

Canada. Comité législatif sur le projet de loi C-72. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-72*, Fascicule n° 20, 7 juin 1988, p. 20:25, 20:28 - 20:29.

Chevrette, François, et Herbert Marx. *Droit constitutionnel : notes et jurisprudence*. Montréal : Presses de l'Université de Montréal, 1982.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.

Marshall, Mary A., and Linda C. Reif. « The Ombudsman : Maladministration and Alternative Dispute Resolution » (1995), 34 *Alta. L. Rev.* 215.

McIsaac, Barbara, Rick Shields and Kris Klein. *The Law of Privacy in Canada.* Toronto : Carswell, 2000 (updated 2001, release 4).

2002 SCC 53 (CanLII)

Sheppard, Claude-Armand. *The Law of Languages in Canada.* Study No. 10 of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism. Ottawa: Information Canada, 1971.

Wade, Sir William. *Administrative Law*, 8th ed. by Sir William Wade and Christopher Forsyth. New York: Oxford University Press, 2000.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (2000), 261 N.R. 19, [2000] F.C.J. No. 1412 (QL), affirming a decision of the Trial Division (1998), 157 F.T.R. 15, [1998] F.C.J. No. 1527 (QL). Appeal and cross-appeal dismissed.

Barbara A. McIsaac, *Q.C.*, *Johane Tremblay* and *Gregory S. Tzemenakis*, for the appellant/respondent on the cross-appeal.

Robert Lavigne, on his own behalf.

Dougald E. Brown and *Steven Welchner*, for the intervener.

English version of the judgment of the Court delivered by

GONTHIER J. —

I. Introduction

1 This case involves the application of the *Official Languages Act*, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.), and the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, in relation to each other, and at issue is the right of access to personal information collected in private in an investigation conducted under the *Official Languages Act*. More precisely, we must decide whether disclosure of the personal information requested by the respondent could reasonably be expected to be injurious to the conduct of lawful investigations by the Commissioner of Official Languages.

II. Facts

2 The respondent, Robert Lavigne, worked in the Montreal office of the Department of National

Sheppard, Claude-Armand. *The Law of Languages in Canada.* Étude nº 10 de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme. Ottawa : Information Canada, 1971.

Wade, Sir William. *Administrative Law*, 8th ed. by Sir William Wade and Christopher Forsyth. New York : Oxford University Press, 2000.

POURVOI PRINCIPAL et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (2000), 261 N.R. 19, [2000] A.C.F. nº 1412 (QL), qui a confirmé une décision de la Section de première instance (1998), 157 F.T.R. 15, [1998] A.C.F. nº 1527 (QL). Pourvoi principal et pourvoi incident rejetés.

Barbara A. McIsaac, *c.r.*, *Johane Tremblay* et *Gregory S. Tzemenakis*, pour l'appelant/intimé au pourvoi incident.

Robert Lavigne, en personne.

Dougald E. Brown et *Steven Welchner*, pour l'intervenant.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE GONTHIER —

I. Introduction

Le litige porte sur l'application de la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. 1985, ch. 31 (4e suppl.), et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21, en regard l'une de l'autre et vise le droit d'accès aux renseignements personnels recueillis sous le sceau de la confidentialité dans une enquête menée sous le régime de la *Loi sur les langues officielles*. Plus précisément, il nous faut décider si la divulgation des renseignements personnels demandés par l'intimé risquerait vraisemblablement de nuire au déroulement d'enquêtes licites menées par le Commissaire aux langues officielles.

II. Les faits

L'intimé, Robert Lavigne, travaillait au bureau de Montréal du ministère de la Santé nationale

2002 SCC 53 (CanLII)

Health and Welfare (now the Department of Human Resources Development Canada ("the Department")). Between November 1992 and March 1993 he filed four complaints with the Commissioner of Official Languages ("the Commissioner") alleging that his rights in respect of language of work, and employment and promotion opportunities, had been violated. The respondent complained that he had been forced to use French.

In the course of their investigation, the investigators working for the Office of the Commissioner of Official Languages questioned some 25 employees of the Department, including the respondent, his immediate supervisor and some of his co-workers, as well as managers and other employees. The investigators encountered problems in conducting their investigation because a number of Department employees were reluctant to give information, fearing reprisals by the respondent. In those instances, the investigators explained the role and mandate of the Commissioner as an ombudsman, and the private nature of the investigations. They gave assurances that the interviews would remain confidential within the limits of ss. 72, 73 and 74 of the *Official Languages Act*.

After the interviews were conducted, the investigation report concluded that the respondent's four complaints were well founded and made five recommendations to the Department. The Department did not question the Commissioner's findings, and agreed to implement the recommendations.

After the Commissioner's report was submitted, the respondent applied to the Federal Court, Trial Division for a remedy from the Department under Part X of the *Official Languages Act*. The Federal Court, being of the opinion that an application under that Part is a proceeding *de novo*, based its decision on the evidence submitted in affidavit form, and not on the evidence contained in the Commissioner's investigation files. The affidavits included those of France Doyon, Jacqueline Dubé and Normand Chartrand. The respondent had an opportunity to cross-examine the Department's witnesses, including those three individuals, but did not do so. On October 30, 1996, the Federal Court (whose

et du Bien-être social (à présent le ministère du Développement des ressources humaines Canada (« le ministère »)). Entre novembre 1992 et mars 1993, il a déposé auprès du Commissaire aux langues officielles (« le commissaire ») quatre plaintes alléguant violation de ses droits touchant la langue de travail et les possibilités d'emploi et de promotion. L'intimé se plaignait d'être forcé d'utiliser le français.

3 Dans le cadre de leur enquête, les enquêteurs du Commissariat aux langues officielles interrogent quelque 25 employés du ministère, y compris l'intimé, sa superviseure immédiate et quelques-uns de ses collègues de travail ainsi que des gestionnaires et d'autres employés. Les enquêteurs se heurtent à des difficultés au cours de leur enquête, parce qu'un certain nombre d'employés du ministère sont réticents à fournir des renseignements, craignant des représailles de la part de l'intimé. Les enquêteurs expliquent alors le rôle et la mission du commissaire à titre d'ombudsman et le caractère secret des enquêtes. Ils donnent l'assurance que les entrevues demeureront confidentielles dans les limites des art. 72, 73 et 74 de la *Loi sur les langues officielles*.

4 À la suite des entrevues, le rapport d'enquête conclut au bien-fondé des quatre plaintes de l'intimé et fait cinq recommandations au ministère. Celui-ci ne met pas en doute les conclusions du commissaire et convient d'y donner suite.

5 À la suite du rapport du commissaire, l'intimé s'adresse à la Section de première instance de la Cour fédérale pour obtenir réparation du ministère en vertu de la partie X de la *Loi sur les langues officielles*. Considérant qu'une demande en vertu de cette partie est une procédure *de novo*, la Cour fédérale fonde sa décision sur la preuve par affidavits et non sur la preuve contenue dans les dossiers d'enquête du commissaire. Parmi les affidavits se trouvent ceux de France Doyon, Jacqueline Dubé et Normand Chartrand. L'intimé avait la possibilité de contre-interroger les témoins du ministère, y compris ces trois personnes, mais ne s'en est pas prévalu. Le 30 octobre 1996, la Cour fédérale (dont

2002 SCC 53 (CanLII)

decision was affirmed on appeal (1998), 228 N.R. 124) ordered the Department to pay the respondent $3,000 in damages and to write him a letter of apology: [1997] 1 F.C. 305.

6 On July 7, 1993, while those proceedings were going on, the respondent made an initial request to the Commissioner for disclosure of the personal information contained in the files on the complaints he had made to him. On September 10, 1993, a copy of this information was sent to the respondent, except for the portions which were withheld under the exemption set out in s. 22(1)(*b*) of the *Privacy Act*, *inter alia*. Several additional requests for information were subsequently submitted to the Commissioner, but they were denied.

7 In September 1994, the respondent filed a complaint with the Privacy Commissioner, who launched an investigation in the course of which he attempted to settle the respondent's complaints by mediation. Through this process, a number of witnesses who had been questioned by the Commissioner's representatives agreed to a copy of the personal information contained in the investigators' notes being given to the respondent. However, the testimony of 10 other individuals was not covered by the settlement agreement, either because they could not be located or because they had denied or not responded to the request. On April 25, 1997, the Privacy Commissioner ruled that the personal information contained in the testimony of those 10 people, for which consent to disclosure had not been obtained, had been properly exempted from disclosure under s. 22(1)(*b*) of the *Privacy Act*.

8 Following the proceedings before the Privacy Commissioner, the Commissioner again refused to disclose certain personal information to the respondent. The respondent then brought an application for judicial review of the Commissioner's decision. The documents originally in issue in his application to the Federal Court are the complete notes taken by the investigators in the Office of

la décision a été confirmée par la suite en appel (1998), 228 N.R. 124) a ordonné au ministère de verser à l'intimé le montant de 3 000 $ à titre de dommages-intérêts et de lui écrire une lettre d'excuse : [1997] 1 C.F. 305.

Parallèlement à ces procédures, le 7 juillet 1993, l'intimé présente au commissaire une première demande de communication des renseignements personnels contenus dans les dossiers des plaintes qu'il avait déposées auprès de celui-ci. Le 10 septembre 1993, une copie de ces renseignements est envoyée à l'intimé, sauf les parties retenues en raison de l'exclusion prévue à l'al. 22(1)*b*) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Plusieurs autres demandes de renseignements sont présentées au commissaire par la suite, mais sont refusées.

En septembre 1994, l'intimé dépose une plainte auprès du Commissaire à la protection de la vie privée et celui-ci ouvre une enquête au cours de laquelle il tente de régler les plaintes de l'intimé par la médiation. Par la suite, plusieurs témoins interrogés par les représentants du commissaire consentent à ce que l'intimé obtienne une copie des renseignements personnels contenus dans les notes des enquêteurs. Toutefois, les témoignages de 10 autres personnes demeurent exclus de cette entente à l'amiable soit parce qu'elles n'ont pu être retrouvées, soit parce qu'elles ont refusé ou n'ont pas répondu à la demande. Le 25 avril 1997, le Commissaire à la protection de la vie privée statue que, à défaut du consentement de ces 10 personnes, les renseignements personnels contenus dans leurs témoignages avaient été exclus à bon droit de la communication en vertu de l'al. 22(1)*b*) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

À la suite de ces procédures devant le Commissaire à la protection de la vie privée, le commissaire maintient son refus de communiquer certains renseignements personnels à l'intimé. Celui-ci intente alors un recours en révision judiciaire de la décision du commissaire. Les documents visés à l'origine dans son recours devant la Cour fédérale sont les notes complètes des enquêteurs du

2002 SCC 53 (CanLII)

the Commissioner of Official Languages during the interviews held with the following people: the district manager of the Montreal office, Normand Chartrand; the respondent's immediate supervisor, Jacqueline Dubé; and the regional coordinator of official languages, France Doyon. Normand Chartrand and France Doyon subsequently agreed to disclosure by the Commissioner of the personal information concerning the respondent in the notes of their interviews. The dispute therefore relates to the personal information contained in the notes of the interview with Ms. Dubé and the notes relating to these three individuals that do not contain any personal information about the respondent.

The Federal Court, Trial Division and the Federal Court of Appeal set aside the Commissioner's decision in part and ordered disclosure of the personal information requested. The respondent was denied disclosure of the non-personal information. It is those decisions that are the subject of these appeals.

In the main appeal, the appellant is seeking to have the decision of the Federal Court of Appeal ordering him to disclose the personal information he holds set aside. In the cross-appeal, the respondent is seeking to have all of the relevant information (whether or not it is personal information) disclosed by the Commissioner.

III. Relevant Statutory Provisions

Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21

2. The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada that protect the privacy of individuals with respect to personal information about themselves held by a government institution and that provide individuals with a right of access to that information.

3. . . .

"personal information" means information about an identifiable individual that is recorded in any form including, without restricting the generality of the foregoing,

. . .

Commissariat aux langues officielles prises au cours des entrevues menées auprès des personnes suivantes : le directeur de district du bureau de Montréal, Normand Chartrand, la superviseure immédiate de l'intimé, Jacqueline Dubé, et la coordinatrice régionale des langues officielles, France Doyon. Normand Chartrand et France Doyon ont par la suite consenti à la divulgation par le commissaire des renseignements personnels concernant l'intimé qui se trouvent dans les notes de leurs entrevues. La contestation porte donc sur les renseignements personnels contenus dans les notes d'entrevue avec Mme Dubé ainsi que les notes se rapportant à ces trois personnes mais ne renfermant aucun renseignement personnel sur l'intimé.

9 La Section de première instance de la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont infirmé en partie la décision du commissaire et ordonné la divulgation des renseignements personnels demandés. Pour ce qui est de l'information non personnelle, elle lui est refusée. Ces décisions font l'objet du présent pourvoi.

10 Dans l'appel principal, l'appelant se pourvoit contre la décision de la Cour d'appel fédérale lui ordonnant de divulguer des renseignements personnels qu'il détient. Dans l'appel incident, l'intimé demande que le commissaire divulgue l'ensemble des informations pertinentes (qu'il s'agisse de renseignements personnels ou non).

III. Les dispositions législatives pertinentes

11 *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21

2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne en matière de protection des renseignements personnels relevant des institutions fédérales et de droit d'accès des individus aux renseignements personnels qui les concernent.

3. . . .

« renseignements personnels » Les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment :

. . .

2002 SCC 53 (CanLII)

(*g*) the views or opinions of another individual about the individual,

. . .

12. (1) Subject to this Act, every individual who is a Canadian citizen or a permanent resident within the meaning of the *Immigration Act* has a right to and shall, on request, be given access to

(*a*) any personal information about the individual contained in a personal information bank; and

(*b*) any other personal information about the individual under the control of a government institution with respect to which the individual is able to provide sufficiently specific information on the location of the information as to render it reasonably retrievable by the government institution.

22. (1) The head of a government institution may refuse to disclose any personal information requested under subsection 12(1)

. . .

(*b*) the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of any law of Canada or a province or the conduct of lawful investigations, including, without restricting the generality of the foregoing, any such information

(i) relating to the existence or nature of a particular investigation,

(ii) that would reveal the identity of a confidential source of information, or

(iii) that was obtained or prepared in the course of an investigation; or

. . .

41. Any individual who has been refused access to personal information requested under subsection 12(1) may, if a complaint has been made to the Privacy Commissioner in respect of the refusal, apply to the Court for a review of the matter within forty-five days after the time the results of an investigation of the complaint by the Privacy Commissioner are reported to the complainant under subsection 35(2) or within such further time as the Court may, either before or after the expiration of those forty-five days, fix or allow.

47. In any proceedings before the Court arising from an application under section 41, 42 or 43, the burden of

g) les idées ou opinions d'autrui sur lui;

. . .

12. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, tout citoyen canadien et tout résident permanent, au sens de la *Loi sur l'immigration*, a le droit de se faire communiquer sur demande :

a) les renseignements personnels le concernant et versés dans un fichier de renseignements personnels;

b) les autres renseignements personnels le concernant et relevant d'une institution fédérale, dans la mesure où il peut fournir sur leur localisation des indications suffisamment précises pour que l'institution fédérale puisse les retrouver sans problèmes sérieux.

22. (1) Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication des renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) :

. . .

b) soit dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales ou au déroulement d'enquêtes licites, notamment :

(i) des renseignements relatifs à l'existence ou à la nature d'une enquête déterminée,

(ii) des renseignements qui permettraient de remonter à une source de renseignements confidentielle,

(iii) des renseignements obtenus ou préparés au cours d'une enquête;

. . .

41. L'individu qui s'est vu refuser communication de renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) et qui a déposé ou fait déposer une plainte à ce sujet devant le Commissaire à la protection de la vie privée peut, dans un délai de quarante-cinq jours suivant le compte rendu du Commissaire prévu au paragraphe 35(2), exercer un recours en révision de la décision de refus devant la Cour. La Cour peut, avant ou après l'expiration du délai, le proroger ou en autoriser la prorogation.

47. Dans les procédures découlant des recours prévus aux articles 41, 42 ou 43, la charge d'établir le bien-fondé

2002 SCC 53 (CanLII)

establishing that the head of a government institution is authorized to refuse to disclose personal information requested under subsection 12(1) or that a file should be included in a personal information bank designated as an exempt bank under section 18 shall be on the government institution concerned.

49. Where the head of a government institution refuses to disclose personal information requested under subsection 12(1) on the basis of section 20 or 21 or paragraph 22(1)(*b*) or (*c*) or 24(*a*), the Court shall, if it determines that the head of the institution did not have reasonable grounds on which to refuse to disclose the personal information, order the head of the institution to disclose the personal information, subject to such conditions as the Court deems appropriate, to the individual who requested access thereto, or shall make such other order as the Court deems appropriate.

du refus de communication de renseignements personnels ou le bien-fondé du versement de certains dossiers dans un fichier inconsultable classé comme tel en vertu de l'article 18 incombe à l'institution fédérale concernée.

49. Dans les cas où le refus de communication des renseignements personnels s'appuyait sur les articles 20 ou 21 ou sur les alinéas 22(1)*b*) ou *c*) ou 24*a*), la Cour, si elle conclut que le refus n'était pas fondé sur des motifs raisonnables, ordonne, aux conditions qu'elle juge indiquées, au responsable de l'institution fédérale dont relèvent les renseignements d'en donner communication à l'individu qui avait fait la demande; la Cour rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.

2002 SCC 53 (CanLII)

Official Languages Act, R.S.C. 1985, c. 31 (4th Supp.)

60. (1) Every investigation by the Commissioner under this Act shall be conducted in private.

(2) It is not necessary for the Commissioner to hold any hearing and no person is entitled as of right to be heard by the Commissioner, but if at any time during the course of an investigation it appears to the Commissioner that there may be sufficient grounds to make a report or recommendation that may adversely affect any individual or any federal institution, the Commissioner shall, before completing the investigation, take every reasonable measure to give to that individual or institution a full and ample opportunity to answer any adverse allegation or criticism, and to be assisted or represented by counsel for that purpose.

72. Subject to this Act, the Commissioner and every person acting on behalf or under the direction of the Commissioner shall not disclose any information that comes to their knowledge in the performance of their duties and functions under this Act.

73. The Commissioner may disclose or may authorize any person acting on behalf or under the direction of the Commissioner to disclose information

(*a*) that, in the opinion of the Commissioner, is necessary to carry out an investigation under this Act; or

(*b*) in the course of proceedings before the Federal Court under Part X or an appeal therefrom.

Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, ch. 31 (4e suppl.)

60. (1) Les enquêtes menées par le commissaire sont secrètes.

(2) Le commissaire n'est pas obligé de tenir d'audience, et nul n'est en droit d'exiger d'être entendu par lui. Toutefois, si au cours de l'enquête, il estime qu'il peut y avoir des motifs suffisants pour faire un rapport ou une recommandation susceptibles de nuire à un particulier ou à une institution fédérale, il prend, avant de clore l'enquête, les mesures indiquées pour leur donner toute possibilité de répondre aux critiques dont ils font l'objet et, à cette fin, de se faire représenter par un avocat.

72. Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le commissaire et les personnes agissant en son nom ou sous son autorité sont tenus au secret en ce qui concerne les renseignements dont ils prennent connaissance dans l'exercice des attributions que leur confère la présente loi.

73. Le commissaire peut communiquer ou autoriser les personnes agissant en son nom ou sous son autorité à communiquer :

a) les renseignements qui, à son avis, sont nécessaires pour mener ses enquêtes;

b) des renseignements, soit lors d'un recours formé devant la Cour fédérale aux termes de la partie X, soit lors de l'appel de la décision rendue en l'occurrence.

74. The Commissioner or any person acting on behalf or under the direction of the Commissioner is not a compellable witness, in respect of any matter coming to the knowledge of the Commissioner or that person as a result of performing any duties or functions under this Act during an investigation, in any proceedings other than proceedings before the Federal Court under Part X or an appeal therefrom.

IV. Decisions of the Lower Courts

A. *Federal Court, Trial Division* (1998), 157 F.T.R. 15

12 Dubé J. allowed the application for judicial review of the Commissioner's decision. Section 2 of the *Privacy Act* provides, *inter alia*, that the purpose of the Act is to extend the present laws of Canada that provide individuals with a right of access to personal information about themselves. Consequently, in the opinion of Dubé J., disclosure is the rule and withholding is the exception. Section 22(1)(*b*) of the *Privacy Act* is an exception to the general rule and accordingly must be narrowly construed. It provides a limited exemption relating solely to investigations that are underway or about to begin, and not future investigations. Being of the view that the investigation was over, Dubé J. concluded that s. 22(1)(*b*) did not apply.

13 In addition, Dubé J. concluded that the Commissioner had not established that the disclosure of the personal information could reasonably be expected to be injurious to the conduct of its investigations (*Canada (Information Commissioner) v. Canada (Immigration and Refugee Board)* (1997), 140 F.T.R. 140). Promises of confidentiality are not essential because the Commissioner has the power to issue *subpoenas*.

14 Under s. 49 of the *Privacy Act*, Dubé J. ordered the appellant to disclose the "personal information" requested by the respondent. However, the *Privacy Act* does not entitle the respondent to require the disclosure of information other than "personal information".

74. En ce qui concerne les questions venues à leur connaissance au cours d'une enquête, dans l'exercice de leurs attributions, le commissaire et les personnes qui agissent en son nom ou sous son autorité ont qualité pour témoigner, mais ne peuvent y être contraints que lors des circonstances visées à l'alinéa 73*b*).

IV. Les décisions des juridictions inférieures

A. *La Section de première instance de la Cour fédérale* (1998), 157 F.T.R. 15

Le juge Dubé accueille la demande de révision judiciaire de la décision du commissaire. L'article 2 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* prévoit, entre autres, que cette loi a pour objet de compléter la législation canadienne en matière de droit d'accès des individus aux renseignements personnels qui les concernent. Par conséquent, selon le juge de la Cour fédérale, la divulgation est la règle et la rétention est l'exception. L'alinéa 22(1)*b*) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* constitue une exception à la règle générale et doit, par conséquent, être interprété restrictivement. Il énonce une exclusion restreinte qui concerne seulement des enquêtes en cours ou sur le point de commencer et non des enquêtes futures. Considérant que l'enquête est close, le juge Dubé conclut que l'al. 22(1)*b*) ne s'applique pas.

De plus, le juge Dubé conclut que le commissaire n'a pas réussi à établir que la communication des renseignements personnels risquerait vraisemblablement de nuire au déroulement de ses enquêtes (*Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, [1997] A.C.F. n° 1812 (QL) (1re inst.)). Les promesses de confidentialité ne sont pas nécessaires, car le commissaire a le pouvoir de décerner des citations à comparaître.

En vertu de l'art. 49 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, le juge Dubé ordonne à l'appelant de divulguer les « renseignements personnels » demandés par l'intimé. Toutefois, la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne confère aucun droit à l'intimé d'exiger la divulgation d'informations autres que les « renseignements personnels ».

2002 SCC 53 (CanLII)

B. *Federal Court of Appeal* (2000), 261 N.R. 19

Sharlow J.A., on behalf of the court, affirmed the decision of Dubé J. and dismissed the appeal. The Federal Court of Appeal was also of the opinion that s. 22(1)(*b*) of the *Privacy Act* does not apply to protect the information that the Commissioner collected in the course of an investigation, once the investigation has concluded (*Rubin v. Canada (Minister of Transport)*, [1998] 2 F.C. 430; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2000] 3 F.C. 589; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Immigration and Refugee Board)*, *supra*).

Sharlow J.A. also rejected the appellant's argument that Dubé J. had failed to consider whether disclosure could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of any law of Canada, within the meaning of s. 22(1)(*b*) of the *Privacy Act*. In the opinion of Sharlow J.A., the evidence in the record was not capable of supporting such a conclusion. It established, at most, the possibility that witnesses may be reluctant to cooperate in an investigation unless they have an absolute assurance of secrecy. Sharlow J.A. upheld Dubé J.'s decision ordering the appellant to disclose the "personal information" requested by the respondent.

The Federal Court of Appeal also dismissed the cross-appeal on the ground that a request under the *Privacy Act* may be made only to obtain personal information.

V. Issues

A. *Main Appeal*

1. Did the Federal Court of Appeal err in concluding that the Commissioner may not rely on s. 22(1)(*b*) of the *Privacy Act* to refuse to disclose personal information that was collected in the course of an investigation conducted under the *Official Languages Act*, when the Commissioner's investigation has concluded?

B. *Cour d'appel fédérale* (2000), 261 N.R. 19

15 Le juge Sharlow, au nom de la cour, confirme la décision du juge Dubé et rejette l'appel. La Cour d'appel fédérale est aussi d'avis que l'al. 22(1)*b*) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne s'applique pas de façon à protéger les renseignements que le commissaire recueille au cours d'une enquête, une fois que celle-ci est terminée (*Rubin c. Canada (Ministre des Transports)*, [1998] 2 C.F. 430; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2000] 3 C.F. 589; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, précité).

16 Par ailleurs, le juge Sharlow rejette l'argument de l'appelant selon lequel le juge Dubé a omis d'évaluer si la divulgation risquait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales, d'après l'al. 22(1)*b*) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Selon le juge Sharlow, la preuve au dossier ne peut étayer pareille conclusion. Elle démontre, tout au plus, que certains témoins seront réticents à collaborer à l'enquête sans une assurance absolue de confidentialité. Le juge Sharlow confirme la décision du juge Dubé ordonnant à l'appelant de divulguer les « renseignements personnels » demandés par l'intimé.

17 La Cour d'appel fédérale a également rejeté l'appel incident au motif qu'une demande en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* n'est possible que pour obtenir des renseignements personnels.

V. Questions en litige

A. *Pourvoi principal*

18 1. La Cour d'appel fédérale a-t-elle fait erreur en concluant que le commissaire ne peut invoquer l'al. 22(1)*b*) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* pour refuser de communiquer des renseignements personnels qui ont été recueillis au cours d'une enquête menée en application de la *Loi sur les langues officielles*, lorsque l'enquête du commissaire est terminée?

2002 SCC 53 (CanLII)

2. Did the Federal Court of Appeal err in concluding that there were no reasonable grounds for the Commissioner's refusal?

B. *Cross-Appeal*

19 Did the Federal Court of Appeal err in concluding that the respondent was not entitled to information other than personal information?

VI. Analysis

A. *Applicable Legislation*

20 The issue in this case is the application of the *Official Languages Act* and the *Privacy Act* in relation to each other. What we must first do is to ascertain the purpose and scope of the two Acts, and analyse the respective roles of the two Commissioners. It will then be possible, having regard to those general principles, to consider the statutory provisions on which the parties rely.

21 The *Official Languages Act* is a significant legislative response to the obligation imposed by the Constitution of Canada in respect of bilingualism in Canada. The preamble to the Act refers expressly to the duties set out in the Constitution. It cites the equality of status of English and French as to their use in the institutions of the Parliament and government of Canada and the guarantee of full and equal access in both languages to Parliament and to the laws of Canada and the courts. In addition, the preamble states that the Constitution provides for guarantees relating to the right of any member of the public to communicate with and receive services from any institution of the Parliament or government of Canada in English and French. The fact that the *Official Languages Act* is a legislative measure taken in order to fulfil the constitutional duty in respect of bilingualism is not in doubt.

22 Section 2 of the *Official Languages Act* sets out the purpose of the Act:

> **2.** The purpose of this Act is to
>
> (*a*) ensure respect for English and French as the official languages of Canada and ensure equality of status and equal rights and privileges as to their use in all fed-

2. La Cour d'appel fédérale a-t-elle fait erreur en concluant que le refus du commissaire n'était pas fondé sur des motifs raisonnables?

B. *Pourvoi incident*

La Cour d'appel fédérale a-t-elle fait erreur en concluant que l'intimé n'a pas droit aux renseignements autres que personnels?

VI. Analyse

A. *Les lois applicables*

Le litige porte sur l'application de la *Loi sur les langues officielles* et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* en regard l'une de l'autre. Dans un premier temps, on doit en cerner l'objet et la portée et analyser le rôle respectif des deux commissaires. C'est à la lumière de ces principes généraux qu'il sera possible, par la suite, de traiter des dispositions invoquées par les parties.

La *Loi sur les langues officielles* est une réponse législative importante à l'obligation imposée par la Constitution canadienne en matière de bilinguisme au Canada. Son préambule fait expressément référence aux obligations linguistiques prévues par la Constitution. Il rappelle le statut d'égalité quant à l'usage du français et de l'anglais dans les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada de même que l'universalité d'accès dans ces deux langues au Parlement et à ses lois ainsi qu'aux tribunaux. De plus, le préambule mentionne que la Constitution offre des garanties quant au droit du public d'utiliser le français et l'anglais dans leurs communications avec les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada ou pour en recevoir les services. Il ne fait donc aucun doute que la *Loi sur les langues officielles* est une mesure législative prise dans le but de répondre à l'obligation constitutionnelle en matière de bilinguisme.

L'article 2 de la *Loi sur les langues officielles* en énonce la mission :

> **2.** La présente loi a pour objet :
>
> *a*) d'assurer le respect du français et de l'anglais à titre de langues officielles du Canada, leur égalité de statut et l'égalité de droits et privilèges quant à leur usage dans

2002 SCC 53 (CanLII)

eral institutions, in particular with respect to their use in parliamentary proceedings, in legislative and other instruments, in the administration of justice, in communicating with or providing services to the public and in carrying out the work of federal institutions;

(*b*) support the development of English and French linguistic minority communities and generally advance the equality of status and use of the English and French languages within Canadian society; and

(*c*) set out the powers, duties and functions of federal institutions with respect to the official languages of Canada.

Those objectives are extremely important, in that the promotion of both official languages is essential to Canada's development. As this Court said in *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at p. 744:

The importance of language rights is grounded in the essential role that language plays in human existence, development and dignity. It is through language that we are able to form concepts; to structure and order the world around us. Language bridges the gap between isolation and community, allowing humans to delineate the rights and duties they hold in respect of one another, and thus to live in society.

The *Official Languages Act* is more than just a statement of principles. It imposes practical requirements on federal institutions, as Bastarache J. wrote in *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768, at para. 24:

The idea that s. 16(3) of the *Charter*, which has formalized the notion of advancement of the objective of equality of the official languages of Canada in the *Jones* case, *supra*, limits the scope of s. 16(1) must also be rejected. This subsection affirms the substantive equality of those constitutional language rights that are in existence at a given time. Section 2 of the *Official Languages Act* has the same effect with regard to rights recognized under that Act. This principle of substantive equality has mean ing. It provides in particular that language rights that are institutionally based require government action for their implementation and therefore create obligations for the State; see *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 412; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, at p. 1038; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 73; *Mahe*, *supra*, at p. 365. It also means that

les institutions fédérales, notamment en ce qui touche les débats et travaux du Parlement, les actes législatifs et autres, l'administration de la justice, les communications avec le public et la prestation des services, ainsi que la mise en œuvre des objectifs de ces institutions;

b) d'appuyer le développement des minorités francophones et anglophones et, d'une façon générale, de favoriser, au sein de la société canadienne, la progression vers l'égalité de statut et d'usage du français et de l'anglais;

c) de préciser les pouvoirs et les obligations des institutions fédérales en matière de langues officielles.

Ces objectifs sont fort importants, car la promotion des deux langues officielles est essentielle au bon développement du Canada. Comme le disait notre Cour dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 744 :

L'importance des droits en matière linguistique est fondée sur le rôle essentiel que joue la langue dans l'existence, le développement et la dignité de l'être humain. C'est par le langage que nous pouvons former des concepts, structurer et ordonner le monde autour de nous. Le langage constitue le pont entre l'isolement et la collectivité, qui permet aux êtres humains de délimiter les droits et obligations qu'ils ont les uns envers les autres, et ainsi, de vivre en société.

La *Loi sur les langues officielles* va au-delà d'un énoncé de principes. Elle impose des exigences pratiques aux institutions fédérales, comme le mentionne le juge Bastarache dans l'affaire *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, par. 24 :

L'idée que le par. 16(3) de la *Charte*, qui a officialisé la notion de progression vers l'égalité des langues officielles du Canada exprimée dans l'arrêt *Jones*, précité, limite la portée du par. 16(1) doit également être rejetée. Ce paragraphe confirme l'égalité réelle des droits linguistiques constitutionnels qui existent à un moment donné. L'article 2 de la *Loi sur les langues officielles* a le même effet quant aux droits reconnus en vertu de cette loi. Ce principe d'égalité réelle a une signification. Il signifie notamment que les droits linguistiques de nature institutionnelle exigent des mesures gouvernementales pour leur mise en œuvre et créent, en conséquence, des obligations pour l'État; voir *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, à la p. 412; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, à la p. 1038; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, au par. 73; *Mahe*, précité, à

2002 SCC 53 (CanLII)

the exercise of language rights must not be considered exceptional, or as something in the nature of a request for an accommodation. [Emphasis added.]

23 The importance of these objectives and of the constitutional values embodied in the *Official Languages Act* gives the latter a special status in the Canadian legal framework. Its quasi-constitutional status has been recognized by the Canadian courts. For instance, in *Canada (Attorney General) v. Viola*, [1991] 1 F.C. 373, at p. 386 (see also *Rogers v. Canada (Correctional Service)*, [2001] 2 F.C. 586 (T.D.), at pp. 602-3), the Federal Court of Appeal said:

> The 1988 *Official Languages Act* is not an ordinary statute. It reflects both the Constitution of the country and the social and political compromise out of which it arose. To the extent that it is the exact reflection of the recognition of the official languages contained in subsections 16(1) and (3) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, it follows the rules of interpretation of that Charter as they have been defined by the Supreme Court of Canada. To the extent also that it is an extension of the rights and guarantees recognized in the Charter, and by virtue of its preamble, its purpose as defined in section 2 and its taking precedence over other statutes in accordance with subsection 82(1), it belongs to that privileged category of quasi-constitutional legislation which reflects "certain basic goals of our society" and must be so interpreted "as to advance the broad policy considerations underlying it." [Emphasis added.]

The Federal Court was correct to recognize the special status of the *Official Languages Act*. The constitutional roots of that Act, and its crucial role in relation to bilingualism, justify that interpretation.

24 The *Privacy Act* is also fundamental in the Canadian legal system. It has two major objectives. Its aims are, first, to protect personal information held by government institutions, and second, to provide individuals with a right of access to personal information about themselves (s. 2). Obviously, it is the second objective that is in issue in these appeals. Until 1983, the core elements of the legal guarantees of the confidentiality of personal information were set out in Part IV of the *Canadian Human Rights*

la p. 365. Il signifie également que l'exercice de droits linguistiques ne doit pas être considéré comme exceptionnel, ni comme une sorte de réponse à une demande d'accommodement. [Je souligne.]

L'importance de ces objectifs de même que les valeurs constitutionnelles incarnées par la *Loi sur les langues officielles* confèrent à celle-ci un statut privilégié dans l'ordre juridique canadien. Son statut quasi-constitutionnel est reconnu par les tribunaux canadiens. Ainsi, la Cour d'appel fédérale s'exprimait de la façon suivante dans *Canada (Procureur général) c. Viola*, [1991] 1 C.F. 373, p. 386 (voir également *Rogers c. Canada (Service correctionnel)*, [2001] 2 C.F. 586 (1re inst.), p. 602-603) :

> La *Loi sur les langues officielles* de 1988 n'est pas une loi ordinaire. Elle reflète à la fois la Constitution du pays et le compromis social et politique dont il est issu. Dans la mesure où elle est l'expression exacte de la reconnaissance des langues officielles inscrite aux paragraphes 16(1) et 16(3) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, elle obéira aux règles d'interprétation de cette Charte telles qu'elles ont été définies par la Cour suprême du Canada. Dans la mesure, par ailleurs, où elle constitue un prolongement des droits et garanties reconnus dans la Charte, et de par son préambule, de par son objet défini en son article 2, de par sa primauté sur les autres lois établies en son paragraphe 82(1), elle fait partie de cette catégorie privilégiée de lois dites quasi-constitutionnelles qui expriment « certains objectifs fondamentaux de notre société » et qui doivent être interprétées « de manière à promouvoir les considérations de politique générale qui (les) sous-tendent. » [Je souligne.]

C'est à juste titre que la Cour fédérale a reconnu le statut privilégié de la *Loi sur les langues officielles*. Les racines constitutionnelles de cette loi de même que son rôle primordial en matière de bilinguisme justifient une telle interprétation.

La *Loi sur la protection des renseignements personnels* est également une loi fondamentale du système juridique canadien. Elle a deux objectifs importants. Elle vise, premièrement, à protéger les renseignements personnels relevant des institutions fédérales et, deuxièmement, à assurer le droit d'accès des individus aux renseignements personnels qui les concernent (art. 2). Le présent pourvoi s'intéresse évidemment à l'analyse du deuxième objectif. Jusqu'en 1983, c'était la

2002 SCC 53 (CanLII)

Act, S.C. 1976-77, c. 33. Part IV of the *Canadian Human Rights Act* was repealed (S.C. 1980-81-82-83, c. 111 (Sch. IV, s. 3)) and replaced by the *Privacy Act* (S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Sch. II). In view of the quasi-constitutional mission of that Act, the courts have recognized its special nature. In *Canada (Privacy Commissioner) v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 3 F.C. 609, at p. 652, Noël J. of the Federal Court, Trial Division wrote:

partie IV de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33, qui contenait l'essentiel des garanties légales de confidentialité des renseignements personnels. La partie IV de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* fut abrogée (S.C. 1980-81-82-83, ch. 111 (ann. IV, art. 3)) et remplacée par la *Loi sur la protection des renseignements personnels* (S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, ann. II). Considérant la vocation quasi-constitutionnelle de cette loi, les tribunaux en ont reconnu le caractère privilégié. C'est ainsi que le juge Noël, de la Section de première instance de la Cour fédérale, s'exprimait dans *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 3 C.F. 609, p. 652 :

> The enactment by Parliament of Part IV of the *Canadian Human Rights Act*, later replaced by the *Privacy Act*, illustrated its recognition of the importance of the protection of individual privacy. A purposive approach to the interpretation of the *Privacy Act* is thus justified by the statute's quasi-constitutional legislative roots. [Emphasis added.]

> L'adoption, par le Parlement, de la partie IV de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, remplacée depuis par la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, montre toute l'importance qu'on accorde à la protection de la vie privée des individus. Compte tenu de cette origine législative quasi constitutionnelle de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, c'est à juste titre qu'on l'interprète en fonction de son objet. [Je souligne.]

25

The *Privacy Act* is a reminder of the extent to which the protection of privacy is necessary to the preservation of a free and democratic society. In *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at paras. 65-66, La Forest J. wrote (although he dissented, he spoke for the entire Court on this point):

La *Loi sur la protection des renseignements personnels* rappelle à quel point la protection de la vie privée est nécessaire au maintien d'une société libre et démocratique. Dans l'arrêt *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, par. 65-66, le juge La Forest affirmait (bien qu'il soit dissident, il exprime sur ce point l'opinion de l'ensemble de la Cour) :

> The protection of privacy is a fundamental value in modern, democratic states; see Alan F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), at pp. 349-50. An expression of an individual's unique personality or personhood, privacy is grounded on physical and moral autonomy — the freedom to engage in one's own thoughts, actions and decisions; see *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 427, *per* La Forest J.; see also Joel Feinberg, "Autonomy, Sovereignty, and Privacy: Moral Ideals in the Constitution?" (1982), 58 *Notre Dame L. Rev.* 445.
>
> Privacy is also recognized in Canada as worthy of constitutional protection, at least in so far as it is encompassed by the right to be free from unreasonable searches and seizures under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights*

> La protection de la vie privée est une valeur fondamentale des États démocratiques modernes; voir Alan F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), aux pp. 349 et 350. Étant l'expression de la personnalité ou de l'identité unique d'une personne, la notion de vie privée repose sur l'autonomie physique et morale — la liberté de chacun de penser, d'agir et de décider pour lui-même; voir *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, à la p. 427, le juge La Forest; voir aussi Joel Feinberg, « Autonomy, Sovereignty, and Privacy : Moral Ideals in the Constitution? » (1982), 58 *Notre Dame L. Rev.* 445.
>
> La vie privée est également reconnue au Canada comme étant digne d'être protégée par la Constitution, du moins dans la mesure où elle est incluse dans le droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies

2002 SCC 53 (CanLII)

and Freedoms; see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. Certain privacy interests may also inhere in the s. 7 right to life, liberty and security of the person; see *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, and *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595.

La Forest J. also did not hesitate in that case to recognize "the privileged, foundational position of privacy interests in our social and legal culture" (para. 69). La Forest J. added, at para. 61, that the overarching purpose of access to information legislation is to facilitate democracy:

> It helps to ensure first, that citizens have the information required to participate meaningfully in the democratic process, and secondly, that politicians and bureaucrats remain accountable to the citizenry.

And lastly, L'Heureux-Dubé J., dissenting, but not on this point, wrote on the question of the importance of protecting privacy in *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at p. 614:

> The importance of privacy as a fundamental value in our society is underscored by the protection afforded to everyone under s. 8 of the *Charter* "to be secure against unreasonable search or seizure". This value finds expression in such legislation as the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, which restricts the purposes for which information may be used to those for which it was received. [Emphasis in original.]

The *Official Languages Act* and the *Privacy Act* are closely linked to the values and rights set out in the Constitution, and this explains the quasi-constitutional status that this Court has recognized them as having. However, that status does not operate to alter the traditional approach to the interpretation of legislation, defined by E. A. Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87:

> Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

abusives, garanti par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*; voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. Certains droits à la vie privée peuvent également être inclus dans le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, garanti par l'art. 7; voir *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, et *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595.

De plus, dans cette même affaire, le juge La Forest n'a pas hésité à reconnaître, « le statut privilégié et fondamental du droit à la vie privée dans notre culture sociale et juridique » (par. 69). Le juge La Forest ajoute également, au par. 61, que la loi en matière d'information a pour objet général de favoriser la démocratie :

> Elle aide à garantir, en premier lieu, que les citoyens possèdent l'information nécessaire pour participer utilement au processus démocratique, et, en second lieu, que les politiciens et bureaucrates demeurent comptables envers l'ensemble de la population.

Enfin, madame le juge L'Heureux-Dubé, dissidente mais non sur ce point, s'exprimait ainsi à l'égard de l'importance de la protection de la vie privée dans l'arrêt *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, p. 614 :

> L'importance fondamentale qu'accorde notre société au respect de la vie privée est soulignée par la protection que garantit à chacun l'art. 8 de la *Charte* « contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives ». Cette valeur trouve son expression dans des lois telle la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, qui restreint les fins auxquelles les renseignements peuvent être utilisés à celles auxquelles ils ont été reçus. [Souligné dans l'original.]

La *Loi sur les langues officielles* et la *Loi sur la protection des renseignements personnels* sont étroitement liées aux valeurs et aux droits prévus par la Constitution, ce qui explique leur statut quasi-constitutionnel reconnu par cette Cour. Ce statut n'a toutefois pas pour effet de modifier l'approche traditionnelle d'interprétation des lois, définie par E. A. Driedger dans *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), p. 87 :

> [TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

2002 SCC 53 (CanLII)

The quasi-constitutional status of the *Official Languages Act* and the *Privacy Act* is one indicator to be considered in interpreting them, but it is not conclusive in itself. The only effect of this Court's use of the expression "quasi-constitutional" to describe these two Acts is to recognize their special purpose.

The *Privacy Act* deals with "personal information", which is defined in s. 3 of the Act. As Jerome A.C.J. said in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General)*, [1988] 3 F.C. 551 (T.D.), at p. 557, s. 3 is "deliberately broad" and "is entirely consistent with the great pains that have been taken to safeguard individual identity". (See also *Dagg*, *supra*, at para. 69.) Section 3 provides, *inter alia*:

3. . . .

"personal information" means information about an identifiable individual that is recorded in any form including, without restricting the generality of the foregoing,

. . .

(*g*) the views or opinions of another individual about the individual,

To achieve the objectives of the *Privacy Act*, Parliament has created a detailed scheme for collecting, using and disclosing personal information. First, the Act specifies the circumstances in which personal information may be collected by a government institution, and what use the institution may make of it: only personal information that relates directly to an operating program or activity of the government institution that collects it may be collected (s. 4), and it may be used for the purpose for which it was obtained or compiled by the institution or for a use consistent with that purpose, and for a purpose for which the information may be disclosed to the institution under s. 8(2) (s. 7). As a rule, personal information may never be disclosed to third parties except with the consent of the individual to whom it relates (s.

Le statut quasi-constitutionnel de la *Loi sur les langues officielles* et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* est un indicateur à considérer dans leur interprétation, mais n'est pas déterminant en soi. L'utilisation par notre Cour de l'expression « quasi-constitutionnel » pour décrire ces deux lois n'a pour effet que de reconnaître leur objet particulier.

26 Comme son nom l'indique, la *Loi sur la protection des renseignements personnels* vise les « renseignements personnels » que définit l'art. 3 de cette loi. Comme l'a précisé le juge en chef adjoint Jerome dans *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Solliciteur général)*, [1988] 3 C.F. 551 (1re inst.), p. 557, l'art. 3 est « délibérément large » et « illustre tout à fait les efforts considérables qui ont été déployés pour protéger l'identité des individus ». (Voir également l'affaire *Dagg*, précitée, par. 69.) L'article 3 prévoit entre autres :

3. . . .

« renseignements personnels » Les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment :

. . .

g) les idées ou opinions d'autrui sur lui;

27 Pour réaliser les objectifs de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, le législateur a mis en place un régime détaillé de collecte, d'utilisation et de communication des renseignements à caractère personnel. D'abord, la loi précise dans quelles circonstances des renseignements personnels peuvent être recueillis par une institution fédérale et l'usage qu'on peut en faire, soit seuls les renseignements personnels ayant un lien direct avec les programmes ou les activités de l'institution fédérale qui les recueille (art. 4), et ceci pour les fins auxquelles ils ont été recueillis ou préparés par l'institution de même que pour les usages qui sont compatibles avec ces fins, et celles auxquelles ils peuvent lui être communiqués en vertu du par. 8(2) (art. 7). En principe, les renseignements personnels ne peuvent être communiqués à des tiers,

2002 SCC 53 (CanLII)

8(1)) and subject to the exceptions set out in the Act (s. 8(2)).

28 The Act also governs the retention of personal information, which must be stored in personal information banks (s. 10). The Act provides that every individual who is a Canadian citizen or permanent resident has a right to be given access to personal information about the individual held by a government institution (s. 12). It is that section that Mr. Lavigne relies on in requesting access to personal information about him.

29 The Act also sets out the circumstances in which a government institution may or must refuse to disclose personal information to the individual to whom the information relates (ss. 18 to 28). B. McIsaac, R. Shields and K. Klein describe those exceptions as follows in *The Law of Privacy in Canada* (looseleaf), at p. 3-15:

> Sections 18 through 28 of the *Privacy Act* provide for the establishment of exempt banks of personal information and establish various provisions for the exemption of personal information which has been requested. These exempting provisions fall into two major types. First there are exemptions which are based on the classification or type of personal information involved. In these cases, the personal information is subject to exemption from disclosure simply because it falls into the class described in the exempting provision. The other exemptions require that the head of the institution be satisfied that the use of the personal information in question would result in an injury or other consequence which is specified in the exempting section. The reasonable expectation of injury test requires that there be a reasonable expectation of "probable" harm. . . . In most cases, even if the personal information falls within a class which is exempt from disclosure simply because of the nature of the personal information in question, the head of the institution still has a discretion to release the personal information. There are only three situations in which the head of the institution is statutorily obliged to refuse to release personal information [ss. 19, 22(2) and 26].

30 Given that one of the objectives of the *Privacy Act* is to provide individuals with access to personal information about themselves, the courts have

sauf avec le consentement de l'individu qu'ils concernent (par. 8(1)) et sauf exceptions prévues à cette loi (par. 8(2)).

Cette loi réglemente également la conservation des renseignements personnels en prévoyant leur versement dans des fichiers de renseignements personnels (art. 10). La loi prévoit le droit d'accès de tout citoyen canadien et tout résident permanent aux renseignements personnels les concernant et détenus par une institution fédérale (art. 12). C'est en vertu de cet article que M. Lavigne a demandé l'accès aux renseignements personnels le concernant.

Cette loi prévoit aussi des circonstances où l'institution fédérale peut ou doit refuser la communication de renseignements personnels à l'individu visé par ces renseignements (art. 18 à 28). B. McIsaac, R. Shields et K. Klein décrivent ainsi ces exceptions dans *The Law of Privacy in Canada* (feuilles mobiles), p. 3-15 :

> [TRADUCTION] Les articles 18 à 28 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* prévoient l'établissement de fichiers de renseignements personnels inconsultables ainsi que différentes dispositions exemptant de communication certains renseignements personnels demandés. Ces dispositions d'exemption entrent dans deux grandes catégories. Premièrement, il y a les exemptions fondées sur la qualification ou le genre des renseignements personnels en cause. Dans ces cas, les renseignements personnels sont exemptés de communication simplement parce qu'ils relèvent de la catégorie décrite dans la disposition d'exemption. Les autres exemptions exigent que le responsable de l'institution soit convaincu que l'utilisation des renseignements personnels en question causerait un préjudice ou entraînerait une autre conséquence précisée dans la disposition portant exception. Le critère de la prévisibilité raisonnable du dommage exige une attente raisonnable de préjudice « probable ». [. . .] Dans la plupart des cas, même si les renseignements personnels relèvent d'une catégorie exemptée de communication simplement en raison de leur nature, le responsable de l'institution a le pouvoir discrétionnaire de les communiquer. Il n'existe que trois cas où la loi interdit au responsable de l'institution de communiquer des renseignements personnels [art. 19, par. 22(2) et art. 26].

Étant donné qu'un des objectifs de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* est d'assurer l'accès des individus aux renseignements

2002 SCC 53 (CanLII)

generally interpreted the exceptions to the right of access narrowly. For instance, in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Immigration and Refugee Board)*, *supra*, Richard J. of the Federal Court, Trial Division said, at paras. 34-35:

The general preamble as contained in s. 2 of the *Privacy Act*, has the same general effect as s. 2(1) of the *Access to Information Act.* The *Privacy Act* must also be guided by the purposive clause. . . .

The *Privacy Act*'s purpose is to provide access to personal information maintained by government. The rules of interpretation described above also apply in this instance. The necessary exceptions to the access must be strictly construed.

Similarly, in *Reyes v. Secretary of State* (1984), 9 Admin. L.R. 296, at p. 299, the Federal Court, Trial Division said:

It must also be emphasized that since the main purpose of these "access to information" statutes is to codify the right of public access to government information, two things follow: first, such public access ought not be frustrated by the Courts except upon the clearest of grounds so that doubt ought to be resolved in favour of disclosure; second, the burden of persuasion must rest upon the party resisting disclosure, in this case the government.

The *Privacy Act* provides for the appointment of a Commissioner responsible for administering and enforcing the Act. The Privacy Commissioner's duties include:

– Receiving (and investigating) complaints from individuals who allege that personal information about themselves held by a government institution has been used or disclosed otherwise than in accordance with s. 7 or 8 (s. 29(1)(*a*)), and receiving (and investigating) complaints from individuals who have been refused access to personal information requested under s. 12(1) or who allege that they are

personnels qui les concernent, les tribunaux ont généralement interprété de manière restrictive les exceptions au droit d'accès. C'est ce qu'a affirmé notamment le juge Richard, de la Section de première instance de la Cour fédérale, dans *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, précité, par. 34-35 :

Le préambule que constitue l'article 2 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* a dans l'ensemble le même effet que le paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*. L'interprétation de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* doit, elle aussi, partir de la disposition exposant son objet . . .

La *Loi sur la protection des renseignements personnels* a pour objet de donner accès aux renseignements personnels conservés par le gouvernement. Les règles d'interprétation décrites plus haut s'appliquent en l'occurrence. Les exceptions nécessaires au droit d'accès doivent être interprétées de manière stricte.

31 De même, dans la décision *Reyes c. Canada (Secrétariat d'État)*, [1984] A.C.F. nº 1135 (QL), la Section de première instance de la Cour fédérale soulignait au par. 3 :

Il convient aussi d'insister sur le fait que, vu que l'objectif essentiel de ces lois sur l'accès à l'information vise à codifier le droit de l'accès du public aux renseignements gouvernementaux, il en résulte que : tout d'abord, l'accès du public ne devrait pas être gêné par les décisions judiciaires, sauf en cas de motifs manifestes, de sorte que le doute devrait jouer en faveur de la divulgation; en second lieu, c'est à la partie qui empêche la divulgation qu'il incombe de justifier ce refus, en l'espèce le gouvernement.

32 La *Loi sur la protection des renseignements personnels* prévoit la nomination d'un commissaire chargé de veiller à l'application et au respect de la loi. Le Commissaire à la protection de la vie privée a, entre autres, comme mandat de :

– Recevoir les plaintes (et faire enquête sur celles-ci) déposées par des individus qui prétendent que des renseignements personnels les concernant et détenus par une institution fédérale ont été utilisés ou communiqués contrairement aux art. 7 ou 8 (al. 29(1)*a*)); de recevoir les plaintes (et faire enquête sur celles-ci) déposées par des individus qui se sont vu refuser la communication de renseignements

2002 SCC 53 (CanLII)

not being accorded the rights to which they are entitled under s. 12(2) (s. 29(1)(*b*) and (*c*));

– Initiating a complaint where the Privacy Commissioner is satisfied there are reasonable grounds to investigate a matter under the *Privacy Act* (s. 29(3));

– Carrying out investigations of the files contained in personal information banks designated as exempt banks under s. 18, to determine whether the files should in fact be in those banks (s. 36);

– Carrying out investigations in respect of compliance with ss. 4 to 8 (collection, retention and protection of personal information) (s. 37).

33 The Privacy Commissioner has broad powers for the purposes of conducting investigations into complaints that are filed. He has access to all information held by a government institution, with the exception of confidences of the Queen's Privy Council for Canada, and no information to which he has access may be withheld from him (s. 34(2)). He has the right to summon and enforce the appearance of witnesses before him and to compel them to give oral or written evidence on oath and to produce such documents and things as he deems requisite to the full investigation and consideration of the complaint. In addition, he may administer oaths and receive such evidence and other information, whether on oath or by affidavit or otherwise, as the Privacy Commissioner sees fit, whether or not the evidence or information is or would be admissible in a court of law. The Commissioner may also enter any premises occupied by any government institution on satisfying any security requirements of the institution relating to the premises, converse in private with any person therein, and carry out such inquiries within the Privacy Commissioner's authority under the *Privacy Act* as he sees fit. Lastly, the Privacy Commissioner may examine or obtain copies of or extracts from books or other records found in the premises occupied by a government institution containing any matter relevant to the investigation (s. 34(1)).

personnels, demandés en vertu du par. 12(1), ou qui se prétendent lésés des droits que leur accorde le par. 12(2) (al. 29(1)*b*) et *c*)).

– Prendre l'initiative d'une plainte s'il a des motifs raisonnables de croire qu'une enquête devrait être menée sur une question relative à la *Loi sur la protection des renseignements personnels* (par. 29(3)).

– Procéder à des enquêtes sur les dossiers versés dans les fichiers inconsultables classés comme tels en vertu de l'art. 18 afin de vérifier si les dossiers qui s'y trouvent devraient bel et bien y être (art. 36).

– Tenir des enquêtes relativement à l'application des art. 4 à 8 (collecte, conservation et protection des renseignements personnels) (art. 37).

Afin de mener à terme l'instruction des plaintes déposées, le Commissaire à la protection de la vie privée possède de vastes pouvoirs. Il a accès à tous les renseignements qui relèvent d'une institution fédérale, à l'exclusion des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada et aucun des renseignements auxquels il a accès ne peut lui être refusé (par. 34(2)). Il a le droit d'assigner et de contraindre des témoins à comparaître devant lui, à déposer verbalement ou par écrit sous la foi du serment et à produire les pièces qu'il juge indispensables pour instruire et examiner à fond les plaintes dont il est saisi. De plus, il peut faire prêter serment et recevoir des éléments de preuve ou des renseignements par déclaration verbale ou écrite sous serment ou par tout autre moyen qu'il juge indiqué, indépendamment de leur admissibilité devant les tribunaux. Il peut également pénétrer dans les locaux occupés par une institution fédérale, à condition de satisfaire aux normes de sécurité établies par l'institution pour ces locaux, s'entretenir en privé avec toute personne s'y trouvant et y mener, dans le cadre de la compétence conférée par la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, les enquêtes qu'il croit nécessaires. Enfin, il peut examiner ou se faire remettre des copies ou des extraits des livres ou autres documents contenant des éléments utiles à l'enquête et trouvés dans les locaux occupés par une institution fédérale (par. 34(1)).

2002 SCC 53 (CanLII)

After completing his investigation, the Privacy Commissioner reports his findings to the head of the government institution in question, if he finds that a complaint is well-founded. Where appropriate, the Privacy Commissioner may report his findings to the complainant. In his report, he may ask the head of the government institution in question to disclose the personal information in issue or to make changes in the management or use of personal information (ss. 35, 36 and 37).

Like the Privacy Commissioner, the Commissioner of Official Languages plays an important role. It is his job to take the measures that are necessary in respect of the recognition of each of the two official languages, and to secure compliance with the spirit of the *Official Languages Act*, in particular in the administration of the affairs of federal institutions. It is therefore the Commissioner who has been given the mandate to ensure that the objectives of that Act are implemented. To allow him to fulfil a social mission of such broad scope, he has been vested with broad powers by the Parliament of Canada. For instance, he may conduct investigations into complaints that in any particular case the status of an official language was not recognized, or any provision of an Act of Parliament or regulation relating to the status or use of the two official languages, or the spirit or intent of the *Official Languages Act*, was not complied with:

56. (1) It is the duty of the Commissioner to take all actions and measures within the authority of the Commissioner with a view to ensuring recognition of the status of each of the official languages and compliance with the spirit and intent of this Act in the administration of the affairs of federal institutions, including any of their activities relating to the advancement of English and French in Canadian society.

(2) It is the duty of the Commissioner, for the purpose set out in subsection (1), to conduct and carry out investigations either on his own initiative or pursuant to any complaint made to the Commissioner and to report and make recommendations with respect thereto as provided in this Act.

58. (1) Subject to this Act, the Commissioner shall investigate any complaint made to the Commissioner

À l'issue de son enquête, le Commissaire à la protection de la vie privée fait rapport de ses conclusions au responsable de l'institution fédérale concernée s'il conclut au bien-fondé d'une plainte. S'il y a lieu, il fait également rapport au plaignant de ses conclusions. Dans son rapport, il peut demander au responsable de l'institution fédérale concernée de communiquer les renseignements personnels en cause ou de procéder à des changements dans la gestion ou l'utilisation des renseignements personnels (art. 35, 36 et 37).

Tout comme le Commissaire à la protection de la vie privée, le Commissaire aux langues officielles joue un rôle important. C'est à lui que revient la tâche de prendre toutes les mesures nécessaires visant la reconnaissance du statut de chacune des deux langues officielles et de faire respecter l'esprit de la *Loi sur les langues officielles* notamment au sein de l'administration des affaires des institutions fédérales. C'est donc le commissaire qui a le mandat d'assurer la poursuite des objectifs de cette loi. Pour lui permettre de s'acquitter de cette mission sociale de grande envergure, le Parlement du Canada l'a investi de vastes pouvoirs. Ainsi, il peut procéder à des enquêtes sur un cas précis de non-reconnaissance du statut d'une langue officielle ou de manquement à une loi ou un règlement fédéral sur le statut ou l'usage des deux langues officielles ou, encore, à l'esprit de la *Loi sur les langues officielles* ou à l'intention du législateur :

56. (1) Il incombe au commissaire de prendre, dans le cadre de sa compétence, toutes les mesures visant à assurer la reconnaissance du statut de chacune des langues officielles et à faire respecter l'esprit de la présente loi et l'intention du législateur en ce qui touche l'administration des affaires des institutions fédérales, et notamment la promotion du français et de l'anglais dans la société canadienne.

(2) Pour s'acquitter de cette mission, le commissaire procède à des enquêtes, soit de sa propre initiative, soit à la suite des plaintes qu'il reçoit, et présente ses rapports et recommandations conformément à la présente loi.

58. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le commissaire instruit toute plainte reçue — sur

2002 SCC 53 (CanLII)

arising from any act or omission to the effect that, in any particular instance or case,

(*a*) the status of an official language was not or is not being recognized,

(*b*) any provision of any Act of Parliament or regulation relating to the status or use of the official languages was not or is not being complied with, or

(*c*) the spirit and intent of this Act was not or is not being complied with

in the administration of the affairs of any federal institution.

(2) A complaint may be made to the Commissioner by any person or group of persons, whether or not they speak, or represent a group speaking, the official language the status or use of which is at issue. [Emphasis added.]

un acte ou une omission — et faisant état, dans l'administration d'une institution fédérale, d'un cas précis de non-reconnaissance du statut d'une langue officielle, de manquement à une loi ou un règlement fédéraux sur le statut ou l'usage des deux langues officielles ou encore à l'esprit de la présente loi et à l'intention du législateur.

(2) Tout individu ou groupe a le droit de porter plainte devant le commissaire, indépendamment de la langue officielle parlée par le ou les plaignants. [Je souligne.]

The Commissioner may also exercise his persuasive influence to ensure that any decision that is made is implemented and that action is taken on the recommendations made in respect of an investigation. For instance, s. 63(3) of the *Official Languages Act* provides that he may request the deputy head or other administrative head of the federal institution concerned to notify him within a specified time of the action, if any, that the institution proposes to take to give effect to those recommendations. He may also, in his discretion and after considering any reply made by or on behalf of any federal institution concerned, transmit a copy of the report and recommendations to the Governor in Council, and the Governor in Council may take such action as the Governor in Council considers appropriate in relation to the report (s. 65(1) and (2)). The Commissioner may make a report to Parliament where the Governor in Council has not taken action on it (s. 65(3)). He also has the authority to apply to the Court for a remedy, with the consent of the complainant (s. 78).

Le commissaire peut également exercer son influence persuasive afin de mettre en œuvre toute décision prise et de donner suite aux recommandations formulées après une enquête. Ainsi, le par. 63(3) de la *Loi sur les langues officielles* prévoit qu'il peut demander aux administrateurs généraux ou aux autres responsables administratifs de l'institution fédérale concernée de lui faire savoir, dans un délai qu'il fixe, les mesures envisagées pour donner suite à ses recommandations. Il peut en outre, selon son appréciation et après examen des réponses faites par l'institution fédérale concernée ou en son nom, transmettre au gouverneur en conseil un exemplaire du rapport et de ses recommandations; celui-ci peut ensuite prendre les mesures qu'il juge indiquées pour donner suite au rapport (par. 65(1) et (2)). Le commissaire peut déposer une copie du rapport au Parlement lorsque le gouverneur en conseil n'a pas donné suite au rapport (par. 65(3)). Enfin, il a le pouvoir d'exercer un recours judiciaire avec le consentement du plaignant (art. 78).

36 As well, it is the Commissioner who decides what procedure to follow in conducting investigations, subject to the following requirements: the obligation to give notice of intention to investigate (s. 59), the obligation to ensure that investigations are conducted in private (s. 60(1)) and the obligation to give the individual or federal institution in question the opportunity to answer any adverse

De plus, c'est le commissaire qui décide de la procédure à suivre lors des enquêtes, sous réserve des exigences suivantes : l'obligation de faire parvenir un avis de son intention d'enquêter (art. 59), l'obligation de veiller à ce que les enquêtes soient secrètes (par. 60(1)) et l'obligation de donner au particulier ou à l'institution fédérale concernée la possibilité de répondre aux critiques dont ils font l'objet

2002 SCC 53 (CanLII)

allegation or criticism (s. 60(2)). The investigation must also be conducted promptly, since the complainant is entitled to make an application for a court remedy six months after the complaint is made (s. 77(3)). The Commissioner and every person acting on his behalf may not disclose any information that comes to their knowledge in the performance of their duties and functions under the *Official Languages Act* (s. 72).

In many significant respects, the mandates of the Commissioner of Official Languages and the Privacy Commissioner are in the nature of an ombudsman's role (see M. A. Marshall and L. C. Reif, "The Ombudsman: Maladministration and Alternative Dispute Resolution" (1995), 34 *Alta. L. Rev*. 215):

– They are independent of the government's administrative institutions and hold office during good behaviour for a specified period. They receive the same salary as a judge of the Federal Court. This independence is reinforced by the fact that they may not, as a rule, be compelled to testify, and no civil or criminal proceedings lie against them for anything done in the performance of their duties;

– They examine complaints made by individuals against the government's administrative institutions, and conduct impartial investigations;

– They attempt to secure appropriate redress when the individual's complaint is based on non-judicial grounds;

– They attempt to improve the level of compliance by government institutions with the *Privacy Act* and the *Official Languages Act*;

– As a rule, they may not disclose information they receive.

The Privacy Commissioner and the Official Languages Commissioner follow an approach that distinguishes them from a court. Their unique mission is to resolve tension in an informal manner: one reason that the office of ombudsman was created was to address the limitations of legal proceedings.

(par. 60(2)). L'enquête doit également être menée promptement puisque le plaignant a le droit d'exercer un recours judiciaire six mois après le dépôt de la plainte (par. 77(3)). Le commissaire et toute personne agissant en son nom sont tenus au secret en ce qui concerne les renseignements dont ils ont connaissance dans l'exercice des attributions que leur confère la *Loi sur les langues officielles* (art. 72).

37 Le Commissaire aux langues officielles et le Commissaire à la protection de la vie privée détiennent un mandat dont plusieurs éléments importants sont propres au rôle d'un ombudsman (voir M. A. Marshall et L. C. Reif, « The Ombudsman : Maladministration and Alternative Dispute Resolution » (1995), 34 *Alta. L. Rev*. 215) :

– Ils sont indépendants de l'administration gouvernementale et occupent leur charge à titre inamovible pour une période déterminée. Ils reçoivent le même traitement qu'un juge de la Cour fédérale. Cette indépendance est renforcée du fait qu'ils ne peuvent pas généralement être contraints à témoigner et jouissent d'une immunité en matière civile ou pénale pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions;

– Ils examinent les plaintes des citoyens contre l'administration gouvernementale et mènent des enquêtes impartiales;

– Ils cherchent à obtenir la réparation appropriée lorsque la plainte du citoyen est fondée sur des moyens non judiciaires;

– Ils cherchent à améliorer le degré de conformité de l'administration gouvernementale à la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et à la *Loi sur les langues officielles*;

– Ils sont généralement tenus à la confidentialité.

38 Le Commissaire à la protection de la vie privée et le Commissaire aux langues officielles utilisent une approche qui les distingue d'une cour de justice. Ils ont pour mission propre de résoudre les tensions d'une manière informelle. C'est, entre autres, pour répondre aux limites des recours judiciaires que

2002 SCC 53 (CanLII)

As W. Wade wrote (*Administrative Law* (8th ed. 2000), at pp. 87-88):

If something illegal is done, administrative law can supply a remedy, though the procedure of the courts is too formal and expensive to suit many complainants. But justified grievances may equally well arise from action which is legal, or at any rate not clearly illegal, when a government department has acted inconsiderately or unfairly or where it has misled the complainant or delayed his case excessively or treated him badly. Sometimes a statutory tribunal will be able to help him both cheaply and informally. But there is a large residue of grievances which fit into none of the regular legal moulds, but are none the less real. A humane system of government must provide some way of assuaging them, both for the sake of justice and because accumulating discontent is a serious clog on administrative efficiency in a democratic country. . . . What every form of government needs is some regular and smooth-running mechanism for feeding back the reactions of its disgruntled customers, after impartial assessment, and for correcting whatever may have gone wrong. . . . It was because it filled that need that the device of the ombudsman suddenly attained immense popularity, sweeping round the democratic world and taking root in Britain and in many other countries, as well as inspiring a vast literature.

l'ombudsman a été créé. En effet, selon W. Wade (*Administrative Law* (8e éd. 2000), p. 87-88) :

[TRADUCTION] Si un acte illégal est commis, le droit administratif peut prévoir un recours, quoique la procédure des cours de justice soit trop formelle et trop coûteuse pour convenir à de nombreux plaignants. Mais des griefs justifiés peuvent tout aussi bien découler d'un acte légal ou d'un acte qui n'est, en tout cas, pas clairement illégal, lorsqu'un organisme gouvernemental a agi de façon inconsidérée ou inéquitablement, ou lorsqu'il a induit en erreur le plaignant, qu'il a retardé son dossier de façon excessive ou qu'il l'a traité cavalièrement. Un tribunal créé par la loi est parfois en mesure de l'aider à peu de frais et de façon informelle. Il y a cependant un bon nombre de griefs qui ne correspondent à aucun des modèles juridiques habituels, mais qui n'en sont pas moins réels. Un système de gouvernement empreint de compassion doit fournir un moyen de régler ces griefs, tant pour les fins de la justice que parce que l'accumulation du mécontentement constitue un obstacle important à l'efficacité administrative dans un pays démocratique. [. . .] Toute forme de gouvernement a besoin d'un mécanisme régulier bien rodé pour répondre, après évaluation impartiale, aux réactions de ses clients insatisfaits et pour corriger ce qui a pu mal fonctionner. [. . .] C'est parce qu'il a comblé ce besoin que l'instrument que constitue l'ombudsman s'est soudainement attiré une immense popularité, faisant le tour du monde démocratique et prenant racine en Grande-Bretagne et dans de nombreux autres pays tout en faisant couler beaucoup d'encre.

39 An ombudsman is not counsel for the complainant. His or her duty is to examine both sides of the dispute, assess the harm that has been done and recommend ways of remedying it. The ombudsman's preferred methods are discussion and settlement by mutual agreement. As Dickson J. wrote in *British Columbia Development Corp. v. Friedmann*, [1984] 2 S.C.R. 447, the office of ombudsman and the grievance resolution procedure, which are neither legal nor political in a strict sense, are of Swedish origin, *circa* 1809. He described their genesis (at pp. 458-59):

As originally conceived, the Swedish Ombudsman was to be the Parliament's overseer of the administration, but over time the character of the institution gradually changed. Eventually, the Ombudsman's main function came to be the investigation of complaints of maladministration on behalf of aggrieved citizens and the recommendation of corrective action to the governmental official or department involved.

L'ombudsman n'est pas l'avocat du plaignant. Il a le devoir d'examiner les deux côtés du litige, apprécier les torts et recommander les moyens d'y remédier. Il privilégie la discussion et l'entente à l'amiable. Selon le juge Dickson dans l'affaire *British Columbia Development Corp. c. Friedmann*, [1984] 2 R.C.S. 447, la fonction d'ombudsman et la procédure de règlement qui ne sont ni légales ni politiques au sens strict sont d'origine suédoise et remontent aux environs de 1809. Il en décrit la genèse (aux p. 458-459) :

Au début, l'ombudsman suédois devait être le surveillant parlementaire de l'administration, mais par la suite la nature de l'institution s'est progressivement modifiée. Finalement, l'ombudsman en est venu à avoir pour fonction principale d'enquêter sur des plaintes de mauvaise administration pour le compte de citoyens lésés et de recommander des mesures correctives aux fonctionnaires ou ministères gouvernementaux visés.

2002 SCC 53 (CanLII)

The institution of Ombudsman has grown since its creation. It has been adopted in many jurisdictions around the world in response to what R. Gregory and P. Hutchesson in *The Parliamentary Ombudsman* (1975) refer to, at p. 15, as "one of the dilemmas of our times" namely, that "(i)n the modern state . . . democratic action is possible only through the instrumentality of bureaucratic organization; yet bureaucratic — if it is not properly controlled — is itself destructive of democracy and its values".

The factors which have led to the rise of the institution of Ombudsman are well-known. Within the last generation or two the size and complexity of government has increased immeasurably, in both qualitative and quantitative terms. Since the emergence of the modern welfare state the intrusion of government into the lives and livelihood of individuals has increased exponentially. Government now provides services and benefits, intervenes actively in the marketplace, and engages in proprietary functions that fifty years ago would have been unthinkable.

B. *The Connection Between the Official Languages Act and the Privacy Act*

Parliament has made it plain that the *Privacy Act* applies to the Office of the Commissioner of Official Languages: the latter is listed in the schedule to the Act as a government institution that is subject to the *Privacy Act*. As well, s. 2 of the *Privacy Act* provides that its purpose is to extend the present laws of Canada, and this includes the *Official Languages Act*, although s. 82 of the *Official Languages Act* provides that the provisions of Parts I to V prevail over any other Act of Parliament or regulation thereunder. None of the sections relied on by the appellant is found in those parts: ss. 60(1), 72, 73 and 74 are in Part IX of the Act. The meanings of the provisions in issue in these appeals must therefore be reconciled, and they must be read together.

Section 12 of the *Privacy Act* creates a right of access to personal information, "[s]ubject to this Act". Exceptions to the right of access must therefore be prescribed by that Act. Where a government institution refuses to give access to the information, it is required to state the specific provision of the

L'institution d'ombudsman a connu un essor depuis sa création. De nombreux pays dans le monde l'ont adoptée pour répondre à ce que R. Gregory et P. Hutchesson, à la p. 15 de leur ouvrage intitulé *The Parliamentary Ombudsman* (1975), appellent [TRADUCTION] « l'un des dilemmes de notre époque », savoir que [TRADUCTION] « dans l'État moderne . . . l'action démocratique n'est possible qu'au moyen de l'organisation bureaucratique; mais la puissance bureaucratique, si elle n'est pas bien contrôlée, tend elle-même à détruire la démocratie et ses valeurs ».

Les facteurs qui ont contribué à l'essor de l'institution d'ombudsman sont bien connus. Depuis une ou deux générations, la taille et la complexité du gouvernement ont augmenté considérablement tant du point de vue qualitatif que quantitatif. Depuis l'avènement de l'État-providence moderne, l'ingérence du gouvernement dans la vie et les moyens de subsistance des individus a augmenté de façon exponentielle. Le gouvernement assure maintenant des services et des avantages, intervient activement sur le marché et exerce des fonctions de propriétaire, à un degré qui aurait été inconcevable il y a cinquante ans.

B. *Les liens entre la Loi sur les langues officielles et la Loi sur la protection des renseignements personnels*

Le législateur a clairement indiqué que la *Loi sur la protection des renseignements personnels* s'applique au Commissariat aux langues officielles. En effet, celui-ci est énuméré à l'annexe de la loi en tant qu'institution fédérale assujettie à la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. De plus, l'art. 2 stipule qu'elle a pour objet de compléter la législation canadienne, dont la *Loi sur les langues officielles*, quoique l'art. 82 de la *Loi sur les langues officielles* prévoit que les dispositions des parties I à V l'emportent sur toute autre loi ou tout autre règlement fédéraux. Aucun des articles invoqués par l'appelant ne figure dans ces parties. En effet, le par. 60(1) ainsi que les art. 72, 73 et 74 se situent dans la partie IX de la loi. Les dispositions en litige dans le présent pourvoi doivent donc être conciliées et lues ensemble.

L'article 12 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* donne un droit d'accès aux renseignements personnels, « [s]ous réserve des autres dispositions de la présente loi ». Les exceptions au droit d'accès doivent donc être prévues par cette loi. Lorsque l'institution fédérale refuse

2002 SCC 53 (CanLII)

Act on which the refusal is based (s. 16(1)(*b*)) and to establish that it is authorized to refuse to disclose the information (s. 47). In this case, the refusal to disclose is based on s. 22(1)(*b*).

42 The *Privacy Act* must therefore be applied to the Office of the Commissioner of Official Languages in a manner consistent with the objective of the *Official Languages Act* of promoting equality of status of the two official languages of Canada and guaranteeing minority language groups the right to use the language of their choice within federal institutions. Parliament has expressly provided that investigations by the Commissioner shall be conducted in private and that investigators shall not disclose information that comes to their knowledge in the performance of their duties and functions:

60. (1) Every investigation by the Commissioner under this Act shall be conducted in private.

72. Subject to this Act, the Commissioner and every person acting on behalf or under the direction of the Commissioner shall not disclose any information that comes to their knowledge in the performance of their duties and functions under this Act. [Emphasis added.]

These provisions illustrate Parliament's desire to facilitate access to the Commissioner and to recognize the very delicate nature of the use of an official language at work by a minority group. The private and confidential nature of investigations is an important aspect of the implementation of the *Official Languages Act*. Without protections of this nature, complainants might be reluctant to file complaints with the Commissioner, for example because they are afraid that their opportunities for advancement would be reduced, or their workplace relationships would suffer. As well, these provisions encourage witnesses to participate in the Commissioner's investigations. They are less likely to be afraid that their participation might have a negative impact on the employer-employee relationship or their relations with other employees, and to refuse to cooperate for fear of getting in trouble or damaging their careers. The affidavit of Mr. Langelier, Assistant Director General of the Investigations Branch, explains the importance of preserving a measure

l'accès aux renseignements, il lui appartient de préciser la disposition sur laquelle elle fonde son refus (al. 16(1)*b*)) et d'établir le bien-fondé de cette décision (art. 47). En l'occurrence, le refus de divulguer est basé sur l'al. 22(1)*b*).

L'application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* au Commissariat aux langues officielles doit donc se faire dans le respect de l'objectif de la *Loi sur les langues officielles* de promouvoir le statut d'égalité des deux langues officielles au Canada et d'assurer aux minorités linguistiques le droit d'utiliser la langue de leur choix au sein des institutions fédérales. Le législateur a expressément prévu que les enquêtes du commissaire sont secrètes et que les enquêteurs sont tenus au secret en ce qui concerne les informations qu'ils obtiennent dans l'exercice de leurs fonctions :

60. (1) Les enquêtes menées par le commissaire sont secrètes.

72. Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le commissaire et les personnes agissant en son nom ou sous son autorité sont tenus au secret en ce qui concerne les renseignements dont ils prennent connaissance dans l'exercice des attributions que leur confère la présente loi. [Je souligne.]

Ces dispositions démontrent le souci du législateur de faciliter l'accès au commissaire et de reconnaître la nature très délicate de l'usage d'une langue officielle au travail par une minorité. Le caractère secret et confidentiel des enquêtes est un élément important de la mise en œuvre de la *Loi sur les langues officielles*. Sans de telles protections, les plaignants pourraient hésiter à déposer une plainte auprès du commissaire de peur, par exemple, de voir diminuer leurs chances d'avancement ou de voir s'effriter leurs relations au travail. De même, ces dispositions favorisent la participation des témoins aux enquêtes du commissaire. Ceux-ci sont ainsi moins susceptibles de craindre que leur participation puisse avoir un impact néfaste sur la relation employeur-employé ou la relation avec les autres employés et de refuser d'y collaborer par crainte d'ennuis ou de préjudice à leur carrière. L'affidavit de M. Langelier, directeur général adjoint à la Direction générale des enquêtes, explique l'importance de conserver une

2002 SCC 53 (CanLII)

of confidentiality in the Commissioner's investigations, for the following reasons, among others:

[TRANSLATION] – the investigators gave assurances to the people interviewed that the information gathered would be kept confidential in order to secure the cooperation of those people . . . .

– . . . members of the public, and in particular public servants, will hesitate to file complaints . . . if they are warned that their identities and any information that they disclose to the OCOL investigators is likely to be disclosed otherwise than where required in order to comply with the principles of natural justice or, as an exception, in an application for a remedy under Part X of the [*Official Languages Act*];

– members of the public, and in particular public servants, will be more reluctant to cooperate with OCOL investigators, and in order to give effect to the obligation imposed on the COL to investigate complaints, investigators will have to resort to their powers in relation to investigations, including summoning witnesses to attend and compelling them to testify and produce documents;

– the OCOL's investigatory process will become much more formal and rigid, and this will compromise the COL's ombudsman role;

– the fact that the COL is required to disclose information could interfere with his role as mediator and facilitator and thereby jeopardize the power of persuasion and the credibility that an ombudsman must have in order to discharge his functions.

In *Beaulac*, *supra*, at para. 20, Bastarache J. explained the importance of providing conditions in which language rights may be exercised:

The objective of protecting official language minorities, as set out in s. 2 of the *Official Languages Act*, is realized by the possibility for all members of the minority to exercise independent, individual rights which are justified by the existence of the community. Language rights are not negative rights, or passive rights; they can only be enjoyed if the means are provided. This is consistent with the notion favoured in the area of international law that the freedom to choose is meaningless in the absence of a duty of the State to take positive steps to implement language guarantees . . . . [Emphasis added.]

certaine confidentialité des enquêtes du commissaire, notamment pour les raisons suivantes :

– les enquêteurs ont dû donner l'assurance aux personnes interviewées que les informations recueillies demeureraient confidentielles afin de s'assurer la collaboration de ces derniers . . .

– . . . les membres du public et notamment les fonctionnaires hésiteraient à déposer des plaintes [. . .] s'ils étaient prévenus que leur identité ainsi que toute information qu'ils auraient communiquée aux enquêteurs du Commissariat serait susceptible d'être dévoilée autrement que dans le contexte du respect des principes de justice naturelle ou, exceptionnellement, d'un recours judiciaire en vertu de la partie X de la [*Loi sur les langues officielles*];

– les membres du public et notamment les fonctionnaires seraient plus réticents à collaborer avec les enquêteurs du Commissariat et ces derniers devraient, pour donner suite à l'obligation qui est faite au Commissaire d'instruire les plaintes, avoir recours aux pouvoirs d'enquêtes et notamment assigner à comparaître et contraindre à témoigner et à produire des documents par voie d'assignations à témoigner;

– le processus d'enquête du Commissaire deviendrait beaucoup plus formel et rigide, ce qui compromettrait le rôle d'ombudsman du Commissaire;

– le fait que le Commissaire soit tenu de dévoiler certaines informations risquerait de porter atteinte à son rôle de médiateur et de facilitateur et compromettrait ainsi le pouvoir de persuasion et la crédibilité dont un ombudsman doit disposer pour s'acquitter de ses fonctions.

Le juge Bastarache expose l'importance de prévoir des conditions permettant l'exercice des droits linguistiques dans l'affaire *Beaulac*, précitée, par. 20 : 43

L'objectif de protéger les minorités de langue officielle, exprimé à l'art. 2 de la *Loi sur les langues officielles*, est atteint par le fait que tous les membres de la minorité peuvent exercer des droits indépendants et individuels qui sont justifiés par l'existence de la collectivité. Les droits linguistiques ne sont pas des droits négatifs, ni des droits passifs; ils ne peuvent être exercés que si les moyens en sont fournis. Cela concorde avec l'idée préconisée en droit international que la liberté de choisir est dénuée de sens en l'absence d'un devoir de l'État de prendre des mesures positives pour mettre en application des garanties linguistiques . . . [Je souligne.]

2002 SCC 53 (CanLII)

Marshall and Reif, *supra*, at p. 219, explain the importance of confidentiality for an ombudsman:

> The confidentiality of the ombudsman's proceedings helps to ensure his independence as well as to facilitate cooperation throughout the investigation. The ombudsman's investigation must be held in private and his reports and investigation may not be made the subject of an inquiry or review, apart from a review ordered by the Legislative Assembly, its committees or another body which the Legislative Assembly authorizes. [Emphasis added.]

44 In addition to enacting specific provisions to ensure that investigations are held in private, Parliament gave the Commissioner the power to report the belief that a complainant or witness has been threatened, intimidated or made the object of discrimination, and the grounds therefor, to the President of the Treasury Board (s. 62(2)(*a*)). The Minister of Justice at the time, Ray Hnatyshyn, discussed that provision in addressing the legislative committee (*Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-72*, Issue No. 20, June 7, 1988, at pp. 20:25 and 20:29) as follows:

> It is appropriate, after we have talked about the ombudsman character of the office, that in this case the commissioner has the opportunity to examine the kind of harassment, intimidation, discrimination or obstruction that might take place with respect to any individual and have an opportunity to examine these matters and bring them to the attention of the President of the Treasury Board. I think this is an opportunity to make sure all Canadians and all people who are involved and employed and against whom a complaint could be laid under this bill can do so freely without fear of discrimination. I think it is important for all Canadians to feel they have the right to use this bill and use the office of the commissioner without fear of retribution or recrimination for taking a complaint forward.
>
> . . .
>
> But if you have raised a complaint in the first place, you are on record, and maybe you are being discriminated against.
>
> Certainly the commissioner's function is to protect you; not to make life any more difficult for you but make sure you are not going to suffer negative consequences. If you prevent him from doing that, or have a veto, then it

Marshall et Reif, *loc. cit.*, p. 219, expliquent l'importance de la confidentialité pour un ombudsman :

> [TRADUCTION] La confidentialité des procédures de l'ombudsman contribue à garantir son indépendance de même qu'à faciliter la collaboration tout au long de l'enquête. L'ombudsman doit faire enquête en privé, et ses rapports et enquêtes ne sont pas susceptibles d'examen sauf ordonnance contraire de l'assemblée législative, de ses comités ou d'un autre organisme autorisé par l'assemblée législative. [Je souligne.]

En plus d'avoir prévu des dispositions spécifiques assurant le caractère secret des enquêtes, le législateur a donné au commissaire le pouvoir de transmettre un rapport motivé au président du Conseil du Trésor lorsqu'un plaignant ou un témoin a fait l'objet de menaces, d'intimidation ou de discrimination (al. 62(2)*a*)). Voici comment le ministre de la Justice de l'époque, Ray Hnatyshyn, s'exprimait sur cette disposition au Comité législatif (*Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-72*, Fascicule nº 20, 7 juin 1988, p. 20:25 et 20:28-20:29) :

> [TRADUCTION] Nous avons parlé du rôle de médiateur du commissaire aux langues officielles qui a la possibilité d'examiner le harcèlement, l'intimidation, la discrimination ou l'obstruction qu'ont pu subir certaines personnes afin de se pencher sur ces questions et de les soumettre à l'attention du président du Conseil du Trésor. On assure ainsi que des plaintes puissent être portées librement en vertu de ce projet de loi, sans crainte de discrimination. Il est important que tous les Canadiens estiment avoir le droit de recourir à cette législation et qu'ils puissent utiliser le bureau du commissaire pour porter plainte, sans craindre de mesures de rétorsion.
>
> . . .
>
> Il est entièrement possible que l'auteur d'une plainte en bonne et due forme fasse l'objet de discrimination.
>
> Évidemment, il incombe au commissaire de protéger ces personnes : non pas de leur compliquer la vie, mais de les protéger contre des conséquences malheureuses du fait d'avoir porté plainte. Si on empêchait le commissaire

2002 SCC 53 (CanLII)

may be counterproductive in the legislation to the interests of all your fellow employees. It would certainly allow the same discrimination to take place with other people if they feel they cannot beat the system. [Emphasis added.]

The *Privacy Act* must be applied to the Office of the Commissioner of Official Languages in such a way as to recognize the unique context in which the Commissioner's investigations are conducted. In ss. 60, 62 and 72, Parliament clearly recognized the delicate situation involved in the use of an official language at work by a minority group, by requiring that investigations be conducted in private and be kept confidential, to protect complainants and witnesses from any prejudice that might result from their involvement in the complaints and the investigation process, and by giving the Commissioner the power to report the belief that a complainant or witness has been threatened, intimidated or made the object of discrimination, and the grounds therefor, to the President of the Treasury Board. If Parliament had not enacted those provisions, it might have been difficult to achieve the objectives of the *Official Languages Act*. The participation of witnesses and complainants is central to the effectiveness of the Act. Because the purpose of the investigation is to determine the truth and understand the individuals' experience of the situation, the investigators must be circumspect in collecting information and assessing the information obtained.

Both the respondent and the Privacy Commissioner, who is an intervener in this case, argue that it is not necessary that interviews be confidential in order to secure the participation of witnesses, because the Commissioner of Official Languages has broad powers that include the power to summon and enforce the attendance of witnesses (s. 62 of the *Official Languages Act*). That argument cannot succeed, because using the procedure for compelling attendance compromises the ombudsman role of the Commissioner. It is the responsibility of the Commissioner to investigate complaints that are submitted to him impartially, and to resolve them using flexible mechanisms that are based on discussion and persuasion. The Commissioner must protect witnesses and assist victims in exercising

d'exercer cette responsabilité, par exemple au moyen d'un veto, ce projet de loi pourrait remettre en question les droits de tous les fonctionnaires, et permettrait assurément le même genre de discrimination à l'endroit d'autres personnes qui éprouveraient un sentiment d'impuissance qui les empêcheraient de réagir. [Je souligne.]

L'application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* au Commissariat aux langues officielles doit se faire de façon à reconnaître le contexte particulier des enquêtes du commissaire. Le législateur, par les art. 60, 62 et 72, a clairement reconnu le contexte délicat de l'utilisation d'une langue officielle au travail par une minorité en imposant le secret et la confidentialité pour protéger les plaignants et les témoins contre toutes formes de préjudice résultant de leur implication dans les plaintes et le processus d'enquête et en donnant au commissaire le pouvoir de transmettre un rapport motivé au président du Conseil du Trésor lorsqu'un plaignant ou un témoin a fait l'objet de menaces, d'intimidation ou de discrimination. Si le législateur n'avait pas prévu de telles dispositions, les objectifs de la *Loi sur les langues officielles* pourraient difficilement être atteints. La participation des témoins et des plaignants est au cœur même de l'efficacité de la loi. Le but de l'enquête étant la recherche de la vérité et d'apprécier le vécu de la situation, les enquêteurs doivent être prudents dans la collecte de renseignements et l'appréciation des renseignements obtenus.

45

L'intimé de même que le Commissaire à la protection de la vie privée, agissant à titre d'intervenant dans la présente affaire, soutiennent que la confidentialité des entrevues n'est pas nécessaire pour qu'il y ait participation des témoins parce que le Commissaire aux langues officielles jouit de vastes pouvoirs, dont celui d'assigner des personnes et de les contraindre à comparaître devant lui (art. 62 de la *Loi sur les langues officielles*). Cet argument ne peut être retenu puisque l'utilisation de la procédure de contrainte compromet le rôle d'ombudsman du commissaire. Celui-ci a pour mission d'instruire de façon impartiale les plaintes qui lui sont soumises et de les régler dans le cadre de mécanismes souples basés sur la discussion et la persuasion. Le commissaire doit protéger les témoins et aider les victimes

2002 SCC 53 (CanLII)

their rights. Requiring the Commissioner to have regular recourse to the procedure for enforcing the attendance of individuals before him is inconsistent with the role of an ombudsman. In addition, enforcing the attendance of witnesses would needlessly complicate the investigations, and would be injurious to them. A person who is compelled to testify may be recalcitrant and less inclined to cooperate. The way in which the *Official Languages Act* is interpreted must not be injurious to activities undertaken by the Commissioner that are intended to resolve conflicts in an informal manner.

46 The appellant contends that the access to information mechanism set out in ss. 73 and 74 of the *Official Languages Act* is a complete scheme, and that those provisions enabled the respondent to obtain disclosure of the information he needed in order to submit his complaint and secure redress. In the appellant's submission, Parliament intended that the information collected by the Commissioner would remain private, unless, and only in the event that, it could be disclosed under the *Official Languages Act*. The effect of that interpretation is to exempt the *Official Languages Act* from the application of the *Privacy Act*. It defeats the complainant's right to obtain access to personal information about him under the *Privacy Act*. It would be contrary to the clear intention of Parliament, which was that the Office of the Commissioner of Official Languages was to be subject to the *Privacy Act*, to accept that interpretation, and it must be rejected. The two Acts must be interpreted and applied harmoniously.

47 At the time in question, the policy of the Office of the Commissioner of Official Languages was to explain to witnesses that ss. 60 and 72 of the *Official Languages Act* provided that investigations were conducted in private, and that ss. 73 and 74 of the Act provided for limited circumstances in which testimony could be disclosed. As Mr. Langelier said in his affidavit:

[TRANSLATION] The credibility of the Commissioner, in my view, requires that the information disclosed to the Commissioner and his representatives in the course of

à faire respecter leurs droits. Exiger du commissaire qu'il utilise sur une base régulière la contrainte afin de forcer les personnes à comparaître est contraire au rôle d'un ombudsman. De plus, la contrainte à témoigner alourdit inutilement les enquêtes et leur nuit. Une personne contrainte à témoigner risque d'être réticente et moins disposée à collaborer. L'interprétation à donner à la *Loi sur les langues officielles* ne doit pas nuire aux activités du commissaire visant à régler les conflits de manière informelle.

L'appelant prétend que le mécanisme d'accès à l'information prévu aux art. 73 et 74 de la *Loi sur les langues officielles* est un régime complet et que l'intimé avait la possibilité en vertu de ces dispositions d'obtenir la communication des renseignements dont il avait besoin pour présenter sa plainte et obtenir réparation. Selon l'appelant, le Parlement a voulu que les renseignements recueillis par le commissaire demeurent secrets, sauf, et uniquement, dans la mesure où ils peuvent être communiqués en vertu de la *Loi sur les langues officielles*. Cette interprétation a pour effet de soustraire la *Loi sur les langues officielles* à l'application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Elle écarte le droit du plaignant d'avoir accès aux renseignements personnels le concernant en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. L'accepter serait contraire à l'intention claire du législateur de soumettre le Commissariat aux langues officielles à l'application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Cette interprétation est à rejeter. Les deux lois doivent être interprétées et appliquées de manière harmonieuse.

À l'époque du litige, la politique du Commissariat aux langues officielles était d'expliquer aux témoins que les art. 60 et 72 de la *Loi sur les langues officielles* stipulent que les enquêtes sont secrètes et que la loi prévoit aux art. 73 et 74 les circonstances limitées dans lesquelles les témoignages pourraient être communiqués. Selon l'affidavit de M. Langelier :

La crédibilité du Commissaire repose grandement, à mon avis, sur le respect de la stricte confidentialité des renseignements communiqués au Commissaire et à ses

2002 SCC 53 (CanLII)

investigations is kept strictly confidential, subject to the following exceptions:

A) situations in which the Commissioner must disclose information which, in his opinion, is necessary for the conduct of his investigations. These include compliance with the principles of natural justice, where it is essential that the person or institution that is the subject of a recommendation know the identity of the complainant and what the complainant has said;

B) situations in which the Commissioner is involved in an application for a court remedy under Part X of the *OLA*. In those cases, the Commissioner may disclose or authorize the disclosure of information. [Emphasis added.]

The Commissioner's policy was therefore to assure witnesses that the information they disclosed to investigators would be kept confidential, within the limits of ss. 72, 73 and 74. In this case, the promise of confidentiality was also made subject to those sections; as the appellant's factum states:

> The investigators explained the role and mandate of the Commissioner as an Ombudsman and gave their assurances that the interviews would be kept confidential in light of sections 60(1), 72, 73 and 74 of the *Official Languages Act*. The investigators explained that pursuant to these sections, the investigations are conducted "in private". [Emphasis added.]

The promise of confidentiality made to the witnesses in the course of the investigation concerning Mr. Lavigne's complaint was therefore not absolute.

After the respondent filed his complaint, the Commissioner of Official Languages altered the policy concerning the instructions to be given to witnesses. His new policy required that investigators inform witnesses that the Office of the Commissioner of Official Languages is subject to the *Privacy Act*. Investigators still inform witnesses that investigations are conducted in private, as provided in s. 60(1) of the *Official Languages Act*, and that the information that comes to the investigators' knowledge, including the testimony they give, will not be disclosed unless disclosure is necessary for the investigation or in the course of proceedings under Part X, or in cases where disclosure is required for reasons of procedural fairness under

représentants dans le cadre des enquêtes sous réserve toutefois :

A) des situations où le Commissaire doit communiquer les renseignements qui, à son avis, sont nécessaires pour mener ses enquêtes. On pense notamment au respect des principes de justice naturelle où il est essentiel que la personne ou l'institution visée par une recommandation puisse connaître l'identité du plaignant ainsi que les déclarations de cette dernière;

B) des situations dans lesquelles le Commissaire est impliqué dans un recours judiciaire formé en vertu de la partie X de la *LLO*. Dans ces cas, le Commissaire peut communiquer ou autoriser la communication des renseignements. [Je souligne.]

La politique du commissaire était donc d'assurer aux témoins que l'information qu'ils communiquent aux enquêteurs demeure confidentielle, dans les limites des art. 72, 73 et 74. En l'espèce, la promesse de confidentialité a également été donnée sous réserve de ces articles. En effet, selon le mémoire de l'appelant :

> Les enquêteurs ont expliqué le rôle et la mission du [C]ommissaire aux langues officielles à titre d'ombudsman et ont donné l'assurance que les entrevues demeureraient confidentielles, compte tenu du paragraphe 60(1) ainsi que des articles 72, 73 et 74 de la *Loi sur les langues officielles*. Les enquêteurs ont expliqué que, conformément à ces dispositions, les enquêtes sont « secrètes ». [Je souligne.]

La promesse de confidentialité donnée aux témoins lors de l'enquête concernant la plainte de M. Lavigne n'était donc pas absolue.

48 À la suite de la plainte déposée par l'intimé, le Commissaire aux langues officielles a modifié sa politique à l'égard des instructions à donner aux témoins. Sa nouvelle politique demande aux enquêteurs d'informer les témoins que le Commissariat aux langues officielles est soumis à la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Les enquêteurs continuent à informer les témoins que les enquêtes sont secrètes, comme le prévoit le par. 60(1) de la *Loi sur les langues officielles*, et que les renseignements qui viennent à l'attention des enquêteurs, y compris leurs dépositions, ne seront pas communiqués sauf si une telle communication est requise pour l'enquête ou pour un recours formé sous le régime de la partie X ou encore dans les cas

2002 SCC 53 (CanLII)

s. 60(2) of the *Official Languages Act*. In addition, investigators inform witnesses that the Office of the Commissioner of Official Languages is subject to the *Privacy Act* and that the information collected may be exempt from the disclosure requirement where an exception to disclosure applies.

où la communication est requise pour des raisons d'équité dans la procédure, en vertu du par. 60(2) de la *Loi sur les langues officielles*. De plus, les enquêteurs informent les témoins que le Commissariat aux langues officielles est soumis à la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et que les renseignements recueillis peuvent être soustraits à l'exigence de communication lorsqu'une exception à la divulgation trouve application.

C. *The Exception to the Right of Access to Personal Information under Section 22(1)(b)*

C. *L'exception au droit d'accès aux renseignements personnels prévue à l'al. 22(1)b)*

49 The purpose of s. 55 of the *Official Languages Act* is to limit the powers of the Commissioner to those powers provided by the Act or another Act of Parliament:

L'objet de l'art. 55 de la *Loi sur les langues officielles* est de circonscrire les attributions du commissaire à celles prévues par cette loi ou une autre loi fédérale :

55. The Commissioner shall carry out such duties and functions as are assigned to the Commissioner by this Act or any other Act of Parliament, and may carry out or engage in such other related assignments or activities as may be authorized by the Governor in Council.

55. Le commissaire exerce les attributions que lui confèrent la présente loi et toute autre loi fédérale; il peut en outre se livrer à toute activité connexe autorisée par le gouverneur en conseil.

Section 22(1)(*b*) of the *Privacy Act* gives the Commissioner of Official Languages the power to refuse access to information that is requested if disclosure could reasonably be expected to be injurious to the conduct of his investigations. It is primarily on this provision that the Commissioner bases his refusal to grant access to the information.

Or, l'al. 22(1)*b*) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* confère au Commissaire aux langues officielles le pouvoir de refuser l'accès aux renseignements demandés si la divulgation risque vraisemblablement de nuire au déroulement de ses enquêtes. C'est principalement sur cette disposition que le commissaire appuie son refus de donner accès aux renseignements.

50 It is this decision by the Commissioner that is the subject of the application for judicial review. Any analysis of that decision necessarily rests on a determination of the meaning of the expression "lawful investigations". The following question arises in this respect: are future investigations covered by s. 22(1)(*b*)?

C'est cette décision du commissaire qui fait l'objet du recours en révision judiciaire. L'analyse de celle-ci suppose nécessairement la détermination de la signification de l'expression « enquêtes licites ». À cet égard, la question suivante se pose : les enquêtes futures sont-elles visées par l'al. 22(1)*b*)?

51 In the case before us, the appellant is not arguing that the disclosure of information would be injurious to investigations that are underway, because all of the investigations had been concluded at the time when the respondent requested the personal information in question from him. However, he submits that disclosure of the personal information could reasonably be expected to be injurious to his future investigations. The appellant contests the argument

Dans le cas qui nous occupe, l'appelant ne prétend pas que la divulgation des renseignements nuirait aux enquêtes en cours puisque toutes les enquêtes étaient terminées au moment où l'intimé lui a demandé les renseignements personnels en question. Cependant, il soutient que la divulgation des renseignements personnels risquerait vraisemblablement de nuire à ses enquêtes futures. Celui-ci conteste la prétention de l'intimé et celle de l'intervenant selon

2002 SCC 53 (CanLII)

made by the respondent and the intervener, which is that s. 22(1)(*b*) applies only to investigations that are underway and cannot be relied on to protect future investigations or the investigative process in general. In his submission, this is a needlessly narrow interpretation of that provision, and it is injurious to the implementation of the Act and the attainment of its objectives.

First, it must be noted that the word "investigation" is defined in s. 22(3) of the *Privacy Act*:

> **22.** . . .
>
> (3) For the purposes of paragraph (1)(*b*), "investigation" means an investigation that
>
> (*a*) pertains to the administration or enforcement of an Act of Parliament;
>
> (*b*) is authorized by or pursuant to an Act of Parliament; or
>
> (*c*) is within a class of investigations specified in the regulations.

That definition does not suggest that the word is limited to a specific investigation, or an investigation that is circumscribed in time. Indeed, Parliament has not limited the scope of that expression by any qualifier whatever. None of the paragraphs of s. 22(3) limits the word "investigation" to investigations that are underway, or excludes future investigations or the investigative process in general from its protection. It therefore seems, *prima facie*, that the word retains its broad meaning and may refer equally to investigations that are underway, are about to commence, or will take place. We shall now consider whether Parliament restricted the scope of that definition for the purpose of the application of the exception to disclosure set out in s. 22(1)(*b*).

Parliament made it plain that s. 22(1)(*b*) retains its broad and general meaning by providing a non-exhaustive list of examples. It uses the word "*notamment*", in the French version, to make it plain that the examples given are listed only for clarification, and do not operate to restrict the general scope of the introductory phrase. The English version of the provision is also plain. Parliament introduces the list of examples with the expression "without restricting

lesquelles l'al. 22(1)*b*) ne s'applique qu'aux enquêtes en cours et ne peut être invoqué afin de sauvegarder des enquêtes futures ou le processus d'enquête en général. Selon lui, c'est une interprétation inutilement restrictive de cette disposition et nuisible à la mise en œuvre de la loi et à la réalisation de ses objectifs.

Tout d'abord, il faut noter que le mot « enquête » est défini au par. 22(3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* : 52

> **22.** . . .
>
> (3) Pour l'application de l'alinéa (1)*b*), « enquête » s'entend de celle qui :
>
> *a*) se rapporte à l'application d'une loi fédérale;
>
> *b*) est autorisée sous le régime d'une loi fédérale;
>
> *c*) fait partie d'une catégorie d'enquêtes précisée dans les règlements.

Cette définition ne suggère pas que ce mot soit limité à une enquête précise et circonscrite dans le temps. En effet, le législateur ne limite pas la portée de cette expression par un qualificatif quelconque. Aucun des alinéas du par. 22(3) ne limite le mot enquête aux enquêtes en cours ni n'exclut de sa protection les enquêtes futures et le processus d'enquête d'une façon générale. De prime abord, il semble donc que ce mot conserve son sens large et puisse faire référence autant aux enquêtes en cours qu'à celles qui sont sur le point de commencer ou qui auront lieu. Voyons maintenant si le législateur a restreint la portée de cette définition pour l'application de l'exception à la divulgation prévue à l'al. 22(1)*b*).

Le législateur prend soin de préciser que l'al. 22(1)*b*) conserve son sens large et général par l'énumération non limitative d'exemples. Il utilise le mot « notamment » afin de préciser que les exemples donnés ne sont énumérés qu'à titre indicatif et n'ont pas pour effet de limiter la portée générale de la phrase introductive. La version anglaise de cette disposition est aussi explicite. Le législateur introduit l'énumération d'exemples 53

2002 SCC 53 (CanLII)

the generality of the foregoing". This Court has had occasion in the past to examine the interpretation of the expression "without restricting the generality of the foregoing" in similar circumstances: in *Dagg*, *supra*, at para. 68, La Forest J. analyzed s. 3 of the *Privacy Act*, the wording of which resembles the wording of s. 22(1)(*b*) of that Act:

In its opening paragraph, the provision states that "personal information" means "information about an identifiable individual that is recorded in any form including, without restricting the generality of the foregoing". On a plain reading, this definition is undeniably expansive. Notably, it expressly states that the list of specific examples that follows the general definition is not intended to limit the scope of the former. As this Court has recently held, this phraseology indicates that the general opening words are intended to be the primary source of interpretation. The subsequent enumeration merely identifies examples of the type of subject matter encompassed by the general definition; see *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, at pp. 289-91.

Although s. 22(1)(*b*)(i) relates specifically to a particular investigation, it in no way alters the generality of the introductory sentence. In fact, s. 22(1)(*b*)(ii), which authorizes refusal to disclose information that would reveal the identity of a confidential source of information, contemplates the protection of future investigations as well as existing investigations. A reliable confidential source may be useful beyond the confines of one specific investigation.

54 In short, there is nothing in s. 22(1)(*b*) that should be interpreted as restricting the scope of the word "investigation" to investigations that are underway or are about to commence, or limiting the general meaning of that word to specific investigations. There is therefore no justification for limiting the scope of that section.

55 Exceptions to the disclosure of personal information have generally been narrowly construed by the courts. Nonetheless, as McDonald J.A. of the Federal Court of Appeal said, "[i]f the meaning [of the wording of a provision] is plain, it is not for this Court, or any other court, to alter it" (*Rubin*, *supra*, at para. 24; see also *St. Peter's Evangelical*

par l'expression « *without restricting the generality of the foregoing* ». Notre Cour a déjà eu à examiner l'interprétation du mot « notamment » dans des circonstances similaires. En effet, dans l'affaire *Dagg*, précitée, par. 68, le juge La Forest a analysé l'art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* dont la phraséologie ressemble à celle de l'al. 22(1)*b*) de cette même loi :

La disposition liminaire de cet article définit l'expression « renseignements personnels » comme étant « [l]es renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment ». Selon son sens clair, cette définition est indéniablement large. En particulier, elle précise que la liste des exemples particuliers qui suit la définition générale n'a pas pour effet d'en limiter la portée. Comme l'a récemment jugé notre Cour, cette phraséologie indique que la disposition liminaire générale doit servir de principale source d'interprétation. L'énumération subséquente ne fait que donner des exemples du genre de sujets visés par la définition générale; voir *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, aux pp. 289 à 291.

Même si le sous-al. 22(1)*b*)(i) se rattache spécifiquement à une enquête déterminée, la portée générale de la phrase introductive n'est pas pour autant modifiée. D'ailleurs, le sous-al. 22(1)*b*)(ii), autorisant la non-divulgation des renseignements qui permettent de remonter à une source de renseignements confidentielle, envisage la protection des enquêtes futures aussi bien qu'actuelles. Une source confidentielle fiable peut être utile au-delà d'une seule enquête précise.

Bref, rien à l'al. 22(1)*b*) ne doit s'interpréter comme restreignant la portée du mot « enquête » aux seules enquêtes en cours ou à celles sur le point de commencer, ni comme limitant la portée générale de ce mot à des enquêtes précises. Il n'est donc pas justifié de limiter la portée de cet article.

Les exceptions à la divulgation des renseignements personnels ont généralement été interprétées d'une manière restrictive par les tribunaux. Il n'en demeure pas moins, comme le disait le juge McDonald, de la Cour d'appel fédérale, que « [s]i le sens [du libellé d'une disposition] est manifeste, il n'appartient pas à la Cour ou à un autre tribunal

2002 SCC 53 (CanLII)

Lutheran Church, Ottawa v. City of Ottawa, [1982] 2 S.C.R. 616, at p. 626). The argument made by the intervener and the respondent, that it is never possible to invoke the exemption from disclosure once the investigation is over, is an interpretation that is not supported by the wording of the provision. The disclosure of personal information may be as damaging to future investigations as to investigations that are underway.

de le modifier » (*Rubin c. Canada (Ministre des Transports)*, précité, par. 24; voir également *Église luthérienne évangélique St. Peter d'Ottawa c. Ville d'Ottawa*, [1982] 2 R.C.S. 616, p. 626). Les prétentions de l'intervenant et de l'intimé selon lesquelles il n'est jamais possible d'invoquer l'exclusion pour ce qui est de la divulgation, une fois l'enquête close, représentent une interprétation que ne permet pas le libellé de la disposition. La divulgation de renseignements personnels peut être aussi dommageable à des enquêtes futures qu'à des enquêtes en cours.

2002 SCC 53 (CanLII)

56

The appellant relies on another portion of s. 22(1)(*b*). He contends that disclosure of the personal information requested by the respondent could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of a law of Canada or a province, and more specifically of the *Official Languages Act*:

L'appelant invoque une autre partie de l'al. 22(1)*b*). Il prétend que la divulgation des renseignements personnels demandés par l'intimé risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales et plus particulièrement la *Loi sur les langues officielles* :

22. (1) The head of a government institution may refuse to disclose any personal information requested under subsection 12(1)

. . .

(*b*) the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of any law of Canada or a province or the conduct of lawful investigations, including, without restricting the generality of the foregoing, any such information . . . .

22. (1) Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication des renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) :

. . .

b) soit dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales ou au déroulement d'enquêtes licites, notamment . . . [Emphasis added.]

22. (1) Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication des renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) :

. . .

b) soit dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales ou au déroulement d'enquêtes licites, notamment . . .

22. (1) The head of a government institution may refuse to disclose any personal information requested under subsection 12(1)

. . .

(*b*) the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of any law of Canada or a province or the conduct of lawful investigations, including, without restricting the generality of the foregoing, any such information . . . [Je souligne.]

The respondent and the intervener submit that the Commissioner of Official Languages does not have the power to enforce the *Official Languages Act* and that, consequently, this argument must be rejected. They contend that the power to enforce that Act is set out in Part X of the Act, entitled "Court

L'intimé et l'intervenant soutiennent que le Commissaire aux langues officielles n'a pas le pouvoir de faire respecter la *Loi sur les langues officielles* et que, par conséquent, cet argument doit être rejeté. Ils prétendent que le pouvoir de la faire respecter est prévu à la partie X de cette loi ayant pour

Remedy", and that only the Federal Court has that power. In their submission, the English expression "enforcement of any law" expressly refers to activities to compel compliance.

57 The question is whether "the enforcement of any law of Canada" refers only to activities the purpose of which is to compel certain individuals or institutions to comply with the provisions of a law of Canada, or whether mediation and making non-coercive recommendations, as provided by the *Official Languages Act*, also constitute "the enforcement of any law of Canada". I do not believe that it is necessary for this Court to construe that expression in order to dispose of this matter. The appeal essentially addresses the question of how the *Privacy Act*, which provides for access to personal information by the person concerned, may be reconciled with the right of the Commissioner of Official Languages to keep investigations confidential and private. The question of confidentiality arises in this case only in relation to investigations.

58 The non-disclosure of personal information provided in s. 22(1)(*b*) is authorized only where disclosure "could reasonably be expected" to be injurious to investigations. As Richard J. said in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Immigration and Refugee Board)*, *supra*, at para. 43, "[t]he reasonable expectation of probable harm implies a confident belief". There must be a clear and direct connection between the disclosure of specific information and the injury that is alleged. The sole objective of non-disclosure must not be to facilitate the work of the body in question; there must be professional experience that justifies non-disclosure. Confidentiality of personal information must only be protected where justified by the facts and its purpose must be to enhance compliance with the law. A refusal to ensure confidentiality may sometimes create difficulties for the investigators, but may also promote frankness and protect the integrity of the investigation process. The Commissioner of Official Languages has an obligation to be sensitive to the differences in situations, and he must exercise his discretion accordingly. The

titre « Recours judiciaire » et que seule la Cour fédérale a un tel pouvoir. Selon eux, l'expression anglaise « *enforcement of any law* » fait expressément référence à des activités comportant contrainte.

La question est de savoir si les « activités destinées à faire respecter les lois fédérales » ne visent que celles qui ont pour objet de contraindre certains individus ou institutions à se conformer aux dispositions d'une loi fédérale ou si la médiation et la formulation de recommandations non exécutoires, prévues par la *Loi sur les langues officielles*, constituent également des « activités destinées à faire respecter les lois fédérales ». Je ne crois pas qu'il soit nécessaire que notre Cour interprète cette expression pour décider du litige. Ce pourvoi porte essentiellement sur la conciliation de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* prévoyant l'accès aux renseignements personnels par la personne concernée et le droit du Commissaire aux langues officielles de maintenir confidentielles et secrètes les enquêtes. Cette question de confidentialité se pose ici uniquement dans le contexte des enquêtes.

La non-divulgation des renseignements personnels prévue à l'al. 22(1)*b*) n'est autorisée que s'il existe un risque « vraisemblable » que la divulgation nuise à l'enquête. Or, comme le mentionne le juge Richard dans l'arrêt *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, précité, par. 43, « [l]a vraisemblance du préjudice implique qu'on ait des motifs d'y croire ». Il faut qu'il y ait entre la divulgation d'une information donnée et le préjudice allégué un lien clair et direct. La non-divulgation ne doit pas avoir pour seul objectif de faciliter le travail de l'organisme en question et doit se justifier par un vécu professionnel. La confidentialité des renseignements personnels ne doit être protégée que lorsque les faits le justifient et doit avoir pour but de favoriser le respect de la loi. Le refus d'assurer la confidentialité peut parfois créer des difficultés aux enquêteurs, mais peut aussi inciter à la franchise et protéger l'intégrité du processus d'enquête. Le Commissaire aux langues officielles a l'obligation d'être sensible aux différences de situations et il doit actualiser l'application de son

2002 SCC 53 (CanLII)

power provided in s. 22(1)(*b*) must be exercised in a manner that respects the nature and objectives of the *Official Languages Act*. The Commissioner must have regard to, *inter alia*, the private and confidential nature of investigations, as provided by Parliament. As I have explained, the sections providing for the confidentiality and secrecy of investigations are essential to the implementation of the *Official Languages Act*. Section 22(1)(*b*) must be applied in a way that is consistent with both Acts.

pouvoir. L'exercice du pouvoir prévu à l'al. 22(1)*b*) doit respecter la nature et les objectifs de la *Loi sur les langues officielles*. Le commissaire doit, entre autres, tenir compte du caractère secret et confidentiel des enquêtes prévu par le législateur. Comme je l'ai expliqué, les articles prévoyant la confidentialité et le secret des enquêtes sont essentiels à la mise en œuvre de la *Loi sur les langues officielles*. L'application de l'al. 22(1)*b*) doit se faire dans le respect des deux lois.

D. *Application of the Law to the Facts of the Case*

D. *Application du droit aux faits en l'espèce*

59 The only interview notes that Mr. Lavigne is attempting to obtain in this application are the notes in respect of Jacqueline Dubé: during the course of the proceedings, Normand Chartrand and France Doyon agreed to allow the Commissioner of Official Languages to give the respondent access to the personal information about him. The issue that remains to be determined is whether it can reasonably be concluded from the Commissioner's statements that disclosure of the notes of the interview with Jacqueline Dubé could reasonably be expected to be injurious to the conduct of the Commissioner's future investigations.

59 Les seules notes d'entrevue que tente d'obtenir M. Lavigne par la présente demande sont celles de Jacqueline Dubé. En effet, au cours des procédures, Normand Chartrand et France Doyon ont convenu de permettre au Commissaire aux langues officielles de donner accès à l'intimé aux renseignements personnels le concernant. La question qui reste à trancher est de savoir si les affirmations du commissaire permettent raisonnablement de conclure que la divulgation des notes d'entrevue de Jacqueline Dubé risquerait vraisemblablement de nuire aux enquêtes futures du commissaire.

60 As I have said, s. 22(1)(*b*) is not an absolute exemption clause. The decision of the Commissioner of Official Languages to refuse disclosure under s. 22(1)(*b*) must be based on concrete reasons that meet the requirements imposed by that paragraph. Parliament has provided that there must be a reasonable expectation of injury in order to refuse to disclose information under that provision. In addition, s. 47 of the *Privacy Act* provides that the burden of establishing that the discretion was properly exercised is on the government institution. If the government institution is unable to show that its refusal was based on reasonable grounds, the Federal Court may then vary that decision and authorize access to the personal information (s. 49). The appellant relied primarily on Mr. Langelier's affidavit to establish the reasonable expectation of injury.

60 Comme je l'ai mentionné, l'al. 22(1)*b*) n'est pas une clause d'exclusion absolue. La décision du Commissaire aux langues officielles de refuser la divulgation en application de l'al. 22(1)*b*) doit être appuyée sur des motifs concrets à l'intérieur des conditions imposées par cet alinéa. En effet, le législateur a prévu qu'il doit exister une vraisemblance de préjudice pour refuser de communiquer les renseignements en vertu de cette disposition. De plus, l'art. 47 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* prévoit qu'il appartient à l'institution fédérale de faire la preuve du bien-fondé de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Si l'institution fédérale n'arrive pas à démontrer que son refus est basé sur des motifs raisonnables, la Cour fédérale peut alors modifier cette décision et autoriser l'accès aux renseignements personnels (art. 49). L'appelant s'est principalement basé sur l'affidavit de M. Langelier afin de démontrer le risque vraisemblable de préjudice.

2002 SCC 53 (CanLII)

61 I do not believe that Mr. Langelier's statements provide a reasonable basis for concluding that disclosure of the notes of the interview with Ms. Dubé could reasonably be expected to be injurious to future investigations. Mr. Langelier contends that disclosure would have an injurious effect on future investigations, without proving this to be so in the circumstances of this case. The Commissioner's decision must be based on real grounds that are connected to the specific case in issue. The evidence filed by the appellant shows that the Commissioner's decision not to disclose the personal information requested was based on the fact that Ms. Dubé had not consented to disclosure, and does not establish what risk of injury to the Commissioner's investigations the latter might cause. If Ms. Dubé had given permission, the Commissioner would have disclosed the information. The appellant's factum states:

> Jacqueline Dubé did not give permission to disclose to the Respondent the personal information concerning him that was recorded in the course of the interview she gave the OCOL [Office of the Commissioner of Official Languages] [and so] [t]he OCOL did not disclose any of this personal information. [Emphasis added.]

The appellant does not rely on any specific fact to establish the likelihood of injury. The fact that there is no detailed evidence makes the analysis almost theoretical. Rather than showing the harmful consequences of disclosing the notes of the interview with Ms. Dubé on future investigations, Mr. Langelier tried to prove, generally, that if investigations were not confidential this could compromise their conduct, without establishing specific circumstances from which it could reasonably be concluded that disclosure could be expected to be injurious. There are cases in which disclosure of the personal information requested could reasonably be expected to be injurious to the conduct of investigations, and consequently the information could be kept private. There must nevertheless be evidence from which this can reasonably be concluded. Even if permission is given to disclose the interview notes in this case, that still does not mean that access to personal information must always be given. It will still be possible for investigations to be confidential and private, but the right to confidentiality and privacy will be qualified by the limitations imposed by

Je ne crois pas que les affirmations de M. Langelier permettent raisonnablement de conclure que la divulgation des notes d'entrevue de Mme Dubé risquerait vraisemblablement de nuire aux enquêtes futures. Monsieur Langelier prétend que la divulgation aura un effet nuisible sur les enquêtes futures sans en faire une preuve dans les circonstances de l'espèce. Or, la décision du commissaire doit être basée sur des motifs réels et liée au cas précis à l'étude. La preuve déposée par l'appelant démontre que la décision du commissaire de ne pas divulguer les renseignements personnels demandés s'appuie sur l'absence de consentement de Mme Dubé à la divulgation et n'établit pas le risque de préjudice que celle-ci pourrait causer aux enquêtes du commissaire. Si Mme Dubé avait donné son autorisation, le commissaire aurait divulgué les renseignements. En effet, selon le mémoire de l'appelant :

> Jacqueline Dubé n'a pas donné l'autorisation de communiquer à l'intimé les renseignements personnels le concernant qui ont été consignés au cours de l'entrevue qu'elle a accordée au CoLo [Commissariat aux langues officielles], et celui-ci n'a donc communiqué aucun des renseignements personnels en question. [Je souligne.]

L'appelant n'invoque aucun autre fait précis pour établir le risque vraisemblable de préjudice. L'absence de preuve circonstanciée rend l'analyse presque théorique. Au lieu de démontrer les conséquences néfastes de la divulgation des notes d'entrevue de Mme Dubé sur les enquêtes futures, M. Langelier a tenté de faire une preuve générale que l'absence de confidentialité des enquêtes risquerait de compromettre leur bonne marche, sans établir des circonstances particulières permettant de conclure raisonnablement à la vraisemblance du préjudice. Il existe des cas où la divulgation des renseignements personnels demandés risquerait vraisemblablement de nuire au déroulement d'enquêtes et, par conséquent, ceux-ci pourront être gardés secrets. Encore faut-il que la preuve permette raisonnablement de conclure en ce sens. L'autorisation de divulguer les notes d'entrevue dans ce cas-ci ne veut pas dire pour autant que les renseignements personnels soient toujours accessibles. La confidentialité et le caractère secret des enquêtes seront encore possibles, mais le droit à la confidentialité et au secret est nuancé par les limites imposées par la *Loi sur la protection des*

2002 SCC 53 (CanLII)

the *Privacy Act* and the *Official Languages Act*. The Commissioner must exercise his discretion based on the facts of each specific case. In the case of Ms. Dubé, the record as a whole does not provide a reasonable basis for concluding that disclosure of the notes of her interview could reasonably be expected to be injurious to the Commissioner's investigations.

The evidence presented by the intervener is no more persuasive. The intervener submits that it is not necessary for the Commissioner's investigations to be confidential by referring to the affidavit of Gerald Neary, the Director of Investigations in the Office of the Privacy Commissioner of Canada, said:

> OCOL argues that providing promises of confidentiality to witnesses in the context of its investigations is both a necessary and consistent part of its alleged role as an ombudsman. However, the nature of the role of the Commissioner of Official Languages is similar to the role of the Privacy Commissioner of Canada. As an Ombudsman, the Privacy Commissioner has found that blanket promises of confidentiality are not necessary in order to preserve the role of ombudsman, or in order to ensure effective investigations. [Emphasis added.]

The Director of Investigations in the Office of the Privacy Commissioner is not necessarily the person most suited to determining the best way for investigations to be conducted by the Commissioner of Official Languages. Mr. Neary's affidavit does not establish that he has any expertise in the specific field of official languages. Mr. Langelier, unlike Mr. Neary, has lengthy experience in that field. For a number of years, he worked as the Director of the Complaints and Audits Branch and as a complaints officer in the Office of the Commissioner of Official Languages. When his affidavit was filed, he had over 20 years' experience.

Although the role of the Commissioner of Official Languages is similar to that of the Privacy Commissioner, the two Acts that they are responsible for enforcing, and the situations in which those Acts apply, are different in a number of respects.

renseignements personnels et la *Loi sur les langues officielles*. Le commissaire exerce son pouvoir discrétionnaire en fonction de chaque cas spécifique. Dans le cas de Mme Dubé, l'ensemble du dossier ne permet pas raisonnablement de conclure que la divulgation de ses notes d'entrevue risquerait vraisemblablement de nuire aux enquêtes du commissaire.

62 La preuve déposée par l'intervenant n'est pas pour autant plus convaincante. En effet, l'intervenant soutient que la confidentialité des enquêtes du commissaire n'est pas nécessaire en référant à l'affidavit de M. Gerald Neary, directeur des enquêtes au Commissariat à la protection de la vie privée au Canada :

> [TRADUCTION] Le COLO prétend que promettre la confidentialité aux témoins dans le cadre de ses enquêtes est à la fois nécessaire et conforme à son rôle d'ombudsman. Pourtant, le rôle du Commissaire aux langues officielles est semblable par sa nature à celui du Commissaire à la protection de la vie privée du Canada, et, en tant qu'om budsman, le Commissaire à la protection de la vie privée a constaté qu'il n'était pas nécessaire de faire des promesses générales de confidentialité pour préserver le rôle d'ombudsman ou pour garantir l'efficacité des enquêtes. [Je souligne.]

Le directeur des enquêtes au Commissariat à la protection de la vie privée n'est pas nécessairement la personne la plus apte à apprécier la meilleure façon de mener à terme les enquêtes du Commissaire aux langues officielles. L'affidavit de M. Neary ne démontre pas qu'il possède une quelconque expertise dans le domaine particulier des langues officielles. Contrairement à M. Neary, M. Langelier possède une longue expérience dans ce domaine. Il a agi pendant plusieurs années à titre de directeur à la Direction des plaintes et vérifications du Commissariat aux langues officielles et à titre d'agent de plaintes. Au moment du dépôt de l'affidavit, il possédait une expérience de plus de 20 années.

63 Bien que le rôle du Commissaire aux langues officielles s'apparente à celui du Commissaire à la protection de la vie privée, les deux lois dont ils sont chargés d'assurer le respect et leurs circonstances d'application sont différentes à bien des égards. La

2002 SCC 53 (CanLII)

Language is a means of expression proper to an individual. It is the vehicle by which a cultural group transmits its distinct culture and traditions, and it is an essential tool for expressing and communicating ideas. It is not surprising that the history of Canada is marked by a number of conflicts over language, considering the presence of two dominant languages in this country. As A. Braën explained, language is a cultural benchmark that may be the source of conflicts ("Language Rights", in M. Bastarache, ed., *Language Rights in Canada* (1987), 1, at pp. 15-16:

> Language is an essential means of cultural expression and its vitality, according to the Commission [Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism], is a necessary although insufficient condition for the survival of a culture as a whole. However, in a bilingual or multilingual society language will be a constant focus of tensions to the extent [that] it expresses the community interests of cultural or language groups. [Emphasis added.]

On the history of bilingualism in Canada, see: C.-A. Sheppard, *The Law of Languages in Canada* (1971), Study No. 10 of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism, at pp. 1-96, and F. Chevrette and H. Marx, *Droit constitutionnel: notes et jurisprudence* (1982), at pp. 1583-88.

64 In the particular context of employment, the use of an official language by a minority group is a very delicate situation. It may be difficult for an employee to make a complaint for the purpose of having his or her language rights recognized. The employee is in a situation of twofold weakness: he belongs to a minority group, and his relationship with the employer is one of subordination. Instead of tackling these difficulties by asserting his rights, an employee may prefer to conform to the language of the majority. The objective of the *Official Languages Act* is precisely to make that kind of behaviour unnecessary, by enhancing the vitality of both official languages. To facilitate the exercise of language rights, Parliament has expressly provided that investigations will be private and confidential, and has given the Commissioner of Official Languages a mandate to ensure that the Act is enforced. This is the delicate

langue est un moyen d'expression qui appartient à l'individu. Elle permet l'épanouissement de la culture et des traditions propres à un groupe culturel et représente un véhicule privilégié d'expression et de communication de la pensée. Il n'est pas étonnant que l'histoire du Canada soit marquée par plusieurs luttes linguistiques considérant la présence de deux langues dominantes au pays. Comme l'expose A. Braën, la langue est un repère culturel pouvant être à l'origine de conflits (« Les droits linguistiques », dans M. Bastarache, dir., *Les droits linguistiques au Canada* (1986), 1, p. 17 :

> La langue est un mode privilégié d'expression culturelle et sa vitalité est, selon la même Commission [Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme], une condition nécessaire, quoiqu'insuffisante à elle seule, au maintien intégral d'une culture. Elle demeure malgré tout un foyer continu de tensions au sein d'une société bilingue ou multilingue dans la mesure où la langue exprime une communauté d'intérêts propres à un groupe linguistique et culturel. [Je souligne.]

Concernant l'histoire du bilinguisme au Canada, voir : C.-A. Sheppard, *The Law of Languages in Canada* (1971), étude n° 10 de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, p. 1-96, et F. Chevrette et H. Marx, *Droit constitutionnel : notes et jurisprudence* (1982), p. 1583-1588.

Dans le contexte particulier de l'emploi, l'utilisation d'une langue officielle par une minorité est une situation très délicate. Il peut être difficile pour un employé de déposer une plainte visant la reconnaissance de ses droits linguistiques. En effet, l'employé se trouve dans une double situation de faiblesse : il appartient à un groupe minoritaire et il a une relation de subordination vis-à-vis l'employeur. Au lieu d'affronter ces difficultés en faisant valoir ses droits, un employé peut préférer se conformer à la langue de la majorité. Or, la *Loi sur les langues officielles* a justement pour objectif d'éviter ce type de comportement en favorisant l'épanouissement des deux langues officielles. Pour faciliter l'exercice des droits linguistiques, le législateur a expressément prévu le caractère confidentiel et secret des enquêtes et a confié au Commissaire aux langues officielles le mandat de veiller à la mise en application de cette loi. C'est

2002 SCC 53 (CanLII)

context in which the Commissioner carries out his functions.

Parliament has made the Office of the Commissioner of Official Languages subject to the *Privacy Act*, and only when a government institution is able to justify the exercise of its discretion to refuse disclosure may it do so. In the case before us, the appellant has not succeeded in showing that it is reasonable to maintain confidentiality. For these reasons, I would dismiss the main appeal.

In the cross-appeal, the respondent is seeking disclosure of information other than personal information that is held by the Commissioner in connection with the official languages complaint he made. Mr. Lavigne's request to the Office of the Commissioner of Official Languages is based on s. 12(1) of the *Privacy Act*. Section 12 of that Act provides that only personal information may be requested. I agree with Sharlow J.A. of the Federal Court of Appeal that a person who makes a request under the *Privacy Act* is not entitled to information other than personal information. For those reasons, I would dismiss the cross-appeal.

VII. Conclusion

The main appeal and the cross-appeal are dismissed, without costs.

Appeal and cross-appeal dismissed.

Solicitors for the appellant/respondent on the cross-appeal: McCarthy Tétrault, Ottawa; The Office of the Commissioner of Official Languages, Ottawa.

Solicitors for the intervener : Nelligan O'Brien Payne, Ottawa.

dans ce contexte délicat que le commissaire exerce ses fonctions.

65 Le législateur a assujetti le Commissariat aux langues officielles à l'application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et ce n'est que lorsque l'institution fédérale peut justifier l'exercice de sa discrétion de refuser la divulgation qu'elle peut le faire. Dans le cas qui nous concerne, l'appelant n'a pas réussi à démontrer qu'il est raisonnable de maintenir la confidentialité. Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi principal.

66 Quant au pourvoi incident, l'intimé cherche à obtenir la divulgation d'informations autres que des renseignements personnels et détenues par le commissaire en rapport avec la plainte qu'il a formulée en matière de langues officielles. La demande de M. Lavigne auprès du Commissariat aux langues officielles est fondée sur le par. 12(1) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Or, l'article 12 de cette loi prévoit que seuls les renseignements personnels peuvent être demandés. Je conviens avec le juge Sharlow de la Cour d'appel fédérale qu'une demande en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne permet pas d'obtenir des renseignements autres que personnels. Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi incident.

VII. Conclusion

67 Le pourvoi principal de même que le pourvoi incident sont rejetés, sans frais.

Pourvoi principal et pourvoi incident rejetés.

Procureurs de l'appelant/intimé au pourvoi incident : McCarthy Tétrault, Ottawa; Le Commissariat aux langues officielles, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant : Nelligan O'Brien Payne, Ottawa.

2002 SCC 53 (CanLII)

In the Court of Appeal of Alberta

Citation: Leon's Furniture Limited v. Alberta (Information and Privacy Commissioner), 2011 ABCA 94

Date: 20110328
Docket: 0901-0223-AC
Registry: Calgary

2011 ABCA 94 (CanLII)

Between:

Leon's Furniture Limited

Appellant
(Applicant)

- and -

The Information and Privacy Commissioner of Alberta

Respondent
(Respondent)

- and -

Sharon Curtis

Not a Party to the Appeal
(Respondent)

- and -

The Attorney General of Alberta

Not a Party to the Appeal
(Respondent)

The Court:

The Honourable Madam Justice Carole Conrad
The Honourable Mr. Justice Ronald Berger
The Honourable Mr. Justice Frans Slatter

Reasons for Judgment Reserved of the Honourable Mr. Justice Slatter
Concurred in by the Honourable Mr. Justice Berger

Dissenting Reasons for Judgment Reserved of the Honourable Madam Justice Conrad

Appeal from the Judgment by
The Honourable Madam Justice R. Nation
Dated the 18th day of June, 2009
Filed on the 25th day of June, 2009
(Docket: 0801-12471)

2011 ABCA 94 (CanLII)

Reasons for Judgment Reserved
of the Honourable Mr. Justice Slatter

2011 ABCA 94 (CanLII)

[1] The issue on this appeal is whether it was reasonable for the Privacy Commissioner to prohibit the appellant from collecting driver's licence numbers from customers when they or someone on their behalf pick up furniture.

Facts

[2] The appellant is a furniture retailer. In 2006 a customer purchased a table from the appellant, and paid a deposit, but did not take immediate delivery. The customer told the appellant's staff that her mother would be coming to pick up the table.

[3] The next month the customer's mother arrived to pick up the table. She paid the balance owing, and was required to produce her driver's licence before she could take delivery of the table. Despite her objection, the sales clerk recorded the driver's licence number on the "pick ticket". The pick ticket does not have the customer's name recorded on it, but it can obviously be correlated back to the original sales invoice which contains the customer's name and address. The appellant had measures in place to protect the information, which was not stored on a computer system.

[4] The customer's mother then proceeded to the loading dock. The staff member at the loading dock asked the customer's mother to sign on a separate pick ticket an acknowledgment that she had picked up the table, and also to record the vehicle licence plate number of her car. The customer's mother objected, but complied. The customer's mother subsequently filed a complaint with the respondent Commissioner about the collection of her driver's licence and vehicle licence numbers.

The Delegate's Decision

[5] The respondent Commissioner initiated an investigation, and delegated the matter to a staff member to conduct an inquiry.

[6] The appellant acknowledged its policy of collecting driver's licence and licence plate numbers in order to deter, prevent, and detect fraud. Particular risks arise when the furniture is not delivered on purchase. The furniture may be picked up later by family members, friends, interior designers, contractors, or delivery companies. Sometimes furniture is purchased in one city and picked up in another.

[7] Two potential categories of fraud were identified:

- Situations where a stranger fraudulently picks up the furniture without the authority of the customer. This would be a particularly acute problem when a third party is authorized to pick up the furniture.

- Situations when the customer picks up the furniture, but later denies getting the furniture that was paid for, or refuses to pay in the future based on an allegation that the furniture was never received.

The appellant argued that its policy protects itself and the customer, and was also of assistance to the police when it became necessary to investigate fraud. The appellant noted that it stored the numbers separately from the names and addresses of the customers, thereby limiting the potential for misuse of the information. There is nothing on the record to support the complainant's concern that the personal information collected was shared with third parties, or used for marketing or other collateral purposes.

[8] The adjudicator rejected the appellant's contention that driver's licence and licence plate numbers are not "personal information" as that term is defined in the *Personal Information Protection Act*, R.S.A. 2000, c. P-6.5: ***Leon's Furniture Ltd.***, Order P2008-004, August 27, 2008.

[9] The adjudicator commenced the analysis by deciding that the collection of the disputed information was not "reasonable", under s. 11. The adjudicator appeared to treat reasonableness as a freestanding basis for collecting the information, regardless of whether the complainant had consented. When the Court requested further submissions on the point, both parties agreed that s. 11 imposes a requirement of "reasonableness" in addition to the need for consent, and "reasonableness" would not itself justify collection of the information. Nevertheless, the reasonableness of the collection of the information is a consideration that arises under other applicable sections, such as s. 7(2).

[10] The adjudicator accepted that preventing fraud and theft is a reasonable purpose for collecting personal information. She concluded, however, that recording the driver's licence and licence plate numbers went beyond what was necessary for preventing fraudulent pickup. The adjudicator concluded that it was reasonable only to record the name and address of the person picking up the furniture, and to examine the identification produced to verify the identity of the person, but that it was not reasonable to record the number of the identification being used. She did not explain why it was reasonable to record the person's name and address, when that too is "personal information".

[11] The adjudicator also went on to conclude that the appellant was in violation of s. 7(2) of the *Act*, which prevents making it a condition of "supplying a product or service" that the customer provide personal information beyond what is necessary to supply the product or service. The

2011 ABCA 94 (CanLII)

adjudicator considered that picking up furniture after the time of sale is a "service" that the appellant would not provide unless identification was produced.

[12] The adjudicator concluded that the appellant was also in violation of s. 13 of the *Act* because it did not explain to the complainant the reason for the collection of the personal information, except that it was "store policy".

[13] As a remedy, the adjudicator ordered that the appellant cease recording driver's licence and licence plate numbers when an individual is picking up merchandise. She also directed that the appellant destroy all existing records of driver's licence and licence plate numbers. The inquiry did not examine, and no remedy was given with respect to the appellant's practices for the safe and secure storage of the numbers, nor with respect to the length of time that the numbers are retained on file.

Judicial Review

[14] The appellant's application for judicial review of the respondent's decision was dismissed. The chambers judge concluded that the standard of review is reasonableness, and that the decision of the adjudicator was reasonable. The chambers judge did not agree that the adjudicator had unreasonably focussed on the purpose of the policy being the prevention of fraud, as opposed to the detection of fraud after it occurs. The chambers judge concluded that there was considerable overlap between the protection of the appellant and its customers, deterring fraud, and detecting the responsible party once fraud occurs. The chambers judge did not agree that the adjudicator failed to balance the interests of the appellant and its customers, as required by the *Act*.

Issues on Appeal

[15] The following issues arise for discussion and decision:

- the standing of the respondent Commissioner to make submissions in this appeal;
- the standard of review of the respondent's decision;
- the scheme of the *Act* and the overall approach of the adjudicator;
- whether driver's licence and licence plate numbers are "personal information";
- whether the appellant's provision of services conditional on the provision of personal information was reasonably necessary;

2011 ABCA 94 (CanLII)

- whether the appellant adequately communicated its policy to its customers.

2011 ABCA 94 (CanLII)

Standing of the Commissioner

[16] The appellant challenges the standing of the respondent Commissioner to make submissions on the merits of the appeal. The appellant relies on a long series of cases which hold that an administrative tribunal is free to argue issues of jurisdiction or to explain the record when its decisions are subject to judicial review, but it should not enter the arena and argue the correctness of its decision. That line of cases starts with ***Northwestern Utilities v. Edmonton (City)***, [1979] 1 S.C.R. 684, and the issue was recently discussed in ***Brewer v. Fraser Milner Casgrain LLP***, 2008 ABCA 160, 90 Alta. L.R. (4th) 201, 432 A.R. 188.

[17] ***Northwestern Utilities*** arose from a rate setting decision of the Public Utilities Board. The City of Edmonton appealed the decision to the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta, which set aside the decision and remitted the matter back to the Board for reconsideration. Both Northwestern Utilities and the Board appealed that decision to the Supreme Court of Canada. The City of Edmonton actively participated in response. In addition to dealing with the substantive issues on the appeal, the Court commented on the participation of the Board in the proceedings.

[18] The Court in ***Northwestern Utilities*** concluded that while the statute gave the Board a right to appeal and a right of audience on the appeal, its proper role was limited. The statute drew a distinction between the full "parties" to the appeal, and the Board itself. The Court noted at p. 709 that vigorous arguments in support of the Board's own decision effectively amounted to arguments in support of one of the adverse parties. The Board had its opportunity to state its reasons in its decision, and "it abuses one's notion of propriety to countenance its participation as a full-fledged litigant in this Court, in complete adversarial confrontation with one of the principals in the contest before the Board itself". The party against whom the Board was presently arguing might well have to appear before the Board in the future, perhaps on the same or a similar issue, creating the potential for an apprehension of bias. As a result it was "the policy in this Court to limit the role of an administrative tribunal whose decision is at issue before the Court . . . to an explanatory role with reference to the record before the Board and to the making of representations relating to jurisdiction" (at p. 709). Particular restraint was required when the proceedings of the tribunal were attacked as being contrary to the rules of natural justice, because in those cases the tribunal's own conduct was under examination.

[19] The ***Brewer*** decision involved a different point: whether the Human Rights Commission had a right to launch an appeal, an issue on which the Commission clearly had standing. In concluding that there was no right of appeal, the Court analogized from the ***Northwestern Utilities*** principle, reasoning that since the role of the tribunal was at best limited, the language of the statute should not be stretched to provide a right of appeal in the first place. The *obiter dictum* in ***Brewer*** stated the

Northwestern Utilities principle in absolute terms. The *obiter dictum* statements appear to be inconsistent with an earlier uncited decision of this Court: ***Rockyview (Municipal District No. 44) v. Alberta (Planning Board)*** (1982), 22 Alta. L.R. (2d) 87, 40 A.R. 344 (C.A.).

[20] The ***Northwestern Utilities*** principle is easiest to apply in situations where the tribunal is exercising what would at the time of that decision have been called "judicial or quasi-judicial functions". Where an applicant and a respondent are present and are participating fully in the proceedings before the tribunal, and then before the court on judicial review (as was the case in ***Northwestern Utilities***), there is little need for the tribunal to be involved. Where the tribunal is adjudicating over a dispute between two adversarial parties, it is especially important that the tribunal remain neutral.

[21] But not all administrative tribunals perform adjudicative functions. Many of them receive and investigate complaints, and can generate complaints themselves. They often have an important policy making role, as well as an educational role within their sphere of activity. Often their adjudicative and policy making roles cannot be separated. If their investigations reveal a breach of the regulatory regime, some tribunals essentially take over the prosecution of the complaint, and effectively have carriage of the entire proceeding. They become the investigator, prosecutor, and adjudicator. The original complainant does not and is not expected to participate, except possibly as a witness. In some cases the complainant cannot even settle the complaint without the consent of the tribunal: *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6, s. 48. In these situations the applicability of the ***Northwestern Utilities*** principle is less obvious.

[22] Further, it is clear that what was considered at the time of ***Northwestern Utilities*** to be a "jurisdictional" issue (on which submissions by the tribunal were acceptable) was a much wider concept than it is after ***Dunsmuir v. New Brunswick***, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190.

[23] On many judicial review applications it is quite obvious to the chambers judge that if the tribunal does not make submissions in support of the decision under review, no submissions will be made. The applicant's arguments and authorities on the merits will essentially be unanswered. Some tribunals will justify their appearances on the basis that otherwise "no one shows up": ***Skyline Roofing Ltd. v. Alberta (Workers' Compensation Board)***, 2001 ABQB 624, 95 Alta. L.R. (3d) 126, 292 A.R. 86 at para. 29. The adversarial system requires the presentation and consideration of competing arguments and ideas on the reasonableness or correctness of the decision under review. Rather than essentially proceeding to decide the application *ex parte*, many judicial review judges will receive submissions from the tribunal for "forensic" reasons: ***Beier v. Vermilion River (County)***, 2009 ABCA 151, 457 A.R. 191 at para. 8.

[24] The case law recognizes that some flexibility is required when defining the proper role of tribunals in judicial review proceedings. In ***CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.***, [1989] 2 S.C.R.

2011 ABCA 94 (CanLII)

983 at p. 1016 the Supreme Court of Canada quoted with approval the following passage from ***B.C.G.E.U. v. Industrial Relations Council*** (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 145 (C.A.):

> The traditional basis for holding that a tribunal should not appear to defend the correctness of its decision has been the feeling that it is unseemly and inappropriate for it to put itself in that position. But when the issue becomes, as it does in relation to the patently unreasonable test, whether the decision was reasonable, there is a powerful policy reason in favour of permitting the tribunal to make submissions. That is, the tribunal is in the best position to draw the attention of the court to those considerations, rooted in the specialized jurisdiction or expertise of the tribunal, which may render reasonable what would otherwise appear unreasonable to someone not versed in the intricacies of the specialized area. In some cases, the parties to the dispute may not adequately place those considerations before the court, either because the parties do not perceive them or do not regard it as being in their interest to stress them.

The Court in ***Paccar*** went on to hold at p. 1017:

> The argument before us emphasized that the Council had made a careful review of the relevant authorities and had made a decision that was within its exclusive jurisdiction. At no point did it argue that the decision of the Board was correct. Rather it argued that it was a reasonable approach for the Board to adopt. The Council had standing to make all these arguments, and in doing so it did not exceed the limited role the Court allows an administrative tribunal in judicial review proceedings.

Three members of the Court in ***Paccar*** agreed with this approach, and the other three did not comment on the issue.

[25] It has been argued that a rigid application of the ***Northwestern Utilities*** principle is inconsistent with the functional and pragmatic approach now used in administrative law. As argued by L. A. Jacobs and T.S. Kuttner, *Discovering What Tribunals Do: Tribunal Standing Before the Courts* (2002), 81 Can. Bar Rev. 616 at p. 645:

> We suggest that the cases be approached within the context of the general shift in the jurisprudence from formalism to functionalism, as epitomized in the pragmatic and functional approach now characteristic of administrative law decisions across a broad band of issues. Within the particular sphere that we are addressing here - the discourse between courts and tribunals in the arena of judicial review - it is not immediately apparent that the courts have embraced the functional over the formal.

2011 ABCA 94 (CanLII)

Similar arguments have been made in N. Semple, "*The Case for Tribunal Standing in Canada*" (2007), 20 C.J.A.L.P. 305 and F. Falzon, "*Tribunal Standing on Judicial Review*" (2008), 21 C.J.A.L.P. 21. This approach has now been adopted in some cases.

[26] In ***Ontario (Children's Lawyer) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner***) (2005), 75 O.R. (3d) 309 (C.A.) the Court accepted the argument of the parties that the permissible role of a tribunal in a particular proceeding is in the discretion of the court, and depends on the particular context. Rigid rules should be avoided. The Court agreed on the importance of maintaining the impartiality of the tribunal, but also noted the importance of having all the relevant information and arguments put forward. Goudge J.A., speaking for a unanimous Court, put it this way:

> [34] However, I agree with the parties that a context-specific solution to the scope of tribunal standing is preferable to precise *a priori* rules that depend either on the grounds being pursued in the application or on the applicable standard of review. For example, a categorical rule denying standing if the attack asserts a denial of natural justice could deprive the court of vital submissions if the attack is based on alleged deficiencies in the structure or operation of the tribunal, since these are submissions that the tribunal is uniquely placed to make. Similarly, a rule that would permit a tribunal standing to defend its decision against the standard of reasonableness but not against one of correctness, would allow unnecessary and prevent useful argument. Because the best argument that a decision is reasonable may be that it is correct, a rule based on this distinction seems tenuously founded at best as Robertson J.A. said in *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1386 v. Bransen Construction Ltd.*, [2002] N.B.J. No. 114, 249 N.B.R. (2d) 93 (C.A.), at para. 32.
>
> [35] Nor do I think cases like *Northwestern* and *Paccar*, *supra*, dictate the use of precise rules of this sort. Particularly in light of the recent evolution of administrative law away from formalism and towards the more flexible practical approach exemplified by *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, [1998] S.C.J. No. 46, I think these cases are best viewed as sources of the fundamental considerations that should inform the court's discretion in the context of a particular case. Resolving the scope of standing on this basis rather than by means of a set of fixed rules is likely to produce the most effective interplay between the array of different administrative decision-makers and the courts.

In the result, in that case the Privacy Commissioner was allowed to fully participate in the judicial review application. The Court, however, noted at para. 61 that the tribunal should "pay careful attention to the tone with which it does so . . . A tribunal that seeks to resist a judicial review

2011 ABCA 94 (CanLII)

application will be of assistance to the court to the degree its submissions are characterized by the helpful elucidation of the issues, informed by its specialized position, rather than by the aggressive partisanship of an adversary."

[27] This Court previously adopted this approach in ***Rockyview (Municipal District No. 44)***. A more flexible approach has also been suggested in other provinces: ***United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1386 v. Bransen Construction Ltd.***, 2002 NBCA 27, 249 N.B.R. (2d) 93 at para. 32; ***Global Securities Corp. v. British Columbia (Executive Director, Securities Commission***), 2006 BCCA 404, 56 B.C.L.R. (4th) 79 at para. 60.

[28] I agree that the law should acknowledge the multifaceted roles of many modern administrative tribunals, and the realities of the situation. The ***Northwestern Utilities*** case should be used as a "source of the fundamental considerations". Its principle will often be applied with full vigour to administrative tribunals that are exercising adjudicative functions, where two adverse parties are present and participating. While the involvement of a tribunal should always be measured, there should be no absolute prohibition on them providing submissions to the court. Whether the tribunal will be allowed to participate, and the extent to which it should participate involves the balancing of a number of considerations.

[29] It is not possible to compile a list of all the relevant factors to consider when the appropriate level of participation of a tribunal is being established. The existence of other parties who can effectively make the necessary arguments is a central consideration. For example, in ***Skyline Roofing*** the challenge was to a decision of the Workers' Compensation Appeals Commission, and the Workers' Compensation Board (not the Commission) was the appropriate party to make the arguments. Maintaining the appearance of independence and impartiality of the tribunal is also a key consideration. The effect of tribunal participation on the overall fairness (in fact and in appearance) of the proceedings is a relevant consideration. Of importance too is the role assigned to the tribunal under the statute. Where the statute effectively gives carriage of the proceedings to the tribunal, a greater level of participation is tolerable: ***British Columbia Teachers' Federation v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner***), 2005 BCSC 1562, 50 B.C.L.R. (4th) 151 at para. 45. The nature of the proposed arguments is important. A tribunal should not be allowed to supplement its reasons for decision, or to attempt to provide fresh justifications for the result: ***Bransen Construction*** at para. 33. While the tribunal, like any other party, can offer interpretations of its reasons or conclusion, it cannot attempt to reconfigure those reasons, add arguments not previously given, or make submissions about matters of fact not already engaged by the record. A tribunal can, within those limits, attempt to rebut arguments about how it reasoned and what it decided.

[30] The *Personal Information Protection Act* gives the Commissioner a wide ranging responsibility to implement the *Act*, to develop privacy policy, to educate, and to investigate and

2011 ABCA 94 (CanLII)

2011 ABCA 94 (CanLII)

adjudicate upon complaints. After a complaint is made, carriage of the complaint effectively passes to the Commissioner. If the Commissioner concludes that the complaint warrants further proceedings, the Commissioner's staff prosecutes the complaint, and a delegate appointed by the Commissioner will rule on it. For better or for worse, the Commissioner wears many hats, and he is not merely an adjudicator detached from the dispute itself. The Commissioner is very close to being a true party. It is unrealistic to think that the original complainant would have the resources or the motivation to resist the application for judicial review. If the Commissioner does not resist the judicial review application, no one will. In the circumstances, the Commissioner should be afforded some latitude in the submissions that he can make to the court. In this appeal neither the content of the respondent's arguments, nor their tone, exceed what is appropriate, and the Commissioner's participation, on this record, is unobjectionable.

Standard of Review

[31] In ***Macdonell v. Quebec (Commission d'accès à l'information)***, 2002 SCC 71, [2002] 3 S.C.R. 661 at para. 8 the Court held:

> The Quebec Commission d'accès à l'information has no special interest in the decision it must make, and so it is able to play its role independently. By virtue of the fact that it is always interpreting the same Act, and that it does so on a regular basis, the Quebec Commissioner develops general expertise in the field of access to information. That general expertise on the part of the Commission invites this Court to demonstrate a degree of deference.

In ***Macdonell***, the Court found it appropriate to apply a standard of reasonableness to the decision of the Commissioner. It is perhaps questionable whether any single issue tribunal truly has "no interest in its decisions", as all such tribunals have a philosophy about their work: ***Bransen Construction*** at para. 16. But so long as that philosophy is consistent with a reasonable interpretation of the statute, that is unobjectionable.

[32] In this appeal both parties submitted that the proper standard of review of the adjudicator's decision is "reasonableness". Interpreting the definition of "personal information" is a question of law, but it is one within the core function of the adjudicator. Determining whether the practices of the appellant are "reasonable" is a mixed question of fact, law and policy. While there is not a strong privative clause in the statute, the nature of these questions, given the role of the Commissioner and the adjudicators appointed by him, calls for review on the reasonableness standard: ***Stubicar v. Alberta (Office of the Information and Privacy Commissioner)***, 2008 ABCA 357, 97 Alta. L.R. (4th) 23, 440 A.R. 190 at paras. 22-4.

2011 ABCA 94 (CanLII)

[33] As will be seen (*infra*, para. 38), s. 2 of the statute contains a definition of "reasonable", which is what "a reasonable person would consider appropriate in the circumstances". Section 2 defines "reasonable" as a pure objective standard. It is not the ***Dunsmuir*** test. The standard of review is also reasonableness, but in the ***Dunsmuir*** sense. So one issue is whether it was "***Dunsmuir***" unreasonable for the adjudicator to find that it was "objectively" unreasonable for the appellant to keep the personal information. The test in ***Dunsmuir*** is as follows:

> 47 Reasonableness is a deferential standard animated by the principle that underlies the development of the two previous standards of reasonableness: certain questions that come before administrative tribunals do not lend themselves to one specific, particular result. Instead, they may give rise to a number of possible, reasonable conclusions. Tribunals have a margin of appreciation within the range of acceptable and rational solutions. A court conducting a review for reasonableness inquires into the qualities that make a decision reasonable, referring both to the process of articulating the reasons and to outcomes. In judicial review, reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process. But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law.

The Scheme of the *Act*

The Overall Purpose

[34] The *Personal Information Protection Act* expressly states its overall purposes. This is a key to any interpretation and application of the statute. The most important provision is s. 3:

> 3 The purpose of this Act is to govern the collection, use and disclosure of personal information by organizations in a manner that recognizes both the right of an individual to have his or her personal information protected and the need of organizations to collect, use or disclose personal information for purposes that are reasonable. (Emphasis added)

The statute recognizes two competing values: the right to protect information, and the need to use it. When Bill 44 was discussed in Committee, the Minister of Government Services stated:

> When it comes to the reasonable standards in section 2, the bill sets the standard for compliance with the act, and that standard is the reasonableness standard. This standard is important because it ensures that the act is flexible for small and medium-

> sized businesses. If businesses act reasonably, they have no problem with complying with the act. (*Hansard*, November 25, 2003)

The statute does not give predominance to either of the two competing values, and any interpretation which holds that one must always prevail over the other is likely to be unreasonable. A balancing is called for. That balancing is not fully implemented by the other provisions of the *Act*. The balance called for by s. 3 must also be maintained by the Commissioner when assessing what is "reasonable".

[35] The issue is not whether privacy rights are important. They are, as demonstrated by the cases discussed by Conrad J.A. at paras. 102-114.The Legislature has deemed them to be important by passing the *Act.* But their admitted importance does not mean that privacy rights must predominate over all other societal needs, values and interests. Because the customer's interests are important does not mean the retailer's are not. Our society is complex and increasingly information based, and many organizations, businesses and individuals must use personal information for legitimate reasons on a daily basis. An unreasonable curtailment of the ability to use that information imposes a financial and social burden which is recognized by s. 3 of the *Act*. The *Act* recognizes that a balancing of the various interests is called for, and it is inconsistent with any suggestion that privacy rights should always predominate over competing values. The statute cannot reasonably be interpreted in a way that prevents reasonable uses of personal information.

[36] The *Act* makes frequent use of the concepts of "reasonableness" and "consent".

Reasonableness

[37] A number of provisions in the statute require that information be used, or the right to use information be exercised, in a "reasonable" manner. There is an overriding provision in s. 5(5) that: "In meeting its responsibilities under this Act, an organization must act in a reasonable manner." Section 11(1) confirms that: "An organization may collect personal information only for purposes that are reasonable." Sections 16 and 19 apply the same test to the use and disclosure of information.

[38] The statute provides a definition of "reasonable":

> 2 Where in this Act anything or any matter
>
> (a) is described, characterized or referred to as reasonable or unreasonable, or
>
> (b) is required or directed to be carried out or otherwise dealt with reasonably or in a reasonable manner,

2011 ABCA 94 (CanLII)

> the standard to be applied under this Act in determining whether the thing or matter is reasonable or unreasonable, or has been carried out or otherwise dealt with reasonably or in a reasonable manner, is what a reasonable person would consider appropriate in the circumstances.

This section essentially embraces the common law concept of the "reasonable person", and provides that the conduct of organizations using personal information must be scrutinized accordingly. The hypothetical reasonable person would recognize both of the values set out in s. 3: the rights of individuals to a reasonable level of privacy, and the needs of organizations to make reasonable use of information in the conduct of their activities.

[39] The approach of the adjudicator and the position of the respondent are in several respects not in accord with these provisions of the statute, and are in that respect unreasonable. Some examples include:

- "An important element of the balancing to be conducted under s. 11 is the recognition that an individual's right to privacy is paramount to an organization's need to collect information." (Respondent's factum, para. 93). This is not an interpretation of s. 3 and 11 that is reasonably open; it is not reasonably possible to interpret s. 3 as saying one of the values in s. 3 is paramount over the other.

- "By and large, the federal and provincial Privacy Commissioners have agreed with those Canadians who think that recording driver's licence numbers is excessive. The Commissioners understand the organizations' reasons, but they tend to think that they go too far by recording the numbers." "The same goal of due diligence may be accomplished in other less privacy-invasive ways." "Rule of thumb: Retailers should collect the least amount of personal information possible to satisfy legitimate business activity." (*Collection of Driver's Licence Numbers under Private Sector Privacy Legislation: a Guide for Retailers*, policy statement of the Privacy Commissioner of Alberta and others). The statute does not require the organization to prove it has adopted a "minimalist" approach to the collection of data, only that it has acted reasonably. These statements are not a reasonable interpretation of the *Act*.

- ". . . ensuring that the person picking up the item is either the customer that purchased the item or someone authorized by the customer to pick it up is the best way to prevent fraud in these instances." (Adjudicator's reasons, para. 24). The statute does not require the organization to prove that it has adopted what the respondent finds to be the "best" way, only that the way it has chosen is reasonable.

2011 ABCA 94 (CanLII)

- "[Recording driver's licence numbers] goes beyond what is necessary for the purpose of preventing fraudulent pick ups, or confirming the identity of the person picking up merchandise." ". . . organizations should ensure that they are not collecting identity information unless it is necessary for the transaction." (Adjudicator's reasons, paras. 27, 32). The appellant does not always have to prove necessity, only reasonableness.

2011 ABCA 94 (CanLII)

While the reviewing court should extend deference to the respondent's interpretation of the statute, the respondent cannot adopt interpretations of the statute that it cannot reasonably bear. An interpretation that is not harmonious with the context and the overall scheme of the statute is unlikely to be one reasonably available on the facts and the law: ***IMS Health Canada, Ltd. v. Alberta (Information and Privacy Commissioner)***, 2008 ABQB 213, 93 Alta. L.R. (4th) 12, 442 A.R. 268 at paras. 101-2. It is not open to the respondent to change "reasonableness" to either "necessity", "minimal intrusion", or "best practices". These are not interpretations that are available given the plain wording of the statute.

[40] Many Albertans rely on their driver's licences on a daily basis to prove who they are for various legitimate reasons, such as making purchases on credit or boarding airplanes. Driver's licences are not just proof that the holder is authorized to drive; the average Albertan uses his or her driver's licence far more frequently to prove identity than to prove the right to drive. The Federal, Alberta, and British Columbia Privacy Commissioners have jointly produced a document entitled *Collection of Driver's Licence Numbers Under Private Sector Privacy Legislation – A Guide for Retailers*, which states in part:

> A driver's licence is not a universal identity card. Rather, it is a means to enforce traffic laws and offer proof that someone is authorized to operate a motor vehicle. The driver's licence number is sensitive and valuable to those intent on committing identity crimes. For this reason, these numbers are often the subject of security attacks and misuse.

This reasoning is internally inconsistent. If a driver's licence is "not a universal identity card", then why is it of any interest to "those intent on committing identity crimes"? As the Commissioners note in their *Guide for Retailers*, the driver's licence is a government issued, reliable, and generally acceptable method of proving identity. That is the source both of its value and its potential for abuse.

[41] In determining what use of driver's licence numbers would be found to be "appropriate in the circumstances" by "reasonable persons", one must therefore have regard to the important place that driver's licences play as a universal form of identification:

> Driver's licences . . . have become a near universal form of identification. The integrity and reliability of the driver's licence system benefits all Albertans who require, on a routine basis, proof of their identity. ***Hutterian Brethren of Wilson Colony v. Alberta***, 2007 ABCA 160, 417 A.R. 68, 77 Alta. L.R. (4th) 281 at para. 127, quoted with approval on appeal *sub nom.* ***Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony***, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567 at paras. 41, 140.

The driver's licence is such an important form of identification that the government has established a parallel system of identification cards for persons who, for whatever reason, do not qualify for a driver's licence: *Identification Card Regulation*, Alta. Reg. 221/2003, pursuant to the *Government Organization Act*, R.S.A. 2000, c. G-10; ***Hutterian Brethren v. Alberta***, 2007 ABCA 160 at para. 64. While protecting Albertans from invasions of privacy, intrusive marketing practices, and identity theft are laudable objectives, it is unreasonable to place restrictions on the use of driver's licences that seriously undermine their usefulness as forms of identification. Section 3 of the *Act* specifically recognizes that individuals and organizations all have legitimate reasons to use personal information in this way.

Consent

[42] Along with "reasonableness", "consent" is a principle that permeates the *Act*. Section 7(1) provides that "except where this Act otherwise provides", information about an individual must not be collected without the individual's consent. Sections 12 and 14 contain some specific exceptions to this principle, and expressly allow some collection of information "without consent". Both parties to this appeal agreed that s. 11, which requires that the collection of personal information be reasonable, is a condition in addition to the general requirement of consent, and is not an exception to the need for consent.

[43] "Consent" under the *Act* is a nuanced concept. Consent may obviously be overtly and willingly given. However, s. 8(2) provides for situations where an individual is "deemed to consent". This section may, to summarize, be described as recognizing acquiescence in the collection of personal information. Section 8(3) permits the collection of information without consent where notice is given of the intention to collect information, and no timely objection is made. Section 14(a) allows the collection of information without consent where it seems reasonable to think that collecting the information is in the best interests of the individual. (The rest of s. 14 lists a number of instances where for policy reasons consent is not required.)

[44] Of importance to this appeal is s. 7(2) of the *Act* which reads:

> (2) An organization shall not, as a condition of supplying a product or service, require an individual to consent to the collection, use or disclosure of personal

2011 ABCA 94 (CanLII)

> information about an individual beyond what is necessary to provide the product or service.

This provision imposes a prohibition on unnecessary contractual terms requiring the disclosure of personal information, but it does provide for what might be called "reluctant consent". The individual does not really want to provide the personal information, but does want to take advantage of the products or services that are available if the information is provided. The *Act* allows an organization to refuse to contract except on the basis that personal information will be provided, so long as that condition of the contract is reasonably necessary (see *infra*, para. 54).

[45] In this case it is clear that the complainant did not willingly consent to providing her personal information. She emphatically objected. The appellant argued that even though she objected, in the end she did provide the requested personal information in order to get possession of the table, and therefore she did actually consent. That form of "reluctant consent" must be justified under s. 7(2) of the *Act* if it is to be recognized. Other customers who without objection provided the same sort of information in similar circumstances may well have acquiesced within the meaning of s. 8(2). The order of the adjudicator that all the information collected from every customer be destroyed was therefore overbroad, as the appellant was entitled to record information provided through acquiescence, so long as it was reasonably necessary for the appellant's business. But the particular complainant in this case did not fall into the acquiescence category.

What Is "Personal Information"?

[46] The adjudicator rejected the appellant's argument that driver's licence numbers and vehicle licence numbers do not fall within the definition of "personal information" in the statute:

> 1(1) In this Act,
>
> . . .
>
> (k) "personal information" means information about an identifiable individual.

The appellant argues that neither a driver's licence number, nor a licence plate number, fall within this definition.

[47] The "identifiable individual" term has two components. Firstly, the individual must be "identifiable". Generic and statistical information is thereby excluded, and the personal information (here the relevant number) must have some precise connection to one individual. Secondly, the information must relate to an individual. Information that relates to objects or property is, on the face

2011 ABCA 94 (CanLII)

of the definition, not included. The key to the definition is the word "identifiable". The *Act* is designed to regulate and protect information that is uniquely connected to one person. An important (although not the only) purpose of the *Act* is to control the use of information that would enable "identity theft", that is, information that is used to distinguish one individual from another in financial and commercial transactions. This can be seen by reviewing the type of information that is dealt within the more specific provisions and exceptions in the *Act*. The definition is not primarily aimed at information about that individual's opinions, choices and status in life.

[48] Further, to be "personal" in any reasonable sense the information must be directly related to the individual; the definition does not cover indirect or collateral information. Information that relates to an object or property does not become information "about" an individual, just because some individual may own or use that property. Since virtually every object or property is connected in some way with an individual, that approach would make all identifiers "personal" identifiers. In the context of the statute, and given the purposes of the statute set out in s. 3, it is not reasonable to expand the meaning of "about an individual" to include references to objects that might indirectly be affiliated or associated with individuals. Some identification numbers on objects may effectively identify individuals. Many, however, are not "about the individual" who owns or uses the object, they are "about the object".

[49] The adjudicator's conclusion that the driver's licence number is "personal information" is reasonable, because it (like a social insurance number or a passport number) is uniquely related to an individual. With access to the proper database, the unique driver's licence number can be used to identify a particular person: ***Gordon v. Canada (Minister of Health)***, 2008 FC 258, 324 F.T.R. 94, 79 Admin. L.R. (4th) 258 at paras. 32-4. But a vehicle licence is a different thing. It is linked to a vehicle, not a person. The fact that the vehicle is owned by somebody does not make the licence plate number information about that individual. It is "about" the vehicle. The same reasoning would apply to vehicle information (serial or VIN) numbers of vehicles. Likewise a street address identifies a property, not a person, even though someone may well live in the property. The licence plate number may well be connected to a database that contains other personal information, but that is not determinative. The appellant had no access to that database, and did not insist that the customer provide access to it.

[50] It is also contrary to common sense to hold that a vehicle licence number is in any respect private. All vehicles operated on highways in Alberta must be registered, and must display their licence plates in a visible location: *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, c. T-6, ss. 52(1)(a) and 53(1)(a). The requirement that a licence plate be displayed is obviously so that anyone who is interested in the operation of that vehicle can record the licence plate. The fact that the licence plate number might be connected back to personal information about the registered owner is obvious, but the *Traffic Safety Act* nevertheless requires display of the licence plate. Control of that information is provided by controlling access to the database. It makes no sense to effectively order, as did the

2011 ABCA 94 (CanLII)

adjudicator, that everyone in the world can write down the customer's licence plate number, except the appellant.

[51] In summary, the adjudicator's conclusion that a driver's licence number is "personal information" is reasonable. The conclusion that a licence plate number is also "personal information" is not reasonable, and the adjudicator's ruling must be set aside insofar as it dealt with licence plate numbers.

2011 ABCA 94 (CanLII)

Providing Goods on Condition

[52] As previously noted, the complainant did not willingly provide her personal information. She was faced with a dilemma: she either had to give her personal information, or she had to leave without her daughter's table. By virtue of the policies it had in place, the appellant essentially was not prepared to contract except on the basis that if a third party picked up the furniture, certain personal information would be required. This engaged section 7(2) of the *Act*:

> 7(1) Except where this Act provides otherwise, an organization shall not, with respect to personal information about an individual,
>
> (a) collect that information unless the individual consents to the collection of that information,
>
> (b) collect that information from a source other than the individual unless the individual consents to the collection of that information from the other source,
>
> (c) use that information unless the individual consents to the use of that information, or
>
> (d) disclose that information unless the individual consents to the disclosure of that information.
>
> (2) An organization shall not, as a condition of supplying a product or service, require an individual to consent to the collection, use or disclosure of personal information about an individual beyond what is necessary to provide the product or service.

The adjudicator concluded that the appellant was in breach of s. 7(2).

2011 ABCA 94 (CanLII)

[53] Section 7(2) is primarily ancillary to s. 7(1). The provisions of s. 7(2) are designed to prevent a business from routinely gathering personal information without true consent, in ways that are not otherwise reasonable under s. 11. It is designed to prevent, for example, the use of standard form contracts containing consent clauses, under the pretext that the customer is thereby "consenting" to the provision of personal information that is not reasonably necessary for the transaction.

[54] The respondent does not argue that the word "necessary" in s. 7(2) means "indispensable". He relies on previous decisions in which it was stated:

> If an organization can demonstrate that collection of personal information is necessary to enable it to meet a reasonable purpose relating to a transaction, such as to protect itself against fraud, then the collection may be a necessary condition for the purposes of s. 7(2). [Order P2007-016]

This is a reasonable interpretation. If there is a risk of fraud, it is necessary to have policies in place to prevent fraud, and to assist in the detection of those responsible when fraud occurs. So long as those necessary policies are "reasonable" they are unobjectionable. While the adjudicator adopted this definition, she did not accept that the recording of driver's licence numbers was reasonably necessary to prevent fraud.

[55] This leads to an examination of the reasonableness of the appellant's policy of collecting driver's licence numbers. More precisely, the issue is whether it was unreasonable (in the ***Dunsmuir*** sense) for the adjudicator to find that it was unreasonable (in the objective sense) for the appellant to collect these numbers as a condition of its business dealings.

[56] The adjudicator found first that the appellant was in breach of s. 11 of the *Act*:

> 11(1) An organization may collect personal information only for purposes that are reasonable.
>
> (2) Where an organization collects personal information, it may do so only to the extent that is reasonable for meeting the purposes for which the information is collected.

She decided at paras. 22, 40:

> (a) preventing fraud and theft is a reasonable purpose for collecting personal information;
>
> (b) recording the name and address of the person picking up the furniture is reasonable;

(c) reviewing and checking a form of identification, such as a driver's licence, is reasonable;

(d) but writing down the number on the driver's licence is unreasonable.

The result is that the adjudicator concluded that the appellant's purpose was in compliance with s. 11(1), but its means of achieving the purpose was in breach of s. 11(2) insofar as it recorded the driver's licence numbers.

[57] As previously noted (*supra*, paras. 34-35 and 39), the reasonableness of the adjudicator's decision is undermined by her failure to recognize that the appellant needed to show only that its policies were "reasonable", not that they were the "best" or "least intrusive" approaches. Sections 3 and 11 do not create any test of "paramountcy"; the test is whether the use being made of the information is "reasonably necessary". That standard does not require the organization to defer in all instances to the interests of individual privacy. The respondent is not empowered to direct an organization to change the way it does business, just because the respondent thinks he has identified a better way. So long as the business is being conducted reasonably, it does not matter that there might also be other reasonable ways of conducting the business.

[58] The adjudicator reasoned at paras. 25-6 that ". . . in extremely limited factual circumstances it could be useful to record personal information of the individual picking up merchandise for the purpose of preventing fraud". She then proceeded to outline how difficult it would be for a thief to impersonate somebody and obtain merchandise by fraudulent means. She concluded that "the connection between these unlikely circumstances and the prevention of fraud is tenuous to the point of not being reasonably connected". At para. 37 she concluded that collecting licence plate numbers was pointless, because the fraudster might have been driving a borrowed car. Assuming that fraud is rare or nonexistent is contrary to common experience and common sense, and therefore unreasonable. As unlikely as it may theoretically be, the appellant has actually been the victim of such fraud. In any event, a retailer does not have to prove that fraud is commonplace, or probable, to justify having security measures in place. As long as fraud is a meaningful risk in the business, and the policies adopted have a meaningful effect on preventing or detecting fraud, those policies would be considered "appropriate in the circumstances" by reasonable people. A reasonable person would not expect a retailer to view the world through rose coloured glasses, and assume that everybody conducts themselves honestly.

[59] A good deal of argument was directed to whether the adjudicator misstated the purpose of the appellant's policy. The appellant correctly notes that the adjudicator focussed narrowly on the driver's licence policy as being directed at "preventing" fraud, whereas its primary purpose would be to protect the appellant and apprehend those responsible. The adjudicator never considered whether the appellant's policy was reasonably connected to the latter purposes. There is, however,

2011 ABCA 94 (CanLII)

2011 ABCA 94 (CanLII)

no meaningful distinction to be made between a policy that prevents fraud and one that aids in catching those responsible. Recording the driver's licence numbers will have a general deterrent effect. If people know that there are controls in place, fewer will try to steal furniture. If there are no controls in place, the opportunistic will seek to take advantage of that opportunity. Just because the connection between the policy of recording numbers and deterring fraud is subtle and unmeasurable does not mean that it is nonexistent, tenuous or unreasonable.

[60] Deterrence is a recognized objective of many statutory regimes, and the fact that the adjudicator stated "it is unclear to me" how recording the information could prevent fraud does not make the appellant's policy unreasonable. The real point of recording the information is to be able to locate the perpetrator if anything goes wrong. This allows the police to apprehend whoever is responsible, but it also allows the appellant to protect itself from claims by its customer. If the customer is complicit in the fraud, it allows the appellant to demonstrate that authorized persons did in fact pick up the furniture. Recovering the balance owing for goods sold on credit would require the appellant to prove delivery to an authorized person. Merchandise cannot be delivered to the right person if it has already been delivered to the wrong person, making the prevention of delivery to the wrong person strictly and literally "necessary" to supply the product or service to the right person. The policy protects customers whose identity information has been lost or compromised. The reasonable person would regard the appellant's practices as being reasonably necessary in the circumstances.

[61] It was not unreasonable for the appellant to conclude that the adjudicator's solution of just writing down the name and address on the driver's licence was inadequate, because common names are indistinguishable, and the address may be out of date. A good illustration of the reasonableness of also recording the number is found in the *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Regulations*, SOR/2002-184, s. 67(a). It is statutory recognition that there is incremental value in recording an identification number along with the name by requiring a financial institution to record, in addition to the name of the person, ". . . if a birth certificate, driver's licence, provincial health insurance card . . . , passport or any other similar record is relied on to ascertain the person's identity, the type and reference number of the record and the place where it was issued". Requiring the production of the driver's licence is a reasonable way of preventing a fraudster from just (falsely) giving the name of the customer; it provides one further level of security. Going another step, and writing down the driver's licence number involves no meaningful further intrusion on the customer's privacy, nor increase in risk of the misuse of the customer's personal information. Also recording the vehicle licence plate number creates another obstacle for the fraudster, as it provides a second avenue of inquiry. Assuming the information is properly stored (and, again, the appellant's practices in this regard were not in issue), the added risk is small, as the name and address themselves can be used for illegitimate purposes.

2011 ABCA 94 (CanLII)

[62] The conclusion that it was reasonable to check identification, but not to record the number would not be considered appropriate by reasonable people. Any large organization needs to keep records for information to be of any use. The personnel on the loading dock undoubtedly perform many identification checks every month, and it is unrealistic to think that they can remember one customer from the other. If someone ever did fraudulently pick up furniture, how could the personnel ever remember who it was, what the circumstances were, and what type of identification was provided if no record is kept? Without a record of the number, how could the personnel provide any useful information to the police who are investigating? Even if the fraudster was driving a borrowed car, having the licence plate number would be valuable information for the police in tracing the culprit. How that information is stored, and the length of time it is held are different matters, but merely recording the identification information is a reasonable and, indeed, sensible practice. Section 17(d) authorizes the use of personal information for just this purpose: "the use of the information is reasonable for the purposes of an investigation or a legal proceeding". If the appellant is allowed to use it, implicitly it must be able to collect it. The adjudicator's finding to the contrary is not one reasonably open on the facts and the law.

[63] The adjudicator observed at paras. 32, 34 that driver's licence numbers are sensitive and valuable data that can be misused if they fall into the wrong hands. The appellant was not, however, charged or investigated with respect to the security of its storage of those numbers, nor with respect to its policies respecting retention or use of the numbers. Those are discrete issues that are not dealt with in this appeal. The only issue presently before the Court concerns the right of the appellant to record the numbers.

[64] The respondent argues that the recording of driver's licence numbers should be strictly controlled, because they can be used to locate other sensitive information about the driver. But that is true of any form of identification. The whole point of identification is that it can be used to identify. Similar arguments can be made about the name of any person: one's name can obviously be used to trace other personal information about the person, yet no one would suggest that we stop using our names. The *Act* recognizes that the reasonable use of personal information is legitimate, and does not mandate "strict control" of such information.

[65] In summary, the adjudicator's conclusion that the respondent's policy on the delivery of goods to third parties was unreasonable is itself unreasonable. It is not one of the solutions that are available on the facts and the law. The adjudicator's approach was influenced by the view that privacy rights prevail in all circumstances over the legitimate need to use information. It was also unreasonable for the adjudicator to conclude that the appellant's policy was unreasonable, because the adjudicator thought that there were other reasonable ways that the business could be operated.

Failing to Communicate its Policy

[66] The adjudicator also found the appellant to be in breach of s. 13 of the *Act*:

> 13(1) Before or at the time of collecting personal information about an individual from the individual, an organization must notify that individual in writing or orally
>
> (a) as to the purposes for which the information is collected, and
>
> (b) of the name or position name or title of a person who is able to answer on behalf of the organization the individual's questions about the collection.

The staff on the loading dock were only able to tell the customer's mother that the information was being collected because it was "store policy". The adjudicator found this to be inadequate. Since the adjudicator granted no remedy with respect to this breach, the issue is moot and no further discussion is warranted.

Conclusion

[67] In conclusion, having regard to both her reasons and to the eventual outcome, the decision of the adjudicator is unreasonable. Even extending appropriate deference to the adjudicator in her interpretation of the statute, and its application to the facts, the decision does not fall within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law. The statute calls for a balancing of interests, and the adjudicator did no balancing. The premise underlying much of the reasoning (that privacy rights must always prevail over the reasonable use of information) is not one that is available on a reasonable interpretation of the statute. The adjudicator also failed to realize that the presence of other reasonable methods of conducting the appellant's business does not mean that the appellant's chosen method is unreasonable. The appeal from the order of the chambers judge is allowed, and the decision is quashed.

Appeal heard on September 16, 2010

Reasons filed at Calgary, Alberta
this 28th day of March, 2011

Slatter J.A.

I concur:

2011 ABCA 94 (CanLII)

Authorized to sign for: Berger J.A.

2011 ABCA 94 (CanLII)

2011 ABCA 94 (CanLII)

Dissenting Reasons for Judgment Reserved of
The Honourable Madam Justice Conrad

I. Introduction

[68] This appeal is about personal privacy and the extent to which the *Personal Information Protection Act*, SA 2003, c P-6.5 (*PIPA*) limits a retailer's right to retain information about an individual. In particular, this case deals with the meaning of "personal information", under section 1(k) of *PIPA*, and the statutory limitations imposed on the collection and retention of an individual's driver's licence number and the motor vehicle licence number of the vehicle used to pick up furniture.

II. Issues

[69] Leon's Furniture Limited (Leon's) appeals the dismissal of an application for judicial review of a decision of an adjudicator from the office of Alberta's Information and Privacy Commissioner (Commissioner). The appellant argued before the chambers judge, and reiterates here, that the adjudicator came to an unreasonable decision by:

(a) concluding that drivers' licence numbers and vehicle licence plate numbers are "personal information within the meaning of the Act";

(b) misapprehending or misstating the purpose of the Pick Up Sales Policy;

(c) failing to undertake a balancing of interests as mandated by *PIPA*; and

(d) unreasonably failing to address the mischief targeted by *PIPA*, namely, identity theft and intrusive marketing activity.

III. Decision

[70] The appeal is dismissed. The reviewing judge selected the proper standard of review – reasonableness. She considered Leon's arguments carefully and determined that the adjudicator's decision on each ground was reasonable in the sense that the decision fell within a reasonable range of outcomes. The reviewing judge did not err. The adjudicator's decision was reasonable and it is owed deference.

IV. Background

2011 ABCA 94 (CanLII)

[71] Leon's is a retail supplier of furniture, appliances and electronics. Goods purchased from Leon's are often picked up at a date subsequent to the date of purchase, and occasionally the pick up is performed by third parties. To protect itself and its customers from fraudulent pick ups, in such cases Leon's has adopted a written policy requiring persons picking up goods to present an acceptable form of identification, one of which could be a driver's licence. The name of the person picking up the furniture is recorded on the sales slip.

[72] Supplemental to this written policy, however, Leon's has adopted the practice of recording the driver's licence number of the person picking up the goods, as well as the vehicle licence number of the automobile being used for the pick up. Thus, when the pick up person appears, his or her identity is confirmed as being the person authorized to pick up the goods. The person's driver's licence number is then recorded on an internal document called a "pick ticket" which is retained and filed separate from the sales slip. Although the pick ticket was not entered in evidence in the proceeding before the adjudicator, the adjudicator accepted Leon's statement that the recipient's name is not normally recorded on the pick ticket. The adjudicator also found that for the pick ticket to be meaningful there had to have been a means of relating it to the sales receipt. She drew the inference, therefore, that the invoice number (or some other reference) would be recorded on the pick ticket enabling it to be linked back to the sales order containing the recipient's name.

[73] The present appeal arises from a complaint filed by Sharon Curtis – the complainant. On December 26, 2006, the complainant's daughter ordered a table from Leon's and paid a deposit. She indicated that her mother, the complainant, would be picking up the table when it arrived. The complainant's name was recorded on the sales slip. The sales slip also noted that identification would be required on pick up.

[74] On January 30, 2007, the complainant attended at Leon's to pick up the table. She paid the balance owing on the furniture with a credit card. The sales clerk requested further identification and the complainant offered various cards but the clerk insisted on a driver's licence. The complainant then produced her driver's licence and the clerk recorded the driver's licence number from it on the pick ticket. The complainant did not want her number recorded. When she asked why this was being done, the sales clerk replied that store policy required her to do this.

[75] The complainant was then escorted to the pick up area where the sales slip was handed to another staff member. That staff member asked the complainant to sign an acknowledgment that she had received the furniture and directed that she write her licence plate number on the acknowledgment. Again the complainant objected, but under the impression this was the only way to obtain the furniture, she complied. According to Leon's, this information was recorded on another pick ticket and stored.

2011 ABCA 94 (CanLII)

[76] On February 6, 2007, the complainant wrote to the Commissioner's office complaining about the recording and retention of her driver's licence number, and vehicle licence number. Among other things, she stated:

> I am uncomfortable that they have so much of my personal information recorded and would like to know if they have a right to gather & keep that information and what they might be using it for, ie: passing it on for any purposes, selling my information, etc. I am also concerned about the level [of] security in their information system, given the recent breach of security in the Winner's and Home Sense situation.

[77] The Commissioner's office issued a Notice of Inquiry on April 22, 2008, asking the parties to address whether the information collected was "personal information" under *PIPA* and, if so, whether by collecting the complainant's personal information, in the way that it did, Leon's had breached sections 11, 7(2) and 13. Submissions from both parties were subsequently filed and exchanged.

V. The Adjudicator's Decision

[78] An adjudicator from the Commissioner's office dealt with the complaint. The adjudicator found, as a threshold issue, that the complainant's driver's licence number, and her vehicle licence plate number constituted "personal information" under *PIPA*. The adjudicator then proceeded to determine whether the specific provisions of *PIPA* had been breached.

[79] She first considered whether Leon's had complied with the general limitation on collecting personal information set out in section 11 of *PIPA*. Leon's had argued that the purpose of collecting driver's licence information, and vehicle licence numbers, was to assist the customer, the police and the company in the event of fraud, as well as to prevent fraud. The adjudicator concluded that while preventing fraud might be a reasonable purpose under section 11(1), Leon's current policy breached section 11(2) because it went beyond what was reasonable for meeting the purposes for which the information was collected, and was not reasonably connected to the purposes of the collection. While acknowledging that retaining the name and address of an individual picking up the furniture would be reasonable, retaining her driver's licence number and vehicle plate number went beyond what was reasonable for meeting the accepted purpose.

[80] In relation to this breach, she determined that Leon's did not even follow its own policy. The written policy provided for many acceptable types of identification such as "Drivers Licence, Health Card with photo, Passport, Native Status Card, Canadian Citizenship Card, Senior Citizens Card,

Military identification with photo, Fire Arms Registration Card and Valid Major Credit Card (Visa, Master Card or American Express)". Licence plates were not listed.

2011 ABCA 94 (CanLII)

[81] The adjudicator then turned to the issue of whether either the driver's licence or the licence plate numbers had been obtained without the complainant's consent. First, she reviewed section 7(2) of *PIPA* and found Leon's had breached the section by making consent to the collection of personal information a condition of the pick up when this was not necessary to provide the product or service. Then she turned to section 13 of *PIPA* and concluded that Leon's had breached that section by failing to explain the purpose of the collection policy adequately to the complainant, and by failing to properly identify a person in the organization who could answer the complainant's questions about the collection.

[82] Having found these breaches of *PIPA*, and pursuant to her authority under section 52 of *PIPA,* the adjudicator ordered Leon's to cease collecting this information and to destroy all such information in its possession. Leon's response was to bring an application for judicial review.

VI. The Decision of the Reviewing Judge

[83] The issues argued in the judicial review application were the same as the grounds of appeal set out above. The parties agreed that the standard of review on all issues was reasonableness. After considering the appellant's arguments, the reviewing judge concluded that the adjudicator had fully understood Leon's arguments, that she had been alive to the issues, and that her conclusions on each issue fell within a range of reasonable outcomes. As a result, the standard of review precluded interference and the reviewing judge dismissed the application for judicial review.

VII. Standard of Review

[84] The parties agree that the reviewing judge's decision must be correct, both with respect to the choice of the standard of review and its application. Similarly, they agree that the standard the reviewing judge was bound to apply to the adjudicator's decision was one of reasonableness. This standard was described by the Supreme Court in *Dunsmuir v New Brunswick*, 2008 SCC 9 at para 47, [2008] 1 SCR 190 in the following way:

> A court conducting a review for reasonableness inquires into the qualities that make a decision reasonable, referring both to the process of articulating the reasons and to outcomes. In judicial review, reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process. But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law.

[85] I agree with the way the parties have formulated the standard of review. There being no issue as to whether the reviewing judge chose the correct standard of review, the sole issue is whether the reviewing judge erred when she concluded that the adjudicator's decision with respect to each of the four grounds of review was reasonable.

2011 ABCA 94 (CanLII)

VIII. Standing

[86] I agree with my colleague's conclusion that in the particular circumstances of this case, where the complainant's side is otherwise unrepresented, the Commissioner has standing on appeal.

IX. Analysis

A. The statutory scheme

[87] Before setting out the statutory scheme in detail it is necessary to make a few comments about the purpose behind the statute.[1] Advances in technology have made it possible for organizations to accumulate a great deal of information about an individual. In this case, for example, in the course of the transaction, Leon's had access to the complainant's name, her address, her credit card information, her driver's licence number, her vehicle licence number, as well as her daughter's name, address, and credit information. But data like this, when aggregated, can easily be misused or misappropriated. At the very least, it may result in unwanted marketing and solicitation, particularly when the personal information is shared with other organizations. In the worst case, it may lead to significant crimes such as identity theft.

[88] A good example of the dangers inherent in the collection of personal information by organizations is found in the facts behind the *Report of an Investigation into the Security, Collection and Retention of Personal Information, September 24, 2007, TJX Companies Inc/Winners Merchant International LP*, P2007-IR-006 (*Winners*), a joint report of the Privacy Commissioners of Canada and Alberta which was discussed and applied by the adjudicator in the present case. Winners – a well-known retailer – was in the habit of collecting and storing a great deal of client personal information in the course of its business. Starting in 2005, and continuing at intervals into 2007, Winners' computer system was compromised by intruders who gained access to much of this information and appropriated it for illegal purposes.

[89] Personal privacy is an important social value that is being significantly eroded in this way. It is easy to comprehend the wrong when an organization sells or trades an individual's personal information. But it is important to recognize that the starting point for the potential misuse of such data begins with its collection. Prior to the enactment of *PIPA* in 2003, there was no restriction on

---

[1] Statutory references are to *PIPA*, as it existed, in 2008.

an organization's ability to collect, use and distribute personal information. The Legislature, however, recognizing the dangers associated with these activities, enacted *PIPA* to balance an individual's right to keep personal information private against an organization's legitimate need for such information. Thus, section 3 describes the overall purpose of the statute in the following way:

> 3. The purpose of this Act is to govern the collection, use and disclosure of personal information by organizations in a manner that recognizes both the right of an individual to have his or her personal information protected and the need of organizations to collect, use or disclose personal information for purposes that are reasonable.

[90] The definition of "personal information" is found in section 1(k):

> "personal information" means information about an identifiable individual;

[91] To balance the right of an individual to keep his personal information private, against the needs of the organization, the statute sets out a scheme by proscribing, absolutely, the collection, use and disclosure of personal information – unless certain conditions are met or certain exemptions apply. The first condition is consent. Section 7(1) sets out this general requirement:

> 7(1) Except where this Act provides otherwise, an organization shall not, with respect to personal information about an individual,
>
> (a) collect that information unless the individual consents to the collection of that information,
>
> (b) collect that information from a source other than the individual unless the individual consents to the collection of that information from the other source,
>
> (c) use that information unless the individual consents to the use of that information, or
>
> (d) disclose that information unless the individual consents to the disclosure of that information.

[92] If consent is demanded as a condition of supplying a service or product, section 7(2) makes clear that consent can only be extracted in this fashion to the point that it is "necessary" to provide the product or service. The section reads:

2011 ABCA 94 (CanLII)

> (2) An organization shall not, as a condition of supplying a product or service, require an individual to consent to the collection, use or disclosure of personal information about an individual beyond what is necessary to provide the product or service.

[93] There are exceptions to the general requirement of consent set out elsewhere in *PIPA*. As this appeal deals with the "collection" of personal information it is necessary to refer to sections 14 and 15 of the statute. Section 14 describes the general situations where personal information can be collected without consent. The opening words make clear that these are the only exceptions. The words read:

> 14 An organization may collect personal information about an individual without the consent of that individual **but only if one or more of the following are applicable**... [emphasis added]

[94] Section 15 deals specifically with the collection of personal information in the employment setting and indicates that slightly different rules apply in that context. Its opening words – "Notwithstanding anything in this Act other than subsection (2)..." – indicate it is intended as a single exception to the exclusivity of section 14.

[95] Section 8 of the legislation indicates that consent can be in writing or oral, and consent may be deemed to have been given where the information is submitted voluntarily and it is reasonable for the person to have given the information voluntarily. Sections 8(1) and 8(2) read:

> 8(1) An individual may give his or her consent in writing or orally to the collection, use or disclosure of personal information about the individual.
>
> (2) An individual is deemed to consent to the collection, use or disclosure of personal information about the individual by an organization for a particular purpose if
>
> (a) the individual, without actually giving a consent referred to in subsection (1), voluntarily provides the information to the organization for that purpose, **and**
>
> (b) it is reasonable that a person would voluntarily provide that information. [emphasis added]

[96] A further form of deemed consent is found in section 8(3) which allows an organization to collect, use and disclose personal information where it has given an individual notice of its intention

2011 ABCA 94 (CanLII)

to collect information, and given the individual a reasonable opportunity to decline, and there has been no response.

2011 ABCA 94 (CanLII)

[97] Section 11 places yet another limitation on the collection, use and disclosure of personal information even where consent has been properly obtained or deemed, or where it is not necessary to obtain consent. Section 11 provides:

> 11(1) An organization may collect personal information **only** for purposes that are reasonable.
>
> (2) Where an organization collects personal information, it may do so **only** to the extent that is reasonable for meeting the purposes for which the information is collected. [emphasis added]

[98] Finally, section 13 is also relevant to the collection of personal information. It stipulates that before an organization can collect personal information, even with consent, for a reasonable purpose, and only to the extent that it is reasonable to meet that purpose, it must give notice. The section reads:

> 13 (1) Before or at the time of collecting personal information about an individual from the individual, an organization must notify that individual in writing or orally
>
> (a) as to the purposes for which the information is collected, and
>
> (b) of the name of a person who is able to answer on behalf of the organization the individual's questions about the collection.

(The requirements of section 13 do not apply to deemed consent under section 8(3): see section 13(4)).

[99] In summary, the Legislature has chosen to balance the individual's right to privacy against the needs of an organization by the following scheme:

1. Organizations are prohibited from collecting personal information without an individual's consent, unless the information falls within an exception specifically provided in sections 14 and 15.

2. Organizations cannot require consent to the collection of personal information as a condition of supplying a service or product unless the collection is **necessary to provide the product or service.** Necessity

becomes the only basis for making consent a condition of the provision of a service or product.

3. Consent can be oral or in writing and can be deemed where the conditions in section 8 are met.

4. Even where an individual consents or is deemed to have consented to the collection of personal information, or where consent is unnecessary under section 14, an organization can only collect information **for purposes that are reasonable, and then only to the extent that is reasonable for meeting that purpose**. Section 11 is not an exception to obtaining consent. Rather, as both parties acknowledged in supplemental argument, even when a person freely consents to the collection of information, organizations are prohibited from collecting it unless section 11 is satisfied. Were this not the case, there would be no incentive to obtain consent and organizations would simply rely on section 11. Sections 7 and 14 would, in large part, be unnecessary.

5. Consent, when obtained, must be informed. An organization must notify the individual whose personal information is being collected why collection is necessary and who, within the organization, has been delegated to answer questions about the collection.

[100] With these principles in mind, I turn to the issues raised on appeal.

B. Issue One – Was the adjudicator's determination that driver's licence numbers and licence plate numbers are "personal information" reasonable?

[101] Leon's submits that neither the complainant's driver's licence number, nor her vehicle licence plate number, amount to "personal information" as neither is "information about an identifiable individual" as described by section 1(k) of *PIPA*. In support of this argument, Leon's says that the legislative intent is to proscribe the collection of information about an individual that is personal – such as taste, personal style or personal intentions – and gives rise to a reasonable expectation of privacy. In Leon's view, neither a driver's licence number, nor a vehicle plate number, disclose this kind of information. Moreover, Leon's says that the information is not about an identifiable person because the complainant's name was not stored on the same document as either the driver's licence number or plate number. Therefore, her identity could not be ascertained without reference to access-restricted government databases. As a result, Leon's says that the adjudicator's findings are unreasonable.

2011 ABCA 94 (CanLII)

2011 ABCA 94 (CanLII)

[102] To assess the merit of Leon's submissions, it is necessary to examine the definition of "personal information" under *PIPA*. Unfortunately, there is little judicial authority interpreting the meaning of "information about an identifiable individual" in privacy legislation such as *PIPA* which regulates the relationship between individuals and private organizations. These words have been interpreted with respect to privacy legislation, however, which regulates the use and disclosure of personal information by public bodies. While the interests being balanced in such legislation are not identical to those being balanced in legislation dealing with private organizations, they are similar, with the result that the authorities interpreting such legislation are relevant and helpful.

[103] The words "information about an identifiable individual," for example, are found in section 3 of the federal *Privacy Act*, RSC 1985, c P-21 (*Privacy Act*) and were interpreted by the Supreme Court of Canada in *Dagg v Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 SCR 403, 148 DLR (4th) 385. In that case, the issue was whether sign-in logs used at the Ministry of Finance amounted to personal information and were thus protected from disclosure under freedom of information legislation. The log information was collected for a period of a month to determine week-end use for fire and emergency purposes.

[104] As the identity of employees was disclosed in the logs, there was no dispute that the information related to identifiable individuals. The sole question was whether the information found in the logs was information "about" those individuals. Speaking for the entire court on this point, LaForest J adopted a broad approach to the scope of personal information in privacy legislation. He found that the section was designed to capture any information about a particular person, subject only to specific exceptions found in the *Privacy Act*. He stated at paras 68-69:

> In its opening paragraph, the provision states that "personal information" means "information about an identifiable individual that is recorded in any form including, without restricting the generality of the foregoing". On a plain reading, this definition is **undeniably expansive**. ...
>
> As noted by Jerome A.C.J. in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General), supra*, at p. 557, the language of this section is "deliberately broad" and "entirely consistent with the great pains that have been taken to safeguard individual identity". **Its intent seems to be to capture any information about a specific person, subject only to specific exceptions;** see J. Alan Leadbeater, "How Much Privacy for Public Officials?", speech to Canadian Bar Association (Ontario), March 25, 1994, at p. 17. Such an interpretation accords with the plain language of the statute, its legislative history and the privileged, foundational position of privacy interests in our social and legal culture. [emphasis added]

2011 ABCA 94 (CanLII)

[105] His Lordship went on to conclude that because the information requested described the times during which employees of the Department of Finance attended the workplace on weekends it amounted to information about those employees and was, *prima facie*, personal information about them. This same broad definition was later applied by the court to the employment records of four police officers in *Canada (Information Commissioner) v Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, 2003 SCC 8, [2003] 1 SCR 66.

[106] The Ontario courts have also interpreted the phrase "information about an identifiable individual", as found in Ontario's *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, RSO 1990, c F31, and concluded that a broad interpretation is required. In *Ontario (Attorney General) v Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (2001), 154 OAC 97, 16 CPR (4th) 460 (ONSC Div Ct), (aff'd *Ontario (Attorney General) v Pascoe* (2002), 166 OAC 88, 22 CPR (4th) 447 (Ont CA)), the Ontario Superior Court of Justice (Divisional Court) considered whether doctors' billing information qualified as "information about an identifiable individual". The question in the case was not whether billing information was information "about" a doctor. Rather, the issue related to whether individual doctors could be identified from the information so that the information amounted, in each case, to information about an identifiable individual. In this context, the court held that any information which, when combined with other information, could identify a person, amounted to information about an identifiable individual under the statute. The court stated at paras 14-15:

> While the records in question do not name the physician, it is common ground that the records may themselves, or in combination with other information, identify the individual even if he or she is not specifically named. The test is accepted as follows:
>
> > "If there is a reasonable expectation that the individual can be identified from the information, then such information qualifies under subs. 2(1) as personal information." Order P-230, [1991] O.I.P.C. No. 21.
>
> The test then for whether a record can give personal information asks if there is a reasonable expectation that, when the information in it is combined with information from other sources otherwise available, the individual can be identified. A person is also identifiable from a record where he or she could be identified by those familiar with the particular circumstances or events contained in the record. See Order P-316, [1992] O.I.P.C. No. 74; and Order P-651, [1994] O.I.P.C. No. 104. [emphasis added]

2011 ABCA 94 (CanLII)

[107] Yamauchi J came to a similar conclusion in *University of Alberta v Alberta (Information and Privacy Commissioner)*, 2009 ABQB 112, 470 AR 72. In that case, a university professor objected to the publication of statistical employment information concerning teaching effectiveness, the number of published papers and merit increase recommendations regarding members of the faculty of Electrical and Computer Engineering. The professor argued that the information was displayed in such a way that anyone reviewing the published material could tell what parts of it referred to him. It followed, therefore, that the information, which concerned his effectiveness as a teacher and scholar, was "information about an identifiable individual" under Alberta's *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, RSA 2000, c F-25 which could not be disclosed without his consent. An adjudicator from the Privacy Commissioner's office agreed with him and the University sought judicial review.

[108] The reviewing judge found, given the nature of the information in dispute, that if the complainant could be identified from the information he was an identifiable individual under the definition of personal information. He stated at para 64 of his reasons:

> If one could glean personal information from the numerical information, however, that alone would be a disclosure of personal information. As stated in *Human Resources* at para. 21:
>
> > ... it is not necessary to specifically name employees for there to be recorded information about an identifiable individual. Facts and event, the context in which information is given, as well as the nature and content of the information may also be personal information if it is shown to be recorded information about an identifiable individual. The key here is whether there is an "identifiable" individual.

[109] The Federal Court of Appeal has also interpreted the phrase "information about an identifiable individual," as found in the federal *Privacy Act*. In *Canada (Information Commissioner) v Canada (Transportation Accident Investigation and Safety Board*), 2006 FCA 157, [2007] 1 FCR 203, the Canadian Transport Accident Investigation Commission and Safety Board refused to release information regarding four air occurrences that had been investigated because it would involve the release of personal information. The court accepted the logic of the Ontario courts with respect to the concept of an "identifiable individual", suggesting the words implied "someone whom it is reasonable to expect can be identified from the information in issue when combined with information from sources otherwise available" (para 43). It took a narrower view, however, of the words "information about" than that taken by LaForest J in *Dagg*. The Federal Court held that once an individual was identified, or found to be identifiable, there was still a requirement that the information being sought had to be sufficiently connected to the individual to provoke an expectation that the information would be kept private. In coming to this conclusion, the court relied,

in part, on *dicta* from LaForest J's decision in *Dagg* discussing the search and seizure cases under the *Charter of Rights and Freedoms*.

[110] While I agree with the Federal Court that the phrase "information about an identifiable individual" requires two discrete inquiries – is there information "about" an individual, and can that individual be identified – I do not accept that the concept of personal information is as narrow as suggested. The Supreme Court made clear in *Dagg* that the test to be applied is a broad one, and that personal information includes "any information about a specific person" provided that person can be identified. Thus, provided the information discloses something about an identifiable individual it amounts to personal information.

[111] Furthermore, I do not find the search and seizure cases useful in understanding the meaning of personal information as found in privacy legislation. The comments relied upon by the Federal Court of Appeal were clearly *dicta*. Having already determined that the phrase "information about an individual" meant any information about that individual, LaForest J simply went on to discuss the narrower test employed in the search and seizure cases under the *Charter of Rights and Freedoms*. He found that an application of the stricter test employed in the search and seizure cases would also have been satisfied on the facts of *Dagg*. But he noted, at para 70, that this was "not strictly necessary" to his analysis, as he had already defined personal information broadly. In my view, therefore, the Federal Court's reliance on comments relating to application of the search and seizure test failed to appreciate that Laforest J had already set a broader test for privacy legislation of this type.

[112] Moreover, while the concept of a "reasonable expectation of privacy" may be useful in describing the zone into which the police cannot intrude without reasonable and probable grounds, it does not assist in the interpretation of statutes such as *PIPA*, which are concerned with controlling the collection, use and distribution of an individual's personal information in the world of private commerce. *PIPA* does not purport to describe a protected zone of privacy into which the state cannot intrude. Nor does it seek to protect personal information of all kinds from all persons. Rather, the statute protects the collection, use and transmission of personal information about an individual where such collection, use or transmission is not reasonably necessary. It is legislation aimed at curbing abuses with respect to such information in the world of commerce. The distinction between these two strategies was noted by Colin H.H. McNairn and Alexander K. Scott in their text on *Privacy Law in Canada* (Markham: Butterworths, 2001) at 2-3:

> Lawmakers – legislators, judges, and administrative tribunals – have generally taken the broad privacy-protection approach in the tort and employment law areas. ... These statutes do not generally define precisely what territory privacy covers. ... In these areas, Canadian lawmakers have

2011 ABCA 94 (CanLII)

> chosen to protect privacy as such, but without the benefit of any precise working definition of the term.
> ...
> In other areas, Canadian lawmakers have focused on personal information protection. Instead of protecting privacy *per se*, they have opted to take on the seemingly more modest goal of controlling the collection, use, and disclosure of such information. The most striking example of this approach is found in the recently enacted *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*.

2011 ABCA 94 (CanLII)

[113] Alberta's *PIPA* is closely modelled after the federal *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, SC 2000, c 5 (*PIPEDA*). The strategy in both acts is to protect privacy by giving individuals more control over the collection of any and all information about them, and ensuring that such information is only collected, used, and disclosed by private organizations where reasonably necessary. It is aimed at limiting unnecessary data aggregation. This is a different approach than deciding first what information is intended to be kept private and then restricting the distribution of that information. *PIPA* is not concerned with whether the information was made in the expectation of privacy. Rather, *PIPA* is aimed at curbing the collection, use and disclosure of information about identifiable persons, in the hopes of preventing identity theft and curbing any misuse of information about the citizens of Alberta. Limiting misuse starts with limits on the collection of personal information. Although *PIPA* involves a balancing of interests, they are different interests than those involved in balancing the rights of citizens to be free from intrusions by the state.

[114] In my view, therefore, the following principles can be gleaned from the authorities regarding the interpretation of the words "information about an identifiable individual" found in section 1(k) of *PIPA*:

1. The words used are deliberately expansive and must be interpreted broadly: (*Dagg*; *(Information Commissioner) v Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*). The words "information about" describe **any information** "about" an identifiable individual and not just information an individual would "reasonably expect" to keep private.

2. The statute speaks of an "identifiable individual" not an "identified individual". Thus, the information must be about a person who is known or can be identified either from the information itself, or when that information is combined with other information: (*Pascoe*; *University of Alberta v Alberta (Information and Privacy Commissioner); Canada (Information*

Commissioner) v Canada (Transportation Accident Investigation and Safety Board))

2011 ABCA 94 (CanLII)

[115] I turn to the issue of whether it was reasonable for the adjudicator to conclude that the complainant's driver's licence number and vehicle licence number amounted to "personal information". To make this assessment, the adjudicator was obliged to determine whether either of these numbers revealed information "about" an individual, and whether that individual was identifiable. While she did not conduct two discrete enquiries, she found, nonetheless, that both criteria were met. She stated at paras 12-13:

> While it is true that every individual could not look at drivers' license numbers and know whose license it is, drivers' license numbers alone are still information about an identifiable individual. It is a unique number assigned to an individual. When searched using the appropriate database, it can easily be connected to a name, birth date, physical description and various other pieces of personal information. The same would be true of a license plate number, which, if searched, would reveal personal information about the person to whom the license plate number is registered.
>
> I was not provided with a copy of the pick tickets by the Organization as part of its submission. The Organization did advise that it collected this information which the organization believes is only usable by the police should a fraud investigation become necessary. Presumably, in order to make this information useful if necessary, there would have to be some way of searching it. Although the Complainant's name was not recorded on the pick tickets, presumably the invoice number for the sale was. This number could then lead the Organization back to the Sales Receipt and Sales Order which does have the Complainant's name on it. If the person picking up the merchandise was the customer, the pick ticket could link back to the sales order and receipt which contain the customer's name and address.

[116] Were these conclusions reasonable? Dealing first with the adjudicator's decision about the driver's licence number, the adjudicator found that the number amounted to information about an individual because it could lead to further information about the licence holder, such as his or her age, address and physical description, when searched in the appropriate database. I agree. Indeed, I would have gone further and found that a person's driver's licence number is, by itself, "information about" that person. In simple terms, just as a person has a certain eye and hair colour, a person has a driver's licence number. The significance of the number is demonstrated by the fact that driver's licence numbers are often sought by rogues and fraud artists wishing to steal a person's identity. It is exactly the type of information the statute seeks to prevent organizations from

collecting unnecessarily. A driver's licence number is private information about an individual because of what it represents and what it can be used for. The privacy of this information must be guarded sedulously.

[117] The adjudicator also found that the information concerned an identifiable individual. She did this in two ways. First, she assumed that a means must exist by which the organization could associate the name of the person picking up the purchased item with the driver's licence number. She reasoned, therefore, that as Leon's would want to track the licence number back to the sales slip, which contained the complainant's name, the pick tickets must have contained a reference to the invoice. As Leon's did not supply the pick ticket to the adjudicator, she was entitled to draw this inference. Second, the adjudicator found that even without cross-referencing the pick ticket to the sales receipt, the complainant's identity could be ascertained by searching the appropriate database. This, too, was a reasonable conclusion because as long as the complainant could have been identified through the information collected, "when combined with information from other sources," this was enough to satisfy the requirement that an individual be identifiable would be satisfied: *Pascoe*; *Canada (Information Commissioner) v Canada (Transportation Accident Investigation and Safety Board)*.

[118] In my view, the adjudicator's conclusion that the complainant's driver's licence number amounted to "personal information" was well within "the range of acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law." It was reasonable and there is no basis for interference.

[119] The same is true of the adjudicator's decision with respect to the complainant's vehicle licence number. The question of whether a motor vehicle licence number in this case is personal information is not as clear with a driver's licence number. While it is suggested that a licence plate number is information about an automobile rather than an individual, the licence plate number, as the adjudicator noted, when searched in the appropriate database, also produces information about the owner which in the vast majority of cases will be the person picking up the item. Furthermore, I am satisfied that even where the pick up person is not the owner, the type of car a person drives is information about that individual's choices and status in life. This is so whether that car is owned, rented, leased or borrowed. A licence plate number of a car driven by an individual is, therefore, information about that individual, despite also being information about the automobile to which it is attached, the province in which it is registered, and innumerable other things.

[120] Much was made at the appeal hearing about licence plate numbers and the fact that they are publicly displayed. It was argued that because anyone can copy down a licence plate number, these numbers cannot amount to personal information about an individual as there is no expectation of privacy concerning them. But, as discussed above, this legislation is not designed to protect an expectation of privacy. Nor is it designed to protect against the collection, use and disclosure of personal information by one's neighbour. It is aimed at organizations. *PIPA* is the Legislature's

2011 ABCA 94 (CanLII)

2011 ABCA 94 (CanLII)

acknowledgment that the use of modern technology in commerce has made vast quantities of personal information publicly available, and while it is impossible to regulate the flow of information about individuals completely, it is possible to control its collection, use and disclosure by organizations. Every datum centralized in one locale increases the ease of targeting an individual for mass marketing or identity theft.

[121] Therefore, the fact that a licence plate number is openly displayed, for ease of law enforcement, is not determinative when it comes to deciding whether it is personal information, or whether an organization is entitled to collect, use and distribute it. More importantly, perhaps, and as the adjudicator found, even though the vehicle licence number itself is publicly displayed, the number is merely a conduit to other personal information about the owner that is not publicly available (see Alta Reg 140/2003, *Access to Motor Vehicle Information Regulation*).

[122] I would add, with respect to both numbers, that Leon's wanted to collect them precisely because they could lead to personal information about the complainant. Leon's cannot now be heard to say that the numbers did not disclose personal information when the whole reason behind their collection was to establish a path to the complainant in the event of fraud.

[123] In summary, the adjudicator's conclusion that both licence numbers were personal information under *PIPA* was reasonable and the reviewing judge correctly afforded that decision deference.

C. Issue Two – Did the Commissioner mis-state or misapprehend the purpose of the pick-up sales policy?

[124] Leon's submits that although the adjudicator correctly found that the purpose of the policy was to assist Leon's customers and the police once fraud had been committed, she applied the policy as if its purpose was the prevention of fraud when assessing the reasonableness of the policy under sections 11(2) and 7(2) of *PIPA*. Leon's submits that by converting the purpose of the policy into the prevention of fraud the adjudicator set up a "straw man", and that if she had assessed the policy in light of the purpose first identified she would have come to a different conclusion.

[125] In my view, there is no merit to this argument. I agree with my colleague that there is no meaningful distinction to be made between a policy that prevents fraud and one that aids in catching those responsible for it. In any event, as the reviewing judge noted, the adjudicator was fully alive to all of Leon's arguments and its reasons for collecting the licence numbers. She understood that the collection of the complainant's personal information was designed to assist Leon's, its customers and the police in the event of fraud, and the adjudicator's reference to fraud prevention does not alter that fact. Furthermore, even Leon's referred to fraud prevention as part of the reason for the policy. As the adjudicator noted at paras 19-20 of her reasons:

2011 ABCA 94 (CanLII)

> The Organization provided me with a revised procedure memo dated June 1, 2004 ("written policy memo") which states that **in order to prevent incidences of fraud**, when items are being picked up after the date of purchase, identification is required. This is reasonable, as the sales employee may not have been the employee that rang in the original sale and therefore **confirming the identity of the individual picking up the item is a reasonable way of preventing fraud in this situation**.
> Further, the Organization argues that by collecting only drivers' license numbers and not the names and addresses of those picking up the merchandise, **it has chosen the safest means of preventing fraud**. [emphasis added]

[126] Thus, a fair reading of the adjudicator's reasons reveals that she understood the appellant's argument. She understood that the policy was designed to protect Leon's and its customers in the event of a wrongful pick up. She did not act unreasonably in considering the purpose of preventing fraud in assessing whether Leon's policy was reasonable for the purposes of section 11(2) of *PIPA*, or whether it went "beyond" what was required for purposes of section 7(2). The reviewing judge correctly dismissed this ground of review.

D. Issue Three – Did the Commissioner fail to undertake the balancing mandated by section 3 of *PIPA*?

[127] Leon's submits that once the adjudicator determined that individual sections of *PIPA* had been breached she was then obliged to conduct a balancing under section 3. This section reads:

> The purpose of this Act is to govern the collection, use and disclosure of personal information by organizations in a manner that recognizes both the right of an individual to have his or her personal information protected and the need of organizations to collect, use or disclose personal information for purposes that are reasonable.

[128] As I have already discussed, at some length above, section 3 sets out the statute's purpose, and the remainder of the statute describes the means of accomplishing it. Here the Legislature has chosen to balance the interests described in section 3 by proscribing, *inter alia*, the collection of personal information without consent, actual or deemed, subject to certain specified exceptions. Furthermore, even where informed consent is provided, the Legislature has provided a limitation to collection, found in section 7(2) which was held to have been breached in this case. That section reads:

> 7(2) An organization shall not, as a condition of supplying a product or service, require an individual to consent to the collection, use or disclosure of personal information about an individual **beyond what is necessary** to provide the product or service. [emphasis added]

[129] Finally, even where there is consent, or consent is unnecessary, the Legislature has created a further limitation found in section 11, which was also held to have been breached in this case. That section reads:

> 11(1) An organization may collect personal information only for purposes that are reasonable.
>
> (2) Where an organization collects personal information, it may do so **only to the extent that is reasonable** for meeting the purposes for which the information is collected. [emphasis added]

[130] Thus, while the statement of purpose found in section 3 informs the statute's interpretation, neither section 3, nor any other section, prescribes a balancing procedure that must take place separate and apart from what is found in other sections of the *Act*. The scheme for achieving the legislative purpose is set out in the statute and that scheme governs. That scheme prohibits the collection, use and disclosure of personal information unless certain criteria are met. This is the means the Legislature has chosen to achieve the purpose set out in section 3.

[131] Furthermore, I am satisfied that the adjudicator did not come to an unreasonable conclusion in her interpretation and application of these sections. It might have been preferable for the adjudicator to start with the issue of consent, and whether it was properly given or required, as section 11 is the last hurdle an organization must overcome to justify the collection of personal information. Nevertheless, the adjudicator began her analysis by looking at section 11 to determine whether the complainant's personal information was being collected for a reasonable purpose (11(1)), and whether in collecting that information Leon's had gone beyond what was "reasonable for meeting the purposes for which the information was collected (11(2)). She found that preventing fraud was a reasonable purpose. She determined, however, that collecting the licence numbers went beyond the statutory limitation set out in section 11(2) of collecting personal information **only** to the extent that was reasonable.

[132] In arriving at that decision, she considered several decisions from the Commissioner's office in which it was held that while it might be reasonable to collect names, addresses and telephone numbers to meet the purpose of preventing fraud, collecting drivers' licence numbers were beyond what was reasonable. One of those cases was the Investigation Report in *Winners*, which she discussed at paras 31-32 of her decision:

2011 ABCA 94 (CanLII)

2011 ABCA 94 (CanLII)

> In Investigation Report P2007-IR-006, the Alberta Information and Privacy Commissioner and the Federal Privacy Commissioner were jointly investigating the procedures of a large multinational corporation that was the victim of a security breach in which customers' information was accessed by unauthorized individuals. In their joint investigation the Commissioners commented on the Organization's practice of recording drivers' license numbers, names and addresses when individuals were returning merchandise. It did this in order to discourage fraud and to track customer return habits for indicators of fraudulent activities, such as frequent returns without receipts.
>
> The Commissioners found that although it was acceptable to collect names and addresses of customers returning items, it was not acceptable to record drivers' license numbers. They stated:
>
> > "...a driver's license number is an extremely valuable piece of data to fraudsters and identity thieves intent on creating false identification with valid information. After a drivers' license identity numbers have been compromised, they are difficult or impossible to change. For this reason, retailers and other organizations should ensure that they are not collecting identity information unless it is **necessary** for the transaction." [emphasis in original]

[133] She went on to conclude at paras 34-37 of her decision:

> The statement by [the] Federal Privacy Commissioner and the Alberta Information and Privacy Commissioner in Investigation Report P2007-IR-006 speaks directly to the Organization's argument that it has chosen a safer and less intrusive way of preventing fraud than recording a name, address, or contact information from the person picking up the merchandise as the information it collects is only useful to the police and not to dishonest employees or thieves. Drivers' license numbers are very sensitive pieces of information that are extremely valuable to fraudsters and identity thieves. Several Orders and Investigative Reports published by this Office have made it clear that collecting names and addresses in order to prevent fraud against an Organization is acceptable in some cases but the recording of drivers' license numbers is not.
>
> Therefore the contention by the Organization that its policy of recording of drivers' license numbers is safer and less invasive than collecting names and

> contact information runs contrary to prior findings of the Federal Privacy Commissioner and the Alberta Information and Privacy Commissioner.
>
> Based on the Investigation Reports and Orders that I have cited, I find that the recording of drivers' license numbers by the Organization is not reasonable for the purposes of the collection and is contrary to section 11(2) of the Act.
>
> I find the same for the recording of license plate numbers of individuals picking up merchandise. In fact, the recording of this personal information has even less reasonable connection to meeting the purposes of the collection than the recording of the driver's licence numbers. As was pointed out by the Complainant in her submissions, she could have been driving someone else's vehicle or a rental vehicle. It is unclear to me, how recording that information would assist in the stated purpose of preventing fraudulent pick ups, as there is no way of confirming the identity of the individual at the time of the pick up by looking at the licence plate number of by recording it so as to determine the owner through a registry search.

[134] In my view, there is nothing unreasonable about these findings. Section 11(2) makes clear that an organization can collect personal information "**only to the extent** that is reasonable to meet the purpose for which the information is collected." "Only to the extent" is a limiting provision, and suggests that an adjudicator must examine what personal information is available, and its potential utility, and allow only for the collection of only such information the organization reasonably needs to meet its purposes. Reasonably as defined under section 2 of *PIPA* "...is what a reasonable person would consider appropriate in the circumstances."

[135] In this case, the adjudicator found a breach of section 11(2) on the basis of existing authority holding that the goal of preventing fraud, or catching fraudsters, can be met by collecting other information from the pick up person, such as her name, address and other contact information, that had a less detrimental effect upon her privacy. The principal authority which she applied was the Report of the Federal and Alberta Privacy Commissioners in *Winners*. Due to the adjudicator's reliance on this Report, it is instructive to review the logic that the Commissioners applied in coming to the conclusion that they did.

[136] Winners' difficulties arose when its computer system was hacked into by rogues who made off with, among other things, a bank of drivers' licence numbers. The numbers had been collected and stored to track and prevent fraudulent returns. The Commissioners considered whether the collection and storage of the drivers' licence numbers offended the privacy legislation in their respective jurisdictions. They agreed that identifying and investigating fraudulent returns for loss-

2011 ABCA 94 (CanLII)

2011 ABCA 94 (CanLII)

prevention purposes was a legitimate activity. They felt, however, that there was nothing unique about a driver's licence number that assisted in identifying a person and his or her shopping return habits. Indeed, all that was required to meet the purpose of loss-prevention was to record "a number– any number – that can be consistently linked to an individual (and one that has more longevity and is more accurate than a name and telephone number)" (para 42).

[137] To the Commissioners, therefore, a driver's licence number was far less useful in identifying fraud artists than the actual name and address on the driver's licence. Balanced against this was the danger, very real in the case before it, that a driver's licence number could be used in identity theft. Thus, they concluded that collecting the name and address on the driver's licence was reasonable for meeting the purpose of loss prevention, but collecting the actual driver's licence number was not.

[138] This logic is spelled out more concretely in *Collection of Driver's Licence Numbers Under Private Sector Privacy Legislation – A Guide for Retailers*, a document distributed by the offices of the Federal, Alberta, and British Columbia Privacy Commissioners. The Privacy Commissioners note at 3:

> Businesses have presented many arguments regarding their purposes for recording driver's licence numbers, or even photocopying the entire driver's licence itself. Some of those reasons are as follows:
>
> > to properly identify a person
> >
> > to deter and detect fraud and other crime
> >
> > to protect assets
> >
> > to recover assets, report matters to police or to trace or find someone later
> >
> > to prove the organization's staff examined identification
> >
> > to ensure that someone is licenced to drive
>
> By and large, the federal and provincial Privacy Commissioners have agreed with those Canadians who think that recording driver's licence numbers is excessive. The Commissioners understand the organizations' reasons, but they tend to think that they go too far by recording the numbers. **Most of the reasons cited above can be addressed by simply examining identification,**

> **recording the person's name as it appears on the licence, or perhaps by also recording the address displayed on the licence**. [emphasis added]

[139] This document also speaks directly to Leon's stated purpose in collecting drivers' licence numbers. Under the heading "Reason: To recover assets, report to police or find someone later" the Commissioners write:

> Many retailers suggest that they can report a person and their driver's licence number to police in the event of a crime (such as fraud), or the driver's licence number can be used to trace a person if property is not returned or there is an outstanding debt. Organizations often think that it will be helpful to police, and easier to find someone, if the driver's licence number can be searched in motor vehicle registries. However, if an organization is already verifying a person's name and address (and perhaps recording the information as it appears on the licence), this information in itself will be enough to give to police in almost all cases. Police are able to search motor vehicle registries using a verified name (perhaps cross-referenced with an address) and do not require the driver's licence number.
>
> Similarly, recording a driver's licence number does not necessarily assist the organization itself in finding an individual, since most organizations cannot use this information to access information in motor vehicle registries. Further, the organization has already collected the very information that it would be useful to acquire from such a database – the individual's name and address.

[140] In my view, therefore, there is considerable merit to the logic set out in *Winners* and the adjudicator cannot be faulted for applying it. Leon's purposes in preventing and investigating fraud could have been easily met in this case by requiring that staff ask to see the complainant's driver's licence, and then collecting the name and address on it. This would allow Leon's to ensure that the proper person is picking up the goods, but it would have had a less detrimental effect upon the complainant's privacy than collecting and storing the driver's licence number. The utility of this approach also speaks to the reasonableness of the adjudicator's conclusions about the vehicle licence number. Collecting a number which does not serve to identify the individual picking up the item in question is of limited use in preventing fraud or catching a fraud artist, although it may ultimately reveal personal information about the owner.

[141] I would add, as a postscript, that there was even less need for the personal information here because Leon's already had a great deal of information about the complainant which it could use to track her down in the event of fraud. Along with the personal information it was entitled to collect

2011 ABCA 94 (CanLII)

from her driver's licence, Leon's also had her credit card information, as well as her daughter's address and credit information. It should also be noted that the furniture, in this case, was paid for in full.

[142] It follows that the adjudicator's decision was reasonable as it was transparent, intelligible, and fell "within a range of possible acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law." Furthermore, the adjudicator relied on authority from the Commissioner's office sanctioning the collection of other personal information to assist in the detection and prevention of fraud that is not as conducive to identity theft, such as an individual's name, address and other identifying information. The Commissioner has developed an expertise in dealing with privacy issues, and assessing the risks that attach to the collection of an individual's personal information. Consistency of approach is important. It follows that a decision of this kind is entitled to considerable deference.

[143] Similarly, I find that the adjudicator's decision with respect to the interpretation and application of section 7(2) was reasonable. The adjudicator held at paras 48-49 of her reasons:

> In my view the key to section 7(2) of the Act is defining what is necessary to provide the product or service. Prior orders have found that the term "necessary" in section 7(2) of the Act does not mean "indispens[a]ble" in the sense that a transaction could not be completed but for the collection of personal information. As the Commissioner stated in Order P2007-016:
>
> > "...if an organization can demonstrate that collection of personal information is necessary to enable it to meet a reasonable purpose relating to a transaction, such as to protect itself against fraud, then the collection may be a necessary condition for the purposes of section 7(2)."
>
> Section 7(2) of the Act must be read in the context of section 11 of the Act (see Order P2006-011 at paragraph 45). As I have found above that the recording of drivers' license numbers and license plate numbers are not reasonably connected to the prevention of fraud under section 11(2) of the Act, I also find that the recording of Complainant's driver's license number and license plate number is not necessary to meet the purpose of prevention of fraud in the purchase and pick up of merchandise.

[144] In essence, the adjudicator found that because she had already found that the collection of the two licence numbers went beyond what was reasonable to achieve the purpose behind Leon's policy, thus amounting to a breach of section 11(2), this finding also established a breach of section

2011 ABCA 94 (CanLII)

7(2). The test under section 7(2) is whether in requiring an individual's consent the organization has gone "beyond what is necessary to provide the product or service." This section is designed to prevent a form of forced consent. The adjudicator's conclusion that the collection of the numbers was unnecessary to provide the product or service here is clearly reasonable and owed deference.

[145] My colleague suggests it was not unreasonable for Leon's to conclude that collecting the name and address from the driver's licence would be inadequate because "common names are indistinguishable and the address may be out of date" (para 60). But it is difficult to see how these problems would be solved by the use of either licence number. If the police performed a search of the driver's licence number in the appropriate database they would come up with the same name and address that was on the driver's licence. Any other identifying information, such as the height and weight of the licensee, would be just as available by searching the database with the name and address. As far as the vehicle licence number is concerned, that number would only lead to the name and address of the registered owner, information that is no less certain to be accurate than the information on the driver's licence.

[146] Finally, while not necessary to my decision, I note that my colleague, in discussing the application of section 11(2) of *PIPA*, appears to take the position that as long as a policy is reasonably connected to its purpose it would not infringe section 11(2). With respect, I do not agree. The question is not whether information is reasonably connected to the purpose of the policy but whether the information has been collected "**only to the extent"** that is reasonable for meeting the purpose for which the information is collected. This suggests that collection should not go beyond what is actually reasonably required or needed, an interpretation that is consistent with the purpose of the statute. The adjudicator acted quite properly in protecting highly sensitive information, such as the complainant's driver's licence number where its collection was not reasonably necessary.

[147] In summary, the adjudicator did not fail to balance the interests set out in section 3 of *PIPA*. The balancing of those interests takes place, not in any overarching procedure, but in the application of the rest of the statute. In that regard, the adjudicator's decision that Leon's breached sections 11(2) and 7(2) of *PIPA* was reasonable, as the reviewing judge correctly found. The appellant does not dispute the adjudicator's findings with respect to section 13. It follows that this ground of appeal must be dismissed.

E. Issue Four – Did the Commissioner fail to interpret *PIPA* in light of its remedial purpose?

[148] Leon's submits that in interpreting and applying a remedial statute, such as *PIPA*, recourse must be had to the mischief the statute is designed to prevent. Leon's goes on to argue that the statute is designed to prevent identity theft and intrusive marketing activity. Thus, it submits, the

2011 ABCA 94 (CanLII)

2011 ABCA 94 (CanLII)

adjudicator came to an unreasonable decision by failing to note that Leon's policy does not promote either activity.

[149] I begin by noting that it does not matter whether Leon's policy actively promotes identity theft and intrusive marketing activity. The statute is designed to protect against the opportunity for such abuse by limiting the collection, use and disclosure of personal information. The adjudicator relied on the *Winners* investigation report, P2007-IR-006, in which both the Commissioner, and the Federal Privacy Commissioner, found that the collection of drivers' licence numbers was inappropriate because a driver's licence number "is an extremely valuable piece of data to fraudsters and identity thieves intent on creating false identification with valid information." In coming to this conclusion the Commissioners were not saying that the retailers in question had adopted policies designed to contribute to this kind of fraud. They were saying only that the collection of drivers' licence numbers, where unnecessary, increases the risk that this particularly sensitive information will find its way into the hands of an identity thief. The same is true of Leon's, even if its pick up policy is not designed to promote this kind of activity. Thus, the mischief dealt with by *PIPA* seems to have been very much at the forefront of the adjudicator's analysis.

[150] As the appellant noted in the previous ground of review, the purpose of the statute is set out in section 3. The remedial purpose of *PIPA* is to govern the collection, use or disclosure of personal information in a way the balances an individual's right to privacy with the need of organizations to collect, use or disclose the information for "reasonable" purposes. The adjudicator's reasons indicate that she was alive to this purpose and that it governed her decision.

[151] I conclude, therefore, that the adjudicator did not err in the manner suggested, and the reviewing judge was correct in dismissing this ground of review.

X. Conclusion

[152] For these reasons the appeal must be dismissed.

Appeal heard on September 16, 2010

Reasons filed at Calgary, Alberta
this 28th day of March, 2011

Authorized to sign for: Conrad J.A.

2011 ABCA 94 (CanLII)

Appearances:

G. Hall and K.L. Smyth
for the Appellant

G.S. Solomon, Q.C.
for the Respondent

2011 ABCA 94 (CanLII)

Loyola High School and John Zucchi *Appellants*

v.

Attorney General of Quebec *Respondent*

and

Canadian Council of Christian Charities, Evangelical Fellowship of Canada, Christian Legal Fellowship, World Sikh Organization of Canada, Association of Christian Educators and Schools Canada, Canadian Civil Liberties Association, Catholic Civil Rights League, Association des parents catholiques du Québec, Faith and Freedom Alliance, Association de la communauté copte orthodoxe du grand Montréal, Faith, Fealty and Creed Society, Home School Legal Defence Association of Canada, Seventh-day Adventist Church in Canada, Seventh-day Adventist Church — Quebec Conference, Corporation archiépiscopale catholique romaine de Montréal and Archevêque catholique romain de Montréal *Interveners*

École secondaire Loyola et John Zucchi *Appelants*

c.

Procureur général du Québec *Intimé*

et

Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes, Alliance évangélique du Canada, Alliance des chrétiens en droit, World Sikh Organization of Canada, Association of Christian Educators and Schools Canada, Association canadienne des libertés civiles, Ligue catholique des droits de l'homme, Association des parents catholiques du Québec, Faith and Freedom Alliance, Association de la communauté copte orthodoxe du grand Montréal, Faith, Fealty and Creed Society, Home School Legal Defence Association of Canada, Église adventiste du septième jour au Canada, Église adventiste du septième jour — Fédération du Québec, Corporation archiépiscopale catholique romaine de Montréal et Archevêque catholique romain de Montréal *Intervenants*

2015 SCC 12 (CanLII)

Indexed as: Loyola High School *v.* Quebec (Attorney General)

2015 SCC 12

File No.: 35201.

2014: March 24; 2015: March 19.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Administrative law — Judicial review — Standard of Review — Ministerial discretion — Mandatory ethics and religious culture program — Private denominational

Répertorié : École secondaire Loyola *c.* Québec (Procureur général)

2015 CSC 12

N° du greffe : 35201.

2014 : 24 mars; 2015 : 19 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Pouvoir discrétionnaire du ministre — Programme obligatoire d'éthique et de culture religieuse —

school proposing alternative program — Request for exemption denied by Minister — Proper approach to judicial review of discretionary administrative decisions engaging Charter protections — Whether Minister's decision proportionately balanced religious freedom with statutory objectives of mandatory program — Regulation respecting the application of the Act respecting private education, CQLR, c. E-9.1, r. 1, s. 22.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — Schools — Mandatory ethics and religious culture program — Private denominational school proposing alternative program — Request for exemption denied by Minister — Whether Minister's insistence that proposed alternative program be entirely secular in its approach is reasonable given the statutory objectives of mandatory program and s. 2(a) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Human rights — Freedom of religion — Schools — Mandatory ethics and religious culture program — Private denominational school proposing alternative program — Request for exemption denied by Minister — Whether Minister's insistence that proposed alternative program be entirely secular in its approach is reasonable given the statutory objectives of mandatory program — Whether Minister's decision limits freedom of religion under s. 3 of the Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12.

Loyola High School is a private, English-speaking Catholic high school for boys. It has been administered by the Jesuit Order since the school's founding in the 1840s. Most of the students at Loyola come from Catholic families.

Since September 2008, as part of the mandatory core curriculum in schools across Quebec, the Minister of Education, Recreation and Sports has required a Program on Ethics and Religious Culture (ERC), which teaches about the beliefs and ethics of different world religions from a neutral and objective perspective.

The stated objectives of the ERC Program are the "recognition of others" and the "pursuit of the common good". They seek to inculcate in students openness to human rights, diversity and respect for others. To fulfil these objectives, the ERC Program has three components: world religions and religious culture, ethics, and

Programme de remplacement proposé par une école privée confessionnelle — Demande d'exemption refusée par la ministre — Approche correcte du contrôle judiciaire des décisions administratives de nature discrétionnaire mettant en cause les protections conférées par la Charte — La décision de la ministre a-t-elle mis en balance de manière proportionnée la liberté de religion et les objectifs du programme obligatoire visés par la loi? — Règlement d'application de la Loi sur l'enseignement privé, RLRQ, c. E-9.1, r. 1, art. 22.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Écoles — Programme obligatoire d'éthique et de culture religieuse — Programme de remplacement proposé par une école privée confessionnelle — Demande d'exemption refusée par la ministre — L'insistance de la ministre sur la nécessité que le programme de remplacement proposé ait une approche purement laïque est-elle raisonnable compte tenu des objectifs du programme obligatoire visés par la loi et de l'art. 2a) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droits de la personne — Liberté de religion — Écoles — Programme obligatoire d'éthique et de culture religieuse — Programme de remplacement proposé par une école privée confessionnelle — Demande d'exemption refusée par la ministre — L'insistance de la ministre sur la nécessité que le programme de remplacement proposé ait une approche purement laïque est-elle raisonnable compte tenu des objectifs du programme obligatoire visés par la loi? — La décision de la ministre restreint-elle la liberté de religion garantie par l'art. 3 de la Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12?

L'école secondaire Loyola est une école secondaire catholique privée de langue anglaise pour garçons. Elle est administrée par l'ordre des Jésuites depuis sa fondation dans les années 1840. La plupart des élèves qui fréquentent cette école sont issus de familles catholiques.

Depuis septembre 2008, le ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport exige que le programme Éthique et culture religieuse (ÉCR) soit intégré aux matières obligatoires pour l'ensemble des écoles du Québec. Dans le cadre de ce programme, on présente, d'un point de vue neutre et objectif, les croyances et l'éthique de diverses religions du monde.

Le programme ÉCR a pour objectifs explicites la « reconnaissance de l'autre » et la « poursuite du bien commun ». Ces objectifs visent à inculquer aux élèves un esprit d'ouverture aux droits de la personne et à la diversité ainsi que le respect de l'autre. Pour réaliser ces objectifs, le programme ÉCR comprend trois volets : les

2015 SCC 12 (CanLII)

dialogue. The three components are intended to support and reinforce one another. The orientation of the Program is strictly secular and cultural and requires teachers to be objective and impartial. They are not to advance the truth of a particular belief system or attempt to influence their students' beliefs, but to foster awareness of diverse values, beliefs and cultures. The Program provides a framework that teachers are required to use to help students develop these competencies, but leaves teachers with considerable flexibility in developing their own lessons.

The purpose of the religious culture component is to help students understand the main elements of religion by exploring the socio-cultural contexts in which different religions take root and develop. The purpose of the ethics component is to encourage students to think critically about their own ethical conduct and that of others, as well as about the values and norms that different religious groups adopt to guide their behaviour. The purpose of the dialogue component is to help students develop the skills to interact respectfully with people of different beliefs.

Pursuant to s. 22 of the *Regulation respecting the application of the Act respecting private education*, the Minister can grant an exemption from the ERC Program if the proposed alternative program is deemed to be "equivalent". Loyola wrote to the Minister to request an exemption from the Program, proposing an alternative course to be taught from the perspective of Catholic beliefs and ethics. The Minister denied the request based on the fact that Loyola's whole proposed alternative program was to be taught from a Catholic perspective. It was not, as a result, deemed to be "equivalent" to the ERC Program.

Loyola brought an application for judicial review of the Minister's decision. The Superior Court found that the Minister's refusal of an exemption infringed Loyola's right to religious freedom and accordingly granted the application, quashed the Minister's decision, and ordered an exemption. On appeal, the Quebec Court of Appeal concluded that the Minister's decision was reasonable and did not result in any breach of religious freedom. Before this Court, Loyola modified its request to teach the whole program from a Catholic perspective, and was now prepared to teach about the doctrines and practices of other world religions neutrally. But, significantly, it still

religions du monde et le phénomène religieux, l'éthique et le dialogue. Ces trois volets sont censés se compléter et se renforcer l'un l'autre. Le programme a une optique strictement laïque et culturelle et il exige des enseignants qu'ils fassent preuve d'objectivité et d'impartialité. Ils doivent non pas affirmer la vérité d'un système particulier de croyances ou tenter d'influencer les convictions de leurs élèves, mais favoriser la connaissance d'une variété de valeurs, de convictions et de cultures. Bien que le programme constitue un cadre pédagogique que sont tenus de suivre les enseignants pour aider les élèves à acquérir ces compétences, il leur laisse tout de même une latitude considérable pour l'élaboration de leurs leçons.

Le volet du programme relatif au phénomène religieux a pour objet d'aider les élèves à comprendre les principaux éléments de la religion par l'exploration des contextes socioculturels dans lesquels les diverses religions se sont enracinées et se développent. Le volet éthique du programme vise à encourager les élèves à porter un regard critique sur leur propre conduite éthique et sur celle d'autrui, ainsi que sur les valeurs et les normes adoptées par différents groupes religieux pour guider leur conduite. Le volet relatif au dialogue vise à aider les élèves à acquérir des habiletés leur permettant d'interagir de façon respectueuse avec des gens qui ont des convictions différentes.

Suivant l'art. 22 du *Règlement d'application de la Loi sur l'enseignement privé*, le ministre peut exempter une école du programme ÉCR si le programme de remplacement proposé est jugé « équivalent ». Loyola a écrit à la ministre pour demander à être exemptée du programme et proposer d'enseigner un autre cours du point de vue des convictions et de l'éthique de la religion catholique. La ministre a refusé la demande en raison du fait que l'ensemble du programme de remplacement proposé par Loyola allait être enseigné selon une perspective catholique. Le programme n'a donc pas été jugé « équivalent » au programme ÉCR.

Loyola a demandé le contrôle judiciaire de la décision de la ministre. La Cour supérieure a conclu que le refus par la ministre d'accorder une exemption portait atteinte au droit à la liberté de religion de cette institution et elle a donc accueilli la demande, annulé la décision de la ministre et ordonné qu'une exemption soit accordée. En appel, la Cour d'appel du Québec a conclu que la décision de la ministre était raisonnable et n'avait pas entraîné d'atteinte à la liberté de religion. Devant la Cour, Loyola a modifié sa demande visant à enseigner l'ensemble du programme selon une perspective catholique. Elle était maintenant disposée à enseigner de façon neutre la doctrine et les rites

2015 SCC 12 (CanLII)

wanted to teach about the *ethics* of other religions from a Catholic perspective. The Minister's position remained the same — no part of the program could be taught from a Catholic perspective, including Catholic doctrine and ethics.

Held: The Minister's decision requiring that *all* aspects of Loyola's proposed program be taught from a neutral perspective, including the teaching of Catholicism, limited freedom of religion more than was necessary given the statutory objectives. As a result, it did not reflect a proportionate balancing and should be set aside. The appeal is allowed and the matter remitted to the Minister for reconsideration.

Per LeBel, Abella, Cromwell and Karakatsanis JJ.: This Court's decision in *Doré v. Barreau du Québec*, [2012] 1 S.C.R. 395, sets out the applicable framework for reviewing discretionary administrative decisions that engage the protections of the *Charter* — both its guarantees and the foundational values they reflect. The discretionary decision-maker is required to proportionately balance the relevant *Charter* protections to ensure that they are limited no more than necessary given the applicable statutory objectives. The reasonableness of the Minister's decision in this case therefore depends on whether it reflected a proportionate balance between the objectives of promoting tolerance and respect for difference, and the religious freedom of the members of the Loyola community.

Freedom of religion means that no one can be forced to adhere to or refrain from a particular set of religious beliefs. This includes both the individual *and* collective aspects of religious belief. Religious freedom under the *Charter* must therefore account for the socially embedded nature of religious belief, and the deep linkages between this belief and its manifestation through communal institutions and traditions.

The context in this case is state regulation of religious schools. This raises the question of how to balance robust protection for the values underlying religious freedom with the values of a secular state. The state has a legitimate interest in ensuring that students in all schools are

d'autres religions du monde. Il importe de le souligner, Loyola souhaitait néanmoins toujours enseigner l'*éthique* d'autres religions selon une perspective catholique. La position de la ministre est demeurée la même — soit qu'aucun aspect du programme ne peut être enseigné suivant une perspective catholique, notamment la doctrine et l'éthique de cette religion.

Arrêt : La décision de la ministre selon laquelle *tous* les aspects du programme proposé par Loyola doivent être enseignés d'un point de vue neutre, y compris l'enseignement du catholicisme, a restreint la liberté de religion plus qu'il n'était nécessaire compte tenu des objectifs visés par la loi. Par conséquent, cette décision n'était pas le fruit d'une mise en balance proportionnée et doit être annulée. Le pourvoi est accueilli et l'affaire est renvoyée au ministre pour réexamen.

Les juges LeBel, Abella, Cromwell et Karakatsanis : Dans *Doré c. Barreau du Québec*, [2012] 1 R.C.S. 395, la Cour a établi le cadre d'analyse applicable pour contrôler les décisions administratives de nature discrétionnaire qui font intervenir les protections conférées par la *Charte* — soit tant les droits qui y sont énoncés que les valeurs dont ils sont le reflet. Le décideur qui exerce son pouvoir discrétionnaire est tenu de mettre en balance de façon proportionnée les protections pertinentes garanties par la *Charte* pour veiller à ce qu'elles ne soient pas restreintes plus qu'il n'est nécessaire compte tenu des objectifs applicables visés par la loi. Pour juger du caractère raisonnable de la décision de la ministre en l'espèce, il faut donc déterminer si cette décision est le fruit d'une mise en balance proportionnée des objectifs de promotion de la tolérance et du respect des différences, d'une part, et de la liberté de religion des membres de la communauté de Loyola, d'autre part.

La liberté de religion signifie que nul ne doit être contraint d'adhérer ou de s'abstenir d'adhérer à un certain ensemble de croyances religieuses. Cela vise *tant* les aspects individuels *que* les aspects collectifs des convictions religieuses. La liberté de religion au sens où il faut l'entendre pour l'application de la *Charte* doit donc tenir compte du fait que les convictions religieuses sont bien ancrées dans la société et qu'il existe des liens solides entre ces croyances et leur manifestation par le truchement d'institutions et de traditions collectives.

La réglementation par l'État des écoles confessionnelles constitue le contexte de la présente affaire. Cela soulève la question de savoir comment mettre en balance une protection solide des valeurs qui sous-tendent la liberté de religion et les valeurs d'un État laïque. L'État

2015 SCC 12 (CanLII)

capable, as adults, of conducting themselves with openness and respect as they confront cultural and religious differences. A vibrant, multicultural democracy depends on the capacity of its citizens to engage in thoughtful and inclusive forms of deliberation. But a secular state does not — and cannot — interfere with the beliefs or practices of a religious group unless they conflict with or harm overriding public interests. Nor can a secular state support or prefer the practices of one group over another. The pursuit of secular values means respecting the right to hold and manifest different religious beliefs. A secular state respects religious differences, it does not seek to extinguish them.

Loyola is a private Catholic institution. The collective aspects of religious freedom — in this case, the collective manifestation and transmission of Catholic beliefs — are a crucial part of its claim. The Minister's decision requires Loyola to teach Catholicism, the very faith that animates its character, from a neutral perspective. Although the state's purpose is secular, this amounts to requiring a Catholic institution to speak about its own religion in terms defined by the state rather than by its own understanding. This demonstrably interferes with the manner in which the members of an institution formed for the purpose of transmitting Catholicism can teach and learn about the Catholic faith. It also undermines the liberty of the members of the community who have chosen to give effect to the collective dimension of their religious beliefs by participating in a denominational school.

In the Quebec context, where private denominational schools are legal, preventing a school like Loyola from teaching and discussing Catholicism from its own perspective does little to further the ERC Program's objectives while at the same time seriously interfering with religious freedom. The Minister's decision suggests that engagement with an individual's own religion on his or her own terms can be presumed to impair respect for others. This assumption led the Minister to a decision that does not, overall, strike a proportionate balance between the *Charter* protections and statutory objectives at stake in this case.

That said, the Minister is not required to permit Loyola to teach about the ethics of other religions from a

a un intérêt légitime à s'assurer que les élèves de toutes les écoles seront en mesure, une fois devenus adultes, de se comporter avec ouverture et respect lorsqu'ils devront faire face aux différences culturelles et religieuses. Une démocratie multiculturelle dynamique doit pouvoir compter sur la capacité de ses citoyens de discuter de manière réfléchie et ouverte. Un État laïque ne s'immisce cependant pas dans les convictions et les pratiques d'un groupe religieux — et ne peut le faire — à moins qu'elles ne soient contraires ou ne portent atteinte à des intérêts publics prépondérants. Il ne peut pas non plus donner son appui ou accorder sa préférence aux pratiques d'un groupe par rapport à celles d'un autre. La poursuite de valeurs laïques implique le respect du droit d'avoir et de professer des convictions religieuses différentes. Un État laïque respecte les différences religieuses; il ne cherche pas à les faire disparaître.

Loyola est une institution catholique privée. Les aspects collectifs de la liberté de religion — dans le cas qui nous occupe, la manifestation et la transmission de la foi catholique — constituent un élément essentiel de l'argumentation de Loyola. La décision de la ministre oblige cette dernière à enseigner le catholicisme, la religion qui constitue son essence même, d'un point de vue neutre. Bien que l'objectif de l'État soit laïque, cette obligation revient à exiger d'un établissement catholique qu'il traite de sa propre religion selon des modalités définies par l'État plutôt que d'après sa propre conception. Cela empiète manifestement sur la manière dont les membres d'une institution dont l'objet même est de transmettre le catholicisme peuvent enseigner et étudier cette religion. Cela porte également atteinte à la liberté des membres de sa communauté qui ont choisi de donner effet à la dimension collective de leurs convictions religieuses en se joignant à une école confessionnelle.

Dans le contexte québécois, où l'existence d'écoles confessionnelles privées est légale, empêcher une école comme Loyola d'enseigner le catholicisme et d'en parler selon sa propre perspective contribue peu à la réalisation des objectifs du programme ÉCR tout en portant gravement atteinte à la liberté de religion. La décision de la ministre laisse entendre que, dès lors qu'une personne explique sa religion selon son propre point de vue, on peut tout simplement présumer qu'il y a atteinte au principe du respect d'autrui. Cette prémisse a mené la ministre à prendre une décision qui, prise dans son ensemble, n'atteint pas un équilibre proportionné entre les protections conférées par la *Charte* et les objectifs de la loi en cause en l'espèce.

Cela dit, la ministre n'est pas tenue de permettre à Loyola d'enseigner l'éthique d'autres religions selon

2015 SCC 12 (CanLII)

Catholic perspective. The risk of such an approach would be that other religions would necessarily be seen not as differently legitimate belief systems, but as worthy of respect only to the extent that they aligned with the tenets of Catholicism. This contradicts the ERC Program's goals of ensuring respect for different religious beliefs. In a multicultural society, it is not a breach of anyone's freedom of religion to be required to learn (or teach) about the doctrines and ethics of other world religions in a neutral and respectful way. In a religious high school, where students are learning about the precepts of one particular faith throughout their education, it is arguably even more important that they learn, in as objective a way as possible, about other belief systems and the reasons underlying those beliefs.

Teaching the ethical frameworks of other religions in a neutral way may be a delicate exercise, but the fact that there are difficulties in implementation does not mean the state should be asked to throw up its hands and abandon its objectives by accepting a program that frames the discussion of ethics primarily through the moral lens of a school's own religion.

It is the Minister's decision *as a whole* that must reflect a proportionate and therefore reasonable balancing of the *Charter* protections and statutory objectives in issue. Preventing a school like Loyola from teaching and discussing Catholicism, the core of its identity, in any part of the program from its own perspective, does little to further the ERC Program's objectives while at the same time seriously interfering with the values underlying religious freedom. The Minister's decision is, as a result, unreasonable.

Per McLachlin C.J. and Rothstein and Moldaver JJ.: Loyola, as a religious organization, is entitled to the constitutional protection of freedom of religion. The communal character of religion means that protecting the religious freedom of individuals requires protecting the religious freedom of religious organizations, including religious educational bodies such as Loyola.

The first issue is whether Loyola's freedom of religion was infringed by the Minister's decision. The second issue is whether the Minister's decision — that only a

une perspective catholique. Cette façon de faire poserait le risque que l'on considère les autres religions non pas comme des systèmes de croyances légitimes différents, mais plutôt comme n'étant dignes de respect que dans la mesure où elles correspondent aux préceptes du catholicisme. Cela contredit l'objectif du programme ÉCR qui consiste à assurer le respect de croyances religieuses différentes. Dans une société multiculturelle, le fait d'être obligé d'étudier (ou d'enseigner) la doctrine et l'éthique d'autres religions du monde d'une façon neutre et respectueuse ne saurait constituer une violation de la liberté de religion de qui que ce soit. Dans le cas d'une école secondaire confessionnelle, où les élèves acquièrent des connaissances au sujet des préceptes d'une religion particulière pendant toute la durée de leurs études, on peut prétendre qu'il est encore plus important qu'ils explorent, de façon aussi objective que possible, d'autres systèmes de croyances ainsi que leurs fondements.

Le fait d'enseigner des systèmes éthiques d'autres religions de façon neutre peut constituer un exercice délicat, mais ces difficultés de mise en œuvre ne devraient pas amener l'État à être tenu de s'en laver les mains et de renoncer à ses objectifs en acceptant un programme qui aborde l'étude de l'éthique d'abord et avant tout à travers le prisme moral de la perspective religieuse de l'établissement d'enseignement.

C'est la décision de la ministre *dans son ensemble* qui doit être le reflet d'une mise en balance proportionnée et donc raisonnable des protections conférées par la *Charte* et des objectifs de la loi en cause. Le fait d'empêcher une école comme Loyola d'enseigner et d'étudier le catholicisme, le cœur de son identité, selon sa propre perspective dans le cadre de l'ensemble du programme contribue peu à l'atteinte des objectifs du programme ÉCR tout en portant gravement atteinte aux valeurs qui sous-tendent la liberté de religion. La décision de la ministre est donc déraisonnable.

La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Moldaver : Loyola, en tant qu'organisation religieuse, bénéficie de la protection constitutionnelle relative à la liberté de religion. Étant donné le caractère collectif de la religion, la protection relative à la liberté de religion des individus commande la protection de la liberté de religion des organisations religieuses, y compris les établissements d'enseignement à caractère religieux comme Loyola.

Tout d'abord, il faut déterminer si la décision de la ministre a porté atteinte à cette liberté de religion de Loyola. Ensuite, il faut se demander si cette décision —

2015 SCC 12 (CanLII)

purely secular course of study may serve as an equivalent to the ERC Program — limits Loyola's freedom of religion more than reasonably necessary to achieve the goals of the program. However one describes the precise analytic approach taken, the essential question raised by this appeal is whether the Minister's decision limited Loyola's right to religious freedom proportionately — that is, no more than was reasonably necessary.

Loyola proposed an alternative to the ERC Program that takes the following form: (1) Loyola will teach Catholicism from the Catholic perspective, but will teach other religions objectively and respectfully; (2) Loyola will emphasize the Catholic point of view on ethical questions, but will ensure all ethical points are presented on any given issue; and (3) Loyola will encourage students to think critically and engage with their teachers and with each other in exploring the topics covered in the program. Loyola's proposal departs from the generic ERC Program in two key respects. When teaching both Catholicism and ethics, Loyola's teachers would depart from the strict neutrality that the ERC Program requires.

The freedom of religion protected by s. 2(*a*) of the *Charter* is not limited to religious belief, worship and the practice of religious customs. Rather, it extends to conduct more readily characterized as the propagation of, rather than the practice of, religion. Where the claimant is an organization rather than an individual, it must show that the claimed belief or practice is consistent with both its purpose and operation. While an organization itself cannot testify, the credibility of officials and representatives who give testimony on the organization's behalf will aid in evaluating this consistency. It is proper to assess the claimed belief or practice in light of objective facts such as the organization's other practices, policies and governing documents. The beliefs and practices of an organization may also reasonably be expected to be less fluid than those of an individual, therefore inquiry into past practices and consistency of position would be more relevant than in the context of a claimant who is a natural person.

This is not a case where the assessment of consistency is difficult, or where there is a reasonable concern that the expressed belief is made in bad faith or for an ulterior

selon laquelle seul un programme d'études purement laïque peut équivaloir au programme ÉCR — porte atteinte à cette liberté plus qu'il n'est raisonnablement nécessaire de le faire pour atteindre les objectifs du programme. Quelle que soit la façon dont est décrite l'approche analytique précise adoptée, la question essentielle soulevée dans le présent pourvoi est celle de savoir si la décision de la ministre a restreint le droit à la liberté de religion de Loyola de manière proportionnée — c'est-à-dire, pas plus qu'il n'était raisonnablement nécessaire de le faire.

Le programme de remplacement proposé par Loyola se présente sous la forme suivante : (1) Loyola enseignerait le catholicisme du point de vue catholique, mais les autres religions de façon objective et avec respect; (2) Loyola insisterait sur le point de vue catholique pour ce qui est des questions d'éthique, mais veillerait à ce que tous les points de vue éthiques soient présentés sur un sujet donné; et (3) Loyola encouragerait les élèves à penser de manière critique et à échanger avec leurs enseignants et entre eux lorsqu'ils exploreraient les thèmes abordés par le programme. La proposition de Loyola s'écarterait du programme ÉCR de référence sous deux aspects essentiels. Les enseignants de Loyola s'écarteraient de la stricte neutralité exigée par le programme ÉCR dans l'enseignement tant du catholicisme que de l'éthique.

La liberté de religion protégée par l'al. 2*a*) de la *Charte* ne se limite pas aux convictions religieuses, au culte et à la pratique de coutumes religieuses. En effet, elle englobe des actes qui participent davantage de la propagation de la foi que de la pratique religieuse. Lorsque le demandeur est une organisation plutôt qu'une personne physique, il doit démontrer que la croyance ou la pratique qu'il revendique s'accorde tant avec sa mission qu'avec ses activités. Bien qu'une organisation ne puisse elle-même témoigner, la crédibilité des dirigeants et des représentants qui témoigneront en son nom aidera à apprécier la conformité de cette croyance ou pratique avec sa mission et ses activités. Il convient d'évaluer la croyance ou la pratique revendiquées à la lumière de faits objectifs tels que les autres pratiques de l'organisation, ses politiques et ses documents constitutifs. On peut également raisonnablement s'attendre à ce que les croyances et les pratiques d'une organisation soient moins fluides que celles d'une personne physique. L'examen des pratiques antérieures et de la constance des positions jouerait donc un rôle plus important dans le cas d'une organisation que dans celui d'une personne physique.

Il ne s'agit pas d'une cause dans laquelle l'appréciation de la conformité pose problème ou dans laquelle il y a raisonnablement lieu de s'inquiéter de ce que la

2015 SCC 12 (CanLII)

purpose. Having found that Loyola's belief in its religious obligation to teach Catholicism and ethics from a Catholic perspective is consistent with its organizational purpose and operation, it is evident that the Minister's denial of an exemption from the ERC Program — which has the effect of requiring Loyola to teach its entire ethics and religion program from a neutral, secular perspective — infringes Loyola's freedom of religion in violation of s. 2(*a*) of the *Charter*.

The government bears the burden of showing that the Minister's insistence on a purely secular program of study to qualify for an exemption limited Loyola's religious freedom no more than reasonably necessary to achieve the ERC Program's goals. There is nothing inherent in the ERC Program's objectives (recognition of others and pursuit of the common good) or competencies (world religions, ethics, and dialogue) that requires a cultural and non-denominational approach. As the legislative and regulatory scheme demonstrates, the intention of the government was to allow religious schools to teach the ERC Program without sacrificing their own religious perspectives. This goal is entirely realistic. A program of purely denominational instruction designed primarily to indoctrinate students to the correctness of certain religious precepts would not achieve the objectives of the ERC Program; however, a balanced curriculum, taught from a religious perspective but with all viewpoints presented and respected, could serve as an equivalent to the ERC Program. To the extent Loyola's proposal meets these criteria, it should not have been rejected out of hand.

There is unquestionably a role for the Minister to examine proposed programs on a case-by-case basis to ensure that they adequately further the objectives and competencies of the ERC Program. In certain cases, the result may be that the religious freedoms of private schools are subject to justifiable limitations. Here, however, the Minister adopted a definition of equivalency that essentially read this meaningful individualized approach out of the legislative and regulatory scheme. By using as her starting point the premise that only a secular approach to teaching the ERC Program can suffice as equivalent, the protection contemplated by the exemption provision at issue was rendered illusory.

croyance est exprimée de mauvaise foi ou dans un but inavoué. Comme nous avons conclu que la croyance de Loyola suivant laquelle elle est tenue, sur le plan religieux, d'enseigner le catholicisme et l'éthique selon une perspective catholique est conforme à sa mission et à ses activités, force est de constater que le refus de la ministre d'exempter cet établissement du programme ÉCR — qui a pour effet de l'obliger à enseigner l'ensemble de son programme d'éthique et de religion d'un point de vue neutre et non confessionnel — porte atteinte à sa liberté de religion en contravention de l'al. 2*a*) de la *Charte*.

C'est au gouvernement de faire la preuve que l'insistance de la ministre sur la nécessité que le programme d'études soit purement laïque pour qu'une exemption puisse être accordée ne restreint le droit à la liberté de religion de Loyola pas plus qu'il est raisonnable de le faire pour atteindre les objectifs du programme ÉCR. Il n'y a rien d'inhérent aux objectifs du programme ÉCR (reconnaissance des autres et poursuite du bien commun) ou aux compétences qu'il vise à inculquer aux élèves (religions dans le monde, éthique et dialogue) qui exige que l'on adopte une démarche culturelle et non confessionnelle. Comme le démontre le régime législatif et réglementaire, l'intention du gouvernement était de permettre aux écoles confessionnelles d'enseigner le programme ÉCR sans sacrifier pour autant leurs propres conceptions religieuses. Cet objectif est tout à fait réaliste. Un programme d'enseignement purement confessionnel conçu d'abord et avant tout pour inculquer aux élèves le bien-fondé de certains préceptes religieux n'atteindrait pas les objectifs du programme ÉCR; toutefois, un ensemble de matières équilibré enseigné d'un point de vue religieux, mais qui présenterait et respecterait tous les points de vue pourrait constituer un cours équivalent au programme ÉCR. Dans la mesure où la proposition de Loyola satisfait à ces critères, elle n'aurait pas dû être rejetée d'emblée.

On ne peut nier que le ministre est notamment chargé d'examiner au cas par cas les programmes proposés pour s'assurer qu'ils favorisent de façon adéquate la réalisation des objectifs du programme ÉCR et l'apprentissage des compétences qu'il vise à atteindre. Dans certains cas, il se pourrait que la liberté de religion des écoles privées fasse l'objet de restrictions justifiées. En l'espèce, toutefois, la ministre a adopté une définition de l'équivalence qui a essentiellement eu pour effet de faire déborder du cadre du régime législatif et réglementaire une méthode individualisée par ailleurs valable. En utilisant comme point de départ la prémisse que seule une démarche non confessionnelle d'enseignement du programme ÉCR pouvait être considérée équivalente, la ministre a rendu illusoire la protection envisagée par la disposition d'exemption en cause.

2015 SCC 12 (CanLII)

The legislative and regulatory scheme is designed to be flexible and to permit private schools to deviate from the generic ERC Program, so long as its objectives are met. The Minister's definition of equivalency casts this intended flexibility in the narrowest of terms, and limits deviation to a degree beyond that which is necessary to ensure the objectives of the ERC Program are met. This led to a substantial infringement on Loyola's religious freedom. In short, the Minister's decision was not minimally impairing. Therefore, it cannot be justified under s. 1 of the *Charter* as a reasonable limit on Loyola's s. 2(*a*) right to religious freedom.

Determining whether a proposed program is sufficiently equivalent to the generic ERC Program is a fact-based exercise. In the context of the present case, Loyola's teachers must be permitted to describe and explain Catholic doctrine and ethical beliefs from the Catholic perspective. Loyola's teachers must describe and explain the ethical beliefs and doctrines of other religions in an objective and respectful way. Loyola's teachers must maintain a respectful tone of debate, but where the context of the classroom discussion requires it, they may identify what Catholic beliefs are, why Catholics follow those beliefs, and the ways in which other ethical or doctrinal propositions do not accord with those beliefs.

This Court is empowered by s. 24(1) of the *Charter* to craft an appropriate remedy in light of all of the circumstances. It is neither necessary nor just to send this matter back to the Minister for reconsideration, further delaying the relief Loyola has sought for nearly seven years. Based on the application judge's findings of fact, and considering the record and the submissions of the parties, the only constitutional response to Loyola's application for an exemption would be to grant it.

Cases Cited

By Abella J.

Applied: *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395; **considered:** *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, 2012 SCC 7, [2012] 1 S.C.R. 235; **referred to:** *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Multani v. Commission scolaire*

Le régime législatif et réglementaire est conçu pour être flexible et pour permettre aux établissements d'enseignement privés de déroger au programme ÉCR de référence à condition d'en respecter les objectifs. La définition de l'équivalence retenue par la ministre exprime la souplesse prévue par le régime réglementaire de la façon la plus restrictive possible et limite les dérogations plus qu'il n'est nécessaire de le faire pour assurer l'atteinte des objectifs du programme ÉCR. Cette façon de procéder s'est traduite par une atteinte grave à la liberté de religion de Loyola. Bref, la décision de la ministre ne constituait pas une atteinte minimale. Elle ne peut donc se justifier en application de l'article premier de la *Charte* en tant que limite raisonnable au droit à la liberté de religion garanti à Loyola par l'al. 2*a*).

Déterminer si un programme proposé est suffisamment équivalent au programme ÉCR de référence suppose de procéder à une analyse axée sur les faits. Dans le contexte de la présente affaire, les enseignants de Loyola seront autorisés à exposer et à expliquer la doctrine et les croyances éthiques catholiques du point de vue catholique. Les enseignants de Loyola devront exposer et expliquer les croyances et les doctrines éthiques des autres religions de manière objective et respectueuse. Les enseignants de Loyola devront s'assurer que le débat a lieu dans un climat de respect, mais, lorsque le contexte de la discussion en classe l'exigera, ils pourront préciser en quoi consistent les convictions catholiques, les raisons pour lesquelles les catholiques y adhèrent et les raisons pour lesquelles d'autres propositions éthiques ou doctrinales sont incompatibles avec ces convictions.

Le paragraphe 24(1) de la *Charte* habilite la Cour à déterminer la réparation appropriée compte tenu de l'ensemble des circonstances. Il n'est pas nécessaire de renvoyer l'affaire au ministre pour qu'il la réexamine et il ne serait pas juste de le faire puisque cela aurait pour effet de retarder encore plus la réparation que Loyola réclame depuis presque sept ans. Eu égard aux conclusions de fait tirées par le juge saisi de la demande et compte tenu du dossier et des observations des parties, la seule réponse à la demande d'exemption de Loyola qui soit conforme à la Constitution consiste à lui donner une suite favorable.

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêt appliqué : *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; **arrêt examiné :** *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235; **arrêts mentionnés :** *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Multani c.*

2015 SCC 12 (CanLII)

Marguerite-Bourgeoys, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256; *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)*, 2004 SCC 48, [2004] 2 S.C.R. 650; *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, 2002 SCC 86, [2002] 4 S.C.R. 710; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; Eur. Court H. R., *Kokkinakis v. Greece*, judgment of 25 May 1993, Series A No. 260-A; *Metropolitan Church of Bessarabia v. Moldova*, No. 45701/99, ECHR 2001-XII; *Bruker v. Marcovitz*, 2007 SCC 54, [2007] 3 S.C.R. 607; *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698.

By McLachlin C.J. and Moldaver J.

Applied: *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; **referred to:** *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. CIP Inc.*, [1992] 1 S.C.R. 843; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *Sindicatul "Păstorul Cel Bun" v. Romania* (2014), 58 E.H.R.R. 10; *Metropolitan Church of Bessarabia v. Moldova*, No. 45701/99, ECHR 2001-XII; *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. Equal Employment Opportunity Commission*, 132 S. Ct. 694 (2012); *National Labor Relations Board v. Catholic Bishop of Chicago*, 440 U.S. 490 (1979); *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, 2012 SCC 7, [2012] 1 S.C.R. 235.

Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256; *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, 2004 CSC 48, [2004] 2 R.C.S. 650; *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, 2002 CSC 86, [2002] 4 R.C.S. 710; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; Cour eur. D. H., arrêt *Kokkinakis c. Grèce*, jugement du 25 mai 1993, série A nº 260-A; *Église métropolitaine de Bessarabie c. Moldova*, nº 45701/99, CEDH 2001-XII; *Bruker c. Marcovitz*, 2007 CSC 54, [2007] 3 R.C.S. 607; *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698.

Citée par la juge en chef McLachlin et le juge Moldaver

Arrêts appliqués : *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; **arrêts mentionnés :** *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. CIP Inc.*, [1992] 1 R.C.S. 843; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *Sindicatul « Păstorul cel Bun » c. Roumanie*, nº 2330/09, 9 juillet 2013 (HUDOC); *Église métropolitaine de Bessarabie c. Moldova*, nº 45701/99, CEDH 2001-XII; *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School c. Equal Employment Opportunity Commission*, 132 S. Ct. 694 (2012); *National Labor Relations Board c. Catholic Bishop of Chicago*, 440 U.S. 490 (1979); *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235.

2015 SCC 12 (CanLII)

2015 SCC 12 (CanLII)

Statutes and Regulations Cited

Act respecting private education, CQLR, c. E-9.1, ss. 10, 25, 32, 111.
Act respecting the Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport, CQLR, c. M-15, preamble, s. 2.
Basic school regulation for preschool, elementary and secondary education, CQLR, c. I-13.3, r. 8, ss. 23, 23.1.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*a*), 24(1).
Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12, ss. 3, 41.
Companies Act, CQLR, c. C-38, Part III.
Education Act, CQLR, c. I-13.3, ss. 447, 459, 461.
Interpretation Act, CQLR, c. I-16, s. 61(16).
Regulation respecting the application of the Act respecting private education, CQLR, c. E-9.1, r. 1, s. 22.

Treaties and Other International Instruments

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221 [the *European Convention on Human Rights*], art. 9.
International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171, arts. 18(1), (4).
Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), art. 18.

Authors Cited

Barak, Aharon. *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right*, trans. by Daniel Kayros. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
Barak, Aharon. "Proportionality (2)", in Michel Rosenfeld and András Sajó, eds., *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, 738.
Berger, Benjamin L. "Religious Diversity, Education, and the 'Crisis' in State Neutrality" (2014), 29 *C.J.L.S.* 103.
Bernatchez, Stéphane. "Les rapports entre le droit administratif et les droits et libertés: la révision judiciaire ou le contrôle constitutionnel?" (2010), 55 *McGill L.J.* 641.
Boudreau, Spencer. "From Confessional to Cultural: Religious Education in the Schools of Québec" (2011), 38 *Religion & Education* 212.
Driedger, Elmer A. *The Construction of Statutes*. Toronto: Butterworths, 1974.
Gibson, Dale. *The Law of the Charter: Equality Rights*. Toronto: Carswell, 1990.
Grimm, Dieter. "Conflicts Between General Laws and Religious Norms" (2009), 30 *Cardozo L. Rev.* 2369.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*a*), 24(1).
Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12, art. 3, 41.
Loi d'interprétation, RLRQ, c. I-16, art. 61(16).
Loi sur l'enseignement privé, RLRQ, c. E-9.1, art. 10, 25, 32, 111.
Loi sur l'instruction publique, RLRQ, c. I-13.3, art. 447, 459, 461.
Loi sur le ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport, RLRQ, c. M-15, préambule, art. 2.
Loi sur les compagnies, RLRQ, c. C-38, partie III.
Régime pédagogique de l'éducation préscolaire, de l'enseignement primaire et de l'enseignement secondaire, RLRQ, c. I-13.3, r. 8, art. 23, 23.1.
Règlement d'application de la Loi sur l'enseignement privé, RLRQ, c. E-9.1, r. 1, art. 22.

Traités et autres instruments internationaux

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221 [la *Convention européenne des droits de l'homme*], art. 9.
Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948), art. 18.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171, art. 18(1), (4).

Doctrine et autres documents cités

Barak, Aharon. *Human Dignity : The Constitutional Value and the Constitutional Right*, trans. by Daniel Kayros, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
Barak, Aharon. « Proportionality (2) », in Michel Rosenfeld and András Sajó, eds., *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 738.
Berger, Benjamin L. « Religious Diversity, Education, and the "Crisis" in State Neutrality » (2014), 29 *R.C.D.S.* 103.
Bernatchez, Stéphane. « Les rapports entre le droit administratif et les droits et libertés : la révision judiciaire ou le contrôle constitutionnel? » (2010), 55 *R.D. McGill* 641.
Boudreau, Spencer. « From Confessional to Cultural : Religious Education in the Schools of Québec » (2011), 38 *Religion & Education* 212.
Driedger, Elmer A. *The Construction of Statutes*, Toronto, Butterworths, 1974.
Gibson, Dale. *The Law of the Charter : Equality Rights*, Toronto, Carswell, 1990.

Habermas, Jürgen. "Religion in the Public Sphere" (2006), 14 *Eur. J. of Philos.* 1.

Kymlicka, Will. *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1995.

Macklem, Timothy. "Faith as a Secular Value" (2000), 45 *McGill L.J.* 1.

Moon, Richard. "Freedom of Religion Under the *Charter of Rights*: The Limits of State Neutrality" (2012), 45 *U.B.C. L. Rev.* 497.

Mullan, David. "Administrative Tribunals and Judicial Review of *Charter* Issues After *Multani*" (2006), 21 *N.J.C.L.* 127.

Muñiz-Fraticelli, Victor, and Lawrence David. "Whence a nexus with religion? Religious institutionalism in a Canadian context", forthcoming.

Newman, Dwight. *Community and Collective Rights: A Theoretical Framework for Rights held by Groups*. Oxford: Hart, 2011.

Quebec. Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles. *Building the Future: A Time for Reconciliation*. Québec: The Commission, 2008 (Co-chairs: Gérard Bouchard and Charles Taylor).

Quebec. Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport. *Establishment of an ethics and religious culture program: Providing future direction for all Québec youth*. Québec: The Ministère, 2005.

Sossin, Lorne, and Mark Friedman. "Charter Values and Administrative Justice" (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 391.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Hilton, Wagner and Fournier JJ.A.), 2012 QCCA 2139, [2012] R.J.Q. 2112, 46 Admin. L.R. (5th) 79, [2012] AZ-50918665, [2012] Q.J. No. 15094 (QL), 2012 CarswellQue 12912 (WL Can.), setting aside a decision of Dugré J., 2010 QCCS 2631, [2010] R.J.Q. 1417, [2010] AZ-50647607, [2010] Q.J. No. 5789 (QL), 2010 CarswellQue 15823 (WL Can.). Appeal allowed.

Mark Phillips and *Jacques S. Darche*, for the appellants.

Benoit Boucher, *Dominique Legault*, *Amélie Pelletier-Desrosiers* and *Caroline Renaud*, for the respondent.

Grimm, Dieter. « Conflicts Between General Laws and Religious Norms » (2009), 30 *Cardozo L. Rev.* 2369.

Habermas, Jürgen. « Religion in the Public Sphere » (2006), 14 *Eur. J. of Philos.* 1.

Kymlicka, Will. *Multicultural Citizenship : A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

Macklem, Timothy. « Faith as a Secular Value » (2000), 45 *R.D. McGill* 1.

Moon, Richard. « Freedom of Religion Under the *Charter of Rights* : The Limits of State Neutrality » (2012), 45 *U.B.C. L. Rev.* 497.

Mullan, David. « Administrative Tribunals and Judicial Review of *Charter* Issues After *Multani* » (2006), 21 *R.N.D.C.* 127.

Muñiz-Fraticelli, Victor, and Lawrence David. « Whence a nexus with religion? Religious institutionalism in a Canadian context », forthcoming.

Newman, Dwight. *Community and Collective Rights : A Theoretical Framework for Rights held by Groups*, Oxford, Hart, 2011.

Québec. Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles. *Fonder l'avenir : Le temps de la conciliation*, Québec, La Commission, 2008 (Coprésidents : Gérard Bouchard et Charles Taylor).

Québec. Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport. *La mise en place d'un programme d'éthique et de culture religieuse : Une orientation d'avenir pour tous les jeunes du Québec*, Québec, Le Ministère, 2005.

Sossin, Lorne, and Mark Friedman. « Charter Values and Administrative Justice » (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 391.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Hilton, Wagner et Fournier), 2012 QCCA 2139, [2012] R.J.Q. 2112, 46 Admin. L.R. (5th) 79, [2012] AZ-50918665, [2012] J.Q. nº 15094 (QL), 2012 CarswellQue 12912 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Dugré, 2010 QCCS 2631, [2010] R.J.Q. 1417, [2010] AZ-50647607, [2010] J.Q. nº 5789 (QL), 2010 CarswellQue 6161 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Mark Phillips et *Jacques S. Darche*, pour les appelants.

Benoit Boucher, *Dominique Legault*, *Amélie Pelletier-Desrosiers* et *Caroline Renaud*, pour l'intimé.

2015 SCC 12 (CanLII)

Barry W. Bussey and *Derek Ross*, for the intervener the Canadian Council of Christian Charities.

Albertos Polizogopoulos and *Don Hutchinson*, for the intervener the Evangelical Fellowship of Canada.

Robert E. Reynolds and *Ruth Ross*, for the intervener the Christian Legal Fellowship.

Palbinder K. Shergill, *Q.C.*, and *Balpreet Singh Boparai*, for the intervener the World Sikh Organization of Canada.

Ian C. Moes and *André Schutten*, for the intervener the Association of Christian Educators and Schools Canada.

Jean-Philippe Groleau, *Guy Du Pont* and *Léon H. Moubayed*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Ranjan K. Agarwal and *Jack R. Maslen*, for the interveners the Catholic Civil Rights League, Association des parents catholiques du Québec, the Faith and Freedom Alliance and Association de la communauté copte orthodoxe du grand Montréal.

Blake Bromley, for the intervener the Faith, Fealty and Creed Society.

Jean-Yves Côté and *Paul D. Faris*, for the intervener the Home School Legal Defence Association of Canada.

Gerald D. Chipeur, *Q.C.*, and *Grace Mackintosh*, for the interveners the Seventh-day Adventist Church in Canada and the Seventh-day Adventist Church — Quebec Conference.

Milton James Fernandes and *Sergio G. Famularo*, for the interveners Corporation archiépiscopale catholique romaine de Montréal and Archevêque catholique romain de Montréal.

Barry W. Bussey et *Derek Ross*, pour l'intervenant le Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes.

Albertos Polizogopoulos et *Don Hutchinson*, pour l'intervenante l'Alliance évangélique du Canada.

Robert E. Reynolds et *Ruth Ross*, pour l'intervenante l'Alliance des chrétiens en droit.

Palbinder K. Shergill, *c.r.*, et *Balpreet Singh Boparai*, pour l'intervenante World Sikh Organization of Canada.

Ian C. Moes et *André Schutten*, pour l'intervenante Association of Christian Educators and Schools Canada.

Jean-Philippe Groleau, *Guy Du Pont* et *Léon H. Moubayed*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Ranjan K. Agarwal et *Jack R. Maslen*, pour les intervenantes la Ligue catholique des droits de l'homme, l'Association des parents catholiques du Québec, Faith and Freedom Alliance et l'Association de la communauté copte orthodoxe du grand Montréal.

Blake Bromley, pour l'intervenante Faith, Fealty and Creed Society.

Jean-Yves Côté et *Paul D. Faris*, pour l'intervenante Home School Legal Defence Association of Canada.

Gerald D. Chipeur, *c.r.*, et *Grace Mackintosh*, pour les intervenantes l'Église adventiste du septième jour au Canada et l'Église adventiste du septième jour — Fédération du Québec.

Milton James Fernandes et *Sergio G. Famularo*, pour les intervenants la Corporation archiépiscopale catholique romaine de Montréal et l'Archevêque catholique romain de Montréal.

2015 SCC 12 (CanLII)

The judgment of LeBel, Abella, Cromwell and Karakatsanis JJ. was delivered by

[1] Abella J. — Since September 2008, as part of the mandatory core curriculum in schools across Quebec, the Minister of Education, Recreation and Sports has required a Program on Ethics and Religious Culture (ERC), which teaches about the beliefs and ethics of different world religions from a neutral and objective perspective. Like all courses in the mandatory curriculum, the Minister may grant private schools an exemption from the ERC Program if they offer an alternative program that the Minister deems to be equivalent.

[2] This appeal results from a judicial review of the Minister's decision to deny an exemption sought by a private, Catholic school. The Minister based her decision on the fact that the school's whole proposed program was to be taught from a Catholic perspective. It was not, as a result, "equivalent" to the ERC Program. The school submits that this is an interference with its religious freedom. The Minister submits that it is a necessary strategy to ensure that students are knowledgeable about and respectful of the differences of others. In a sense, they are both right . . .

[3] This Court's decision in *Doré v. Barreau du Québec*, [2012] 1 S.C.R. 395, sets out the applicable framework for assessing whether the Minister has exercised her statutory discretion in accordance with the relevant *Canadian Charter of Rights and Freedoms* protections. *Doré* succeeded a line of conflicting jurisprudence which veered between cases like *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, and *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 S.C.R. 256, that applied s. 1 (and a traditional *Oakes* analysis) to discretionary administrative decisions, and those, like *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, [2008] 1 S.C.R. 761, which applied an administrative law approach. The result in *Doré* was to eschew a literal s. 1 approach in favour of a *robust* proportionality

Version française du jugement des juges LeBel, Abella, Cromwell et Karakatsanis rendu par

[1] La juge Abella — Depuis septembre 2008, le ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport exige que le programme Éthique et culture religieuse (ÉCR) soit intégré aux matières obligatoires pour l'ensemble des écoles du Québec. Dans le cadre de ce programme, on présente, d'un point de vue neutre et objectif, les croyances et l'éthique de différentes religions du monde. Comme pour tous les cours du programme obligatoire, le ministre peut exempter certaines écoles privées du programme ÉCR si elles offrent un programme de remplacement qu'il juge équivalent.

[2] Le présent pourvoi résulte du contrôle judiciaire d'une décision de la ministre refusant une telle exemption à une école privée catholique. La ministre a fondé sa décision sur le fait que l'ensemble du programme proposé par l'école allait être enseigné selon une perspective catholique. Par conséquent, le programme n'était pas « équivalent » au programme ÉCR. L'école soutient que cette intervention de la ministre porte atteinte à sa liberté de religion. La ministre plaide que la neutralité de l'enseignement constitue une stratégie nécessaire pour s'assurer que les élèves connaissent et respectent les différences. En un sens, la ministre et l'école ont toutes deux raison . . .

[3] Dans *Doré c. Barreau du Québec*, [2012] 1 R.C.S. 395, la Cour a établi le cadre d'analyse applicable pour décider si un ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire conformément aux dispositions pertinentes de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cet arrêt a succédé à une série de décisions contradictoires qui ont oscillé entre des arrêts tels *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, et *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256, qui ont appliqué l'art. 1 (et l'analyse traditionnelle énoncée dans *Oakes*) à des décisions administratives qui découlaient de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, et d'autres arrêts tels *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2008] 1 R.C.S. 761, qui ont appliqué une approche de droit administratif. Ainsi,

2015 SCC 12 (CanLII)

analysis consistent with administrative law principles.

[4] Under *Doré*, where a discretionary administrative decision engages the protections enumerated in the *Charter* — both the *Charter*'s guarantees and the foundational values they reflect — the discretionary decision-maker is required to proportionately balance the *Charter* protections to ensure that they are limited no more than is necessary given the applicable statutory objectives that she or he is obliged to pursue.

[5] In this case, the Minister's decision reflected the fundamental assumption that any program taught from a religious perspective could not be an alternative to the ERC Program and that the religious school could not teach even its own religion from its own perspective.

[6] For the reasons that follow, in my view prescribing to Loyola how it is to explain Catholicism to its students seriously interferes with freedom of religion, while representing no significant benefit to the ERC Program's objectives. In a context like Quebec's, where private denominational schools are legal, this represents a disproportionate, and therefore unreasonable interference with the values underlying freedom of religion of those individuals who seek to offer and who wish to receive a Catholic education at Loyola. On the other hand, I see no significant impairment of freedom of religion in requiring Loyola to offer a course that explains the beliefs, ethics and practices of other religions in as objective and neutral a way as possible, rather than from the Catholic perspective.

Background

[7] Loyola High School is a private, English-speaking Catholic high school for boys. It is highly respected, and has been administered by the Jesuit Order since the school's founding in the 1840s. Its

dans *Doré*, l'approche fondée sur l'art. 1 prise littéralement a été écartée au profit d'une analyse *robuste* de la proportionnalité compatible avec les principes de droit administratif.

[4] Suivant *Doré*, lorsqu'une décision fait intervenir les protections énumérées dans la *Charte* — soit tant les droits qui y sont énoncés que les valeurs dont ils sont le reflet —, le ou la ministre doit veiller à ce que ces protections ne soient pas restreintes plus qu'il n'est nécessaire compte tenu des objectifs applicables visés par la loi qu'il ou elle a l'obligation de chercher à atteindre.

[5] En l'espèce, la décision de la ministre a reposé sur le postulat fondamental voulant que tout programme enseigné suivant une perspective religieuse ne puisse remplacer le programme ÉCR et qu'une école confessionnelle ne puisse pas enseigner, même sa propre religion, selon son propre point de vue.

[6] Pour les motifs qui suivent, j'estime que le fait de prescrire à Loyola comment elle doit expliquer le catholicisme à ses élèves porte gravement atteinte à la liberté de religion et ne contribue pas d'une manière appréciable à la réalisation des objectifs du programme ÉCR. Dans un contexte comme celui du Québec, où l'existence des écoles privées confessionnelles est légalement reconnue, il s'agit d'une atteinte disproportionnée, et par conséquent déraisonnable, aux valeurs qui sous-tendent la liberté de religion des personnes qui veulent offrir et qui souhaitent recevoir une éducation catholique à Loyola. En revanche, je ne vois aucune atteinte appréciable à la liberté de religion dans le fait d'obliger Loyola à offrir un cours où l'on explique les convictions, l'éthique et les pratiques d'autres religions de façon aussi neutre et objective que possible plutôt que suivant la perspective catholique.

Contexte

[7] L'école secondaire Loyola (« Loyola ») est une école secondaire catholique privée de langue anglaise pour garçons. C'est un établissement très respecté qui est administré par l'ordre des Jésuites depuis sa

2015 SCC 12 (CanLII)

mission, teaching, and characteristics are Jesuit. Most of the students at Loyola come from Catholic families.

[8] Until relatively recently, public education in Quebec was entirely confessional in nature and public schools were organized along denominational lines, under the complete control of the Catholic and Protestant Committees of the Council of Public Instruction, who "ran their respective schools with little or no government interference": Spencer Boudreau, "From Confessional to Cultural: Religious Education in the Schools of Québec" (2011), 38 *Religion & Education* 212, at p. 213.

[9] With the Quiet Revolution in the 1960s, the state took charge of educational institutions formerly controlled by religious communities. By 2000, public schools were fully secularized and denominational schools no longer had official status in the public system. They were, however, permitted to operate as private schools: see *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, [2012] 1 S.C.R. 235, at para. 12.

[10] The Ethics and Religious Culture (ERC) Program, which is the most recent step in the process of secularization of the school system, replaced all the remaining Catholic and Protestant religious programs with a secularized study of religion and ethics. It became mandatory for all schools, public and private, at the start of the 2008-2009 school year. At the secondary level, the program is required to be taught in four of the five years of school: *Basic school regulation for preschool, elementary and secondary education*, CQLR, c. I-13.3, r. 8, ss. 23 and 23.1.

[11] The ERC Program has two key stated objectives: the "recognition of others" and the "pursuit of the common good". The first objective is based on

fondation dans les années 1840. Sa mission, son enseignement et ses autres caractéristiques sont typiques des institutions jésuites. La plupart des élèves qui fréquentent cette école sont issus de familles catholiques.

[8] Jusqu'à une période relativement récente, l'instruction publique au Québec avait un caractère entièrement confessionnel, et les écoles publiques — qui étaient organisées suivant des divisions religieuses — relevaient exclusivement de comités d'instruction publique catholiques et protestants qui [TRADUCTION] « dirigeaient leurs écoles respectives avec peu ou pas d'ingérence de l'État » : Spencer Boudreau, « From Confessional to Cultural : Religious Education in the Schools of Québec » (2011), 38 *Religion & Education* 212, p. 213.

[9] Dans la foulée de la Révolution tranquille, soit durant les années 60, l'État a pris en charge les établissements d'enseignement qui relevaient jusque-là des communautés religieuses. En 2000, le processus de déconfessionnalisation du système d'éducation public était achevé et les écoles confessionnelles ne possédaient plus de statut officiel au sein du système public. Elles pouvaient toutefois exercer leurs activités en tant qu'écoles privées : voir l'arrêt *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, [2012] 1 R.C.S. 235, par. 12.

[10] Le programme ÉCR, qui marque l'étape la plus récente dans le processus de déconfessionnalisation du système d'éducation, a remplacé tous les programmes religieux catholiques et protestants qui existaient encore par un enseignement non confessionnel de la religion et de l'éthique. Au début de l'année scolaire 2008-2009, ce programme est devenu obligatoire pour tous les établissements d'enseignement, qu'ils soient publics ou privés. Le cours d'ÉCR est, depuis, une matière obligatoire pendant quatre des cinq années du cours secondaire : *Régime pédagogique de l'éducation préscolaire, de l'enseignement primaire et de l'enseignement secondaire*, RLRQ, c. I-13.3, r. 8, art. 23 et 23.1.

[11] Le programme ÉCR comporte deux objectifs explicites : « la reconnaissance de l'autre » et « la poursuite du bien commun ». Le premier de ces

2015 SCC 12 (CanLII)

the principle that all people possess equal value and dignity. The second seeks to foster shared values of human rights and democracy. By imposing this program in its schools, Quebec seeks to inculcate in all students openness to diversity and respect for others.

[12] In order to fulfil these objectives, the ERC Program has three components which seek to develop three competencies among students: the ability to understand "religious culture", which includes the study of world religions; the ability to reflect on ethical questions; and the ability to engage in dialogue. The three competencies are intended to support and reinforce one another.

[13] The purpose of the religious culture component is to help students understand the main elements of religion by exploring the socio-cultural contexts in which different religions take root and develop. The program takes a cultural and phenomenological rather than a doctrinal approach to the study of religions. Because of their role in Quebec's history, it accords a prominent role to Catholicism and Protestantism, but teachers are also required to discuss Judaism, Islam, Hinduism, Buddhism, and Aboriginal belief systems.

[14] The purpose of the ethics component is to encourage students to critically reflect on their own ethical conduct and that of others, as well as on the values and norms that different religious and social groups adopt to guide their behaviour.

[15] The purpose of the dialogue component, which is integrated with the ethics and religious culture components, is to help students develop the skills to interact respectfully with people of different beliefs in a diverse society, and to understand the impact of their behaviour on the broader community.

objectifs repose sur le principe suivant lequel toutes les personnes sont égales en valeur et en dignité. Le second vise l'épanouissement des valeurs communes que sont les droits de la personne et la démocratie. En imposant ce programme dans ses écoles, le Québec cherche à inculquer à tous les élèves un esprit d'ouverture à la diversité ainsi que le respect de l'autre.

[12] Pour réaliser ces objectifs, le programme ÉCR comprend trois volets qui tendent à l'apprentissage par l'élève de trois compétences : comprendre le « phénomène religieux » — ce qui inclut l'étude de religions du monde —, réfléchir sur des questions éthiques et pratiquer le dialogue. Ces trois compétences sont censées se compléter et se renforcer l'une l'autre.

[13] Le volet du programme relatif au phénomène religieux a pour objet d'aider les élèves à comprendre les principaux éléments de la religion par l'exploration des contextes socioculturels dans lesquels diverses religions se sont enracinées et se développent. Le programme aborde l'étude des religions sous un angle culturel et phénoménologique plutôt que doctrinal. En raison du rôle qu'ils ont joué dans l'histoire du Québec, le programme accorde une place prépondérante au catholicisme et au protestantisme, mais les enseignants sont également tenus de discuter du judaïsme, de l'islam, de l'hindouisme, du bouddhisme et des systèmes de croyances autochtones.

[14] Le volet éthique du programme vise à encourager les élèves à porter un regard critique sur leur propre conduite éthique et sur celle d'autrui, ainsi que sur les valeurs et les normes adoptées par différents groupes religieux et sociaux pour guider leur conduite.

[15] Le volet relatif au dialogue — qui fait également partie intégrante des deux autres volets du programme — vise à aider les élèves à acquérir des habiletés leur permettant d'interagir de façon respectueuse avec des gens qui ont des convictions différentes au sein d'une société diversifiée et de comprendre les répercussions de leur propre comportement sur la collectivité en général.

2015 SCC 12 (CanLII)

[16] The ERC Program provides a framework that teachers must utilize to help students develop these competencies, but leaves teachers with considerable flexibility in developing their own lessons and structuring their course to convey this content.

[17] The major world religions are taught through themes. Students explore the elements of religious traditions, including different representations of divinity, creation stories, and religious rites, rules and duties. They also discuss Quebec's religious heritage. They then learn about the founding and development of different world religions, and examine the ways that different traditions and philosophical texts have approached questions about divinity, the meaning of life and death, and the human condition generally. And they draw on literature to explore different kinds of religious experiences, methodologies for transmitting religion, and ways religious experiences shape people and communities.

[18] Students develop competency in ethics by exploring themes such as freedom, autonomy, and tolerance, among others. They develop competency in dialogue by learning about different forms of dialogue; strategies for developing, explaining or challenging a point of view; and processes and patterns of thought that can undermine dialogue, such as stereotyping and prejudice.

[19] The orientation of the ERC Program is strictly secular and cultural; it requires teachers to take a "professional stance" of objectivity and impartiality. That means that they are not to advance the truth of a particular belief system or attempt to influence their students' beliefs. Instead, their role is to foster awareness of diverse values, beliefs and cultures. Teachers in the program are therefore expected to act as mediators to help their students develop the critical capacity to understand, articulate and question different points of view.

[16] Bien que le programme ÉCR constitue un cadre pédagogique que sont tenus de suivre les enseignants pour aider les élèves à acquérir ces trois compétences, il leur laisse tout de même une latitude considérable pour l'élaboration de leurs leçons et pour l'organisation de leurs cours en vue de transmettre cette matière.

[17] Les principales religions du monde sont enseignées par thèmes. Les élèves explorent certains éléments des traditions religieuses, notamment une variété de représentations de la divinité, de récits de la création ainsi que de rites, préceptes et devoirs religieux. Ils discutent également du patrimoine religieux québécois. Ils étudient ensuite l'établissement et l'évolution de diverses religions du monde, et examinent la façon dont certaines traditions et certains textes philosophiques traitent de questions telles que le divin, le sens de la vie et de la mort et la condition humaine en général. Ils puisent ensuite dans la littérature pour examiner divers types d'expériences religieuses et modes de transmission de la religion, ainsi que différentes façons dont l'expérience religieuse façonne les gens et les collectivités.

[18] Les élèves développent leur compétence en éthique en explorant des thèmes comme la liberté, l'autonomie et la tolérance. Ils développent leur compétence en dialogue en étudiant diverses formes de dialogue, des stratégies leur permettant de former, d'expliquer ou de remettre en question un point de vue, et des modes de pensée ou façons de voir les choses qui peuvent nuire au dialogue, par exemple les stéréotypes et les préjugés.

[19] Le programme ÉCR a une optique strictement laïque et culturelle : il exige des enseignants qu'ils adoptent une « attitude professionnelle » objective et impartiale. Ceux-ci doivent donc s'abstenir d'affirmer la vérité d'un système particulier de croyances ou de tenter d'influencer les convictions de leurs élèves. Leur rôle consiste plutôt à favoriser la connaissance d'une variété de valeurs, de convictions et de cultures. On attend donc des enseignants, dans le cadre de ce programme, qu'ils agissent comme intermédiaires et aident les élèves à développer leur sens critique afin qu'ils soient en mesure de comprendre, de formuler et de remettre en question divers points de vue.

2015 SCC 12 (CanLII)

[20] The ERC program has already been scrutinized — and found to be constitutional — by this Court in the context of the public school system. In *S.L.*, a group of parents claimed that the program would confuse their children and interfere with their religious training because it exposed them to information about various world religions from a secular perspective. They argued that this amounted to a violation of s. 2(*a*) of the *Charter*.

[21] The Court rejected their claim and affirmed the constitutionality of the ERC Program as a mandatory component of the curriculum in public schools. In her reasons, Justice Deschamps observed that

> [p]arents are free to pass their personal beliefs on to their children if they so wish. However, the early exposure of children to realities that differ from those in their immediate family environment is a fact of life in society. The suggestion that exposing children to a variety of religious facts in itself infringes their religious freedom or that of their parents amounts to a rejection of the multicultural reality of Canadian society and ignores the Quebec government's obligations with regard to public education. Although such exposure can be a source of friction, it does not in itself constitute an infringement of s. 2(*a*) of the *Canadian Charter* and of s. 3 of the *Quebec Charter*. [*S.L.*, at para. 40]

[22] The same Ethics and Religious Culture Program is now before us in the context of a private denominational school. Like their counterparts in the public school system, the core curriculum of private denominational schools is regulated by the province and is compulsory: *Education Act*, CQLR, c. I-13.3, ss. 447 and 459; *Basic school regulation for preschool, elementary and secondary education*, ss. 23 and 23.1; *An Act respecting private education*, CQLR, c. E-9.1, ss. 25 and 32.

[23] A private school is entitled to provide an alternative but "equivalent" program if the Minister approves its content. Section 22 of the *Regulation respecting the application of the Act respecting private education*, CQLR, c. E-9.1, r. 1, sets out the Minister's authority to grant an exemption where

[20] Le programme ÉCR a déjà été analysé — et jugé constitutionnel par la Cour — dans le contexte du système scolaire public. Dans l'affaire *S.L.*, un groupe de parents affirmait que ce programme créerait de la confusion chez leurs enfants et nuirait à leur formation religieuse, parce qu'il les exposerait à de l'information sur diverses religions du monde d'un point de vue laïque. Ils soutenaient qu'il s'agissait d'une violation de l'al. 2*a*) de la *Charte*.

[21] La Cour a rejeté leur prétention et confirmé la constitutionnalité du programme ÉCR en tant qu'élément obligatoire du programme d'études des écoles publiques. Dans ses motifs, la juge Deschamps a fait remarquer que

> [l]es parents qui le désirent sont libres de transmettre à leurs enfants leurs croyances personnelles. Cependant, l'exposition précoce des enfants à des réalités autres que celles qu'ils vivent dans leur environnement familial immédiat constitue un fait de la vie en société. Suggérer que le fait même d'exposer des enfants à différents faits religieux porte atteinte à la liberté de religion de ceux-ci ou de leurs parents revient à rejeter la réalité multiculturelle de la société canadienne et méconnaître les obligations de l'État québécois en matière d'éducation publique. Bien qu'une telle exposition puisse être source de frictions, elle ne constitue pas en soi une atteinte à l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne* et à l'art. 3 de la *Charte québécoise*. [*S.L.*, par. 40]

[22] En l'espèce, nous sommes appelés à examiner la validité du même programme ÉCR dans le contexte d'une école privée confessionnelle. Les écoles de ce type, à l'instar des établissements scolaires du réseau public, appliquent un programme d'études de base régi par la province et obligatoire : *Loi sur l'instruction publique*, RLRQ, c. I-13.3, art. 447 et 459; *Régime pédagogique de l'éducation préscolaire, de l'enseignement primaire et de l'enseignement secondaire*, art. 23 et 23.1; *Loi sur l'enseignement privé*, RLRQ, c. E-9.1, art. 25 et 32.

[23] Les écoles privées sont autorisées à enseigner un programme de remplacement, mais « équivalent », si le ministre en approuve le contenu. L'article 22 du *Règlement d'application de la Loi sur l'enseignement privé*, RLRQ, c. E-9.1, r. 1, confère en effet au ministre le pouvoir d'exempter un

2015 SCC 12 (CanLII)

the school in question proposes to teach an alternative program which the Minister decides is sufficiently similar to the compulsory curriculum. It states:

22. Every institution shall be exempt from the [compulsory curriculum] provided the institution dispenses programs of studies which the Minister of Education, Recreation and Sports judges equivalent.

[24] On March 30, 2008, approximately five months before the ERC Program became mandatory across the Quebec school system, Loyola's Principal and Director wrote to the Minister to request an exemption from the program for the upcoming school year. They claimed that the program was incompatible with Loyola's Catholic mission and convictions and proposed an alternative program that placed greater emphasis on Catholic beliefs and ethics.

[25] In response to the Minister's request for additional information, Loyola sent the Minister a document setting out a general description of its proposed alternative program. The document presents the religious and ethical teachings of the Catholic Church as a central component of the proposed alternative program and as the basis upon which students should learn about other religions. Although it provides an opportunity to discuss major world religions and different ethical positions, the normative core of Loyola's proposed curriculum is the doctrine and belief system of the Catholic Church. Catholic doctrine and ethics would be emphasized early and taught in great depth, and would frame the discussion of other religions and ethical approaches. The third year of the program, for example — a year in which Loyola's proposed program would focus primarily on teaching its students about ethics — is described as a course on "Catholic Moral Teaching" designed to "offer a Catholic vision for answering the question 'What kind of person am I becoming, and what kind of person do I want to become?' It centers on Jesus as the model of full humanness".

établissement d'enseignement du programme d'études obligatoire, dans la mesure où le programme de remplacement proposé est, de l'avis du ministre, suffisamment semblable au programme obligatoire. L'article 22 est ainsi rédigé :

22. Tout établissement est exempté [du programme d'études obligatoire] pourvu que l'établissement offre des programmes jugés équivalents par le ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport.

[24] Le 30 mars 2008, soit environ cinq mois avant que le programme ÉCR ne devienne obligatoire pour l'ensemble du réseau scolaire québécois, le directeur et le président de Loyola ont écrit à la ministre et demandé que l'école soit exemptée de l'obligation d'appliquer ce programme pour l'année scolaire à venir. Ils soutenaient que ce programme était incompatible avec la mission et les convictions catholiques de Loyola, et proposaient en outre un programme de remplacement plus axé sur les croyances et l'éthique catholiques que le programme de référence.

[25] En réponse à la demande de la ministre pour des renseignements complémentaires, Loyola lui a fait parvenir par écrit une description générale du programme de remplacement qu'elle proposait. Dans ce document, les enseignements religieux et éthiques de l'Église catholique étaient présentés comme un élément central du programme de remplacement proposé et comme le cadre de référence de l'étude des autres religions. Bien que le programme d'études proposé prévoit la possibilité de traiter des principales religions du monde et de différents points de vue éthiques, son essence normative correspond à la doctrine et aux croyances de l'Église catholique. Ainsi, on s'attacherait au départ à la doctrine et à l'éthique catholiques, qui seraient enseignées en détail et serviraient de cadre pour l'étude des autres religions et approches éthiques. Par exemple, le cours de la troisième année du programme — année où le programme proposé porterait principalement sur l'enseignement de l'éthique — est décrit comme un cours sur [TRADUCTION] « l'enseignement moral catholique » qui vise à « offrir aux élèves une vision catholique, afin de leur permettre de répondre aux

2015 SCC 12 (CanLII)

In the fourth year of the program, which focuses on the world religions component,

> [t]he course presents a concise history of the Catholic Church, covering the significant events and doctrines that have shaped the course of Catholic thought and action over the past millennia. Beginning with the Apostolic Age, it follows the rise of Christendom through the High Middle Ages to the Reformation and into the Twentieth Century. Topics include the early fathers of the Church, scholars, heresies, councils, popes and saints and concludes with an exploration of the current challenges that we face in the post-modern world.
>
> . . . As the course progress[es] through history, a variety of Religions are discussed . . . [i]n particular, the interaction between the Catholic Church and the various other religions is explored.

Loyola's proposed course description did not address the dialogue competency that is required as part of the ERC Program.

[26] In a letter dated August 7, 2008, the Minister denied Loyola's request for an exemption from teaching the ERC curriculum, seeing Loyola's proposed approach as essentially a request for a departure from teaching the ERC subject altogether, rather than for an exemption based on a proposed equivalent course.

[27] Loyola sent a follow-up request to the Minister on August 25, 2008, attempting to demonstrate how its proposed alternative program met the objectives of the ERC Program. In its view, the religious nature of the school prevented it from teaching Catholic beliefs or other religions from a "neutral" or detached perspective. Although its program would be taught from a Catholic perspective, it would offer its students a deeper and more thorough understanding of world religions by going beyond history and external customs to engage seriously with their fundamental beliefs. It also

questions suivantes : "Quel genre de personne suis-je en train de devenir? Quel genre de personne est-ce que je souhaite devenir?" Il est centré sur Jésus en tant que modèle d'humanité pleine et entière ». Durant la quatrième année du programme, où l'accent serait mis sur les religions dans le monde :

> [TRADUCTION] Le cours présente un bref historique de l'Église catholique et porte sur les événements et doctrines d'importance qui ont influencé le cours de la pensée et de l'action catholiques au cours des derniers millénaires. En commençant par l'âge apostolique, le cours suit l'ascension de la chrétienté tout au long du haut Moyen Âge jusqu'à la Réforme et au vingtième siècle. Les thèmes abordés comprennent les premiers Pères de l'Église, les théoriciens, les hérésies, les conciles, les papes et les saints. Le cours se conclut par un examen des défis actuels auxquels nous devons faire face dans le monde postmoderne.
>
> . . . Au fur et à mesure que le cours avance dans l'histoire, diverses religions sont étudiées [. . .] On se penche notamment sur l'interaction entre l'Église catholique et les diverses autres religions.

La description du cours proposé ne traitait pas de la compétence au dialogue, un aspect pourtant obligatoire du programme ÉCR.

[26] Dans une lettre datée du 7 août 2008, la ministre a refusé la demande présentée par Loyola en vue d'être exempté de l'obligation d'enseigner le programme ÉCR puisqu'elle jugeait que la proposition de Loyola consistait essentiellement en une demande de dispense quant à l'ensemble du programme ÉCR plutôt qu'en une demande d'exemption basée sur l'enseignement d'un cours équivalent.

[27] Le 25 août 2008, Loyola a envoyé une seconde demande à la ministre dans laquelle elle a tenté de démontrer en quoi le programme de remplacement qu'elle proposait respectait les objectifs du programme ÉCR. À son avis, le caractère confessionnel de l'école l'empêchait d'enseigner les croyances catholiques ou les autres religions d'un point de vue « neutre » ou détaché. Certes, le programme de l'école serait enseigné suivant une perspective catholique, mais elle offrirait aux élèves une compréhension plus approfondie et plus complète des religions du monde, en allant au-delà de

2015 SCC 12 (CanLII)

affirmed its commitment to teaching its students to [TRANSLATION] "think critically, to obtain information, to be aware of the principal ethical issues and to examine popular beliefs and practices", but from a Catholic perspective.

[28] This second request was also denied by the Minister. In a letter dated November 13, 2008, a department official writing on the Minister's behalf expressed concern that Loyola's proposed program was faith-based, rather than cultural. The letter also mentioned what were seen as defects in the development of competency in dialogue and in the role of the teacher. The letter set out the following six bases for the Minister's decision to deny Loyola's request for an exemption:

[TRANSLATION]

- The two main goals of the Ethics and Religious Culture program are recognition of others and pursuit of the common good. The approach to and the conception of the common good developed in the Ethics and Religious Culture program [and those] proposed by Loyola High School are very different. The approach advocated in the Ethics and Religious Culture program is cultural, not faith-based. According to the summary of the program proposed by Loyola High School and submitted to the department for evaluation, the program is based on the Catholic faith and its main goal is the transmission of Catholic beliefs and convictions. It encompasses a conception of others, but once again from a Christian Catholic perspective.

- Again according to the summary of the program submitted to the department for evaluation, it appears that, contrary to the Ethics and Religious Culture program, the Loyola High School program does not lead the student to reflect on the common good, or on ethical issues, but rather to adopt the Jesuit perspective of Christian service.

- The ethics component of the Ethics and Religious Culture program does not offer the students moral education. It takes into consideration elements of

l'histoire de ces religions et de leurs manifestations extérieures et en les amenant à se pencher sérieusement sur leurs croyances fondamentales. Loyola y confirmait aussi son engagement à enseigner à ses élèves « à penser de manière critique, à s'informer, à être au courant des principales questions d'éthique et à questionner et examiner les croyances et pratiques populaires », mais d'un point de vue catholique.

[28] La seconde demande a elle aussi été refusée par la ministre. Dans une lettre datée du 13 novembre 2008, une cadre du ministère qui écrivait au nom de la ministre s'est dite préoccupée par le fait que le programme proposé était fondé sur la foi plutôt que sur la culture. Elle y a également fait état de ce qui était considéré comme des lacunes dans le développement des compétences relatives au dialogue et dans le rôle de l'enseignant. La lettre énonçait les six raisons suivantes pour justifier la décision de la ministre de refuser la demande d'exemption :

- Les deux grandes finalités du programme Éthique et culture religieuse sont la reconnaissance de l'autre et la poursuite du bien commun. L'approche et la conception du bien commun développées dans le programme Éthique et culture religieuse et celles proposées par Loyola High School sont très différentes. L'approche préconisée dans le programme Éthique et culture religieuse est culturelle et non fondée sur la foi. Or, suivant le sommaire du programme proposé par Loyola High School et soumis au Ministère pour évaluation, il appert que le programme de Loyola High School est fondé sur la foi catholique et a pour principale finalité la transmission des croyances et convictions catholiques. Il englobe une conception de l'autre, mais toujours par rapport à la perspective chrétienne catholique.

- Toujours suivant le sommaire du programme soumis au Ministère pour évaluation, il appert que, contrairement au programme Éthique et culture religieuse, le programme de Loyola High School n'amène pas l'élève à réfléchir sur le bien commun, ni sur des questions d'éthique, mais l'amène plutôt à adopter la perspective jésuite du service chrétien.

- Le volet éthique du programme Éthique et culture religieuse ne propose pas d'enseignement moral aux élèves. Il tient compte d'éléments de la culture

2015 SCC 12 (CanLII)

religious culture, whereas, according to the information transmitted to the department, the ethics aspect of the program proposed by Loyola High School focuses on the teaching of moral reference points laid down by the Catholic Church.

- According to the summary of the program submitted to the department for evaluation, the program proposed by Loyola High School does not provide for the development of competence in the practice of dialogue within the meaning of the Ethics and Religious Culture program.
- The training in religious culture of the Ethics and Religious Culture program is aimed at an enlightened comprehension of the many expressions of the religious experience present in Québec culture and in the world. Each religious tradition is observed individually without comparison or reference to another tradition. According to the summary of the program proposed by Loyola High School and transmitted to the department for evaluation, the program does not meet the requirements for the Ethics and Religious Culture program in terms of religious culture, as religions are studied in connection with the Catholic religion.
- Again according to the summary of the program submitted to the department for evaluation, the program proposed by Loyola High School is distinguished from the Ethics and Religious Culture program in terms of the teacher's role. In the Ethics and Religious Culture program, the teacher's foremost responsibility is to assist and guide the students in their reflections, whereas according to the information provided the department, the teacher of the program proposed by Loyola High School seems to have to teach the foundations of the religion and universe of Jesuit Catholic beliefs.

[29] Loyola brought an application for judicial review of the Minister's decision. In its view, the "normative pluralism" that underpinned the entire ERC Program was a violation of freedom of religion because it was incompatible with Loyola's character as a Catholic institution. After hearing additional testimony from Loyola about its proposed alternative program, the application judge concluded that the Minister's decision was incorrect, and constituted an unjustified violation of Loyola's right to religious freedom.

religieuse, alors que, selon les informations transmises au Ministère, le volet éthique du programme proposé par Loyola High School apparaît axé sur l'enseignement de repères moraux édictés par l'Église catholique.

- Suivant le sommaire du programme soumis au Ministère pour évaluation, il appert que le programme proposé par Loyola High School ne prévoit pas le développement de la compétence à la pratique du dialogue au sens où le programme Éthique et culture religieuse l'entend.
- La formation en culture religieuse du programme Éthique et culture religieuse vise une compréhension éclairée des multiples expressions du religieux présentes dans la culture québécoise et dans le monde. Chaque tradition religieuse est observée individuellement sans comparaison ou référence à une autre tradition. Suivant le sommaire du programme proposé par Loyola High School transmis au Ministère pour évaluation, il appert que ce programme ne satisfait pas aux exigences du programme Éthique et culture religieuse relatives à la culture religieuse, car l'étude des religions apparaît être réalisée en lien avec la religion catholique.
- Toujours suivant le sommaire du programme soumis au Ministère pour évaluation, il appert que le programme proposé par Loyola High School se distingue du programme Éthique et culture religieuse en ce qui a trait au rôle de l'enseignant. En effet, dans le programme Éthique et culture religieuse, la première responsabilité de l'enseignant est d'accompagner et de guider ses élèves dans leur réflexion, alors que suivant les informations fournies au Ministère, l'enseignant du programme proposé par Loyola High School semble devoir enseigner les fondements de la religion et de l'univers des croyances catholiques jésuites.

[29] Loyola a demandé le contrôle judiciaire de la décision de la ministre, plaidant que le « pluralisme normatif » qui sert de fondement à l'ensemble du programme ÉCR violait la liberté de religion parce qu'il est incompatible avec le caractère confessionnel catholique de l'établissement. Après avoir entendu des témoignages additionnels produits par Loyola au sujet du programme de remplacement proposé, le juge saisi de la demande a conclu que la décision de la ministre était incorrecte et qu'elle constituait une violation injustifiée du droit à la liberté de religion de cette institution.

2015 SCC 12 (CanLII)

[30] On appeal, the Quebec Court of Appeal unanimously overturned the decision. Applying this Court's decision in *Doré*, the Court of Appeal held that a reasonableness standard should be applied in assessing how the Minister balanced the *Charter* rights at stake. It concluded that the ERC Program did not interfere with religious freedom in any substantial manner, and that the Minister had therefore exercised her discretion in a reasonable manner.

[31] Before this Court, Loyola took a different position than in the prior proceedings. Loyola had previously asserted that the *entire* orientation of the ERC Program represented an impairment of religious freedom on the basis that discussing any religion through a neutral lens would be incompatible with Catholic beliefs. Its revised position before us was that it did not object to teaching *other* world religions objectively in the first component which focuses on "understanding religious culture". But it still wanted to be able to teach the *ethics* of other religious traditions from the perspective of the Catholic religion rather than in an objective and neutral way. Moreover, it continued to assert the right to teach Catholic doctrine and ethics from a Catholic perspective. Loyola took no position on the perspective from which it would seek to teach the dialogue component, which would be integrated with the other two components of its proposed alternative program. The position of the Minister before this Court, however, remained the same as it had been in the prior proceedings, namely, that in no aspect of the ERC Program would Loyola be permitted to teach from a Catholic perspective. It follows that Loyola's change of position has little impact on the analysis. The question instead is whether the *Minister*'s unchanged position, as reflected in her decision concerning the equivalency of Loyola's proposed program, interferes with the relevant *Charter* protections no more than is necessary given the statutory objectives she was required to pursue.

[30] En appel, les juges de la Cour d'appel du Québec ont unanimement infirmé cette décision. Appliquant l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Doré*, ils ont jugé qu'il fallait appliquer la norme de la décision raisonnable pour apprécier la manière dont la ministre avait mis en balance les droits garantis par la *Charte* qui étaient en cause. La Cour d'appel a conclu que le programme ÉCR ne portait aucune atteinte substantielle à la liberté de religion et que la ministre avait donc exercé son pouvoir discrétionnaire de façon raisonnable.

[31] Devant la Cour, Loyola a adopté une position différente de celle qu'elle avait défendue au cours des procédures antérieures. Jusqu'alors, elle avait soutenu que *toute* l'orientation du programme ÉCR constituait une atteinte à son droit à la liberté de religion, puisque discuter de toute religion sous un éclairage neutre était incompatible avec les convictions catholiques. Selon la position révisée qu'elle nous a présentée, elle ne s'oppose plus à l'enseignement d'*autres* religions du monde de façon objective dans le cadre du premier volet, soit celui qui est axé sur « la compréhension du phénomène religieux ». Cela dit, Loyola souhaite toujours pouvoir enseigner l'*éthique* d'autres traditions religieuses du point de vue de la religion catholique plutôt que d'une manière neutre et objective. De plus, elle continue à revendiquer son droit d'enseigner la doctrine et l'éthique catholiques dans une perspective catholique. Loyola n'a pas pris position sur la perspective suivant laquelle elle enseignerait le volet relatif à la pratique du dialogue qui serait intégré aux deux autres volets du programme de remplacement proposé. Pour sa part, la ministre a maintenu devant la Cour la même position que devant les juridictions inférieures, soit que Loyola ne devrait être autorisée à enseigner aucun aspect du programme ÉCR suivant une perspective catholique. Ainsi, le changement de position de Loyola n'a que peu d'incidence sur l'analyse. La question revient plutôt à savoir si la position inchangée de *la ministre*, comme l'illustre sa décision concernant l'équivalence du programme proposé par Loyola, interfère aussi peu qu'il est nécessaire de le faire avec les protections pertinentes garanties par la *Charte* compte tenu des objectifs de la loi qu'elle avait l'obligation de chercher à atteindre.

2015 SCC 12 (CanLII)

Analysis

[32] Loyola does not challenge the Minister's statutory authority to impose curricular requirements, but rather her discretionary decision to deny Loyola an exemption from the ERC Program. The reasonableness of the Minister's decision depends on whether it reflected a proportionate balance between the statutory mandate to grant exemptions only when a proposed alternative program is "equivalent" to the prescribed curriculum, based on the ERC Program's goals of promoting tolerance and respect for difference, and the religious freedom of the members of the Loyola community who seek to offer and wish to receive a Catholic education.

[33] Loyola, a non-profit corporation constituted under Part III of the Quebec *Companies Act*, CQLR, c. C-38, also argued that its own religious freedom had been violated by the decision. I recognize that individuals may sometimes require a legal entity in order to give effect to the constitutionally protected communal aspects of their religious beliefs and practice, such as the transmission of their faith: *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 181; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)*, [2004] 2 S.C.R. 650. I do not believe it is necessary, however, to decide whether corporations enjoy religious freedom in their own right under s. 2(*a*) of the *Charter* or s. 3 of the *Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12 (the *Quebec Charter*), in order to dispose of this appeal.

[34] In this case Loyola, as an entity lawfully created to give effect to religious belief and practice, was denied a statutory exemption from an otherwise mandatory regulatory scheme. As the subject of the administrative decision, Loyola is entitled to apply for judicial review and to argue that the Minister failed to respect the values underlying the grant of

Analyse

[32] Loyola conteste non pas le pouvoir légal de la ministre d'imposer certaines exigences pédagogiques, mais plutôt la décision qu'elle a prise, par suite de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de refuser de l'exempter de l'obligation d'appliquer le programme ÉCR. Pour juger du caractère raisonnable de la décision de la ministre, il faut déterminer si cette décision est le fruit d'une mise en balance proportionnée du mandat légal d'accorder une exemption uniquement si le programme proposé est « équivalent » au programme d'études prescrit compte tenu des objectifs de promotion de la tolérance et du respect des différences du programme ÉCR, d'une part, et de la liberté de religion des membres de la communauté de Loyola qui veulent offrir et qui souhaitent recevoir une éducation catholique, d'autre part.

[33] Loyola, une corporation sans but lucratif constituée sous le régime de la partie III de la *Loi sur les compagnies* du Québec, RLRQ, c. C-38, a également fait valoir que la décision avait porté atteinte à sa liberté de religion. Je reconnais que les individus peuvent parfois avoir besoin d'une personne morale pour donner effet aux aspects collectifs, protégés par la Constitution, de leurs croyances et pratiques religieuses, comme la transmission de leur foi : *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 181; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, [2004] 2 R.C.S. 650. Toutefois, pour statuer sur le présent pourvoi, je ne crois pas qu'il soit nécessaire de décider si les sociétés jouissent elles-mêmes de la liberté de religion protégée par l'al. 2*a*) de la *Charte* ou par l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12 (« *Charte québécoise* »).

[34] En l'espèce, Loyola, en tant qu'entité légalement constituée pour donner effet à des croyances et pratiques religieuses, s'est vu refuser l'octroi d'une exemption prévue par la loi d'un régime réglementaire par ailleurs obligatoire. Parce qu'elle est l'objet de cette décision administrative, l'école est autorisée à présenter une demande de contrôle

2015 SCC 12 (CanLII)

her discretion as part of its challenge of the merits of the decision. In my view, as a result, it is not necessary to decide whether Loyola itself, as a corporation, enjoys the benefit of s. 2(*a*) rights, since the Minister is bound in any event to exercise her discretion in a way that respects the values underlying the grant of her decision-making authority, including the *Charter*-protected religious freedom of the members of the Loyola community who seek to offer and wish to receive a Catholic education: *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 S.C.R. 710, at para. 71.

[35] This case, as the Court of Appeal noted and as the parties before this Court accepted, squarely engages the framework set out in *Doré*, which applies to discretionary administrative decisions that engage the *Charter*. *Doré* requires administrative decision-makers to proportionately balance the *Charter* protections —values and rights — at stake in their decisions with the relevant statutory mandate: *Doré*, at para. 55.

[36] As Aharon Barak explained, the purpose of a constitutional right is the realization of its constitutional values: *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right* (2015), at p. 144. In the *Doré* analysis, *Charter* values — those values that underpin each right and give it meaning — help determine the extent of any given infringement in the particular administrative context and, correlatively, when limitations on that right are proportionate in light of the applicable statutory objectives: *Hutterian Brethren*, at para. 88; Lorne Sossin and Mark Friedman, "Charter Values and Administrative Justice" (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 391, at pp. 403-4.

[37] On judicial review, the task of the reviewing court applying the *Doré* framework is to assess whether the decision is reasonable because it reflects a proportionate balance between the *Charter*

judiciaire et à soutenir, dans le cadre de sa contestation du bien-fondé de la décision, que la ministre n'a pas respecté les valeurs sous-jacentes à l'octroi de son pouvoir discrétionnaire. À mon avis, il n'est donc pas nécessaire de décider si Loyola, en tant que société, jouit elle-même du bénéfice des droits protégés par l'al. 2*a*), puisque, en effet, la ministre est tenue de toute façon d'exercer son pouvoir discrétionnaire dans le respect des valeurs sous-jacentes à l'octroi de son pouvoir décisionnel, et notamment de la liberté de religion que garantit la *Charte* aux membres de cette communauté qui veulent offrir ou qui souhaitent recevoir une éducation catholique : *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 R.C.S. 710, par. 71.

[35] Comme l'a souligné la Cour d'appel et comme en ont convenu les parties devant la Cour, la présente cause fait directement intervenir le cadre d'analyse élaboré dans *Doré,* qui s'applique aux décisions administratives de nature discrétionnaire emportant l'application de la *Charte*. *Doré* oblige les décideurs administratifs à procéder à une mise en balance proportionnée des protections — droits et valeurs — offertes par la *Charte* en jeu dans leurs décisions, d'une part, et du mandat légal pertinent, d'autre part : *Doré*, par. 55.

[36] Comme Aharon Barak l'a expliqué, un droit constitutionnel existe en vue de la réalisation des valeurs constitutionnelles qu'il recèle : *Human Dignity : The Constitutional Value and the Constitutional Right* (2015), p. 144. Dans l'analyse préconisée par *Doré*, les valeurs consacrées par la *Charte* — soit les valeurs qui sous-tendent chaque droit et qui leur donnent un sens — aident à préciser l'ampleur d'une atteinte à un droit donné dans le contexte administratif en cause et, corrélativement, à savoir dans quels cas les restrictions à ce droit sont proportionnées compte tenu des objectifs légaux applicables : *Hutterian Brethren*, par. 88; Lorne Sossin et Mark Friedman, « Charter Values and Administrative Justice » (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 391, p. 403-404.

[37] Lors d'un contrôle judiciaire, le rôle de la cour appelée à appliquer le cadre d'analyse établi dans *Doré* consiste à se demander si la décision en cause est raisonnable parce qu'elle est le

2015 SCC 12 (CanLII)

protections at stake and the relevant statutory mandate: *Doré*, at para. 57. Reasonableness review is a contextual inquiry: *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, [2012] 1 S.C.R. 5, at para. 18. In the context of decisions that implicate the *Charter*, to be defensible, a decision must accord with the fundamental values protected by the *Charter*.

[38] The *Charter* enumerates a series of guarantees that can only be limited if the government can justify those limitations as proportionate. As a result, in order to ensure that decisions accord with the fundamental values of the *Charter* in contexts where *Charter* rights are engaged, reasonableness requires proportionality: *Doré*, at para. 57. As Aharon Barak noted, "Reasonableness in [a strong] sense strikes a proper balance among the relevant considerations, and it does not differ substantively from proportionality": "Proportionality (2)", in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (2012), Michel Rosenfeld and András Sajó, eds., 738, at p. 743.

[39] The preliminary issue is whether the decision engages the *Charter* by limiting its protections. If such a limitation has occurred, then "the question becomes whether, in assessing the impact of the relevant *Charter* protection and given the nature of the decision and the statutory and factual contexts, the decision reflects a proportionate balancing of the *Charter* protections at play": *Doré*, at para. 57. A proportionate balancing is one that gives effect, as fully as possible to the *Charter* protections at stake given the particular statutory mandate. Such a balancing will be found to be reasonable on judicial review: *Doré*, at paras. 43-45.

[40] A *Doré* proportionality analysis finds analytical harmony with the final stages of the *Oakes* framework used to assess the reasonableness of a

fruit d'une mise en balance proportionnée des protections en jeu conférées par la *Charte*, d'une part, et du mandat pertinent conféré par la loi, d'autre part : *Doré*, par. 57. L'appréciation du caractère raisonnable d'une décision constitue une analyse contextuelle : *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, [2012] 1 R.C.S. 5, par. 18. Pour être défendable, une décision mettant en cause la *Charte* doit être conforme aux valeurs fondamentales garanties par ce texte.

[38] La *Charte* énumère une série de garanties qui ne peuvent être restreintes que si le gouvernement peut démontrer que ces restrictions sont proportionnées. En conséquence, pour qu'une telle décision soit conforme aux valeurs fondamentales consacrées par la *Charte* lorsque sont en cause des droits que protègent cette dernière, la raisonnabilité commande la proportionnalité : *Doré*, par. 57. Comme l'a souligné Aharon Barak, [TRADUCTION] « [l]a raisonnabilité [au sens fort du terme] établit un juste équilibre entre les considérations pertinentes, et ne diffère pas substantiellement de la proportionnalité » : « Proportionality (2) », dans *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (2012), Michel Rosenfeld et András Sajó, dir., 738, p. 743.

[39] La question préliminaire consiste à déterminer si la décision fait intervenir la *Charte* en restreignant les protections que confère cette dernière. En présence d'une telle restriction, « il s'agit donc de déterminer si — en évaluant l'incidence de la protection pertinente offerte par la *Charte* et compte tenu de la nature de la décision et des contextes légal et factuel — la décision est le fruit d'une mise en balance proportionnée des droits en cause protégés par la *Charte* » : *Doré*, par. 57. Une mise en balance proportionnée en est une qui donne effet autant que possible aux protections en cause conférées par la *Charte* compte tenu du mandat législatif particulier en cause. Une telle mise en balance sera jugée raisonnable dans le cadre d'un contrôle judiciaire : *Doré*, par. 43-45.

[40] L'analyse de la proportionnalité prescrite par l'arrêt *Doré* s'harmonise avec les étapes finales du cadre d'analyse énoncé dans *Oakes* qui sert pour

2015 SCC 12 (CanLII)

limit on a *Charter* right under s. 1: minimal impairment and balancing. Both *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and *Doré* require that *Charter* protections are affected as little as reasonably possible in light of the state's particular objectives: see *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 160. As such, *Doré*'s proportionality analysis is a robust one and "works the same justificatory muscles" as the *Oakes* test: *Doré*, at para. 5.

[41] The *Doré* analysis is also a highly contextual exercise. As under the minimal impairment stage of the *Oakes* analysis, under *Doré* there may be more than one proportionate outcome that protects *Charter* values as fully as possible in light of the applicable statutory objectives and mandate: *RJR-MacDonald*, at para. 160.

[42] *Doré*'s approach to reviewing administrative decisions that implicate the *Charter*, including those of adjudicative tribunals, responds to the diverse set of statutory and procedural contexts in which administrative decision-makers operate, and respects the expertise that these decision-makers typically bring to the process of balancing the values and objectives at stake on the particular facts in their statutory decisions: para. 47; see also David Mullan, "Administrative Tribunals and Judicial Review of *Charter* Issues After *Multani*" (2006), 21 *N.J.C.L.* 127, at p. 149; and Stéphane Bernatchez, "Les rapports entre le droit administratif et les droits et libertés: la révision judiciaire ou le contrôle constitutionnel?" (2010), 55 *McGill L.J.* 641. As Lorne Sossin and Mark Friedman have observed in their cogent article:

> While the Charter jurisprudence can shed light on the scope of Charter values, it remains for each tribunal to determine . . . how to balance those values against its policy mandate. For example, while personal autonomy

déterminer si une restriction à un droit garanti par la *Charte* est raisonnable au regard de l'article premier : atteinte minimale et équilibre. Les arrêts *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et *Doré* exigent tous deux que l'on restreigne les protections conférées par la *Charte* aussi peu que cela est raisonnablement possible eu égard aux objectifs particuliers de l'État : voir *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 160. L'analyse de la proportionnalité préconisée par l'arrêt *Doré* constitue donc une solide analyse qui « fait intervenir les mêmes réflexes justificateurs » que le test de l'arrêt *Oakes* : *Doré*, par. 5.

[41] L'analyse décrite dans *Doré* constitue aussi un exercice hautement contextuel. Tout comme le volet de l'atteinte minimale de l'analyse prescrite par l'arrêt *Oakes*, plusieurs issues peuvent être proportionnées et protéger les valeurs consacrées par la *Charte* aussi pleinement que possible à la lumière des objectifs et mandat applicables prévus par la loi : *RJR-MacDonald*, par. 160.

[42] La démarche que la Cour a appliquée dans *Doré* pour contrôler les décisions administratives faisant intervenir la *Charte*, y compris celles d'organismes juridictionnels, tient compte des divers cadres légaux et procéduraux dans lesquels les décideurs administratifs sont appelés à agir. Elle respecte en outre l'expertise que ceux-ci apportent généralement au processus de mise en balance des valeurs et des objectifs en cause eu égard aux faits particuliers de l'affaire dans les décisions qu'ils prennent en application de la loi : par. 47; voir aussi David Mullan, « Administrative Tribunals and Judicial Review of *Charter* Issues After *Multani* » (2006), 21 *R.N.D.C.* 127, p. 149; et Stéphane Bernatchez, « Les rapports entre le droit administratif et les droits et libertés : la révision judiciaire ou le contrôle constitutionnel? » (2010), 55 *R.D. McGill* 641. Comme les auteurs Lorne Sossin et Mark Friedman le font observer dans leur article convaincant :

> [TRADUCTION] Bien que la jurisprudence relative à la Charte puisse nous éclairer sur la portée des valeurs consacrées par cette dernière, il revient à chaque tribunal administratif de déterminer [. . .] comment mettre

2015 SCC 12 (CanLII)

may be a broadly recognized Charter value, it will necessarily mean something different in the context of a privacy commission than in the context of a parole board. [p. 422]

[43] The context before us — state regulation of religious schools — poses the question of how to balance robust protection for the values underlying religious freedom with the values of a secular state. Part of secularism, however, is respect for religious differences. A secular state does not — and cannot — interfere with the beliefs or practices of a religious group unless they conflict with or harm overriding public interests. Nor can a secular state support or prefer the practices of one group over those of another: Richard Moon, "Freedom of Religion Under the *Charter of Rights*: The Limits of State Neutrality" (2012), 45 *U.B.C. L. Rev.* 497, at pp. 498-99. The pursuit of secular values means respecting the right to hold and manifest different religious beliefs. A secular state respects religious differences, it does not seek to extinguish them.

[44] Through this form of neutrality, the state affirms and recognizes the religious freedom of individuals and their communities. As Prof. Moon noted:

Underlying the [state] neutrality requirement, and the insulation of religious beliefs and practices from political decision making, is a conception of religious belief or commitment as deeply rooted, as an element of the individual's identity, rather than simply a choice or judgment she or he has made. Religious belief lies at the core of the individual's worldview. It orients the individual in the world, shapes his or her perception of the social and natural orders, and provides a moral framework for his or her actions. Moreover, religious belief ties the individual to a community of believers and is often the central or defining association in her or his life. The individual believer participates in a shared system of practices and values that may, in some cases, be described as "a way of life". If religion is an aspect of the individual's identity,

en balance ces valeurs et le mandat général dont il est investi. Par exemple, bien que l'autonomie personnelle puisse constituer une valeur consacrée par la Charte généralement reconnue, elle aura nécessairement un sens différent aux yeux d'un commissariat à la protection de la vie privée et à ceux d'une commission des libérations conditionnelles. [p. 422]

[43] Le contexte particulier de la présente affaire — qui porte sur la réglementation par l'État des écoles confessionnelles — soulève la question de savoir comment mettre en balance une protection solide des valeurs qui sous-tendent la liberté de religion et les valeurs d'un État laïque. La laïcité vise toutefois en partie le respect des différences religieuses. Un État laïque ne s'immisce pas dans les convictions et les pratiques d'un groupe religieux — et ne peut le faire — à moins qu'elles ne soient contraires ou ne portent atteinte à des intérêts publics prépondérants. Il ne peut pas non plus donner son appui ou accorder sa préférence aux pratiques d'un groupe par rapport à celles d'un autre : Richard Moon, « Freedom of Religion Under the *Charter of Rights* : The Limits of State Neutrality » (2012), 45 *U.B.C. L. Rev.* 497, p. 498-499. La poursuite de valeurs laïques implique le respect du droit d'avoir et de professer des convictions religieuses différentes. Un État laïque respecte les différences religieuses; il ne cherche pas à les faire disparaître.

[44] Par cette forme de neutralité, l'État confirme et reconnaît la liberté de religion des individus et celle des communautés auxquelles ils appartiennent. Comme le professeur Moon le fait observer :

[TRADUCTION] À la base de l'exigence de cette neutralité [de l'État] et du principe du cloisonnement entre, d'une part, les convictions et les pratiques religieuses et, d'autre part, les décisions politiques, se trouve une conception de la croyance et de l'engagement religieux qui sont profondément enracinés, ou de l'engagement envisagé comme un élément de l'identité de l'individu plutôt que comme une simple question de choix ou de jugement personnels. La croyance religieuse se situe au cœur même de la vision que chacun se fait du monde. Elle oriente l'individu dans le monde, façonne sa perception de l'ordre social et naturel et encadre son agir sur le plan moral. De plus, les convictions religieuses permettent à l'individu de s'identifier à une communauté de croyants, qui constitue souvent le groupe le plus important dans

2015 SCC 12 (CanLII)

then when the state treats his or her religious practices or beliefs as less important or less true than the practices of others, or when it marginalizes her or his religious community in some way, it is not simply rejecting the individual's views and values, it is denying her or his equal worth. [Footnote omitted; p. 507.]

[45] Because it allows communities with different values and practices to peacefully co-exist, a secular state also supports pluralism. The European Court of Human Rights recognized the relationship between religious freedom, secularism and pluralism in *Kokkinakis v. Greece*, judgment of 25 May 1993, Series A No. 260-A, a case about a Jehovah's Witness who had been repeatedly arrested for violating Greece's ban on proselytism. Concluding that the claimant's Article 9 rights to religious freedom had been violated, the court wrote:

As enshrined in Article 9, freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a "democratic society" within the meaning of the Convention. It is, in its religious dimension, one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it. [p. 17]

See also *Metropolitan Church of Bessarabia v. Moldova*, No. 45701/99, ECHR 2001-XII.

[46] This does not mean that religious differences trump core national values. On the contrary, as this Court observed in *Bruker v. Marcovitz*, [2007] 3 S.C.R. 607:

Not all differences are compatible with Canada's fundamental values and, accordingly, not all barriers to their

sa vie ou celui qui le définit. Le croyant adhère à un système de pratiques et de valeurs communes qui, dans certains cas, peuvent être qualifiées de « modes de vie ». Si la religion constitue un aspect de l'identité d'une personne, l'État qui considère les pratiques ou les convictions religieuses de cette personne comme étant moins importantes ou moins véridiques que celles d'une autre ou qui marginalise d'une manière ou d'une autre sa communauté religieuse ne fait pas que rejeter les opinions et les valeurs de cette personne; il nie que cette personne a la même valeur que les autres êtres humains. [Note de bas de page omise; p. 507.]

[45] Parce qu'il permet à des collectivités ayant des valeurs et des pratiques différentes de coexister de façon pacifique, l'État laïque soutient aussi le pluralisme. La Cour européenne des droits de l'homme a reconnu les liens qui existaient entre la liberté de religion, la laïcité et le pluralisme dans *Kokkinakis c. Grèce*, jugement du 25 mai 1993, série A n° 260-A, où il était question d'un Témoin de Jéhovah qui avait été arrêté à maintes reprises pour avoir violé l'interdiction du prosélytisme en Grèce. Concluant que les droits à la liberté de religion garantis au demandeur par l'art. 9 avaient été violés, la cour a écrit :

Telle que la protège l'article 9, la liberté de pensée, de conscience et de religion représente l'une des assises d'une « société démocratique » au sens de la Convention. Elle figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents. Il y va du pluralisme — chèrement conquis au cours des siècles — consubstantiel à pareille société. [p. 17]

Voir également l'arrêt *Église métropolitaine de Bessarabie c. Moldova*, n° 45701/99, CEDH 2001-XII.

[46] Pour autant, les différences religieuses ne l'emportent pas sur les valeurs nationales fondamentales. Au contraire, comme la Cour l'a signalé dans l'arrêt *Bruker c. Marcovitz*, [2007] 3 R.C.S. 607 :

[Ces différences] ne sont pas toutes compatibles avec les valeurs canadiennes fondamentales et par conséquent,

2015 SCC 12 (CanLII)

expression are arbitrary. Determining when the assertion of a right based on difference must yield to a more pressing public interest is a complex, nuanced, fact-specific exercise that defies bright-line application. It is, at the same time, a delicate necessity for protecting the evolutionary integrity of both multiculturalism and public confidence in its importance. [para. 2]

Or, as the Bouchard-Taylor report observed:

A democratic, liberal State cannot be indifferent to certain core values, especially basic human rights, the equality of all citizens before the law, and popular sovereignty. These are the constituent values of our political system and they provide its foundation.

(Gérard Bouchard and Charles Taylor, Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, *Building the Future: A Time for Reconciliation* (2008), at p. 134)

[47] These shared values — equality, human rights and democracy — are values the state always has a legitimate interest in promoting and protecting. They enhance the conditions for integration and points of civic solidarity by helping connect us despite our differences: Jürgen Habermas, "Religion in the Public Sphere" (2006), 14 *Eur. J. of Philos.* 1, at p. 5. This is what makes pluralism work. As McLachlin J. noted in *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609 (dissenting in part), "[a] multicultural multireligious society can only work . . . if people of all groups understand and tolerate each other": para. 212. Religious freedom must therefore be understood in the context of a secular, multicultural and democratic society with a strong interest in protecting dignity and diversity, promoting equality, and ensuring the vitality of a common belief in human rights.

[48] The state, therefore, has a legitimate interest in ensuring that students in *all* schools are capable,

les obstacles à leur expression ne sont pas tous arbitraires. Déterminer les circonstances dans lesquelles l'affirmation d'un droit fondé sur une différence doit céder le pas à un intérêt public plus pressant constitue un exercice complexe, nuancé, tributaire des faits propres à chaque espèce qu'il serait illusoire d'encadrer nettement. Mais cette tâche est également une délicate nécessité, requise afin de protéger l'intégrité évolutive du multiculturalisme et de l'assurance du public quant à son importance. [par. 2]

Ou, comme le Rapport Bouchard-Taylor le fait observer :

Un État démocratique et libéral ne saurait être indifférent à l'égard de certaines valeurs clés, notamment les droits humains fondamentaux, l'égalité de tous les citoyens devant la loi et la souveraineté populaire. Ce sont les valeurs constitutives de notre régime politique; elles lui procurent ses fondements.

(Gérard Bouchard et Charles Taylor, Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, *Fonder l'avenir : Le temps de la conciliation* (2008), p. 134)

[47] Ces valeurs communes — l'égalité, les droits de la personne et la démocratie — sont des valeurs que l'État a toujours un intérêt légitime à promouvoir et à protéger. Elles favorisent les conditions d'intégration et mettent en valeur des éléments de solidarité civique en aidant les citoyens à forger des liens malgré leurs différences : Jürgen Habermas, « Religion in the Public Sphere » (2006), 14 *Eur. J. of Philos.* 1, p. 5. C'est là ce qui fait fonctionner le pluralisme. Ainsi que la juge McLachlin (dissidente en partie) l'a souligné dans l'arrêt *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609, « [u]ne société [multiculturelle multiconfessionnelle] ne peut fonctionner [. . .] que si les membres de tous les groupes qui la composent se comprennent et se tolèrent mutuellement » (par. 212). La liberté de religion doit donc s'interpréter dans le contexte d'une société laïque, multiculturelle et démocratique qui tient au plus haut point à protéger la dignité et la diversité, à favoriser l'égalité et à assurer la vitalité d'une croyance commune à l'égard des droits de la personne.

[48] L'État a, par conséquent, un intérêt légitime à s'assurer que les élèves de *toutes* les écoles seront

2015 SCC 12 (CanLII)

as adults, of conducting themselves with openness and respect as they confront cultural and religious differences. A pluralist, multicultural democracy depends on the capacity of its citizens "to engage in thoughtful and inclusive forms of deliberation amidst, and enriched by," different religious worldviews and practices: Benjamin L. Berger, "Religious Diversity, Education, and the 'Crisis' in State Neutrality" (2014), 29 *C.J.L.S.* 103, at p. 115.

[49] With this context in mind, we turn to assessing the Minister's decision in order to determine whether it proportionately balanced religious freedom with the statutory objectives of the ERC Program.

[50] I begin with an analysis of the statutory objectives at stake. Under s. 22 of the *Regulation respecting the application of the Act respecting private education*, the Minister is required to grant exemptions from the mandatory program when a school offers an "equivalent" program. The starting point for the analysis of the statutory objectives is interpreting the meaning of "equivalent", taking into account the words of the provision in this regulatory context, the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament: Elmer A. Driedger, *The Construction of Statutes* (1974), at p. 67; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21.

[51] This regulatory context concerns the minimum educational attainments required of students in private and public schools across Quebec. Quebec seeks to ensure that students who graduate with a provincially approved secondary school diploma demonstrate the knowledge and competencies they need to be productive members of society, and that schools granting secondary school diplomas facilitate the realization of these skills. In particular, the Minister has a statutory responsibility to adopt measures that will contribute to individuals' education and development, and to ensure that educational institutions offer services of sufficient quality: *An Act respecting the Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport*, CQLR, c. M-15, s. 2.

en mesure, une fois devenus adultes, de se comporter avec ouverture et respect lorsqu'ils devront faire face aux différences culturelles et religieuses. Une démocratie multiculturelle et pluraliste doit pouvoir compter sur la capacité de ses citoyens [TRADUCTION] « de discuter de manière réfléchie et ouverte en profitant » de diverses visions du monde et pratiques religieuses : Benjamin L. Berger, « Religious Diversity, Education, and the "Crisis" in State Neutrality » (2014), 29 *R.C.D.S.* 103, p. 115.

[49] C'est dans cette optique que nous allons déterminer si la ministre a procédé à une mise en balance proportionnée du droit à la liberté de religion, d'une part, et des objectifs fixés par la loi pour le programme ÉCR, d'autre part.

[50] Je commencerais par une analyse des objectifs de la loi qui sont en cause. Suivant l'art. 22 du *Règlement d'application de la Loi sur l'enseignement privé*, le ministre est tenu d'exempter une école du programme d'études obligatoire si celle-ci offre un programme « équivalent ». Le point de départ de l'analyse des objectifs de la loi consiste à interpréter le terme « équivalent » eu égard au libellé de la disposition en cause dans ce contexte réglementaire, à l'économie de la loi, à son objet et à l'intention du législateur : Elmer A. Driedger, *The Construction of Statutes* (1974), p. 67; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21.

[51] Le contexte réglementaire en question concerne le niveau minimal de connaissances exigé des élèves des écoles privées et publiques de la province. Le Québec veut ainsi s'assurer que les élèves qui obtiennent un diplôme d'études secondaires approuvé par la province possèdent les connaissances et les compétences dont ils auront besoin pour être des membres productifs de la société et que les écoles qui décernent des diplômes d'études secondaires facilitent l'acquisition de ces habiletés. Plus particulièrement, le ministre a la responsabilité légale d'adopter des mesures propres à contribuer à l'éducation et au développement des personnes, et de s'assurer que les établissements d'enseignement offrent des services d'une qualité suffisante : *Loi sur le ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport*, RLRQ, c. M-15, art. 2.

2015 SCC 12 (CanLII)

[52] To this end, under the *Basic school regulation for preschool, elementary and secondary education*, Quebec prescribes the compulsory subjects that must be taught each year and sets out minimum requirements for the instructional hours to be accorded to each subject: ss. 23 and 23.1. The Minister also has the power to set out core course objectives and content, establish curricula to teach these core subjects, as well as allow for optional content that can be customized according to the needs of students: *Education Act*, s. 461. The mandatory curricula must be taught in private as well as public schools: *An Act respecting private education*, ss. 25 and 32. Finally, the regulatory scheme also requires all private educational institutions to hold a permit to operate, which enables the Minister to ensure that all private schools are complying with the general regulatory framework it has set out: *An Act respecting private education*, s. 10.

[53] The power to grant exemptions from the mandatory curriculum in cases where a school offers an "equivalent" program is part of the Minister's broader regulatory role of ensuring that basic educational standards are met by schools and students alike. As a result, in order to be consistent with the scheme as a whole, the Minister's interpretation of which programs are "equivalent" should take into account the objectives each course seeks to meet and the competencies it seeks to inculcate in students.

[54] At the same time, however, there would be little point in offering an exemption if, in order to receive it, the proposed alternative program had to be identical to the mandatory program in every way. The exemption exists in a regulatory scheme that anticipates and sanctions the existence of private denominational schools. And the preamble to *An Act respecting the Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport*, which sets out the Minister's powers, recognizes that parents have the right to choose establishments that, according to their own convictions, best respect the rights of their children. In order to respect values of religious freedom in this

[52] À cette fin, dans son *Régime pédagogique de l'éducation préscolaire, de l'enseignement primaire et de l'enseignement secondaire*, le Québec prescrit les matières qui doivent être enseignées chaque année et établit des exigences minimales quant au nombre d'heures à consacrer à l'enseignement de chaque matière : art. 23 et 23.1. Le ministre a également le pouvoir de prévoir des objectifs et un contenu de cours essentiels, d'établir des programmes d'enseignement de ces matières essentielles, ainsi que de permettre un contenu optionnel pouvant être adapté aux besoins des élèves : *Loi sur l'instruction publique*, art. 461. Les programmes obligatoires doivent être enseignés tant dans les écoles privées que dans les écoles publiques : *Loi sur l'enseignement privé*, art. 25 et 32. Enfin, le régime réglementaire exige de tous les établissements d'enseignement privés qu'ils détiennent un permis d'exploitation, ce qui permet au ministre de s'assurer qu'ils respectent tous le régime général de réglementation qu'il a établi : *Loi sur l'enseignement privé*, art. 10.

[53] Le pouvoir d'accorder des exemptions du régime obligatoire lorsqu'une école offre un programme « équivalent » fait partie du rôle plus général de réglementation du ministre, qui consiste à s'assurer que les normes fondamentales en matière d'éducation sont respectées tant par les écoles que par les élèves. En conséquence, pour être compatible avec le régime dans son ensemble, l'interprétation par le ministre de ce qui constitue des programmes « équivalents » devrait tenir compte des objectifs poursuivis par chaque cours et des compétences que ceux-ci visent à inculquer aux élèves.

[54] Cela dit, il n'y aurait guère d'intérêt à offrir cette exemption si, pour pouvoir s'en prévaloir, il fallait démontrer que le programme de remplacement proposé est en tout point identique au programme obligatoire. Cette exemption fait partie d'un régime réglementaire qui envisage et sanctionne l'existence des écoles privées confessionnelles. En outre, le préambule de la *Loi sur le ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport*, qui énonce les pouvoirs du ministre, reconnaît que les parents ont le droit de choisir des établissements qui, selon leurs propres convictions, respectent davantage les droits de leurs enfants. Par souci de respect des valeurs de la liberté

2015 SCC 12 (CanLII)

context, as well as to cohere with the larger regulatory scheme, a reasonable interpretation of the process for granting exemptions from the mandatory curriculum would leave at least some room for the religious character of those schools. The regulation providing for such exemptions would otherwise operate to prevent what the *Act respecting private education* itself allows — a private school being denominational.

[55] Although it prescribes some course content, the documentation describing the ERC Program does not set out detailed lesson plans that teachers are required to cover. The program is instead structured to be flexible and thematic, providing only a general framework to guide students in developing competencies in ethics, dialogue and religious culture, in service of the two key objectives of the program: the recognition of others and the pursuit of the common good.

[56] Given the highly flexible nature of the ERC Program and its heavy emphasis on these two objectives, as well as the context of the regulatory scheme as a whole, it is unreasonable to interpret equivalence as requiring a strict adherence to specific course content, rather than in terms of the ERC's program objectives generally. Using the program's objectives as the marker for equivalence leaves the necessary flexibility for the possibility of acceptable differences between an alternative program and the ERC Program, including differences that can accommodate religious freedom. As long as the alternative program substantially realizes the objectives of the ERC Program, it should be considered equivalent. The Minister's task was therefore to arrive at a decision that proportionately balanced the realization of the ERC Program's objectives of promoting respect for others and openness to diversity, with respect for *Charter*-protected religious freedom in this context.

de religion dans ce contexte, et de cohérence avec le régime réglementaire plus large, une interprétation raisonnable du processus d'octroi des exemptions du programme d'études obligatoire laisserait au moins une certaine place au caractère confessionnel de ces écoles. Le règlement qui prévoit de telles exemptions aurait autrement pour effet d'empêcher ce que permet la *Loi sur l'enseignement privé* — soit qu'une école privée ait un caractère confessionnel.

[55] Bien que le programme ÉCR prescrive un certain contenu de cours, la documentation qui le décrit n'établit pas de plans de leçons détaillés que les enseignants sont tenus de respecter. Le programme permet au contraire une certaine souplesse et un enseignement thématique; on ne fournit qu'un cadre général destiné à orienter les élèves dans le développement de leurs compétences en éthique, en dialogue et en phénomène religieux afin de répondre à deux objectifs clés du programme : la reconnaissance de l'autre et la poursuite du bien commun.

[56] Vu la grande souplesse du programme ÉCR et la haute importance qu'il attache à ces deux objectifs, et vu le contexte dans lequel s'inscrit le régime réglementaire dans son ensemble, il est déraisonnable de considérer que l'équivalence exige le respect strict d'un contenu de cours précis, plutôt que de l'interpréter en fonction des objectifs poursuivis par le programme de façon générale. Utiliser les objectifs du programme comme indicateur de l'équivalence offre la souplesse nécessaire pour permettre de conclure à l'existence de différences acceptables entre un programme de remplacement et le programme ÉCR, y compris des différences compatibles avec la liberté de religion. Dans la mesure où il permet de réaliser pour l'essentiel les objectifs du programme ÉCR, le programme de remplacement devrait être considéré comme équivalent. La tâche de la ministre consistait donc à prendre une décision qui établissait une mise en balance proportionnée de la réalisation des objectifs du programme ÉCR de promotion du respect de l'autre et d'ouverture à la diversité, d'une part, et du respect de la liberté de religion dans ce contexte protégée par la *Charte*, d'autre part.

2015 SCC 12 (CanLII)

[57] The information that was before the Minister when she made her decision about Loyola's proposed alternative program consisted of two letters requesting the exemption and a three-page proposed curriculum document. Based on these documents, the Minister identified a number of key differences between the two programs. The crucial difference, however, was the religious nature of Loyola's program. Loyola proposed an alternative program that would focus on Catholic precepts and ethics, and discuss other belief systems from a Catholic perspective. Its main goal, as the Minister's representative noted in her letter dated November 13, 2008, was the "transmission of Catholic beliefs and convictions". As this letter to Loyola makes clear, in the Minister's view, a program that departs in any way from the ERC Program's posture of strict neutrality, even partially, cannot achieve the state's objectives of promoting respect for others and openness to diversity. This was also the position that Quebec took before this Court.

[58] The Minister's decision necessarily engages religious freedom. The starting point, and the inspiration for most of this Court's subsequent jurisprudence about religious freedom, is *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, where Dickson J. (as he then was), writing for the majority, articulated his visionary approach to freedom of religion:

> The essence of the concept of freedom of religion is the right to entertain such religious beliefs as a person chooses, the right to declare religious beliefs openly and without fear of hindrance or reprisal, and the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination. But the concept means more than that.
>
> Freedom can primarily be characterized by the absence of coercion or constraint. . . . Coercion includes not only such blatant forms of compulsion as direct commands to

[57] Lorsqu'elle a pris sa décision au sujet du programme de remplacement proposé par Loyola, les renseignements dont disposait la ministre étaient contenus dans deux lettres par lesquelles Loyola demandait une exemption et dans un document de trois pages décrivant le programme d'études proposé. Se fondant sur ces documents, la ministre a relevé plusieurs différences fondamentales entre les deux programmes. La différence cruciale, toutefois, avait trait au caractère religieux du programme proposé par Loyola. En effet, ce dernier était axé sur les préceptes et l'éthique catholiques et traitait d'autres systèmes de croyances d'un point de vue catholique. Ainsi qu'une représentante de la ministre l'a fait remarquer dans sa réponse datée du 13 novembre 2008, ce programme avait pour principale finalité la « transmission des croyances et convictions catholiques ». Comme l'indiquait par ailleurs clairement cette lettre adressée à Loyola, selon la ministre, un programme qui s'écarte de quelque façon — même partiellement — de la stricte neutralité imposée par le programme ÉCR ne peut réaliser les objectifs étatiques de promotion du respect de l'autre et d'ouverture à la diversité. Le Québec a adopté la même position devant la Cour.

[58] Cette décision de la ministre fait nécessairement intervenir la liberté de religion. Le point de départ et la source d'inspiration de l'essentiel de la jurisprudence de la Cour sur la liberté de religion est l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, dans lequel le juge Dickson (plus tard Juge en chef), au nom des juges majoritaires, a exprimé comme suit sa conception visionnaire de la liberté de religion :

> Le concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation. Toutefois, ce concept signifie beaucoup plus que cela.
>
> La liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte. [. . .] La coercition comprend non seulement la contrainte flagrante

2015 SCC 12 (CanLII)

act or refrain from acting on pain of sanction, coercion includes indirect forms of control which determine or limit alternative courses of conduct available to others. Freedom in a broad sense embraces both the absence of coercion and constraint, and the right to manifest beliefs and practices. *Freedom means that, subject to such limitations as are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others, no one is to be forced to act in a way contrary to his beliefs or his conscience.*

What may appear good and true to a majoritarian religious group, or to the state acting at their behest, may not, for religious reasons, be imposed upon citizens who take a contrary view. The *Charter* safeguards religious minorities from the threat of "the tyranny of the majority". [Emphasis added; pp. 336-37.]

[59] Justice Dickson's formulation of religious freedom is founded on the idea that no one can be forced to adhere to or refrain from a particular set of religious beliefs. This includes both the individual *and* collective aspects of religious belief: *Hutterian Brethren*, at paras. 31, 130 and 182; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 781. In the words of Justice LeBel: "Religion is about religious beliefs, but also about religious relationships" (*Hutterian Brethren*, at para. 182).

[60] Religious freedom under the *Charter* must therefore account for the socially embedded nature of religious belief, and the deep linkages between this belief and its manifestation through communal institutions and traditions: Victor Muñiz-Fraticelli and Lawrence David, "Whence a nexus with religion? Religious institutionalism in a Canadian context", forthcoming, at p. 2; Dieter Grimm, "Conflicts Between General Laws and Religious Norms" (2009), 30 *Cardozo L. Rev.* 2369, at p. 2373. To fail to recognize this dimension of religious belief would be to "effectively denigrate those religions in which more emphasis is placed on communal worship or other communal religious activities": Dwight Newman, *Community and Collective Rights: A Theoretical Framework for Rights held by Groups*

exercée, par exemple, sous forme d'ordres directs d'agir ou de s'abstenir d'agir sous peine de sanction, mais également les formes indirectes de contrôle qui permettent de déterminer ou de restreindre les possibilités d'action d'autrui. La liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. *La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience*.

Une majorité religieuse, ou l'État à sa demande, ne peut, pour des motifs religieux, imposer sa propre conception de ce qui est bon et vrai aux citoyens qui ne partagent pas le même point de vue. La *Charte* protège les minorités religieuses contre la menace de « tyrannie de la majorité ». [Italiques ajoutés; p. 336 et 337.]

[59] La conception de la liberté de religion exprimée par le juge Dickson repose sur l'idée que nul ne doit être contraint d'adhérer ou de s'abstenir d'adhérer à un certain ensemble de croyances religieuses. Cela vise *tant* les aspects individuels *que* les aspects collectifs des convictions religieuses : *Hutterian Brethren*, par. 31, 130 et 182; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 781. Pour reprendre les propos du juge LeBel : « [l]a religion a trait aux croyances religieuses, mais aussi [aux] rapports religieux » (*Hutterian Brethren*, par. 182).

[60] La liberté de religion au sens où il faut l'entendre pour l'application de la *Charte* doit donc tenir compte du fait que les convictions religieuses sont bien ancrées dans la société et qu'il existe des liens solides entre ces croyances et leur manifestation par le truchement d'institutions et de traditions collectives : Victor Muñiz-Fraticelli et Lawrence David, « Whence a nexus with religion? Religious institutionalism in a Canadian context », article à paraître, p. 2; Dieter Grimm, « Conflicts Between General Laws and Religious Norms » (2009), 30 *Cardozo L. Rev*. 2369, p. 2373. Méconnaître cette dimension des croyances religieuses reviendrait à [TRADUCTION] « dénigrer en fait les religions qui accordent une plus grande importance au culte collectif ou à d'autres formes d'activités religieuses

2015 SCC 12 (CanLII)

(2011), at p. 78. See also Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights* (1995), at p. 105.

[61] These collective aspects of religious freedom — in this case, the collective manifestation and transmission of Catholic beliefs through a private denominational school — are a crucial part of Loyola's claim. In *S.L.*, this Court held that the imposition of the ERC Program in public schools did not impose limits on the religious freedom of individual students and parents. This case, however, can be distinguished from *S.L.* because Loyola is a private religious institution created to support the collective practice of Catholicism and the transmission of the Catholic faith. The question is not only how Loyola is required to teach about *other* religions, but also how it is asked to teach about the very faith that animates its character and the comparative relationship between Catholicism and other faiths. The Minister's decision therefore demonstrably interferes with the manner in which the members of an institution formed for the very purpose of transmitting Catholicism, can teach and learn about the Catholic faith. This engages religious freedom protected under s. 2(*a*) of the *Charter*.

[62] I agree with Loyola that the Minister's decision had a serious impact on religious freedom in this context. To tell a Catholic school how to explain its faith undermines the liberty of the members of its community who have chosen to give effect to the collective dimension of their religious beliefs by participating in a denominational school.

[63] As Justice Dickson observed in *Big M Drug Mart*, "whatever else freedom of conscience and religion may mean, it must at the very least mean this: government may not coerce individuals to affirm a specific religious belief or to manifest a specific religious practice for a sectarian purpose" (p. 347). Although the state's purpose here is secular, requiring

collectives » : Dwight Newman, *Community and Collective Rights : A Theoretical Framework for Rights held by Groups* (2011), p. 78. Voir également Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship : A Liberal Theory of Minority Rights* (1995), p. 105.

[61] Les aspects collectifs de la liberté de religion — dans le cas qui nous occupe, la manifestation et la transmission de la foi catholique par le truchement d'une école privée confessionnelle — constituent un élément essentiel de l'argumentation de Loyola. Dans *S.L.*, la Cour a conclu que l'imposition du programme ÉCR dans les écoles publiques ne portait pas atteinte à la liberté de religion individuelle des élèves et des parents. Le présent pourvoi peut toutefois être distingué de cette affaire parce que Loyola est une institution confessionnelle privée créée pour favoriser la pratique collective du catholicisme et la transmission de la foi catholique. La question ne consiste pas seulement à savoir comment Loyola est tenue d'enseigner d'*autres* religions, mais aussi à savoir comment on lui demande d'enseigner la religion qui constitue son essence même, ainsi que la comparaison entre le catholicisme et d'autres religions. La décision de la ministre empiète donc manifestement sur la manière dont les membres d'une institution dont l'objet même est de transmettre le catholicisme peuvent enseigner et étudier cette religion. Cela fait intervenir la liberté de religion protégée par l'al. 2*a*) de la *Charte.*

[62] Je conviens avec Loyola que la décision de la ministre a eu une incidence sérieuse sur la liberté de religion dans ce contexte. Dicter à une école catholique la façon dont elle doit expliquer sa religion porte atteinte à la liberté des membres de sa communauté qui ont choisi de donner effet à la dimension collective de leurs convictions religieuses en se joignant à une école confessionnelle.

[63] Comme le fait observer le juge Dickson dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, « quels que soient les autres sens que peut avoir la liberté de conscience et de religion, elle doit à tout le moins signifier ceci : le gouvernement ne peut, dans un but sectaire, contraindre des personnes à professer une foi religieuse ou à pratiquer une religion en particulier » (p. 347).

2015 SCC 12 (CanLII)

Loyola's teachers to take a neutral posture even about Catholicism means that the state is telling them how to teach the very religion that animates Loyola's identity. It amounts to requiring a Catholic institution to speak about Catholicism in terms defined by the state rather than by its own understanding of Catholicism.

[64] It also interferes with the rights of parents to transmit the Catholic faith to their children, not because it requires neutral discussion of other faiths and ethical systems, but because it prevents a Catholic discussion of Catholicism. This ignores the fact that an essential ingredient of the vitality of a religious community is the ability of its members to pass on their beliefs to their children, whether through instruction in the home or participation in communal institutions.

[65] This principle has received wide recognition in international human rights instruments. Article 18(4) of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, for example, protects the rights of parents to guide their children's religious upbringing:

> The States Parties to the present Covenant undertake to have respect for the liberty of parents and, when applicable, legal guardians to ensure the religious and moral education of their children in conformity with their own convictions.

[66] Though not relied on by Loyola in this case, s. 41 of the *Quebec Charter* also protects the rights of parents to guide their children's religious upbringing:

> Parents or the persons acting in their stead have a right to give their children a religious and moral education in keeping with their convictions and with proper regard for their children's rights and interests.

Bien que, en l'espèce, l'objectif de l'État soit laïque, obliger les enseignants de Loyola à adopter un point de vue neutre même lorsqu'ils parlent du catholicisme équivaut à dicter à ceux-ci la manière dont ils doivent enseigner la religion qui constitue l'identité même de Loyola. Cela revient à exiger d'un établissement catholique qu'il traite du catholicisme selon des modalités définies par l'État plutôt que d'après sa propre conception du catholicisme.

[64] La décision de la ministre porte également atteinte au droit des parents de transmettre la foi catholique à leurs enfants, non pas parce qu'elle exige une discussion neutre quant à d'autres religions et à d'autres systèmes éthiques, mais parce qu'elle empêche toute discussion sur le catholicisme selon une perspective catholique. Elle ne tient aucunement compte du fait qu'un élément essentiel de la vitalité d'une communauté de croyants est la capacité de ses membres de transmettre leur foi à leurs enfants, soit au moyen d'un enseignement donné à la maison, soit par la participation aux activités d'institutions collectives.

[65] Ce principe a fait l'objet d'une vaste reconnaissance dans les instruments internationaux relatifs aux droits de la personne. Le paragraphe 18(4) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, par exemple, protège le droit des parents de guider l'éducation religieuse de leurs enfants :

> Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux, de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions.

[66] Bien que Loyola n'invoque pas cette disposition en l'espèce, l'art. 41 de la *Charte québécoise* protège lui aussi le droit des parents de guider l'éducation religieuse de leurs enfants :

> Les parents ou les personnes qui en tiennent lieu ont le droit d'assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs convictions, dans le respect des droits de leurs enfants et de l'intérêt de ceux-ci.

2015 SCC 12 (CanLII)

[67] Ultimately, measures which undermine the character of lawful religious institutions and disrupt the vitality of religious communities represent a profound interference with religious freedom.

[68] There is, on the other hand, insufficient demonstrable benefit to the furtherance of the state's objectives in requiring Loyola's teachers to teach Catholicism from a neutral perspective. In her letter dated November 13, 2008 explaining her decision to deny Loyola's exemption, the Minister sets out her reasons for rejecting Loyola's proposed alternative curriculum:

[TRANSLATION]

- . . . The approach to and the conception of the common good developed in the Ethics and Religious Culture program [and those] proposed by Loyola High School are very different. . . . [T]he program proposed by Loyola . . . is based on the Catholic faith and its main goal is the transmission of Catholic beliefs and convictions.
- . . . the ethics aspect of the program proposed by Loyola . . . focuses on the teaching of moral reference points laid down by the Catholic Church.
- . . . the program does not meet the requirements for the Ethics and Religious Culture program in terms of religious culture, as religions are studied in connection with the Catholic religion.
- . . . the . . . program does not lead the student to reflect on the common good, or on ethical issues, but rather to adopt the Jesuit perspective of Christian service.

These passages reflect the central problems with the Minister's decision: it treats teaching any part of the proposed alternative program from a Catholic perspective as necessarily inimical to the state's core objectives in imposing the ERC Program and it gives no weight to the values of religious freedom engaged by the decision. There is, in short, no balancing of freedom of religion in relation to the statutory objectives. The result is a disproportionate outcome that does not protect *Charter* values as

[67] En fin de compte, des mesures qui portent atteinte à l'essence même d'institutions confessionnelles légitimes et compromettent la vitalité de communautés de croyants constituent une atteinte grave à la liberté de religion.

[68] Il n'y a, en outre, pas suffisamment d'avantages évidents à favoriser la réalisation des objectifs de l'État en exigeant des enseignants de Loyola qu'ils expliquent le catholicisme d'un point de vue neutre. Dans sa lettre datée du 13 novembre 2008, qui explique sa décision de refuser d'accorder une exemption à Loyola, la ministre a exposé les motifs pour lesquels elle a rejeté le programme de remplacement proposé par cette dernière :

- . . . L'approche et la conception du bien commun développées dans le programme Éthique et culture religieuse et celles proposées par Loyola High School sont très différentes. [. . .] [Le] programme proposé par Loyola [. . .] est fondé sur la foi catholique et a pour principale finalité la transmission des croyances et convictions catholiques.
- . . . le volet éthique du programme proposé par Loyola [. . .] [consiste en] [. . .] l'enseignement de repères moraux édictés par l'Église catholique.
- . . . [l]e programme ne satisfait pas aux exigences du programme Éthique et culture religieuse relatives à la culture religieuse, car l'étude des religions apparaît être réalisée en lien avec la religion catholique.
- . . . le programme [. . .] n'amène pas l'élève à réfléchir sur le bien commun, ni sur des questions d'éthique, mais l'amène plutôt à adopter la perspective jésuite du service chrétien.

Ces passages illustrent les failles principales de la décision de la ministre : considérer que le fait d'enseigner toute partie du programme de remplacement proposé d'un point de vue catholique va nécessairement à l'encontre des objectifs fondamentaux que poursuivait l'État en imposant le programme ÉCR et n'accorder aucun poids aux valeurs de la liberté de religion sur lesquelles elle porte. Bref, cette décision n'est pas le fruit d'une mise en balance de la liberté de religion, d'une part, et des objectifs de la

2015 SCC 12 (CanLII)

fully as possible in light of those statutory objectives.

[69] In the Quebec context, where private denominational schools are authorized, forcing a religious school to teach its own religion from a non-religious perspective does not assist in realizing the ERC Program's basic curricular goals of encouraging among students respect for others and openness to others. The Minister's decision suggests that engagement with an individual's own religion on his or her own terms can simply be presumed to impair respect for others. This assumption runs counter to the objectives of the regulatory scheme as a whole and it has a disproportionate impact on the values underlying religious freedom in this context. This necessarily renders the Minister's decision unreasonable.

[70] The disproportionate nature of this decision is reinforced by the fact that the Minister's decision effectively prohibits Loyola from teaching about Catholic ethics from a Catholic perspective. Catholic doctrine and Catholic ethics are simply too intertwined to make it possible to teach one from a religious perspective and the other neutrally. More to the point, there is no reason to distinguish between the two when it comes to religious freedom. In both cases, preventing Loyola from teaching Catholicism seriously impairs its Catholic identity.

[71] Loyola, as previously noted, conceded before this Court that it was prepared to teach the first competency — world religions other than Catholicism — from a neutral perspective. It sought, however, to be exempt from teaching the *ethics* of other religions from a neutral perspective, and proposed instead to do so from a Catholic perspective. Unlike my colleagues in their concurring opinion, however, I agree with the Court of Appeal that requiring Loyola to teach about the ethics of *other* religions in a neutral, historical and phenomenological way

loi, d'autre part. Cela entraîne un résultat disproportionné qui ne protège pas les valeurs consacrées par la *Charte* autant qu'il est possible de le faire à la lumière de ces objectifs législatifs.

[69] Dans le contexte québécois, où l'existence d'écoles privées confessionnelles est autorisée, forcer une de ces écoles à enseigner sa propre religion selon une perspective non religieuse ne contribue certes pas à la réalisation des objectifs pédagogiques fondamentaux du programme ÉCR d'encourager chez les élèves le respect des différences et l'ouverture aux autres. La décision de la ministre laisse toutefois entendre que, dès lors qu'une personne explique sa religion selon son propre point de vue, on peut tout simplement présumer qu'il y a atteinte au principe du respect d'autrui. Cette présomption va à l'encontre des objectifs du régime réglementaire dans son ensemble et a une incidence disproportionnée sur les valeurs qui sous-tendent la liberté de religion dans ce contexte. Cela rend nécessairement la décision de la ministre déraisonnable.

[70] Le caractère disproportionné de cette décision est renforcé par le fait que cette dernière interdit dans les faits à Loyola d'enseigner l'éthique catholique selon une perspective catholique. La doctrine et l'éthique catholiques sont tout simplement trop étroitement liées pour qu'il soit possible d'enseigner une matière d'un point de vue catholique et l'autre, de façon neutre. Plus précisément, rien ne justifie d'établir une distinction entre les deux lorsqu'il est question de la liberté de religion. Dans les deux cas, empêcher Loyola d'enseigner le catholicisme porte sérieusement atteinte à l'identité catholique de cette institution.

[71] Comme nous l'avons vu, Loyola a reconnu devant la Cour qu'elle était disposée à enseigner la première compétence — soit les religions dans le monde autre que le catholicisme — d'un point de vue neutre. Elle a toutefois demandé d'être exemptée de l'obligation d'enseigner l'*éthique* des autres religions d'un point de vue neutre, et a proposé de le faire plutôt selon une perspective catholique. Cela dit, contrairement à mes collègues dans leur décision concurrente, je partage l'avis de la Cour d'appel selon lequel le fait d'obliger Loyola à enseigner

2015 SCC 12 (CanLII)

would not interfere disproportionately with the relevant *Charter* protections implicated by the decision. Justice Deschamps's admonition that exposing children to a variety of religious facts does not, in itself, infringe on their parents' religious freedom remains compelling in a denominational school: *S.L.*, at para. 40. I agree with her that in a multicultural society, it is not a breach of anyone's freedom of religion to be required to learn (or teach) about the doctrines and ethics of other world religions in a neutral and respectful way. See *Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 S.C.R. 698, at paras. 46 and 48.

[72] But what does it mean to teach about the ethics of other religions in a "neutral" and "objective" way in the context of a religious school that is permitted to teach its own religion and ethics from a religious perspective? My starting point is that in a religious high school, where students are learning about the precepts of one particular faith throughout their education, it is arguably even more important that they learn, in as objective a way as possible, about other belief systems and the reasons underlying those beliefs.

[73] I quickly acknowledge that in a religious school, teaching other ethical frameworks in a neutral way may be a delicate exercise. A school like Loyola must be allowed some flexibility as it navigates these difficult moments. Catholicism's answer to ethical questions, for instance, will sometimes conflict with the approach taken by the ethics of other religions. It would be surprising if, in classes discussing other belief systems, students did not ask for comparative explanations, questions Loyola's teachers are clearly free to answer. A comparative approach that explains the Catholic ethical perspective and responds to questions about it is of course legitimate.

l'éthique d'*autres* religions d'une façon neutre, historique et phénoménologique ne porterait pas atteinte de manière disproportionnée aux protections pertinentes conférées par la *Charte* et en cause en l'espèce. La mise en garde formulée par la juge Deschamps voulant que l'exposition des enfants à divers faits religieux ne porte pas atteinte en soi à la liberté de religion de leurs parents demeure avérée dans le cas d'une école confessionnelle : *S.L.*, par. 40. Je suis d'accord avec elle pour dire que, dans une société multiculturelle, le fait d'être obligé d'étudier (ou d'enseigner) la doctrine et l'éthique d'autres religions du monde d'une façon neutre et respectueuse ne saurait constituer une violation de la liberté de religion de qui que ce soit. Voir le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698, par. 46 et 48.

[72] Cela dit, qu'entend-on par enseigner l'éthique d'autres religions de façon « neutre » et « objective » dans le cas d'une école confessionnelle autorisée à enseigner sa propre religion et sa propre éthique selon une perspective religieuse? Je pars du principe que, dans le cas d'une école secondaire confessionnelle, où les élèves acquièrent des connaissances au sujet des préceptes d'une religion particulière pendant toute la durée de leurs études, on peut prétendre qu'il est encore plus important qu'ils explorent, de façon aussi objective que possible, d'autres systèmes de croyances ainsi que leurs fondements.

[73] Je reconnais d'emblée que le fait d'enseigner d'autres systèmes éthiques de façon neutre, au sein d'une école confessionnelle, peut constituer un exercice délicat. Une institution comme Loyola doit disposer d'une certaine marge de manœuvre lorsqu'elle traverse ces moments difficiles. La réponse qu'apporte le catholicisme aux questions d'éthique, par exemple, entrera parfois en conflit avec l'approche préconisée par l'éthique d'autres religions. Il serait étonnant que, dans les cours où l'on étudie d'autres systèmes de croyances, les élèves ne réclament pas des explications qui appellent certaines comparaisons, questions auxquelles les enseignants de Loyola sont certainement libres de répondre. Une approche comparative qui explique la perspective éthique catholique et répond aux questions sur celle-ci constitue bien entendu une approche légitime.

2015 SCC 12 (CanLII)

[74] But the fact that there are difficulties in implementation does not mean the state should be required to throw up its hands and abandon its objectives. Those objectives are not only of immense public importance, they are also, as this Court confirmed in *S.L.*, constitutional. Pursuing them in a religious school may require the Minister to accept some adjustments to the program to make it align with the school's religious character, but these adjustments need not mean the wholesale replacement of objective explications of other religions' ethical systems with a program that frames its discussion of ethics primarily through the moral lens of a school's religious perspective.

[75] The alternative program that Loyola submitted to the Minister would teach other ethical frameworks primarily through the lens of Catholic ethics and morality. Even if Loyola's teachers do so respectfully, this fundamentally transforms the ethics component of the ERC Program from a study of different ethical approaches into a class on Catholicism. The resulting risk is that other religions would necessarily be seen not as differently legitimate belief systems, but as worthy of respect only to the extent that they aligned with the tenets of Catholicism. This contradicts the ERC Program's goal of ensuring respect for those whose religious beliefs are different, a goal no less worthy in a religious school than in a public one.

[76] The key is in how the discussion is framed. An emphasis on objective instruction insofar as possible, and on teaching other ethical positions in their own right, does not mean stifling debate or denying Loyola's Catholic identity. On the contrary, the framework of the discussions would be wider because they are not based solely on a particular religion's perspective. That religion's own ethical framework would necessarily be part of the discussion, but the role will be one of significant participant rather than hegemonic tutor.

[74] Mais ces difficultés de mise en œuvre ne devraient pas amener l'État à être tenu de s'en laver les mains et de renoncer à ses objectifs. Ces derniers ne revêtent pas seulement une importance capitale pour le public; ils sont également, comme la Cour l'a confirmé dans l'arrêt *S.L.*, constitutionnels. Poursuivre ces objectifs au sein d'une école confessionnelle exigera peut-être du ministre qu'il accepte certains ajustements au programme pour l'harmoniser avec le caractère confessionnel de l'établissement, mais ces ajustements ne signifient toutefois pas le remplacement en bloc des explications objectives du système éthique d'autres religions par un programme qui aborde l'étude de l'éthique d'abord et avant tout à travers le prisme moral de la perspective religieuse de l'établissement d'enseignement.

[75] Le programme de remplacement que Loyola a soumis à la ministre prévoit l'enseignement d'autres systèmes éthiques principalement à travers le prisme de l'éthique et de la morale catholiques. Même si cet enseignement se fait avec respect, cela transforme fondamentalement le volet éthique du programme ÉCR, qui passe de l'étude des différentes approches éthiques à un cours sur le catholicisme. On risque donc forcément de considérer les autres religions non pas comme des systèmes de croyances légitimes différents, mais plutôt comme n'étant dignes de respect que dans la mesure où elles correspondent aux préceptes du catholicisme. Cela contredit l'objectif du programme ÉCR qui consiste à assurer le respect de ceux dont les croyances religieuses sont différentes et qui est tout aussi louable dans une école confessionnelle que dans une école publique.

[76] La question clé est celle de savoir comment la discussion est structurée. Privilégier dans la mesure du possible une formation objective et insister sur l'enseignement d'autres positions éthiques en fonction de leur valeur propre n'a pas pour effet d'étouffer le débat ou de nier l'identité catholique de Loyola. Au contraire, le cadre des discussions s'en trouverait ainsi élargi puisqu'il ne reposerait pas uniquement sur une perspective religieuse particulière. Le cadre éthique de cette religion ferait nécessairement partie de la discussion, mais son rôle serait celui d'un acteur important plutôt que celui d'une puissance hégémonique.

2015 SCC 12 (CanLII)

[77] There is no doubt that this will not always be easy. The question is, given the undisputed significance of the ERC Program's objectives, can requiring Loyola's teachers to teach and discuss other religions and their ethical positions as objectively as possible really be seen as a serious interference with freedom of religion merely because it may be difficult to execute neatly?

[78] I have difficulty seeing how this can undermine the values of religious freedom. I do not dispute that the belief systems Loyola's teachers are required to explain to their students may not reflect their personal beliefs, or Loyola's institutional allegiances. But teaching about the ethics of other religions is largely a factual exercise. It need not be a clash of values. Nor is asking Loyola's teachers to teach other religions and ethical positions as objectively as possible a requirement that they shed their own beliefs. It is, instead, a pedagogical tool utilized by good teachers for centuries — let the information, not the personal views of the teacher, guide the discussion. The fact that those personal principles are not central when discussing the ethical principles of other religions does not mean that the Loyola teacher is silenced, or forced to forego his own beliefs, or even appears to be doing so. It also does not mean that Loyola's teachers are foreclosed from explaining the Catholic perspective and its differences from other faiths.

[79] In any event, it is the Minister's decision as a whole that must reflect a proportionate and therefore reasonable balancing of the *Charter* protections and statutory objectives in issue. It does not, in my respectful view, because it rests on the assumption that a confessional program cannot achieve the objectives of the ERC Program. This assumption led the Minister to a decision that does not, overall, strike a proportionate balance between the *Charter* protections and statutory objectives at stake in this case. It is, with respect, unreasonable as a result.

[77] Certes, cela ne sera pas toujours facile. Cela dit, compte tenu de l'importance incontestée des objectifs du programme ÉCR, le fait d'obliger Loyola à enseigner et à examiner d'autres religions et leurs positions éthiques aussi objectivement que possible peut-il véritablement être considéré comme une entrave à la liberté de religion simplement parce qu'il peut être difficile d'exécuter commodément ce programme?

[78] J'ai du mal à concevoir comment cela peut porter atteinte aux valeurs de la liberté de religion. Je ne conteste pas que les systèmes de croyances que les enseignants de Loyola sont tenus d'expliquer à leurs élèves ne reflètent peut-être pas leurs croyances personnelles ou les allégeances institutionnelles de l'école. Toutefois, enseigner les valeurs éthiques d'autres religions est en grande partie une démarche factuelle. Il n'est pas nécessaire que cet enseignement donne lieu à un conflit de valeurs. Le fait de demander aux enseignants de Loyola d'expliquer d'autres religions et positions éthiques aussi objectivement que possible ne les oblige pas non plus à renier leurs propres convictions. Il s'agit plutôt d'un outil pédagogique utilisé par les bons enseignants depuis des siècles : laisser la matière et non leurs opinions personnelles orienter la discussion. Le fait que ces principes personnels ne soient pas au cœur de l'examen des principes éthiques d'autres religions ne signifie pas pour autant que les enseignants de Loyola sont condamnés au silence ou forcés de renier leurs propres convictions ou même qu'il semble qu'il en soit ainsi. Cela ne signifie pas non plus qu'il leur est interdit d'expliquer la perspective catholique et en quoi elle diffère des autres religions.

[79] Quoi qu'il en soit, c'est la décision de la ministre dans son ensemble qui doit être le reflet d'une mise en balance proportionnée et donc raisonnable des protections conférées par la *Charte* et des objectifs de la loi en cause. À mon avis, elle ne l'est pas, et ce, parce qu'elle repose sur la prémisse qu'un programme confessionnel ne peut atteindre les objectifs du programme ÉCR. Cette prémisse a mené la ministre à prendre une décision qui, prise dans son ensemble, n'atteint pas un équilibre proportionné entre les protections conférées par la *Charte* et les objectifs de la loi en cause en l'espèce. Soit dit en tout respect, cette décision est déraisonnable.

2015 SCC 12 (CanLII)

[80] This is not to suggest, however, that in a religious school, the Minister is required to allow the ERC Program — a program that is framed as a tool to teach students about different world religions and ethical beliefs — to be replaced by a program that focuses on that religion's doctrine and morality. To ask a religious school's teachers to discuss other religions and their ethical beliefs as objectively as possible does not seriously harm the values underlying religious freedom. These features of the ERC Program are essential to achieving its objectives. But preventing a school like Loyola from teaching and discussing Catholicism in any part of the program from its own perspective does little to further those objectives while at the same time seriously interfering with the values underlying religious freedom.

[81] I would therefore allow the appeal, set aside the Minister's decision, and remit the matter to the Minister for reconsideration in light of these reasons. An exemption cannot be withheld on the basis that Loyola must teach Catholicism and Catholic ethics from a neutral perspective. In the circumstances, I would make no order for costs.

The reasons of McLachlin C.J. and Rothstein and Moldaver JJ. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND MOLDAVER J. —

I. Overview

[82] Loyola, a private Catholic high school, challenges the decision of the Minister of Education, Recreation and Sports ("Minister") refusing to grant it an exemption from the Ethics and Religious Culture course ("ERC Program"), a compulsory program requiring the teaching of world religions, ethics and dialogue in a neutral way. The application judge set aside the Minister's decision, holding

[80] Il ne s'agit pas de suggérer par cela que, dans une école confessionnelle, le ministre doit permettre que le programme ÉCR — un programme conçu comme un outil visant à permettre aux élèves d'acquérir des connaissances sur diverses religions et convictions éthiques du monde — soit remplacé par un programme axé sur la doctrine et la morale de la religion de cette école. Demander aux enseignants d'une école confessionnelle de discuter d'autres religions et de leurs convictions éthiques aussi objectivement que possible ne porte pas sérieusement atteinte aux valeurs qui sous-tendent la liberté de religion. Ces caractéristiques du programme ÉCR sont essentielles à l'atteinte de ses objectifs. Toutefois, le fait d'empêcher complètement une école comme Loyola d'enseigner et de traiter du catholicisme selon sa propre perspective dans le cadre de son programme contribue peu à l'atteinte de ces objectifs tout en portant gravement atteinte aux valeurs qui sous-tendent la liberté de religion.

[81] Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la décision de la ministre et de renvoyer l'affaire au ministre pour réexamen à la lumière des présents motifs. Une exemption ne peut pas être refusée au motif que Loyola doit enseigner le catholicisme et l'éthique catholique suivant une perspective neutre. Dans les circonstances, je ne rendrai aucune ordonnance concernant les dépens.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Rothstein et Moldaver rendus par

LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE MOLDAVER —

I. Aperçu

[82] Loyola, une école secondaire catholique privée, conteste la décision de la ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport (« la ministre ») de refuser de l'exempter de l'obligation de donner le cours d'éthique et de culture religieuse (« programme ÉCR »), un programme obligatoire qui impose l'enseignement de façon neutre des religions dans le monde, de l'éthique et du dialogue.

2015 SCC 12 (CanLII)

that it violated Loyola's constitutional right to freedom of religion. The Quebec Court of Appeal reversed that decision. Loyola now appeals with leave to this Court.

[83] Like our colleague Abella J., we would allow the appeal. In our view, the Minister's decision cannot be upheld because it failed to protect Loyola's right to religious freedom. In reaching that conclusion, we respectfully differ from our colleague on a number of points, including her choice of remedy.

II. Background Facts

[84] The government of Quebec, as part of a plan of progressive secularization of the public school system, incorporated the ERC Program into its core curriculum. Beginning in 2008, all schools were required to deliver a program teaching world religions, ethics and dialogue from a secular, morally neutral perspective. The legislative and regulatory scheme provided exemptions for private schools to teach an equivalent program, with requests for exemptions to be assessed by the Minister.

[85] Loyola High School is a respected Catholic private school, founded in 1848 as part of the Collège Sainte-Marie, administered by the Jesuit Order and serving the Catholic community of Montréal. It applied for an exemption to teach a program that, in its view, achieved the same educational objectives of the ERC Program, but in harmony with its religious convictions. The Minister refused, on the basis that Loyola's proposed program had a religious perspective that was unacceptable, and that it amounted to a program of moral education that did not follow the required neutral and cultural approach to religion and ethics.

Le juge saisi de la demande a annulé la décision de la ministre, concluant que cette décision violait le droit constitutionnel à la liberté de religion de l'école. La Cour d'appel du Québec a infirmé cette décision. Loyola se pourvoit maintenant devant la Cour, sur autorisation.

[83] À l'instar de notre collègue la juge Abella, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi. À notre avis, la décision de la ministre ne peut être maintenue, parce qu'elle n'a pas protégé le droit à la liberté de religion de Loyola. Tout en tirant cette conclusion, nous exprimons, soit dit en tout respect, notre désaccord avec la juge Abella sur un certain nombre de points, notamment en ce qui concerne la réparation à accorder.

II. Contexte factuel

[84] Le gouvernement du Québec a incorporé le programme ÉCR aux matières de base dans le cadre d'un projet de déconfessionnalisation progressive du système scolaire public. Depuis 2008, toutes les écoles sont tenues d'offrir un programme d'enseignement des religions dans le monde, de l'éthique et du dialogue selon une perspective laïque et moralement neutre. Le régime législatif et réglementaire prévoit des exemptions pour les écoles privées qui peuvent être autorisées à enseigner un programme équivalent, après examen des demandes à cet effet par le ministre.

[85] L'école secondaire Loyola est une institution catholique privée réputée, fondée en 1848 en tant que partie du Collège Sainte-Marie; elle est administrée par l'ordre des Jésuites et dessert la communauté catholique de Montréal. Elle a demandé une exemption afin de pouvoir enseigner un programme qui, à son avis, atteignait les mêmes objectifs que le programme ÉCR, mais en conformité avec ses convictions religieuses. La ministre a refusé, au motif que le programme proposé par Loyola avait une perspective religieuse qui était inacceptable et qu'il équivalait à un programme d'éducation morale qui ne respectait pas la conception neutre et culturelle de la religion et de l'éthique qui était exigée.

2015 SCC 12 (CanLII)

III. Procedural History

[86] The application judge heard evidence from several expert and lay witnesses, and made extensive findings of fact which we address in greater detail in our analysis. He found that the Minister's refusal constituted a serious infringement of Loyola's right to religious freedom. In the result, he granted Loyola's application, quashed the Minister's decision, and ordered an exemption (2010 QCCS 2631).

[87] On appeal by the Minister, the Quebec Court of Appeal applied the administrative law framework from *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395, and concluded that the Minister's decision was reasonable. The Court of Appeal expressed skepticism that denying an exemption to teach a modified version of the ERC Program posed *any* infringement on Loyola's freedom to teach the Catholic religion. Furthermore, it concluded that even if there were an infringement, it would be [TRANSLATION] "trivial because [the ERC Program] is only one class among many" and "the program does not require teachers to refute the precepts of the Catholic religion, but only to abstain from expressing their opinions or convictions" (2012 QCCA 2139, at para. 174 (CanLII)). In consequence, the Court of Appeal overturned the application judge, and reinstated the decision of the Minister. As we explain, we respectfully disagree with the Court of Appeal's conclusion that the infringement was trivial. Indeed, for reasons that will become apparent, we are satisfied that the infringement had a substantial impact on Loyola's right to religious freedom.

IV. Analysis

[88] We are required to address several issues in deciding this appeal. First, we must decide whether Loyola as a religious organization is entitled to the constitutional protection of freedom of religion. Concluding that it is, we analyze the proper interpretation of the legislative and regulatory scheme

III. Historique des procédures

[86] Le juge saisi de la demande a entendu la déposition de plusieurs témoins experts et ordinaires, et a tiré de nombreuses conclusions de fait que nous examinerons plus en détail dans notre analyse. Il a conclu que le refus de la ministre constituait une atteinte grave au droit à la liberté de religion de Loyola. Il a donc accueilli la demande de cette dernière, annulé la décision de la ministre et ordonné une exemption (2010 QCCS 2631, [2010] R.J.Q. 1417).

[87] Lors de l'appel interjeté par la ministre, la Cour d'appel du Québec a appliqué le cadre d'analyse de droit administratif établi par l'arrêt *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395, et conclu que la décision de la ministre était raisonnable. La Cour d'appel a exprimé des doutes sur le fait qu'un refus d'accorder à l'école une exemption afin de lui permettre d'enseigner une version modifiée du programme ÉCR constituait une atteinte *quelconque* à sa liberté d'enseigner la religion catholique. Elle a conclu en outre que, même s'il y avait eu atteinte, celle-ci aurait été « négligeable, car [le programme ÉCR ne constitue qu'] un cours parmi plusieurs » et qu'« il n'est pas demandé à l'enseignant de réfuter les préceptes de la religion catholique, mais de s'abstenir d'exprimer son opinion ou ses convictions » (2012 QCCA 2139, [2012] R.J.Q. 2112, par. 174). En conséquence, la Cour d'appel a infirmé la décision du juge saisi de la demande et rétabli celle de la ministre. Comme nous l'expliquerons plus loin, nous ne partageons pas l'avis de la Cour d'appel selon lequel l'atteinte était négligeable. En fait, pour des raisons qui deviendront évidentes, nous sommes convaincus que l'atteinte a eu un effet substantiel sur le droit à la liberté de religion de Loyola.

IV. Analyse

[88] Pour trancher le présent pourvoi, nous devrons examiner plusieurs questions. Tout d'abord, il faudra déterminer si Loyola, en tant qu'organisation religieuse, bénéficie de la protection constitutionnelle relative à la liberté de religion. Estimant qu'elle jouit d'une telle protection, nous nous pencherons

2015 SCC 12 (CanLII)

at issue in this appeal, including the ERC Program and the exemption provision. We review the content of Loyola's proposed equivalent program, and then evaluate the Minister's decision in light of Loyola's constitutional right to religious freedom — first, determining whether Loyola's freedom of religion was breached, and second, determining whether that breach was minimally impairing and therefore justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the "*Canadian Charter*" or "*Charter*"). Finding that Loyola's freedom of religion was infringed, and that the infringement was not minimally impairing, we offer guidelines on the appropriate scope of an equivalent program that would comply with the *Charter* while meeting the objectives of the ERC Program. Finally, we determine that the appropriate remedy is an order of mandamus granting an exemption to Loyola to teach such a program.

ensuite sur l'interprétation à donner au régime législatif et réglementaire en cause en l'espèce, notamment au programme ÉCR et à la disposition d'exemption. Ensuite, nous examinerons le contenu du programme que propose Loyola comme équivalent, puis nous évaluerons la décision de la ministre à la lumière du droit constitutionnel à la liberté de religion de cette institution — en déterminant, premièrement, s'il y a eu atteinte à la liberté de religion de l'école et, deuxièmement, si cette atteinte était minimale et donc justifiée au regard de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte canadienne* » ou « *Charte* »). Concluant qu'il y a eu atteinte à la liberté de religion de Loyola et que cette atteinte n'était pas minimale, nous formulerons des lignes directrices quant au contenu acceptable d'un programme équivalent, contenu qui serait compatible avec la *Charte* tout en permettant d'atteindre les objectifs du programme ÉCR. Finalement, nous conclurons que la réparation appropriée consiste à prononcer une ordonnance de *mandamus* qui permettrait à Loyola d'enseigner un tel programme.

A. *Does Loyola as a Religious Organization Enjoy Freedom of Religion Under Section 2(a) of the Canadian Charter and Section 3 of the Quebec Charter?*

A. *En tant qu'organisation religieuse, Loyola jouit-elle de la liberté de religion garantie par l'al. 2a) de la Charte canadienne et par l'art. 3 de la Charte québécoise?*

[89] Loyola is a religious non-profit corporation constituted under Part III of Quebec's *Companies Act*, CQLR, c. C-38. For over a century, it has pursued a vocation of providing Catholic religious education for young men. Loyola asserts that, as a religious organization, it is protected by the guarantee of freedom of religion in the *Canadian Charter* and the *Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12 (the "*Quebec Charter*").

[89] Loyola est une corporation religieuse sans but lucratif constituée en vertu de la partie III de la *Loi sur les compagnies* du Québec, RLRQ, c. C-38. Pendant plus d'un siècle, elle a poursuivi sa mission consistant à offrir une éducation religieuse catholique aux jeunes hommes. Cette école prétend bénéficier, en tant qu'organisation religieuse, de la protection accordée à la liberté de religion garantie par la *Charte canadienne* et par la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12 (« *Charte québécoise* »).

[90] The Attorney General of Quebec contends that Loyola enjoys no such constitutional protection because it is not a natural person, but merely a legal person: religious freedom protects sincerely held beliefs, and a corporation is capable of neither sincerity nor belief. This raises the question of whether

[90] Le procureur général du Québec soutient que Loyola ne bénéficie pas d'une telle protection constitutionnelle parce qu'elle n'est pas une personne physique, mais simplement une société : la liberté de religion protège les croyances sincères, or, une société n'est capable ni de faire preuve de

2015 SCC 12 (CanLII)

religious organizations are protected by the guarantee of freedom of religion.

[91] In our view, Loyola may rely on the guarantee of freedom of religion found in s. 2(*a*) of the *Canadian Charter*. The communal character of religion means that protecting the religious freedom of individuals requires protecting the religious freedom of religious organizations, including religious educational bodies such as Loyola. Canadian and international jurisprudence supports this conclusion.

[92] This Court has affirmed that freedom of religion under s. 2(*a*) of the *Canadian Charter* has both an individual and a collective dimension. In *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551, Bastarache J., writing in dissent but not on this point, quoted Professor Timothy Macklem for the proposition that

> religions are necessarily collective endeavours. . . . It follows that any genuine freedom of religion must protect, not only individual belief, but the institutions and practices that permit the collective development and expression of that belief.

(Para. 137, quoting "Faith as a Secular Value" (2000), 45 *McGill L.J.* 1, at p. 25.)

[93] In *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, Justice Abella and Justice LeBel, both writing in dissent but not on this point, emphasized the collective dimension of religious freedom. Justice Abella noted the "group, or 'community', aspect of religious freedom" (para. 131), while Justice LeBel observed:

> Religion is about religious beliefs, but also about religious relationships. . . . [This appeal] raises issues about belief, but also about the maintenance of communities of faith. We are discussing the fate . . . of a community that shares a common faith and a way of life

sincérité ni d'avoir des croyances. Cela soulève la question de savoir si les organisations religieuses bénéficient de la protection accordée à la liberté de religion.

[91] À notre avis, Loyola peut invoquer la liberté de religion protégée par l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne*. Étant donné le caractère collectif de la religion, la protection relative à la liberté de religion des individus commande la protection de la liberté de religion des organisations religieuses, y compris les établissements d'enseignement à caractère religieux comme Loyola. La jurisprudence canadienne et internationale appuie cette conclusion.

[92] La Cour a affirmé que la liberté de religion protégée par l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne* comporte une dimension à la fois individuelle et collective. Dans l'arrêt *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551, le juge Bastarache, qui était dissident, mais non sur cette question, a cité le professeur Timothy Macklem à cet effet :

> [TRADUCTION] . . . la religion est nécessairement une entreprise collective. [. . .] Il s'ensuit que la véritable liberté de religion doit protéger non seulement la croyance individuelle, mais aussi les institutions et pratiques par lesquelles passent le développement et l'expression collectifs de cette croyance.

(Par. 137, citant « Faith as a Secular Value » (2000), 45 *R.D. McGill* 1, p. 25.)

[93] Dans *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, la juge Abella et le juge LeBel, tous deux dissidents, mais non sur cette question, ont mis l'accent sur la dimension collective de la liberté de religion. La juge Abella a insisté sur « l'aspect "collectif" de la liberté de religion » (par. 131). Pour sa part, le juge LeBel a fait remarquer que :

> La religion a trait aux croyances religieuses, mais aussi [aux] rapports religieux. Le présent pourvoi [. . .] soulève des questions sur les croyances, mais aussi sur le maintien des communautés organisées autour d'une même foi. Nous discutons [. . .] du sort [. . .] d'une communauté qui

2015 SCC 12 (CanLII)

that is viewed by its members as a way of living that faith and of passing it on to future generations. [Emphasis added; para. 182.]

[94] The individual and collective aspects of freedom of religion are indissolubly intertwined. The freedom of religion of individuals cannot flourish without freedom of religion for the organizations through which those individuals express their religious practices and through which they transmit their faith.

[95] In this respect, the guarantee of freedom of religion resembles the guarantees of freedom of expression, freedom from unreasonable search and seizure and trial within a reasonable time, all of which have been held to apply to corporations: see *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. CIP Inc.*, [1992] 1 S.C.R. 843. As with s. 2(*a*), the text of these rights refers not to "individuals" but to "everyone" or "any person", which has been interpreted as including corporations: see D. Gibson, *The Law of the Charter: Equality Rights* (1990), at pp. 53-54.

[96] International human rights instruments recognize the communal character of religion and support the extension of constitutional protection to the organizations through which congregants worship and teach their faith. Article 18 of the *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), provides:

> Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief, and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in teaching, practice, worship and observance.

Article 9 of the *European Convention on Human Rights*, 213 U.N.T.S. 221, contains a virtually identical provision. Similarly, the *International Covenant*

partage la même foi et un mode de vie qui est perçu par ses membres comme une façon de vivre cette foi et de la transmettre aux générations futures. [Nous soulignons; par. 182.]

[94] Les aspects individuels et collectifs de la liberté de religion sont indissolublement liés. En effet, la liberté de religion des individus ne peut s'épanouir si les organisations par l'entremise desquelles ceux-ci expriment leurs pratiques religieuses et transmettent leur foi ne bénéficient pas elles aussi d'une telle liberté.

[95] La liberté de religion s'apparente à cet égard à la liberté d'expression, à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives et au droit à la tenue d'un procès dans un délai raisonnable, lesquels ont tous été jugés s'appliquer aux sociétés : voir *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. CIP Inc.*, [1992] 1 R.C.S. 843. Tout comme pour l'al. 2*a*), le texte de ces droits ne renvoie pas à des « individus », mais à « chacun » ou à « tout inculpé », ce qu'on a interprété comme incluant les sociétés : voir D. Gibson, *The Law of the Charter : Equality Rights* (1990), p. 53-54.

[96] Les instruments internationaux relatifs aux droits de la personne reconnaissent le caractère collectif de la religion et appuient l'élargissement de la protection constitutionnelle aux organisations par l'entremise desquelles les fidèles font leurs dévotions et enseignent leur foi. L'article 18 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948), est rédigé en ces termes :

> Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites.

L'article 9 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, 213 R.T.N.U. 221, renferme une disposition presque identique. De même, le *Pacte*

2015 SCC 12 (CanLII)

on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171, to which Canada is a signatory, provides:

Article 18. 1. Everyone shall have the right to freedom of thought, conscience and religion. This right shall include freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice, and freedom, either individually or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in worship, observance, practice and teaching.

. . .

4. The States Parties to the present Covenant undertake to have respect for the liberty of parents and, when applicable, legal guardians to ensure the religious and moral education of their children in conformity with their own convictions.

[97] The *Charter* should be presumed to provide at least as great a level of protection as is found in the international human rights documents that Canada has ratified: *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, at para. 70. It follows that the collective aspect of freedom of religion should find protection under the *Charter*.

[98] Foreign jurisprudence supports Loyola's claim to freedom of religion: see *Sindicatul "Păstorul Cel Bun" v. Romania* (2014), 58 E.H.R.R. 10, at para. 136; *Metropolitan Church of Bessarabia v. Moldova*, No. 45701/99, ECHR 2001-XII; *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. Equal Employment Opportunity Commission*, 132 S. Ct. 694 (2012); *National Labor Relations Board v. Catholic Bishop of Chicago*, 440 U.S. 490 (1979).

[99] The Attorney General of Quebec points out that in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, Dickson C.J. commented that "a business corporation cannot possess religious beliefs" (p. 784). However, a religious organization may in a very real sense have religious beliefs and rights. Thus, Dickson C.J. referred to the s. 2(*a*) freedom of "individuals and groups" (p. 759 (emphasis added)),

international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171, dont le Canada est signataire, prévoit :

Article 18. 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé, par le culte et l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement.

. . .

4. Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux, de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions.

[97] Il faut présumer que la *Charte* accorde une protection au moins aussi grande que les instruments internationaux ratifiés par le Canada en matière de droits de la personne : *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, par. 70. L'aspect collectif de la liberté de religion devrait donc bénéficier de la protection accordée par la *Charte*.

[98] La jurisprudence étrangère confirme le droit à la liberté de religion revendiqué par Loyola : voir *Sindicatul « Păstorul cel Bun » c. Roumanie*, n° 2330/09, 9 juillet 2013 (HUDOC), par. 136; *Église métropolitaine de Bessarabie c. Moldova*, n° 45701/99, CEDH 2001-XII; *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School c. Equal Employment Opportunity Commission*, 132 S. Ct. 694 (2012); *National Labor Relations Board c. Catholic Bishop of Chicago*, 440 U.S. 490 (1979).

[99] Certes, comme le souligne le procureur général du Québec, dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, le juge en chef Dickson a fait observer qu'« une société commerciale ne saurait avoir des croyances religieuses » (p. 784). Cependant, une organisation religieuse peut d'une manière très concrète avoir des croyances et des droits religieux. Le juge en chef Dickson a donc

2015 SCC 12 (CanLII)

describing that freedom using language from *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 336, as "the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination" (p. 757).

[100] On the submissions before us, and given the collective aspect of religious freedom long established in our jurisprudence, we conclude that an organization meets the requirements for s. 2(*a*) protection if (1) it is constituted primarily for religious purposes, and (2) its operation accords with these religious purposes.

[101] The precise scope of these requirements may require clarification in future cases which test their boundaries, but it is evident that Loyola falls within their ambit. It is a non-profit religious corporation constituted for the purpose of offering a Jesuit education to children within Quebec's Catholic religious community. It has operated for over a century in accordance with this religious educational purpose.

[102] We note that the same result is reached under s. 3 of the *Quebec Charter*. If anything, the conclusion is clearer, because the *Quebec Charter* accords freedom of religion to "[e]very person", unlike the *Canadian Charter* which uses the more ambiguous "[e]veryone". Under Quebec's *Interpretation Act*, CQLR, c. I-16, "the word 'person' includes natural or legal persons, . . . unless inconsistent with the statute or with the special circumstances of the case": s. 61(16). No inconsistency arises here; on the contrary, for the reasons just discussed, the circumstances favour recognition of the right of freedom of religion for religious organizations.

parlé de la liberté des « particuliers et [d]es groupes » garantie par l'al. 2*a*) (p. 759 (nous soulignons)), et décrit cette liberté en reprenant les termes utilisés dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 336, soit comme étant « le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation » (p. 757).

[100] Compte tenu des arguments qui nous ont été présentés, et de l'aspect collectif de la liberté de religion que reconnaît depuis longtemps notre jurisprudence, nous concluons qu'une organisation satisfait aux exigences applicables pour pouvoir bénéficier de la protection conférée par l'al. 2*a*) si (1) elle est constituée principalement à des fins religieuses, et (2) ses activités sont compatibles avec ces fins.

[101] L'étendue précise de ces exigences pourrait devoir être clarifiée dans la jurisprudence à venir, mais il est clair que Loyola y satisfait. Il s'agit d'une corporation religieuse sans but lucratif constituée dans le but d'offrir une éducation jésuite aux enfants de la communauté catholique du Québec et qui exerce ses activités depuis plus d'un siècle dans le respect de cette mission éducative religieuse.

[102] Soulignons que l'art. 3 de la *Charte québécoise* mène au même résultat. En fait, l'analyse fondée sur cette disposition mène à une conclusion encore plus manifeste puisque la *Charte québécoise* accorde la liberté de religion à « [t]oute personne », contrairement à la *Charte canadienne* qui utilise le terme plus ambigu « [c]hacun ». Selon la *Loi d'interprétation* du Québec, RLRQ, c. I-16, « le mot "personne" comprend les personnes physiques ou morales [. . .], à moins que la loi ou les circonstances particulières du cas ne s'y opposent » : par. 61(16). Rien en l'espèce ne s'y oppose; au contraire, pour les motifs que nous venons d'exposer, les circonstances favorisent la reconnaissance du droit à la liberté de religion pour les organisations religieuses.

2015 SCC 12 (CanLII)

B. *The Interpretation of the Legislative and Regulatory Scheme at Issue*

[103] To understand and evaluate the Minister's decision, it is necessary to understand the legislative and regulatory scheme under which it was made.

[104] The starting point is the legislation. As of 2000, religious schools in Quebec can exist only as private schools. The compulsory curriculum set by the Minister applies to all schools, including private schools: *An Act respecting private education*, CQLR, c. E-9.1, s. 25. As of the 2008-2009 school year, the ERC Program formed part of the compulsory curriculum for all schools in the province.

[105] The legislation imposing the compulsory curriculum on public and private schools contains a provision authorizing the government to adopt regulations to provide exemptions to particular institutions. Section 111 of the *Act respecting private education* states:

111. The Government may, by regulation . . . ,

. . .

(7) . . . authorize . . . the Minister to exclude, on the conditions he may determine, persons, bodies, institutions or educational services from all or some of the provisions of this Act . . .;

[106] Pursuant to this power, the government of Quebec adopted s. 22 of the *Regulation respecting the application of the Act respecting private education*, CQLR, c. E-9.1, r. 1, which allows private schools to obtain exemptions from teaching the compulsory curriculum:

22. Every institution shall be exempt from the [requirement to teach the compulsory curriculum] provided the institution dispenses programs of studies which the Minister of Education, Recreation and Sports judges equivalent.

B. *L'interprétation à donner au régime législatif et réglementaire en cause*

[103] Pour comprendre et apprécier la décision de la ministre, il est nécessaire de comprendre le régime législatif et réglementaire en vertu duquel elle a été prise.

[104] Le point de départ de l'analyse est la loi. Depuis l'an 2000, les écoles confessionnelles au Québec ne peuvent exister qu'en tant qu'écoles privées. Le programme d'enseignement obligatoire établi par le ministre s'applique à toutes les écoles, y compris les écoles privées : *Loi sur l'enseignement privé*, RLRQ, c. E-9.1, art. 25. Depuis l'année scolaire 2008-2009, le programme ÉCR fait partie des matières obligatoires que doivent enseigner toutes les écoles de la province.

[105] La loi qui impose ce programme obligatoire aux écoles publiques et privées renferme une disposition qui autorise le gouvernement à prendre des règlements visant à exempter certaines institutions. L'article 111 de la *Loi sur l'enseignement privé* est rédigé en ces termes :

111. Le gouvernement peut, par règlement . . . :

. . .

7° . . . autoriser [. . .] le ministre à exclure, aux conditions que ce dernier peut déterminer, des personnes, organismes, établissements ou services éducatifs de tout ou partie des dispositions de la présente loi . . .;

[106] Dans l'exercice de ce pouvoir, le gouvernement du Québec a édicté l'art. 22 du *Règlement d'application de la loi sur l'enseignement privé*, RLRQ, c. E-9.1, r. 1, qui permet aux écoles privées d'être exemptées de l'obligation d'enseigner les matières obligatoires :

22. Tout établissement est exempté de l'[obligation d'enseigner les matières obligatoires] pourvu que l'établissement offre des programmes jugés équivalents par le ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport.

2015 SCC 12 (CanLII)

[107] When the government inserted the ERC Program into the compulsory curriculum, it did not exclude it from the s. 22 exemption provision. It is therefore open to private religious schools to apply for an exemption from the requirement to teach the ERC Program. Loyola did so, and the Minister refused the exemption, giving rise to this litigation.

[108] The legislative and regulatory scheme imposes a compulsory curriculum, but modifies this by allowing individual schools to obtain exemptions. This allows Quebec to satisfy the educational objectives of the compulsory curriculum, while permitting accommodations for particular schools on the basis of their circumstances or needs. Applied to the ERC Program, this scheme allows Quebec to require that religion be taught from a secular, cultural and phenomenological viewpoint in public schools, while allowing private religious schools to adopt an alternative but equivalent approach that meets the basic objectives of the program but preserves the school's freedom of religion.

[109] The preamble of the Act specifying the Minister's powers and obligations (*An Act respecting the Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport*, CQLR, c. M-15) confirms that the reliance on the Minister's discretion to approve exemptions is intended to ensure respect for the religious freedoms of individuals and groups. It states:

WHEREAS every child is entitled to the advantage of a system of education conducive to the full development of his personality;

Whereas parents have the right to choose the institutions which, according to their convictions, ensure the greatest respect for the rights of their children;

Whereas persons and groups are entitled to establish autonomous educational institutions and, subject to the requirements of the common welfare, to avail themselves of the administrative and financial means necessary for the pursuit of their ends;

[107] Lorsque le gouvernement a incorporé le programme ÉCR aux matières obligatoires, il ne l'a pas soustrait à l'application de la disposition d'exemption prévue à l'art. 22. Les écoles privées confessionnelles peuvent donc demander à être exemptées de l'obligation d'enseigner ce programme. C'est ce qu'a fait Loyola. La ministre a toutefois refusé de lui accorder l'exemption demandée, d'où le présent litige.

[108] Le régime législatif et réglementaire impose un programme d'enseignement obligatoire, mais il module cette exigence en autorisant les écoles, prises individuellement, à obtenir des exemptions. Cela permet au Québec de faire respecter les objectifs d'apprentissage du programme obligatoire tout en permettant à certaines écoles de bénéficier de mesures d'adaptation eu égard à leur situation ou à leurs besoins. Lorsqu'on l'applique au programme ÉCR, ce régime autorise le Québec à exiger que la religion soit enseignée d'un point de vue laïque, culturel et phénoménologique dans les écoles publiques, tout en permettant aux écoles privées confessionnelles d'adopter une approche différente — mais équivalente — qui répond aux objectifs fondamentaux du programme, mais qui préserve leur liberté de religion.

[109] Le préambule de la loi qui précise les pouvoirs et les obligations du ministre (la *Loi sur le ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport*, RLRQ, c. M-15) confirme que l'existence du pouvoir discrétionnaire du ministre d'approuver des exemptions vise à garantir le respect de la liberté de religion aux particuliers et aux groupes. Il prévoit :

ATTENDU que tout enfant a le droit de bénéficier d'un système d'éducation qui favorise le plein épanouissement de sa personnalité;

Attendu que les parents ont le droit de choisir les établissements qui, selon leur conviction, assurent le mieux le respect des droits de leurs enfants;

Attendu que les personnes et les groupes ont le droit de créer des établissements d'enseignement autonomes et, les exigences du bien commun étant sauves, de bénéficier des moyens administratifs et financiers nécessaires à la poursuite de leurs fins;

2015 SCC 12 (CanLII)

[110] The department's own publications support the conclusion that the legislative and regulatory scheme is intended to operate in a way that respects the religious freedoms of individuals and groups in the school system. In a 2005 ministerial proposal, the Minister stated that "[r]especting the fundamental right to the freedom of conscience and religion is the basis of all ethics and religious education": *Establishment of an ethics and religious culture program: Providing future direction for all Québec youth* (2005), at p. 6. To similar effect, the *Ethics and Religious Culture Program* section of the department's website promises that the legislative and regulatory scheme — the generic ERC Program supplemented by the s. 22 exemption provision, which replaced a prior diversity of moral education programs including denominational programs — will "respec[t] the freedom of conscience and religion of parents, students and teachers": "Ethics and Religious Culture Program: Contributing to harmonious social relations in Québec society today" (online).

[111] Indeed, the department's website notes that among the pre-existing programs was a "Catholic Religious and Moral Instruction" program, and states that the ERC Program will replace such programs in order to "offer the same education to all Québec students".

[112] Section 22 functions to ensure the legislative and regulatory scheme's compliance with the freedom of religion guaranteed by s. 2(*a*) of the *Charter*. It guards against the possibility that, in certain situations, the mandatory imposition of a purely secular curriculum may violate the *Charter* rights of a private religious school. This safeguard is consistent with the obligations of the state in a multicultural society. As LeBel J. observed in his concurring reasons in *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, 2012 SCC 7, [2012] 1 S.C.R. 235, in the context of the public school system, "[u]nder the constitutional principles governing state action, the state has neither an obligation to promote religious faith nor a right to discourage religious faith in its public education system" (para. 54). The state

[110] Les publications du ministère lui-même appuient la conclusion selon laquelle le régime législatif et réglementaire est censé s'appliquer dans le respect de la liberté de religion des individus et des groupes qui font partie du réseau scolaire. Dans une proposition présentée en 2005, le ministre a affirmé que « [l]e respect du droit fondamental à la liberté de conscience et de religion constitue l'assise de toute formation dans les domaines de l'éthique et de la religion » : *La mise en place d'un programme d'éthique et de culture religieuse : Une orientation d'avenir pour tous les jeunes du Québec* (2005), p. 6. Dans le même ordre d'idées, la section *Programme Éthique et culture religieuse* du site Web du ministère assure que le régime législatif et réglementaire — le programme ÉCR de référence, complété par la disposition d'exemption de l'art. 22, lequel a remplacé divers programmes d'enseignement moral, notamment des programmes confessionnels — « respect[era] la liberté de conscience et de religion des parents, des élèves et du personnel enseignant » : « Programme Éthique et culture religieuse : Pour vivre ensemble dans le Québec d'aujourd'hui » (en ligne).

[111] En fait, le site Web du ministère indique que l'« enseignement moral et religieux [. . .] catholique » constituait l'un de ces programmes préexistants, et que le programme ÉCR remplacera ceux-ci, de manière à ce qu'« une seule et même formation [soit offerte] à l'ensemble des élèves du Québec ».

[112] L'article 22 vise à garantir que le régime législatif et réglementaire respecte la liberté de religion garantie par l'al. 2*a*) de la *Charte*. Il a pour effet d'empêcher que l'imposition d'un programme obligatoire purement laïque puisse, dans certains cas, porter atteinte aux droits que la *Charte* confère à une école confessionnelle privée. Cette garantie est compatible avec les obligations de l'État au sein d'une société multiculturelle. Comme le souligne le juge LeBel dans les motifs concordants qu'il a rédigés dans l'affaire *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235, en ce qui concerne le réseau scolaire public, « [d]ans son système d'enseignement public, l'État n'a, en vertu des principes constitutionnels qui régissent son action, ni l'obligation de favoriser la foi religieuse, ni

2015 SCC 12 (CanLII)

may not discourage religious faith in the public education system; this obligation has even more resonance in the context of a private religious school.

C. *Analytical Approach Under the Charter*

[113] Section 2(*a*) of the *Charter* protects the right to freedom of religion. The state can limit this right, but only if it can show that the limitation is "reasonable" and "demonstrably justified in a free and democratic society" under s. 1 of the *Charter*. The *Charter* requirement that limits on rights be reasonable and demonstrably justified may be expressed in different ways in different contexts, but the basic constitutional requirement remains the same.

[114] The first issue is whether Loyola's freedom of religion was infringed by the Minister's decision. The second issue is whether the Minister's decision — that only a purely secular course of study may serve as an equivalent to the ERC Program — limits Loyola's freedom of religion more than reasonably necessary to achieve the goals of the program. However one describes the precise analytic approach taken, the essential question is this: did the Minister's decision limit Loyola's right to freedom of religion proportionately — that is, no more than was reasonably necessary?

[115] For reasons that follow, we conclude that both of these issues must be answered in the affirmative.

D. *Loyola's Proposed Equivalent Program*

[116] The nature of Loyola's proposed equivalent program lies at the heart of this appeal. As such, it is worth examining in some detail.

le droit de décourager celle-ci » (par. 54). L'État ne peut décourager la foi religieuse dans le système d'enseignement public; cette obligation trouve davantage écho dans le contexte d'une école confessionnelle privée.

C. *Approche analytique dans le contexte de la Charte*

[113] L'alinéa 2*a*) de la *Charte* protège le droit à la liberté de religion. L'État peut restreindre ce droit, mais seulement s'il est en mesure de démontrer qu'il le fait dans des limites qui sont « raisonnables » et dont « la justification p[eut] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique » au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'article premier de la *Charte*. L'exigence de la *Charte* selon laquelle les restrictions aux droits doivent être raisonnables et faire l'objet d'une justification qui puisse se démontrer peut être exprimée de différentes façons dans des contextes différents, mais l'exigence constitutionnelle fondamentale reste la même.

[114] Tout d'abord, il faut déterminer si la décision de la ministre a porté atteinte à la liberté de religion de Loyola. Ensuite, il faut se demander si cette décision — selon laquelle seul un programme d'études purement laïque peut équivaloir au programme ÉCR — porte atteinte à ce droit plus qu'il n'est raisonnablement nécessaire de le faire pour atteindre les objectifs du programme. Quelle que soit la façon dont est décrite l'approche analytique précise adoptée, la question essentielle est la suivante : la décision de la ministre a-t-elle restreint le droit à la liberté de religion de Loyola de manière proportionnée — c'est-à-dire, pas plus qu'il n'était raisonnablement nécessaire de le faire?

[115] Pour les motifs qui suivent, nous concluons que ces deux questions appellent une réponse affirmative.

D. *Le cours proposé comme équivalent par Loyola*

[116] La nature du programme proposé par Loyola comme équivalent est au cœur du présent pourvoi. Il vaut donc la peine de l'examiner de façon assez détaillée.

2015 SCC 12 (CanLII)

[117] The ERC Program has two core objectives: recognition of others and the pursuit of the common good. Furthering these objectives, the program teaches students to develop competencies in understanding religion (the "world religions competency"), reflecting on ethical questions (the "ethics competency"), and engaging in dialogue (the "dialogue competency").

[118] Several sources of information shed light on exactly how Loyola proposes to teach these competencies in its alternative to the ERC Program. On March 30, 2008, Loyola sent its first letter to the Minister requesting an exemption from the ERC Program, which gave a broad overview of the objectives of its proposed equivalent program. Following a request to submit further information, Loyola provided a three-page document with a more detailed summary of its proposed program. After receiving an initial negative response, but before the Minister's final decision to deny an exemption, Loyola sent a further, three-page letter to the Minister on August 25, 2008, containing more details about its proposal.

[119] The precise nature of the proposed equivalent program was further clarified in testimony heard by the application judge, and Loyola's written and oral submissions to this Court. In fairness, these clarifications were not available to the Minister when she rendered her decision. Nevertheless, they are helpful in determining the form and substance of the program Loyola is proposing.

[120] Loyola describes a program of study that achieves the ERC Program's objective of [TRANSLATION] "promot[ing] . . . tolerance and respect for all", but that is delivered "in a manner respectful of the Catholic faith and the moral values that form the cornerstone of our school" (application judge's reasons, at para. 35). The three-page program summary outlines a diverse mix of content that includes doctrinal instruction on Catholic history and dogma,

[117] Le programme ÉCR s'articule autour de deux objectifs fondamentaux : la reconnaissance de l'autre et la poursuite du bien commun. Pour réaliser ces objectifs, le programme enseigne aux élèves à comprendre le phénomène religieux (la « compétence relative aux religions dans le monde »), à réfléchir sur des questions d'éthique (la « compétence en éthique ») et à pratiquer le dialogue (la « compétence relative au dialogue »).

[118] Plusieurs sources d'information permettent de savoir avec précision comment Loyola se propose d'enseigner ces compétences dans le cadre des cours qu'elle suggère d'offrir pour remplacer le programme ÉCR. Le 30 mars 2008, elle a fait parvenir à la ministre une première lettre dans laquelle elle demandait d'être exemptée du programme ÉCR et exposait de façon générale les objectifs du programme proposé comme équivalent. À la suite d'une demande de renseignements complémentaires, elle a soumis un document de trois pages renfermant un exposé plus détaillé du programme qu'elle proposait. Après avoir reçu une première réponse négative, mais avant que la ministre rende sa décision définitive lui refusant l'exemption demandée, Loyola a adressé une autre lettre de trois pages à la ministre le 25 août 2008 pour lui faire part de plus amples détails sur sa proposition.

[119] La nature exacte du programme proposé comme équivalent a été précisée encore plus lors des témoignages entendus par le juge saisi de la demande, ainsi que dans l'argumentation écrite et orale que Loyola a présentée à la Cour. En toute justice, il convient de préciser que la ministre ne disposait pas de ces précisions lorsqu'elle a rendu sa décision. Elles sont néanmoins utiles pour permettre de déterminer la forme et la substance du programme proposé.

[120] Le programme d'études décrit par Loyola permet d'atteindre l'objectif du programme ÉCR relatif à « la promotion de la tolérance et du respect de tous », mais en étant offert « de manière à respecter la foi catholique et les valeurs morales qui forment la pierre angulaire de notre école » (motifs du juge saisi de la demande, par. 35). Dans son résumé de trois pages, Loyola décrit la diversité de matières qu'elle entend enseigner, dont des

2015 SCC 12 (CanLII)

comparative study of various world religions, and consideration of an array of ethical and moral issues.

(1) How Loyola's Proposed Program Approaches the World Religions Competency

[121] The world religions aspect of Loyola's program includes content on Judaism, Islam, Buddhism, Hinduism, and North American native spirituality, and teaches students to examine "religious praxis, sacred stories, myths, and rituals found in religious cultures". In correspondence with the Minister, Loyola asserted that its program is actually [TRANSLATION] "much more thorough" than the ERC Program in its approach to understanding religion (application judge's reasons, at para. 38). To ensure that the program achieves the goal of [TRANSLATION] "promoting tolerance and acceptance of others", it goes beyond a "simple explanation" of other religions' external customs to include an examination of their fundamental beliefs (*ibid.*). Loyola's program also "devotes a significant amount of study to Roman Catholic Christianity" (A.F., at para. 13).

[122] Paul Donovan, Loyola's Principal, testified about Loyola's in-depth approach to teaching other religions, giving examples of having a rabbi visit to discuss Judaism or an imam to discuss Islam, to aid students in "getting to know what that faith is really about". Mr. Donovan stated "that's something that we do quite regularly". Loyola's program approaches other religions by reference to the concepts of God and faith "as understood by the tradition under study itself", and to this extent Loyola takes no issue with the professional posture of objectivity that the ERC Program requires of teachers (A.F., at para. 13). As noted by Loyola's counsel in his oral submissions to this Court, "[y]ou can't teach Buddhism from the Catholic point of view" and "there is no issue with the way the program

enseignements doctrinaux portant sur l'histoire et les dogmes de l'Église catholique, une étude comparative des diverses religions dans le monde, ainsi qu'un examen d'une foule de questions relatives à l'éthique et à la morale.

(1) Façon dont le programme proposé par Loyola aborde la compétence relative aux religions dans le monde

[121] Le volet du programme de Loyola relatif aux religions dans le monde traite du judaïsme, de l'islam, du bouddhisme, de l'hindouisme ainsi que de la spiritualité autochtone nord-américaine. Il amène en outre les élèves à se pencher sur [TRADUCTION] « la pratique religieuse, les histoires sacrées, les mythes et les rituels que l'on retrouve dans les cultures religieuses ». Dans les lettres qu'elle a échangées avec la ministre, Loyola a affirmé que son programme aborde la compréhension du phénomène religieux « d'une manière bien plus approfondie » que le programme ÉCR (motifs du juge saisi de la demande, par. 38). Elle ajoute que, pour s'assurer qu'elle atteigne l'objectif de « promouvoir la tolérance et l'acceptation des autres », son programme ne se borne pas à une « simple explication » des coutumes externes des autres religions, mais comporte un examen de leurs croyances fondamentales (*ibid.*). Le programme qu'elle propose [TRADUCTION] « consacre également beaucoup de temps à l'étude du christianisme catholique romain » (m.a., par. 13).

[122] Paul Donovan, directeur de Loyola, a témoigné au sujet de la méthode d'étude approfondie des autres religions préconisée par l'établissement, en citant comme exemple le fait d'inviter un rabbin pour discuter du judaïsme ou un imam pour parler de l'islam, ce qui aide les élèves à [TRADUCTION] « mieux saisir en quoi consiste leur foi ». M. Donovan a affirmé que [TRADUCTION] « c'est une pratique courante chez nous ». Le programme de Loyola aborde les autres religions en fonction des concepts de Dieu et de la foi [TRADUCTION] « tels que les conçoit la tradition à l'étude » et, dans cette mesure, l'école ne s'oppose pas à l'attitude professionnelle d'objectivité que le programme ÉCR exige de la part des enseignants (m.a., par. 13). Comme l'avocat de l'école l'a fait observer dans sa

2015 SCC 12 (CanLII)

requires world religions to be taught" (transcript, at p. 4).

[123] Unlike its approach to teaching other religions, Loyola's method of teaching Catholicism is neither neutral nor objective, but rather takes a denominational approach. This approach aims to "provide the students with a sound formation in the basic beliefs, rituals and practices of our Faith", including "the realization that Christianity cannot remain something purely internal, but must express itself in our relationships with others and the world around us". Loyola's program "present[s] its faith in a manner where students are invited to engage with it in a living way, not merely as a subject of detached intellectual curiosity" (A.F., at para. 25), premised on the belief that in "teaching its own faith . . . it must do so from the Catholic perspective" (transcript, at p. 6).

(2) How Loyola's Proposed Program Approaches the Ethics Competency

[124] Loyola readily concedes that, as with its teaching of Catholicism within the world religions competency, the ethics competency is also taught from the Catholic perspective:

> With respect to the ethics component, its central focus is the social teaching of the Roman Catholic Church. . . . [A]s one would expect of a Jesuit school, Loyola proposes the social and ethical teachings of the Catholic Church as a basis on which students are invited to govern themselves. [A.F., at para. 13]

Loyola's program imparts a "Catholic vision" on topics such as "moral decision making, good

plaidoirie devant la Cour : [TRADUCTION] « [o]n ne peut pas enseigner le bouddhisme du point de vue catholique » et « la façon dont le programme exige que l'on enseigne les religions dans le monde ne pose pas problème » (transcription, p. 4).

[123] Contrairement à l'approche préconisée par Loyola pour enseigner les autres religions, la méthode qu'elle utilise pour enseigner le catholicisme n'est ni neutre ni objective, mais repose plutôt sur une démarche confessionnelle. Cette méthode vise à [TRADUCTION] « offrir aux élèves une solide formation en ce qui concerne les convictions, rituels et pratiques fondamentaux de notre foi » et à leur faire « comprendre que la foi chrétienne ne peut demeurer quelque chose de purement intérieur, mais qu'elle doit s'exprimer concrètement dans nos rapports avec les autres et avec le monde qui nous entoure ». Dans son programme, l'école [TRADUCTION] « présente sa religion d'une manière qui invite les élèves à s'y engager d'une manière vivante et non comme une matière à aborder avec détachement comme un objet de simple curiosité intellectuelle » (m.a., par. 25), en partant du principe que, pour [TRADUCTION] « enseigner sa propre religion [. . .], elle doit le faire selon la perspective catholique » (transcription, p. 6).

(2) Façon dont le programme proposé par Loyola aborde la compétence en éthique

[124] Loyola admet volontiers que, tout comme dans le cas de l'enseignement du catholicisme dans le cadre de la compétence relative aux religions dans le monde, la compétence en éthique est enseignée du point de vue catholique :

> [TRADUCTION] En ce qui concerne le volet éthique, il est essentiellement axé sur l'enseignement social de l'Église catholique romaine. [. . .] [C]omme on peut s'y attendre de la part d'un établissement d'enseignement jésuite, Loyola propose les enseignements sociaux et éthiques de l'Église catholique comme cadre de référence à partir duquel les élèves sont invités à régler leur conduite. [m.a., par. 13]

Le programme proposé vise à transmettre une « vision catholique » sur des sujets tels que [TRADUCTION]

2015 SCC 12 (CanLII)

conscience-in-action, justice, honesty, respect for persons, respect for creation, reverence for human life, compassion, sexuality, and peacemaking".

[125] However, while the Catholic perspective on ethical issues is given prominence, Loyola's program also includes "[e]xploration of ethical systems as understood by various religions and non-religious value systems". Described in its August 25 submission to the Minister, Loyola's program would have students [TRANSLATION] "explor[e] a range of ethical systems, beliefs and practices", and would encourage them "to think critically" (application judge's reasons, at para. 38). As further clarified in this appeal:

> . . . on all significant ethical questions, students are required to understand not only the position of the Roman Catholic Church, but also those of all major thinkers and viewpoints. . . .
>
> [T]hey are free to criticise the position of the Catholic Church on any given issue and will be graded on the basis of the quality of their reasoning, not on the basis of adherence to the Catholic position in preference to other positions. [A.F., at para. 13]

In all aspects of Loyola's program, including the ethics competency, [TRANSLATION] "the goal of teaching respect for all, regardless of our individual beliefs or customs, is of crucial importance", informed by "our ethical ideal . . . not simply to 'tolerate' others but indeed to 'love' others, as our Christian faith teaches us" (application judge's reasons, at para. 38).

(3) How Loyola's Proposed Program Approaches the Dialogue Competency

[126] None of Loyola's submissions to the Minister explicitly include the word "dialogue", and this was one of the justifications cited by the Minister in denying Loyola's request for an exemption.

« les choix moraux, la sagesse dans l'action, la justice, l'honnêteté, le respect d'autrui, le respect envers la création, le respect pour la vie humaine, la compassion, la sexualité et la recherche de la paix ».

[125] Toutefois, bien qu'il accorde la préséance à la perspective catholique en ce qui a trait aux questions d'éthique, le programme proposé prévoit également [TRADUCTION] « une exploration des systèmes d'éthique tels que les conçoivent diverses religions et systèmes de valeurs non religieux ». Selon la description qu'en donne la lettre du 25 août envoyée par l'école à la ministre, ce programme inviterait les élèves à « explore[r] un éventail de systèmes d'éthique, de croyances et de pratiques » et les inciterait « à penser de manière critique » (motifs du juge saisi de la demande, par. 38). Comme il a été précisé dans le cadre du présent pourvoi :

> [TRADUCTION] . . . sur toutes les questions d'éthique importantes, les élèves sont tenus de comprendre non seulement la position de l'Église catholique romaine, mais également celles de tous les grands penseurs et principaux courants de pensée . . .
>
> [I]ls sont libres de critiquer la position de l'Église catholique sur toute question et ils sont évalués en fonction de la qualité de leur raisonnement et non d'après leur adhésion à la position catholique plutôt qu'à une autre position. [m.a., par. 13]

Sur tous les aspects du programme d'études de Loyola, y compris la compétence en éthique, « le but d'enseigner le respect de tous, peu importe nos croyances ou coutumes individuelles, demeure d'une importance primordiale pour nous » et repose sur « notre idéal d'éthique [qui] n'est pas simplement de "tolérer" les autres, mais bien "d'aimer" les autres, comme nous l'enseigne notre foi chrétienne » (motifs du juge saisi de la demande, par. 38).

(3) Façon dont le programme proposé par Loyola aborde la compétence relative au dialogue

[126] Nulle part dans ses observations à la ministre Loyola ne mentionne expressément le mot « dialogue », et c'est une des raisons invoquées par la ministre dans la lettre signée par sa représentante

2015 SCC 12 (CanLII)

However, looking at the materials in context and in their entirety, it is evident that the proposed program contemplates more than students passively listening to a teacher's lecture. The program summary uses active verbs like "students explore" and "[s]tudents examine". Loyola's second letter to the Minister stated that [TRANSLATION] "[w]e have always encouraged our students to think critically, to obtain information, to be aware of the principal ethical issues and to examine popular beliefs and practices" (application judge's reasons, at para. 38). The application judge had no difficulty making the following finding of fact:

[TRANSLATION] In the ERC program, dialogue is defined as consisting of two interactive dimensions, that is, individual deliberation and the exchange of ideas with others.

A simple reading of [Loyola's program summary], supplemented by [Loyola's correspondence with the Minister], unequivocally confirms that the program dispensed by Loyola contains these two dimensions. [Emphasis added; paras. 150-51.]

(4) Does Loyola's Proposed Program Conform to the Objectives of the ERC Program?

[127] In his reasons for judgment, the application judge concluded that

[TRANSLATION] Loyola's program is comparable to the ERC program established by the Minister. . . . [T]eaching . . . Loyola's program in accordance with the Catholic faith does not change its nature or make it lose its status as an equivalent program.

The cultural approach advocated in the ERC program is in no way incompatible or irreconcilable with the denominational approach required by Loyola's religious precepts. [paras. 182-83]

In our view, this finding was open to the application judge, and we see no reason to interfere with it. While Loyola's alternative could perhaps have been more clearly presented in the initial submissions to the Minister, the contours of the program have

pour refuser la demande d'exemption. Toutefois, lorsqu'on examine les documents dans leur contexte et dans leur intégralité, on constate que le programme proposé ne se borne pas à envisager un scénario dans lequel les élèves écouteraient passivement un cours magistral donné par un enseignant. Le résumé du programme emploie des verbes actifs tels que [TRADUCTION] « les élèves explorent » et « les élèves examinent ». La deuxième lettre adressée par Loyola à la ministre précise en outre que : « [n]ous avons toujours encouragé nos élèves à penser de manière critique, à s'informer, à être au courant des principales questions d'éthique et à questionner et examiner les croyances et pratiques populaires » (motifs du juge saisi de la demande, par. 38). Le juge saisi de la demande n'a d'ailleurs pas eu de mal à tirer la conclusion de fait suivante :

Dans le programme ECR, le dialogue est défini comme comportant deux dimensions interactives, à savoir la délibération intérieure et l'échange d'idées avec les autres.

Une simple lecture [du résumé du programme], complétée par les [lettres échangées entre Loyola et la ministre] confirme sans équivoque que le programme offert par Loyola comporte ces deux dimensions. [Nous soulignons; par. 150-151.]

(4) Le programme proposé par Loyola est-il conforme aux objectifs du programme ÉCR?

[127] Dans ses motifs de jugement, le juge saisi de la demande a conclu que

le programme de Loyola est comparable au programme ECR établi par le ministre. L'enseignement de ce programme suivant la confession catholique n'en change pas la nature et ne peut faire perdre le statut d'équivalent au programme de Loyola.

L'approche culturelle préconisée par le programme ECR n'est aucunement incompatible ni inconciliable avec l'approche confessionnelle requise par les préceptes religieux de Loyola. [par. 182-183]

À notre avis, le juge saisi de la demande était justifié de tirer cette conclusion et nous ne voyons aucune raison d'intervenir à l'égard de cette dernière. Même si Loyola aurait peut-être pu présenter son programme de remplacement de façon plus claire dans

2015 SCC 12 (CanLII)

2015 SCC 12 (CanLII)

been fleshed out more fully in testimony heard before the application judge and in Loyola's submissions on appeal. At its most general level, the program takes the following form: (1) regarding the world religions competency, Loyola will teach Catholicism from the Catholic perspective, but will teach other religions objectively, respectfully and with reference to religious precepts as understood by those other faiths themselves; (2) regarding the ethics competency, Loyola will emphasize the Catholic point of view on ethical questions, but will ensure all ethical points are presented on any given issue, and will welcome disagreement from students on Catholic moral teachings; and (3) regarding the dialogue competency, Loyola will encourage students to think critically and engage with their teachers and with each other in exploring the topics covered in the program.

[128] As is apparent, Loyola's program departs from the generic ERC Program in two key respects. First, Loyola proposes to teach Catholicism from the Catholic perspective. Second, while ensuring that all ethical points are presented and encouraging students to think critically, Loyola proposes an approach that emphasizes the Catholic point of view when discussing ethical questions. In both respects, Loyola's teachers would depart from the strict neutrality required under the ERC Program.

[129] Justice Abella notes in her reasons that "the normative core of Loyola's proposed curriculum is the doctrine and belief system of the Catholic Church" (para. 25). This may be true, but it doesn't tell the whole story. Surrounding that normative core is a rich and full exploration of non-Christian religious beliefs, and of ethical perspectives that do

les premières communications qu'elle a échangées avec la ministre, les paramètres du programme ont été expliqués plus en détail dans des témoignages que le juge saisi de la demande a entendus ainsi que dans les arguments présentés par l'école dans le cadre de l'appel. Du point de vue le plus général, le programme proposé se présente sous la forme suivante : (1) en ce qui concerne la compétence relative aux religions dans le monde, l'école enseignerait le catholicisme du point de vue catholique, mais les autres religions de façon objective, avec respect et en présentant les préceptes religieux tels que les conçoivent les autres religions en question; (2) en ce qui concerne la compétence en éthique, l'école insisterait sur le point de vue catholique pour ce qui est des questions d'éthique, mais s'assurerait que tous les points de vue éthiques seraient présentés sur un sujet donné et accepterait volontiers que les élèves soient en désaccord avec les enseignements moraux de l'Église catholique; (3) en ce qui a trait à la compétence relative au dialogue, l'école encouragerait les élèves à penser de manière critique et à échanger avec leurs enseignants et entre eux lorsqu'ils exploreraient les thèmes abordés par le programme.

[128] Comme on le constate, le programme proposé s'écarterait du programme ÉCR de référence sous deux aspects essentiels. En premier lieu, Loyola propose d'enseigner le catholicisme selon la perspective catholique. En second lieu, tout en s'assurant que toutes les questions d'éthique seraient présentées et en encourageant les élèves à penser de manière critique, elle propose une démarche qui insisterait sur le point de vue catholique lorsque les questions d'éthique seraient examinées. Sous ces deux rapports, les enseignants de Loyola s'écarteraient de la stricte neutralité exigée par le programme ÉCR.

[129] La juge Abella fait observer, dans ses motifs, que « [l']essence normative [du programme d'études proposé] correspond à la doctrine et aux croyances de l'Église catholique » (par. 25). C'est peut-être vrai, mais cela ne rend pas compte de l'ensemble de la réalité. Cette essence normative s'accompagne d'une étude approfondie et exhaustive de

not mirror Catholic moral teachings. Leaders from other religious communities are welcomed into the classroom to ensure a robust understanding of other faiths and traditions, beyond the neutral description of religious customs and practices envisioned by the ERC Program. Students are allowed, even encouraged, to critique Catholic moral teachings. There is nothing to suggest Loyola's proposal is in any way ill suited to achieve the two key objectives of the ERC Program: recognition of others and the pursuit of the common good. Nor does it fail to address the competencies of understanding religion, reflecting on ethical questions, and engaging in dialogue.

convictions religieuses non chrétiennes et de perspectives éthiques qui ne correspondent pas aux enseignements moraux catholiques. Des représentants d'autres communautés de croyants seraient invités à prendre la parole en salle de classe pour permettre aux élèves d'acquérir une compréhension solide des autres fois et traditions — en offrant davantage qu'une description neutre des coutumes et des pratiques religieuses prévue par le programme ÉCR. Les élèves seraient autorisés, voire encouragés, à critiquer les enseignements moraux catholiques. Rien ne permet de penser que la proposition de Loyola serait de quelque façon que ce soit mal adaptée pour permettre de réaliser les deux objectifs essentiels du programme ÉCR : la reconnaissance de l'autre et la poursuite du bien commun. On ne peut pas non plus lui reprocher de ne pas traiter des compétences relatives à la compréhension du phénomène religieux, à la réflexion sur des questions d'éthique et à la pratique du dialogue.

E. *Analysis of Loyola's Religious Freedom Claim*

E. *Analyse de l'argument relatif à la liberté de religion de Loyola*

[130] Loyola challenges the Minister's denial of an exemption from the ERC Program as an infringement of its religious freedom. As we have explained, Loyola is entitled to the freedom of religion protected by s. 2(*a*) of the *Charter*. This is not to say that the religious freedoms of other actors are not implicated by the Minister's denial. To the extent that the ERC Program would require Loyola's teachers to express a neutral viewpoint on religious matters, their religious freedom may be at issue. The religious freedom of the parents of Loyola's students may be implicated, as they have the right to seek moral and religious education for their children. Perhaps even the religious freedom of Loyola's students themselves is raised by the denial of an exemption for Loyola to implement its alternative program.

[130] Loyola conteste le refus de la ministre de l'exempter du programme ÉCR en affirmant qu'il s'agit d'une atteinte à sa liberté de religion. Comme nous l'avons déjà expliqué, Loyola a droit à la liberté de religion protégée par l'al. 2*a*) de la *Charte*. Cela ne veut toutefois pas dire que le refus de la ministre n'a pas d'incidence sur la liberté de religion d'autres intervenants. Dans la mesure où le programme ÉCR obligerait les enseignants de cette école à exprimer un point de vue neutre sur des questions religieuses, leur liberté de religion pourrait être en jeu. La liberté de religion des parents des élèves de Loyola pourrait également être touchée, car ils ont le droit d'assurer l'éducation morale et religieuse de leurs enfants. Le refus d'exempter Loyola pour lui permettre d'enseigner son propre programme de remplacement pourrait même avoir des incidences sur la liberté de religion de ses élèves.

[131] It is not necessary to conclusively decide these matters. Deciding the case on the basis of the religious freedom of Loyola itself is sufficient to dispose of this appeal. Similarly, it is not necessary

[131] Il n'est toutefois pas nécessaire de régler définitivement ces questions. La liberté de religion de Loyola elle-même suffit pour trancher le présent pourvoi. Il n'est pas nécessaire non plus de se

2015 SCC 12 (CanLII)

to consider whether any different analysis or result would arise under s. 3 of the *Quebec Charter*.

(1) The Extent of Religious Freedom Under Section 2(*a*) of the *Charter*

[132] The freedom of religion protected by s. 2(*a*) of the *Charter* is not limited to religious belief, worship and the practice of religious customs. Rather, it extends to conduct more readily characterized as the propagation of, rather than the practice of, religion. As this Court held in *Big M*, "[t]he essence of the concept of freedom of religion" includes "the right to manifest religious belief . . . by teaching and dissemination" (p. 336). Thus, Loyola's expressed desire to teach its curriculum in accordance with Catholic beliefs falls within the scope of s. 2(*a*)'s protection.

[133] *Big M* also affirms that the interpretation of the religious freedom guarantee should be "a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter*'s protection" (p. 344).

(2) Did the Minister's Decision Infringe Loyola's Rights Under Section 2(*a*) of the *Charter*?

[134] In *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256, — another case involving religious freedom in the education context — this Court restated the test for determining whether the rights guaranteed by s. 2(*a*) have been infringed:

> . . . in order to establish that his or her freedom of religion has been infringed, the claimant must demonstrate (1) that he or she sincerely believes in a practice or belief that has a nexus with religion, and (2) that the impugned conduct of a third party interferes, in a manner that is non-trivial or not insubstantial, with his or her ability to act in accordance with that practice or belief. [para. 34]

demander si l'art. 3 de la *Charte québécoise* mènerait à une analyse ou à un résultat différent.

(1) Portée de la liberté de religion protégée par l'al. 2*a*) de la *Charte*

[132] La liberté de religion protégée par l'al. 2*a*) de la *Charte* ne se limite pas aux convictions religieuses, au culte et à la pratique de coutumes religieuses. En effet, elle englobe des actes qui participent davantage de la propagation de la foi que de la pratique religieuse. Comme la Cour l'a affirmé dans *Big M*, « [l]e concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme [. . .] le droit de manifester ses croyances religieuses [. . .] par leur enseignement et leur propagation » (p. 336). Ainsi, la volonté déclarée de Loyola d'enseigner son programme d'études en conformité avec ses convictions catholiques relève du champ de la protection conférée par l'al. 2*a*).

[133] L'arrêt *Big M* confirme également que l'interprétation du droit à la liberté de religion « doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte* » (p. 344).

(2) La décision de la ministre a-t-elle porté atteinte aux droits garantis à Loyola par l'al. 2*a*) de la *Charte*?

[134] Dans l'arrêt *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256, — une autre affaire portant sur la liberté de religion dans le domaine de l'éducation —, la Cour a reformulé le critère permettant de déterminer s'il y a eu atteinte aux droits garantis par l'al. 2*a*) :

> . . . pour démontrer l'existence d'une atteinte à sa liberté de religion, le demandeur doit établir (1) qu'il croit sincèrement à une pratique ou à une croyance ayant un lien avec la religion, et (2) que la conduite qu'il reproche à un tiers nuit d'une manière plus que négligeable ou insignifiante à sa capacité de se conformer à cette pratique ou croyance. [par. 34]

2015 SCC 12 (CanLII)

(a) *Applying the Legal Test to an Organizational Claimant*

[135] As we have explained, the religious freedom guarantee contained in the *Charter* protects not only natural persons but also certain legal persons such as Loyola. The Attorney General of Quebec argued against this result, in part because an organization lacks the capacity for abstract thought and emotion and therefore cannot *believe* in something. While we are not persuaded that this precludes extending s. 2(*a*) to cover certain categories of organizations, we recognize that where the claimant is an organization rather than an individual, the "sincerity of belief" inquiry required by our jurisprudence poses some difficulties. The existing test need not be abandoned, but a few clarifications are warranted.

[136] The two-part test for determining whether a claimant's freedom of religion under s. 2(*a*) has been infringed was first set down in *Amselem*. That case offers considerable guidance on how to determine a claimant's sincerity of belief:

> Assessment of sincerity is a question of fact that can be based on several non-exhaustive criteria, including the credibility of a claimant's testimony . . ., as well as an analysis of whether the alleged belief is consistent with his or her other current religious practices. It is important to underscore, however, that it is inappropriate for courts rigorously to study and focus on the past practices of claimants in order to determine whether their current beliefs are sincerely held. Over the course of a lifetime, individuals change and so can their beliefs. Religious beliefs, by their very nature, are fluid and rarely static. [Emphasis added; para. 53.]

In brief compass, courts are counseled to determine sincerity of belief based on the credibility of a claimant's testimony, and whether the claimed belief is consistent with his or her current religious practices, while being mindful that these criteria are

a) *Application du test juridique à une organisation demanderesse*

[135] Comme nous l'avons déjà expliqué, la liberté de religion garantie par la *Charte* protège non seulement les personnes physiques, mais également certaines personnes morales comme Loyola. Le procureur général du Québec s'est opposé à ce résultat en faisant valoir notamment qu'une organisation n'est pas en mesure de formuler une pensée abstraite ou de ressentir des émotions et qu'elle ne peut donc pas *croire* en quelque chose. Bien que nous ne soyons pas convaincus que cela empêche d'étendre la protection conférée par l'al. 2*a*) à certaines catégories d'organisations, nous reconnaissons que, lorsque le demandeur est une organisation plutôt qu'une personne physique, l'analyse de la « sincérité de la croyance » exigée par notre jurisprudence pose certains problèmes. Il n'y a pas lieu pour autant de renoncer au test actuel, mais certaines clarifications s'imposent.

[136] C'est dans *Amselem* qu'a été énoncé pour la première fois le test à deux volets permettant de déterminer s'il a été porté atteinte au droit à la liberté de religion d'un demandeur protégée par l'al. 2*a*). Cet arrêt fournit des indications fort utiles pour juger de la sincérité des croyances d'un demandeur :

> L'appréciation de la sincérité est une question de fait qui repose sur une liste non exhaustive de critères, notamment la crédibilité du témoignage du demandeur [. . .] et la question de savoir si la croyance invoquée par le demandeur est en accord avec les autres pratiques religieuses courantes de celui-ci. Cependant il est important de souligner qu'il ne convient pas que le tribunal analyse rigoureusement les pratiques antérieures du demandeur pour décider de la sincérité de ses croyances courantes. Tout comme une personne change au fil des ans, ses croyances peuvent elles aussi changer. De par leur nature même, les croyances religieuses sont fluides et rarement statiques. [Nous soulignons; par. 53.]

En résumé, les tribunaux sont invités à juger de la sincérité de la croyance en se fondant sur la crédibilité du témoignage du demandeur et en se demandant si sa croyance invoquée est en accord avec ses pratiques religieuses courantes. Ils doivent, en outre,

2015 SCC 12 (CanLII)

non-exhaustive. In the context of an individual, a rigorous scrutiny of *past* practices is disfavoured, because religious beliefs frequently evolve over time.

[137] Determining which indicators are relevant is necessarily influenced by the facts of each case, and will depend on the specific claimant and the specific religious practice or belief that is at issue. Ultimately, a court's inquiry is not aimed at exposing the breadth and depth of a person's religious convictions to judicial scrutiny. The goal is more practical and limited: ". . . the court's role in assessing sincerity is intended only to ensure that a presently asserted religious belief is in good faith, neither fictitious nor capricious, and that it is not an artifice" (*Amselem*, at para. 52).

[138] There is no reason why the expressed belief of an organization cannot be examined to ensure it is made in good faith and is neither a fiction nor an artifice. We have already concluded that, as a threshold matter, an organization seeking to assert a religious freedom claim under the *Charter* must at a minimum demonstrate that its purpose is primarily religious, and that it operates in accordance with this purpose. Rather than demonstrating a sincere belief — which we readily concede a mere *legal* person is incapable of doing — an organizational claimant must show that the claimed belief or practice is consistent with both the purpose and operation of the organization.

[139] In evaluating this consistency between the claimed belief or practice and the organization's purpose and operation, the same non-exhaustive criteria from *Amselem* can be relied on. While an organization itself cannot testify, the credibility of officials and representatives who give testimony on the organization's behalf will form part of the assessment. Objective indicators will perhaps play a more prominent role. It is proper to assess the claimed belief or practice in light of objective facts such as the organization's other practices, policies

rester conscients du fait que ces critères ne sont pas exhaustifs. Dans le cas d'une personne physique, un examen rigoureux des pratiques *antérieures* est déconseillé, car il arrive souvent que les croyances religieuses des individus évoluent au fil du temps.

[137] La détermination des indicateurs pertinents est nécessairement influencée par les faits de l'espèce et varie selon le demandeur et les pratiques ou les croyances religieuses en cause. En fin de compte, l'analyse à laquelle le tribunal procède ne vise pas à soumettre à un examen judiciaire rigoureux l'ampleur et la profondeur des convictions religieuses de l'intéressé. L'objectif est plus pratique et plus circonscrit : « . . . dans l'appréciation de la sincérité, le tribunal doit uniquement s'assurer que la croyance religieuse invoquée est avancée de bonne foi, qu'elle n'est ni fictive ni arbitraire et qu'elle ne constitue pas un artifice » (*Amselem*, par. 52).

[138] Rien n'empêche d'examiner la croyance exprimée par une organisation pour s'assurer qu'elle est avancée de bonne foi et qu'elle n'est pas fictive et ne constitue pas un artifice. Nous avons déjà conclu que, dans un premier temps, l'organisation qui cherche à revendiquer le droit à la liberté de religion protégée par la *Charte* doit à tout le moins démontrer que sa mission est d'abord et avant tout religieuse et que ses activités sont conformes à cette mission. Au lieu de démontrer la sincérité de ses croyances — ce que, comme nous l'admettons sans peine, une simple société est incapable de faire —, l'organisation demanderesse doit démontrer que la croyance ou la pratique qu'elle revendique s'accorde tant avec sa mission qu'avec ses activités.

[139] Pour apprécier la conformité de la croyance ou de la pratique invoquée avec la mission et les activités de l'organisation, le tribunal peut se fonder sur les mêmes critères non exhaustifs que ceux énoncés dans l'arrêt *Amselem.* Bien qu'une organisation ne puisse elle-même témoigner, la crédibilité des dirigeants et des représentants qui témoigneront en son nom fera partie de cette analyse. Des indicateurs objectifs joueront peut-être un rôle plus important. Il convient d'évaluer la croyance ou la pratique revendiquées à la lumière de faits objectifs tels que

2015 SCC 12 (CanLII)

and governing documents. The beliefs and practices of an organization may also reasonably be expected to be more static and less fluid than those of an individual. Therefore, inquiry into past practices and consistency of position would be more relevant than in the context of a claimant who is a natural person.

[140] The two-part test from *Amselem* and *Multani*, modified to apply to an organization, yields the following questions: (1) Is Loyola's claimed belief that it must teach ethics and its own religion from the Catholic perspective consistent with its organizational purpose and operation? (2) Does the Minister's decision to deny Loyola an exemption from the ERC Program interfere with Loyola's ability to act in accordance with this belief, in a manner that is more than trivial or insubstantial? We are guided by the extensive findings of fact made by the application judge in answering both of these questions.

(b) *Loyola's Religious Beliefs Are Consistent With Its Organizational Purpose and Operation*

[141] This is not a case where the assessment of consistency is difficult, or where there is a reasonable concern that the expressed belief is made in bad faith or for an ulterior purpose. The application judge made strong findings of fact, amply supported by the record before him:

[TRANSLATION] In the present case, the evidence is clear and uncontradicted. Loyola and its members, including Principal Donovan and President Fr. Brennan, are sincerely convinced that, to accomplish their mission as a Catholic educational institution, Loyola must teach ERC with its own program and according to the precepts of the Catholic religion.

The testimony of Loyola's principal, Mr. Donovan, was unequivocal. The ten principles explained in the

les autres pratiques de l'organisation, ses politiques et ses documents constitutifs. On peut également raisonnablement s'attendre à ce que les croyances et les pratiques d'une organisation soient plus statiques et moins fluides que celles d'une personne physique. L'examen des pratiques antérieures et de la constance des positions jouerait donc un rôle plus important dans le cas d'une organisation que dans celui d'une personne physique.

[140] Voici les questions que l'on obtient en modifiant le test à deux volets des arrêts *Amselem* et *Multani* pour l'appliquer à une organisation : (1) La croyance de Loyola suivant laquelle elle doit enseigner l'éthique et sa propre religion selon la perspective catholique est-elle conforme à sa mission et à ses activités? (2) La décision de la ministre de refuser de lui accorder une exemption du programme ÉCR nuit-elle d'une manière plus que négligeable ou insignifiante à la capacité de Loyola de se conformer à cette croyance? Nous répondrons à ces deux questions en nous fondant sur les conclusions de fait détaillées tirées par le juge saisi de la demande.

b) *Les croyances religieuses de Loyola sont conformes à sa mission et à ses activités*

[141] Il ne s'agit pas d'une cause dans laquelle l'appréciation de la conformité pose problème ou dans laquelle il y a raisonnablement lieu de s'inquiéter de ce que la croyance est exprimée de mauvaise foi ou dans un but inavoué. Le juge saisi de la demande a d'ailleurs tiré à cet égard de solides conclusions de fait qui étaient amplement étayées par le dossier dont il disposait :

En l'occurrence, la preuve est claire et non contredite. Loyola et ses membres, dont le directeur, Donovan, et son président, le Révérend Brennan, sont sincèrement convaincus que pour réaliser leur mission en tant qu'établissement d'enseignement confessionnel catholique, Loyola doit enseigner la matière ECR avec son propre programme et selon les préceptes de la religion catholique.

Le témoignage du principal de Loyola, monsieur Donovan, est sans équivoque. Les 10 principes qui sont

2015 SCC 12 (CanLII)

booklet "What makes a Jesuit High School Jesuit?" are present in all the activities of the school and in the teaching of all the courses, not only the religion course. The precepts of the Catholic religion are omnipresent at Loyola. [paras. 265-66]

[142] The application judge heard testimony from senior officials within Loyola's organization, and found it to be credible. He also considered objective evidence, including a comparison of Loyola's present classroom practices with the underlying principles of Jesuit education. Loyola's claimed belief was not contested by the Attorney General of Quebec. Accordingly, we see no reason to disturb the application judge's factual findings.

(c) *The Minister's Decision Substantially Interferes With Loyola's Ability to Act in Accordance With Its Religious Beliefs*

[143] Having found that Loyola's belief in its religious obligation to teach Catholicism and ethics from a Catholic perspective is consistent with its organizational purpose and operation, it is evident that the Minister's denial of an exemption from the ERC Program — which has the effect of requiring Loyola to teach its entire ethics and religion program from a neutral, secular perspective — infringes Loyola's freedom of religion in violation of s. 2(*a*) of the *Charter*.

[144] Again, this conclusion is compelled by the application judge's extensive findings of fact. After hearing testimony from Loyola's principal, as well as experts in theology, religion, and philosophy, he determined that [TRANSLATION] "the ERC program is incompatible with a Catholic education", and that "Loyola would violate the fundamental and mandatory laws of the Catholic Church that govern it by teaching the ERC subject with the program established by the Minister" (paras. 55 and 61). The application judge concluded that "the Minister's decision, both intrinsically and through its effects, interferes with the freedom of religion guaranteed

exposés dans le livret « What makes a Jesuit High School Jesuit? » sont présents dans toutes les activités de l'école et dans l'enseignement de tous les cours et non pas seulement dans l'enseignement du cours de religion. Les préceptes de la religion catholique sont omniprésents au sein de Loyola. [par. 265-266]

[142] Le juge saisi de la demande a entendu et jugé crédibles les témoignages livrés par des cadres supérieurs de l'école. Il a également examiné des éléments de preuve objectifs, notamment une comparaison entre les pratiques actuelles utilisées en classe par l'école et les principes fondamentaux d'une éducation jésuite. Par ailleurs, le procureur général du Québec n'a pas contesté la croyance revendiquée par Loyola. Nous ne voyons donc aucune raison de modifier les conclusions de fait tirées par le juge saisi de la demande.

c) *La décision de la ministre entrave substantiellement la capacité de Loyola de se conformer à ses croyances religieuses*

[143] Comme nous avons conclu que la croyance de Loyola suivant laquelle elle est tenue, sur le plan religieux, d'enseigner le catholicisme et l'éthique selon une perspective catholique est conforme à sa mission et à ses activités, force est de constater que le refus de la ministre d'exempter cet établissement du programme ÉCR — qui a pour effet de l'obliger à enseigner son programme d'éthique et de religion d'un point de vue neutre et non confessionnel — porte atteinte à sa liberté de religion en contravention de l'al. 2*a*) de la *Charte*.

[144] Encore une fois, cette conclusion s'impose compte tenu des conclusions de fait détaillées tirées par le juge saisi de la demande. Après avoir entendu le témoignage du directeur de l'école, ainsi que celui d'experts en théologie, en religion et en philosophie, le juge saisi de la demande a conclu que « le programme ECR est incompatible avec l'enseignement confessionnel catholique » et que l'école « Loyola enfreindrait les règles fondamentales et obligatoires de l'Église catholique qui [la] régissent en enseignant la matière ECR avec le programme établi par la ministre » (par. 55 et 61). À son avis, « la décision de la ministre, tant intrinsèquement que

2015 SCC 12 (CanLII)

to Loyola" (para. 289). These findings are in accordance with the evidence presented, much of which was not contested by the Attorney General of Quebec.

[145] We conclude that the Minister's decision limited Loyola's freedom of religion in violation of s. 2(*a*) of the *Charter*.

(3) Is the Minister's Decision Justified by Section 1 as a Reasonable Limit on Loyola's Religious Freedom?

[146] As discussed earlier, the core issue on this appeal is whether the Minister's insistence on a purely secular program of study to qualify for an exemption limited Loyola's right to religious freedom no more than reasonably necessary to achieve the ERC Program's goals. The government bears the burden of showing this. If it fails to do so, the Minister's decision is unconstitutional and must be set aside.

[147] The Minister denied Loyola's request for an exemption from the generic ERC Program after department staff conducted an analysis of Loyola's proposed program to determine whether it was equivalent. This analysis was conducted in accordance with a direction from Jacques Pettigrew, a senior civil servant, that for a course to have an equivalent approach to the ERC Program it must be [TRANSLATION] "cultural and non-denominational" (application judge's reasons, at para. 94). Although the refusal letter to Loyola cited a variety of justifications, it is apparent that, at its core, the Minister's denial flowed from this definition of "equivalent".

[148] In our view, there is nothing inherent in the ERC Program's objectives (recognition of others and pursuit of the common good) or competencies (world religions, ethics, and dialogue) that requires

par ses effets, porte atteinte à la liberté de religion garantie à Loyola » (par. 289). Ces conclusions s'accordent avec la preuve présentée, preuve que le procureur général du Québec n'a, pour l'essentiel, pas contestée.

[145] Nous concluons donc que la décision de la ministre a restreint la liberté de religion de Loyola en contravention de l'al. 2*a*) de la *Charte*.

(3) La décision de la ministre est-elle justifiée au regard de l'article premier en tant que limite raisonnable imposée à la liberté de religion de Loyola?

[146] Comme nous l'avons vu, le présent pourvoi pose essentiellement la question de savoir si l'insistance de la ministre sur la nécessité que le programme d'études soit purement laïque pour qu'une exemption puisse être accordée ne restreint le droit à la liberté de religion de Loyola pas plus qu'il est raisonnable de le faire pour atteindre les objectifs du programme ÉCR. C'est au gouvernement d'en faire la preuve, à défaut de quoi la décision de la ministre est inconstitutionnelle et doit être annulée.

[147] La ministre a refusé la demande présentée par Loyola en vue d'être exemptée de l'obligation d'enseigner le programme ÉCR de référence, et ce, après que le personnel de son ministère eut procédé à une analyse du programme proposé pour déterminer s'il s'agissait d'un programme équivalent. Cette analyse a été menée conformément à une directive de M. Jacques Pettigrew, un haut fonctionnaire, suivant laquelle l'approche d'un cours devait être « culturelle et non confessionnelle » pour être considérée équivalente à celle du programme ÉCR (motifs du juge saisi de la demande, par. 94). Bien que la lettre adressée à Loyola ait cité diverses raisons pour justifier le refus, il est clair que, essentiellement, ce refus de la ministre s'explique par cette définition du terme « équivalent ».

[148] À notre avis, il n'y a rien d'inhérent aux objectifs du programme ÉCR (reconnaissance des autres et poursuite du bien commun) ou aux compétences qu'il vise à inculquer aux élèves (religions

2015 SCC 12 (CanLII)

a cultural and non-denominational approach. As we noted earlier in discussing the legislative and regulatory scheme, the intention of the government was to allow religious schools to teach the ERC Program without sacrificing their own religious perspectives. This goal is entirely realistic. A program of purely denominational instruction designed primarily to indoctrinate students to the correctness of certain religious precepts would not achieve the objectives of the ERC Program; however, a balanced curriculum, taught from a religious perspective but with all viewpoints presented and respected could, in our view, serve as an equivalent to the ERC Program. To the extent Loyola's proposal meets these criteria, it should not have been rejected out of hand.

[149] And yet it was, because the Minister premised her denial on the flawed determination that only a cultural and non-denominational approach could serve as equivalent. This effectively negated the flexible approach contemplated by the legislative and regulatory scheme, and set a standard that would tolerate no more than a minimal deviation from the generic ERC Program. The application judge summarized the impossible position in which Loyola was placed:

> [TRANSLATION] Loyola is placed in an untenable position because of the Minister's decision. Either Loyola dispenses the ERC course according to the Minister's program and . . . violates the supreme principles governing its freedom of religion, or it teaches the subject with its Catholic program and violates the Act. [para. 271]

[150] There is unquestionably a role for the Minister to examine proposed programs on a case-by-case basis to ensure that they adequately further the objectives and competencies of the ERC Program. In certain cases, the result may be that the religious freedoms of private schools are subject to justifiable limitations. Here, however, the Minister adopted a

dans le monde, éthique et dialogue) qui exige que l'on adopte une démarche culturelle et non confessionnelle. Comme nous l'avons déjà fait observer lors de notre examen du régime législatif et réglementaire, l'intention du gouvernement était de permettre aux établissements d'enseignement confessionnels d'offrir le programme ÉCR sans sacrifier pour autant leurs propres conceptions religieuses. Cet objectif est tout à fait réaliste. Un programme d'enseignement purement confessionnel conçu d'abord et avant tout pour inculquer aux élèves certains préceptes religieux n'atteindrait pas les objectifs du programme ÉCR; toutefois, un ensemble de matières équilibré enseigné d'un point de vue religieux, mais qui présenterait et respecterait tous les points de vue, pourrait, à notre avis, constituer un cours équivalent au programme en cause. Dans la mesure où la proposition de Loyola satisfait à ces critères, elle n'aurait pas dû être rejetée d'emblée.

[149] C'est pourtant le sort qui lui a été réservé, parce que la ministre a fait reposer son refus sur la prémisse erronée suivant laquelle seule une démarche culturelle et non confessionnelle pouvait être considérée comme équivalente. Cette façon de voir allait en réalité à l'encontre de la souplesse préconisée par le régime législatif et réglementaire et établissait une norme qui ne tolérait que de légères dérogations par rapport au programme ÉCR de référence. Le juge saisi de la demande a résumé la situation impossible dans laquelle Loyola était placée :

> . . . Loyola est placé[e] dans une position intenable suite à la décision de la ministre : ou bien [elle] dispense le cours ECR selon le programme de la ministre, et [elle] viole alors [. . .] les principes suprêmes qui régissent sa liberté de religion, ou bien [elle] enseigne cette matière avec son programme confessionnel catholique, et alors [elle] viole la loi. [par. 271]

[150] On ne peut nier que le ministre est notamment chargé d'examiner au cas par cas les programmes proposés pour s'assurer qu'ils favorisent de façon adéquate la réalisation des objectifs du programme ÉCR et l'apprentissage des compétences qu'il vise à atteindre. Dans certains cas, il se pourrait que la liberté de religion des écoles privées fasse

2015 SCC 12 (CanLII)

definition of equivalency that essentially read this meaningful individualized approach out of the legislative and regulatory scheme. By using as her starting point the premise that only a secular approach to teaching the ERC Program can suffice as equivalent, the protection contemplated by the s. 22 exemption provision was rendered illusory.

[151] The legislative and regulatory scheme is designed to be flexible and to permit private schools to deviate from the generic ERC Program, so long as its objectives are met. The Minister's definition of equivalency casts this intended flexibility in the narrowest of terms, and limits deviation to a degree beyond that which is necessary to ensure the objectives of the ERC Program are met. This led to a substantial infringement on the religious freedom of Loyola. In short, the Minister's decision was not minimally impairing. Therefore, it cannot be justified under s. 1 of the *Charter* as a reasonable limit on Loyola's s. 2(*a*) right to religious freedom.

F. *The Appropriate Scope of an Equivalent Program*

[152] The content and approach of Loyola's proposed program were not precisely framed in its initial proposal to the Minister. Rather, they have been fleshed out over the course of this litigation. Given our conclusion that the Minister's construction of the exemption provision was too narrow, we think it would be useful to outline the appropriate limits that could be placed on an equivalent program. We do so not to obviate the Minister's appropriate use of case-by-case discretion in future cases, but to guide the exercise of that discretion, while also providing finality to resolve the protracted dispute between the parties in this case.

l'objet de restrictions justifiées. En l'espèce, toutefois, la ministre a adopté une définition de l'équivalence qui a essentiellement eu pour effet de faire déborder du cadre du régime législatif et réglementaire une méthode individualisée par ailleurs valable. En utilisant comme point de départ la prémisse que seule une démarche non confessionnelle d'enseignement du programme ÉCR pouvait être considérée comme équivalente, la ministre a rendu illusoire la protection envisagée par la disposition d'exemption énoncée à l'art. 22.

[151] Le régime législatif et réglementaire est conçu pour être flexible et pour permettre aux établissements d'enseignement privés de déroger au programme ÉCR de référence à condition d'en respecter les objectifs. La définition de l'équivalence retenue par la ministre exprime la souplesse prévue par le régime réglementaire de la façon la plus restrictive possible et limite les dérogations plus qu'il n'est nécessaire de le faire pour s'assurer l'atteinte des objectifs du programme ÉCR. Cette façon de procéder s'est traduite par conséquent par une atteinte grave à la liberté de religion de Loyola. Bref, la décision de la ministre ne constituait pas une atteinte minimale. Elle ne peut donc se justifier en application de l'article premier de la *Charte* en tant que limite raisonnable au droit à la liberté de religion garantie à Loyola par l'al. 2*a*).

F. *Portée appropriée d'un programme équivalent*

[152] Le contenu et la démarche du programme proposé par Loyola n'étaient pas formulés avec précision dans la proposition initiale qui a été soumise à la ministre. Ils ont plutôt été étoffés au cours du présent litige. Compte tenu de notre conclusion suivant laquelle l'interprétation que la ministre a faite de la disposition d'exemption était trop restrictive, nous estimons qu'il serait utile de définir les limites qu'il conviendrait d'imposer à un programme équivalent. Ce faisant, nous ne cherchons pas à rendre inutile l'exercice, par le ministre, de son pouvoir discrétionnaire d'examen au cas par cas à l'avenir, mais souhaitons plutôt guider l'exercice de ce pouvoir tout en mettant un terme à ce litige qui oppose les parties depuis trop longtemps.

2015 SCC 12 (CanLII)

[153] Determining whether a proposed program is sufficiently equivalent to the generic ERC Program is a fact-based exercise, and the Minister may, in the exercise of his or her discretion, make this determination on a case-by-case basis. However, this case illustrates the difficulty that making such a determination can pose. In the course of this protracted litigation between Loyola and the government of Quebec, this Court and courts below have received extensive testimony, documentary evidence and oral submissions regarding Loyola's proposal and the objectives of the ERC Program. It is therefore appropriate to delineate rough boundaries within which Loyola's proposed alternative program must be delivered, in order to strike the balance required between Loyola's right to religious freedom under s. 2(*a*) of the *Charter*, and the need to meet the objectives of the ERC Program. These boundaries should also serve as general principles to guide future exercises of ministerial discretion, while recognizing that each request for an exemption must be considered individually and with regard to all of the particular circumstances.

[153] Déterminer si un programme proposé est suffisamment équivalent au programme ÉCR de référence suppose de procéder à une analyse axée sur les faits. Pour ce faire, le ministre peut, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, se prononcer au cas par cas. Toutefois, la présente affaire illustre à quel point cette décision peut être difficile. Au cours de ce long procès entre Loyola et le gouvernement du Québec, la Cour et les juridictions inférieures ont entendu de nombreux témoignages, examiné une abondante preuve documentaire et pris connaissance de multiples plaidoiries au sujet du programme proposé par Loyola et des objectifs du programme ÉCR. Il convient donc de définir le cadre général à l'intérieur duquel le programme proposé comme équivalent par Loyola doit être donné pour atteindre l'équilibre requis entre, d'une part, le droit de l'école à la liberté de religion garantie par l'al. 2*a*) de la *Charte* et, d'autre part, la nécessité de respecter les objectifs du programme ÉCR. Tout en reconnaissant que chaque demande d'exemption doit être examinée individuellement et en tenant compte de l'ensemble des circonstances de l'espèce, nous estimons que ce cadre pourra s'avérer utile grâce aux principes généraux qu'il contient et permettra à l'avenir de guider le ministre lorsqu'il exercera son pouvoir discrétionnaire.

[154] In assuring compliance with the *Charter*, an exemption must take into account the practical classroom realities posed by the ERC Program's topics. While Loyola's complaint rests on its Catholic identity, this identity has implications throughout the ERC Program. In our view, it would be insufficient to merely grant an exemption for Loyola to teach Catholicism from a Catholic perspective, while requiring an unmodified curriculum and a neutral posture in all other aspects of the program. Binding Loyola to a secular perspective at all times, other than during their discussion of the Catholic religion, offers scant protection to Loyola's freedom of religion, and would be unworkable in practice.

[154] Pour garantir la conformité à la *Charte*, une exemption doit tenir compte des réalités pratiques que comporte l'enseignement en classe des matières inscrites au programme ÉCR. Bien que la plainte formulée par Loyola repose sur son identité catholique, cette identité se répercute sur l'ensemble du programme ÉCR. À notre avis, il serait insuffisant de se contenter de dispenser l'école pour qu'elle puisse enseigner le catholicisme du point de vue catholique, tout en l'obligeant à enseigner le reste du programme sans y apporter de modifications, et en l'obligeant à faire preuve de neutralité en ce qui concerne tous les autres aspects de ce dernier. Obliger Loyola à adopter un point de vue non confessionnel en tout temps sauf lorsqu'il s'agit de discuter de la religion catholique n'offre qu'une faible protection à la liberté de religion de cet établissement et s'avérerait impossible à appliquer en pratique.

2015 SCC 12 (CanLII)

[155] Loyola proposes to teach the ethics competency in a way that recognizes its Catholic perspective. It does not want its teachers to be forced to remain neutral — or more realistically, mum — in the face of ethical positions that do not accord with the Catholic faith. Rather, Loyola proposes to have its teachers facilitate respectful and open-minded debate, where all positions are presented, but where students evaluate ethics and morals not in a vacuum but with knowledge of the Catholic perspective.

[156] Requiring Loyola's teachers to maintain a neutral posture on ethical questions poses serious practical difficulties and represents a significant infringement on how Loyola transmits an understanding of the Catholic faith. It is inevitable that ethical standards that do not comport with Catholic beliefs will be raised for discussion. Faced with a position that is fundamentally at odds with the Catholic faith, Loyola's teachers would be coerced into adopting a false and facile posture of neutrality. The net effect would be to render them mute during large portions of the ethics discussion — a discussion that is, as the ERC Program presupposes, crucial to developing a civilized and tolerant society.

[157] As an example, one can anticipate that students may wish to debate the appropriate expressions of intimacy between young people, and discuss the topic of premarital sex. It is inconceivable that a Catholic teacher could sincerely express a neutral viewpoint on this subject — nor, in our view, should he or she be required to do so. The practical effect would be the teacher's coerced silence. This silence would, however, extend only until the teacher turned to the discussion of Catholicism under the world religions competency, at which point he or she would be free to engage in an uninhibited dialogue — respectful and open to disagreement, but able to explain why such a life choice does not comport with Catholic morality. This delayed ability to express honest beliefs and actively moderate the classroom discussion does not illustrate a tolerable

[155] Loyola propose d'enseigner la compétence en éthique d'une façon qui reconnaît son point de vue catholique. Elle ne veut pas que ses enseignants soient forcés de demeurer neutres — ou de façon plus réaliste, silencieux — quant à des positions éthiques incompatibles avec la foi catholique. Elle propose plutôt de faire en sorte que ses enseignants facilitent la tenue d'un débat respectueux et ouvert, durant lequel tous les points de vue seraient présentés et les élèves examineraient l'éthique et la morale non pas en vase clos, mais en étant au courant du point de vue catholique.

[156] Obliger les enseignants de Loyola à conserver une attitude neutre sur les questions d'éthique pose de sérieuses difficultés d'ordre pratique et porte considérablement atteinte à la façon dont l'établissement transmet sa conception de la foi catholique. Il est inévitable que des normes éthiques qui ne correspondent pas aux croyances catholiques fassent l'objet d'un débat. Confrontés à des positions qui heurtent de front la foi catholique, les enseignants de Loyola se verraient forcés d'adopter une attitude de neutralité fausse et superficielle. En définitive, ils seraient ainsi réduits au silence pendant une grande partie du débat portant sur l'éthique, un débat qui, comme le programme ÉCR le présuppose, est essentiel pour développer une société civilisée et tolérante.

[157] À titre d'exemple, on peut imaginer que des élèves souhaiteraient débattre des modes d'expression appropriés de l'intimité entre jeunes et qu'ils voudraient aborder la question des relations sexuelles avant le mariage. Il est inconcevable qu'un enseignant catholique puisse exprimer sincèrement un point de vue neutre sur ce sujet et, à notre avis, on ne devrait pas l'obliger à le faire, au risque, en pratique, de le forcer à garder le silence. Il ne serait toutefois tenu au silence que jusqu'à ce qu'il fasse porter le débat sur le catholicisme sous le volet de la compétence relative aux religions dans le monde, moment à partir duquel il pourrait engager le dialogue sans contrainte — un dialogue respectueux et ouvert à la dissidence, mais où il serait en mesure d'expliquer les raisons pour lesquelles ce choix de vie n'est pas conforme à la moralité catholique. Cette

2015 SCC 12 (CanLII)

compromise between the state's interest in furthering the objectives of the ERC Program and Loyola's freedom of religion. Rather, it illustrates the unsuitability and unworkability of such a framework.

[158] As we understand Loyola's proposal, on a topic such as premarital sex, Loyola wishes to present the moral and ethical implications from a Catholic point of view. Presumably, the teacher would present a modern Catholic understanding of the subject, informed by its biblical underpinnings and supplemented by more recent theological and philosophical consideration. Loyola has also committed, however, to ensure that on every major ethical topic, students "understand not only the position of the Roman Catholic Church, but also those of all major thinkers and viewpoints" (A.F., at para. 13). In the context of this topic, Loyola's teachers would discuss with students the fact that some other religions — in fact, some strands of Christianity — do not strictly proscribe sexual intimacy between unmarried individuals. They would discuss with the students that, outside of the religious context, the dominant secular viewpoint in Western society tolerates, and even encourages sex outside of marriage. Students would be encouraged to think critically about the different views. Teachers would clearly identify the Catholic position, and the justifications for it, while respectfully considering the other points of view. If asked a question challenging the Catholic point of view, teachers would be free to answer and defend that position — again, in the context of an open-minded and respectful conversation, but one that is grounded in the inescapable reality that Loyola is a Catholic high school whose students and parents have voluntarily selected an education infused with Catholic beliefs and values.

obligation de suspendre pour un temps sa capacité d'exprimer honnêtement ses convictions et d'animer activement un débat en classe ne saurait constituer un compromis acceptable entre, d'une part, l'intérêt de l'État à promouvoir les objectifs du programme ÉCR et, d'autre part, la liberté de religion de Loyola. Elle illustre plutôt à quel point ce cadre de travail serait inadéquat et irréaliste.

[158] Si nous avons bien compris sa proposition, sur un sujet comme celui des relations sexuelles avant le mariage, Loyola souhaiterait en présenter les implications sur le plan moral et éthique du point de vue catholique. Vraisemblablement, l'enseignant présenterait une conception catholique moderne du sujet, à la lumière des fondements bibliques, en la complétant par des considérations théologiques et philosophiques plus récentes. Loyola s'est toutefois engagée aussi à s'assurer que, sur chaque grand sujet éthique, les élèves [TRADUCTION] « comprennent non seulement la position de l'Église catholique romaine, mais également celle de tous les grands penseurs et principaux courants de pensée » (m.a., par. 13). Sur le sujet en question, les enseignants de l'école discuteraient avec les étudiants du fait que certaines religions — en fait, certaines branches du christianisme — n'interdisent pas strictement l'intimité sexuelle entre les personnes non mariées. Ils discuteraient avec les élèves du fait qu'en dehors du contexte religieux, le point de vue laïque dominant dans la société occidentale tolère, voire encourage les relations sexuelles en dehors du mariage. Les élèves seraient incités à examiner de façon critique les divers points de vue. Les enseignants présenteraient clairement la position catholique et ses justifications tout en exposant de façon respectueuse les autres points de vue. Si un étudiant lui posait une question remettant en cause le point de vue catholique, l'enseignant serait libre de répondre et de défendre cette position, là encore, dans le contexte d'un dialogue ouvert et respectueux, sans jamais perdre de vue la réalité incontournable que Loyola est un collège catholique dont les élèves et les parents ont volontairement fait le choix d'une éducation imprégnée des convictions et des valeurs catholiques.

2015 SCC 12 (CanLII)

[159] Rejecting this framework and imposing a neutrality requirement on Loyola's teachers would not only prove undesirable from the perspective of religious freedom, it would also diminish the attainment of the ERC Program's own objectives. The dialogue competency requires teachers to honestly and actively participate in the classroom conversation. For Catholic teachers at a Catholic school, the forced neutral posture poses an unenviable choice: they can express a neutral (and therefore insincere) viewpoint on an ethical question that touches on a precept of the Catholic faith, or they can simply remain silent. Neither insincerity nor silence is conducive to the ERC Program's objectives of promoting individual deliberation and the exchange of ideas.

[160] There are subtle but important distinctions to make between the respectful treatment of differing viewpoints that Loyola proposes, and the strict neutrality required under the generic ERC Program, unalleviated by a s. 22 exemption. The ERC Program compels teachers to adopt a professional posture of strict neutrality, such that all points of view and all religious perspectives are presented as equally valid. The Minister's denial appears to be rooted in the assumption that this posture is vital to attaining the objectives of the ERC Program. If a religious perspective is offered, then all other viewpoints that do not conform to it will necessarily be derogated and disrespected. This position presents a false dichotomy. Loyola has strongly and repeatedly expressed that its proposed alternative program would treat other religious viewpoints with respect — going to the extent of inviting religious leaders from other faiths into the classroom to ensure students have a rich and full understanding of differing perspectives. However, requiring a religious school to present the viewpoints of other religions as equally legitimate and equally credible is incompatible with religious freedom. Indeed, presenting fundamentally incompatible religious doctrines as equally legitimate and equally credible could imply that they are both equally false. Surely

[159] Rejeter ce cadre et obliger les enseignants de Loyola à rester neutres s'avérerait non seulement peu souhaitable du point de vue de la liberté de religion, mais nuirait aussi à l'atteinte des objectifs du programme ÉCR lui-même. La compétence relative à la pratique du dialogue oblige les enseignants à participer honnêtement et activement aux discussions en classe. S'agissant d'un établissement d'enseignement catholique, l'obligation d'adopter une attitude neutre placerait les enseignants catholiques devant un choix peu enviable : ou bien ils exprimeraient un point de vue neutre — qui, par conséquent, ne serait pas sincère — sur une question éthique touchant un précepte de la foi catholique, ou bien ils garderaient le silence. Or, ni le manque de sincérité ni le silence ne favoriserait les objectifs du programme ÉCR, en l'occurrence la promotion de la réflexion chez l'individu et l'échange d'idées.

[160] Il y a de subtiles, mais importantes distinctions à faire entre le traitement respectueux des divers points de vue que propose Loyola, d'une part, et la stricte neutralité exigée par le programme ÉCR de référence en l'absence de l'exemption prévue à l'art. 22, d'autre part. Le programme ÉCR oblige les enseignants à adopter une attitude professionnelle de stricte neutralité qui fait en sorte que tous les points de vue et toutes les perspectives religieuses sont présentés sur un pied d'égalité. Le refus de la ministre semble reposer sur l'hypothèse que cette façon de faire est essentielle pour atteindre des objectifs du programme ÉCR. Si un point de vue religieux est présenté, tous les autres points de vue qui n'y sont pas conformes seraient nécessairement dénigrés et déconsidérés. Cette façon de voir repose sur une fausse dichotomie. Loyola a affirmé catégoriquement et à plusieurs reprises que le programme de remplacement qu'elle propose traiterait les autres points de vue religieux avec respect, au point d'inviter des chefs religieux d'autres confessions dans ses salles de classe pour s'assurer que les élèves acquerraient des connaissances approfondies et exhaustives sur divers points de vue. Toutefois, obliger un établissement d'enseignement confessionnel à présenter le point de vue d'autres religions comme étant tout aussi légitime et crédible

2015 SCC 12 (CanLII)

this cannot be a perspective that a religious school can be compelled to adopt.

[161] Additionally, this dichotomy does not accord with principles of interfaith cooperation and collaboration, which brings together people with deeply held commitments to their own faiths (and who therefore, by implication, have rejected other religious doctrines as "equally legitimate" or "equally credible") but who are nonetheless able to foster deep ties based on sincere mutual respect. As Loyola submitted in its letter to the Minister, [TRANSLATION] "our ethical ideal is not simply to 'tolerate' others but indeed to 'love' others, as our Christian faith teaches us" (application judge's reasons, at para. 38).

[162] With the foregoing in mind, we offer the following guidelines to delineate the boundaries of a s. 22 exemption in this case, and to inform the Minister's evaluation of future exemption applications:

- Loyola's teachers must be permitted to describe and explain Catholic doctrine and ethical beliefs from the Catholic perspective, and cannot be required to adopt a neutral position.

- Loyola's teachers must describe and explain the ethical beliefs and doctrines of other religions in an objective and respectful way.

- Loyola's teachers must maintain a respectful tone of debate — both by conveying their own

que celui de la religion au centre de sa mission serait incompatible avec la liberté de religion. En effet, présenter des doctrines religieuses fondamentalement incompatibles comme étant aussi légitimes et crédibles l'une que l'autre pourrait impliquer qu'elles sont toutes les deux également fausses. Assurément, on ne peut obliger un établissement d'enseignement confessionnel à adopter une telle perspective.

[161] De plus, cette dichotomie est incompatible avec les principes de coopération et de collaboration interconfessionnelles qui bâtissent des ponts entre des gens qui sont tous solidement engagés dans leur propre foi — et qui, par conséquent, implicitement, ont rejeté les autres doctrines religieuses qu'ils ne considèrent pas comme étant « également légitimes » ou « également crédibles » —, mais qui sont néanmoins capables de chercher à forger des liens solides fondés sur un respect mutuel sincère. Comme Loyola l'explique dans une de ses lettres à la ministre, « notre idéal d'éthique n'est pas simplement de "tolérer" les autres mais bien "d'aimer" les autres, comme nous l'enseigne notre foi chrétienne » (motifs du juge saisi de la demande, par. 38).

[162] Compte tenu de ce qui précède, nous proposons les lignes directrices suivantes pour circonscrire les limites de l'exemption prévue à l'art. 22 qui doit être accordée en l'espèce et pour guider l'évaluation que le ministre pourrait faire à l'avenir en réponse aux demandes du même type qui lui seront soumises :

- Les enseignants de Loyola seront autorisés à exposer et à expliquer la doctrine et les croyances éthiques catholiques du point de vue catholique et ne seront pas tenus d'adopter une position neutre.

- Les enseignants de Loyola devront exposer et expliquer les croyances et les doctrines éthiques des autres religions de manière objective et respectueuse.

- Les enseignants de Loyola devront s'assurer que le débat a lieu dans un climat de respect, en

2015 SCC 12 (CanLII)

contributions in a respectful way, and by ensuring the classroom dialogue proceeds in accordance with respect, tolerance and understanding for those with different beliefs and practices.

- Where the context of the classroom discussion requires it, Loyola's teachers may identify what Catholic beliefs are, why Catholics follow those beliefs, and the ways in which another specific ethical or doctrinal proposition does not accord with those beliefs, be it in the context of a particular different religion or an ethical position considered in the abstract.

- Loyola's teachers cannot be expected to teach ethics or religious doctrines that are contrary to the Catholic faith in a way that portrays them as equally credible or worthy of belief. Respect, tolerance, and understanding are all properly required, and the highlighting of differences must not give rise to denigration or derision. However, ensuring that all viewpoints are regarded as equally credible or worthy of belief would require a degree of disconnect from, and suppression of, Loyola's own religious perspective that is incompatible with freedom of religion.

G. *Remedy*

[163] We have concluded that the Minister's decision infringes Loyola's right to religious freedom under s. 2(*a*) of the *Charter*, in a manner that cannot be justified under s. 1. The Court is empowered by s. 24(1) of the *Charter* to craft an appropriate remedy in light of all of the circumstances.

[164] In *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134, this Court was presented with a similar situation — an exercise of a minister's statutory

y contribuant eux-mêmes d'une façon respectueuse et en s'assurant que le dialogue en classe se déroule dans le respect, la tolérance et la compréhension pour ceux dont les croyances et les pratiques sont différentes.

- Lorsque le contexte de la discussion en classe l'exigera, les enseignants de Loyola pourront préciser en quoi consistent les convictions catholiques, les raisons pour lesquelles les catholiques y adhèrent et les raisons pour lesquelles d'autres propositions éthiques ou doctrinales précises sont incompatibles avec ces convictions, que ce soit dans le contexte d'une autre religion en particulier ou dans celui d'une position éthique considérée dans l'abstrait.

- On ne pourra s'attendre à ce que les enseignants de Loyola enseignent des doctrines éthiques ou religieuses contraires à la foi catholique en les présentant comme étant aussi crédibles ou dignes de foi que celles auxquelles ils adhèrent. Le respect, la tolérance et la compréhension sont légitimement nécessaires et le fait de faire ressortir les différences ne devra pas donner lieu au dénigrement ou à la dérision. Toutefois, le fait d'exiger que tous les points de vue soient considérés comme étant également crédibles ou dignes de foi exigerait de la part de l'école une dissociation et une suppression de sa propre perspective religieuse qui serait incompatible avec sa liberté de religion.

G. *Réparation*

[163] Nous en sommes arrivés à la conclusion que la décision de la ministre a porté atteinte au droit à la liberté de religion garanti à Loyola par l'al. 2*a*) de la *Charte* d'une manière qui ne peut se justifier au regard de l'article premier. Le paragraphe 24(1) de la *Charte* habilite la Cour à déterminer la réparation appropriée compte tenu de l'ensemble des circonstances.

[164] Dans *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134, la Cour avait à trancher une situation semblable, en l'occurrence, une affaire où en

2015 SCC 12 (CanLII)

discretion in declining to grant an exemption, resulting in a violation of the *Charter* rights of the claimants. In that case, the Court declined to send the matter back for reconsideration by the Minister, but rather granted an order in the nature of mandamus, compelling the Minister to grant the exemption: *PHS*, at para. 150.

[165] We find it neither necessary nor just to send this matter back to the Minister for reconsideration, further delaying the relief Loyola has sought for nearly seven years. Based on the application judge's findings of fact, and considering the record and the submissions of the parties, we conclude that the only constitutional response to Loyola's application for an exemption would be to grant it. Accordingly, we would order the Minister to grant an exemption to Loyola, as contemplated under s. 22 of the regulation at issue, to offer an equivalent course to the ERC Program in line with Loyola's proposal and the guidelines we have outlined.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellants: Borden Ladner Gervais, Montréal.

Solicitors for the respondent: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Council of Christian Charities: Barry W. Bussey, Elmira, Ontario; Canadian Council of Christian Charities, Elmira, Ontario.

Solicitors for the intervener the Evangelical Fellowship of Canada: Vincent Dagenais Gibson, Ottawa; Evangelical Fellowship of Canada, Richmond Hill, Ontario.

exerçant le pouvoir discrétionnaire que lui conférait une loi, un ministre avait refusé d'accorder une exemption, ce qui avait entraîné une violation des droits reconnus aux demandeurs par la *Charte.* Dans cette affaire, la Cour avait refusé de renvoyer l'affaire au ministre pour réexamen et avait plutôt rendu une ordonnance de la nature d'un bref de *mandamus* et forcé le ministre à accorder l'exemption demandée : *PHS*, par. 150.

[165] Nous estimons qu'il n'est pas nécessaire de renvoyer l'affaire au ministre pour qu'il la réexamine et il ne serait pas juste de le faire puisque cela aurait pour effet de retarder encore plus la réparation que Loyola réclame depuis presque sept ans. Nous fondant sur les conclusions de fait tirées par le juge saisi de la demande et tenant compte du dossier et des observations des parties, nous concluons que la seule réponse à la demande d'exemption de l'école qui soit conforme à la Constitution consiste à lui donner une suite favorable. Par conséquent, nous sommes d'avis d'ordonner au ministre d'accorder à Loyola l'exemption prévue à l'art. 22 du règlement en cause, permettant ainsi à cet établissement d'enseignement d'offrir un programme équivalent au programme ÉCR conformément à la proposition qu'elle a soumise et aux lignes directrices que nous avons exposées.

Pourvoi accueilli.

Procureurs des appelants : Borden Ladner Gervais, Montréal.

Procureurs de l'intimé : Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Procureurs de l'intervenant le Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes : Barry W. Bussey, Elmira, Ontario; Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes, Elmira, Ontario.

Procureurs de l'intervenante l'Alliance évangélique du Canada : Vincent Dagenais Gibson, Ottawa; Alliance évangélique du Canada, Richmond Hill, Ontario.

2015 SCC 12 (CanLII)

Solicitors for the intervener the Christian Legal Fellowship: Robert E. Reynolds, Montréal; Christian Legal Fellowship, Burlington, Ontario.

Solicitors for the intervener the World Sikh Organization of Canada: Shergill & Company, Surrey.

Solicitors for the intervener the Association of Christian Educators and Schools Canada: Kuhn, Abbotsford.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.

Solicitors for the interveners the Catholic Civil Rights League, Association des parents catholiques du Québec, the Faith and Freedom Alliance and Association de la communauté copte orthodoxe du grand Montréal: Bennett Jones, Toronto.

Solicitors for the intervener the Faith, Fealty and Creed Society: Benefic, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Home School Legal Defence Association of Canada: Côté Avocats Inc., Sainte-Julie, Quebec; Home School Legal Defence Association of Canada, London, Ontario.

Solicitors for the interveners the Seventh-day Adventist Church in Canada and the Seventh-day Adventist Church — Quebec Conference: Miller Thomson, Calgary.

Solicitors for the interveners Corporation archiépiscopale catholique romaine de Montréal and Archevêque catholique romain de Montréal: Famularo Fernandes Levinson Inc., Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Alliance des chrétiens en droit : Robert E. Reynolds, Montréal; Alliance des chrétiens en droit, Burlington, Ontario.

Procureurs de l'intervenante World Sikh Organization of Canada : Shergill & Company, Surrey.

Procureurs de l'intervenante Association of Christian Educators and Schools Canada : Kuhn, Abbotsford.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.

Procureurs des intervenantes la Ligue catholique des droits de l'homme, l'Association des parents catholiques du Québec, Faith and Freedom Alliance et l'Association de la communauté copte orthodoxe du grand Montréal : Bennett Jones, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Faith, Fealty and Creed Society : Benefic, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Home School Legal Defence Association of Canada : Côté Avocats Inc., Sainte-Julie, Québec; Home School Legal Defence Association of Canada, London, Ontario.

Procureurs des intervenantes l'Église adventiste du septième jour au Canada et l'Église adventiste du septième jour — Fédération du Québec : Miller Thomson, Calgary.

Procureurs des intervenants la Corporation archiépiscopale catholique romaine de Montréal et l'Archevêque catholique romain de Montréal : Famularo Fernandes Levinson Inc., Montréal.

2015 SCC 12 (CanLII)

CITATION: Mental Health Centre Penetanguishene v. Ontario, 2010 ONCA 197
DATE: 20100316
DOCKET: C50716

COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

2010 ONCA 197 (CanLII)

Armstrong, Juriansz and Watt JJ.A.

BETWEEN

The Person in Charge of Mental Health Centre Penetanguishene

Appellant

and

Her Majesty the Queen

Respondent

and

Thomas Stuart Rea

Respondent

and

The Person in Charge of Centre for Addiction and Mental Health

Respondent

Janice E. Blackburn, for the appellant

Grace Choi, for the respondent Her Majesty the Queen

Jay Hammond, for the respondent, Person in Charge of Centre for Addiction and Mental Health

Thomas Stuart Rea, in person

Heard: January 29, 2010

On appeal from a disposition of the Ontario Review Board dated May 6, 2009, with Reasons for Disposition dated June 17, 2009.

2010 ONCA 197 (CanLII)

Watt J.A.:

[1] In an ideal world, the disposition made by a provincial Review Board directing transfer of a mental disorder detainee from one hospital to another would take place immediately. Not so in the harsh light of reality in the first decade of 21st century Ontario.

[2] Thomas Rea is a mental disorder detainee, a person found not criminally responsible on account of mental disorder ("NCRMD"), on a charge of criminal harassment. At his first disposition hearing before the Ontario Review Board, (the "Board") Thomas Rea was detained without privileges in the Regional Forensic Services Program at the Mental Health Centre Penetanguishene ("MHCP") under a warrant of committal issued by the trial judge.

[3] At the disposition hearing common ground was prevalent. The parties agreed that Thomas Rea remained a significant threat to the safety of the public, and that he should be detained in custody in a hospital. Minimum security was deemed sufficient, including conditions that permitted the person in charge of the hospital to extend to Thomas Rea certain hospital and grounds privileges and supervised community access.

[4] The administrator of the MHCP was familiar with Thomas Rea, thus suggested he be detained there in the minimum secure unit with a range of privileges at the discretion of the person in charge. Thomas Rea preferred a transfer to the Centre for Addiction and Mental Health ("CAMH"), a hospital closer to his family with whom he could visit if granted community access. His treating psychiatrist at MHCP acknowledged that a transfer to an equivalent level of security at CAMH could well be the least onerous and least restrictive disposition for Thomas Rea.

[5] The treating psychiatrist at MHCP also expressed the view that, if Thomas Rea were to be transferred to CAMH, he could and should have the same discretionary privileges at MHCP during the time between disposition and actual transfer.

[6] In its custodial disposition, the Board ordered that Thomas Rea be detained in the minimum secure unit at CAMH with various privileges, including supervised community access, to be determined by the person in charge of CAMH.

[7] But the transfer to CAMH was not immediate. Six months after the disposition was issued, Thomas Rea remained at MHCP. He remained there without any privileges, because the disposition said nothing about his interim custody there and nothing about any interim privileges he might be afforded while awaiting transfer.

2010 ONCA 197 (CanLII)

[8] The issue raised on this appeal has to do with the duty of the Board to include directions as to the interim custody, and available interim privileges, in a disposition that involves the transfer of a detainee from one hospital to another.

[9] For the reasons that follow, I would allow the appeal.

THE FACTS

The Finding

[10] On March 9, 2009, a judge of the Ontario Court of Justice found Thomas Rea NCRMD on a charge of criminal harassment. The judge was not asked and did not conduct a disposition hearing but, at the prosecutor's request, made an order under s. 672.46(2) of the *Criminal Code* detaining Thomas Rea at the Regional Forensic Services Program of MHCP.

The Disposition Hearing

[11] The Board held Thomas Rea's initial disposition hearing on April 21, 2009. The Board considered that Thomas Rea remained a significant risk to the safety of the public. According to the Board, the least onerous and least restrictive disposition for Thomas Rea was detention in a minimum secure unit at CAMH with several privileges to be awarded in the discretion of the person in charge of the hospital.

2010 ONCA 197 (CanLII)

[12] The Board disposition was consistent with the position of the parties at the disposition hearing.

The Availability Issue

[13] Dr. Ann Jones, a psychiatrist at MHCP and Thomas Rea's treating physician, testified at the disposition hearing. During cross-examination by a Board member, Dr. Jones acknowledged that an argument could be made that the least onerous and least restrictive disposition for Thomas Rea would be detention in minimum security at CAMH. There, while being held at an equivalent level of security, he would be closer to members of his family than at MHCP.

[14] Dr. Jones did not know how long the waiting list was for transfer to CAMH. She conjectured that the wait could very well be months, but she had no recent experience with CAMH and transfers to the minimum secure unit of that hospital. Dr. Jones commented that Thomas Rea should have the same privileges that were being proposed for his detention at CAMH during the time he remained at MHCP awaiting transfer.

[15] A Board member asked Dr. Jones about the availability of privileges for Thomas Rea at MHCP while he awaited transfer to CAMH. The following exchange took place:

> Q. The reason I'm asking is because would you be recommending if the Board orders that he be transferred to another hospital that he have privileges at this hospital?
>
> A. Certainly.

2010 ONCA 197 (CanLII)

Q. And if the Board were simply to transfer him to another hospital and give him privileges at that hospital, would this hospital give him the privileges that he would be entitled to at that other hospital? Do you follow that?

A. No.

Q. Okay. If a disposition said you are transferred to CAMH and at CAMH you have these five privileges, all right, and he was at the Regional. So that's the disposition you would have, and say he's sitting here three months awaiting transfer, what privileges would you give him?

A. It would be helpful if the Board was intending to order transfer to CAMH to indicate that while he is awaiting transfer, he could have the following privileges at MHCP.

Q. And if the Board did not put that helpful section in?

A. I do not know how the hospital would interpret that.

Q. Okay. All right, and based on your assessment of Mr. Rea's risk at this time, I believe you said that he was eligible did you say at this moment accompanied passes?

A. I believe at this time he would be suitable for grounds privileges with staff, yes.

Q. Yes, accompanied by staff?

A. Yes.

[16] A few minutes later, the presiding alternate chairperson of the Board returned to the issue of interim privileges at MHCP while awaiting transfer to CAMH. Dr. Jones offered to contact the person in charge of MHCP to determine whether interim privileges would be extended at MHCP to the same extent as were contemplated after transfer to

2010 ONCA 197 (CanLII)

CAMH. During this exchange, counsel for Thomas Rea reported to the Board that the detainee wanted to be transferred to CAMH, irrespective of provision of equivalent interim privileges at MHCP.

2010 ONCA 197 (CanLII)

[17] After speaking to the Chief of the Forensic Division at MHCP, Dr. Jones reported to the Board:

> [G]iven that this is Mr. Rea's initial disposition on his current NCR finding, he has no current disposition naming this hospital, giving him privileges at this hospital, and therefore were the Board to write an order transferring him to CAMH with privileges at CAMH, Dr. Brian Jones would not be recommending to the hospital that he get those same privileges at this hospital because he does not have a current disposition at this hospital on his current NCR finding granting him privileges at this hospital.

[18] No Board member asked and no one provided information about bed availability or wait times at CAMH for Thomas Rea.

The Disposition by the Board

[19] In its disposition of May 6, 2009, the Board ordered that Thomas Rea be detained in the minimum security unit at CAMH. The person in charge of the hospital was given the discretion to provide a series of privileges to Thomas Rea.

[20] Absent from the disposition was any mention of the date upon which Thomas Rea was to be transferred to CAMH, or of any privileges that the person in charge of MHCP could award the detainee while he awaited transfer to CAMH.

The Reasons of the Board

[21] The Board issued its reasons for disposition on June 19, 2009. There too, silence prevailed about transfer date, interim detention or placement, and the availability of privileges acknowledged to be appropriate pending transfer.

The Appellate Proceedings

[22] Thomas Rea remained at MHCP, without privileges, for six months after the Board made its disposition.

[23] On November 13, 2009, a judge of this Court decided that the MHCP had residual custodial authority over Thomas Rea pending his transfer to CAMH and that the person in charge of MHCP had the discretion to extend privileges to Thomas Rea on the same terms as the person in charge of CAMH would have after transfer.

[24] Transferred to CAMH on November 23, 2009, Thomas Rea has been detained in a minimum secure unit of CAMH with the availability of defined privileges left to the discretion of the person in charge of CAMH.

THE GROUNDS OF APPEAL

[25] This appeal raises two issues. The first is preliminary, and relates to the application of the doctrine of mootness to the circumstances of this case. The second is substantive and has to do with whether the decision of the Board not to make provision

2010 ONCA 197 (CanLII)

for interim or residual custody and privileges at MHCP pending transfer to CAMH was unreasonable or reflects legal error.

2010 ONCA 197 (CanLII)

ANALYSIS

The First Issue: The Doctrine of Mootness and its Application

The Background

[26] When MHCP filed its notice of appeal from the Board's disposition on July 7, 2009, Thomas Rea was detained at the Regional Forensic Services Program at MHCP. The original Form 49 warrant issued by the judge who had found Thomas Rea NCRMD was spent. The disposition of the Board ordered his transfer to the minimum security unit of CAMH, but made no provision for interim or residual custody or privileges at MHCP pending that transfer. In the result, Thomas Rea remained at MHCP, as if the original warrant remained controlling. He had no privileges.

[27] On November 23, 2009, about one month prior to the date scheduled for and the actual hearing of MHCP's appeal, Thomas Rea was transferred to CAMH where he remains subject to the terms of the Board's disposition of May 6, 2009.

The Positions of the Parties

[28] MHCP, supported by CAMH, advances two alternative submissions in response to the Attorney General's position that the appeal is moot and ought not to be heard.

[29] In the first place, MHCP and CAMH say, the appeal is not moot. There remains a *lis inter partes*. True, the person most directly affected, Thomas Rea, has been admitted to CAMH in compliance with the Board disposition, thus the complaint about the failure to provide for interim or residual custody and privileges for him has vanished. But the issue remains live for the hospitals, both MHCP and CAMH, in every case in which a transfer between hospitals occurs. Failure to make interim or residual provisions leaves the detainee confined without lawful authority, exposing the host hospital to liability and vulnerable on *habeas corpus*.

[30] Secondly, MHCP and CAMH argue in the alternative that, even if the appeal is moot, the court should exercise its discretion to hear it. Mootness is not an absolute bar. An appellate court has the discretion to decide whether it should hear an appeal that is moot. While no finite set of criteria emerges to inform the exercise of discretion to hear a moot appeal, but several features of this appeal favour hearing.

[31] For one, MCHP and CAMH point out that an adversarial context exists. The issue can be well and fully argued on an ample evidentiary record, and is apt to arise in any case in which a custodial disposition may involve a transfer between hospitals with privileges to be provided or withheld at the discretion of the person in charge of the hospital. The issue is evasive of review since its existence is dependent on the speed with which the ordered transfer is executed. Several of the leading decisions under Part XX.1

2010 ONCA 197 (CanLII)

of the *Criminal Code* were moot when heard and determined by appellate courts, including the Supreme Court of Canada, yet they were heard and determined nonetheless.

[32] Further, MHCP and CAMH say, judicial economy favours hearing. A panel of this court has never considered the precise issue raised here. The Board's own practice is uneven, suggesting that some guidance is essential.

[33] The Attorney General responds that this appeal is moot. No *lis inter partes* remains. Thomas Rea is at CAMH in accordance with the disposition of the Board. The issues of interim or residual custody and privileges are historical, not current. It is now of no significance whether the decision of the Board to say nothing on either subject was unreasonable, or legally wrong.

[34] In the alternative, the Attorney General advocates against any exercise of discretion in favour of the appellant. The issue raised is substantially dependent on the evidence adduced in individual cases, thus not susceptible to principled statements like those the appellant seeks here. The issue is not evasive of judicial review in later cases and its determination here is not consistent with the prudent use of scarce judicial resources.

The Governing Principles

[35] The doctrine of mootness is one aspect of a general practice of courts to decline deciding a case that raises only a hypothetical or abstract question: see *Borowski v.*

2010 ONCA 197 (CanLII)

Canada (Attorney General), [1989] 1 S.C.R. 342, at p. 353. This general principle applies when the court's decision will not, in effect, resolve some controversy that affects or may affect the rights of the parties: *Borowski* at p. 353. Courts decline to decide cases in which their decision will have no practical effect on the rights of the parties. This essential ingredient, a *lis inter partes*, must exist at the commencement of the proceeding and persist when the court is assigned the task of reaching a decision: *Borowski* at p. 353.

2010 ONCA 197 (CanLII)

[36] The courts enforce this general policy in moot cases. But the general rule is not unyielding. A court may exercise its discretion to depart from its policy or practice by considering two questions:

i. Has the tangible and concrete dispute disappeared, leaving only academic issues?

ii. If the answer to the above question is "yes", should the court exercise its discretion to hear the case?

The answer to the first question, whether a live controversy exists, determines the issue of mootness. The answer to the second question is only required where mootness has been established: *Borowski* at p. 353.

[37] Several factors may induce the disappearance of the live controversy. The contentious issues may be of brief duration. The circumstances of the parties may

eliminate the tangible nature of a dispute. The governing statute or controlling legal principle may change. An exhaustive list eludes composition: *Borowski* at p. 358.

[38] An examination of the rationalia underlying the general rule informs the formulation of guidelines for the exercise of discretion in departing from the general rule against hearing and determining issues that are moot *inter partes*. To the extent that a particular foundation upon which the rule is grounded is absent or its grip is tenuous, the reason for its enforcement vanishes or diminishes: *Borowski* at p. 358.

[39] One such rationale underlying the rule prohibiting forensic scrutiny of moot issues is that a court's competence to resolve legal disputes requires an adversarial context. An adversarial context encourages the parties to put their best foot forward. Parties must frame their cases, adduce evidence, and advance available arguments. However, this requirement may also be satisfied where the necessary adversarial relationships survive the end of a live controversy. Collateral consequences of the outcome may provide the essential adversarial context: *Borowski* at pp. 358-359.

[40] A second important and broad rationale upon which the mootness doctrine is founded is the concern for judicial economy. Judicial resources must be rationed among competing claimants. Live controversies, not academic endeavours, should attract these scarce resources. The academic debate can occur elsewhere.

2010 ONCA 197 (CanLII)

[41] But judicial economy is a two-way street. Sometimes, in cases that have become moot, a court's decision will have some practical effect on the rights of the parties, even though it will not have the effect of determining the underlying controversy itself: *Borowski* at p. 360. The expenditure may also be warranted in cases in which, while the immediate controversy is moot, the circumstances are likely to recur but be of brief duration. The mootness doctrine should not be strictly applied that important questions that might independently evade review go unheard and undetermined by the court: *Borowski* at p. 360.

[42] The mootness doctrine may also be shunted to the sidelines when the issues raised are of public importance and their resolution is in the public interest. In these cases, what is required is a delicate balancing of the economics of judicial involvement, on the one hand, and the social cost of legal uncertainty, on the other: *Borowski* at p. 361.

The Principles Applied

[43] Despite the absence of a live controversy between Thomas Rea and the Board, I am satisfied that we should exercise our discretion to determine the issues raised and fully argued about the Board's authority and duty to provide for interim or residual custody and privileges pending transfer of a detainee to another hospital.

[44] Disposition hearings before the Board are not adversarial. As the definition of "party" in s. 672.1 of the *Criminal Code* makes clear, parties other than the prosecutor

2010 ONCA 197 (CanLII)

and detainee appear before the Board. Their interests vary. If the parties fail to present sufficient information to permit the Board to discharge its statutory obligations, it falls to the Board to seek out additional evidence or material to fulfill its obligation: see, *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625, at para. 54. The absence of a *lis* between some of several parties does not mean that an appeal by another party is moot.

2010 ONCA 197 (CanLII)

[45] The issues raised by MHCP are not unique to Thomas Rea, or to MHCP or to CAMH. Rather, issues about interim or residual custody are apt to arise in any disposition that involves a transfer from one hospital to another; especially where, as appears to be the everyday reality, a delay in carrying out the disposition is reasonably foreseeable as it plainly was here.

[46] The detritus of the Board's failure to make provision for interim or residual custody and privileges in its first disposition may include the creation of a gap in the authority to hold the detainee. It may be arguable, for example, that the original Form 49 warrant of committal in this case was spent when the disposition was issued since the detainee had been dealt with according to law. The disposition directs the detainee's detention in the transfer hospital. Under what authority then, does the host hospital continue a detention, that is no longer authorized by the original warrant?

[47] A decision on the issues raised here may also have a practical impact on a group of mental disorder detainees of whom Thomas Rea was representative, but not unique:

mental disorder detainees subject to custodial dispositions and hospital transfers. It may fairly be said that any detainee who finds him or herself in circumstances similar to those of Thomas Rea can invoke the appellate process and have the issue determined while the *lis* remains alive. But the issue remains live for only a short period in appellate time and thus is largely evasive of appellate review. Recourse to an extraordinary remedy is scarcely a viable alternative.

2010 ONCA 197 (CanLII)

[48] Having determined that this Court should exercise the discretion to determine the issues raised, what remains is an assessment of the merits of the claim.

The Second Issue: Error or Unreasonable Decision in Failure to Include Interim Custody and Privileges

The Background

[49] Context is important in the resolution of MHCP's claim that the omission of any provision for residual or interim custody or privileges was unreasonable and legally flawed.

[50] Among the materials filed as an exhibit on the disposition hearing was the report of the administrator of MHCP, the host hospital. The administrator supported the opinion of the clinical team who were of the view that Thomas Rea remained a significant threat to the safety of the public due to his serious untreated mental disorder. The administrator also supported the clinical team's unanimously recommended disposition as follows:

> [T]he Clinical Team is of the unanimous opinion that Mr. Rea should continue to be detained within the Regional Division of the Mental Health Centre Penetanguishene with the following privileges:
>
> 1. Indirectly supervised hospital and grounds privileges;
>
> 2. May enter the communities of Midland /Penetanguishene indirectly supervised for the purposes of recreation, socialization or vocation;
>
> 3. May travel beyond the communities of Midland/Penetanguishene accompanied by staff or a person approved by the person in charge;
>
> 4. Passes for up to 48 hours accompanied by staff or a person approved by the person in charge; and
>
> 5. No contact, directly or indirectly, with Lori Scheffel.
>
> Administrator's Recommendation
>
> The Administrator supports the clinical team's opinion and recommends a Hospital Order with the above-mentioned privileges.

[51] The recommendation in the report of the administrator of MHCP that Thomas Rea continue his detention at MHCP with listed privileges, was based in part upon the understandable advantage that mental health care providers at MHCP have prior and current involvement in the detainee's treatment. But his treating psychiatrist, Dr. Jones, acknowledged the obvious merit in the detainee's transfer to the minimum secure unit at

2010 ONCA 197 (CanLII)

CAMH with equivalent privileges from which the detainee could benefit through interaction with family members who live nearby.

[52] When the dust settled at the Board hearing, it was common ground that the least onerous and least restrictive disposition for Thomas Rea was detention in the minimum secure unit at CAMH with privileges to be extended or refused by the person in charge of CAMH.

[53] As a result of inquiries made by Board members during questioning of Dr. Jones, it became clear that:

i. MHCP recommended that Thomas Rea have the same privileges proposed for CAMH at MHCP while he remained there; and

ii. unless the disposition expressly provided for privileges at MHCP while awaiting transfer to CAMH, Thomas Rea would *not* receive those privileges at MHCP.

[54] Dr. Jones did not know when Thomas Rea's transfer to CAMH was likely to occur. She speculated that the transfer could take "a period of months".

[55] The Board made no inquiries of CAMH about how long it would take before any transfer would be implemented. Nor did the Board ask anyone else to make any inquiries about available space at the minimum secure unit of CAMH.

2010 ONCA 197 (CanLII)

[56] In its disposition and its reasons the Board said nothing about residual or interim detention or privileges while Thomas Rea awaited transfer to CAMH under the disposition. In the result, Thomas Rea, a detainee in the assessment-treatment model introduced by Part XX.1 of the *Criminal Code* was detained at MHCP for six months without access to privileges that, the principals agreed, were appropriate for him and the Board knew would not be extended in the absence of expressed terms.

2010 ONCA 197 (CanLII)

The Positions of the Parties

[57] Counsel for MHCP and CAMH occupy common ground. They say that the failure of the Board to include in its disposition and consider in its reasons provision for interim or residual custody and discretionary privileges at MHCP while awaiting transfer to CAMH was at once unreasonable and wrong in law.

[58] Counsel for MHCP and CAMH argued that the evidence before the Board clearly indicated the appropriateness of a disposition of detention in a minimum secure unit with various privileges to be determined by the person in charge. The Board had a duty to obtain reliable information about the length of time that would likely pass before transfer to CAMH. The Board failed in its duty. In light of the uncertainty about time of transfer, the Board was under a duty, in the circumstances of this case, to make provision for interim or residual custody and discretionary privileges at MHCP. Counsel argued that the failure to do so was unreasonable, and constituted legal error because it resulted in a disposition that was not the least onerous and least restrictive to the detainee.

[59] Counsel for the Attorney General took a contrary position. She argued the failure to include the provisions of which the appellant complains was neither unreasonable nor legally wrong.

[60] Counsel for the Attorney General submitted that the record did not support any reasonable inference of a significant delay between the time of disposition and that of the expected transfer to CAMH. Resource decisions made by hospitals cannot colour discretionary decisions of the Board as erroneous or unreasonable. The Board exercised its discretion to not include interim or residual custody and privilege terms, and its decision in that respect is entitled to difference.

2010 ONCA 197 (CanLII)

The Governing Principles

[61] To determine the issue raised by the appellant, it is helpful to recall some basic principles about the nature of Review Board proceedings and the obligations of the Board in making dispositions under s. 672.54 of the *Criminal Code*, as well as the standard this court is to apply in its review of those dispositions.

[62] Part XX.1 of the *Criminal Code* departs from the traditional adversarial model of the criminal justice process. The system is inquisitorial. The Board has a duty to review all the relevant evidence and if the parties before the Board do not present sufficient information, it falls to the Board to seek out the evidence it requires to make its decision: *Winko* at paras. 54-55 and 61-62.

[63] In making a disposition, the Board must take into account the factors listed in s. 672.54 and make the disposition that is the least onerous and least restrictive to the mental disorder detainee. The least onerous and least restrictive standard applies to both the disposition and any conditions included in it: *Winko* at para. 62; *Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital*, [2004] 1 S.C.R. 528, at para. 21; and *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 498, at paras. 3 and 71.

[64] The dispositive authority of this court on an appeal from a disposition made by the Board under s. 672.54 resides in s. 672.78 of the *Criminal Code*. A disposition may be set aside if it is unreasonable or cannot be supported by the evidence or is based on a wrong decision on a question of law: *Criminal Code*, ss. 672.78(1)(a) and (b). Errors of law may be subject to the application of the curative proviso in s. 672.78(2)(b).

[65] The standard of reasonableness erected by s. 672.78(1)(a) involves respectful attention, though not submission to the Board's reasons. An unreasonable decision is a decision that "is not supported by any reason that can stand up to a somewhat probing examination": *Starson v. Swayze*, [2003] 1 S.C.R. 722, at para. 88; *R. v. Owen*, [2003] 1 S.C.R. 779, at paras. 33 and 34. A decision by the Board that could reasonably be the subject of disagreement among Board members properly informed of the facts and instructed on the governing legal principles should not generally attract appellate intrusion: *Owen* at para. 33.

2010 ONCA 197 (CanLII)

[66] The appropriate standard of review applicable to claims of legal error is correctness: *Mazzei v. British Columbia (Director of Adult Forensic Psychiatric Services)*, [2006] 1 S.C.R. 326, at para. 16.

2010 ONCA 197 (CanLII)

The Principles Applied

[67] It is common ground that the Board's decision to impose a disposition that included detention in a minimum secure unit of a hospital with defined privileges to be extended or refused according to the discretion of the person in charge of the hospital was an appropriate disposition in this case.

[68] The complicating factors here were that:

i. Thomas Rea sought a transfer from MHCP to CAMH;

ii. The Board made no effort to acquire accurate information about when the transfer could take place;

iii. The Board was aware that without express terms providing for interim or residual custody and discretionary privileges at MHCP, Thomas Rea would receive no privileges; and

iv. The clinical team at MHCP agreed that the discretionary privileges were appropriate for Thomas Rea and MHCP.

[69] In the circumstances of this case, especially those listed in para. 68, the failure of the Board to obtain concrete information about the delay in transfer and include express terms relating to interim custody and discretionary privileges was unreasonable. The disposition made was not the least onerous and least restrictive to the detainee and was thus legally wrong, because it meant that during an inevitable detention at MHCP of uncertain duration while awaiting transfer, the detainee would be disentitled to apply for privileges for which the Board itself determined he should be eligible. An interim order of this kind would have the added, and not insignificant advantage of providing express lawful authority for the host hospital to hold the detainee pending transfer.

CONCLUSION

[70] In my view, the failure of the Board to include in its disposition and consider in its reasons the interim or residual custody of the detainee and availability of privileges for him at MHCP was at once unreasonable and legally wrong. The Board has the authority to include terms in its dispositions providing for interim or residual custody and privileges pending transfer of the detainee to another hospital, and should exercise that authority in appropriate cases such as this. Accordingly, I would allow the appeal. Because Thomas Rea has finally been transferred to CAMH, in accordance with the Board's disposition, the central issue in this appeal is moot. Despite its success here, no practical remedy is available for MHCP.

2010 ONCA 197 (CanLII)

[71] For these reasons, I would allow the appeal.

RELEASED: March 16, 2010 "RPA"

"David Watt J.A."
"I agree Robert P. Armstrong J.A."
"I agree Russell G. Juriansz J.A."

2010 ONCA 197 (CanLII)

Case Name:

Ontario (Ministry of Community and Social Services) v. John Doe

Between
Ministry of Community and Social Services, Applicant,
and
John Doe, Requester, Affected Party, Ontario Public Service Employees Union, and Information and Privacy Commissioner, Respondents

[2014] O.J. No. 2362

2014 ONSC 239

120 O.R. (3d) 451

Divisional Court File No. 553/10

Ontario Superior Court of Justice
Toronto, Ontario

H.E. Sachs, H.J. Wilton-Siegel and M.J. Nolan JJ.

Heard: December 17, 2013.
Judgment: February 24, 2014.

(70 paras.)

Administrative law -- Judicial review and statutory appeal -- Standard of review -- Reasonableness -- Application by Ministry of Community and Social Services to judicially review order of Information and Privacy Commission that required Ministry to disclose full names of employees of Family Responsibility Office dismissed -- Decision that full names were not excluded from disclosure was reasonable -- Commission did not unreasonably fail to apply discretionary exemptions and names were properly disclosed -- There was no operational conflict between this order and earlier order that limited disclosure of employees' names.

Administrative law -- Bodies under review -- Nature of body -- Types -- Boards, tribunals and commissions -- Application by Ministry of Community and Social Services to judicially review order

of Information and Privacy Commission that required Ministry to disclose full names of employees of Family Responsibility Office dismissed -- Decision that full names were not excluded from disclosure was reasonable -- Commission did not unreasonably fail to apply discretionary exemptions and names were properly disclosed -- There was no operational conflict between this order and earlier order that limited disclosure of employees' names.

Government law -- Access to information and privacy -- Access to information -- Legislation -- Provincial and territorial -- Inspection of public documents -- Bars and grounds for refusal -- Protected personal information -- Protection of privacy -- Legislation -- Provincial and territorial -- Appeals and judicial review -- Application by Ministry of Community and Social Services to judicially review order of Information and Privacy Commission that required Ministry to disclose full names of employees of Family Responsibility Office dismissed -- Decision that full names were not excluded from disclosure was reasonable -- Commission did not unreasonably fail to apply discretionary exemptions and names were properly disclosed -- There was no operational conflict between this order and earlier order that limited disclosure of employees' names.

Application by the Ontario Ministry of Community and Social Services to judicially review an order of the Information and Privacy Commission of Ontario that required the Ministry to disclose the full names of employees of the Family Responsibility Office contained in the file of a John Doe. Doe was a support payor who applied to the Ministry under the Freedom of Information and Protection of Privacy Act to access all of the records in his Office file. The Ministry refused to disclose records that revealed the full names of Office employees. Doe appealed this decision and the Commission made the order under review. The Ministry claimed that the Commission's order conflicted with an earlier order of the Grievance Settlement Board. The Grievance order was made on consent following a mediation of 82 individual grievances filed by Office employees who were concerned about their safety because of their employment. The Grievance order provided that the Office should adopt a policy whereby employees were only required to provide their first names and a unique identification number to the public in telephone communications and in non-court documents. The Office followed this policy since 2000. The Ministry claimed that the Commission did not have the jurisdiction to order the disclosure of Office employees' full names because this information was excluded from disclosure pursuant to s. 65(6)(3) of the Act. It provided that the Act did not apply to records collected on behalf of an institution in relation to matters about labour relations or employment-related matters in which the institution had an interest. Alternatively, the Ministry argued that the Commission erred in finding that certain discretionary exemptions in the Act did not apply. These exemptions provided that the head of an institution could refuse to disclose records because of health and safety concerns. If the Commission order was not set aside, the court would be left with valid decisions of two statutory tribunals that were in direct operational conduct. Given that the Grievance order was about the health and safety of Office employees, that order should prevail over the Commission order.

HELD: Application dismissed. The standard of review that applied to matters that involved s.

65(6)(3) was reasonableness. The Commission's conclusion that the employees' full names were not excluded by virtue of s. 65(6)(3) was reasonable. The records were prepared by Office staff as part of the Officer's normal business. They were not about labour relations or employment-related matters. The Grievance order did not transform the records into those excluded by s. 65(6) (3). The Commission did not unreasonably fail to apply the discretionary exemptions. It ordered disclosure of the employees' full names because it found no evidence that Doe posed any threat to the health or safety of the Office employees. There was no operational conflict between the Commission and Grievance orders for the Commission order did not interfere with the Ministry's ability to carry out the policy enshrined in the Grievance order.

Statutes, Regulations and Rules Cited:

Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31, s. 1, s. 1(b), s. 2(1), s. 10, s. 14, s. 14(1) (e), s. 20, s. 47, s. 47(1), s. 47(1)(b), s. 49(a), s. 65(6), s. 65(6)(3), s. 65(7), Part III

Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Schedule A, s. 48(19)

Counsel:

Lise Favreau and Tom Schreiter, for the Applicant.

William Challis and David Goodis, for the Respondent, Information and Privacy Commissioner.

David R. Wright and Jane Letton, for the Respondent, Ontario Public Service Employees Union.

REASONS FOR JUDGMENT

The judgment of the Court was delivered by

H.E. SACHS J.:--

Introduction

1 This is an application to judicially review the October 7, 2010 order ("the IPC Order") of the Information and Privacy Commission of Ontario ("IPC") that required the Ministry of Community and Social Services ("the Ministry") to disclose the full names of employees of the Family Responsibility Office ("FRO") contained in the file of a John Doe. According to the Ministry, the IPC Order conflicts with the order of the Grievance Settlement Board ("GSB Order") that has been in effect since November 7, 2000.

2 The GSB Order was made on consent following a mediation of 82 individual grievances filed by FRO employees who were concerned about their safety because of their employment at FRO. The GSB Order provides that FRO adopt a policy whereby employees are only required to provide their first name and a unique identification number to the public in telephone communications and in non-court documents. FRO has followed this policy and practice since 2000.

3 On this application the Ministry's position is that the IPC did not have the jurisdiction to order the disclosure of FRO employees' full names because this information is excluded from disclosure pursuant to s. 65(6)3 of the Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31 ("the Act"). Section 65(6)3 provides that the "Act does not apply to records collected, prepared, maintained or used by or on behalf of an institution in relation to ... meetings, consultations, discussions or communications about labour relations or employment-related matters in which the institution has an interest."

4 In the alternative, the Ministry argues that the IPC erred in finding that the discretionary exemptions in ss. 14(1)(e) and 20 of the Act do not apply. These exemptions provide that the head of an institution may refuse to disclose a record because of health and safety concerns.

5 Finally, the Ministry asserts that if this court refuses to set aside the IPC Order, this court will be left with valid decisions of two statutory tribunals that are in direct operational conflict. According to the Ministry, this requires the court to review the decisions and establish their relative precedence. Given that the GSB Order is about the health and safety of FRO employees, that order should prevail over the IPC Order.

6 The Ontario Public Service Employees Union ("OPSEU"), a party affected by this decision, supports the Ministry's position. Letters were sent to the FRO employees who were affected by the IPC Order. Some employees contacted counsel, but advised that they did not wish to seek separate standing in the application. John Doe, the person who requested the records at issue, did not appear at the application for judicial review.

7 In its factum, OPSEU argued that the full names of FRO employees are "personal information" within the meaning of s. 2(1) of the Act and that disclosure of this information would constitute an unjustified invasion of personal privacy. At the hearing of the application OPSEU indicated it was no longer pursuing this argument.

8 For the reasons that follow, I would dismiss the application.

Factual Background

9 The FRO employees affected by this application are all members of OPSEU. In 2000 OPSEU filed 82 grievances alleging that the grievors' rights to health and safety were violated by the Ministry's full name policy at the time.

10 According to OPSEU, the work of FRO enforcement officers requires them to regularly interact with volatile clients. These clients have subjected staff to harassment, abuse, and threats and may pose a real danger to those enforcement officers and their families.

11 The grievances gave rise to the GSB Order, which was a consent order. In the twelve or so years since the GSB Order became effective, FRO employees can choose to identify themselves, to the public by first name and identification number only in all telephone communications and in non-court documents.

12 From 2002 to 2006 there were 24 documented threats to FRO staff by FRO clients: one in 2002; two in 2003; eight in 2004; three in 2005; and ten in 2006. Some of these threats were directed at FRO staff generally and consisted of threatening to "bring a fucking bomb down there," threatening to "drive my truck through your building," threatening "something that will make the news," and threatening to "shoot people at FRO." Other threats were directed at individual FRO staff members, one of which was a specific threat to bomb a FRO employee's apartment.

13 According to OPSEU, there were 12 further documented threats to FRO staff between 2006 and August 2011. Some FRO clients have used the information about the identity of enforcement officers to obtain their home addresses and phone numbers and to contact them or their family members at home.

14 In March 2007, John Doe, a support payor, made a request to the Ministry under the Act to access all his records in his FRO file. FRO is part of the Ministry. The Ministry granted access to many of the records, but refused to disclose some records, including any portions of the records that disclosed the full names of FRO employees.

15 John Doe (the "Requester") appealed the Ministry's decision to deny access to the records that were withheld to the Office of the IPC. Mediation did not resolve the appeal and it moved to the adjudication stage.

16 The IPC held an inquiry during which the Requester, the Ministry, and OPSEU were given the opportunity to make representations. The IPC Order directed the disclosure of a number of records that were not the subject of this application for judicial review. The Ministry seeks to review only the portion of the IPC Order that mandated the disclosure of the full names of FRO employees.

Standard of Review

17 There is no issue about the standard of review applicable to the IPC's decision concerning whether the exemptions set out at ss. 14(1)(e) and 20 of the Act apply. All the parties accept that the standard is reasonableness.

18 The Ministry and OPSEU assert that the standard of review applicable to the question of whether the records are excluded from the application of the Act by virtue of s. 65(6)3 is one of

correctness. They do so on the basis of a number of decisions, including the Ontario Court of Appeal's decision in Ontario (Solicitor General) v. Ontario (Assistant Information and Privacy Commissioner) (2001), 55 O.R. (3d) 355 (C.A.), at paras. 28-31, leave to appeal to S.C.C. refused, [2001] S.C.C.A. No. 509. Relying on Solicitor General, the Divisional Court applied the standard of correctness in Ministry of Correctional Services v. Goodis (2008), 89 O.R. (3d) 457 (Div. Ct.), at para. 19.

19 In Solicitor General, the Court of Appeal found that questions involving the application of an exclusion under s. 65(6) of the Act were subject to review on a standard of correctness. It did so on the basis that such questions, unlike questions involving the application of exemptions, do not engage the specialized expertise of the IPC: see Solicitor General, at para. 30.

20 Solicitor General was decided before Dunsmuir v. New Brunswick, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, and Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654. As a result of Dunsmuir and Alberta Teachers, it is clear that when a tribunal is interpreting its home statute the correctness standard will not apply unless the question is a constitutional question, a question of law that is of central importance to the legal system as a whole and outside of the adjudicator's expertise, a question regarding the jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals, or a "true" question of jurisdiction.

21 In this case the Ministry and OPSEU submit that whether the Act applies is a true question of jurisdiction and whether the IPC can make an order in the face of the GSB Order is a question regarding the jurisdictional lines between two competing specialized tribunals.

22 I disagree. Alberta Teachers, at paras. 33-34, establishes that true questions of jurisdiction involving the interpretation of a home statute are rare; so rare that as of 2011 the Supreme Court of Canada had not seen a true question of jurisdiction since Dunsmuir. As part of its mandate, the IPC is called upon to interpret s. 65(6) on a regular basis. Furthermore, interpreting this section in this case does not involve determining the jurisdictional lines between two competing specialized tribunals. The exercise is the one defined by the statute i.e. deciding whether the record was "collected, prepared, maintained or used by or on behalf of the institution in relation to ... meetings, consultations, discussions or communications about labour relations or employment-related matters in which the institution has an interest."

23 For these reasons I find that the standard of review applicable to the issue involving s. 65(6)3 of the Act is reasonableness.

Did the IPC unreasonably conclude that FRO employees' full names are not excluded from the Act by virtue of s. 65(6)3?

24 The key finding of the IPC on this issue was stated as follows at page 15 of its decision:

> In this case, the records at issue were prepared by FRO staff as part of the normal

> business of the office. They were collected, prepared, maintained or used by the ministry in relation to meetings, consultations, discussions or communications that were "about" enforcing a support order in accordance with FRO processes. These meetings, consultations, discussions or communications were not "about" labour relations or employment-related matters. The institution and the union have entered into a consent award with respect to the disclosure of FRO employees' full names, but this does not transform the records into those excluded by section 65(6)3.

25 The Ministry acknowledges that the records were created to enforce a support order, but claims that given the GSB Order and the FRO policy endorsed by the GSB Order, the names of the employees and management's use of documents containing the names of employees are related to communications about labour relations matters in which the Ministry has a strong and compelling interest. According to the Ministry, the "communication" of an employee's name on a record is "about" a labour relations matter because both the GSB Order and the collective agreement require the employer to take measures to protect the identity of FRO employees.

26 The Ministry also submits that the legal implications of the request make it clear that disclosing FRO employee names is an employment-related or labour relations matter. The disclosure of these names would likely result in more occupational health and safety grievances by OPSEU. OPSEU could assert non-compliance with the GSB Order and seek to file the order in the Superior Court of Justice under section 48(19) of the Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, for the purposes of enforcement.

27 In Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, Iacobucci J. set out the current approach to statutory interpretation citing Elmer Driedger, Construction of Statutes, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1983) at 87:

> Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

28 In my view, the Ministry's arguments require a distortion of the plain language of the exclusion in s. 65(6)3 of the Act. That section reads as follows:

> (6) Subject to subsection (7), this Act does not apply to records collected, prepared, maintained or used by or on behalf of an institution in relation to any of the following:
>
> 3. Meetings, consultations, discussions or communications about labour relations or employment-related matters in which the institution has an

interest.

29 To qualify for the exclusion, the record must be about labour relations or employment-related matters. The dictionary definition of the word "about" requires that the record do more than have some connection to or some relationship with a labour relations matter. "About" means "on the subject of' or "concerning": see Concise Oxford English Dictionary, 11th ed., 2004, s.v. "about". This means that to qualify for the exclusion the subject matter of the record must be a labour relations or employment-related matter.

30 Adopting the Ministry's broad interpretation of "about" would mean that a routine operational record or portion of a record connected with the core mandate of a government institution could be excluded from the scope of the Act because such a record could potentially be connected to an employment-related concern, is touched upon in a collective agreement, or could become the subject of a grievance. This interpretation would subvert the principle of openness and public accountability that the Act is designed to foster.

31 In this regard it is important to keep in mind the purposes of the Act set out at section 1 as follows:

> (a) to provide a right of access to information under the control of institutions in accordance with the principles that,
>
> (i) information should be available to the public,
> (ii) necessary exemptions from the right of access should be limited and specific, and
> (iii) decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government; and
>
> (b) to protect the privacy of individuals with respect to personal information about themselves held by institutions and to provide individuals with a right of access to that information.

32 This concern about undermining the purpose of the Act drove the Court of Appeal's reasoning in its interpretation of the word "advice" in another section of the Act in Ontario (Ministry of Transportation) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner) (2005), 34 Admin L.R. (4th) 12 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, [2005] S.C.C.A. No. 563. In that case the government argued for a broader interpretation of the word "advice." The Court of Appeal rejected the government's submission and commented as follows, at para. 28:

> [T]he meaning of "advice" urged by the Ministry would not be consonant with [the Act's] statement of purpose. The public's right to information would be

> severely diminished because much communication within government institutions would fall within the broad meaning of "advice" ...

33 In Goodis, the government argued, among other things, that all records relating to allegations of misconduct against government employees in the course of employment were excluded from disclosure because they dealt with "employment-related matters" under clause 3 of s. 65(6) of the Act. The Divisional Court rejected this interpretation. The court found that the government's interpretation was not in accordance with the language of s. 65(6) when read in context and in light of its legislative history and the purpose of the Act: see Goodis, at paras. 20, 23.

34 In rejecting the Crown's argument that s. 65(6)3 could be used to exclude records that detailed employees' actions, the court in Goodis, at para. 24, made the point that the scope of s. 65(6) is clearer when one looks at the relationship between it and s. 65(7), which states as follows:

> (7) This Act applies to the following records:
>
> 1. An agreement between an institution and a trade union.
> 2. An agreement between an institution and one or more employees which ends a proceeding before a court, tribunal or other entity relating to labour relations or to employment-related matters.
> 3. An agreement between an institution and one or more employees resulting from negotiations about employment-related matters between the institution and the employee or employees.
> 4. An expense account submitted by an employee of an institution to that institution for the purpose of seeking reimbursement for expenses incurred by the employee in his or her employment.

35 Swinton J., writing on behalf of the Court, went on to conclude the following, at para. 24:

> The fact that the Act applies to the documents in subclauses 1 through 3 of s. 65(7) suggests that the type of records excluded from the Act by s. 65(6) are documents related to matters in which the institution is acting as an employer, and terms and conditions of employment or human resources questions are at issue.

36 Swinton J. further stated, at para. 25, that this conclusion was "reinforced by the legislative history" of ss. 65(6) and (7). Section 65(6) was added to the Act by the Bill 7, An Act to restore balance and stability to labour relations and to promote economic prosperity and to make consequential changes to statutes concerning labour relations, 1st Sess., 36th Leg., Ontario, 1995. The explanatory note in respect of Bill 7 provided that the Act will not apply to "certain" records relating to labour relations and employment matters.

37 On first reading of the Bill, the Honourable David Johnson, then Chair of the Management Board of Cabinet, stated that the proposed amendments to the Act were "to ensure the confidentiality of labour relations information": see Ontario, Legislative Assembly, Official Report of Debates (Hansard), (4 October 1995) (Hon. Allan K. McLean). On proclamation of Bill 7, the Management Board of Cabinet responded with the following comments to the question of whether labour relations documents will be exempt from disclosure under the changes to the Act:

> Yes. This change brings us in line with the private sector. Previously, orders under the Act made some internal labour relations information available (e.g. grievance information, confidential information about labour relations strategy, and other sensitive information) which could impact negatively on relationships with bargaining agents. That meant that unions had access to some employer labour relations information while the employer had no similar access to union information: see Ontario, Management Board Secretariat, Bill 7 Information Package, Employee Questions and Answers, (10 November 1995).

38 The Ontario Court of Appeal's decision in Ontario (Minister of Health and Long Term Care) v. Mitchinson, 2003 CanLII 16894 (Ont. C.A.), illustrates that the s. 65(6) exclusion is concerned with records about term or conditions of employment even in non-traditional collective bargaining settings. In Mitchinson, at paras. 1-2, the court, overturning the Divisional Court, held that s. 65(6)3 applied to exclude records generated by a joint committee of the Ministry of Health and Long Term Care and the Ontario Medical Association. The records constituted "communications that take place in the discharge of [the committee's] mandate" to review the conditions of work and remuneration of physicians, despite the absence of relations between employer and employees on the facts of the case.

39 Accordingly, a purposive reading of the Act dictates that if the records in question arise in the context of a provincial institution's operational mandate, such as pursuing enforcement measures against individuals, rather than in the context of the institution discharging its mandate qua employer, the s. 65(6)3 exclusion does not apply. Excluding records that are created by government institutions in the course of discharging public responsibilities does not necessarily advance the legislature's objective of ensuring the confidentiality of labour relations information. However, it could have the effect of shielding government officials from public accountability, an effect that is contrary to the purpose of the Act. The government's legitimate confidentiality interests in records created for the purposes of discharging a government institution's specific mandate may be protected under exemptions in the Act, but not under s. 65(6).

40 For these reasons, I find that the IPC's decision that FRO employees' full names are not excluded by s. 65(6)3 of the Act was reasonable.

Did the IPC unreasonably fail to apply the exemptions under ss. 14(1)(e) and/or 20 of the Act?

41 Section 14(1)(e) is an exemption for records whose disclosure "could reasonably be expected

to ... endanger the life or physical safety of a law enforcement officer or any other person." Section 20 is an exemption for records whose disclosure "could reasonably be expected to seriously threaten the safety or health of an individual."

42 In its decision the IPC accepted that the FRO employees whose full names would be disclosed were "law enforcement officers" within the meaning of s. 14(1)(e). It also accepted, at page 40 of its reasons, that to justify the refusal of disclosure "the institution must demonstrate that the reasons for resisting disclosure are not frivolous or exaggerated. However, while the expectation of harm must be reasonable, it need not be probable." Finally, the IPC found that while a person's subjective fear is a relevant factor to consider, it is not necessarily determinative.

43 The IPC ordered disclosure of the employees' full names because it found no evidence that the Requester posed any threat whatsoever to the health or safety of the FRO employees in question. Further, while there was evidence of threats against FRO employees by other clients, there was no evidence that the FRO employees at issue in this application had "ever been subject to any kind of threat or endangerment." Finally, the IPC found, at page 44 of its decision, that the information contained in the records was "not the type of information that, by its nature alone, is 'potentially inflammatory.'"

44 The Ministry argues that this conclusion was unreasonable because it failed to take into account the existence of the GSB Order, which in and of itself constituted an acknowledgment that the disclosure of the full names of FRO employees could pose a threat to the health and safety of those employees. The Ministry submits that the GSB Order was a legitimate response to the actual threats that had been made to FRO employees over the years. It argues that to require an actual threat by the Requester, or evidence that the employees at issue had been the subject of previous threats, places too high an evidentiary burden on the Ministry. It says that all the Ministry has to demonstrate was that its reasons for resisting disclosure were "not frivolous or exaggerated." According to the Ministry, the GSB Order and the threats leading to that order is evidence that clearly met this threshold.

45 Further, disclosing the full names of employees places the Ministry in the position of violating the terms of the GSB Order, which contains the following sentence:

> Anyone disclosing the name of another FRO bargaining unit employee will be required to use the person's 1St name and I.D. number only.

46 To reinforce its submissions, the Ministry points to the offer it made to disclose the first name and identification number of the employees in question. According to the Ministry, any interest the Requester would have in knowing who dealt with him at FRO would be met by this compromise.

47 As a starting point for analyzing this issue, it is important to recognize that the Requester made his request for access under the individual privacy provisions in Part III of the Act, more specifically, s. 47(1), which provides as follows:

> Every individual has a right of access to,
>
> (a) any personal information about the individual contained in a personal information bank in the custody or under the control of an institution; and
> (b) any other personal information about the individual in the custody or under the control of an institution with respect to which the individual is able to provide sufficiently specific information to render it reasonably retrievable by the institution.

48 Requests for access under s. 47 are driven by the concern set out at s. 1(b) of the Act, namely, the protection of the "privacy of individuals with respect to personal information about themselves held by institutions and to provide individuals with a right of access to that information." Contrast this with the requests for access that can be made by members of the public under s. 10 of the Act. Access requests under s. 10 rest on an acknowledgment that vibrant democracies are open democracies, where, absent specific exemptions and exclusions, the public is entitled to know what the government is doing.

49 Accordingly, a requester under s. 47(1)(b) of the Act starts with the presumption that he or she is entitled to the information. In this case, the Ministry claimed the exemption in s. 49(a) of the Act, which permits the Ministry to refuse to disclose personal information to the person to whom the information relates where ss. 14 or 20, among other provisions, would apply to the disclosure. In this regard, two principles are important.

50 First, an individual's need for the requested information is irrelevant unless explicitly specified in an exemption. As the legislative history makes clear, the Act does not impose a needs test that a requester must meet. The Commission on Freedom of Information and Individual Privacy, established by the Government of Ontario in 1977, studied and prepared a report that served as a foundation for the Act. In its report, Public Government for Private People: The Report of the Commission on Freedom of Information and Individual Privacy 1980, Vol. 2 (Toronto: Queen's Printer, 1980), the Commission made the following comments regarding the nature of an individual's right to access government information, at 233:

> We think it unwise to restrict access to persons who can demonstrate a need for the information in question. ... To require individuals to demonstrate a need for information would erect a barrier to access resulting in unproductive disputes over the nature and value of a particular individual's interest in obtaining access to government information.

51 Second, the IPC has also determined that disclosing records under s. 47, in contrast to disclosure under s. 10, cannot be considered "disclosure to the world." As put by the IPC in Reconsideration decision, Appeal PA-980251-1, Nov. 24, 2003 (unpublished), at page 5:

> [I]t cannot be said that disclosure to the requester under section 47 is effectively disclosure to the world, as it would be under section 10. Disclosure under section 47 is considered disclosure to that individual only and, clearly, in the event that a stranger sought the records at issue in this case under section 10, they would be subject to the mandatory section 21 personal privacy exemption, barring highly exceptional circumstances.

52 Therefore, to the extent that the Ministry and OPSEU rely on arguments directed at the Requester's lack of need for the information at issue or the fear that disclosing the information to the Requester (who may not be a threat) would mean disclosing it to the rest of the world, those arguments run contrary to the statutory scheme of the Act. In particular, the scheme of the Act in respect of a request under s. 47(1)(b) requires demonstration that disclosure of the requested information to the particular requester would pose a risk to the health or safety of the identified individuals by the requester, rather than by the public at large, before the exemptions in ss. 14 or 20 can be relied upon. This result flows from the fact that disclosure to the requester is not presumed to be disclosure to the public.

53 I agree with the Ministry that the GSB Order does constitute some evidence of health and safety concerns associated with disclosing FRO employees' full names to the public in the past. However, that does not mean the IPC unreasonably concluded there was no evidence that complying with this Requester's request to disclose the documents relating to him posed a health and safety threat to the employees whose names are on the records in his file.

54 First of all, as the IPC noted, there was no evidence that this Requester had engaged in threatening or violent behaviour. Second, there was no evidence that any of the employees whose names were going to be disclosed had ever been the subject of any threats by the Requester or anyone else. Third, there was nothing potentially inflammatory in the records themselves. Fourth, as mentioned, the evidence that other employees had been threatened in the past is not relevant to a request under s. 47(1)(b), which requires a consideration of the risk presented by disclosure to the requester. Moreover, to the extent such evidence can be considered, it is insufficient to allow someone to do anything more than speculate that disclosing this Requester's records would pose a health and safety risk to the employees whose full names were in those records.

55 The Ministry and OPSEU rely on the decision in Duncanson v. Toronto (Metropolitan) Police Services Board, [1999] O.J. No. 2464 (S.Ct. - Div. Ct.) as support for their view that it is sufficient to demonstrate a generalized concept of risk to individuals and that it is not relevant to show a risk that is specific to the particular requester. However, that decision did not involve a request under s. 47(1)(b) and therefore did not address the issues, and the balancing of the relevant considerations, in the present proceeding. Moreover, the court in that decision did recognize that this is a matter that is dependent on the facts of each case so that demonstration of a generalized risk is not necessarily sufficient in all cases.

56 The submission that the IPC acted unreasonably in refusing to accept that the GSB Order and the complaints that lead to that order constituted sufficient evidence, in and of itself, to meet the threshold for the ss. 14(1)(e) and 20 exemptions is also problematic. This issue depends upon the interpretation of the GSB Order which essentially incorporated an agreement between the Ministry and OPSEU.

57 The GSB Order was made in response to many grievances alleging a violation of the health and safety provisions of the collective agreement between the Crown and OPSEU. The preamble of the GSB Order states in part that "without prejudice and precedent, the aforementioned parties agree to the following as full and final settlement." (emphasis added). The qualifying words "without prejudice and precedent" certainly serve as a signal that the GSB Order was meant to be confined to the specific circumstances giving rise to that order.

58 Under the GSB Order the employer agreed to implement a new policy regarding the use of full names at FRO. Under the policy, FRO employees have a choice as to how they identify themselves to members of the public when they are dealing with the public over the telephone or in written correspondence (other than court documents). They may continue to use their full names or they may identify themselves by first name and employee identification number.

59 The policy makes no mention of what is to happen in the event of an access request under the Act. Paragraph 4 of the GSB Order contains the sentence that the Ministry relies on for its submission that disclosing employees' full names in response to a request under the Act would put it in breach of the GSB Order:

> The Employer will inform all staff who may give out the names of FRO employees in response to inquiries form (sic) the public of the terms of the new policy provided by this settlement. Anyone disclosing the name of another FRO bargaining unit employee will be required to use the person's 1St name and I.D. number only. [Emphasis added.]

60 Taken in context, it is my view that the sentence the Ministry relies on is meant to apply to other staff who may be faced with inquiries from the public about the names of fellow staff members. This is clear from the first sentence, which deals with the need to inform all staff about the new policy, and the use of the word "another" in the second sentence. By virtue of this word "anyone" should be read as meaning "anyone who is also a FRO bargaining unit employee." Accordingly, "anyone" does not extend to the Minister for this purpose. I also note that the policy does not deal with internal communications, including emails, or to documents for use in court proceedings.

61 Therefore, there is no merit to the suggestion that complying with the IPC Order would put the Ministry in breach the GSB order. Employees still have the choice provided for in the GSB Order and that choice will continue to be respected by their fellow bargaining unit employees. The policy does not have a broader reach.

62 This conclusion is reinforced by two other important considerations pertaining to the context in which the GSB Order was agreed to by the parties.

63 First, there is no suggestion that, when the GSB Order was made, the provisions of the Act and the important public policy goals it is designed to promote were considered by any of the parties or the arbitrator who made the order. Therefore, no inference can be drawn that the GSB Order was intended to override the provisions of the Act.

64 Second, deciding whether to apply an exemption to a particular request for disclosure under the Act requires an individual exercise of discretion by the head of an institution. This discretion cannot be fettered in advance: see e.g. Maple Lodge Farms Ltd. v. Canada, [1981] 1 F.C. 500, aff'd [1982] 2 S.C.R. 2; and Happy Adventure Sea Products (1991) Ltd. v. Newfoundland and Labrador (Minister of Fisheries and Aquaculture), 2006 NLCA 61, 260 Nfld. & P.E.I.R. 344, at paras. 20, 23-27. Further, as the IPC pointed out at page 9 of its reasons in this case, the Minister cannot consent to an arrangement that would have the effect of contracting out of his or her obligations under the Act.

65 The parties knew, or at the very least are deemed to know, of this very important principle of law. The GSB Order is, however, entirely silent with respect to such circumstances. Therefore, I think it is a necessary inference that the parties did not intend that the GSB Order would override the provisions of the Act, in particular, s. 47, dealing with an individual's right to access to personal information about the individual in the custody of or under the control of FRO.

66 For these reasons, I find that the IPC's decision regarding the application of the exemptions set out at ss. 14(1)(e) and 20 of the Act was reasonable.

Operational Conflict

67 In British Columbia Telephone Co. v. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd., [1995] 2 S.C.R. 739, at para. 54, the Supreme Court of Canada established that where an operational conflict exists between the decisions of two administrative tribunals, it is the responsibility of the court to determine which of the two decisions should take precedence. In this case, the Ministry submits that there is an operational conflict between the IPC Order and the GSB Order.

68 An operational conflict occurs "where compliance with the decision of one tribunal necessitates violation of the other tribunal's decision.": see Shaw Cable Systems, at para. 47. However, "[c]onflicts should not be sought out or artificially created by the courts as a justification for judicial interference. Instead, judicial interference should only be contemplated where it is impossible to comply with two administrative decisions in that they are in direct operational conflict.": see Shaw Cable Systems, at para. 53.

69 In this case I have already addressed the question of whether compliance with the IPC Order requires a contravention of the GSB Order. For the reasons expressed above, I find that it does not.

The IPC Order in no way interferes with the Ministry's ability to carry out the policy enshrined in the GSB Order. FRO employees still have the choice to either disclose their full names or use their first names and identification numbers when they deal directly with the public and other FRO employees must respect that choice. Given this interpretation of the GSB Order, there is no operational conflict between the IPC Order and the GSB Order.

Conclusion

70 For these reasons, the application for judicial review is dismissed. Since no one sought costs, none are ordered.

H.E. SACHS J.
H.J. WILTON-SIEGEL J.
M.J. NOLAN J.

Ministry of Public Safety and Security (Formerly Solicitor General) and Attorney General of Ontario *Appellants*

v.

Criminal Lawyers' Association *Respondent*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Quebec, Attorney General of Nova Scotia, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of Manitoba, Attorney General of British Columbia, Attorney General of Newfoundland and Labrador, Tom Mitchinson, Assistant Commissioner, Office of the Information and Privacy Commissioner of Ontario, Canadian Bar Association, Information Commissioner of Canada, Federation of Law Societies of Canada, Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers' Association, Canadian Association of Journalists and British Columbia Civil Liberties Association *Interveners*

Ministère de la Sûreté et de la Sécurité publique (auparavant Solliciteur général) et procureur général de l'Ontario *Appelants*

c.

Criminal Lawyers' Association *Intimée*

et

Procureur général du Canada, procureur général du Québec, procureur général de la Nouvelle-Écosse, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général du Manitoba, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, Tom Mitchinson, Commissaire adjoint, Bureau du commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario, Association du Barreau canadien, Commissaire à l'information du Canada, Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, Association canadienne des journaux, Ad IDEM/ Canadian Media Lawyers' Association, Association canadienne des journalistes et Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique *Intervenants*

2010 SCC 23 (CanLII)

Indexed as: Ontario (Public Safety and Security) *v.* Criminal Lawyers' Association

2010 SCC 23

File No.: 32172.

2008: December 11; 2010: June 17.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

Répertorié : Ontario (Sûreté et Sécurité publique) *c.* Criminal Lawyers' Association

2010 CSC 23

N° du greffe : 32172.

2008 : 11 décembre; 2010 : 17 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Access to information — Exemptions — Minister refusing to disclose records relating to murder case, claiming exemptions under s. 14 (law enforcement) and s. 19 (solicitor-client privilege) of Ontario Freedom of Information and Protection of Privacy Act — Whether

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Accès à l'information — Exceptions — Refus du ministre de divulguer des documents relatifs à une cause pour meurtre, invoquant les exceptions prévues à l'art. 14 (exécution de la loi) et à l'art. 19 (secret professionnel de l'avocat) de la Loi sur l'accès

s. 23 of Act violates guarantee of freedom of expression by failing to extend "public interest" balancing to exemptions found in ss. 14 and 19 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b) — Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31, ss. 14, 19, 23.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Scope — Access to government held information — Whether freedom of expression protects access to information — If so, in what circumstances — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b).

Access to information — Access to records — Exemptions — Minister refusing to disclose records relating to murder case, claiming exemptions under freedom of information legislation — Whether constitutional guarantee of freedom of expression protects access to information — If so, in what circumstances — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b) — Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31, ss. 14, 19, 23.

The trial judge ordered a stay of proceedings in a murder trial, finding many instances of abusive conduct by state officials. The Ontario Provincial Police investigated and exonerated the police of misconduct without giving reasons for their finding. Concerned about the disparity between the findings at trial and the conclusion of the police investigation, the Criminal Lawyers' Association ("CLA") made a request under the Ontario *Freedom of Information and Protection of Privacy Act* ("*FIPPA*") to the responsible Minister for disclosure of records relating to the investigation. The records at issue were a lengthy police report and two documents containing legal advice. *FIPPA* exempts various categories of documents from disclosure, some of which may be disclosed pursuant to a discretionary ministerial decision, including law enforcement records under s. 14 and solicitor-client privileged records under s. 19. Some records in the ministerial discretion category, but not those under ss. 14 and 19, are subject to a further review to determine whether a compelling public interest in disclosure clearly outweighs the purpose of the exemption under s. 23 of *FIPPA*.

à l'information et la protection de la vie privée de l'Ontario — L'article 23 de la Loi porte-t-il atteinte au droit à la liberté d'expression parce qu'il n'étend pas l'exercice de mise en balance fondé sur « l'intérêt public » aux exceptions figurant aux art. 14 et 19? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b) — Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. F.31, art. 14, 19, 23.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Portée — Accès aux renseignements détenus par le gouvernement — La liberté d'expression protège-t-elle l'accès à l'information? — Si oui, dans quelles circonstances? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b).

Accès à l'information — Accès à des documents — Exceptions — Refus du ministre de divulguer des documents relatifs à une cause pour meurtre, invoquant des exceptions prévues par la loi sur l'accès à l'information — Le droit à la liberté d'expression garanti par la Constitution protège-t-il l'accès à l'information? — Si oui, dans quelles circonstances? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b) — Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. F.31, art. 14, 19, 23.

Le juge du procès a ordonné l'arrêt des procédures dans un procès pour meurtre, ayant relevé plusieurs situations où les représentants de l'État ont agi de manière abusive. La Police provinciale de l'Ontario a mené une enquête et a conclu n'avoir rien à reprocher aux corps de police, sans motiver sa conclusion. Préoccupée par l'écart entre les conclusions tirées lors du procès et celles découlant de l'enquête policière, la Criminal Lawyers' Association (« CLA ») a présenté, en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée* de l'Ontario (« *LAIPVP* ») au ministre responsable, une demande d'accès aux documents relatifs à l'enquête. Les documents en cause étaient un volumineux rapport de police et deux documents où figuraient des avis juridiques. La *LAIPVP* soustrait diverses catégories de documents à la divulgation, dont certains qui peuvent être divulgués par suite de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ministériel, notamment les documents dressés au cours d'une enquête visant l'exécution de la loi visés par l'art. 14 et les documents protégés par le secret professionnel de l'avocat visés par l'art. 19. En vertu de l'art. 23 de la *LAIPVP*, certains documents compris dans la catégorie de ceux assujettis à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par le ministre, mais pas ceux visés par les art. 14 et 19, peuvent faire l'objet d'un examen supplémentaire visant à déterminer si la nécessité manifeste de les divulguer dans l'intérêt public l'emporte sans conteste sur la fin visée par l'exception.

2010 SCC 23 (CanLII)

2010 SCC 23 (CanLII)

The Minister refused to disclose any of the records without explanation, claiming exemptions under, among other provisions, ss. 14 and 19 of *FIPPA*. On review, the Assistant Information and Privacy Commissioner held, without inquiring into the Minister's exercise of discretion, that the impugned records qualified for exemption under a number of sections of the Act, including ss. 14(2)(a) and 19. He noted that s. 23 did not apply to these two provisions of *FIPPA*, and accordingly, did not determine whether there was a compelling public interest at play. He also concluded that the omission of ss. 14 and 19 from the public interest override in s. 23 did not constitute a breach of the CLA's right to freedom of expression guaranteed under s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Divisional Court upheld the decision not to disclose the documents and agreed with the conclusion that the exclusion of ss. 14 and 19 from s. 23 did not violate s. 2(*b*) of the *Charter*. In a majority decision, the Court of Appeal allowed the CLA's appeal, concluding that the exemption scheme violated the *Charter*.

Le ministre a refusé de divulguer chacun de ces documents, sans donner d'explications, fondant sa décision sur des exceptions prévues par la *LAIPVP*, entre autres aux art. 14 et 19. En procédant au réexamen, et ce, sans s'être penché sur l'exercice par le ministre de son pouvoir discrétionnaire, le commissaire adjoint à l'accès à l'information et à la protection de la vie privée a jugé que les documents en question étaient soustraits à la divulgation en vertu de plusieurs dispositions de la loi, dont l'al. 14(2)a) et l'art. 19. Il a signalé que ces deux dispositions de la *LAIPVP* n'étaient pas assujetties à l'art. 23 et, par conséquent, il n'a pas examiné s'il existait un intérêt public qui l'emportait sans conteste dans le contexte. Il a aussi conclu que le fait d'avoir soustrait les art. 14 et 19 de la portée de l'examen fondé sur le principe de la primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23 ne portait pas atteinte au droit à la liberté d'expression de la CLA garanti par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour divisionnaire a maintenu la décision de ne pas divulguer les documents et a souscrit à la conclusion portant que le fait d'avoir soustrait les art. 14 et 19 de la portée de l'art. 23 ne violait pas l'al. 2*b*) de la *Charte*. Dans une décision majoritaire, la Cour d'appel a accueilli le pourvoi de la CLA, concluant que le régime d'exception violait la *Charte*.

Held: The appeal should be allowed. The Assistant Commissioner's order confirming the constitutionality of s. 23 of *FIPPA* should be restored. The documents protected by s. 19 of *FIPPA* dealing with solicitor-client privilege should be exempted from disclosure. The claim under the law enforcement provision, s. 14 of *FIPPA*, should be returned to the Commissioner for reconsideration.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. L'ordonnance du commissaire adjoint confirmant la constitutionnalité de l'art. 23 de la *LAIPVP* est rétablie. Les documents protégés par l'art. 19 de la *LAIPVP*, qui traite du secret professionnel de l'avocat, sont soustraits à la divulgation. La demande visée par l'art. 14 de la *LAIPVP*, disposition relative à l'exécution de la loi, est renvoyée au commissaire pour réexamen.

The real constitutional issue before the Court is whether the failure to extend the s. 23 public interest override to documents for which law enforcement or solicitor-client privilege are claimed violates the guarantee of freedom of expression in s. 2(*b*) of the *Charter*. Section 2(*b*) of the *Charter* guarantees freedom of expression, but it does not guarantee access to all documents in government hands. Determining whether s. 2(*b*) of the *Charter* protects such access is essentially a question of how far s. 2(*b*) protection extends. It asks whether s. 2(*b*) is engaged at all and is best approached by building on the methodology set out in *Irwin Toy*.

La véritable question constitutionnelle sur laquelle la Cour est appelée à statuer est celle de savoir si le fait que le principe de la primauté des raisons d'intérêt public consacré par l'art. 23 ne s'applique pas aux documents à l'égard desquels on invoque le secret professionnel de l'avocat ou le privilège rattaché aux écrits relatifs à l'exécution de la loi viole le droit à la liberté d'expression protégé par l'al. 2*b*) de la *Charte*. L'alinéa 2*b*) de la *Charte* garantit la liberté d'expression, mais il ne garantit pas l'accès à tous les documents détenus par le gouvernement. Déterminer si l'al. 2*b*) de la *Charte* garantit un tel accès revient essentiellement à juger jusqu'où s'étend la protection conférée par cette disposition. Cela suppose de se demander si l'al. 2*b*) est même en cause et il est préférable d'aborder la question en se fondant sur la méthode énoncée dans *Irwin Toy*.

To demonstrate that there is expressive content in accessing these documents, a claimant must establish

Pour démontrer que l'accès à ces documents donnera accès à un contenu expressif, un demandeur doit établir

that the denial of access effectively precludes meaningful public discussion on matters of public interest. If this necessity is established, a *prima facie* case for production is made out, but the claimant must go on to show that there are no countervailing considerations inconsistent with production. A claim for production may be defeated, for example, if the documents are protected by a privilege, as privileges are recognized as appropriate derogations from the scope of protection offered by s. 2(*b*) of the *Charter*. It may also be that a particular government function is incompatible with access to certain documents, and these documents may remain exempt from disclosure because it would impact the proper functioning of affected institutions. If the claim survives this second step, then the claimant establishes that s. 2(*b*) is engaged, and the only remaining question is whether the government action infringes that protection.

The legislature's decision not to make documents under ss. 14 and 19 subject to the s. 23 public interest override does not violate the right to free expression guaranteed by s. 2(*b*) of the *Charter*. The CLA has not demonstrated that meaningful public discussion of the handling of the investigation and prosecution of the murder cannot take place under the current legislative scheme. Even if the first step were met, the CLA would face the further challenge of demonstrating that access to ss. 14 and 19 documents, obtained through the s. 23 override, would not impinge on privileges or impair the proper functioning of relevant government institutions. Sections 14 and 19 are intended to protect documents from disclosure on these very grounds.

On the record before us, it is not established that the CLA could satisfy the requirements of the framework and, as a result, s. 2(*b*) is not engaged. In any event, the impact of the absence of a s. 23 public interest override in relation to documents under ss. 14 and 19 is so minimal that even if s. 2(*b*) were engaged it would not be breached. The ultimate answer to the CLA's claim is that the absence of a second-stage review, provided by the s. 23 override for documents within ss. 14 and 19, does not significantly impair any hypothetical right to access government documents given that those sections, properly interpreted, already incorporate considerations of the public interest. The CLA therefore would not meet the test because it could not show that the state has infringed its rights to freedom of expression.

que le refus d'y donner accès empêche en réalité la tenue d'un débat public significatif sur des questions d'intérêt public. Si l'existence de cette nécessité est démontrée, il est établi *prima facie* que les documents devraient être divulgués. Toutefois, le demandeur doit ensuite démontrer que la protection n'est pas écartée par des considérations compensatoires incompatibles avec la divulgation. Une demande de divulgation peut échouer, par exemple, si les documents sont protégés par un privilège, puisqu'il est admis que les privilèges échappent à juste titre à la portée de la protection offerte par l'al. 2*b*) de la *Charte*. Une fonction gouvernementale particulière peut aussi être incompatible avec l'accès à certains documents et ces documents peuvent être soustraits à la divulgation parce que celle-ci nuirait au bon fonctionnement des institutions touchées. Si la demande survit à cette deuxième étape, le demandeur établit que l'al. 2*b*) est en cause et il ne reste alors qu'à déterminer si la mesure prise par le gouvernement porte atteinte à cette protection.

La décision du législateur d'avoir soustrait les documents visés par les art. 14 et 19 à l'application du principe de la primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23 ne porte pas atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte*. La CLA n'a pas démontré qu'il est impossible de discuter de manière significative de la gestion de l'enquête sur le meurtre ainsi que de la poursuite sous le régime législatif actuel. Même si elle satisfaisait à la première exigence, la CLA aurait un obstacle supplémentaire à surmonter, soit celui de démontrer que l'accès aux documents visés par les art. 14 et 19, grâce au principe de la primauté consacré par l'art. 23, n'empiéterait pas sur des privilèges ou n'entraverait pas le bon fonctionnement des institutions gouvernementales visées. Les articles 14 et 19 visent à soustraire des documents à la divulgation pour ces motifs précis.

Sur la foi du dossier dont nous sommes saisis, il n'est pas prouvé que la CLA pourrait satisfaire aux exigences du cadre d'analyse et, en conséquence, l'al. 2*b*) n'est pas en cause. Quoi qu'il en soit, l'incidence du fait que le principe de la primauté de l'intérêt public prévu à l'art. 23 ne s'applique pas aux documents visés par les art. 14 et 19 est si minime que même si l'al. 2*b*) était en cause, il ne serait pas porté atteinte au droit qu'il garantit. La réponse ultime à la demande de la CLA est la suivante : l'absence du réexamen découlant du principe de la primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23 pour les documents visés par les art. 14 et 19 n'entrave pas considérablement un droit hypothétique d'accès aux documents gouvernementaux, puisque ces dispositions, bien interprétées, tiennent déjà compte de l'intérêt public. La CLA ne satisferait donc pas au test parce qu'elle ne pourrait pas démontrer que l'État a porté atteinte à sa liberté d'expression.

2010 SCC 23 (CanLII)

In reviewing the Minister's decision not to disclose the records, the Commissioner must determine whether the exemptions were properly claimed and, if so, whether the Minister's exercise of discretion was reasonable. In this case, the order pertaining to the claim under s. 14 of *FIPPA* should be returned to the Commissioner for reconsideration. The Commissioner upheld the Minister's decision without reviewing the Minister's exercise of discretion under ss. 14 and 19 of *FIPPA* because s. 23 did not apply to these sections. The absence of reasons and the failure of the Minister to order disclosure of any part of the voluminous documents sought raise concerns which should have been investigated by the Commissioner. Had the Commissioner conducted an appropriate review of the Minister's decision, he might well have reached a different conclusion as to whether the Minister's discretion under s. 14 was properly exercised.

The Commissioner's decision on the s. 19 claim, however, should be upheld. It is difficult to see how these records could have been disclosed under the established rules on solicitor-client privilege and based on the facts and interests at stake.

Cases Cited

Applied: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141; **referred to:** *R. v. Court* (1995), 23 O.R. (3d) 321; *R. v. Court* (1997), 36 O.R. (3d) 263; *Ontario (Ministry of Finance) v. Ontario (Inquiry Officer)* (1998), 5 Admin. L.R. (3d) 175, rev'd (1999), 13 Admin. L.R. (3d) 1; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016; *Baier v. Alberta*, 2007 SCC 31, [2007] 2 S.C.R. 673; *Ontario (Attorney General) v. Fineberg* (1994), 19 O.R. (3d) 197; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *R. v. Basi*, 2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389; *R. v. Metropolitan Police Comr., Ex parte Blackburn*, [1968] 1 All E.R. 763; *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372; *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1

En réexaminant la décision du ministre de ne pas divulguer les documents, le commissaire doit décider si les exceptions ont été invoquées à bon droit et, le cas échéant, si le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire raisonnablement. En l'espèce, l'ordonnance relative à la demande visée par l'art. 14 de la *LAIPVP* est renvoyée au commissaire pour réexamen. Le commissaire a confirmé la décision du ministre de ne pas divulguer les documents demandés, et ce, sans examiner l'exercice par le ministre du pouvoir discrétionnaire que lui confèrent les art. 14 et 19 de la *LAIPVP* parce que l'art. 23 ne s'applique pas à eux. L'absence de motifs et l'omission par le ministre d'ordonner la divulgation de quelque passage que ce soit des volumineux documents auxquels l'accès a été demandé soulèvent des préoccupations sur lesquelles le commissaire aurait dû se pencher. Si ce dernier avait réexaminé adéquatement la décision du ministre, il aurait très bien pu conclure autrement quant au caractère adéquat de l'exercice par le ministre du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 14.

Par contre, la décision du commissaire quant à la demande visée par l'art. 19 est maintenue. Il est difficile de concevoir comment ces documents auraient pu être divulgués compte tenu des règles établies en matière de secret professionnel de l'avocat ainsi que des faits et des intérêts en cause.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141; **arrêts mentionnés :** *R. c. Court* (1995), 23 O.R. (3d) 321; *R. c. Court* (1997), 36 O.R. (3d) 263; *Ontario (Ministry of Finance) c. Ontario (Inquiry Officer)* (1998), 5 Admin. L.R. (3d) 175, inf. par (1999), 13 Admin. L.R. (3d) 1; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016; *Baier c. Alberta*, 2007 CSC 31, [2007] 2 R.C.S. 673; *Ontario (Attorney General) c. Fineberg* (1994), 19 O.R. (3d) 197; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *R. c. Basi*, 2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389; *R. c. Metropolitan Police Comr., Ex parte Blackburn*, [1968] 1 All E.R. 763; *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372; *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817;

2010 SCC 23 (CanLII)

S.C.R. 821; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209; *Maranda v. Richer*, 2003 SCC 67, [2003] 3 S.C.R. 193; *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, 2004 SCC 31, [2004] 1 S.C.R. 809; *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, 2006 SCC 31, [2006] 2 S.C.R. 32; *Blank v. Canada (Minister of Justice)*, 2006 SCC 39, [2006] 2 S.C.R. 319; *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *R. v. Brown*, 2002 SCC 32, [2002] 2 S.C.R. 185; *Ontario (Minister of Finance) v. Higgins* (1999), 118 O.A.C. 108, leave to appeal refused, [2000] 1 S.C.R. xvi; *Ontario (Information and Privacy Commissioner, Inquiry Officer) v. Ontario (Minister of Labour, Office of the Worker Advisor)* (1999), 46 O.R. (3d) 395; *Ontario (Attorney General) v. Ontario (Freedom of Information and Protection of Privacy Act Adjudicator)* (2002), 22 C.P.R. (4th) 447.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 39.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*b*), 7, 11(*b*), (*d*).
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31, ss. 10, 14, 19, 23, 50(1)(a).

Authors Cited

Brandeis, Louis D. "What Publicity Can Do", *Harper's Weekly*, vol. 58, December 20, 1913, 10.
Mitchinson, Tom. "'Public Interest' and Ontario's *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*". Speech to Law Society of British Columbia, February 16, 2001.
Ontario. Commission on Freedom of Information and Individual Privacy. *Public Government for Private People: The Report of the Commission on Freedom of Information and Individual Privacy*. Toronto: The Commission, 1980.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Juriansz, MacFarland and LaForme JJ.A.), 2007 ONCA 392, 86 O.R. (3d) 259, 224 O.A.C. 236, 280 D.L.R. (4th) 193, 60 Admin. L.R. (4th) 279, 220 C.C.C. (3d) 343, 58 C.P.R. (4th) 298, 156 C.R.R. (2d) 1, [2007] O.J. No. 2038 (QL); 2007 CarswellOnt 3218, setting aside a decision of Blair R.S.J. and Gravely and Epstein JJ. (2004), 70 O.R.

Solosky c. La Reine, [1980] 1 R.C.S. 821; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209; *Maranda c. Richer*, 2003 CSC 67, [2003] 3 R.C.S. 193; *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809; *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, 2006 CSC 31, [2006] 2 R.C.S. 32; *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319; *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *R. c. Brown*, 2002 CSC 32, [2002] 2 R.C.S. 185; *Ontario (Minister of Finance) c. Higgins* (1999), 118 O.A.C. 108, autorisation de pourvoi refusée, [2000] 1 R.C.S. xvi; *Ontario (Information and Privacy Commissioner, Inquiry Officer) c. Ontario (Minister of Labour, Office of the Worker Advisor)* (1999), 46 O.R. (3d) 395; *Ontario (Attorney General) c. Ontario (Freedom of Information and Protection of Privacy Act Adjudicator)* (2002), 22 C.P.R. (4th) 447.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*b*), 7, 11*b*), *d*).
Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. F.31, art. 10, 14, 19, 23, 50(1)a).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 39.

Doctrine citée

Brandeis, Louis D. « What Publicity Can Do », *Harper's Weekly*, vol. 58, 20 décembre 1913, 10.
Mitchinson, Tom. « "Public Interest" and Ontario's *Freedom of Information and Protection of Privacy Act* ». Speech to Law Society of British Columbia, February 16, 2001.
Ontario. Commission on Freedom of Information and Individual Privacy. *Public Government for Private People : The Report of the Commission on Freedom of Information and Individual Privacy*. Toronto : The Commission, 1980.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Juriansz, MacFarland et LaForme), 2007 ONCA 392, 86 O.R. (3d) 259, 224 O.A.C. 236, 280 D.L.R. (4th) 193, 60 Admin. L.R. (4th) 279, 220 C.C.C. (3d) 343, 58 C.P.R. (4th) 298, 156 C.R.R. (2d) 1, [2007] O.J. No. 2038 (QL); 2007 CarswellOnt 3218, qui a infirmé une décision des juges Blair, Gravely et Epstein (2004), 70 O.R.

2010 SCC 23 (CanLII)

(3d) 332, 237 D.L.R. (4th) 525, 184 O.A.C. 223, 13 Admin. L.R. (4th) 26, 30 C.P.R. (4th) 267, 116 C.R.R. (2d) 323, [2004] O.J. No. 1214 (QL), 2004 CarswellOnt 1172. Appeal allowed.

Daniel Guttman, *Sophie Nunnelley* and *Don Fawcett*, for the appellants.

David Stratas, *Brad Elberg*, *Trevor Guy* and *Ryan Teschner*, for the respondent.

Christopher Rupar and *Jeffrey G. Johnston*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Dominique A. Jobin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Written submissions only by *Edward A. Gores*, *Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Gaétan Migneault, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Nathaniel Carnegie and *Deborah Carlson*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Allan Seckel, *Q.C.*, and *Deanna Billo*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Barbara Barrowman, for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador.

William S. Challis, *Stephen McCammon* and *Allison Knight*, for the intervener Tom Mitchinson, Assistant Commissioner, Office of the Information and Privacy Commissioner of Ontario.

Mahmud Jamal and *Karim Renno*, for the intervener the Canadian Bar Association.

Marlys Edwardh, *Daniel Brunet* and *Jessica Orkin*, for the intervener the Information Commissioner of Canada.

Guy J. Pratte and *Nadia Effendi*, for the intervener the Federation of Law Societies of Canada.

(3d) 332, 237 D.L.R. (4th) 525, 184 O.A.C. 223, 13 Admin. L.R. (4th) 26, 30 C.P.R. (4th) 267, 116 C.R.R. (2d) 323, [2004] O.J. No. 1214 (QL), 2004 CarswellOnt 1172. Pourvoi accueilli.

Daniel Guttman, *Sophie Nunnelley* et *Don Fawcett*, pour les appelants.

David Stratas, *Brad Elberg*, *Trevor Guy* et *Ryan Teschner*, pour l'intimée.

Christopher Rupar et *Jeffrey G. Johnston*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Dominique A. Jobin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Argumentation écrite seulement par *Edward A. Gores*, *c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Gaétan Migneault, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Nathaniel Carnegie et *Deborah Carlson*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Allan Seckel, *c.r.*, et *Deanna Billo*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Barbara Barrowman, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador.

William S. Challis, *Stephen McCammon* et *Allison Knight*, pour l'intervenant Tom Mitchinson, Commissaire adjoint, Bureau du commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario.

Mahmud Jamal et *Karim Renno*, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Marlys Edwardh, *Daniel Brunet* et *Jessica Orkin*, pour l'intervenant le Commissaire à l'information du Canada.

Guy J. Pratte et *Nadia Effendi*, pour l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada.

2010 SCC 23 (CanLII)

Paul B. Schabas and *Ryder Gilliland*, for the interveners the Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers' Association and the Canadian Association of Journalists.

Catherine Beagan Flood and *Iris Fischer*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND ABELLA J. —

1. Overview

[1] Access to information in the hands of public institutions can increase transparency in government, contribute to an informed public, and enhance an open and democratic society. Some information in the hands of those institutions is, however, entitled to protection in order to prevent the impairment of those very principles and promote good governance.

[2] Both openness and confidentiality are protected by Ontario's freedom of information legislation, the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31 ("*FIPPA*" or the "Act"). The relationship between them under this scheme is at the heart of this appeal. At issue is the balance struck by the Ontario legislature in exempting certain categories of documents from disclosure.

[3] The Act exempts various categories of documents from disclosure. This case concerns records that *may* be disclosed pursuant to a discretionary ministerial decision. More particularly, this case concerns records prepared in the course of law enforcement investigations (s. 14) and records protected by solicitor-client privilege (s. 19). The Act provides that some records in the ministerial discretion category are subject to a further review to determine whether a compelling public interest in disclosure clearly outweighs the purpose of the exemption under s. 23 of *FIPPA*. The Act does not

Paul B. Schabas et *Ryder Gilliland*, pour les intervenantes l'Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers' Association et l'Association canadienne des journalistes.

Catherine Beagan Flood et *Iris Fischer*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LA JUGE ABELLA —

1. Aperçu

[1] L'accès à l'information détenue par les institutions publiques peut accroître la transparence du gouvernement, aider le public à se former une opinion éclairée et favoriser une société ouverte et démocratique. Certains renseignements détenus par ces institutions doivent toutefois être protégés pour empêcher une atteinte à ces mêmes principes et promouvoir une bonne gouvernance.

[2] La loi ontarienne en matière d'accès à l'information, la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31 (« *LAIPVP* » ou la « Loi »), protège à la fois l'ouverture et la confidentialité. Le rapport entre ces valeurs, pour l'application de ce régime législatif, est au cœur du présent pourvoi qui porte sur l'équilibre établi par le législateur ontarien en prévoyant pour certaines catégories de documents des exceptions à la divulgation.

[3] La Loi soustrait diverses catégories de documents à la divulgation. La présente affaire traite de documents qui *peuvent* être divulgués par suite de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ministériel. Plus particulièrement, la présente affaire concerne des documents dressés au cours d'une enquête visant l'exécution de la loi (art. 14) et des documents protégés par le secret professionnel de l'avocat (art. 19). L'article 23 de la *LAIPVP* prévoit que certains documents compris dans la catégorie de ceux assujettis à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par le ministre peuvent faire l'objet d'un

2010 SCC 23 (CanLII)

require this additional public interest review for solicitor-client records or law enforcement records.

[4] The Criminal Lawyers' Association ("CLA") is an advocacy group representing members of the criminal defence bar in Ontario. It is seeking records in the hands of the Crown relating to a murder case which gave rise to judicial expressions of concern: two documents containing legal advice and a 318-page report looking into alleged police misconduct. The Minister refused to disclose either the report or related documents, stating that the exemptions in the Act for solicitor-client privilege and law enforcement privilege covered all the material. On review, the Assistant Information and Privacy Commissioner held, without inquiring into the Minister's exercise of discretion, that the impugned records qualified for exemption under a number of sections of the Act, including ss. 14(2)(a) and 19. He noted that s. 23 did not apply to these two provisions of the Act and, as such, he did not determine whether there was a compelling public interest at play here in the context of ss. 14 and 19.

[5] Section 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees freedom of expression, but it does not guarantee access to all documents in government hands. Access to documents in government hands is constitutionally protected only where it is shown to be a necessary precondition of meaningful expression, does not encroach on protected privileges, and is compatible with the function of the institution concerned.

[6] The CLA argues that the Act's failure in s. 23 to include a public interest review for solicitor-client and law enforcement privileged documents

examen supplémentaire visant à déterminer si la nécessité manifeste de les divulguer dans l'intérêt public l'emporte sans conteste sur la fin visée par l'exception. La Loi n'exige la tenue d'un tel examen additionnel de l'intérêt public ni pour les documents protégés par le secret professionnel de l'avocat et ni pour ceux relatifs à l'exécution de la loi.

[4] La Criminal Lawyers' Association (« CLA ») représente les intérêts des avocats de la défense de l'Ontario. Elle demande l'accès à deux documents où figurent des avis juridiques et à un rapport de 318 pages sur des allégations d'inconduite de la police, des documents détenus par le ministère public et qui concernent une cause pour meurtre qui a donné lieu à des expressions de préoccupation judiciaire. Le ministre a refusé de divulguer tant le rapport que les documents qui y étaient liés, énonçant que les exceptions prévues à la Loi relativement au secret professionnel de l'avocat et à l'exécution de la loi visaient tous les documents. En procédant au réexamen, et ce, sans s'être penché sur l'exercice par le ministre de son pouvoir discrétionnaire, le commissaire adjoint à l'accès à l'information et à la protection de la vie privée a jugé que les documents en question étaient soustraits à la divulgation en vertu de plusieurs dispositions de la Loi, dont l'al. 14(2)a) et l'art. 19. Il a signalé que ces deux dispositions n'étaient pas assujetties à l'art. 23 et, par conséquent, il n'a pas examiné s'il existait, en l'espèce, un intérêt public qui l'emportait sans conteste dans le contexte de l'application des art. 14 et 19.

[5] L'alinéa 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit la liberté d'expression, mais il ne garantit pas l'accès à tous les documents détenus par le gouvernement. En effet, l'accès à ces documents n'est protégé, sur le plan constitutionnel, que lorsqu'il est démontré qu'il s'agit d'une condition qui doit nécessairement être réalisée pour qu'il soit possible de s'exprimer de manière significative, qu'il n'empiète pas sur des privilèges protégés, et qu'il est compatible avec la fonction de l'institution en cause.

[6] Selon la CLA, le fait que l'art. 23 ne prévoit pas de réexamen au regard de l'intérêt public relativement aux documents visés par le secret

2010 SCC 23 (CanLII)

violates freedom of expression in s. 2(*b*) of the *Charter*. For the reasons that follow, we conclude that there is no such violation.

[7] This said, it is not clear on the material before us that the Assistant Commissioner, in applying the Act, fully considered the scope of his discretion under s. 14, the law enforcement provision. We therefore remit this matter to the Commissioner for reconsideration to determine whether any or all of the report should be disclosed.

2. Background

[8] This case arises out of the murder of Domenic Racco in 1983, for which four men (Anthony Musitano, Domenic Musitano, Guiseppe Avignone, and William Rankin) were originally charged. They pled guilty to lesser charges in 1985. In 1990, two other individuals, Graham Rodney Court and Peter Dennis Monaghan, were alleged to have been hired to kill Racco. Court and Monaghan were convicted after a jury trial in 1991.

[9] In 1995, the Ontario Court of Appeal ordered a new trial for Monaghan on the basis, *inter alia*, of fresh evidence (*R. v. Court* (1995), 23 O.R. (3d) 321). It was evidence that had been lost before trial, but the police did not reveal its loss to the defence until two-and-a-half years after the trial. A new trial was also ordered, for both Monaghan and Court, based on inadequate jury instructions at trial.

[10] Both men applied for a stay of proceedings in 1997 on the grounds of a breach of their *Charter* rights. Glithero J. concluded that their rights under ss. 7, 11(*b*) and 11(*d*) of the *Charter* had been violated to such a degree that the proceedings should be stayed, stating:

professionnel de l'avocat ou à ceux relatifs à l'exécution de la loi porte atteinte à la liberté d'expression protégée par l'al. 2*b*) de la *Charte*. Pour les motifs qui suivent, nous concluons à l'absence d'une telle atteinte.

[7] Cela étant dit, il n'est pas clair, selon les renseignements dont nous disposons, que lorsqu'il a appliqué la Loi le commissaire adjoint a pris en considération toute la portée du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 14, soit la disposition relative à l'application de la loi. Nous renvoyons donc cette question au commissaire pour réexamen afin qu'il détermine si certains passages du rapport ou sa totalité devraient être divulgués.

2. Contexte

[8] La présente affaire découle du meurtre de Domenic Racco en 1983, à l'égard duquel quatre hommes (Anthony Musitano, Domenic Musitano, Guiseppe Avignone et William Rankin) ont été initialement accusés. En 1985, ces hommes ont plaidé coupables à des accusations moindres. En 1990, il a été allégué que deux autres individus, Graham Rodney Court et Peter Dennis Monaghan, avaient été engagés pour tuer M. Racco. Après avoir subi un procès devant jury, M. Court et M. Monaghan ont été déclarés coupables en 1991.

[9] En 1995, la Cour d'appel de l'Ontario a ordonné la tenue d'un nouveau procès pour M. Monaghan compte tenu, entre autres, de l'existence de nouveaux éléments de preuve (*R. c. Court* (1995), 23 O.R. (3d) 321). Ceux-ci avaient été perdus avant le procès, mais ce n'est que deux ans et demi après ce procès que la police a révélé cette perte à la défense. La tenue d'un nouveau procès a également été ordonnée, tant pour M. Monaghan que pour M. Court, en raison de directives inadéquates données au jury lors du procès.

[10] En 1997, les deux hommes ont demandé l'arrêt des procédures pour cause d'atteinte aux droits que leur garantit la *Charte*. Le juge Glithero a conclu que les droits que leur garantissent l'art. 7 et les al. 11*b*) et *d*) de la *Charte* avaient été violés à un point tel que l'instance devait être arrêtée. Voici comment il s'est exprimé :

2010 SCC 23 (CanLII)

. . . I have found many instances of abusive conduct by state officials, involving deliberate non-disclosure, deliberate editing of useful information, negligent breach of the duty to maintain original evidence, improper cross-examination and jury addresses during the first trial. That prejudice is completed. The improper cross-examinations and jury address would not be repeated at a new trial and the completed prejudice with respect to those issues would not therefore be perpetuated in a new trial. The effects or prejudice caused by the abusive conduct in systematic non-disclosure, deliberate revision of materials so as to exclude useful information to the defence, and the unexplained loss, or breach of the duty to preserve, of so much original evidence would be perpetuated through a future trial in that the defence cannot be put back into the position they would originally have been, and which in my view they were entitled to maintain throughout the trial process. That evidence is gone, either entirely or to the extent of severely diminishing the utility of the evidence, and the prejudice thereby occasioned has only been exaggerated by the passage of time since the 1991 trial and prior to the belated disclosure of this information in 1996. [Emphasis added.]

(*R. v. Court* (1997), 36 O.R. (3d) 263 (Gen. Div.), p. 300)

[11] As a result of Glithero J.'s rebuke, the Ontario Provincial Police ("OPP") undertook an investigation into the conduct of the Halton Regional Police, the Hamilton-Wentworth Regional Police, and the Crown Attorney in the case. In a terse press release on April 3, 1998, the OPP exonerated the police on the grounds that there was "no evidence that the officers attempted to obstruct justice by destroying or withholding a vital piece of evidence" and "no evidence that information withheld from defence was done deliberately and with the intent to obstruct justice". Despite the clear public interest in knowing why the misconduct found by Glithero J. did not merit criminal charges, the OPP offered no explanation for its conclusions.

[TRADUCTION] . . . j'ai relevé plusieurs situations où les représentants de l'État ont agi de manière abusive, notamment en dissimulant délibérément certains renseignements, en modifiant délibérément des renseignements utiles, en manquant par négligence à l'obligation de conserver des éléments de preuve originaux, en effectuant des contre-interrogatoires inappropriés et en donnant un exposé incorrect au jury durant le premier procès. Le préjudice découlant de ces situations est réalisé. La tenue d'un nouveau procès permettrait de corriger les contre-interrogatoires et exposés inappropriés et ne perpétuerait donc pas le préjudice découlant de ces situations. Par contre, les conséquences ou le préjudice découlant du comportement abusif lié à la non-divulgation systématique, à la modification délibérée de documents visant à soustraire des renseignements utiles à la connaissance de la défense et la perte non expliquée d'autant d'éléments de preuve originaux, ou le manquement à l'obligation de les conserver seraient perpétués dans un procès futur puisque la défense ne peut être remise dans la situation qui aurait été la sienne initialement et qu'elle avait le droit, selon moi, de conserver tout au long du procès. Ces éléments de preuve ont disparu, soit dans leur totalité soit dans une telle mesure que leur utilité est sérieusement réduite, et le préjudice découlant de cet abus n'a pu que s'aggraver avec l'écoulement du temps entre le procès de 1991 et la divulgation tardive de cette information en 1996. [Nous soulignons.]

(*R. c. Court* (1997), 36 O.R. (3d) 263 (Div. gén.), p. 300)

[11] En raison du blâme formulé par le juge Glithero, la Police provinciale de l'Ontario (« PPO ») a mené une enquête sur la conduite de la police régionale de Halton, de la police régionale de Hamilton-Wentworth et du procureur de la Couronne dans l'affaire. Dans son communiqué de presse laconique du 3 avril 1998, la PPO a affirmé n'avoir rien trouvé à reprocher aux corps de police puisque [TRADUCTION] « rien ne démontrait que les policiers avaient tenté d'entraver la justice en détruisant ou en dissimulant des éléments de preuve cruciaux » et que « rien n'établissait que les renseignements n'ayant pas été communiqués à la défense avaient été dissimulés délibérément dans le but d'entraver la justice ». Bien qu'il soit manifestement dans l'intérêt public de savoir pourquoi la conduite répréhensible constatée par le juge Glithero ne méritait pas de faire l'objet d'accusations criminelles, la PPO n'a aucunement motivé ses conclusions.

2010 SCC 23 (CanLII)

[12] Concerned about the disparity between the findings of Glithero J. and the conclusions reached by the OPP, the CLA made a request under *FIPPA* to the Minister of the Solicitor General and Correctional Services (later the Minister of Public Safety and Security and now the Minister of Community Safety and Correctional Services) for disclosure of records relating to the OPP investigation. The records at issue were a 318-page police report detailing the results of the OPP's investigation; a March 12, 1998 memorandum from a Crown Attorney to the Regional Director of Crown Operations containing legal advice with respect to the police report; and a March 24, 1998 letter from the Regional Director of Crown Operations to a police official also containing legal advice on the OPP investigation.

[13] The Minister refused to disclose any of these records, claiming several exemptions under the Act, including: s. 14 (law enforcement), s. 19 (solicitor-client privilege), s. 20 (danger to health and safety), and s. 21 (personal privacy). He did not explain how or why each of these exemptions applied to the material in question and did not address the possibility of partial disclosure.

[14] The CLA appealed the Minister's decision not to disclose the records to the Commissioner pursuant to s. 50(1)(a) of *FIPPA*.

[15] The Minister's decision was reviewed by the Assistant Information and Privacy Commissioner, Tom Mitchinson. Reliance on the s. 20 exemption was withdrawn. On May 5, 2000, Mr. Mitchinson upheld the propriety of the Minister's decision not to disclose the records (IPC Order PO-1779). He found that the public interest in disclosure "clearly outweigh[ed]" the purpose of the exemption on the facts of this case, and would have applied the s. 23 override with respect to the s. 21 personal privacy exemption; however, he upheld the Minister's

[12] Préoccupée par l'écart entre les conclusions du juge Glithero et celles de la PPO, la CLA a présenté, en vertu de la *LAIPVP* au ministre du Solliciteur général et des Services correctionnels (plus tard ministre de la Sûreté et de la Sécurité publique et aujourd'hui ministre de la Sécurité communautaire et des Services correctionnels), une demande d'accès aux documents relatifs à l'enquête de la PPO. Les documents en cause étaient les suivants : un rapport de police de 318 pages exposant en détail les résultats de l'enquête de la PPO; un mémoire daté du 12 mars 1998, rédigé par un procureur de la Couronne à l'intention du directeur régional des Opérations de la Couronne et contenant des avis juridiques concernant le rapport de police; ainsi qu'une lettre, datée du 24 mars 1998, du directeur régional des Opérations de la Couronne adressée à un responsable de la police et contenant également des avis juridiques concernant l'enquête menée par la PPO.

[13] Le ministre a refusé de divulguer chacun de ces documents. Il a fondé sa décision sur plusieurs exceptions prévues par la Loi, notamment à l'art. 14 (exécution de la loi), à l'art. 19 (secret professionnel de l'avocat), à l'art. 20 (menace à la santé et à la sécurité) et à l'art. 21 (vie privée). Il n'a pas expliqué comment ni pourquoi chacune de ces exceptions s'appliquait aux documents en question et il n'a pas traité de la possibilité d'une divulgation partielle.

[14] La CLA a interjeté appel devant le commissaire, en vertu de l'al. 50(1)a) de la *LAIPVP*, de la décision du ministre de ne pas divulguer les documents.

[15] La décision du ministre a été réexaminée par Tom Mitchinson, commissaire adjoint à l'information et à la protection de la vie privée. Le ministre ne se fondait alors plus sur l'exception prévue à l'art. 20. Le 5 mai 2000, M. Mitchinson a confirmé le bien-fondé de la décision du ministre de ne pas divulguer les documents (CAIPVP, ordonnance PO-1779). Il a conclu que la nécessité de divulguer les documents dans l'intérêt public [TRADUCTION] « l'emport[ait] sans conteste » sur la fin visée par l'exception compte tenu des faits de l'espèce et il

2010 SCC 23 (CanLII)

refusal because the other claimed exemptions (ss. 14 and 19) are not included within the s. 23 override. He was also asked to consider whether the omission of ss. 14 and 19 from the public interest override constituted a breach of the CLA's *Charter* right to freedom of expression. He concluded that it did not.

[16] At the Divisional Court, Blair R.S.J. upheld the decision not to disclose the documents and agreed with the conclusion that the *FIPPA* exemption scheme did not violate s. 2(*b*) of the *Charter*: (2004), 70 O.R. (3d) 332.

[17] The appeal was allowed by the Court of Appeal: 2007 ONCA 392, 86 O.R. (3d) 259. LaForme J.A., for the majority, concluded that the exemption scheme in *FIPPA* violated the *Charter*. Juriansz J.A. dissented, concluding that there was no *Charter* violation, and questioned whether expression was genuinely at issue at all.

[18] The Minister appealed the matter to this Court on the issue of the constitutionality of s. 23, given the exclusion of ss. 14 and 19 from its scope. Before this Court, and before the Court of Appeal for that matter, the CLA based its attack on the constitutionality of the statutory scheme and not on the Minister's exercise of discretion under either s. 14 or s. 19.

3. The Legislative Scheme

[19] The Act provides for limited access to information in the government's hands. Section 10(1) provides for general rights of access to information, subject to a limited number of statutory exemptions:

10.—(1) Every person has a right of access to a record or a part of a record in the custody or under the control of an institution unless,

aurait appliqué le principe de la primauté des raisons d'intérêt public consacrée par l'art. 23 pour écarter l'exception relative à la vie privée créée par l'art. 21. Il a toutefois maintenu le refus du ministre parce que les autres exceptions invoquées (celles prévues aux art. 14 et 19) ne sont pas assujetties à cette primauté consacrée par l'art. 23. On lui a également demandé d'examiner si le fait d'avoir soustrait les art. 14 et 19 de la portée de l'art. 23 portait atteinte au droit à la liberté d'expression de la CLA garanti par la *Charte*. M. Mitchinson a conclu par la négative.

[16] Le juge principal régional Blair, de la Cour divisionnaire, a maintenu la décision de ne pas divulguer les documents et a souscrit à la conclusion portant que le régime d'exception de la *LAIPVP* ne violait pas l'al. 2*b*) de la *Charte* : (2004), 70 O.R. (3d) 332.

[17] L'appel a été accueilli par la Cour d'appel : 2007 ONCA 392, 86 O.R. (3d) 259. Le juge LaForme, au nom des juges majoritaires, a conclu que le régime d'exception de la *LAIPVP* violait la *Charte*. Le juge Juriansz, dissident, a conclu qu'il n'y avait pas de violation de la *Charte*, tout en mettant en doute le fait que la liberté d'expression soit même en cause en l'espèce.

[18] Le ministre a interjeté appel devant notre Cour quant à la question de la constitutionnalité de l'art. 23, du fait que cette disposition ne s'applique pas aux art. 14 et 19. Devant notre Cour, de même d'ailleurs que devant la Cour d'appel, la CLA a fondé sa contestation sur l'inconstitutionnalité du régime législatif et non sur l'exercice par le ministre de son pouvoir discrétionnaire en application de l'art. 14 ou de l'art. 19.

3. Le régime législatif

[19] La Loi prévoit un droit limité d'accès à l'information détenue par le gouvernement. Le paragraphe 10(1) prévoit un droit général d'accès à l'information, sous réserve de certaines exceptions prévues à la Loi :

10 (1) Chacun a un droit d'accès à un document ou une partie de celui-ci dont une institution a la garde ou le contrôle, sauf dans l'un ou l'autre des cas suivants :

2010 SCC 23 (CanLII)

(a) the record or the part of the record falls within one of the exemptions under sections 12 to 22; or

(b) the head is of the opinion on reasonable grounds that the request for access is frivolous or vexatious.

[20] The exemptions include Cabinet records (s. 12); advice to government (s. 13); law enforcement records (s. 14); records relating to relations with other governments (s. 15); defence records (s. 16); third-party information (s. 17); records related to Ontario's economic and other interests (s. 18); records to which solicitor-client privilege applies (s. 19); records whose disclosure might reasonably be expected to seriously threaten the safety or health of an individual (s. 20); personal information (s. 21); records putting species at risk (s. 21.1); and information already or soon to be publicly available (s. 22).

[21] There is no discretion, and disclosure must be refused in the case of some categories of exemptions, including Cabinet records, records containing certain third-party information, and records containing personal information. Other categories of exemptions are discretionary. They include the exemptions at issue in this case: law enforcement records under s. 14 and solicitor-client privileged records under s. 19.

[22] Section 14, dealing with law enforcement records, states:

14.—(1) A head may refuse to disclose a record where the disclosure could reasonably be expected to,

(a) interfere with a law enforcement matter;

a) le document ou la partie du document fait l'objet d'une exception aux termes des articles 12 à 22;

b) la personne responsable est d'avis, fondé sur des motifs raisonnables, que la demande d'accès est frivole ou vexatoire.

[20] Les exceptions comprennent, entre autres, les documents du cabinet (art. 12), les conseils au gouvernement (art. 13), les documents concernant l'exécution de la loi (art. 14), les documents relatifs aux rapports avec d'autres autorités gouvernementales (art. 15), les documents relatifs à la défense (art. 16), les renseignements concernant des tiers (art. 17), les documents relatifs aux intérêts économiques et autres de l'Ontario (art. 18), les documents qui sont protégés par le secret professionnel de l'avocat (art. 19), les documents dont il est raisonnable de s'attendre à ce que la divulgation ait pour effet de compromettre gravement la santé ou la sécurité d'un particulier (art. 20), les renseignements personnels (art. 21), les documents dont la divulgation risquerait de mettre des espèces en péril (art. 21.1) et les renseignements déjà publiés ou bientôt accessibles au public (art. 22).

[21] Il n'y a aucun pouvoir discrétionnaire et la divulgation de documents visés par certaines de ces exceptions doit être refusée, notamment dans le cas des exceptions qui visent les documents du cabinet, les documents contenant certains renseignements concernant des tiers et les documents contenant des renseignements personnels. La divulgation des documents visés par les autres catégories d'exceptions fait l'objet d'une décision discrétionnaire. Ces autres exceptions comprennent celles en cause en l'espèce, soit celle visant les documents relatifs à l'exécution de la loi dont il est question à l'art. 14 et celle relative aux dossiers protégés par le secret professionnel de l'avocat dont fait état l'art. 19.

[22] L'article 14, qui traite des documents relatifs à l'exécution de la loi, prévoit ce qui suit :

14 (1) La personne responsable peut refuser de divulguer un document si la divulgation devait avoir pour effet probable, selon le cas :

a) de faire obstacle à une question qui concerne l'exécution de la loi;

2010 SCC 23 (CanLII)

(b) interfere with an investigation undertaken with a view to a law enforcement proceeding or from which a law enforcement proceeding is likely to result;

(c) reveal investigative techniques and procedures currently in use or likely to be used in law enforcement;

(d) disclose the identity of a confidential source of information in respect of a law enforcement matter, or disclose information furnished only by the confidential source;

(e) endanger the life or physical safety of a law enforcement officer or any other person;

(f) deprive a person of the right to a fair trial or impartial adjudication;

(g) interfere with the gathering of or reveal law enforcement intelligence information respecting organizations or persons;

(h) reveal a record which has been confiscated from a person by a peace officer in accordance with an Act or regulation;

(i) endanger the security of a building or the security of a vehicle carrying items, or of a system or procedure established for the protection of items, for which protection is reasonably required;

(j) facilitate the escape from custody of a person who is under lawful detention;

(k) jeopardize the security of a centre for lawful detention; or

(l) facilitate the commission of an unlawful act or hamper the control of crime.

(2) A head may refuse to disclose a record,

(a) that is a report prepared in the course of law enforcement, inspections or investigations by an agency which has the function of enforcing and regulating compliance with a law;

(b) that is a law enforcement record where the disclosure would constitute an offence under an Act of Parliament;

(c) that is a law enforcement record where the disclosure could reasonably be expected to expose

b) de faire obstacle à l'enquête menée préalablement à une instance judiciaire ou qui y aboutira vraisemblablement;

c) de révéler des techniques et procédés d'enquête qui sont présentement ou qui seront vraisemblablement en usage dans l'exécution de la loi;

d) de divulguer l'identité d'une source d'information confidentielle reliée à l'exécution de la loi ou de divulguer des renseignements obtenus uniquement de cette source;

e) de constituer une menace à la vie ou à la sécurité physique d'un agent d'exécution de la loi ou d'une autre personne;

f) de priver une personne de son droit à un procès équitable ou à un jugement impartial;

g) de faire obstacle à l'obtention de renseignements secrets reliés à l'exécution de la loi à l'égard de certaines organisations ou de certaines personnes ou de les révéler;

h) de révéler un document qui a été confisqué à une personne par un agent de la paix, conformément à une loi ou à un règlement;

i) de compromettre la sécurité d'un immeuble ou d'un véhicule servant au transport de certains articles ou au système ou mode de protection de ces articles, dont la protection est normalement exigée;

j) de faciliter l'évasion d'une personne légalement détenue;

k) de compromettre la sécurité d'un centre de détention légale;

l) de faciliter la perpétration d'un acte illégal ou d'entraver la répression du crime.

(2) La personne responsable peut refuser de divulguer un document, selon le cas :

a) qui constitue un rapport dressé au cours de l'exécution de la loi, de l'inspection ou de l'enquête menées par un organisme chargé d'assurer et de réglementer l'observation de la loi;

b) qui est relié à l'exécution de la loi et dont la divulgation constituerait une infraction à une loi du Parlement;

c) qui est relié à l'exécution de la loi et dont la divulgation donnerait raisonnablement lieu de

2010 SCC 23 (CanLII)

the author of the record or any person who has been quoted or paraphrased in the record to civil liability; or

(d) that contains information about the history, supervision or release of a person under the control or supervision of a correctional authority.

(3) A head may refuse to confirm or deny the existence of a record to which subsection (1) or (2) apply.

(4) Despite clause (2) (a), a head shall disclose a record that is a report prepared in the course of routine inspections by an agency where that agency is authorized to enforce and regulate compliance with a particular statute of Ontario.

(5) Subsections (1) and (2) do not apply to a record on the degree of success achieved in a law enforcement program including statistical analyses unless disclosure of such a record may prejudice, interfere with or adversely affect any of the matters referred to in those subsections.

Section 19 deals with solicitor-client privilege. At the material time, it stated:

19. A head may refuse to disclose a record that is subject to solicitor-client privilege or that was prepared by or for Crown counsel for use in giving legal advice or in contemplation of or for use in litigation.

[23] The Minister asserting the exemption has the burden of demonstrating that it applies. Any decision made by a Minister is subject to review by the Commissioner. In reviewing ministerial decisions made pursuant to certain exemptions, the Commissioner considers the public interest pursuant to s. 23, the "public interest override":

23. An exemption from disclosure of a record under sections 13 [advice to government], 15 [relations with other governments], 17 [third-party information], 18 [economic and other interests of Ontario], 20 [danger to safety or health], 21 [personal privacy] and 21.1 [species

craindre que son auteur, la personne qui est citée ou dont les mots ont été paraphrasés dans le document, ne soit l'objet de poursuites civiles;

d) où figurent les renseignements reliés aux antécédents, à la surveillance ou à la mise en liberté d'une personne confiée au contrôle ou à la surveillance d'une administration correctionnelle.

(3) La personne responsable peut refuser de confirmer ou de nier l'existence du document visé au paragraphe (1) ou (2).

(4) Malgré l'alinéa (2) a), la personne responsable divulgue le document qui constitue un rapport dressé dans le cadre d'inspections de routine effectuées par un organisme autorisé à assurer et à réglementer l'observation d'une loi particulière de l'Ontario.

(5) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent pas au document qui a trait au degré de succès atteint dans le cadre d'un programme d'exécution de la loi, y compris les analyses statistiques, sauf si la divulgation de ce document est susceptible de nuire, de faire obstacle ou de porter atteinte à la poursuite des objectifs visés à ces paragraphes.

L'article 19 traite des documents visés par le secret professionnel de l'avocat. Au moment en cause, il prévoyait ce qui suit :

19 La personne responsable peut refuser de divulguer un document protégé par le secret professionnel de l'avocat. Il en est de même d'un document élaboré par l'avocat-conseil de la Couronne, ou pour son compte, qui l'utilise soit dans la communication de conseils juridiques, soit à l'occasion ou en prévision d'une instance.

[23] Lorsque le ministre se fonde sur une exception pour refuser de divulguer un document, il a le fardeau de démontrer qu'elle s'applique. En outre, toutes les décisions prises par un ministre peuvent être portées en appel devant le commissaire. En réexaminant les décisions ministérielles prises en application de certaines exceptions, le commissaire tient compte de l'intérêt public visé à l'art. 23, c'est-à-dire de la « primauté des raisons d'intérêt public » :

23 L'exception à la divulgation visée aux articles 13 [conseils au gouvernement], 15 [rapports avec d'autres autorités gouvernementales], 17 [renseignements concernant des tiers], 18 [intérêts économiques et autres de l'Ontario], 20 [menace à la santé ou à la sécurité],

2010 SCC 23 (CanLII)

at risk] does not apply where a compelling public interest in the disclosure of the record clearly outweighs the purpose of the exemption.

[24] The s. 23 public interest override does not apply to documents exempted from disclosure for law enforcement (s. 14) and solicitor-client privilege (s. 19). The main issue in this case, as it was argued before us, is whether this renders s. 23 unconstitutional.

[25] When an exemption is invoked by the head of an institution (the Minister) under ss. 13, 15, 17, 18, 20, 21 and 21.1, the effect of s. 23 is to require the Commissioner to not only review whether the exemption was validly claimed, but whether the public interest in the disclosure of the record "clearly outweighs the purpose of the exemption" (*Ontario (Ministry of Finance) v. Ontario (Inquiry Officer)* (1998), 5 Admin. L.R. (3d) 175 (Ont. Div. Ct.), rev'd (1999), 13 Admin. L.R. (3d) 1 (C.A.)).

[26] This public interest override was a late addition to the legislation. The Attorney General took the position that it would undermine the context of the Act:

> You are just saying to them, ignore the standards of the *Act* that the Legislature has set up and do what you please by looking at the public interest.

[27] Nevertheless, a public interest provision was eventually introduced for some but not all categories of exemptions on the insistence of some of the members of the legislature. This was despite the fact that the Williams Commission Report on which the Act was based had not specifically recommended its adoption (Ontario, *Public Government for Private People: The Report of the Commission on Freedom of Information and Individual Privacy* (1980) (the "Williams Commission" Report); Speech by Tom Mitchinson, Assistant Commissioner, Ontario Information and Privacy Commissioner, *"Public*

21 [vie privée] et 21.1 [espèces en péril] ne s'applique pas si la nécessité manifeste de divulguer le document dans l'intérêt public l'emporte sans conteste sur la fin visée par l'exception.

[24] La primauté des raisons d'intérêt public consacrée par l'art. 23 ne s'applique pas aux documents qui sont soustraits à la divulgation parce qu'ils concernent l'exécution de la loi (art. 14) ou parce qu'ils sont visés par le secret professionnel de l'avocat (art. 19). La principale question à trancher en l'espèce, telle qu'elle a été plaidée devant nous, est celle de savoir si l'art. 23 est de ce fait inconstitutionnel.

[25] Lorsque la personne responsable d'une institution (le ministre) se fonde sur une des exceptions prévues aux art. 13, 15, 17, 18, 20, 21 et 21.1 pour refuser de divulguer un document, l'art. 23 exige du commissaire qu'il réexamine non seulement si l'exception a été invoquée à bon droit, mais également si l'intérêt public à ce que le document soit divulgué [TRADUCTION] « l'emporte sans conteste sur la fin visée par l'exception » (*Ontario (Ministry of Finance) c. Ontario (Inquiry Officer)* (1998), 5 Admin. L.R. (3d) 175 (C. div. Ont.), inf. par (1999), 13 Admin. L.R. (3d) 1 (C.A.)).

[26] Ce principe de la primauté des raisons d'intérêt public a été ajouté tardivement dans la Loi. Le procureur général était d'avis qu'il en minerait l'esprit :

> [TRADUCTION] Vous leur dites tout simplement, ignorez les normes fixées par la *Loi* et établies par le législateur et faites ce que vous voulez en regardant l'intérêt public.

[27] Quoi qu'il en soit, en définitive, une disposition relative à l'intérêt public qui ne s'appliquait qu'à certaines catégories d'exceptions a été ajoutée à la Loi par suite de l'insistance de certains députés. Le législateur a procédé à cet ajout en dépit du fait que le rapport de la Commission Williams sur lequel la Loi était fondée n'avait pas spécifiquement recommandé son adoption (Ontario, *Public Government for Private People : The Report of the Commission on Freedom of Information and Individual Privacy* (1980) (le rapport de la « Commission Williams »); Discours de Tom Mitchinson, commissaire adjoint,

2010 SCC 23 (CanLII)

Interest" and Ontario's Freedom of Information and Protection of Privacy Act, February 16, 2001).

[28] This review of the general statutory scheme brings us to the specific challenge before us. The CLA argued that s. 23 of *FIPPA* infringes s. 2(*b*) of the *Charter* by failing to extend the "public interest" balancing to the exemptions found in ss. 14 and 19 concerning law enforcement and solicitor-client privileged records.

4. Is the Legislation Constitutional?

[29] It is essential to correctly frame the real constitutional issue before the Court. That issue is whether the failure to extend the s. 23 public interest override to documents for which law enforcement or solicitor-client privilege are claimed violates the guarantee of freedom of expression in s. 2(*b*) of the *Charter*.

(a) *Access to Information Under Section 2(b) of the Charter*

[30] The first question to be addressed is whether s. 2(*b*) protects access to information and, if so, in what circumstances. For the reasons that follow, we conclude that s. 2(*b*) does not guarantee access to all documents in government hands. Section 2(*b*) guarantees freedom of expression, not access to information. Access is a derivative right which may arise where it is a necessary precondition of meaningful expression on the functioning of government.

[31] Determining whether s. 2(*b*) of the *Charter* requires access to documents in government hands in a particular case is essentially a question of how far s. 2(*b*) protection extends. A question arises as to how the issue should be approached. The courts

Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario, *« Public Interest » and Ontario's Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, 16 février 2001).

[28] Ce survol du régime législatif nous amène à la contestation spécifique dont nous sommes saisis. La CLA a soutenu que l'art. 23 de la *LAIPVP* viole l'al. 2*b*) de la *Charte* parce qu'il n'étend pas l'exercice de mise en balance fondé sur « l'intérêt public » aux exceptions figurant aux art. 14 et 19 qui concernent les documents relatifs à l'exécution de la loi et ceux visés par le secret professionnel de l'avocat.

4. La Loi est-elle constitutionnelle?

[29] Il est essentiel de bien circonscrire la véritable question constitutionnelle sur laquelle la Cour est appelée à statuer. Il s'agit de savoir si le fait que le principe de la primauté des raisons d'intérêt public consacré par l'art. 23 ne s'applique pas aux documents à l'égard desquels on invoque le secret professionnel de l'avocat ou le privilège rattaché aux écrits relatifs à l'exécution de la loi viole le droit à la liberté d'expression protégé par l'al. 2*b*) de la *Charte*.

a) *L'accès à l'information dans le contexte de l'application de l'al. 2b) de la Charte*

[30] Il faut d'abord décider si l'al. 2*b*) garantit l'accès à l'information et, si oui, dans quelles circonstances. Pour les motifs qui suivent, nous concluons que l'al. 2*b*) ne garantit pas l'accès à tous les documents détenus par le gouvernement. Il garantit la liberté d'expression, pas l'accès à l'information. L'accès est un droit dérivé qui peut intervenir lorsqu'il constitue une condition qui doit nécessairement être réalisée pour qu'il soit possible de s'exprimer de manière significative sur le fonctionnement du gouvernement.

[31] Déterminer si l'exercice du droit garanti à l'al. 2*b*) de la *Charte* suppose l'accès à des documents détenus par le gouvernement dans un cas en particulier revient essentiellement à juger jusqu'où s'étend la protection conférée par cette disposition.

2010 SCC 23 (CanLII)

below were divided on whether the analysis should follow the model adopted in *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016. In their argument before this Court, some of the parties also placed reliance on *Dunmore* and on this Court's subsequent decision in *Baier v. Alberta*, 2007 SCC 31, [2007] 2 S.C.R. 673. In our view, nothing would be gained by furthering this debate. Rather, it is our view that the question of access to government information is best approached by building on the methodology set in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at pp. 967-68, and in *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141. The main question in this case is whether s. 2(*b*) is engaged at all. We conclude that the scope of the s. 2(*b*) protection includes a right to access to documents only where access is necessary to permit meaningful discussion on a matter of public importance, subject to privileges and functional constraints. We further conclude, as discussed more fully below, that in this case these requirements are not satisfied. As a result, s. 2(*b*) is not engaged.

[32] The *Irwin Toy* framework involves three inquiries: (1) Does the activity in question have expressive content, thereby bringing it within the reach of s. 2(*b*)? (2) Is there something in the method or location of that expression that would remove that protection? (3) If the activity is protected, does the state action infringe that protection, either in purpose or effect? These steps were developed in *Montréal (City)* (at para. 56) in the context of expressive activities, but the principles animating them equally apply to determining whether s. 2(*b*) requires the production of government documents.

[33] This leads us to more detailed comments on the scope of s. 2(*b*) protection where the issue is access to documents in government hands. To

Comment faut-il aborder cette question? Les tribunaux d'instances inférieures étaient divisés quant à savoir si l'analyse devrait suivre le modèle adopté dans *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016. Dans leurs observations devant la Cour, certaines parties se sont aussi fondées sur *Dunmore* et sur la décision subséquente de la Cour dans *Baier c. Alberta*, 2007 CSC 31, [2007] 2 R.C.S. 673. Selon nous, il n'y aurait aucun avantage à poursuivre ce débat. Nous croyons, en effet, qu'il serait préférable d'aborder la question de l'accès aux renseignements gouvernementaux en se fondant sur la méthode énoncée dans *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 967-968, et dans *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141. La question principale, en l'espèce, est celle de savoir si l'al. 2*b*) est même en cause. Nous concluons que la protection conférée par l'al. 2*b*) comporte notamment un droit d'accès à certains documents, seulement si l'accès est nécessaire à la tenue d'une discussion significative sur une question d'importance pour le public, et ce, sous réserve de privilèges et de contraintes fonctionnelles. Nous concluons, de plus, comme nous l'étayerons ultérieurement que, en l'espèce, il n'est pas satisfait à ces exigences. Par conséquent, l'al. 2*b*) n'est pas en cause.

[32] Le cadre d'analyse prescrit par *Irwin Toy* s'articule autour de trois questions : (1) L'activité en question a-t-elle un contenu expressif nécessaire pour entrer dans le champ d'application de la protection offerte par l'al. 2*b*)? (2) Y a-t-il quelque chose dans le lieu ou le mode d'expression ayant pour effet d'écarter cette protection? (3) Si l'activité est protégée, la mesure prise par l'État porte-t-elle atteinte, par son objet ou par son effet, au droit protégé? Ces étapes ont été élaborées dans *Montréal (Ville)* (par. 56), dans le contexte d'activités expressives, mais les principes qui les animent peuvent tout aussi bien s'appliquer à la question de savoir si l'al. 2*b*) contraint le gouvernement à divulguer des documents.

[33] Cela nous conduit à commenter plus en détail la portée de la protection offerte par l'al. 2*b*) lorsque la question porte sur l'accès à des documents

2010 SCC 23 (CanLII)

demonstrate that there is expressive content in accessing such documents, the claimant must establish that the denial of access effectively precludes meaningful commentary. If the claimant can show this, there is a *prima facie* case for the production of the documents in question. But even if this *prima facie* case is established, the claim may be defeated by factors that remove s. 2(*b*) protection, e.g. if the documents sought are protected by privilege or if production of the documents would interfere with the proper functioning of the governmental institution in question. If the claim survives this second step, then the claimant establishes that s. 2(*b*) is engaged. The only remaining question is whether the government action infringes that protection.

[34] The first inquiry into expressive content asks whether the demand for access to information furthers the purposes of s. 2(*b*). In the case of demands for government documents, the relevant s. 2(*b*) purpose is usually the furtherance of discussion on matters of public importance.

[35] Not every demand for government information serves this purpose. Thus the jurisprudence holds that there is no general right of access to information. The position is well put in *Ontario (Attorney General) v. Fineberg* (1994), 19 O.R. (3d) 197 (Div. Ct.), *per* Adams J.:

> By contrast, our political access makes government bureaucracy accountable to elected officials who, in turn, conduct their business in the context of public elections and legislatures and where the media, again, play a fundamental reporting role. . . . Against this tradition, it is not possible to proclaim that s. 2(*b*) entails a general constitutional right of access to all information under the control of government and this is particularly so in the context of an application relating to an active criminal investigation. [Emphasis added; p. 204.]

[36] To show that access would further the purposes of s. 2(*b*), the claimant must establish that access is necessary for the meaningful exercise

détenus par le gouvernement. Pour démontrer que l'accès à de tels documents donnera accès à un contenu expressif, le demandeur doit établir que le refus d'y donner accès empêche en réalité de formuler des commentaires significatifs. S'il y parvient, il aura établi *prima facie* que les documents en question doivent être divulgués. Cependant, la demande peut malgré tout échouer en raison de l'existence de facteurs qui écartent la protection prévue à l'al. 2*b*) soit, par exemple, si les documents auxquels on demande l'accès sont protégés par un privilège ou si leur divulgation interférerait avec le bon fonctionnement de l'institution gouvernementale en cause. Si la demande survit à cette deuxième étape, le demandeur établit que l'al. 2*b*) est en cause. Il ne reste alors qu'à déterminer si la mesure prise par le gouvernement porte atteinte à cette protection.

[34] La première étape de l'examen du contenu expressif vise à répondre à la question de savoir si la demande d'accès à l'information réalise l'objet de l'al. 2*b*). Dans le cas de demandes visant des documents gouvernementaux, l'objet pertinent de l'al. 2*b*) est habituellement d'alimenter la discussion sur des questions d'importance pour le public.

[35] Ce ne sont pas toutes les demandes visant des renseignements gouvernementaux qui servent cette fin. Ainsi, selon la jurisprudence, il n'existe pas de droit général d'accès à l'information. Ce point de vue est bien exprimé par le juge Adams dans *Ontario (Attorney General) c. Fineberg* (1994), 19 O.R. (3d) 197 (C. div.) :

> [TRADUCTION] Par contre, l'accès au gouvernement dont nous disposons rend la bureaucratie responsable envers les élus qui, à leur tour, mènent leurs affaires dans le contexte d'élections et de législatures et où les médias, à nouveau, jouent le rôle fondamental de rapporter les faits. [. . .] Compte tenu de cette tradition, il n'est pas possible d'affirmer que l'al. 2*b*) confère un droit constitutionnel général d'accès à tous les renseignements que contrôle le gouvernement. Cela est particulièrement vrai dans le contexte d'une demande relative à une enquête criminelle en cours. [Nous soulignons; p. 204.]

[36] Pour démontrer que l'accès réaliserait l'objet de l'al. 2*b*), le demandeur doit établir que l'accès est nécessaire pour qu'on puisse s'exprimer librement

2010 SCC 23 (CanLII)

of free expression on matters of public or political interest: see *Irwin Toy*, at pp. 976 and 1008; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877. On this basis, the Court has recognized access to information under s. 2(*b*) in the judicial context: "members of the public have a right to information pertaining to public institutions and particularly the courts" (*Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1339). The "open courts" principle is "inextricably tied to the rights guaranteed by s. 2(*b*)" because it "permits the public to discuss and put forward opinions and criticisms of court practices and proceedings" (*Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, at para. 23, *per* La Forest J.).

de manière significative sur des questions d'intérêt public ou politique : voir *Irwin Toy*, p. 976 et 1008; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877. En se fondant sur ce principe, la Cour a reconnu l'accès à l'information comme composante de l'al. 2*b*) dans le contexte judiciaire, statuant que « le public a le droit d'être informé de ce qui se rapporte aux institutions publiques et particulièrement aux tribunaux » (*Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1339). « Le principe de la publicité des débats en justice est inextricablement lié aux droits garantis à l'al. 2*b*). Grâce à ce principe, le public [. . .] [peut] ensuite [. . .] discuter des pratiques des tribunaux et des procédures qui s'y déroulent, et [. . .] émettre des opinions et des critiques à cet égard » (*Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, par. 23, le juge La Forest).

[37] In sum, there is a *prima facie* case that s. 2(*b*) may require disclosure of documents in government hands where it is shown that, without the desired access, meaningful public discussion and criticism on matters of public interest would be substantially impeded. As Louis D. Brandeis famously wrote in his 1913 article in *Harper's Weekly* entitled " What Publicity Can Do": "Sunlight is said to be the best of disinfectants . . . ." Open government requires that the citizenry be granted access to government records when it is necessary to meaningful public debate on the conduct of government institutions.

[37] En somme, il est établi *prima facie* que l'al. 2*b*) peut contraindre le gouvernement à divulguer les documents qu'il détient lorsqu'il est démontré que, sans l'accès souhaité, les discussions publiques significatives sur des questions d'intérêt public et les critiques à leur égard seraient considérablement entravées. Comme l'a écrit Louis D. Brandeis dans son célèbre article de 1913 publié dans le *Harper's Weekly* et intitulé « What Publicity Can Do » : [TRADUCTION] « La lumière du soleil est le meilleur des désinfectants . . . ». Pour que le gouvernement œuvre de manière transparente, il faut que l'ensemble des citoyens puisse avoir accès aux documents gouvernementaux lorsque cela est nécessaire pour la tenue d'un débat public significatif sur la conduite d'institutions gouvernementales.

[38] If this necessity is established, a *prima facie* case for production is made out. However, the claimant must go on to show that the protection is not removed by countervailing considerations inconsistent with production.

[38] Si l'existence de cette nécessité est démontrée, il est établi *prima facie* que les documents devraient être divulgués. Toutefois, le demandeur doit ensuite démontrer que la protection n'est pas écartée par des considérations compensatoires incompatibles avec la divulgation.

[39] Privileges are recognized as appropriate derogations from the scope of the protection offered by s. 2(*b*) of the *Charter*. The common law privileges, like solicitor-client privilege, generally represent

[39] Il est admis que les privilèges échappent à juste titre à la portée de la protection offerte par l'al. 2*b*) de la *Charte*. Les privilèges reconnus par la common law, comme le secret professionnel de

2010 SCC 23 (CanLII)

situations where the public interest in confidentiality outweighs the interests served by disclosure. This is also the rationale behind common law privileges that have been cast in statutory form, like the privilege relating to confidences of the Queen's Privy Council under s. 39 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5. Since the common law and statutes must conform to the *Charter*, assertions of particular categories of privilege are in principle open to constitutional challenge. However, in practice, the outlines of these privileges are likely to be well settled, providing predictability and certainty to what must be produced and what remains protected.

[40] It may also be that a particular government function is incompatible with access to certain documents. For example, it might be argued that while the open court principle requires that court hearings and judgments be open and available for public scrutiny and comment, memos and notes leading to a judicial decision are not subject to public access. This would impair the proper functioning of the court by preventing full and frank deliberation and discussion at the pre-judgment stage. The principle of Cabinet confidence for internal government discussions offers another example. The historic function of a particular institution may assist in determining the bounds of institutional confidentiality, as discussed in *Montréal (City)*, at para. 22. In that case, this Court acknowledged that certain government functions and activities require privacy (para. 76). This applies to demands for access to information in government hands. Certain types of documents may remain exempt from disclosure because disclosure would impact the proper functioning of affected institutions.

l'avocat, correspondent généralement à des situations où l'intérêt public à ce que les renseignements restent confidentiels l'emporte sur les intérêts que servirait la divulgation. C'est également la logique qui explique l'existence des privilèges de common law désormais consignés dans la législation, comme le privilège relatif aux renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine codifié à l'art. 39 de la *Loi sur la preuve du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5. Puisque tant la common law que les lois doivent être conformes à la *Charte*, la création de catégories particulières de privilèges peut en principe faire l'objet de contestations fondées sur la *Constitution*. Cependant, en pratique, ces privilèges seront vraisemblablement bien circonscrits, ce qui offre une prévisibilité et une certitude quant à ce qui doit être divulgué et à ce qui reste protégé.

[40] Une fonction gouvernementale particulière peut aussi être incompatible avec l'accès à certains documents. Par exemple, on pourrait plaider que si le principe de la publicité des débats judiciaires suppose que les audiences soient ouvertes au public et que les jugements soient rendus publics pour qu'ils fassent les unes et les autres l'objet d'un examen et de commentaires publics, les notes de service préparées dans le cadre de l'élaboration d'un jugement n'ont pas à être rendues publiques. En effet, leur divulgation nuirait au bon fonctionnement de la cour puisque les juges ne pourraient pas délibérer et discuter pleinement et franchement avant de rendre leurs décisions. Le principe de la confidentialité des délibérations du cabinet quant à des discussions gouvernementales internes en est un autre exemple. Comme l'illustre l'arrêt *Montréal (Ville)*, au par. 22, l'historique de la fonction d'une institution en particulier peut aussi aider à déterminer le degré de confidentialité dont elle devrait bénéficier. Dans cet arrêt, la Cour a reconnu que certaines fonctions et activités gouvernementales requièrent un certain isolement (par. 76). Ce principe s'applique aux demandes d'accès à l'information détenue par le gouvernement. Certains types de documents peuvent être soustraits à la divulgation parce que celle-ci nuirait au bon fonctionnement des institutions touchées.

2010 SCC 23 (CanLII)

(b) *The Constitutionality of Section 23*

[41] The CLA argues that the failure of the legislature to make the s. 23 public interest override applicable to the exemptions in ss. 14 and 19 denies it access to the documents it seeks and thus violates s. 2(*b*) of the *Charter*. The CLA argues that if the override were applicable, the CLA would be entitled to the records in question due to their public interest nature.

[42] We first address the question of the extent to which the absence of a s. 23 public interest override impairs the ability to obtain documents protected by ss. 14 and 19 of the Act. Against this background, we ask whether s. 2(*b*) is engaged in the case at bar, and if so, whether it is breached.

(i) The Impact of the Absence of the Section 23 Public Interest Override in This Case

[43] In our view, it is not established that the absence of a s. 23 review for public interest significantly impairs the CLA's access to documents it would otherwise have had. Law enforcement privilege and solicitor-client privilege already take public interest considerations into account and, moreover, confer a discretion to disclose the information on the Minister. For the reasons that follow, we conclude that the public interest override contained in s. 23 would add little to what is already provided for in ss. 14 and 19 of the Act.

[44] We turn first to records prepared in the course of law enforcement, which are dealt with under s. 14 of the Act. As jurisprudence surrounding concepts such as informer privilege and prosecutorial discretion attests, there is a strong public interest in protecting documents related to law enforcement: *R. v. Basi*, 2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389; *R. v. Metropolitan Police Comr., Ex parte Blackburn*, [1968] 1 All E.R. 763 (C.A.), at p. 769, cited in *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R.

b) *La constitutionnalité de l'art. 23*

[41] Pour la CLA, le fait que le principe de la primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23 ne s'applique pas aux exceptions visées par les art. 14 et 19 lui bloque l'accès aux documents qu'elle cherche à obtenir et, par conséquent, enfreint l'al. 2*b*) de la *Charte*. La CLA allègue que, si ce principe s'appliquait, elle aurait le droit d'obtenir les documents en cause parce qu'ils sont d'intérêt public.

[42] Nous traiterons d'abord de la question du degré auquel l'absence du principe de la primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23 entrave l'obtention des documents protégés par les art. 14 et 19 de la Loi. À la lumière de cette réflexion, nous nous demanderons si l'al. 2*b*) est en cause en l'espèce et, le cas échéant, s'il a été porté atteinte au droit qui y est garanti.

(i) L'incidence de l'absence du principe de la primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23 en l'espèce

[43] Selon nous, il n'est pas prouvé que l'absence du réexamen en fonction de l'intérêt public prévu à l'art. 23 entrave considérablement l'accès pour la CLA à des documents qu'elle aurait autrement obtenus. Le privilège relatif à l'exécution de la loi et le secret professionnel de l'avocat tiennent déjà compte de l'intérêt public et, qui plus est, confèrent au ministre le pouvoir discrétionnaire de divulguer les renseignements qu'ils visent. Pour les motifs qui suivent, nous concluons que le principe de la primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23 ajouterait bien peu à ce qui est déjà prévu aux art. 14 et 19 de la Loi.

[44] Tout d'abord, examinons les documents préparés dans le cadre de l'exécution de la loi, soit ceux qui sont visés par l'art. 14 de la Loi. Comme en atteste la jurisprudence relative à des notions comme celles du privilège de l'indicateur de police et du pouvoir discrétionnaire de la poursuite, il est clairement dans l'intérêt public de protéger les documents relatifs à l'exécution de la loi : *R. c. Basi*, 2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389; *R. c. Metropolitan Police Comr., Ex parte Blackburn*,

2010 SCC 23 (CanLII)

565, at para. 33; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at p. 623, *per* L'Heureux-Dubé J.; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297, at para. 64, *per* LeBel J.; *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372, at para. 32; *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190, at para. 48, *per* Charron J. Section 14 of the Act reflects this. The legislature in s. 14(1) has in effect declared that disclosure of records described in subsets (a) to (l) would be so detrimental to the public interest that it presumptively cannot be countenanced.

[45] However, by stipulating that "[a] head may refuse to disclose" a record in this category, the legislature has also left room for the head to order disclosure of particular records. This creates a discretion in the head.

[46] A discretion conferred by statute must be exercised consistently with the purposes underlying its grant: *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paras. 53, 56 and 65. It follows that to properly exercise this discretion, the head must weigh the considerations for and against disclosure, including the public interest in disclosure.

[47] By way of example, we consider s. 14(1)(a) where a head "may refuse to disclose a record where the disclosure could reasonably be expected to . . . interfere with a law enforcement matter". The main purpose of the exemption is clearly to protect the public interest in effective law enforcement. However, the need to consider other interests, public and private, is preserved by the word "may" which confers a discretion on the head to make the decision whether or not to disclose the information.

[48] In making the decision, the first step the head must take is to determine whether disclosure

[1968] 1 All E.R. 763 (C.A.), p. 769, cité dans *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, par. 33; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, p. 623, la juge L'Heureux-Dubé; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297, par. 64, le juge LeBel; *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372, par. 32; *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190, par. 48, la juge Charron. L'article 14 de la Loi en est le reflet. En fait, au par. 14(1), le législateur a déclaré que la divulgation des documents décrits aux al. a) à l) serait à ce point susceptible de nuire à l'intérêt public qu'on ne peut présumer qu'elle est tolérée.

[45] Toutefois, en prescrivant que « [l]a personne responsable peut refuser de divulguer » un document qui appartient à cette catégorie, le législateur a aussi donné à cette personne la latitude d'ordonner la divulgation de documents particuliers. Elle dispose ainsi d'un pouvoir discrétionnaire.

[46] Un pouvoir discrétionnaire conféré par une loi doit être exercé en conformité avec les objectifs sous-jacents à son octroi : *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 53, 56 et 65. Ainsi, pour exercer comme il se doit ce pouvoir discrétionnaire, la personne responsable doit soupeser les considérations favorables et défavorables à la divulgation, y compris l'intérêt public à ce qu'il y ait divulgation.

[47] Prenons par exemple l'al. 14(1)a), selon lequel la personne responsable « peut refuser de divulguer un document si la divulgation devait avoir pour effet probable [. . .] de faire obstacle à une question qui concerne l'exécution de la loi ». Le principal objectif de l'exception est clairement de protéger l'intérêt public envers l'exécution efficace de la loi. Cependant, l'obligation de tenir compte d'autres intérêts, publics et privés, est garantie par l'utilisation du mot « peut », qui confère un pouvoir discrétionnaire à la personne responsable de décider de divulguer ou non les renseignements.

[48] Pour trancher cette question, une personne responsable doit avant tout déterminer si la

2010 SCC 23 (CanLII)

could reasonably be expected to interfere with a law enforcement matter. If the determination is that it may, the second step is to decide whether, having regard to the significance of that risk and other relevant interests, disclosure should be made or refused. These determinations necessarily involve consideration of the public interest in open government, public debate and the proper functioning of government institutions. A finding at the first stage that disclosure may interfere with law enforcement is implicitly a finding that the public interest in law enforcement may trump public and private interests in disclosure. At the second stage, the head must weigh the public and private interests in disclosure and non-disclosure, and exercise his or her discretion accordingly.

divulgation pourrait vraisemblablement faire obstacle à une question qui concerne l'exécution de la loi. Si oui, elle doit ensuite décider si, compte tenu de ce risque et des autres intérêts pertinents, la divulgation doit être accordée ou refusée. Ces décisions exigent nécessairement d'examiner l'intérêt public à ce que le gouvernement œuvre en toute transparence, à ce qu'il soit possible de tenir un débat public et à ce que les institutions gouvernementales fonctionnent adéquatement. Décider à la première étape de ce raisonnement que la divulgation peut faire obstacle à l'exécution de la loi constitue une conclusion implicite que l'intérêt public relatif à l'exécution de la loi peut l'emporter sur les intérêts publics et privés favorables à la divulgation. À la deuxième étape, la personne responsable doit mettre en balance les intérêts privés et publics relatifs à la divulgation et à la non-divulgation et exercer son pouvoir discrétionnaire en conséquence.

[49] The public interest override in s. 23 would add little to this process. Section 23 simply provides that exemptions from disclosure do not apply "where a compelling public interest in the disclosure of the record clearly outweighs the purpose of the exemption". But a proper interpretation of s. 14(1) requires that the head consider whether a compelling public interest in disclosure outweighs the purpose of the exemption, to prevent interference with law enforcement. If the head, acting judicially, were to find that such an interest exists, the head would exercise the discretion conferred by the word "may" and order disclosure of the document.

[49] L'application du principe de la primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23 ajouterait bien peu à ce processus. En effet, cette disposition énonce simplement que les exceptions à la divulgation ne s'appliquent pas « si la nécessité manifeste de divulguer le document dans l'intérêt public l'emporte sans conteste sur la fin visée par l'exception ». Or, une interprétation adéquate du par. 14(1) exige que la personne responsable examine si la nécessité manifeste de divulguer le document dans l'intérêt public l'emporte sur la fin visée par l'exception, soit d'éviter les interférences avec l'application de la loi. Si la personne responsable, agissant de manière judiciaire, conclut à l'existence d'une telle nécessité, elle exerce le pouvoir discrétionnaire conféré par le mot « peut » et ordonne la divulgation du document.

[50] The same rationale applies to the other exemptions under s. 14(1) as well as to those under s. 14(2). Section 14(2)(a) is particularly relevant in the case at bar. It provides that a head "may refuse to disclose a record . . . that is a report prepared in the course of law enforcement, inspections or investigations by an agency which has the function of enforcing and regulating compliance with a law". The main purpose of this section is to protect

[50] Le même raisonnement s'applique aux autres exceptions prévues au par. 14(1), ainsi qu'à celles décrites au par. 14(2). L'alinéa 14(2)a) est particulièrement pertinent en l'espèce. Il prévoit qu'une personne responsable « peut refuser de divulguer un document [. . .] qui constitue un rapport dressé au cours de l'exécution de la loi, de l'inspection ou de l'enquête menées par un organisme chargé d'assurer et de réglementer l'observation de la loi ».

2010 SCC 23 (CanLII)

the public interest in getting full and frank disclosure in the course of investigating and reporting on matters involving the administration of justice; an expectation of confidentiality may further the goal of getting at the truth of what really happened. At the same time, the discretion conferred by the word "may" recognizes that there may be other interests, whether public or private, that outweigh this public interest in confidentiality. Again, an additional review under s. 23 would add little, if anything, to this process.

[51] This interpretation is confirmed by the established practice for review of s. 14 claims which proceeds on the basis that, even in the absence of the s. 23 public interest override, the head has a wide discretion. The proper review of discretion under s. 14 has been explained as follows:

> The absence of section 14 from the list of exemptions that can be overridden under section 23 does not change the fact that the exemption is discretionary, and discretion should be exercised on a case-by-case basis. The LCBO's submission suggests that it would never be appropriate to disclose such records in the public interest, or in order to promote transparency and accountability, in the context of the exercise of discretion. I disagree, and in my view, such a position would be inconsistent with the requirement to exercise discretion based on the facts and circumstances of every case.
>
> (IPC Order PO-2508-I/September 27, 2006, at p. 6, *per* Senior Adjudicator John Higgins)

[52] We therefore conclude that s. 14 already provides for adequate consideration of the public interest in the disclosure of the records. In reviewing a claim for an exemption under s. 14, the Commissioner, as discussed more fully below, focuses on the exercise of discretion under that

Cette disposition vise principalement à protéger l'intérêt public à obtenir une exposition franche et complète des renseignements dans le contexte d'enquêtes et de la rédaction de rapports sur des questions qui concernent l'administration de la justice; des attentes en matière de confidentialité peuvent contribuer à atteindre l'objectif consistant à découvrir la vérité sur ce qui s'est réellement passé. Cela étant dit, grâce au pouvoir discrétionnaire conféré par le mot « peut », on reconnaît qu'il peut y avoir d'autres intérêts en jeu, qu'ils soient publics ou privés, pouvant l'emporter sur l'intérêt public justifiant la confidentialité. Encore une fois, s'il ajoutait quoi que ce soit à ce processus, un réexamen supplémentaire autorisé par l'art. 23 y ajouterait bien peu.

[51] Cette interprétation est confirmée par la pratique établie en matière de réexamen des demandes visées par l'art. 14 selon laquelle, même sans avoir appliqué le principe de la primauté de l'intérêt public consacrée par l'art. 23, la personne responsable dispose d'un large pouvoir discrétionnaire. La façon appropriée de contrôler le pouvoir discrétionnaire conféré par l'art. 14 a été expliquée comme suit :

> [TRADUCTION] L'absence de l'art. 14 de la liste des exceptions pouvant être écartées en application de l'art. 23 ne change pas le fait que l'exception est discrétionnaire et que le pouvoir discrétionnaire que confère l'art. 14 doit être exercé en tenant compte des circonstances de chaque cas. La position de la LCBO laisse sous-entendre qu'il ne serait jamais approprié, dans le contexte de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, de divulguer de tels documents, que ce soit dans l'intérêt public ou pour favoriser la transparence et la responsabilité. Je ne suis pas d'accord et, à mon avis, une telle position serait incompatible avec l'obligation d'exercer le pouvoir discrétionnaire en tenant compte des faits et des circonstances de chaque cas.
>
> (CAIPVP Ordonnance PO-2508-I / 27 septembre 2006, p. 6, John Higgins, arbitre principal)

[52] Nous concluons donc que l'art. 14 tient déjà adéquatement compte de l'intérêt public à ce que les documents soient divulgués. En réexaminant un refus de divulguer fondé sur une exception prévue à l'art. 14, le commissaire, comme nous le verrons plus en détail ultérieurement, se concentre sur l'exercice

2010 SCC 23 (CanLII)

section. A further consideration under s. 23 would add essentially another level of review.

[53] The same analysis applies, perhaps even more strongly, to the exemption for documents protected by solicitor-client privilege. Section 19 of the Act provides that a head "may refuse to disclose a record that is subject to solicitor-client privilege or that was prepared by or for Crown counsel for use in giving legal advice or in contemplation of or for use in litigation". The purpose of this exemption is clearly to protect solicitor-client privilege, which has been held to be all but absolute in recognition of the high public interest in maintaining the confidentiality of the solicitor-client relationship: *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at p. 836; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, at p. 875; *Campbell*, at para. 49; *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445, at paras. 35 and 41; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209, at paras. 36-37; *Maranda v. Richer*, 2003 SCC 67, [2003] 3 S.C.R. 193; *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, 2004 SCC 31, [2004] 1 S.C.R. 809; *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, 2006 SCC 31, [2006] 2 S.C.R. 32; *Blank v. Canada (Minister of Justice)*, 2006 SCC 39, [2006] 2 S.C.R. 319; *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574. The only exceptions recognized to the privilege are the narrowly guarded public safety and right to make full answer and defence exceptions: *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *R. v. Brown*, 2002 SCC 32, [2002] 2 S.C.R. 185.

[54] Given the near-absolute nature of solicitor-client privilege, it is difficult to see how the s. 23 public interest override could ever operate to require disclosure of a protected document. This is particularly so given that the use of the word "may" would permit and, if relevant, require the head to

du pouvoir discrétionnaire conféré par cette disposition. Un examen additionnel mené en application de l'art. 23 ajouterait essentiellement une étape supplémentaire de réexamen.

[53] La même analyse s'applique, peut-être de façon encore plus convaincante, à l'exception relative aux documents protégés par le secret professionnel de l'avocat. L'article 19 de la Loi prévoit qu'une personne responsable « peut refuser de divulguer un document protégé par le secret professionnel de l'avocat. Il en est de même d'un document élaboré par l'avocat-conseil de la Couronne, ou pour son compte, qui l'utilise soit dans la communication de conseils juridiques, soit à l'occasion ou en prévision d'une instance ». Cette exception vise clairement à protéger le secret professionnel de l'avocat, qui a été jugé presque absolu puisqu'il est fortement dans l'intérêt public de maintenir la confidentialité de la relation entre un avocat et son client : *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, p. 836; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, p. 875; *Campbell*, par. 49; *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445, par. 35 et 41; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209, par. 36-37; *Maranda c. Richer*, 2003 CSC 67, [2003] 3 R.C.S. 193; *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809; *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, 2006 CSC 31, [2006] 2 R.C.S. 32; *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319; *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574. Les seules exceptions reconnues au secret professionnel sont la sécurité publique et le droit pour un accusé de présenter une défense pleine et entière, deux exceptions qui sont jalousement protégées : *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *R. c. Brown*, 2002 CSC 32, [2002] 2 R.C.S. 185.

[54] Compte tenu de la nature quasi absolue du secret professionnel de l'avocat, il est difficile de concevoir comment le principe de la primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23 pourrait commander la divulgation d'un document protégé. Cela est d'autant plus vrai du fait de la présence du mot

2010 SCC 23 (CanLII)

consider the overwhelming public interest in disclosure. Once again, the public interest override in s. 23 would add little to the decision-making process.

[55] The conclusion that the s. 23 override in the case of the law enforcement and solicitor-client exemptions adds little more than a second level of review is consistent with the legislative history of the Act. The Williams Commission Report, on which the Act was based, did not recommend a public interest override, presumably not finding such an override necessary. The Minister who spoke to the legislation resisted suggestions for a public interest override. It was tacked on by amendment, but made applicable only to certain exemptions. These are generally exemptions of a political or personal nature — advice to government; third-party information; economic and other interests of Ontario; danger to health and safety; personal privacy; and species at risk. These exemptions reflect a legislative choice that is not at issue in this appeal. But by way of comparison, it may be possible to argue that the s. 23 public interest override might serve a purpose with respect to these issues, since they may not inherently raise the need to balance all conflicting interests, raising the risk that the public interest in disclosure might be overlooked. But that cannot be said of the law enforcement and solicitor-client exemptions.

[56] We conclude that the CLA has failed to establish that the inapplicability of the s. 23 public interest override significantly impairs its ability to obtain the documents it seeks. Sections 14 and 19 already incorporate, by necessity, the public interest to the extent it may be applicable.

« peut » qui suppose que la personne responsable a le pouvoir et, le cas échéant, l'obligation d'examiner la nécessité manifeste de divulguer le document dans l'intérêt public. Encore une fois, le principe de la primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23 ajouterait bien peu au processus de décision.

[55] La conclusion selon laquelle le principe de la primauté consacré par l'art. 23 n'ajoute pour ainsi dire rien de plus qu'une deuxième étape de réexamen en ce qui concerne les exceptions relatives à l'exécution de la loi et au secret professionnel de l'avocat est conforme à l'historique de l'élaboration de la Loi. Le rapport de la Commission Williams, sur lequel est fondée la Loi, n'a pas recommandé l'adoption du principe de la primauté de l'intérêt public, ne le jugeant probablement pas nécessaire. De plus, le ministre qui s'est exprimé au sujet de cette Loi a résisté aux suggestions d'inclure une appréciation de l'intérêt public. Cette suggestion a été intégrée à la Loi au moyen d'un amendement, mais la disposition qui en a émané ne s'applique qu'à certaines exceptions qui sont généralement de nature politique ou personnelle — soit, les conseils au gouvernement, les renseignements concernant des tiers, les intérêts économiques et autres de l'Ontario, le danger pour la santé ou la sécurité, la vie privée et les espèces en péril. Ces exceptions sont le reflet d'un choix du législateur, choix qui n'est pas en cause dans le présent pourvoi. Par comparaison, on pourrait soutenir que l'application du principe de la primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23 peut être utile quant à ces questions, puisqu'elles n'entraînent pas forcément intrinsèquement la nécessité d'apprécier tous les intérêts opposés, augmentant ainsi le risque de négliger l'intérêt public à ce que les documents soient divulgués. On ne peut toutefois en dire autant quant aux exceptions relatives à l'application de la loi et au secret professionnel de l'avocat.

[56] Nous concluons que la CLA n'a pas établi que l'inapplicabilité du principe de la primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23 porte atteinte, de manière significative, à sa capacité d'obtenir les documents auxquels elle a demandé l'accès. Les articles 14 et 19 tiennent déjà compte par nécessité de l'intérêt public, dans la mesure où il est applicable.

2010 SCC 23 (CanLII)

(ii) Is the Section 23 Public Interest Override Constitutionally Required?

[57] Having examined the impact of the legislature's decision not to make documents under ss. 14 and 19 subject to the s. 23 public interest override, we are in a position to address the ultimate question: Does this decision violate the right to free expression guaranteed by s. 2(*b*) of the *Charter*? To answer this question, we must return to our earlier discussion of when disclosure of documents in government hands may be constitutionally required under the *Irwin Toy* framework.

[58] The first question is whether any access to documents that might result from applying the s. 23 public interest override in this case would enhance s. 2(*b*) expression. This is only established if the access is necessary to permit meaningful debate and discussion on a matter of public interest. If not, then s. 2(*b*) is not engaged.

[59] In our view, the CLA has not demonstrated that meaningful public discussion of the handling of the investigation into the murder of Domenic Racco, and the prosecution of those suspected of that murder, cannot take place under the current legislative scheme. Much is known about those events. In granting the stay against the two accused, Glithero J. stated:

> . . . I have found many instances of abusive conduct by state officials, involving deliberate non-disclosure, deliberate editing of useful information, negligent breach of the duty to maintain original evidence, improper cross-examination and jury addresses during the first trial. [p. 300]

The record supporting these conclusions is already in the public domain. The further information sought relates to the internal investigation of the conduct of the Halton Regional Police,

(ii) Le principe de la primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23 est-il requis sur le plan constitutionnel?

[57] Après avoir examiné l'incidence de la décision du législateur d'avoir soustrait les documents visés par les art. 14 et 19 à l'application du principe de la primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23, nous pouvons maintenant traiter de l'ultime question à trancher : cette décision porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte*? Pour répondre à cette question, nous devons revenir sur notre précédente analyse quant à la question de savoir quand la divulgation de documents détenus par le gouvernement peut être obligatoire sur le plan constitutionnel selon le cadre d'analyse énoncé dans *Irwin Toy*.

[58] Il faut d'abord se demander si tout accès à des documents par suite de l'application du principe de la primauté de l'intérêt public énoncé à l'art. 23 favoriserait l'expression dont il est question à l'al. 2*b*). Cela ne sera établi que si l'accès est nécessaire à la tenue d'une discussion et d'un débat significatifs sur une question d'intérêt public. Si ce n'est pas le cas, l'al. 2*b*) n'est pas en cause.

[59] Selon nous, la CLA n'a pas démontré qu'il est impossible de discuter de manière significative de la gestion de l'enquête sur le meurtre de Domenic Racco ainsi que de la poursuite des suspects sous le régime législatif actuel. On en sait beaucoup sur les événements en question. En accordant l'arrêt des procédures intentées contre les deux accusés, le juge Glithero a affirmé ce qui suit :

> [TRADUCTION] . . . j'ai relevé plusieurs situations où les représentants de l'État ont agi de manière abusive, notamment en dissimulant délibérément certains renseignements, en modifiant délibérément des renseignements utiles, en manquant par négligence à l'obligation de conserver des éléments de preuve originaux, en effectuant des contre-interrogatoires inappropriés et en donnant un exposé incorrect au jury durant le premier procès. [p. 300]

Les renseignements sur lesquels se fondent ces conclusions sont déjà dans le domaine public. Les autres renseignements demandés portent sur l'enquête interne quant à la conduite du service

2010 SCC 23 (CanLII)

the Hamilton-Wentworth Regional Police and the Crown Attorney in this case. It may be that this report should have been produced under the terms of the Act, as discussed below. However, the CLA has not established that it is necessary for meaningful public discussion of the problems in the administration of justice relating to the Racco murder.

[60] If necessity were established, the CLA, under the framework set out above (para. 33) would face the further challenge of demonstrating that access to ss. 14 and 19 documents, obtained through the s. 23 override, would not impinge on privileges or impair the proper functioning of relevant government institutions. As discussed, ss. 14 and 19 are intended to protect documents from disclosure on these very grounds. On the record before us, it is not established that the CLA could satisfy the requirements of the above framework.

[61] It is unnecessary to pursue this inquiry further because, in any event, the impact of the absence of a s. 23 public interest override in relation to documents under ss. 14 and 19 is so minimal that even if s. 2(*b*) were engaged, it would not be breached. The ultimate answer to the CLA's claim is that the absence of the second-stage review, provided by the s. 23 override for documents within ss. 14 and 19, does not significantly impair any hypothetical right to access government documents, given that those sections, properly interpreted, already incorporate consideration of the public interest. The CLA would not meet the test because it could not show that the state has infringed its rights to freedom of expression.

5. Exercise of the Discretion Under the Act

[62] Having decided that s. 23 of the Act itself is constitutional, our focus shifts now to determining

régional de police de Halton, du service régional de police de Hamilton-Wentworth et du procureur de la Couronne en l'espèce. La Loi exigeait peut-être que ce rapport soit divulgué, comme nous le mentionnerons ultérieurement. Cependant, la CLA n'a pas établi que l'accès à ce document est nécessaire pour que se tiennent des discussions publiques significatives sur les problèmes relatifs à l'administration de la justice quant au meurtre Racco.

[60] Si la nécessité était prouvée, selon le cadre d'analyse énoncé précédemment (par. 33), la CLA aurait un obstacle supplémentaire à surmonter, soit celui de démontrer que l'accès aux documents visés par les art. 14 et 19, grâce au principe de la primauté consacré par l'art. 23, n'empiéterait pas sur des privilèges ou n'entraverait pas le bon fonctionnement des institutions gouvernementales visées. Comme nous en avons discuté, les art. 14 et 19 visent à soustraire des documents à la divulgation pour ces motifs précis. Sur la foi du dossier dont nous sommes saisis, il n'est pas prouvé que la CLA pourrait satisfaire aux exigences du cadre d'analyse décrit précédemment.

[61] Il est inutile de poursuivre le présent examen parce que, quoi qu'il en soit, l'incidence du fait que le principe de la primauté de l'intérêt public prévue à l'art. 23 ne s'applique pas aux documents visés par les art. 14 et 19 est si minime que même si l'al. 2*b*) était en cause, il ne serait pas porté atteinte au droit qu'il garantit. La réponse ultime à la demande de la CLA est la suivante : l'absence du réexamen découlant du principe de primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23 pour les documents visés par les art. 14 et 19 n'entrave pas considérablement un droit hypothétique d'accès aux documents gouvernementaux, puisque ces dispositions, bien interprétées, tiennent déjà compte de l'intérêt public. La CLA ne satisferait pas au test parce qu'elle ne pourrait pas démontrer que l'État a porté atteinte à sa liberté d'expression.

5. L'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par la Loi

[62] Ayant décidé que l'art. 23 de la Loi est constitutionnel, nous nous penchons maintenant sur la

2010 SCC 23 (CanLII)

whether the decisions of the Minister (the head) and the Commission complied with the statutory framework established by the Act.

(a) *The Decisions*

[63] The Minister's decision not to disclose the records in question was conveyed to the CLA in a letter dated November 27, 1998, citing a number of statutory exemptions as the reason for the denial, including s. 21 (the personal privacy exemption), s. 19, and a number of subsections of s. 14. The letter provided no explanation for applying these exemptions; nor did it explain why no part of the records sought would be disclosed.

[64] On review, the Assistant Commissioner recognized that the documents contained personal information about people involved in the case, including police officers, Crown counsel, witnesses, the victim, the accused and others. He concluded, however, that there was "a compelling public interest" in disclosure that "clearly outweigh[ed]" the interest in non-disclosure. Therefore, if only the s. 21 personal privacy exemption were at issue, he would have ordered disclosure pursuant to the s. 23 override.

[65] The Assistant Commissioner also determined that the discretionary exemptions in ss. 14 and 19 could be applied to the records at issue. Because s. 23 does not apply to ss. 14 and 19, he upheld the Minister's decision not to disclose without reviewing the Minister's exercise of discretion under ss. 14 and 19 of the Act.

(b) *The Duty of the "Head" (or Minister)*

[66] As discussed above, the "head" making a decision under ss. 14 and 19 of the Act has a

question de savoir si les décisions du ministre (la personne responsable) et de la Commission étaient conformes au cadre législatif établi par la Loi.

a) *Les décisions*

[63] La décision du ministre de ne pas divulguer les documents en cause a été transmise à la CLA dans une lettre datée du 27 novembre 1998. Le ministre y citait un certain nombre d'exceptions prévues par la Loi pour motiver son refus, notamment celles décrites à l'art. 21 (exception relative à la vie privée), à l'art. 19 et à certains alinéas de l'art. 14. Dans sa lettre, le ministre n'a pas expliqué pourquoi ces exceptions s'appliquaient, ni la raison pour laquelle aucune partie des documents demandés ne serait divulguée.

[64] Lorsqu'il a examiné la décision du ministre, le commissaire adjoint a reconnu que les documents contenaient des renseignements personnels relatifs à des personnes liées à la cause, notamment des policiers, des avocats du ministère public, des témoins, la victime et l'accusé. Il a cependant conclu qu'il y avait une « nécessité manifeste de divulguer [les documents] » qui « l'emport[ait] sans conteste » sur l'intérêt qu'il y avait à ne pas les divulguer. Par conséquent, si l'exception relative à la vie privée prévue à l'art. 21 avait été la seule en cause, il aurait ordonné la divulgation en application du principe de la primauté des raisons d'intérêt public consacré par l'art. 23.

[65] Le commissaire adjoint a également conclu que les exceptions assujetties à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire prévues aux art. 14 et 19 s'appliquaient bel et bien aux documents en cause. Comme l'art. 23 ne s'applique pas aux art. 14 et 19, il a confirmé la décision du ministre de ne pas divulguer les documents demandés, et ce, sans examiner l'exercice par le ministre du pouvoir discrétionnaire que lui confèrent les art. 14 et 19 de la Loi.

b) *Les obligations de la « personne responsable » (ou ministre)*

[66] Comme nous l'avons déjà mentionné, la « personne responsable » qui prend une décision

2010 SCC 23 (CanLII)

discretion whether to order disclosure or not. This discretion is to be exercised with respect to the purpose of the exemption at issue and all other relevant interests and considerations, on the basis of the facts and circumstances of the particular case. The decision involves two steps. First, the head must determine whether the exemption applies. If it does, the head must go on to ask whether, having regard to all relevant interests, including the public interest in disclosure, disclosure should be made.

[67] The head must consider individual parts of the record, and disclose as much of the information as possible. Section 10(2) provides that where an exemption is claimed, "the head shall disclose as much of the record as can reasonably be severed without disclosing the information that falls under one of the exemptions".

(c) *The Duty of the Reviewing Commissioner*

[68] The Commissioner's review, like the head's exercise of discretion, involves two steps. First, the Commissioner determines whether the exemption was properly claimed. If so, the Commissioner determines whether the head's exercise of discretion was reasonable.

[69] In IPC Order P-58/May 16, 1989, Information and Privacy Commissioner Linden explained the scope of his authority in reviewing this exercise of discretion:

In my view, the head's exercise of discretion must be made in full appreciation of the facts of the case, and upon proper application of the applicable principles of law. It is my responsibility as Commissioner to ensure that the head has exercised the discretion he/she has under the *Act*. While it may be that I do not have the authority to substitute my discretion for that of the head,

en application des art. 14 et 19 de la Loi dispose du pouvoir discrétionnaire de décider d'ordonner ou non la divulgation. Ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé à la lumière de la fin visée par l'exception en cause ainsi que de toutes les autres considérations et de tous les autres intérêts pertinents, en tenant compte des faits et des circonstances de l'affaire dont il est question. La décision se prend en deux étapes. Premièrement, la personne responsable doit déterminer si l'exception s'applique. Le cas échéant, elle doit ensuite se demander si, compte tenu de tous les intérêts pertinents, y compris l'intérêt public à ce qu'il y ait divulgation, il devrait y avoir divulgation.

[67] La personne responsable doit examiner séparément les différentes parties des documents et divulguer le plus de renseignements possibles. Selon le par. 10(2), lorsqu'une exception est invoquée, « la personne responsable [. . .] divulgue la partie du document qui peut raisonnablement en être extraite sans divulguer [l]es renseignements [faisant l'objet d'une exception] ».

(c) *Les obligations du commissaire qui procède à l'examen de la décision de la personne responsable*

[68] Tout comme l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la personne responsable, l'examen auquel procède le commissaire comporte deux étapes. Premièrement, le commissaire décide si l'exception a été invoquée à bon droit. Le cas échéant, il détermine si la personne responsable a exercé son pouvoir discrétionnaire raisonnablement.

[69] Dans l'ordonnance P-58 de la CAIPVP, datée du 16 mai 1989, le commissaire à l'information et à la protection de la vie privée Linden a expliqué la portée du pouvoir qui lui est conféré pour examiner cet exercice du pouvoir discrétionnaire :

[TRADUCTION] À mon avis, la personne responsable doit exercer son pouvoir discrétionnaire en tenant compte des faits de la cause et en appliquant comme il se doit les principes de droit pertinents. À titre de commissaire, je suis responsable de garantir que la personne responsable a exercé le pouvoir discrétionnaire que lui confère la *Loi*. S'il est possible que je n'aie pas le droit de substituer

2010 SCC 23 (CanLII)

I can and, in the appropriate circumstances, I will order a head to reconsider the exercise of his/her discretion if I feel it has not been done properly. I believe that it is our responsibility as the reviewing agency and mine as the administrative decision-maker to ensure that the concepts of fairness and natural justice are followed. [Emphasis added; p. 11.]

[70] Decisions of the Assistant Commissioner regarding the interpretation and application of the *FIPPA* are generally subject to review on a standard of reasonableness (see *Ontario (Minister of Finance) v. Higgins* (1999), 118 O.A.C. 108, at para. 3, leave to appeal refused, [2000] 1 S.C.R. xvi; *Ontario (Information and Privacy Commissioner, Inquiry Officer) v. Ontario (Minister of Labour, Office of the Worker Advisor)* (1999), 46 O.R. (3d) 395 (C.A.), at paras. 15-18; *Ontario (Attorney General) v. Ontario (Freedom of Information and Protection of Privacy Act Adjudicator)* (2002), 22 C.P.R. (4th) 447 (Ont. C.A.), at para. 3).

[71] The Commissioner may quash the decision not to disclose and return the matter for reconsideration where: the decision was made in bad faith or for an improper purpose; the decision took into account irrelevant considerations; or, the decision failed to take into account relevant considerations (see IPC Order PO-2369-F/February 22, 2005, at p. 17).

[72] In the case before us, the Commissioner concluded that since s. 23 was inapplicable to ss. 14 and 19, he was bound to uphold the Minister's decision under those sections. Had he interpreted ss. 14 and 19 as set out earlier in these reasons, he would have recognized that the Minister had a residual discretion under ss. 14 and 19 to consider all relevant matters and that it was open to him, as Commissioner, to review the Minister's exercise of his discretion.

[73] The Commissioner's interpretation of the statutory scheme led him not to review the Minister's exercise of discretion under s. 14, in

mon pouvoir discrétionnaire à celui de la personne responsable, je peux toutefois lui ordonner d'exercer à nouveau son pouvoir discrétionnaire si j'estime que cela n'a pas été fait de façon adéquate et, dans les circonstances appropriées, je vais l'ordonner. Je crois qu'il est de notre devoir, à titre d'agence chargée de révision, et de mon devoir, à titre de décideur administratif, de garantir le respect des concepts d'équité et de justice naturelle. [Nous soulignons; p. 11.]

[70] Les décisions du commissaire adjoint quant à l'interprétation et à l'application de la *LAIPVP* sont généralement sujettes à un contrôle au regard de la norme de raisonnabilité (voir *Ontario (Minister of Finance) c. Higgins* (1999), 118 O.A.C. 108, par. 3, autorisation de pourvoi refusée, [2000] 1 R.C.S. xvi; *Ontario (Information and Privacy Commissioner, Inquiry Officer) c. Ontario (Minister of Labour, Office of the Worker Advisor)* (1999), 46 O.R. (3d) 395 (C.A.), par. 15-18 ; *Ontario (Attorney General) c. Ontario (Freedom of Information and Protection of Privacy Act Adjudicator)* (2002), 22 C.P.R. (4th) 447 (C.A. Ont.), par. 3).

[71] Le commissaire peut annuler la décision de ne pas divulguer et renvoyer l'affaire pour réexamen lorsque : la décision a été prise de mauvaise foi ou était mal fondée; la décision a pris en compte des considérations non pertinentes; ou la décision a été prise en omettant de tenir compte de facteurs pertinents (voir CAIPVP Ordonnance PO-2369-F/22 février 2005, p. 17).

[72] Dans l'affaire qui nous occupe, le commissaire a conclu que, comme l'art. 23 ne s'appliquait pas aux art. 14 et 19, il était tenu de confirmer la décision du ministre prise en vertu de ces dispositions. S'il avait interprété les art. 14 et 19 comme il a été énoncé précédemment dans les présents motifs, il aurait constaté que le ministre avait un pouvoir discrétionnaire résiduel en vertu des art. 14 et 19 de prendre en considération tous les facteurs pertinents et qu'il pouvait, à titre de commissaire, réexaminer l'exercice par le ministre de son pouvoir discrétionnaire.

[73] Compte tenu de l'interprétation qu'il a faite du régime législatif, le commissaire n'a pas réexaminé, conformément aux principes relatifs au

2010 SCC 23 (CanLII)

accordance with the review principles discussed above.

[74] Without pronouncing on the propriety of the Minister's decision, we would remit the s. 14 claim under the law enforcement exemption to the Commissioner for reconsideration. The absence of reasons and the failure of the Minister to order disclosure of any part of the voluminous documents sought at the very least raise concerns that should have been investigated by the Commissioner. We are satisfied that had the Commissioner conducted an appropriate review of the Minister's decision, he might well have reached a different conclusion as to whether the Minister's discretion under s. 14 was properly exercised.

[75] We view the records falling under the s. 19 solicitor-client exemption differently. Under the established rules on solicitor-client privilege, and based on the facts and interests at stake before us, it is difficult to see how these records could have been disclosed. Indeed, Major J., speaking for this Court in *McClure*, stressed the categorical nature of the privilege:

> . . . solicitor-client privilege must be as close to absolute as possible to ensure public confidence and retain relevance. As such, it will only yield in certain clearly defined circumstances, and does not involve a balancing of interests on a case-by-case basis. [Emphasis added; para. 35.]

(See also *Goodis*, at paras. 15-17, and *Blood Tribe*, at paras. 9-11.)

Accordingly, we would uphold the Commissioner's decision on the s. 19 claim.

6. Conclusion

[76] We would allow the appeal, set aside the decision of the Court of Appeal, and restore the Assistant Commissioner's Order confirming the

réexamen énoncés précédemment, l'exercice par le ministre du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 14.

[74] Sans nous prononcer sur le bien-fondé de la décision du ministre, nous sommes d'avis de renvoyer la demande fondée sur l'exception relative à l'exécution de la loi prévue à l'art. 14 au commissaire pour réexamen. L'absence de motifs et l'omission par le ministre d'ordonner la divulgation de quelque passage que ce soit des volumineux documents auxquels l'accès a été demandé soulèvent à tout le moins des préoccupations sur lesquelles le commissaire aurait dû se pencher. Nous sommes convaincues que si ce dernier avait réexaminé adéquatement la décision du ministre, il aurait très bien pu conclure autrement quant au caractère adéquat de l'exercice par le ministre du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 14.

[75] Nous sommes d'avis qu'il n'en va pas de même quant aux documents visés par l'exception relative au secret professionnel de l'avocat prévue à l'art. 19. Selon les règles établies en cette matière, et compte tenu des faits et des intérêts en cause dans la présente instance, il est difficile de concevoir comment ces documents auraient pu être divulgués. En effet, le juge Major, s'exprimant pour la Cour dans *McClure*, a insisté sur la nature catégorique du privilège :

> . . . le secret professionnel de l'avocat doit être aussi absolu que possible pour assurer la confiance du public et demeurer pertinent. Par conséquent, il ne cède le pas que dans certaines circonstances bien définies et ne nécessite pas une évaluation des intérêts dans chaque cas. [Nous soulignons; par. 35.]

(Voir également *Goodis*, par. 15-17, et *Blood Tribe*, par. 9-11.)

En conséquence, nous sommes d'avis de confirmer la décision du commissaire quant à la demande visée par l'art. 19.

6. Conclusion

[76] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la décision de la Cour d'appel et de rétablir l'ordonnance du commissaire adjoint

2010 SCC 23 (CanLII)

constitutionality of s. 23 of *FIPPA*. The documents protected by s. 19 of *FIPPA* are exempted from disclosure. We would, however, order that the claim under s. 14 of the Act be returned to the Commissioner for reconsideration in light of these reasons. In accordance with the request of the parties, there will be no order for costs.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellants: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent: Heenan Blaikie, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Department of Justice, Québec.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.

Solicitor for the intervener Tom Mitchinson, Assistant Commissioner, Office of the Information and Privacy Commissioner of Ontario: Information and Privacy Commissioner of Ontario, Toronto.

confirmant la constitutionnalité de l'art. 23 de la *LAIPVP*. Les documents protégés par l'art. 19 de la *LAIPVP* sont soustraits à la divulgation. Par contre, nous sommes d'avis de renvoyer l'ordonnance relative à la demande visée par l'art. 14 de la Loi au commissaire pour réexamen à la lumière des présents motifs. Conformément à la demande des parties, aucune ordonnance n'est rendue quant aux dépens.

Pourvoi accueilli.

Procureur des appelants : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimée : Heenan Blaikie, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Ministère de la Justice, Québec.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse : Procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.

Procureur de l'intervenant Tom Mitchinson, Commissaire adjoint, Bureau du commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario : Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario, Toronto.

2010 SCC 23 (CanLII)

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitor for the intervener the Information Commissioner of Canada: Information Commissioner of Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le Commissaire à l'information du Canada : Commissaire à l'information du Canada, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Federation of Law Societies of Canada: Borden Ladner Gervais, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada : Borden Ladner Gervais, Ottawa.

Solicitors for the interveners the Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers' Association and the Canadian Association of Journalists: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs des intervenantes l'Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers' Association et l'Association canadienne des journalistes : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

2010 SCC 23 (CanLII)

Solicitor General et al. v. Mitchinson, Assistant Information and Privacy Commissioner of Ontario et al.*

Attorney General for Ontario v. Mitchinson, Assistant Information and Privacy Commissioner of Ontario

[Indexed as: Ontario (Solicitor General) v. Ontario (Assistant Information and Privacy Commissioner)]

2001 CanLII 8582 (ON CA)

55 O.R. (3d) 355
[2001] O.J. No. 3223
Docket Nos. C34561, C34562 and C34563

Court of Appeal for Ontario
Catzman, Doherty and Simmons JJ.A.
August 8, 2001

* Application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada dismissed June 13, 2002 (Gonthier, Major and LeBel JJ.). S.C.C. File No. 28853. S.C.C. Bulletin, 2002, p. 781.

Crown law -- Freedom of information -- Deputy Privacy Commissioner ruled that Freedom of Information and Protection of Privacy Act did not apply to information sought by requesters as information was excluded from application of Act under ss. 65(6)1 and 65(6)3 -- Standard of review of Commissioner's decision that of correctness -- Commissioner erred by restricting meaning of "interest" in s. 65(6)3 to "legal interest" and by introducing time element into ss. 65(6)1 and 65(6)3 -- Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31, ss. 65(6)1, 65(6)3.

Three unrelated requests for access to information in the possession of Ontario government ministries were made. In one case, the requester sought disclosure of information relating to the takeover of municipal policing duties by the Ontario

Provincial Police, and specifically asked what ranks had been assigned by the O.P.P. to former Chiefs of Police of police services disbanded in favour of O.P.P. policing and what was the highest educational level held by former Chiefs of Police at the time of joining the O.P.P. The Ministry provided the requester with certain information about the rank determination process, but denied access to additional information on the basis that the specific information requested was excluded from the application of the Freedom of Information and Protection of Privacy Act by ss. 65(6)1 (which excludes records relating to proceedings or anticipated proceedings before a court, tribunal or other entity relating to labour relations or to the employment of a person by the in stitution) and 65(6)3 (which excludes records relating to meetings, consultations, discussions, or communications about labour relations or employment-related matters in which the institution has an interest). In the second case, the requester sought disclosure of a copy of a public complaint file relating to a complaint made by her and her husband to the Police Complaints Commission. The Ministry denied the request on the basis that the records were excluded from the Act by ss. 65(6)1 and 65(6) 3. In the third case, the requester, an unsuccessful candidate for a position as legal counsel with the Legal Services Branch of the Ministry of Consumer and Commercial Relations, sought disclosure of copies of all records relating to the job competition for that position. The Ministry denied the request on the basis that the records fell outside the Act by virtue of s. 65(6)3. In all three cases, the Assistant Privacy Commissioner, sitting on appeal, held that the records did not fall within s. 65(6) and were therefore subject to the Act. The Commissioner determined that the words "in which the institution has an interest" in s. 65(6)3 of the Act refer to a legal interest in the sense of "having the capacity to affect the legal rights or obligations of the institution". He also found that there were no employment-related issues pending or reasonably foreseeable in relation to the records forming the subject matter of any of the three requests. He accordingly ruled that the respective ministries no longer had an interest in the records requested. In the case also involving s. 65(6)1, he determined the exclusion provided by that subsection did not apply because there were no existing proceedings or anticipated

2001 CanLII 8582 (ON CA)

proceedings before a court, tribunal or other entity. The Ministries' application for judicial review was dismissed. The Ministries appealed.

Held, the appeal should be allowed.

The standard of review of the decision of the Assistant Privacy Commissioner was that of correctness. The expertise of the Commissioner is not engaged in the interpretation of s. 65(6). Relative to the court, the Commissioner has no particular expertise that is significant to the interpretation of the section.

The Commissioner erred in his interpretation of s. 65(6) by restricting the meaning of "interest" to "legal interest" and by introducing a time element into both s. 65(6)1 and s. 65(6) 3.

Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1998] 1 S.C.R. 1222, [1998] 1 S.C.R. 982, 160 D.L.R. (4th) 193, 226 N.R. 201, apld

Other cases referred to

John Doe v. Ontario (Information and Privacy Commissioner) (1993), 13 O.R. (3d) 767, 106 D.L.R. (4th) 140 (Div. Ct.); National Corn Growers Assn. v. Canadian Import Tribunal, [1990] 2 S.C.R. 1324, 74 D.L.R. (4th) 449, 114 N.R. 81; Ontario (Workers' Compensation Board) v. Ontario (Assistant Information and Privacy Commissioner) (1998), 41 O.R. (3d) 464, 164 D.L.R. (4th) 129, 82 C.P.R. (3d) 166 (C.A.), revg (1995), 23 O.R. (3d) 31, 125 D.L.R. (4th) 171, 61 C.P.R. (3d) 480 (Div. Ct.); Walmsley v. Ontario (Attorney General) (1997), 34 O.R. (3d) 611 (C.A.)

Statutes referred to

Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31, ss. 1, 10, 12-22, 17(1), 23, 39(2), 65(6), (7) [as am. S.O. 1995, c. 1, s. 82]

2001 CanLII 8582 (ON CA)

Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H.19
Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P.15, ss. 87, 90(5) [ss. 80-112 repealed S.O. 1997, c. 8, s. 35]
Public Service Act, R.S.O. 1990, c. P.47

Authorities referred to

Official Report of Debates, October 4, 1995
Sullivan, R., Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. (Toronto: Butterworths, 1994)

2001 CanLII 8582 (ON CA)

APPEALfrom a judgment of the Divisional Court allowing an application for a judicial review of decisions of the Assistant Privacy Commissioner.

Sara Blake and Priscilla Platt, for appellant Solicitor General and Minister of Correctional Services.
Don Bourgeois, for John Doe, requester.
William S. Challis and John Higgins, for respondent Tom Mitchinson, Assistant Privacy Commissioner.

The judgment of the court was delivered by

[1] SIMMONS J.A.: -- These three appeals, which were heard together, arise from three unrelated requests by individuals ("requesters") for access to information in the possession of Ontario government ministries. In each case, the responsible government official denied access to the records on the basis that the records fell within s. 65(6) of the Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31 (the "Act") and were not therefore subject to the Act. In each case, the Assistant Privacy Commissioner sitting on appeal from that decision held that the records did not fall within s. 65(6) and were therefore subject to the Act. The respective ministries challenged each ruling by way of judicial review application. The Divisional Court heard the applications together and, applying a reasonableness standard of review, dismissed the applications. This court granted leave to appeal.

I would allow the appeals. In my view, the Assistant Privacy Commissioner's rulings are reviewable on a correctness standard. On the correct interpretation of s. 65(6), the Act does not apply to the records sought by the requesters.

[2] The Act provides rights of access to records in the custody or control of Ontario government "institutions". It also protects the privacy of personal information contained in such records. When a person requests access to records in the custody or control of an institution, the 'head' of the institution is responsible for determining whether the records should be disclosed in accordance with the principles set out in the Act.

[3] Although in the custody or control of an Ontario government institution, records relating to "[p]roceedings or anticipated proceedings before a court, tribunal or other entity relating to labour relations or to the employment of a person by the institution" are excluded from the Act by s. 65(6)1. Similarly, records relating to "[m]eetings, consultations, discussions, or communications about labour relations or employment-related matters in which the institution has an interest" are excluded from the Act by s. 65(6)3 even though in the possession of a government institution.

[4] In each of these three appeals, the head of the relevant institution determined the records in issue were excluded from the Act by s. 65(6)3. In one instance, the head determined the records were also excluded by s. 65(6)1.

[5] On appeal, the Assistant Privacy Commissioner determined that the words "in which the institution has an interest" as found in s. 65(6)3 of the Act refer to "a legal interest", in the sense of "having the capacity to affect the legal rights or obligations of the institution". He also found there were no employment-related issues pending or reasonably foreseeable in relation to the records forming the subject matter of any of the three requests. He accordingly ruled that the respective ministries no longer have an interest in the records requested and that the records are not therefore excluded from the Act by

2001 CanLII 8582 (ON CA)

s. 65(6)3. In the case also involving s. 65(6)1, the Assistant Privacy Commissioner determined the exclusion provided by that subsection did not apply because there were no existing proceedings or anticipated proceedings before a court, tribunal or other entity. He ordered the respective ministries to deliver a decision concerning disclosure in accordance with the principles set out in the Act.

[6] In a brief endorsement, the Divisional Court determined the standard of review of the Assistant Privacy Commissioner's decisions is reasonableness, but in any event, confirmed his interpretation of s. 65(6) of the Act if the appropriate standard of review is correctness.

[7] Applying a correctness standard of review, in my view, the Assistant Privacy Commissioner erred in his interpretation of s. 65(6) in two respects, first, by restricting the meaning of "interest" to "legal interest" in s. 65(6)3, and second, by introducing an erroneous time element into both s. 65(6)1 and s. 65(6)3.

Background

[8] The factual circumstances surrounding the three requests for disclosure and a brief summary of the decision of the Assistant Privacy Commissioner in relation to each request are set out below.

Request to Ministry of the Solicitor General and Correctional Services for information relating to the take-over of municipal policing duties by the O.P.P. -- PO-1658

[9] The requester sought disclosure of the following information:

-- What ranks have been assigned by the O.P.P. to former Chiefs of Police of police services disbanded in favour of O.P.P. policing, during the period 1988 to the present time?

-- What is the highest educational level held by former Chiefs

2001 CanLII 8582 (ON CA)

of Police at the time of joining the O.P.P.?

[10] The Ministry provided the requester with certain information about the rank determination process. It also advised him that "the rank Determination Board has concluded that Chiefs of Police be appointed at the ranks of Constable, Sergeant, Staff Sergeant, and Inspector." It denied access to additional information on the basis that the specific information requested was excluded from the Act pursuant to s. 65(6)3.

[11] The requester appealed the Ministry's decision to the Privacy Commissioner. The requester clarified that he was not seeking information about individual former municipal Chiefs of Police. Rather, he wanted to know the number of former Chiefs assigned to each rank at the time of joining the O.P.P., and the numbers who had achieved particular levels of formal education at that time.

[12] The Assistant Privacy Commissioner reviewed the provisions of ss. 65(6) and 65(7) of the Act. Those sections provide as follows:

> 65(6) Subject to subsection (7), this Act does not apply to records collected, prepared, maintained or used by or on behalf of an institution in relation to any of the following:
>
> 1. Proceedings or anticipated proceedings before a court, tribunal or other entity relating to labour relations or to the employment of a person by the institution.
>
> 2. Negotiations or anticipated negotiations relating to labour relations or to the employment of a person by the institution between the institution and a person, bargaining agent or party to a proceeding or an anticipated proceeding.
>
> 3. Meetings, consultations, discussions or communications about labour relations or employment-related matters in which the institution

2001 CanLII 8582 (ON CA)

has an interest.

(7) This Act applies to the following records:

1. An agreement between an institution and a trade union.

2. An agreement between an institution and one or more employees which ends a proceeding before a court, tribunal or other entity relating to labour relations or to employment-related matters.

3. An agreement between an institution and one or more employees resulting from negotiations about employment-related matters between the institution and the employee or employees.

4. An expense account submitted by an employee of an institution to that institution for the purpose of seeking reimbursement for expenses incurred by the employee in his or her employment.

[13] He determined that "[t]he interpretation of sections 65(6) and (7) is a preliminary issue which goes to the application of the Act to the requested records." He found those subsections "record-specific and fact-specific" in that a record would remain within "the Commissioner's jurisdiction" if it fell within one of the exceptions listed in s. 65(7), even though it initially fell within s. 65(6). He found the requested records met the first two criteria set out in s. 65(6)3 in that i) they were collected, prepared, maintained or used by the Ministry or on its behalf and ii) the collection, preparation, maintenance or usage was in relation to meetings, consultations, discussions or communications. He found the records also clearly related to an employment-related matter. He considered the real issue was whether it was an employment related matter in which the Ministry "has an interest".

[14] On that issue, he said the following:

Previous orders of this office have held that an interest is

2001 CanLII 8582 (ON CA)

more than mere curiosity or concern. An "interest" for the purposes of section 65(6)3 must be a legal interest in the sense that the matter in which the Police have an interest must have the capacity to affect the legal rights or obligations of the Police (Orders P-1242 and M-1147).

Several recent and relevant orders have considered the question of whether a 'legal interest' existed for the purposes of section 65(6)3 or its equivalent in the Municipal Freedom of Information and Protection of Privacy Act. . . . The conclusion of this line of orders has essentially been that for a 'legal interest' to exist, an institution must establish an interest that has the capacity to affect its legal rights or obligations, and that there must be a reasonable prospect that this interest will be engaged. The passage of time, inactivity by the parties, loss of forum or conclusion of a matter have all been considered in arriving at a determination of whether an institution has a legal interest in the records.

. . . . .

I accept that the Ministry has a legal obligation to properly discharge its responsibilities under the Police Services Act. However . . . the mere existence of legal responsibilities under a statute is insufficient to establish the third requirement of section 65(6)3. There is no evidence before me to suggest that there is any ongoing dispute or other employment-related matter involving the Ministry and the appellant, or any other person for that matter, that has the capacity to affect the Ministry's legal rights or obligations. The appellant is no longer an employee of the O.P.P., and I have been provided with no evidence of any unresolved grievances from his time of employment. There are also no apparent grounds for complaint under the human rights Code, and I have been provided with no evidence of any other statutory or common law basis for redress available to the appellant.

Accordingly, I find that, in the circumstances of this appeal, there is no employment-related matter pending or

2001 CanLII 8582 (ON CA)

reasonably foreseeable which has the capacity to affect the legal rights or obligations of the Ministry, and I find that the Ministry has not demonstrated that it has sufficient legal interest in the records to bring them within the ambit of section 65(6)3.

[15] In the result, the Assistant Privacy Commissioner ordered the Ministry to issue a decision letter to the requester concerning his request.

Request to Ministry of the Solicitor General and Correctional Services for a copy of a public complaint file relating to a complaint made by the requester and her husband to the Police Complaints Commission -- PO-1618

[16] In 1992, the requester's husband alleged he had been assaulted. He subsequently complained that O.P.P. officers assigned to the matter failed to thoroughly investigate the incident. When the O.P.P. determined his complaint about the officers was not substantiated, the requester's husband asked for a review by the Police Complaints Commissioner. The requester later asked for a copy of the Police Complaints Commission file. The Ministry denied the request on the basis that the records were excluded from the Act by ss. 65(6)1 and 3. [See Note 1 at end of document]

[17] The Assistant Privacy Commissioner analyzed s. 65(6)3 in essentially the same fashion as outlined above. He concluded that the O.P.P. had an obligation under the Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P.15 to investigate the complaint against the police officer[s] and that "this constituted a legal interest in an employment-related matter at the time of the investigation". However, he found that as six years had passed and he had not been provided with any evidence to suggest "there is an outstanding interest in the investigation that has the capacity to affect the O.P.P.'s legal rights or obligations . . . there is no matter pending or reasonably foreseeable which has the capacity to affect the Ministry's legal rights or obligations." He also found the records were not excluded by s. 65(6)1 of the Act as there were no existing proceedings or anticipated proceedings before a court tribunal

2001 CanLII 8582 (ON CA)

or other entity. He ordered the Ministry to deliver a decision letter to the requester concerning her request.

Request to Ministry of the Attorney General for a copy of all records relating to a job competition for the position of Legal Counsel, Ministry of Consumer and Commercial Relations Legal Services Branch -- PO-1627

[18] The requester was an unsuccessful candidate for a position posted on the Association of Law Officers of the Crown Job Transfer List, namely, legal counsel with the Legal Services Branch of the Ministry of Consumer and Commercial Relations. He requested access to a copy of all records relating to the job competition that was conducted under the Public Service Act, R.S.O. 1990, c. P.47, including copies of the job description, of the questions used at his interview, of the model answers, of the answers he provided as recorded by the panel and of the draft model factum and legal opinion. The Ministry denied the request on the basis that the records fell outside the Act by virtue of s. 65(6)3. It subsequently clarified that a job description, model factum and model answers were not prepared for the competition.

[19] Again, the Assistant Privacy Commissioner analyzed s. 65(6)3 in the same fashion as outlined above. He accepted that the Ministry's responsibilities as an employer to adhere to the Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H.19 during the recruitment process "constituted a legal interest in an employment-related matter at the time of the job competition". However, he found that the "recruitment process has been completed, and the appellant has provided convincing arguments that there are no outstanding interests in this job competition process that have the capacity to affect the Ministry's legal rights or obligations". He said, "there is no employment-related matter pending or reasonably foreseeable which has the capacity to affect the Ministry's legal rights or obligations . . .". He found that the Ministry had not demonstrated a "sufficient legal interest in the records to bring them within the ambit of s. 65(6)3". Again, he ordered the Ministry to deliver a decision letter to the request er concerning his request.

2001 CanLII 8582 (ON CA)

Other Relevant Provisions of the Act

[20] The purposes of the Act are set out in s. 1 which provides:

> 1. The purposes of this Act are,
>
> (a) to provide a right of access to information under the control of institutions in accordance with the principles that,
>
> (i) information should be available to the public,
>
> (ii) necessary exemptions from the right of access should be limited and specific, and
>
> (iii) decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government; and
>
> (b) to protect the privacy of individuals with respect to personal information about themselves held by institutions and to provide individuals with a right of access to that information.

[21] The general right of access to records "in the custody or under the control of an institution" is set out in s. 10 of the Act. Sections 12 to 22 of the Act provide both mandatory and discretionary exemptions from disclosure. Section 23 provides for an override of certain exemptions "where a compelling public interest in the disclosure of the record clearly outweighs the purpose of the exemption". Section 65 contains a miscellaneous list of records that are excluded from the Act. Without exception, the exclusions are framed as records to which the "Act does not apply".

Divisional Court Decision

[22] The Divisional Court delivered reasons applicable to all three applications by endorsement in the application relating to

2001 CanLII 8582 (ON CA)

the request for disclosure of the Police Complaints Commission file. The relevant portions of that endorsement are as follows:

. . . . .

4. Counsel for both the Ministry and the Commission agreed that an employment-related matter was involved.

5. Counsel for the Ministry argued that the amendment of which subsection 65(6) and (7) were a part was passed for the purpose of putting the government into the same position as a private employer with relation to employment-related records. We, are of the opinion, that so classifying the amendment is to state the proposition too broadly. Subsection (3) says "employment-related records in which the institution has an interest". [The Ministry] argues that all employment-related records are not subject to the Act and that ownership means "ownership or management interest"; and that in using the words "in which the institution has an interest", the legislature was excluding employment records of employees of private employers which might for some reason be in the possession of a government institution, for example, the Ministry of Labour. We do not see any merit in this explanation for the use of the phrase in subs. 3.

6. The Commissioner interpreted the words "in which the institution had an interest" in a legally oriented sense.

7. The Commissioner held that the records in question related to an employment matter in which the institution had an interest -- but that six years had passed and there was currently no outstanding interest in the investigation that had the capacity to affect the institution's legal rights or obligations and therefore the records did not fit within the scope of s. 65(6)3 and were subject to the Act.

8. Re Standard of Review -- It is argued on behalf of the Ministry that in interpreting s. 65(6) in particular, the Commissioner was adding to his jurisdiction and therefore under the Court of Appeal decision in Walmsley [See Note 2 at end of document] the standard of review is correctness.

2001 CanLII 8582 (ON CA)

> In our view, the records in question were in the control of the Ministry and that the Commissioner, in interpreting his home statute, and in adopting a pragmatic and functional approach was entitled to deference and a standard of reasonableness applies. Even if we were wrong in this, and the standard is correctness, we would dismiss the application. No costs.

Analysis

Standard of review

[23] The Ministries contend the appropriate standard of review is correctness while the Privacy Commissioner contends that the appropriate standard of review is reasonableness.

[24] Rather than focusing on classifying issues as jurisdictional or otherwise, the Supreme Court of Canada has adopted a "pragmatic and functional approach" to determining the appropriate standard of review of the decisions of administrative tribunals. In Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) ,[1998] 1 S.C.R. 982 at pp. 1004-05, 160 D.L.R. (4th) 193, Bastarache J. set out the general principles governing this approach and also confirmed the emergence of "reasonableness" as a third recognized standard, in addition to the traditional standards of "correctness" and "patent unreasonableness", within the spectrum of standards of review:

> The central inquiry in determining the standard of review exercisable by a court of law is the legislative intent of the statute creating the tribunal whose decision is being reviewed. More specifically, the reviewing court must ask: "[W]as the question which the provision raises one that was intended by the legislators to be left to the exclusive jurisdiction of the Board?" . . .
>
> Since U.E.S., Local 298 v. Bibeault, [1988] 2 S.C.R. 1048, this Court has determined that the task of statutory interpretation requires a weighing of several different factors, none of which are alone dispositive, and each of

2001 CanLII 8582 (ON CA)

which provides an indication falling on a spectrum of the proper level of deference to be shown the decision in question. This has been dubbed the "pragmatic and functional" approach. This more nuanced approach in determining legislative intent is also reflected in the range of possible standards of review. Traditionally, the "correctness" standard and the "patent unreasonableness" standard were the only two approaches available to a reviewing court. But in Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc., [1997] 1 S.C.R. 748, a "reasonableness simpliciter" standard was applied as the most accurate reflection of the competence intended to be conferred on the tribunal by the legislator. Indeed, the Court there described the range of standards available as a "spectrum" with a "more exacting end" and a "more deferential end" (para. 30).

Although the language and approach of the "preliminary", "collateral" or "jurisdictional" question has been replaced by this pragmatic and functional approach, the focus of the inquiry is still on the particular, individual provision being invoked and interpreted by the tribunal. Some provisions within the same Act may require greater curial deference than others, depending on the factors which will be described in more detail below. To this extent, it is still appropriate and helpful to speak of "jurisdictional questions" which must be answered correctly by the tribunal in order to be answered intra vires. But it should be understood that a question which "goes to jurisdiction" is simply descriptive of a provision for which the proper standard of review is correctness, based upon the outcome of the pragmatic and functional analysis. In other words, "jurisdictional error" is simply an error on an issue with respect to which, according to the outcome of the pragmatic and functional analysis, the tribunal must make a correct interpretation and to which no deference will be shown.

(Emphasis added)

[25] He then reviewed the factors to be considered in the course of the analysis and a variety of considerations applicable to each. [See Note 3 at end of document] Those

2001 CanLII 8582 (ON CA)

factors, and the considerations applicable to them that are relevant for the purposes of this appeal, may be conveniently summarized as follows:

i. presence or absence of a privative clause -- the presence of a full privative clause is a strong indication in favour of deference; the absence of a privative clause may or may not imply a higher standard of review, depending on other factors present;

ii. expertise -- consideration of three matters is required: the nature of the expertise of the tribunal, a comparison of the expertise of the tribunal to that of the court (relative expertise), and a consideration of the specific decision in issue in relation to that expertise;

iii. purpose of the act as a whole, and the provision in particular -- a lower standard of review may be indicated where the act and the provision in particular require consideration of "polycentric issues" requiring balancing of a wide range of interacting interests and considerations; and

iv. the nature of the problem: a question of law or fact -- questions of fact generally signal deference whereas "a serious question of general importance" more likely implies a higher standard of review.

[26] The Privacy Commissioner submits the Supreme Court of Canada has thus signaled that reviewing courts must proceed cautiously when assessing the jurisdiction of administrative tribunals. Though charged with the important task of ensuring tribunals do not exceed their legislated mandate, courts must be careful not to limit a tribunal's functions in a manner not intended by the legislature. The provisions of a tribunal's enabling statute do not always admit of one "correct" meaning. In order to promote the public policy reflected in the statute, logically, such provisions should be left with the tribunal for an interpretation informed by its specialist perspective. [See Note 4 at end of document]

2001 CanLII 8582 (ON CA)

[27] The Privacy Commissioner says the records now excluded by s. 65(6) [See Note 5 at end of document] are ones over which she formerly exercised decision-making authority. The interpretation of s. 65(6), like the interpretation of the exemption provisions, [See Note 6 at end of document] engages the Privacy Commissioner in a "context sensitive", "record by record", determination aimed at reflecting the legislature's choice between the competing values of access and confidentiality. She relies on the fact that courts have consistently held that the standard of review of her decisions relating to the interpretation of rights of access and exemptions under the Act is reasonableness. Balancing the objectives set out in the Act lies at the heart of her specialized expertise. She asserts the legislature cannot be presumed to have intended she should now have lesser expertise or be accorded lesser deference. The applicable standard of review of her interpretation of s. 65(6) should therefore be reasonableness.

[28] In my view, an application of the Pushpanathan factors to the circumstances of this case indicates that the appropriate standard of review is correctness.

[29] Relative expertise is no doubt a highly significant factor in the determination of the appropriate standard of review. This court recognized the expertise of the Privacy Commissioner in Ontario (Workers' Compensation Board) v. Ontario (Assistant Information and Privacy Commissioner) (1998), 41 O.R. (3d) 464, 164 D.L.R. (4th) 129 (C.A.) as follows [at pp. 472-73 O.R.]:

> [T]he commissioner is required to develop and apply expertise in the management of many kinds of government information, thereby acquiring a unique range of expertise not shared by the courts. The wide range of the commissioner's mandate is beyond areas typically associated with the court's expertise. . . . the commission is a specialized agency which administers a comprehensive statute regulating the release and retention of government information. In the administration of that regime, the commissioner is called upon not only to find facts and decide questions of law, but also to exercise an understanding of the body of specialized expertise that is

2001 CanLII 8582 (ON CA)

> beginning to develop around systems for access to government information and the protection of personal data. The statute calls for a delicate balance between the need to provide access to government records and the right to the protection of personal privacy. Sensitivity and expertise on the part of the commissioner is all the more required if the twin purposes of the legislation are to be met. [See Note 7 at end of document]

[30] While acknowledging the relative expertise of the Privacy Commissioner in matters requiring it, in my view the very wording of s. 65(6) indicates her expertise is not engaged in its interpretation. By using the words "this Act does not apply", the legislature has distinguished exclusions from exemptions, and has declared that the "delicate balanc[ing] between the need to provide access to government records and the right to protection of personal privacy", which engages the expertise of the Privacy Commissioner, plays no role in relation to the enumerated records. Accordingly, relative to the court, the Privacy Commissioner possesses no particular expertise that is significant to the interpretation of the section. In my view, this wording also signifies the legislature's intention that the Privacy Commissioner not have a determinative say in the interpretation of the section. Had it viewed the matter otherwise, it would not have excluded the enumerated records from the operation of the Act.

[31] In short, when applied to the particular circumstances presented, I consider the Pushpanathan factors favour correctness as the appropriate standard of review. This conclusion appears to be consistent with the decision of this court in Walmsley, supra. There, Goudge J.A. found s. 10(1) of the Act to be jurisdiction-limiting, in the sense that records not "in the custody or under the control of" an institution are not subject to the Act and are therefore beyond the jurisdiction of the Privacy Commissioner. Using a functional and pragmatic approach, he determined the appropriate standard of review of a decision interpreting s. 10(1) to be correctness, based on that finding, the absence of a privative clause, and the conclusion that no particular expertise was required for the interpretation of the operative words of the section. Particularly in the

2001 CanLII 8582 (ON CA)

latter respect, s. 10(1) and s. 65(6) share a common characteristic.

Was the Assistant Commissioner's interpretation of ss. 65(6)1 and 3 of the Act correct?

[32] In my view, the Assistant Commissioner erred in his interpretation of s. 65(6) in two respects: first, by restricting the meaning of "interest" to "legal interest" in s. 65(6)3; and second, by introducing a time element into the section, when none exists. He introduced a time element into subclause 1 [See Note 8 at end of document] by requiring that any proceedings "be current, anticipated, or in the reasonably proximate past" and into subclause 3 [See Note 9 at end of document] by requiring that an institution "establish an interest that has the capacity to affect its legal rights . . . and that there . . . be a reasonable prospect that this interest be engaged".

[33] I will repeat the relevant provisions for ease of reference:

(6) Subject to subsection (7), this Act does not apply to records collected, prepared, maintained or used by or on behalf of an institution in relation to any of the following:

1. Proceedings or anticipated proceedings before a court, tribunal or other entity relating to labour relations or to the employment of a person by the institution.

2. Negotiations or anticipated negotiations relating to labour relations or to the employment of a person by the institution between the institution and a person, bargaining agent or party to a proceeding or an anticipated proceeding.

3. Meetings, consultations, discussions or communications about labour relations or employment-related matters in which the institution has an interest.

(7) This Act applies to the following records:

2001 CanLII 8582 (ON CA)

1. An agreement between an institution and a trade union.

2. An agreement between an institution and one or more employees which ends a proceeding before a court, tribunal, or other entity relating to labour relations or to employment-related matters.

3. An agreement between an institution and one or more employees resulting from negotiations about employment-related matters between the institution and the employee or employees.

4. An expense account submitted by an employee of an institution to that institution for the purpose of seeking reimbursement for expenses incurred by the employee in his or her employment.

[34] In arriving at the conclusion that the words "in which the institution has an interest" in s. 65(6)3 must be referring to "a legal interest" in the sense of having the capacity to affect an institution's "legal rights or obligations", the Assistant Privacy Commissioner stated that various authorities support the proposition that an interest must refer to more than mere curiosity or concern. [See Note 10 at end of document] I have no difficulty with the latter proposition. It does not however lead to the inevitable conclusion that "interest" means "legal interest" as defined by the Assistant Privacy Commissioner.

[35] As already noted, s. 65 of the Act contains a miscellaneous list of records to which the Act does not apply. Subsection 6 deals exclusively with labour relations and employment-related matters. Subsection 7 provides certain exceptions to the exclusions set out in subsection 6. Examined in the general context of subsection 6, the words "in which the institution has an interest" appear on their face to relate simply to matters involving the institution's own workforce. Subclause 1 deals with records relating to "proceedings or anticipated proceedings . . . relating to labour relations or to the employment of a person by the institution" (emphasis added).

2001 CanLII 8582 (ON CA)

Subclause 2 deals with records relating to "negotiations or anticipated negotiations relating to labour relations or to the employment of a person by the institution . . ." (emphasis added). Subclause 3 deals with records relating to a miscellaneous category of events "about labour relations or employment-related matters in which the institution has an interest". Having regard to the purpose for which the section was enacted, [See Note 11 at end of document] and the wording of the subsection as a whole, the words "in which the institution has an interest" in subclause 3 operate simply to restrict the categories of excluded records to those records relating to the institutions' own workforce where the focus has shifted from "employment of a person" to "employment-related matters". To import the word "legal" into the subclause when it does not appear, introduces a concept there is no indication the legislature intended.

[36] As for the time element introduced into subsection 6, I note that in dealing with the request for access to the Police Complaints Commission file, the Assistant Privacy Commissioner acknowledged the stated purpose of the package of amendments by which s. 65(6) was added to the Act in 1995 and articulated a purposive approach to the interpretation of the section:

> I am also not persuaded by the Ministry's argument that because the wording in the section does not expressly say so, there can be no time limitations associated with section 65(6). In my view, section 65(6) must be understood in context, taking into consideration both the stated intent and goal of the Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act (Bill 7) -- to restore balance and stability to labour relations and to promote economic prosperity; and overall purposes of the Act -- to provide a right of access to information under the control of institutions and to protect the privacy of and provide access to personal information under the control of institutions and to protect the privacy of and provide access to personal information held by institutions. When proceedings are current, anticipated, or in the reasonably proximate past, in my view, there is a reasonable expectation that a premature disclosure of the type of records described in section 65(6)1 could lead to an

2001 CanLII 8582 (ON CA)

imbalance in labou r relations between the government and its employees. However, when proceedings have been completed, are no longer anticipated, or are not in the reasonably proximate past, disclosure of these same records could not possibly have an impact on any labour relations issues directly related to these records, and different considerations should apply. [See Note 12 at end of document]

[37] As already noted, the records described in s. 65(6) are expressly excluded from the Act. Though the Act as a whole provides a context for understanding the words of a specific section, the purposes section of an Act does not mandate introduction of language into a statutory provision that is otherwise clear. [See Note 13 at end of document]

[38] In my view, the time sensitive element of subsection 6 is contained in its preamble. The Act "does not apply" to particular records if the criteria set out in any of subclauses 1 to 3 are present when the relevant action described in the preamble takes place, i.e. when the records are collected, prepared, maintained or used. Once effectively excluded from the operation of the Act, the records remain excluded. The subsection makes no provision for the Act to become applicable at some later point in time in the event the criteria set out in any of subclauses 1 to 3 cease to apply.

[39] This interpretation also makes practical sense for the purposes of administration of the Act. Institutions are required by s. 39(2) of the Act to give notice to affected individuals "[w]here personal information is collected on behalf of the institution". Retention and disposal of personal information is to be dealt with as prescribed by regulation. In the absence of clear language, one would not expect that institutions are required to continually review their records on an ongoing basis to assess the applicability of the Act.

[40] In my view, therefore, the Assistant Privacy Commissioner was wrong to limit the scope of the exclusions in the way that he did.

Conclusion

2001 CanLII 8582 (ON CA)

[41] For the reasons given, I would allow the appeals and quash the decisions of the Assistant Commissioner. Insofar as PO-1618 is concerned, I would quash the decision of the Assistant Commissioner only as it relates to part 2 of the request, being the only portion of the request in issue on this appeal.

[42] In my view, it is not for this court on an application for judicial review to make any form of declaration as to whether the records are, or are not, excluded from the Act. The effect of quashing the decisions of the Assistant Privacy Commissioner will simply be that the decisions of the heads of the respective Ministries will be restored.

[43] I would make no order as to costs.

Appeal allowed.

Notes

Note 1: A complainant is separately entitled to a copy of the investigation report, the decision and the reasons for decision of the Police Complaints Commission by virtue of ss. 87 and 90(5) of the Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P.15 [ss. 80-112 repealed S.O. 1997, c. 8, s. 35].

Note 2: Walmsley v. Ontario (Attorney General) (1997), 34 O.R. (3d) 611 (C.A.).

Note 3: See pp. 1005-11 S.C.R.

Note 4: Relying on National Corn Growers Assn. v. Canadian Import Tribunal, [1990] 2 S.C.R. 1324, 74 D.L.R. (4th) 449 per Wilson J. at pp. 456-63.

Note 5: Section 65(6) was added to the Act by a package of amendments made in 1995 [S.O. 1995, c. 1, s. 82].

Note 6: For example, s. 17(1) provides a mandatory exemption for "third party" information, including "labour relations

2001 CanLII 8582 (ON CA)

information", where disclosure could reasonably be expected to cause commercial or competitive harm.

Note 7: Quoting Campbell J. in John Doe v. Ontario (Information and Privacy Commissioner) (1993), 13 O.R. (3d) 767 at pp. 782-83, 106 D.L.R. (4th) 140 (Div. Ct.).

Note 8: PO-1658 at p. 10.

Note 9: PO-1618 at p. 4.

Note 10: PO-1618 at p. 4; see also PO-1242 at pp. 7-10 where the Assistant Privacy Commissioner analogized the issue to "the requirement in civil procedure that in order to be added as a party to a proceeding a party must "have an interest" in the subject matter of the proceeding".

Note 11: As part of "An Act to restore balance and stability to labour relations and to promote economic prosperity and to make consequential changes to statutes concerning labour relations": Bill 7, 1st Session, 36th Legislature, 1995; "[a]lso, we propose to amend the Freedom of Information and Protection of Privacy Act ... to ensure the confidentiality of labour relations information": Hon. David Johnson (Chair of Management Board of Cabinet), Official Report of Debates, October 4, 1995.

Note 12: PO-1618 at p. 10.

Note 13: Ruth Sullivan, Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. (Toronto: Butterworths, 1994), at p. 267.

2001 CanLII 8582 (ON CA)

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

A.M. *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of British Columbia, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Canadian Civil Liberties Association, St. Clair Catholic District School Board and Canadian Foundation for Children, Youth and the Law (Justice for Children and Youth) *Interveners*

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

A.M. *Intimé*

et

Procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général de la Colombie-Britannique, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Association canadienne des libertés civiles, St. Clair Catholic District School Board et Canadian Foundation for Children, Youth and the Law (Justice for Children and Youth) *Intervenants*

2008 SCC 19 (CanLII)

Indexed as: R. *v.* A.M.

Neutral citation: 2008 SCC 19.

File No.: 31496.

2007: May 22; 2008: April 25.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

Répertorié : R. *c.* A.M.

Référence neutre : 2008 CSC 19.

Nº du greffe : 31496.

2007 : 22 mai; 2008 : 25 avril.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Sniffer dogs — Schools — Police using sniffer dog to search school for illicit drugs — Positive alert by dog to student's backpack left in school gymnasium leading to examination of content of backpack by police officer, who confirmed presence of illegal drugs — Whether dog sniff constituted search of content of student backpack — If so, whether search reasonable — If search unreasonable, whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

Police — Police powers — Investigative tools — Sniffer dogs — Whether common law powers of police to investigate crime include use of sniffer dogs.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Chiens renifleurs — Écoles — Police utilisant un chien renifleur pour fouiller une école à la recherche de drogues illicites — Réaction positive du chien signalant un sac à dos laissé par un élève dans le gymnase de l'école amenant le policier à examiner le contenu du sac et à confirmer la présence de drogues illégales — L'intervention du chien renifleur constituait-elle une fouille du contenu du sac à dos de l'élève? — Dans l'affirmative, la fouille était-elle non abusive? — Si la fouille était abusive, la preuve doit-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

Police — Pouvoirs policiers — Outils d'enquête — Chiens renifleurs — Le pouvoir d'effectuer des enquêtes criminelles que la common law confère aux policiers comprend-il celui d'utiliser des chiens renifleurs?

The police accepted a long-standing invitation by the principal of a high school to bring sniffer dogs into the school to search for drugs. The police had no knowledge that drugs were present in the school and would not have been able to obtain a warrant to search the school. The search took place while all the students were confined to their classrooms. In the gymnasium, the sniffer dog reacted to one of the unattended backpacks lined up against a wall. Without obtaining a warrant, the police opened the backpack and found illicit drugs. They charged the student who owned the backpack with possession of cannabis marihuana and psilocybin for the purpose of trafficking. At trial, the accused brought an application for exclusion of the evidence, arguing that his rights under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had been violated. The trial judge allowed the application, finding two unreasonable searches: the search conducted with the sniffer dog and the search of the backpack. He excluded the evidence and acquitted the accused. The Court of Appeal upheld the acquittal.

Held (Bastarache, Deschamps and Rothstein JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

1. *Per* McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps and Rothstein JJ.: The police possess a common law power to search using drug sniffer dogs on the basis of a *Charter* compliant standard of reasonable suspicion.

Per Bastarache J.: The police possess a common law power to search using drug sniffer dogs on the basis of a *Charter* compliant standard of generalized suspicion.

Per LeBel, Fish, Abella and Charron JJ.: There was no authority at common law for the sniffer-dog search in this case.

2. *Per* McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Fish, Abella and Charron JJ.: The dog sniff of the backpack at the school amounted to a search within s. 8 of the *Charter.*

Per Deschamps and Rothstein JJ.: The dog sniff of the backpack at the school did not amount to a search within s. 8 of the *Charter.*

3. *Per* McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Fish, Abella and Charron JJ.: The sniffer-dog search of the backpack at the school violated s. 8 of the *Charter.*

Per Deschamps and Rothstein JJ.: There is no need to determine whether s. 8 of the *Charter* was violated

La police a accepté une invitation de longue date du directeur d'une école secondaire à amener des chiens renifleurs à l'école pour y chercher des drogues. La police ne savait pas que des drogues étaient présentes à l'école et n'aurait pas pu obtenir un mandat autorisant la fouille à l'école. La fouille a été effectuée alors que tous les élèves devaient rester dans leurs classes. Dans le gymnase, le chien renifleur a réagi positivement à un des sacs à dos laissés sans surveillance et alignés contre un mur. Sans obtenir un mandat, un policier a ouvert le sac à dos et y a trouvé des drogues illicites. L'élève à qui appartenait le sac a été accusé de possession de marijuana et de psilocybine en vue d'en faire le trafic. Au procès, l'accusé a demandé l'exclusion de la preuve en invoquant la violation des droits que lui garantit l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés.* Le juge du procès a accueilli sa demande et a conclu qu'il y avait eu deux fouilles abusives : celle effectuée avec le chien renifleur et celle du sac à dos. Il a écarté les éléments de preuve et acquitté l'accusé. La Cour d'appel a maintenu l'acquittement.

Arrêt (les juges Bastarache, Deschamps et Rothstein sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

1. *La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps et Rothstein : La common law reconnaît aux policiers le pouvoir d'effectuer des fouilles ou perquisitions à l'aide d'un chien renifleur en se fondant sur une norme des soupçons raisonnables conforme à la *Charte*.

Le juge Bastarache : La common law reconnaît aux policiers le pouvoir d'effectuer des fouilles ou perquisitions à l'aide d'un chien renifleur en se fondant sur une norme des soupçons généraux conforme à la *Charte.*

Les juges LeBel, Fish, Abella et Charron : La common law ne permettait pas d'effectuer la fouille à l'aide d'un chien renifleur en l'espèce.

2. *La* juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Fish, Abella et Charron : L'utilisation d'un chien renifleur pour vérifier le sac à dos à l'école constituait une fouille au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

Les juges Deschamps et Rothstein : L'utilisation d'un chien renifleur pour vérifier le sac à dos à l'école ne constituait pas une fouille au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

3. *La* juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Fish, Abella et Charron : La fouille du sac à dos effectuée à l'aide du chien renifleur à l'école violait l'art. 8 de la *Charte*.

Les juges Deschamps et Rothstein : Il n'est pas nécessaire de déterminer s'il y a eu violation de l'art. 8 de

2008 SCC 19 (CanLII)

because the dog sniff of the backpack at the school did not amount to a search.

4. *Per* McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish, Abella and Charron JJ.: In the circumstances of this case, the evidence should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter.*

Per Deschamps and Rothstein JJ.: There is no need to determine whether the evidence should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter* because the dog sniff of the backpack at the school did not amount to a search.

Per Bastarache J.: The trial judge erred in excluding the evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter.*

Per LeBel, Fish, Abella and Charron JJ.: Students are entitled to privacy in a school environment. Since there was no authority in the statutes or at common law for the sniffer-dog search in this case, the search violated s. 8 of the *Charter.* For the reasons stated in *R. v. Kang-Brown*, [2008] 1 S.C.R. 456, 2008 SCC 18, our Court should not attempt to craft a legal framework of general application for the use of sniffer dogs in schools. As a result, the evidence was properly excluded under para. 24(2) of the *Charter.* [1-2]

Per McLachlin C.J. and Binnie J.: The police possess common law authority to use sniffer dogs in appropriate circumstances. If the police in this case had been called to investigate the potential presence of guns or explosives at the school using dogs trained for that purpose, the public interest in dealing quickly and efficiently with such a threat to public safety would have been greater and more urgent than routine crime prevention. [7] [37]

The dog sniff amounts to a search within s. 8 of the *Charter.* The information provided when the dog is trained to alert to the presence of controlled drugs permits inferences about the precise contents of the source that are of interest to the police. The subject matter of the sniff is not public air space. It is the concealed contents of the backpack. As with briefcases, purses and suitcases, backpacks are the repository of much that is personal, particularly for people who lead itinerant lifestyles during the day as in the case of students and travellers. Teenagers may have little expectation of privacy from the searching eyes and fingers of their parents, but they expect the contents of their backpacks not to be open to the random and speculative scrutiny

la *Charte* parce que l'utilisation d'un chien renifleur pour vérifier le sac à dos à l'école ne constituait pas une fouille.

4. *La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Fish, Abella et Charron : Dans les circonstances de la présente affaire, il y a lieu d'écarter la preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*.

Les juges Deschamps et Rothstein : Il n'est pas nécessaire de déterminer s'il y a lieu d'écarter la preuve en application du par. 24(2) de la *Charte* parce que l'utilisation d'un chien renifleur pour vérifier le sac à dos à l'école ne constituait pas une fouille.

Le juge Bastarache : Le juge du procès a commis une erreur en écartant la preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*.

Les juges LeBel, Fish, Abella et Charron : La vie privée des élèves doit être protégée en milieu scolaire. Comme la fouille effectuée avec l'aide d'un chien renifleur n'était pas autorisée par la loi ou la common law, elle était contraire à l'art. 8 de la *Charte*. Pour les motifs énoncés dans *R. c. Kang-Brown*, [2008] 1 R.C.S. 456, 2008 CSC 18, notre Cour ne devrait pas tenter d'élaborer un cadre juridique d'application générale régissant l'utilisation de chiens renifleurs dans les écoles. Par conséquent, c'est à bon droit que la preuve a été exclue en application du par. 24(2) de la *Charte*. [1-2]

La juge en chef McLachlin et le juge Binnie : La common law accorde aux policiers le pouvoir d'utiliser des chiens renifleurs dans les circonstances appropriées. Si, en l'espèce, la police avait été appelée pour enquêter, à l'aide de chiens dressés à cette fin, sur la présence éventuelle à l'école d'armes ou d'explosifs, l'importance et l'urgence de neutraliser rapidement et efficacement une telle menace pour la sécurité publique auraient eu préséance sur la simple prévention du crime. [7] [37]

L'intervention du chien constitue une fouille au sens de l'art. 8 de la *Charte*. L'information fournie par un chien dressé pour réagir à la présence de drogues contrôlées permet de tirer des inférences au sujet du contenu précis de la source qui intéresse la police. Ce n'est pas l'air ambiant de l'espace public que flaire le chien, mais ce qui est dissimulé dans un sac à dos. Comme les serviettes, les sacs à main et les valises, les sacs à dos contiennent beaucoup d'effets personnels; c'est notamment le cas pour les personnes qui, en raison de leur style de vie, ont à effectuer de nombreux déplacements pendant la journée, par exemple les élèves et les voyageurs. Les adolescents ne s'attendent pas vraiment à ce que leur vie privée échappe aux regards attentifs

2008 SCC 19 (CanLII)

of the police. This expectation is a reasonable one that society should support. The guilty secret of the contents of the accused's backpack was specific and meaningful information, intended to be private, and concealed in an enclosed space in which the accused had a continuing expectation of privacy. By use of the dog, the police officer could "see" through the concealing fabric of the backpack. [8] [62-63] [66-67]

Although a warrantless sniffer-dog search is available where reasonable suspicion is demonstrated, the sniffer-dog search of the students' belongings in this case violated their *Charter* rights under s. 8. The dog-sniff search was unreasonably undertaken because there was no proper justification. The youth court judge found that the police lacked any grounds for reasonable suspicion and the Crown has shown no error in the youth court judge's finding of fact. [91]

While the sniffer-dog search may have been seen by the police as an efficient use of their resources, and by the principal of the school as an efficient way to advance a zero-tolerance policy, these objectives were achieved at the expense of the privacy interest (and constitutional rights) of every student in the school. The *Charter* weighs other values, including privacy, against an appetite for police efficiency. Because of their role in the lives of students, backpacks objectively command a measure of privacy, and since the accused did not testify, the question of whether he had a subjective expectation of privacy in his backpack must be inferred from the circumstances. [15] [62-63]

In the context of a routine criminal investigation, the police are entitled to use sniffer dogs based on a "reasonable suspicion". If there are no grounds of reasonable suspicion, the use of the sniffer dogs will violate the s. 8 reasonableness standard. Where there are grounds of reasonable suspicion, the police should not have to take their suspicions to a judicial official for prior authorization to use the dogs in an area where the police are already lawfully present. All "searches" do not have the same invasive and disruptive quality and prior judicial authorization is not a universal condition precedent to any and all police actions characterized as "searches" given that the touchstone of s. 8 is

et aux fouilles de leurs parents, mais ils s'attendent à ce que la police ne puisse pas, en se fondant sur des conjectures, procéder au hasard à l'examen du contenu de leurs sacs à dos. Il s'agit d'une attente raisonnable à laquelle la société devrait être favorable. Le secret coupable contenu dans le sac à dos de l'accusé constituait une information précise et significative, destinée à être tenue secrète, et dissimulée dans un espace fermé à l'égard duquel l'accusé avait une attente permanente en matière de vie privée. En se servant du chien, le policier a pu « voir » à travers le tissu opaque du sac à dos. [8] [62-63] [66-67]

Même si l'on peut effectuer sans mandat une fouille avec un chien renifleur lorsque l'existence de soupçons raisonnables est démontrée, la fouille des effets personnels des élèves par le chien renifleur en l'espèce a violé les droits garantis aux élèves par l'art. 8 de la *Charte*. La fouille par le chien renifleur a été entreprise de façon abusive parce qu'elle ne reposait sur aucune justification valable. Le juge du tribunal pour adolescents a conclu que la police ne pouvait avoir de soupçons raisonnables et le ministère public n'a pas démontré que la conclusion de fait du juge du tribunal pour adolescents était erronée. [91]

Bien que la police ait pu considérer que la fouille à l'aide du chien renifleur constituait une utilisation efficace de ses ressources et que le directeur de l'école y ait vu un moyen efficace de promouvoir une politique de tolérance zéro, ces objectifs ont été atteints au mépris du droit de chaque élève de l'école au respect de sa vie privée (et de ses droits constitutionnels). La *Charte* établit un équilibre entre d'autres valeurs, dont la vie privée, et le besoin d'assurer l'efficacité de la police. En raison du rôle qu'ils jouent dans la vie des élèves, les sacs à dos exigent objectivement une certaine mesure de respect de la vie privée, et puisque l'accusé n'a pas témoigné, c'est à partir des circonstances qu'il faut déduire s'il avait une attente subjective en matière de vie privée en ce qui concerne son sac à dos. [15] [62-63]

Dans le contexte d'une enquête criminelle ordinaire, la police a le droit d'utiliser des chiens renifleurs lorsqu'elle a des « soupçons raisonnables ». Si elle n'est pas justifiée d'avoir des soupçons raisonnables, le recours aux chiens renifleurs contreviendra à la norme du caractère raisonnable imposée par l'art. 8. S'il existe des motifs d'avoir des soupçons raisonnables, la police ne devrait pas avoir à soumettre ses soupçons à un juge pour obtenir l'autorisation préalable d'utiliser des chiens dans un lieu où la police se trouve déjà légalement. Toutes les « fouilles ou perquisitions » n'ont pas le même caractère envahissant ou perturbant et l'autorisation judiciaire préalable n'est pas une condition

2008 SCC 19 (CanLII)

reasonableness. Account must be taken in s. 8 matters of all the relevant circumstances including the minimal intrusion, contraband-specific nature and high accuracy rate of a fly-by sniff. The warrantless search is, of course, presumptively unreasonable. If the sniff is conducted on the basis of reasonable suspicion and discloses the presence of illegal drugs on the person or in a backpack or other place of concealment, the police may confirm the accuracy of that information with a physical search, again without prior judicial authorization. But all such searches by the dogs or the police are subject to after-the-fact judicial review if it is alleged (as here) that no grounds of reasonable suspicion existed, or that the search was otherwise unreasonably undertaken. [12-14]

préalable universelle à toutes les mesures policières qualifiées de « fouilles ou perquisitions » étant donné que l'élément fondamental de l'art. 8 est le caractère raisonnable. Dans les affaires où il est question de l'art. 8, il faut tenir compte de toutes les circonstances pertinentes, y compris l'atteinte minime, la recherche ciblée d'articles interdits et la grande fiabilité de l'intervention fortuite d'un chien renifleur. La fouille ou la perquisition sans mandat est, évidemment, présumée abusive. Si la fouille à l'aide d'un chien renifleur est effectuée sur la base de soupçons raisonnables et révèle la présence de drogues illégales sur la personne elle-même, dans un sac à dos ou à tout autre endroit où elles ont pu être cachées, la police peut s'assurer de l'exactitude de cette information grâce à une fouille physique, effectuée encore une fois sans autorisation judiciaire préalable. Mais toutes ces fouilles effectuées à l'aide de chiens ou par des policiers sont assujetties à un contrôle judiciaire ultérieur s'il est allégué (comme c'est le cas en l'espèce) qu'il n'y avait aucun motif d'avoir des soupçons raisonnables, ou que la fouille a été par ailleurs entreprise de manière abusive. [12-14]

Permitting the police to act on a standard of reasonable suspicion within the framework of s. 8 will allow inappropriate conduct by the dog or the police to be dealt with on the basis that although the lawful authority to use the sniffer dog does exist, the search in the particular case was executed unreasonably, and thereby constituted a *Charter* breach, on the basis of which the evidence obtained may be excluded. The importance of proper tests and records of particular dogs will be an important element in establishing the reasonableness of a particular sniffer-dog search. From the police perspective, a dog that fails to detect half of the narcotics present is still better than no detection at all. However from the perspective of the general population, a dog that falsely alerts half of the time raises serious concerns about the invasion of the privacy of innocent people. An important concern for the court is therefore the number of any such false positives. It is important not to treat the capacity and accuracy of sniffer dogs as interchangeable. Dogs are not mechanical or chemical devices. Moreover, the sniff does not disclose the presence of drugs. It discloses the presence of an odour that indicates either the drugs are present or may have been present but are no longer present, or that the dog is simply wrong. In the sniffer-dog business, there are many variables. [82] [84-85] [87-88]

En permettant à la police d'agir, dans le cadre de l'art. 8, en se conformant à une norme des soupçons raisonnables, il sera possible, pour trancher la question du comportement inapproprié d'un chien ou de policiers, de tenir compte du fait que, même si le recours à un chien renifleur est effectivement autorisé par la loi, la fouille effectuée dans ce cas donné était abusive et constituait donc une violation de la *Charte* permettant d'écarter les éléments de preuve obtenus. Les épreuves auxquelles sont soumis les chiens et leurs dossiers individuels constitueront un élément essentiel pour établir le caractère raisonnable d'une fouille effectuée à l'aide d'un chien renifleur. Du point de vue de la police, il est préférable qu'un chien ne réussisse à détecter que la moitié des stupéfiants présents au lieu de n'en détecter aucun. Du point de vue de la population en général toutefois, un chien qui réagit à tort la moitié du temps soulève de sérieuses inquiétudes au sujet de la violation de la vie privée de personnes innocentes. Pour le tribunal, c'est donc le nombre de ces fausses indications positives qui est préoccupant. Il importe de ne pas considérer que la capacité et la fiabilité des chiens renifleurs sont interchangeables d'un chien à l'autre. Les chiens ne sont pas des dispositifs mécaniques ou chimiques. En outre, le chien ne révèle pas la présence de drogues. Il révèle la présence d'une odeur qui indique soit la présence de drogues, soit qu'il a pu y avoir des drogues qui ne sont plus là, soit que le chien se trompe tout simplement. L'utilisation de chiens renifleurs comporte de nombreuses variables. [82] [84-85] [87-88]

In sniffer-dog situations, the police are generally required to take quick action guided by on-the-spot

Dans les cas de recours à un chien renifleur, les policiers sont généralement obligés de prendre rapidement

2008 SCC 19 (CanLII)

observations. In circumstances where this generally occurs, it is not feasible to subject the "sniffer dog's" sniff to prior judicial authorization. Both the subject and his suspicious belongings would be long gone before the paperwork could be done. In the particular context of sniffer dogs, there is sufficient protection for the public in the prior requirement of reasonable suspicion and after-the-fact judicial review to satisfy the "reasonableness" requirement of s. 8. [90]

The trade-off for permitting the police to deploy their dogs on a "reasonable suspicion" standard without a warrant is that if this procedure is abused and sniffer-dog searches proceed without reasonable suspicion based on objective facts, the consequence could well tip the balance against the admission of the evidence if it is established under s. 24(2) of the *Charter* that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute. Youth court judges have a greater awareness than appellate judges do of the effect that admission or exclusion of the evidence would have on the reputation of the administration of justice in the community with which they deal on a daily basis. Here, the youth court judge excluded the evidence. His exclusion of the evidence should not be interfered with. [14] [90] [98]

Per Deschamps and Rothstein JJ. (dissenting): In light of the totality of the circumstances, the accused did not have in this case a reasonable expectation of privacy that engaged s. 8 of the *Charter*, and a new trial should be ordered. [140] [149]

While the use of the dog amounted to a search from an empirical perspective, what the accused had to establish was whether that use amounted to a "search" from a constitutional perspective. The pivotal question in this appeal was thus whether the accused had a reasonable expectation of privacy in respect of odours imperceptible to humans that emanated from his unattended backpack in a school gymnasium. This requires consideration of whether the accused had a subjective expectation of privacy and whether his privacy interest was objectively reasonable. [119] [128]

The accused did not have a subjective expectation of privacy. Students and parents were made aware of the drug problem and the zero-tolerance drug policy and of the fact that sniffer dogs might be used. Dogs

des mesures en fonction des observations faites sur place. Dans les circonstances où cela se produit généralement, il n'est pas possible de soumettre l'intervention de « chiens renifleurs » à une autorisation judiciaire préalable. Tant le suspect que ses effets personnels suspects ne seraient plus là bien avant que la paperasse soit remplie. Dans le contexte particulier des chiens renifleurs, l'exigence préalable de soupçons raisonnables et le contrôle judiciaire a posteriori assurent au public une protection suffisante pour satisfaire à l'exigence du « caractère raisonnable » prévu à l'art. 8. [90]

Une solution de compromis permet aux policiers d'utiliser leurs chiens selon la norme des « soupçons raisonnables » sans obtenir un mandat : s'il y a abus de cette procédure et que des fouilles sont effectuées avec des chiens renifleurs en l'absence de tout soupçon raisonnable fondé sur des faits objectifs, cela pourrait jouer contre l'admission des éléments de preuve s'il est établi en vertu du par. 24(2) de la *Charte* que, eu égard aux circonstances, leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Les juges du tribunal pour adolescents sont mieux informés que les juges d'appel au sujet de l'effet que l'admission ou l'exclusion de ces éléments de preuve pourrait avoir sur la réputation de l'administration de la justice dans la collectivité dont ils s'occupent quotidiennement. En l'espèce, le juge du tribunal pour adolescents a décidé d'exclure les éléments de preuve et il n'y a pas lieu de modifier cette décision. [14] [90] [98]

La juge Deschamps et le juge Rothstein (dissidents) : Compte tenu de l'ensemble des circonstances, l'accusé n'avait pas en l'espèce une attente raisonnable en matière de vie privée entraînant l'application de l'art. 8 de la *Charte* et il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. [140] [149]

Alors que l'utilisation du chien constituait une fouille au sens empirique du terme, l'accusé devait établir que cette utilisation du chien constituait une « fouille » au sens constitutionnel. La question cruciale en l'espèce était donc de savoir si l'accusé avait une attente raisonnable en matière de vie privée en ce qui concerne les odeurs, imperceptibles pour les humains, qui émanaient de son sac à dos laissé sans surveillance dans un gymnase de l'école. À cette fin, il faut examiner si l'accusé avait une attente subjective en matière de vie privée et si son droit au respect de sa vie privée était objectivement raisonnable. [119] [128]

L'accusé n'avait aucune attente subjective en matière de vie privée. Les parents et les élèves savaient qu'il existait un problème de drogues et une politique de tolérance zéro en matière de drogues, et que des chiens

2008 SCC 19 (CanLII)

had in fact been used on prior occasions to determine whether narcotics were present at the school. While school policy must be implemented in a manner consistent with a legitimate expectation of privacy, the well-advertised means devised and used by the school reduced the accused's subjective expectation of privacy very significantly. [129]

The accused's expectation of privacy was also not objectively reasonable. First, the place where the search occurred was a school with a known problem of drug use by students, both on and off school property. The police were there with the permission (and at the request) of the school's principal in furtherance of disciplinary goals being pursued by the school in order to confront a systematic drug problem. The dogs were used primarily to search the premises, not the students. In these circumstances, the objective expectation of privacy in respect of an unattended backpack on this school's property was not only significantly diminished, but extremely low. Second, the accused was not present at the time of the search. Since there were no students in the school gymnasium at the time of the search, there was no risk that the dog, on sniffing a backpack worn by a student, might make a false positive indication leading to a — more intrusive — personal search of the student. Third, the accused's backpack was left not only unattended, but also in plain view. While there is no indication that the backpack was abandoned, the use of a sniffer dog to check an unattended bag left in plain view is less intrusive than the use of one to check a bag that is either worn or carried by an individual, or is placed in a locked compartment out of plain view. Fourth, the investigative technique was relatively non-intrusive. The dog detected the presence of drugs in the accused's backpack without the backpack being opened. Moreover, the dog was trained only to detect drugs and find humans. It could not therefore convey any information other than that there were drugs present. Thus, the use of a sniffer dog in these circumstances was a less intrusive investigative technique than simply opening the accused's backpack without a prior positive indication by the dog. [130-131] [137-139]

Per Bastarache J. (dissenting): The dog sniff constituted a search within the meaning of s. 8 of the *Charter*. The accused had a reasonable, but limited, expectation

renifleurs pouvaient être utilisés. Des chiens avaient effectivement été utilisés à quelques reprises pour déterminer s'il y avait des stupéfiants à l'école. Si la politique de l'école doit être appliquée de manière à respecter les attentes légitimes en matière de vie privée, les moyens qu'a utilisés et fait connaître l'école ont réduit considérablement l'attente subjective de l'accusé en matière de vie privée. [129]

Également, l'attente de l'accusé en matière de vie privée n'était pas objectivement raisonnable. D'abord, le lieu où la fouille a été effectuée était une école où il existait un problème connu de consommation de drogues par les élèves tant sur le terrain de l'école qu'à l'extérieur. Les policiers s'y trouvaient avec la permission (et à la demande) du directeur de l'école en vue de faciliter l'atteinte des objectifs en matière disciplinaire de l'école dans sa lutte contre un problème de drogue systématique. Les chiens ont servi principalement à la fouille des locaux et non à celle des élèves. Dans de telles circonstances, l'attente objective en matière de vie privée à l'égard d'un sac à dos laissé sans surveillance dans l'école est non seulement sérieusement réduite mais extrêmement faible. Ensuite, l'accusé n'était pas présent au moment de la fouille. Étant donné qu'aucun des élèves ne se trouvait dans le gymnase de l'école au moment de la fouille, il n'y avait aucun risque qu'une réaction positive erronée du chien renifleur devant un sac à dos porté par un élève puisse entraîner une fouille corporelle — plus envahissante — de l'élève. En troisième lieu, le sac à dos de l'accusé a non seulement été laissé sans surveillance, mais il était placé bien en vue. Si rien n'indique que le sac à dos ait été abandonné, l'utilisation d'un chien renifleur lorsqu'un sac laissé sans surveillance est placé bien en vue constitue une procédure moins envahissante que lorsqu'on y a recours pour un sac qui est soit porté ou transporté par une personne, soit gardé à l'abri des regards dans un casier verrouillé. En quatrième lieu, la technique d'enquête utilisée était relativement peu envahissante. Le chien a détecté la présence de drogues à l'intérieur du sac à dos de l'accusé sans qu'il soit nécessaire d'ouvrir le sac. De plus, le chien était dressé uniquement pour détecter des drogues et chercher des personnes. Il ne pouvait donc transmettre d'autres informations que la présence de drogues. Ainsi, l'utilisation d'un chien renifleur dans les circonstances constituait une technique d'enquête moins envahissante que ne l'aurait été l'ouverture du sac à dos de l'accusé sans qu'un chien renifleur n'ait auparavant réagi positivement à la présence de drogues. [130-131] [137-139]

Le juge Bastarache (dissident) : L'intervention du chien renifleur constituait une fouille au sens de l'art. 8 de la *Charte*. L'accusé avait une attente raisonnable,

2008 SCC 19 (CanLII)

of privacy in his backpack when the dog sniff occurred, even though he was not carrying the backpack at the time. A high school student who, like his classmates, leaves his bag unattended continues to have a reasonable expectation of privacy in its contents. It is relevant from an objective perspective that the odour identified by the dog sniff was not accessible to humans and that its detection provided immediate information about the contents of the backpack. The accused's reasonable expectation of privacy is, however, reduced by the fact that this dog sniff occurred at the school. Students are aware of the importance both society at large and school administrators place on the school environment, and have a diminished expectation of privacy as a result. [150] [157-159]

A random sniffer-dog search in a school would be deemed reasonable where it is based on a generalized reasonable suspicion, providing a reasonably informed student would have been aware of the possibility of random searches involving the use of dogs. Schools are unique environments and the application of this lower standard is appropriate given the importance of preventing and deterring the presence of drugs in schools to protect children, the highly regulated nature of the school environment, the reduced expectation of privacy students have while at school, and the minimal intrusion caused by searches of this nature. However, the police cannot enter a school and conduct a search whenever they please on the basis that drugs may be found there on any given day. Reasonable suspicion requires more than a mere hunch. Further, since a generalized, ongoing suspicion does not exist in relation to schools, it is necessary for each random dog-sniff search to be justified on the basis of a suspicion that drugs will be located at that specific location at the specific time the search is being performed. Although it is necessary that a dog-sniffer search in a school be related to a reasonable suspicion that drugs will be located on the premises at the time the search occurs, it is unreasonable to expect that a sniffer-dog search will occur at the precise moment that a reasonable suspicion is first formed. How long the suspicion lasts will depend in large part on the nature of the information received and on whether it is supplemented by additional indicators that the presence of drugs continues. In every instance, the key inquiry is whether there is a sufficient basis on which to form a reasonable suspicion about the presence of drugs at the time the search occurs. [152] [163-164] [168] [174-175]

quoique limitée, en matière de vie privée à l'égard de son sac à dos lorsque le chien l'a flairé, même s'il ne portait pas son sac à ce moment. L'élève d'une école secondaire qui, comme ses camarades de classe, laisse son sac sans surveillance continue d'avoir une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard du contenu de son sac. Il est important de souligner, d'un point de vue objectif, que l'odeur qu'a détectée le chien ne pouvait pas être détectée par les humains et que sa détection a fourni des informations directes sur le contenu du sac à dos. L'attente raisonnable de l'accusé en matière de vie privée est cependant réduite parce que la fouille à l'aide du chien renifleur s'est déroulée à l'école. Les élèves sont conscients de l'importance que la société en général et les administrateurs scolaires accordent au milieu scolaire et ils ont en conséquence une attente réduite en matière de vie privée. [150] [157-159]

Une fouille effectuée au hasard dans une école à l'aide d'un chien renifleur serait réputée raisonnable si elle était fondée sur des soupçons raisonnables généraux, à la condition que des élèves raisonnablement informés soient au courant de la possibilité de fouilles au hasard à l'aide de chiens. Les écoles constituent un milieu particulier et l'application de cette norme moins exigeante est appropriée étant donné l'importance de prévenir et d'empêcher la présence de la drogue dans les écoles pour protéger les enfants, la nature très réglementée du milieu scolaire, l'attente réduite des élèves en matière de vie privée pendant qu'ils se trouvent à l'école et l'atteinte minime qu'entraînent les fouilles de cette nature. Toutefois, les policiers ne peuvent entrer dans une école quand cela leur convient et y effectuer une fouille ou une perquisition au motif que l'on peut y trouver de la drogue n'importe quand. Les soupçons raisonnables exigent plus qu'une simple intuition. En outre, comme il n'existe pas à l'égard des écoles des soupçons constants et généraux, il est essentiel que chaque fouille effectuée au hasard à l'aide de chiens renifleurs puisse se justifier par des motifs permettant de soupçonner qu'il sera possible de trouver de la drogue à l'endroit précis et au moment précis où la fouille est effectuée. Bien qu'il soit nécessaire que la fouille effectuée dans une école à l'aide d'un chien renifleur se fonde sur des motifs raisonnables de soupçonner qu'il sera possible de trouver de la drogue sur les lieux au moment où la fouille se déroule, il est irréaliste de s'attendre à ce que cette fouille soit effectuée à l'instant même où les soupçons raisonnables prennent naissance. La durée des soupçons dépendra en grande partie de la nature des informations reçues et de l'existence d'indices additionnels confirmant que des drogues sont encore présentes à l'école. Dans chaque cas, la question essentielle est de savoir s'il existe des motifs suffisants de soupçonner la présence de drogues au moment où la fouille est effectuée. [152] [163-164] [168] [174-175]

2008 SCC 19 (CanLII)

In this case, the search of the accused's backpack was unreasonable. The trial judge determined that the students were aware of the zero-tolerance policy for drugs and that it may be enforced using sniffer dogs, but there is no evidence that the sniffer-dog search which led police to arrest the accused was founded on a current reasonable suspicion that drugs would be found. The trial judge concluded that school authorities had little more than a "reasonably well-educated guess" that drugs would be at the school on the day the search was conducted. The evidence likewise indicates that the police themselves had no direct awareness as to the possible existence of drugs at the school on the day the search occurred. [179-180]

Although the search violated s. 8 of the *Charter*, the trial judge erred in excluding the evidence found in the accused's backpack pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. The search, which was conducted in good faith and was non-intrusive in nature, occurred in an environment where the expectation of privacy was diminished. The evidence obtained was non-conscriptive in nature and did not affect the fairness of the trial. [190]

Cases Cited

By LeBel J.

Applied: *R. v. Kang-Brown*, [2008] 1 S.C.R. 456, 2008 SCC 18; **referred to:** *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393.

By Binnie J.

Applied: *R. v. Kang-Brown*, [2008] 1 S.C.R. 456, 2008 SCC 18; **referred to:** *R. v. Tessling*, [2004] 3 S.C.R. 432, 2004 SCC 67; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001); *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393; *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968); *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20; *United States v. Place*, 462 U.S. 696 (1983); *United States v. Jacobsen*, 466 U.S. 109 (1984); *Illinois v. Caballes*, 543 U.S. 405 (2005); *R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631, 2003 SCC 30; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62; *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R.

En l'espèce, la fouille du sac à dos de l'accusé était abusive. Le juge du procès a déterminé que les élèves étaient au courant de la politique de tolérance zéro en matière de drogues et qu'ils savaient qu'elle pouvait être appliquée à l'aide de chiens renifleurs, mais il n'y a aucune preuve que la fouille effectuée à l'aide d'un chien renifleur qui a permis aux policiers d'arrêter l'accusé se fondait sur des motifs raisonnables et actuels de soupçonner que des drogues pourraient être découvertes. Le juge du procès a conclu que la direction de l'école n'avait rien d'autre qu'une « supposition raisonnablement fondée sur l'expérience » selon laquelle il y aurait des drogues à l'école le jour de la fouille. Il ressort de même de la preuve que les policiers eux-mêmes n'étaient pas directement au courant de la présence possible de drogues à l'école le jour où ils ont effectué la fouille. [179-180]

Même si la fouille a été effectuée en violation de l'art. 8 de la *Charte*, le juge du procès a commis une erreur en écartant aux termes du par. 24(2) de la *Charte* les éléments de preuve trouvés dans le sac à dos de l'accusé. La fouille, faite de bonne foi et peu envahissante, a été effectuée dans un milieu où l'attente en matière de vie privée était réduite. Les éléments de preuve n'ont pas été obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même et ils n'ont pas porté atteinte à l'équité du procès. [190]

Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

Arrêt appliqué : *R. c. Kang-Brown*, [2008] 1 R.C.S. 456, 2008 CSC 18; **arrêt mentionné :** *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393.

Citée par le juge Binnie

Arrêt appliqué : *R. c. Kang-Brown*, [2008] 1 R.C.S. 456, 2008 CSC 18; **arrêts mentionnés :** *R. c. Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 432, 2004 CSC 67; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Katz c. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *Kyllo c. United States*, 533 U.S. 27 (2001); *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393; *Terry c. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968); *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; *United States c. Place*, 462 U.S. 696 (1983); *United States c. Jacobsen*, 466 U.S. 109 (1984); *Illinois c. Caballes*, 543 U.S. 405 (2005); *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, 2003 CSC 30; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62; *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S.

2008 SCC 19 (CanLII)

1111; *Doe v. Renfrow*, 631 F.2d 91 (1980); *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *R. v. Clayton*, [2007] 2 S.C.R. 725, 2007 SCC 32; *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903; *R. v. Lal* (1998), 113 B.C.A.C. 47; *R. v. Law*, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607.

By Deschamps J. (dissenting)

R. v. Kang-Brown, [2008] 1 S.C.R. 456, 2008 SCC 18; *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393; *R. v. Tessling*, [2004] 3 S.C.R. 432, 2004 SCC 67; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *R. v. Campanella* (2005), 75 O.R. (3d) 342; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145.

By Bastarache J. (dissenting)

R. v. Kang-Brown, [2008] 1 S.C.R. 456, 2008 SCC 18; *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8; *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631, 2003 SCC 30; *R. v. Law*, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10; *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52; *R. v. Tessling*, [2004] 3 S.C.R. 432, 2004 SCC 67; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 9, 24(2).
Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 10(2)(*a*)(iii).
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 49.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 254.
Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), ss. 98, 99.2.
Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2, ss. 301(1), 306(1)2, 309(1)5.
Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act, S.C. 2000, c. 17, ss. 15(1), 16(1), (2), 17(1).

Authors Cited

Amsterdam, Anthony G. "Perspectives on the Fourth Amendment" (1973-1974), 58 *Minn. L. Rev.* 349.

1111; *Doe c. Renfrow*, 631 F.2d 91 (1980); *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. Clayton*, [2007] 2 R.C.S. 725, 2007 CSC 32; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903; *R. c. Lal* (1998), 113 B.C.A.C. 47; *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607.

Citée par la juge Deschamps (dissidente)

R. c. Kang-Brown, [2008] 1 R.C.S. 456, 2008 CSC 18; *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393; *R. c. Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 432, 2004 CSC 67; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *R. c. Campanella* (2005), 75 O.R. (3d) 342; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

Citée par le juge Bastarache (dissident)

R. c. Kang-Brown, [2008] 1 R.C.S. 456, 2008 CSC 18; *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8; *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, 2003 CSC 30; *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10; *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52; *R. c. Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 432, 2004 CSC 67; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 9, 24(2).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 254.
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 10(2)*a*)(iii).
Loi sur l'éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2, art. 301(1), 306(1)2, 309(1)5.
Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes, L.C. 2000, ch. 17, art. 15(1), 16(1), (2), 17(1).
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 49.
Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2e suppl.), art. 98, 99.2.

Doctrine citée

Amsterdam, Anthony G. « Perspectives on the Fourth Amendment » (1973-1974), 58 *Minn. L. Rev.* 349.

2008 SCC 19 (CanLII)

Australia. New South Wales. *Review of the Police Powers (Drug Detection Dogs) Act 2001*. Sydney: NSW Ombudsman, 2006.
Bird, Robert. "An Examination of the Training and Reliability of the Narcotics Detection Dog" (1996-97), 85 *Ky. L.J.* 405.
Bryson, Sandy. *Police Dog Tactics*, 2nd ed. Calgary: Detselig Enterprises, 2000.
Coughlan, Steve. "Privacy Goes to the Dogs" (2006), 40 C.R. (6th) 31.
Coughlan, Steve, and Marc S. Gorbet. "Nothing Plus Nothing Equals . . . Something? A Proposal for FLIR Warrants on Reasonable Suspicion" (2005), 23 C.R. (6th) 239.
Eden, Robert S. *K9 Officer's Manual*. Calgary: Detselig Enterprises, 1993.
Gold, Alan D. "Privacy Suffers From the Heat: R. v. Tessling". Paper delivered at Law Society of Upper Canada 5th Annual Six-Minute Criminal Defence Lawyer, June 4, 2005.
Katz, Lewis R. "In Search of a Fourth Amendment for the Twenty-first Century" (1989-1990), 65 *Ind. L.J.* 549.
Katz, Lewis R., and Aaron P. Golembiewski. "Curbing the Dog: Extending the Protection of the Fourth Amendment to Police Drug Dogs" (2006-2007), 85 *Neb. L. Rev.* 735.
Kerr, Ian, and Jena McGill. "Emanations, Snoop Dogs and Reasonable Expectations of Privacy" (2007), 52 *Crim. L.Q.* 392.
Lammers, Ken. "Canine Sniffs: The Search That Isn't" (2005), 1 *N.Y.U. J.L. & Liberty* 845.
MacKay, A. Wayne. "Don't Mind Me, I'm from the R.C.M.P.: *R. v. M. (M.R.)* — Another Brick in the Wall Between Students and Their Rights" (1997), 7 C.R. (5th) 24.
Ontario. Ministry of Education. *Ontario Schools: Code of Conduct*. Toronto: Queen's Printer, 2001.
Pollack, Kenneth L. "Stretching the *Terry* Doctrine to the Search for Evidence of Crime: Canine Sniffs, State Constitutions, and the Reasonable Suspicion Standard" (1994), 47 *Vand. L. Rev.* 803.
Pomerance, Renee. "Shedding Light on the Nature of Heat: Defining Privacy in the Wake of *R. v. Tessling*" (2005), 23 C.R. (6th) 229.
Rosenberg, Marc. "Controlling Intrusive Police Investigative Techniques Under Section 8" (1991), 1 C.R. (4th) 32.
Stuart, Don. "Reducing Charter Rights of School Children" (1999), 20 C.R. (5th) 230.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Goudge, Armstrong and Blair JJ.A.)

Australie. Nouvelle-Galles du Sud. *Review of the Police Powers (Drug Detection Dogs) Act 2001*. Sydney : NSW Ombudsman, 2006.
Bird, Robert. « An Examination of the Training and Reliability of the Narcotics Detection Dog » (1996-1997), 85 *Ky. L.J.* 405.
Bryson, Sandy. *Police Dog Tactics*, 2nd ed. Calgary : Detselig Enterprises, 2000.
Coughlan, Steve. « Privacy Goes to the Dogs » (2006), 40 C.R. (6th) 31.
Coughlan, Steve, and Marc S. Gorbet. « Nothing Plus Nothing Equals . . . Something? A Proposal for FLIR Warrants on Reasonable Suspicion » (2005), 23 C.R. (6th) 239.
Eden, Robert S. *K9 Officer's Manual*. Calgary : Detselig Enterprises, 1993.
Gold, Alan D. « Privacy Suffers From the Heat : R. v. Tessling ». Paper delivered at Law Society of Upper Canada 5th Annual Six-Minute Criminal Defence Lawyer, June 4, 2005.
Katz, Lewis R. « In Search of a Fourth Amendment for the Twenty-first Century » (1989-1990), 65 *Ind. L.J.* 549.
Katz, Lewis R., and Aaron P. Golembiewski. « Curbing the Dog : Extending the Protection of the Fourth Amendment to Police Drug Dogs » (2006-2007), 85 *Neb. L. Rev.* 735.
Kerr, Ian, and Jena McGill. « Emanations, Snoop Dogs and Reasonable Expectations of Privacy » (2007), 52 *Crim. L.Q.* 392.
Lammers, Ken. « Canine Sniffs : The Search That Isn't » (2005), 1 *N.Y.U. J.L. & Liberty* 845.
MacKay, A. Wayne. « Don't Mind Me, I'm from the R.C.M.P. : *R. v. M. (M.R.)* — Another Brick in the Wall Between Students and Their Rights » (1997), 7 C.R. (5th) 24.
Ontario. Ministère de l'Éducation. *Écoles de l'Ontario : Code de conduite*. Toronto : Imprimeur de la Reine, 2001.
Pollack, Kenneth L. « Stretching the *Terry* Doctrine to the Search for Evidence of Crime : Canine Sniffs, State Constitutions, and the Reasonable Suspicion Standard » (1994), 47 *Vand. L. Rev.* 803.
Pomerance, Renee. « Shedding Light on the Nature of Heat : Defining Privacy in the Wake of *R. v. Tessling* » (2005), 23 C.R. (6th) 229.
Rosenberg, Marc. « Controlling Intrusive Police Investigative Techniques Under Section 8 » (1991), 1 C.R. (4th) 32.
Stuart, Don. « Reducing Charter Rights of School Children » (1999), 20 C.R. (5th) 230.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Goudge, Armstrong et Blair)

2008 SCC 19 (CanLII)

(2006), 79 O.R. (3d) 481, 209 O.A.C. 257, 208 C.C.C. (3d) 438, 37 C.R. (6th) 372, [2006] O.J. No. 1663 (QL), 2006 CarswellOnt 2579, upholding the accused's acquittal entered by Hornblower J. (2004), 120 C.R.R. (2d) 181, [2004] O.J. No. 2716 (QL), 2004 CarswellOnt 2603, 2004 ONCJ 98. Appeal dismissed, Bastarache, Deschamps and Rothstein JJ. dissenting.

Kenneth J. Yule, *Q.C.*, *Jolaine Antonio* and *Lisa Matthews*, for the appellant.

Walter Fox, for the respondent.

Robert W. Hubbard and *Alison Wheeler*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Dominique A. Jobin and *Gilles Laporte*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Kenneth D. Madsen, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Frank Addario and *Emma Phillips*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Jonathan C. Lisus, *Christopher A. Wayland* and *Sarah Corman*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Thomas McRae, for the intervener the St. Clair Catholic District School Board.

Martha Mackinnon, for the intervener the Canadian Foundation for Children, Youth and the Law (Justice for Children and Youth).

The reasons of LeBel, Fish, Abella and Charron JJ. were delivered by

[1] LeBel J. — I have read the reasons of my colleague Binnie J. I agree that the appeal should be dismissed, but on the basis of my comments in the companion case, *R. v. Kang-Brown*, [2008] 1 S.C.R. 456, 2008 SCC 18. Students are entitled to privacy even in a school environment (*R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393, at para. 32). Entering a schoolyard does not amount to crossing the border of a

(2006), 79 O.R. (3d) 481, 209 O.A.C. 257, 208 C.C.C. (3d) 438, 37 C.R. (6th) 372, [2006] O.J. No. 1663 (QL), 2006 CarswellOnt 2579, qui a confirmé l'acquittement de l'accusé par le juge Hornblower (2004), 120 C.R.R. (2d) 181, [2004] O.J. No. 2716 (QL), 2004 CarswellOnt 2603, 2004 ONCJ 98. Pourvoi rejeté, les juges Bastarache, Deschamps et Rothstein sont dissidents.

Kenneth J. Yule, *c.r.*, *Jolaine Antonio* et *Lisa Matthews*, pour l'appelante.

Walter Fox, pour l'intimé.

Robert W. Hubbard et *Alison Wheeler*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Dominique A. Jobin et *Gilles Laporte*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Kenneth D. Madsen, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Frank Addario et *Emma Phillips*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Jonathan C. Lisus, *Christopher A. Wayland* et *Sarah Corman*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Thomas McRae, pour l'intervenante St. Clair Catholic District School Board.

Martha Mackinnon, pour l'intervenante Canadian Foundation for Children, Youth and the Law (Justice for Children and Youth).

Version française des motifs des juges LeBel, Fish, Abella et Charron rendus par

[1] Le juge LeBel — J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Binnie. Comme lui, je suis d'avis de rejeter le pourvoi, mais sur le fondement des commentaires que j'ai faits dans le pourvoi connexe *R. c. Kang-Brown*, [2008] 1 R.C.S. 456, 2008 CSC 18. La vie privée des élèves doit être protégée, même en milieu scolaire (*R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393, par. 32). Le fait

2008 SCC 19 (CanLII)

foreign state. Students ought to be able to attend school without undue interference from the state, but subject, always, to normal school discipline.

[2] As found by the Court of Appeal and by Binnie J., a search was conducted. The authority for that search was nowhere to be found in the statute law or at common law. This is not a case, for example, where the police would have entered the school under the authority of a search warrant and used sniffer dogs to assist in effecting a more focussed search. Nor was the dog-sniffer search conducted by the school authorities on proper grounds as set out in *M. (M.R.)*. For the reasons stated in *Kang-Brown*, our Court should not attempt to craft a legal framework of general application for the use of sniffer dogs in schools. As a result, the evidence was properly excluded under para. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I would dismiss the appeal.

The reasons of McLachlin C.J. and Binnie J. were delivered by

[3] Binnie J. — The issues in the present appeal are whether a sniffer-dog "sniff" of a student's backpack is a search within the meaning of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and if so, in what circumstances police officers may use sniffer dogs to search a school for illicit drugs. This case involves routine crime investigation. It does not involve explosives, guns or other public safety issues in the schools.

[4] This appeal was argued together with *R. v. Kang-Brown*, [2008] 1 S.C.R. 456, 2008 SCC 18 (released concurrently), which raises similar issues in the context of a bus terminal. In both appeals, arguments were framed by analogy with technology or devices considered in decided cases,

d'entrer dans la cour d'une école n'équivaut pas à traverser la frontière d'un État étranger. Les élèves doivent pouvoir aller à l'école sans intervention injustifiée de l'État, mais sous réserve, toujours, de la discipline scolaire normale.

[2] Comme l'ont indiqué la Cour d'appel et le juge Binnie, une fouille a été effectuée. Cette fouille n'était nullement autorisée par la loi ou la common law. Ce n'aurait pas été le cas, par exemple, si la police s'était présentée à l'école munie d'un mandat et si elle avait utilisé des chiens renifleurs pour l'aider à effectuer une fouille plus ciblée. La fouille à l'aide d'un chien renifleur n'a pas non plus été menée par la direction de l'école pour des motifs valables, comme le permet l'arrêt *M. (M.R.)*. Pour les motifs énoncés dans *Kang-Brown*, notre Cour ne devrait pas tenter d'élaborer un cadre juridique d'application générale régissant l'utilisation de chiens renifleurs dans les écoles. Par conséquent, c'est à bon droit que la preuve a été exclue en application du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et du juge Binnie rendus par

[3] Le juge Binnie — Dans le présent pourvoi, la Cour doit décider si le fait, pour un chien renifleur, de « flairer » le sac à dos d'un élève constitue une fouille au sens de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, elle doit déterminer les circonstances dans lesquelles les policiers peuvent avoir recours à des chiens renifleurs pour effectuer une fouille dans une école à la recherche de drogues illicites. Il s'agit en l'espèce d'une simple enquête criminelle qui ne met pas en cause la présence d'explosifs, d'armes à feu ou d'autres questions de sécurité publique dans les écoles.

[4] La présente affaire a été plaidée en même temps que *R. c. Kang-Brown*, [2008] 1 R.C.S. 456, 2008 CSC 18 (dont les motifs sont déposés simultanément), qui soulève des questions similaires dans le contexte d'une gare d'autobus. Dans les deux pourvois, des analogies ont été faites avec des

2008 SCC 19 (CanLII)

especially *R. v. Tessling*, [2004] 3 S.C.R. 432, 2004 SCC 67. In *Kang-Brown*, a majority of the Alberta Court of Appeal equated a dog sniff of the odour of marijuana emanating from a piece of luggage to the infrared imaging of heat emanating from a building in *Tessling*. Emanations were treated generically as largely devoid of any constitutionally protected privacy interest, regardless (it seems) of the very different value to the police of the information thereby obtained about what an individual seeks to preserve as private.

[5] Section 8 has proven to be one of the most elusive *Charter* provisions despite the apparent simplicity of its language:

> **8.** Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

In the present appeal, the Ontario Court of Appeal saw a "significant difference" ((2006), 79 O.R. (3d) 481, at para. 47), between sniffer dogs and *Tessling*-type heat imaging technology, but framed the issue more broadly, as had the trial judge, in terms of the reasonableness of "a trained police dog sniffing at the personal effects of an entire student body in a random police search" (para. 47). I think the approach of the Ontario courts is more in keeping with the "totality of the circumstances" reasoning adopted in s. 8 cases by this Court in *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36, *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 45, and *Tessling* itself where, at para. 19, the Court said:

> . . . the Court early on established a purposive approach to s. 8 in which privacy became the dominant organizing principle. . . . Given the bewildering array of different techniques available to the police (either existing or under development), the alternative approach of a judicial "catalogue" of what is or is not permitted by s. 8 is scarcely feasible.

techniques ou dispositifs examinés dans des décisions antérieures, notamment dans *R. c. Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 432, 2004 CSC 67. Dans *Kang-Brown*, les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Alberta ont assimilé la découverte, par un chien, d'une odeur de marijuana émanant d'un bagage à l'imagerie infrarouge permettant de détecter la chaleur se dégageant d'un édifice, dont il était question dans *Tessling*. On a considéré que la protection du droit au respect de la vie privée garantie par la Constitution ne vise pas les émanations en général, peu importe (semble-t-il) la valeur très différente qu'a pour la police l'information ainsi obtenue au sujet des éléments dont une personne tente de préserver le caractère privé.

[5] L'article 8 s'est avéré l'une des dispositions de la *Charte* les plus difficiles à saisir malgré l'apparente simplicité de son libellé :

> **8.** Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

Dans le présent pourvoi, la Cour d'appel de l'Ontario a vu une [TRADUCTION] « différence importante » ((2006), 79 O.R. (3d) 481, par. 47) entre les chiens renifleurs et la technologie de l'imagerie thermique dont il était question dans *Tessling*; cependant, comme le juge du procès, elle a formulé la question de façon plus générale, se demandant s'il était raisonnable qu'un [TRADUCTION] « chien policier dressé flaire les effets personnels de tous les élèves d'une école à l'occasion d'une fouille effectuée au hasard par la police » (par. 47). Je pense que la démarche retenue par les tribunaux ontariens respecte davantage le raisonnement fondé sur l'« ensemble des circonstances » suivi par notre Cour à l'égard de l'art. 8 dans les arrêts *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, par. 45, et *Tessling* lui-même, par. 19, où elle a dit :

> La Cour a [. . .] très tôt adopté à l'égard de l'art. 8 une méthode téléologique axée principalement sur le respect de la vie privée. [. . .] Étant donné l'ensemble déconcertant de techniques différentes (existantes ou en développement) qui s'offrent à la police, il ne serait guère réaliste d'appliquer l'autre méthode consistant à établir un « catalogue » judiciaire de ce qui est ou n'est pas permis par l'art. 8.

2008 SCC 19 (CanLII)

Stripped of the relevant context, musing on the differences between a dog's nose and an infrared camera, or generalizing about "emanations", does not greatly advance the resolution of the issues before us. What is required is to strike an appropriate balance between the state's need to search (whether the need be public safety, routine crime investigation or other public interest) against the invasion of privacy which the search entails, including the disruption and prejudice that may be caused to law-abiding members of the public, whether travelling (as in *Kang-Brown*) or in the schools (as here) or in the peace and quiet of their own homes.

[6] In this case, the principal of St. Patrick's High School, in Sarnia, had issued a standing invitation to the Sarnia police to bring sniffer dogs to the school whenever convenient to the police. Both the Attorney General of Ontario and the intervener St. Clair Catholic District School Board argue that this invitation was all the justification the police required. The accused, on the other hand, argues that sniffer dogs may only be used where the police have reasonable grounds to believe a drug offence has been committed by the individual who is the subject of the search and that a search will lead to discovery of evidence or, perhaps, to the apprehension of the perpetrator. The Attorney General of Ontario denies that the use of sniffer dogs constitutes a s. 8 search at all, as the dogs simply sniff the air which is part of our shared public space. He thus contends that nothing done here even engaged the rights of the accused under s. 8 of the *Charter*. The youth court judge held that neither the police nor the school authorities had anything more than a "hunch" to suspect the presence of drugs in the school at the relevant time of the search ((2004), 120 C.R.R. (2d) 181, 2004 ONCJ 98). He held the "sniff" to be a search and excluded the evidence both of the dog sniff and the subsequent physical search by the police of the student's backpack.

Hors de tout contexte pertinent, il n'est guère utile pour trancher les questions soulevées devant nous de s'attarder sur les différences entre le museau d'un chien et une caméra à infrarouge, ou de faire des généralisations au sujet des « émanations ». Il faut plutôt établir un juste équilibre entre le besoin de l'État d'effectuer des fouilles ou des perquisitions (que celles-ci soient nécessaires aux fins de la sécurité publique, d'une simple enquête criminelle ou d'un autre intérêt public) et l'atteinte à la vie privée que la fouille ou la perquisition comporte, notamment l'embarras et le préjudice pouvant être causés aux citoyens respectueux des lois, que ce soit lors de déplacements (comme dans *Kang-Brown*), à l'école (comme en l'espèce) ou dans la paix et la tranquillité de leur foyer.

[6] En l'espèce, le directeur de l'école secondaire St. Patrick's de Sarnia avait invité les policiers de Sarnia à venir à l'école avec des chiens renifleurs chaque fois que cela leur conviendrait. Le procureur général de l'Ontario et l'intervenant, le conseil scolaire du district catholique de St. Clair, soutiennent que cette invitation était la seule justification dont avait besoin la police. L'accusé prétend par contre que la police ne peut avoir recours à des chiens renifleurs que lorsqu'elle a des motifs raisonnables de croire qu'une infraction en matière de drogue a été commise par la personne faisant l'objet de la fouille et que la fouille mènera à la découverte d'éléments de preuve ou, peut-être même, à l'arrestation de l'auteur de l'infraction. Le procureur général de l'Ontario nie que le recours à des chiens renifleurs constitue une fouille au sens de l'art. 8 car les chiens ne font que flairer l'air qui fait partie de notre espace public commun. Il prétend par conséquent qu'aucune des mesures prises en l'espèce n'a déclenché l'application des droits reconnus à l'accusé par l'art. 8 de la *Charte*. Le juge du tribunal pour adolescents a statué que la police et la direction de l'école se sont appuyés uniquement sur une « intuition » pour soupçonner la présence de drogues à l'école au moment de la fouille ((2004), 120 C.R.R. (2d) 181, 2004 ONCJ 98). Il a conclu qu'il y a eu fouille lorsque le chien a « flairé » le sac à dos de l'élève et il a écarté les éléments de preuve obtenus grâce au chien renifleur et à la fouille subséquente du sac de l'élève par un policier.

2008 SCC 19 (CanLII)

[7] For the reasons expressed in *Kang-Brown*, I believe the common law powers of the police to investigate crime and bring perpetrators to justice includes the use of sniffer dogs. Such powers, however, are subject to compliance with the *Charter.*

[8] I also agree with the youth court judge that the deployment of sniffer dogs in the school constituted a s. 8 search, which may be defined as the state invasion of a reasonable expectation of privacy; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527, at p. 533. The dog's positive alert led immediately and without judicial intervention to the physical examination of the contents of the accused's backpack to confirm the dog's identification of illegal drugs.

[9] While the dog sniff constituted a search, it is a search of a minimally intrusive and tightly targeted type. For reasons to be explained, I would not go so far as the accused who insists that the full *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, requirement of *prior* judicial authorization must be imposed. In effect, the defence argument would mean that the dogs can only be used where there is no need for them. If the police have reasonable and probable grounds to believe that an individual has committed a drug offence and that a search would lead to apprehension of the perpetrator and/or discovery of evidence, the police would already have the grounds required for a search warrant. The defence argument produces too much rigidity and does not take into account the minimally intrusive nature of a sniffer-dog search, and the fact that a sniffer dog properly trained and handled "alerts" only to contraband with a high degree of accuracy.

[10] In the United States, from whose Fourth Amendment decisions *Hunter v. Southam* drew inspiration, a series of divided Supreme Court decisions has declined to grant *any* Fourth Amendment protection against "narcotic" sniffer dogs. This may be, at least in part, because the courts may fear

[7] Pour les raisons exposées dans *Kang-Brown*, j'estime que les pouvoirs que la common law confère aux policiers de faire enquête sur les crimes et de traduire leurs auteurs en justice englobent le recours à des chiens renifleurs. Toutefois, l'exercice de ces pouvoirs doit être conforme à la *Charte*.

[8] Je suis également d'accord avec le juge du tribunal pour adolescents pour dire que l'utilisation de chiens renifleurs dans l'école constituait une fouille au sens de l'art. 8, c'est-à-dire une atteinte de l'État à une attente raisonnable en matière de vie privée; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527, p. 533. La réaction positive du chien a immédiatement entraîné, sans intervention judiciaire, l'examen du contenu du sac à dos de l'accusé pour confirmer la détection par le chien de la présence de drogues illégales.

[9] L'intervention du chien renifleur constituait une fouille, mais il s'agit d'une procédure peu envahissante et étroitement ciblée. Pour les motifs exposés ci-après, je n'irais pas jusqu'à dire, comme le demande avec insistance l'accusé, qu'il faut exiger l'autorisation judiciaire *préalable* que prévoit l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. En fait, l'argument de la défense signifierait qu'il n'est possible d'avoir recours aux chiens que dans les cas où on n'a nullement besoin d'eux. Si elle a des motifs raisonnables et probables de croire qu'un individu a commis une infraction en matière de drogue et qu'une fouille ou une perquisition mènerait à l'arrestation de l'auteur de l'infraction ou à la découverte d'éléments de preuve, la police a déjà des motifs suffisants pour obtenir la délivrance d'un mandat de perquisition. L'argument de la défense entraîne une trop grande rigidité; il ne tient pas compte de la nature peu envahissante de la fouille effectuée à l'aide d'un chien renifleur ni du fait qu'un chien renifleur bien dressé et correctement utilisé ne « réagit » qu'en présence d'articles interdits et ce, avec une grande fiabilité.

[10] Dans une série de décisions partagées concernant le Quatrième Amendement, dont s'est inspirée notre Cour dans *Hunter c. Southam*, la Cour suprême des États-Unis a refusé d'accorder *toute* protection prévue au Quatrième Amendement à l'égard de chiens renifleurs dressés pour détecter la

2008 SCC 19 (CanLII)

that once it is found that a police activity amounts to an invasion of a cognizable privacy interest, the legal machinery of prior judicial authorization is presumptively imposed: *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967). This may have involved the U.S. courts in a form of cost-benefit analysis, as noted by K. L. Pollack:

> . . . in deciding these cases, the Court arguably made implicit findings that the costs of imposing a probable cause requirement outweighed the corresponding benefits to individual privacy. In these cases, the intrusion into individual interests was low, and the Court seemed unconcerned about the prospect of arbitrary government use of these searching methods. . . . [I]n pure investigatory searches, no middle standard exists between suspicionless searches and those searches based on probable cause.

(K. L. Pollack, "Stretching the *Terry* Doctrine to the Search for Evidence of Crime: Canine Sniffs, State Constitutions, and the Reasonable Suspicion Standard" (1994), 47 *Vand. L. Rev.* 803, at pp. 820-21)

[11] The result of this U.S. jurisprudence is that use of police sniffer dogs for crime investigation sits entirely outside the Fourth Amendment. I do not agree that in Canada such use of police dogs is without constitutional regulation, although I agree that the degree and nature of that s. 8 regulation must be apt to the circumstances and reflect the minimally intrusive, contraband-specific nature and, where established, accurate olfactory capacity of a properly trained dog. This context gives rise to two consequences of importance.

[12] Firstly, I conclude that in the context of a routine criminal investigation, the police are entitled to use sniffer dogs based on a "reasonable *suspicion*".

présence de « stupéfiants ». Ce refus tient peut-être, du moins en partie, au fait que les tribunaux peuvent craindre que, dès lors qu'une mesure policière est jugée constituer une atteinte à un droit reconnu au respect de la vie privée, le mécanisme de l'autorisation judiciaire préalable prévu par la loi est présumé s'appliquer : *Katz c. United States*, 389 U.S. 347 (1967). C'est ce qui a peut-être amené les tribunaux américains à se lancer dans une forme d'analyse des avantages et des inconvénients, ainsi que l'a souligné K. L. Pollack :

> [TRADUCTION] . . . en rendant la décision dans ces affaires, la Cour a peut-être conclu implicitement qu'en exigeant une cause probable, les inconvénients l'emportaient sur les avantages correspondants pour le respect de la vie privée des individus. Dans ces affaires, l'atteinte aux droits individuels était minime et la Cour n'a pas semblé s'inquiéter de la possibilité que le gouvernement utilise arbitrairement ces méthodes de perquisition. [. . .] [L]ors de véritables fouilles ou perquisitions effectuées à des fins d'enquête, il n'y a pas de moyen terme entre les fouilles ou perquisitions effectuées en l'absence de tout soupçon et celles qui sont fondées sur une cause probable.

(K. L. Pollack, « Stretching the *Terry* Doctrine to the Search for Evidence of Crime : Canine Sniffs, State Constitutions, and the Reasonable Suspicion Standard » (1994), 47 *Vand. L. Rev.* 803, p. 820-821)

[11] Aux États-Unis, en raison de cette jurisprudence, l'utilisation par la police de chiens renifleurs dans le cadre d'enquêtes criminelles échappe entièrement à l'application du Quatrième Amendement. À mon avis, le recours aux chiens policiers au Canada n'échappe pas aux dispositions constitutionnelles, mais je conviens que la réglementation fondée sur l'art. 8 doit être appropriée aux circonstances et doit tenir compte du fait que le recours à un chien renifleur bien dressé, si la fiabilité de son odorat est établie, constitue une atteinte minime qui ne vise à découvrir que des articles interdits. Ce contexte engendre deux conséquences importantes.

[12] Premièrement, je conclus que, dans le contexte d'une enquête criminelle ordinaire, la police a le droit d'utiliser des chiens renifleurs

2008 SCC 19 (CanLII)

If there are no grounds of reasonable suspicion, the use of the sniffer dogs will violate the s. 8 reasonableness standard.

[13] Secondly, where there *are* grounds of reasonable suspicion, I believe the police should not have to take their suspicions to a judicial official for prior authorization to use the dogs in an area where the police are already lawfully present (in any event there is at present no mechanism in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, to issue such an authorization based only on reasonable suspicion). All "searches" do not have the same invasive and disruptive quality. In *Hunter v. Southam*, the combines officers were poised to rummage through private papers of varying degrees of relevance and irrelevance of the *Edmonton Journal* under a Director's order whose sweep was described by Dickson J. as "breathtaking" (p. 150). The *Hunter v. Southam* requirement of prior judicial authorization is the gold standard because an important purpose of s. 8 is to *prevent* unreasonable searches and not in the usual case just to give an after-the-fact remedy. However, prior judicial authorization is not a universal condition precedent to any and all police actions characterized as "searches" given that the touchstone of s. 8 is reasonableness. Account must be taken in s. 8 matters of *all* the relevant circumstances including (as stated) the minimal intrusion, contraband-specific nature and high accuracy rate of a fly-by sniff. The warrantless search is, of course, *presumptively* unreasonable, and must satisfy the exceptional requirements set out in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278.

[14] If the sniff is conducted on the basis of reasonable suspicion and discloses the presence of illegal drugs on the person or in a backpack or other place of concealment, the police may, in my view, confirm the accuracy of that information

lorsqu'elle a des « *soupçons* raisonnables ». Si elle n'est pas justifiée d'avoir des soupçons raisonnables, le recours aux chiens renifleurs contreviendra à la norme du caractère raisonnable imposée par l'art. 8.

[13] Deuxièmement, lorsqu'il *existe* des motifs d'avoir des soupçons raisonnables, j'estime que la police ne devrait pas avoir à soumettre ses soupçons à un juge pour obtenir l'autorisation préalable d'utiliser des chiens dans un lieu où la police se trouve déjà légalement (de toute façon, le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, ne prévoit à l'heure actuelle aucun mécanisme permettant l'obtention d'une telle autorisation sur la simple base de soupçons raisonnables). Toutes les « fouilles ou perquisitions » n'ont pas le même caractère envahissant ou perturbant. Dans *Hunter c. Southam*, les fonctionnaires affectés aux enquêtes sur les coalitions étaient sur le point de fouiller dans des dossiers personnels plus ou moins pertinents du *Edmonton Journal* en vertu d'un ordre du directeur dont la portée a été qualifiée de « renversante » par le juge Dickson (p. 150). L'exigence d'une autorisation judiciaire préalable conformément à *Hunter c. Southam* est la norme de qualité parce que l'un des objectifs importants de l'art. 8 est d'*empêcher* les fouilles et les perquisitions abusives et non pas simplement de prévoir un recours après le fait. Toutefois, l'autorisation judiciaire préalable n'est pas une condition préalable universelle à toutes les mesures policières qualifiées de « fouilles ou perquisitions » étant donné que l'élément fondamental de l'art. 8 est le caractère raisonnable. Dans les affaires où il est question de l'art. 8, il faut tenir compte de *toutes* les circonstances pertinentes, y compris (comme je l'ai mentionné) l'atteinte minime, la recherche ciblée d'articles interdits et la grande fiabilité de l'intervention fortuite d'un chien renifleur. La fouille ou la perquisition sans mandat est, évidemment, *présumée* abusive et doit satisfaire aux exigences exceptionnelles établies dans *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278.

[14] Si la fouille à l'aide d'un chien renifleur est effectuée sur la base de soupçons raisonnables et révèle la présence de drogues illégales sur la personne elle-même, dans un sac à dos ou à tout autre endroit où elles ont pu être cachées, la police peut,

2008 SCC 19 (CanLII)

with a physical search, again without prior judicial authorization, as will be discussed. But, of course, all such searches by the dogs or the police are subject to after-the-fact judicial review if it is alleged (as here) that no grounds of reasonable suspicion existed, or that the search was otherwise carried out in an unreasonable manner. Here the after-the-fact judicial review was engaged when the prosecution attempted to rely on the evidence obtained in the search. The exceptional authority given to the police to use sniffer dogs on the basis of reasonable suspicion and without prior judicial authorization will, if abused, lead to important consequences under s. 24(2) of the *Charter* which provides that where a court concludes

à mon avis, s'assurer de l'exactitude de cette information grâce à une fouille physique, effectuée encore une fois sans autorisation judiciaire préalable, ainsi qu'on le verra plus loin. Mais évidemment, toutes ces fouilles effectuées à l'aide de chiens ou par des policiers sont assujetties à un contrôle judiciaire ultérieur s'il est allégué (comme c'est le cas en l'espèce) qu'il n'y avait aucun motif d'avoir des soupçons raisonnables, ou que la fouille a été par ailleurs effectuée de manière abusive. En l'espèce, le contrôle judiciaire ultérieur a été enclenché lorsque la poursuite a tenté d'invoquer les éléments de preuve obtenus lors de la fouille. Le pouvoir exceptionnel de la police d'avoir recours à des chiens renifleurs sans autorisation judiciaire préalable, lorsqu'elle a des soupçons raisonnables, aura en cas d'abus des conséquences importantes en vertu du par. 24(2) de la *Charte* qui prévoit que, lorsque le tribunal a conclu

> that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

> que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

The exclusion remedy was granted in this case and, in my opinion, rightly so.

En l'espèce, selon moi, c'est à juste titre que les éléments de preuve ont été exclus.

[15] I accept the youth court judge's finding of fact that this was a random speculative search. What was done here may have been seen by the police as an efficient use of their resources, and by the principal of the school as an efficient way to advance a zero-tolerance policy. But these objectives were achieved at the expense of the privacy interest (and constitutional rights) of every student in the school, as the youth court judge and the Court of Appeal pointed out. The *Charter* weighs other values, including privacy, against an appetite for police efficiency. A hunch is not enough to warrant a search of citizens or their belongings by police dogs.

[15] Je suis d'accord avec le juge du tribunal pour adolescents qui a conclu en fait qu'il s'agissait d'une fouille conjecturale faite au hasard. Il se peut que la police ait considéré alors que la fouille constituait une utilisation efficace de ses ressources et que le directeur de l'école y ait vu un moyen efficace de promouvoir une politique de tolérance zéro. Mais ainsi que l'ont souligné le juge du tribunal pour adolescents et la Cour d'appel, ces objectifs ont été atteints au mépris du droit de chaque élève de l'école au respect de sa vie privée (et de ses droits constitutionnels). La *Charte* établit un équilibre entre d'autres valeurs, dont la vie privée, et le besoin d'assurer l'efficacité de la police. Une intuition ne suffit pas pour justifier la fouille de citoyens ou de leurs biens à l'aide de chiens policiers.

[16] The youth court judge, having refused to admit the evidence produced by the search,

[16] Ayant refusé d'admettre les éléments de preuve obtenus grâce à la fouille, le juge du tribunal

2008 SCC 19 (CanLII)

acquitted the accused. The Ontario Court of Appeal affirmed the acquittal, and I would dismiss the further appeal to this Court.

I. Facts

[17] In 2000, the principal of St. Patrick's High School advised the Youth Bureau of Sarnia Police Services that if the police ever had sniffer dogs available to bring into the school to search for drugs, they were welcome to do so. On a couple of occasions prior to the facts giving rise to the present appeal, the police had taken advantage of the invitation to check the parking lot, the hallways and, time permitting, other areas suggested by the principal. We do not know the results of these prior visits.

[18] The school had a zero-tolerance policy for possession and consumption of drugs and alcohol, a policy which had been communicated to the students and their parents.

[19] On November 7, 2002, three police officers decided to go to the school with a sniffer dog. The police asked the principal for "permission" to go through the school. At trial they admitted that they had no information that drugs were then present in the school and freely acknowledged that they had no grounds to obtain a search warrant. The principal acknowledged that he had no information about drugs in the school at that time, although he said: "[I]t's pretty safe to assume that they could be there" (A.R., at p. 49 (emphasis added)). In cross-examination, the principal was asked:

> Q. Okay. But you never, armed with specific information, had called them and said this is what I know, therefore I think a search should be conducted.
>
> A. No.
>
> (A.R., at p. 53)

pour adolescents a acquitté l'accusé. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé le verdict d'acquittement et je suis d'avis de rejeter le pourvoi interjeté à notre Cour.

I. Faits

[17] En 2000, le directeur de l'école secondaire St. Patrick's a informé le service d'intervention auprès des jeunes de la police de Sarnia qu'il verrait d'un bon œil que des policiers, s'ils avaient à leur disposition des chiens renifleurs, viennent à l'école pour y effectuer une perquisition en vue de trouver de la drogue. À quelques reprises avant les faits à l'origine du présent pourvoi, la police avait accepté l'invitation et effectué des vérifications dans le stationnement, dans les corridors et, lorsqu'elle en avait le temps, dans d'autres endroits suggérés par le directeur. Nous ignorons les résultats de ces visites précédentes.

[18] L'école appliquait une politique de tolérance zéro en matière de possession et de consommation de drogues et d'alcool, une politique dont avaient été informés les élèves et leurs parents.

[19] Le 7 novembre 2002, trois policiers ont décidé de se rendre à l'école en compagnie d'un chien renifleur. Ils ont demandé au directeur [TRADUCTION] « la permission » de parcourir l'école. Au procès, ils ont admis qu'ils ne disposaient d'aucune information confirmant la présence de drogues à l'école à ce moment et ils ont volontiers reconnu qu'ils n'avaient aucun motif leur permettant d'obtenir un mandat de perquisition. Le directeur a admis qu'il ne disposait d'aucune information confirmant la présence de drogues dans l'école à ce moment-là; il a cependant ajouté [TRADUCTION] « on peut supposer sans risque d'erreur qu'il pourrait y en avoir » (d.a., p. 49 (je souligne)). En contre-interrogatoire, on a demandé au directeur :

> [TRADUCTION] Q. D'accord. Mais, vous ne les avez jamais appelés, munis de renseignements précis, pour leur dire c'est ce que je sais et, par conséquent, j'estime qu'une fouille devrait être effectuée.
>
> R. Non.
>
> (d.a., p. 53)

2008 SCC 19 (CanLII)

Police Officer Callander of the Sarnia Police gave similar evidence:

> Q. Okay. You did not have any direct awareness as to the existence of drugs and where that might be, and there was no indication that safety of people/students were at risk. You were not armed with any of that kind of information.
>
> A. No.

(A.R., at p. 84)

The principal had heard occasional anecdotal reports from parents or neighbours about "kids in our school who are doing drugs" (A.R., at p. 50), but nothing specific to the November 7, 2002 time period.

[20] Having issued a standing invitation, the principal readily gave permission to the police to search the school with sniffer dogs. The principal then used the school's public address system to tell everyone that the police were on the premises and that students should stay in "their classroom[s] until th[e] search was conducted" (A.R., at p. 47). The effect of this announcement was that no student could leave his or her classroom for the duration of the police investigation.

[21] The police, not the school authorities, took charge of the investigation. The principal testified that he had no involvement beyond giving permission and telling the students to remain in their classrooms. There was no discussion with him as to how the search was to be conducted.

[22] The police search included the gymnasium. Constable McCutchen of the Ontario Provincial Police was accompanied by his sniffer dog, Chief, who was trained to detect heroin, marijuana, hashish, crack cocaine and cocaine. There were no students in the school gymnasium but some backpacks were lying next to the wall. Chief "alerted" to one of the backpacks by biting at it. Constable McCutchen handed the backpack to Sarnia police Constable Callander who physically searched through its contents and confirmed Chief's identification of drugs

L'agent Callander de la police de Sarnia a fait une déclaration similaire lors de son témoignage :

> [TRADUCTION] Q. D'accord. Vous n'étiez pas directement au courant de la présence de drogues et de l'endroit où elles pouvaient se trouver, et rien n'indiquait qu'il y avait un risque pour la sécurité de personnes ou des élèves. Vous ne disposiez d'aucune information de ce genre.
>
> R. Non.

(d.a., p. 84)

Le directeur avait entendu à l'occasion des parents ou des voisins de l'école raconter que [TRADUCTION] « des enfants de notre école consomment des drogues » (d.a., p. 50), mais rien de précis au sujet du 7 novembre 2002.

[20] Leur ayant lancé une invitation permanente, le directeur a facilement accordé aux policiers la permission de fouiller l'école avec un chien renifleur. Il a ensuite utilisé le système d'interphone de l'école pour annoncer à tous que des policiers étaient sur les lieux et que les élèves étaient consignés dans [TRADUCTION] « leurs classes jusqu'à la fin de la fouille » (d.a., p. 47). En raison de cette annonce, aucun élève ne pouvait quitter sa classe pendant toute la durée de l'enquête de la police.

[21] Ce sont les policiers, et non la direction de l'école, qui se sont occupés des recherches. Le directeur a déclaré qu'il n'y avait nullement participé sauf pour donner sa permission et dire aux élèves de demeurer dans leurs classes. Les policiers n'ont pas discuté avec lui de la façon de procéder à la fouille.

[22] Les policiers ont également fouillé le gymnase. L'agent McCutchen de la Police provinciale de l'Ontario était accompagné de son chien renifleur, Chief, qui était dressé pour détecter la présence d'héroïne, de marijuana, de hachisch, de crack et de cocaïne. Aucun élève ne se trouvait dans le gymnase de l'école, mais quelques sacs à dos se trouvaient près d'un mur. Chief « a attiré l'attention » sur l'un des sacs à dos en le mordant. L'agent McCutchen a remis le sac à dos à l'agent Callander de la police de Sarnia qui l'a fouillé et y a trouvé

2008 SCC 19 (CanLII)

including five bags of marijuana, a tin box containing a further five bags of marijuana, a bag containing approximately ten magic mushrooms (psilocybin), a bag containing a pipe, a lighter, rolling papers and a roach clip. A.M.'s wallet, containing his identification, was in the backpack. A.M. was charged with possession for the purpose of trafficking marijuana and possession of psilocybin.

II. Relevant Constitutional Provisions

[23] The relevant *Charter* provisions read as follows:

Canadian Charter of Rights and Freedoms

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

9. Everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned.

24. . . .

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

III. Judicial History

A. *Ontario Youth Justice Court (Hornblower J.)* (2004), 120 C.R.R. (2d) 181, 2004 ONCJ 98

[24] The youth court judge held that there were two searches conducted on November 7, 2002. The first was the sniffer-dog search, which resulted in the dog "alerting" to the backpack of A.M. The second was the physical search of the backpack by the Sarnia police officer. In his view, neither search was reasonable. While there was some evidence that neighbours and parents had expressed concern about the possible presence of drugs at the school, the school authorities possessed no information relevant to the day of the search. The school principal

de la drogue, comme l'avait indiqué Chief par sa réaction, soit cinq sacs de marijuana, une boîte en métal contenant cinq autres sacs de marijuana, un sac contenant environ dix champignons magiques (psilocybine) et un sac contenant une pipe, un briquet, du papier à cigarettes et un pince-joint. Le portefeuille de A.M., contenant ses pièces d'identité, se trouvait aussi dans le sac à dos. A.M. a été accusé de possession de marijuana en vue d'en faire le trafic et de possession de psilocybine.

II. Dispositions constitutionnelles pertinentes

[23] Voici le texte des dispositions constitutionnelles pertinentes de la *Charte* :

Charte canadienne des droits et libertés

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

9. Chacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires.

24. . . .

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

III. Historique judiciaire

A. *Tribunal pour adolescents de l'Ontario (le juge Hornblower)* (2004), 120 C.R.R. (2d) 181, 2004 ONCJ 98

[24] Le juge du tribunal pour adolescents a conclu que deux fouilles ont été effectuées le 7 novembre 2002. La première était celle effectuée par le chien renifleur qui « a attiré l'attention » sur le sac à dos de A.M. La deuxième était la fouille même du sac à dos par le policier de Sarnia. De l'avis du juge, aucune de ces fouilles n'était raisonnable. Même si, selon certains éléments de preuve, des voisins de l'école et des parents avaient exprimé leurs inquiétudes au sujet de la présence possible de drogues à l'école, la direction de l'école ne disposait d'aucune

2008 SCC 19 (CanLII)

simply thought it possible that on any given day drugs might be found in the school. While some flexibility must be extended to school authorities, the youth court judge did not believe that "a reasonably well-educated guess" constituted reasonable grounds to conduct a search (para. 16).

[25] The youth court judge further found that the search in this case was not a search conducted by school authorities, but a search by the police. No school authority took any active role. The fact that the principal had on an earlier occasion invited a search by police did not convert the search on November 7, 2002 into one by school authorities.

[26] As to the admissibility of the evidence under s. 24(2) notwithstanding the *Charter* breach, the youth court judge acknowledged a reduced expectation of privacy in a school setting and noted that trafficking in marijuana is a serious offence. No bad faith could be imputed to either the police or the school authorities. On the other hand, the rights of every student in the school were violated that day as they were all subject to an unreasonable search. To admit the evidence would bring the administration of justice into disrepute. For these reasons, the youth court judge held that the evidence should be excluded, and A.M. acquitted.

B. *Court of Appeal for Ontario (Goudge, Armstrong and Blair JJ.A.)* (2006), 79 O.R. (3d) 481

[27] Armstrong J.A. wrote for the Court of Appeal that what had occurred at St. Patrick's High School on November 7, 2002 was a search by police. No school authority requested the presence of police on that day, and no school official played any active role in the search. The "standing invitation" to the police to conduct a sniffer-dog search

information pertinente en ce sens le jour de la perquisition. Le directeur de l'école pensait tout simplement qu'il était possible que l'on trouve en tout temps de la drogue à l'école. Bien qu'une certaine latitude doive être laissée aux directions d'école, le juge du tribunal pour adolescents n'a pas cru qu'[TRADUCTION] « une supposition raisonnablement fondée sur l'expérience » constituait un motif raisonnable d'effectuer une fouille (par. 16).

[25] Le juge du tribunal pour adolescents a en outre conclu qu'il ne s'agissait pas en l'espèce d'une fouille effectuée par la direction de l'école mais d'une fouille effectuée par la police. Aucun membre de la direction de l'école n'a participé activement à la fouille. Le directeur avait déjà invité la police à effectuer une fouille, mais cela n'a pas transformé la fouille du 7 novembre 2002 en fouille effectuée par la direction de l'école.

[26] Pour ce qui est de la recevabilité des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) malgré la violation de la *Charte*, le juge du tribunal pour adolescents a reconnu que l'attente en matière de vie privée est réduite dans une école et il a souligné que le trafic de marijuana est une infraction grave. On ne pouvait affirmer que la police ou la direction de l'école avaient fait preuve de mauvaise foi. Par contre, les droits de chacun des élèves de l'école ont été violés ce jour-là, car tous les élèves ont été soumis à une fouille abusive. L'admission des éléments de preuve était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Le juge du tribunal pour adolescents a conclu pour ces motifs que les éléments de preuve devaient être écartés et que A.M. devait être acquitté.

B. *Cour d'appel de l'Ontario (les juges Goudge, Armstrong et Blair)* (2006), 79 O.R. (3d) 481

[27] Le juge Armstrong a écrit au nom de la Cour d'appel que c'est la police qui avait effectué une fouille à l'école secondaire St. Patrick's le 7 novembre 2002. Aucun membre de la direction de l'école n'avait demandé la présence de la police ce jour-là et aucun membre du personnel de l'école n'a participé activement à la fouille. L'invitation faite à la

2008 SCC 19 (CanLII)

of the school did not render this search a "search by school authorities" (para. 22).

[28] The court rejected the Crown's argument that the police conduct did not amount to a "search" within the meaning of s. 8, noting the Sarnia constable's testimony that the police went to the school to conduct a "random search" (emphasis added), that the Ontario Provincial Police constable agreed in cross-examination that he and the dog were engaged in a *search*, and that the Crown conceded that point at trial (para. 45).

[29] Armstrong J.A. disagreed with the Crown's contention that A.M.'s expectation of privacy in his backpack "was so significantly diminished as to be negligible" (para. 49). He accepted the submission of both counsel for the accused and the Canadian Civil Liberties Association that, as the Association had put it, "[a] student's backpack is in effect a portable bedroom and study rolled into one" (para. 50).

[30] Neither the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, nor its subsidiary policies, nor the provincial *Ontario Schools: Code of Conduct* (2001), provide for warrantless searches, and the principal had admitted that the school authorities themselves could not legally have conducted the search that was carried out by the police in this case.

[31] Armstrong J.A. observed that to facilitate the search, the entire student population was detained in their classrooms for a period of one and a half to two hours. Although the principal himself made the announcement to the student body, he did so to accommodate the police. There was no credible information to suggest that a search was justified and no reasonable grounds to detain the students. The detention aggravated the unreasonableness of the search.

police à venir en tout temps effectuer une fouille de l'école à l'aide d'un chien renifleur n'a pas fait de cette fouille une [TRADUCTION] « fouille par les autorités de l'école » (par. 22).

[28] La cour a rejeté l'argument du ministère public selon lequel les policiers n'avaient pas effectué une « fouille » au sens de l'art. 8, soulignant que le policier de Sarnia avait déclaré lors de son témoignage que la police s'était rendue à l'école pour effectuer une [TRADUCTION] « fouille au hasard » (je souligne), que le policier de la Police provinciale de l'Ontario a reconnu en contre-interrogatoire avoir effectué une *fouille* avec son chien et que le ministère public a admis ce fait au procès (par. 45).

[29] Le juge Armstrong n'a pas retenu la prétention du ministère public selon laquelle l'attente de A.M. en matière de vie privée en ce qui concerne son sac à dos [TRADUCTION] « était si réduite qu'elle devenait négligeable » (par. 49). Il a retenu l'argument des avocats de l'accusé et de l'Association canadienne des libertés civiles qui ont affirmé, ainsi que l'avait dit l'Association, que [TRADUCTION] « [le] sac à dos d'un élève est un peu comme sa chambre à coucher et sa salle d'étude qu'il transporte avec lui » (par. 50).

[30] Ni la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, ni ses politiques connexes, ni le *Code de conduite* (2001) des écoles de l'Ontario ne prévoient des fouilles sans mandat, et le directeur a admis que les membres de la direction de l'école n'auraient pas pu eux-mêmes effectuer légalement la fouille faite par la police en l'espèce.

[31] Le juge Armstrong a fait remarquer que, pour faciliter la fouille, tous les élèves ont été consignés dans leurs classes pendant une période d'une heure et demie à deux heures. Bien que le directeur ait lui-même annoncé la fouille aux élèves, il l'a fait pour faciliter la tâche des policiers. Aucune information crédible n'indiquait qu'une fouille était justifiée, et aucun motif raisonnable ne justifiait de consigner les élèves dans leurs classes. La consignation des élèves a accentué le caractère abusif de la fouille.

2008 SCC 19 (CanLII)

[32] The youth court judge was right to exclude the evidence. This was a warrantless, random search which was not authorized by either the criminal law or the *Education Act*. The breach was serious. Admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. The Crown's appeal from the acquittal was therefore dismissed.

IV. Analysis

[33] Section 8, like the rest of the *Charter*, must be interpreted purposively, that is to say, to further the interests it was intended to protect. While these interests may go beyond privacy, they go "at least that far" (*Hunter v. Southam*, at p. 159). A privacy interest worthy of protection is one the citizen subjectively believes ought to be respected by the government and "that society is prepared to recognize as 'reasonable'" (*Katz*, at p. 361). In each case, "an assessment must be made as to whether in a particular situation the public's interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement" (*Hunter v. Southam*, at pp. 159-60).

[34] In carrying out this assessment, a number of considerations have emerged which should assist in the resolution of these appeals.

[35] First is the recognition of the type of society which Canadians, by their adoption of the *Charter*, have elected to live in. "The restraints imposed on government to pry into the lives of the citizen go to the essence of a democratic state" (*R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 427-28). Students are no less deserving of constitutional protection than adults, although their age, vulnerability and presence in a school environment, all factor into the "totality of the circumstances".

[32] Le juge du tribunal pour adolescents a eu raison d'écarter les éléments de preuve. Il s'agissait d'une fouille sans mandat effectuée au hasard et qui n'était autorisée ni par le droit criminel ni par la *Loi sur l'éducation*. Il y a eu violation grave. L'utilisation des éléments de preuve était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Par conséquent, l'appel du verdict d'acquittement interjeté par le ministère public a été rejeté.

IV. Analyse

[33] L'article 8, comme le reste de la *Charte*, doit recevoir une interprétation téléologique, c'est-à-dire une interprétation visant à favoriser les intérêts qu'elle est censée protéger. Bien que ces intérêts puissent dépasser le droit à la vie privée, leur portée est « au moins aussi étendue » (*Hunter c. Southam*, p. 159). Un droit à la vie privée mérite d'être protégé lorsque les citoyens croient subjectivement qu'il devrait être respecté par le gouvernement et [TRADUCTION] « que la société est prête à le considérer comme "raisonnable" » (*Katz*, p. 361). Dans chaque cas, « il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi » (*Hunter c. Southam*, p. 159-160).

[34] Cette appréciation a fait ressortir diverses considérations qui devraient être utiles pour trancher ces appels.

[35] Premièrement, il faut reconnaître le type de société dans laquelle les Canadiens ont choisi de vivre en adoptant la *Charte*. « L'interdiction qui est faite au gouvernement de s'intéresser de trop près à la vie des citoyens touche à l'essence même de l'État démocratique » (*R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 427-428). Les élèves ne méritent pas moins que les adultes de bénéficier d'une protection constitutionnelle, malgré leur âge, leur vulnérabilité et leur présence dans un milieu scolaire, des facteurs qui font partie de « l'ensemble des circonstances ».

2008 SCC 19 (CanLII)

[36] Secondly, the focus must be on the "impact on the subject of the search or the seizure [here all the students at the school], and not simply on its rationality in furthering some valid government objective" (*Hunter v. Southam*, at p. 157). The impact includes disruption, inconvenience and potential embarrassment for innocent individuals subjected to the dog sniff or other intrusive police attention.

[37] Thirdly, the assessment of the privacy interest necessarily takes place in the shadow of the reason why the police want the information. As noted in *Tessling*, "the police were clearly interested in the 'heat profile' not for its own sake but for what it might reveal about the [illegal] activities *inside* the home" (para. 41 (emphasis in original)). If the police in this case had been called to investigate the potential presence of guns or explosives at the school using dogs trained for that purpose, the public interest in dealing quickly and efficiently with such a threat to public safety, even if speculative, would have been greater and more urgent than routine crime prevention. Generally speaking, the legal balance would have come down on the side of the use of sniffer dogs to get to the bottom of a possible threat to the lives or immediate safety and well-being of the students and staff.

[38] Fourth, the Court must consider the significance of the information obtained as a result of the police intervention. Mr. Alan Gold, Q.C., amongst others, has criticized use of the meaningfulness of the information as an important factor in the determination of whether a reasonable expectation of privacy exists. He writes:

> I appreciate that Tessling can be understood as referencing a category of information — electrical and heat information — that is in general uninformative and "meaningless,". . . . But . . . [a] fine meal can be made from scraps, and the police certainly seem highly interested in this "meaningless" information.

("Privacy Suffers From the Heat: R. v. Tessling", paper delivered at Law Society of Upper Canada

[36] Deuxièmement, l'accent doit porter sur « l'effet [. . .] sur l'objet de la fouille, de la perquisition ou de la saisie [en l'espèce, tous les élèves présents à l'école] et non simplement [. . .] [sur] sa rationalité dans la poursuite de quelque objectif gouvernemental valable » (*Hunter c. Southam*, p. 157). L'effet en question inclut notamment la gêne, les ennuis et l'embarras éventuel causés aux personnes innocentes soumises à l'intervention du chien renifleur ou à d'autres gestes envahissants de la police.

[37] Troisièmement, dans l'appréciation du droit à la vie privée, il faut obligatoirement tenir compte du motif pour lequel la police veut obtenir l'information. Ainsi que l'a dit la Cour dans *Tessling*, « [l]a police [. . .] s'intéressait nettement au "profil thermique", non pour le profil lui-même, mais pour ce qu'il pouvait révéler des activités [illégales] se déroulant *à l'intérieur* de la résidence » (par. 41 (en italique dans l'original)). Si, en l'espèce, la police avait été appelée pour enquêter, à l'aide de chiens dressés à cette fin, sur la présence éventuelle à l'école d'armes ou d'explosifs, l'importance et l'urgence de neutraliser rapidement et efficacement une telle menace pour la sécurité publique, même si elle était hypothétique, auraient eu préséance sur la simple prévention du crime. De façon générale, l'équilibre juridique aurait privilégié le recours à des chiens renifleurs pour faire toute la lumière sur une menace éventuelle pour la vie ou la sécurité immédiate et le bien-être des élèves et du personnel.

[38] Quatrièmement, la Cour doit analyser l'importance de l'information obtenue par suite de l'intervention de la police. Monsieur Alan Gold, c.r., est l'un de ceux qui ont condamné l'utilisation de l'importance de l'information comme facteur essentiel pour déterminer s'il existe une attente raisonnable en matière de vie privée. Il écrit ce qui suit :

> [TRADUCTION] Je sais que l'on peut considérer que l'arrêt Tessling renvoie à une catégorie de données — données électriques et thermiques — qui en général ne nous apprennent rien et sont « sans importance ». [. . .] Mais [. . .] [i]l est possible d'obtenir une image complète à partir de bribes d'information et la police semble fortement s'intéresser à ces données « sans importance ».

(« Privacy Suffers From the Heat : R. v. Tessling », document présenté au 5th Annual Six-Minute

2008 SCC 19 (CanLII)

5th Annual Six-Minute Criminal Defence Lawyer, June 4, 2005, at paras. 7-8)

Of course, much police work *does* consist of assembling different "scraps" of information, some of it apparently meaningless, into a significant picture. This fact does not necessarily generate constitutional protection for the "meaningless scraps" that form part of the mosaic unless there is something else in the context that drives that result. In the present case, *Tessling* is inapplicable. The information is highly meaningful. We are not dealing with "scraps". The dogs pointed the police to the sniffer dog's equivalent of a smoking gun.

[39] Fifth, the courts have to deal with what is presented to them as reality. Some of the interveners portrayed the resolution of the dog-sniffing issue in this case as critical to the future of informational privacy. It is true that the information conveyed by a sniffer-dog alert reveals important information to the police about the crime under investigation (being one of the circumstances that distinguishes this case from *Tessling*). This appeal, however, does not purport to chart the future course of informational privacy any more than did *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, or *Tessling*. It is in the nature of this rapidly developing field that courts will need to return again and again to fundamental principles to draw the reasonableness line.

[40] Professor Kerr and Ms. McGill rightly warn of snooping technologies under development including reference to "Honeybees Join the Bomb Squad" and talk of "sensors that will scan crowds to determine whether anyone is planning to commit — or is even thinking of committing — an illegal act" (see I. Kerr and J. McGill, "Emanations, Snoop Dogs and Reasonable Expectations of Privacy" (2007), 52 *Crim. L.Q.* 392, at pp. 410-11, footnote 57). The s. 8 jurisprudence will continue to evolve as snooping

Criminal Defence Lawyer du Barreau du Haut-Canada, 4 juin 2005, par. 7-8)

Évidemment, une bonne partie du travail de la police consiste *effectivement* à rassembler différentes « bribes » d'information, dont certaines semblent dénuées d'importance, pour obtenir une image représentative de la situation. Cela n'a pas nécessairement pour effet de créer une protection constitutionnelle pour ces « bribes d'information sans importance » qui font partie du tableau à moins qu'il n'y ait, dans le contexte, d'autres éléments qui entraînent une telle protection. En l'espèce, l'arrêt *Tessling* est inapplicable. L'information obtenue est très importante. Il ne s'agit pas de « bribes » d'information. Les chiens renifleurs ont attiré l'attention des policiers sur ce qui constitue pour eux l'équivalent d'une preuve irréfutable.

[39] Cinquièmement, les tribunaux doivent examiner ce qui leur est présenté comme étant la réalité. Certains des intervenants ont présenté la décision sur la question des chiens renifleurs en l'espèce comme étant cruciale pour l'avenir du droit à la vie privée en ce qui concerne les renseignements personnels. Il est vrai que la réaction d'un chien renifleur fournit à la police une information importante au sujet du crime visé par l'enquête (l'une des circonstances qui distinguent la présente espèce de *Tessling*). Dans le présent appel, cependant, il n'est pas question de planifier l'avenir de la protection des renseignements personnels plus que ne l'ont fait les arrêts *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, ou *Tessling*. En raison même de l'évolution rapide de ce domaine, les tribunaux devront revenir encore et encore aux principes fondamentaux afin de tracer la limite de ce qui est raisonnable.

[40] Le professeur Kerr et Mme McGill lancent à juste titre un avertissement au sujet des techniques de surveillance qui sont actuellement mises au point; ils font notamment référence à l'article intitulé « Honeybees Join the Bomb Squad » et parlent de [TRADUCTION] « senseurs qui balayeront les foules pour déterminer si quelqu'un projette de commettre un acte illégal — ou si cette pensée lui effleure même l'esprit » (voir I. Kerr et J. McGill, « Emanations, Snoop Dogs and Reasonable

2008 SCC 19 (CanLII)

technology advances. This flexibility is essentially what the "totality of the circumstances" approach is designed to achieve. On these occasions, critics usually refer to "Orwellian dimensions" and *1984*, but the fact is that 1984 came and went without George Orwell's fears being entirely realized, although he saw earlier than most the direction in which things might be heading. The Court can insist on proper evidence of what the police or government are up to and how, if at all, the information the police seek to collect can be used. As *Tessling* noted, "[w]hatever evolution occurs in future will have to be dealt with by the courts step by step. Concerns should be addressed with as they truly arise" (para. 55).

Expectations of Privacy » (2007), 52 *Crim. L.Q.* 392, p. 410-411, note 57). La jurisprudence relative à l'art. 8 continuera d'évoluer en même temps que progressent les techniques de surveillance. C'est cette souplesse que vise essentiellement à atteindre l'approche fondée sur l'« ensemble des circonstances ». Les critiques font habituellement référence aux « aspects orwelliens » et à *1984*, mais il reste que l'année 1984 s'est écoulée sans que les craintes de George Orwell ne se réalisent entièrement, bien qu'il ait vu avant la plupart des gens l'orientation que pourrait prendre l'avenir. La Cour peut exiger une preuve adéquate de ce que veut faire la police ou le gouvernement et de la manière, le cas échéant, dont les renseignements que la police cherche à recueillir pourront être utilisés. Ainsi que l'indique la Cour dans *Tessling*, « [t]out développement qui pourra survenir devra être examiné par les tribunaux. Les problèmes devraient être analysés au moment où ils se posent véritablement » (par. 55).

A. *The Use of Sniffer Dogs*

[41] For reasons expressed in *Kang-Brown*, I believe the police are acting within their common law powers, provided the requirements of the *Charter* are respected, when they call on the use of sniffer dogs in the course of crime investigation in places to which they otherwise have lawful access. In the present context, the s. 8 right to be secure against unreasonable search or seizure is of paramount importance. What occurred at St. Patrick's High School on November 7, 2002 was a warrantless search, and therefore *presumptively* unreasonable. As Lamer J. stated in *Collins*, at p. 278:

> . . . once the appellant has demonstrated that the search was a warrantless one, the Crown has the burden of showing that the search was, on a balance of probabilities, reasonable.
>
> A search will be reasonable if it is authorized by law, if the law itself is reasonable and if the manner in which the search was carried out is reasonable.

(See also *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52, at para. 36; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51, at paras. 10-12.)

A. *Le recours à des chiens renifleurs*

[41] Pour les raisons exposées dans *Kang-Brown*, je crois que si les exigences de la *Charte* sont respectées, les policiers agissent dans le cadre des pouvoirs que leur confère la common law lorsqu'ils ont recours à des chiens renifleurs dans le cours de leurs enquêtes dans les endroits où ils peuvent par ailleurs légitimement avoir accès. Dans le présent contexte, le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti à l'art. 8 prend une importance cruciale. Le 7 novembre 2002, on a procédé à l'école secondaire St. Patrick's à une fouille sans mandat, et la fouille était par conséquent *présumée* abusive. Comme le juge Lamer l'a affirmé dans l'arrêt *Collins*, p. 278 :

> . . . du moment que l'appelant démontre qu'il s'agissait d'une fouille sans mandat, il incombe à la poursuite de prouver que, selon la prépondérance des probabilités, cette fouille n'était pas abusive.
>
> Une fouille ne sera pas abusive si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même n'a rien d'abusif et si la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive.

(Voir également *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52, par. 36; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, par. 10 à 12.)

2008 SCC 19 (CanLII)

[42] For the reasons to be explained below, as well as the analysis set out in *Kang-Brown*, my opinion is that in cases where reasonable suspicion exists, the first two conditions of the *Collins* test are satisfied (*Collins*, at pp. 278-79; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, at pp. 15-16). Where reasonable suspicion exists, a sniffer-dog search is authorized by the common law, and the common law itself is reasonable because of the minimally intrusive, narrowly targeted and high accuracy of "sniff searches" by dogs with a proven track record like Chief. However, on the facts of this case, because of the absence of reasonable suspicion, the search fails the first and third branches of the *Collins* test. As there was no reasonable suspicion, the search was not authorized by law and fails the first requirement. Further, it fails on the third requirement, namely that the search be conducted reasonably. The police failed because they proceeded on the basis of speculation rather than objectively verifiable evidence supporting reasonable suspicion.

[42] Pour les raisons exposées ci-après, et vu l'analyse faite dans *Kang-Brown*, j'estime que dans les cas où il existe des soupçons raisonnables, les deux premières exigences du critère de l'arrêt *Collins* sont respectées (*Collins*, p. 278-279; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, p. 15-16). En présence de tels soupçons, la common law autorise les fouilles ou perquisitions à l'aide de chiens renifleurs, et cette règle de common law n'a elle-même rien d'abusif vu le caractère minimalement envahissant, étroitement ciblé et hautement fiable des fouilles ou perquisitions effectuées à l'aide de chiens qui, comme Chief, ont fait leurs preuves. Toutefois, les faits de la présente affaire démontrent qu'en raison de l'absence de soupçons raisonnables, la fouille effectuée ne satisfait pas aux premier et troisième volets du critère de l'arrêt *Collins*. À cause de l'absence de soupçons raisonnables, la fouille n'était pas autorisée par la loi et elle ne satisfait pas à la première exigence. Elle ne satisfait pas non plus à la troisième exigence, selon laquelle la fouille ou perquisition doit être effectuée de manière non abusive. Le manquement des policiers découle du fait qu'ils ont effectué la fouille en se fondant sur des hypothèses plutôt que sur des éléments de preuve objectivement vérifiables qui justifient des soupçons raisonnables.

B. *A Student's Privacy Is Entitled to Constitutional Protection*

[43] In support of their argument that s. 8 of the *Charter* is not engaged because of free access to "emissions in the public domain", the Attorneys General alluded to the dissent in *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001), cited in *Tessling*, at para. 51:

> . . . public officials should not have to avert their senses or their equipment from detecting emissions in the public domain such as excessive heat, traces of smoke, suspicious odors, odorless gases, airborne particulates, or radioactive emissions, any of which could identify hazards to the community. [p. 45]

This frequently quoted passage from *Kyllo* clearly refers to situations involving immediate public hazards, not routine crime investigation. The present

B. *La Constitution protège le droit de l'élève au respect de sa vie privée*

[43] Pour étayer leur argument selon lequel l'art. 8 de la *Charte* ne s'applique pas parce que tous ont accès aux [TRADUCTION] « émissions dans le domaine public », les procureurs généraux ont fait allusion aux motifs dissidents rendus dans *Kyllo c. United States*, 533 U.S. 27 (2001), cité dans *Tessling*, par. 51 :

> [TRADUCTION] . . . les mandataires de l'État ne doivent pas s'empêcher de détecter, par leurs sens ou à l'aide d'appareils, des émissions dans le domaine public comme de la chaleur excessive, des traces de fumée, des odeurs suspectes, des gaz inodores, des particules en suspension dans l'air ou des émissions radioactives, qui pourraient révéler des dangers pour la collectivité. [p. 45]

Il est clairement question, dans ce passage fréquemment cité de *Kyllo*, de situations où il existe un danger immédiat pour le public et non de simples

2008 SCC 19 (CanLII)

appeal, however, is a case of routine crime investigation, not public hazards. Moreover, the police here were not asked to "avert their senses". The question before us relates to the circumstances in which the police can initiate an investigation using sniffer dogs.

[44] The leading Canadian case on searches in schools is *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393, where it was held that "the reasonable expectation of privacy of a student in attendance at a school is certainly less than it would be in other circumstances" (para. 33). After adverting to the fact that "weapons and drugs create problems that are grave and urgent", Cory J. nevertheless maintained that "schools also have a duty to foster the respect of their students for the constitutional rights of all members of society" (para. 3).

> Learning respect for those rights is essential to our democratic society and should be part of the education of all students. These values are best taught by example and may be undermined if the students' rights are ignored by those in authority. [para. 3]

Of course, the consequences for the student of a police search are potentially far more serious than would result from an exercise of school discipline.

[45] In *M. (M.R.)*, the issue was the constitutionality of the body search of a student for drugs at a school dance by the vice-principal. The Court specifically held that if the *body search* had been conducted by the police, or the school authorities acting as agents of the police, reasonable and probable grounds of belief would have been required. However, reasonable suspicion was sufficient for school authorities. The teaching of *M. (M.R.)* is that in matters of school discipline, a broad measure of discretion and flexibility (para. 49) will be afforded the school authorities, but when police are conducting a body search, even on school premises, the ordinary standard of justification

enquêtes criminelles. Il s'agit toutefois dans le présent pourvoi d'une simple enquête criminelle et non d'un danger pour le public. De plus, on n'a pas demandé aux policiers de « s'empêcher de détecter par leurs sens ». La question dont nous sommes saisis concerne les circonstances dans lesquelles la police peut commencer une enquête en utilisant des chiens renifleurs.

[44] L'arrêt faisant autorité au Canada en matière de perquisitions effectuées dans des écoles est *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393, dans lequel notre Cour a statué que « l'attente raisonnable en matière de vie privée d'un élève à l'école est sûrement moindre que celle qu'il aurait dans d'autres circonstances » (par. 33). Après avoir signalé que « [l]'introduction d'armes [. . .] [et] de drogues illicites [. . .] est source de problèmes graves et urgents », le juge Cory a néanmoins soutenu que « les écoles ont l'obligation d'inculquer à leurs élèves le respect des droits constitutionnels de tous les membres de la société » (par. 3).

> L'apprentissage du respect de ces droits est essentiel à notre société démocratique et devrait faire partie de l'éducation de tous les élèves. C'est par l'exemple que ces valeurs se transmettent le mieux, et elles peuvent être minées si les personnes en autorité font fi des droits des élèves. [par. 3]

Évidemment, une perquisition de la police peut avoir pour un élève des conséquences beaucoup plus graves que celles découlant de l'application de la discipline scolaire.

[45] Dans *M. (M.R.)*, il s'agissait de la constitutionnalité de la fouille corporelle, par le directeur adjoint d'une école de danse, d'un élève soupçonné d'avoir de la drogue en sa possession. La Cour a statué expressément que si la *fouille corporelle* avait été effectuée par les policiers, ou par les autorités scolaires agissant en qualité de mandataires de la police, des motifs raisonnables et probables auraient été requis. Toutefois, il suffisait pour les autorités scolaires qu'elles aient des soupçons raisonnables. Il ressort de l'arrêt *M. (M.R.)* qu'en matière de discipline scolaire, les autorités scolaires jouissent d'un pouvoir discrétionnaire et d'une latitude raisonnables (par. 49) mais que, lorsque des

2008 SCC 19 (CanLII)

applicable to police will be required. Cory J. stated:

> The modified standard for school authorities is required to allow them the necessary latitude to carry out their responsibilities to maintain a safe and orderly school environment. There is no reason, however, why police should not be required to comply with the usual standards, merely because the person they wish to search is in attendance at an elementary or secondary school. [para. 56]

In the present case, of course, we are not dealing with a body search, which is far more intrusive than a dog sniff and whose results are not limited to the disclosure of contraband.

[46] My colleague Deschamps J. (at para. 131) cites *M. (M.R.)* as authority for a diminished expectation of privacy in schools, but seemingly does not attach importance to the distinction between school authorities (which is what Cory J. is speaking of in the passage she cites) and the police. The difference between a police search and an investigation by school authorities was of critical importance to the Court's decision in *M. (M.R.)* and, I believe, is of importance here as well.

[47] Some authors have criticized the distinction between a search by school authorities and a police search if the end result in both situations is a prosecution, e.g. D. Stuart, "Reducing Charter Rights of School Children" (1999), 20 C.R. (5th) 230; A. W. MacKay, "Don't Mind Me, I'm from the R.C.M.P.: *R. v. M. (M.R.)* — Another Brick in the Wall Between Students and Their Rights" (1997), 7 C.R. (5th) 24. However, I agree with Cory J. that significantly greater latitude must be given to school authorities in the discharge of their responsibilities than to the police. If evidence sufficient to ground a prosecution should come to light in the course of a school investigation, the evidence no doubt will be passed on to the regular prosecutorial authorities if the school authorities think it appropriate to do so. Otherwise, schools may become safe havens for juvenile drug dealers, which would be unacceptable.

policiers effectuent une fouille corporelle, même dans les locaux d'une école, la norme ordinaire de justification applicable à la police devra être respectée. Le juge Cory a affirmé ce qui suit :

> La norme modifiée applicable aux autorités scolaires est nécessaire pour leur donner la latitude dont elles ont besoin pour s'acquitter de leur responsabilité de maintenir un environnement scolaire sûr et ordonné. Il n'existe cependant aucune raison de dispenser les policiers de se conformer aux normes habituelles uniquement parce que la personne qu'ils souhaitent fouiller est dans une école élémentaire ou secondaire. [par. 56]

En l'espèce, il ne s'agit évidemment pas d'une fouille corporelle, beaucoup plus envahissante que l'intervention d'un chien renifleur et dont l'effet ne se limite pas à la découverte d'objets interdits.

[46] Ma collègue la juge Deschamps (au par. 131) cite l'arrêt *M. (M.R.)* pour affirmer que l'attente raisonnable en matière de vie privée est moindre dans les écoles; elle ne semble toutefois pas accorder d'importance à la distinction faite entre les autorités scolaires (ce dont parle le juge Cory dans le passage qu'elle cite) et la police. La différence entre une perquisition effectuée par la police et une enquête effectuée par les autorités scolaires était cruciale pour la décision de la Cour dans *M. (M.R.)* et j'estime qu'elle est importante en l'espèce.

[47] Certains auteurs ont critiqué la distinction faite entre une fouille effectuée par les autorités scolaires et une perquisition de la police si le résultat final dans les deux cas est une poursuite : p. ex., D. Stuart, « Reducing Charter Rights of School Children » (1999), 20 C.R. (5th) 230; A. W. MacKay, « Don't Mind Me, I'm from the R.C.M.P. : *R. v. M. (M.R.)* — Another Brick in the Wall Between Students and Their Rights » (1997), 7 C.R. (5th) 24. Je conviens toutefois avec le juge Cory qu'il faut donner aux autorités scolaires une plus grande latitude qu'à la police pour leur permettre de s'acquitter de leurs responsabilités. Si une enquête effectuée dans une école permet de découvrir des éléments de preuve pouvant fonder une poursuite, il est indubitable que les autorités scolaires les transmettront, si elles le jugent approprié, aux autorités compétentes chargées des poursuites. Autrement, les écoles

2008 SCC 19 (CanLII)

In any event, Cory J. factored this possible outcome into his consideration in pronouncing the usual *caveat* that "[a]ll the circumstances surrounding a search must be taken into account in determining if the search is reasonable" (*M. (M.R.)*, at para. 48). The important point is that the Court in *M. (M.R.)* refused to carve out a "school exception" to the exercise of police powers.

[48] My colleague Deschamps J. concludes that the accused lacked any personal privacy interest in his bag when left in the gym. She writes:

> No *personal* privacy interest as defined in *R. v. Tessling*, [2004] 3 S.C.R. 432, 2004 SCC 67, at para. 23, is in issue in this case, since A.M. was not wearing or carrying his backpack at the time of the alleged search. [Emphasis in original; para. 121.]

Reliance is also placed on the *unattended* backpack factor at paras. 100, 120, 128, 131, 138, 147 and 148 of my colleague's reasons. I do not agree with the importance attached to the circumstance that the backpack was unattended. If an accused has a privacy interest in the contents of a letter, it is not lost when she takes it out of her purse and posts it. If an accused has documents concealed in the locked trunk of his car, the privacy interest in the contents of the trunk of the car does not depend on whether he is in the car or has left it parked somewhere, including a public parking lot. My home is no less private when I am out than when I am there. When students left their backpacks in the gymnasium, they did not thereby lose their privacy interest in the concealed contents, in my view.

[49] My colleague Deschamps J. then writes:

> A third factor is the fact that A.M.'s backpack was left not only unattended, but also in plain view. [para. 138]

pourraient devenir un refuge pour les jeunes trafiquants de drogues, une situation inacceptable. Quoi qu'il en soit, le juge Cory a tenu compte de ce résultat éventuel lorsqu'il a fait l'habituelle mise en garde selon laquelle « [p]our déterminer si une fouille est raisonnable, il faut prendre en considération toutes les circonstances qui l'ont entourée » (*M. (M.R.)*, par. 48). L'important est que, dans *M. (M.R.)*, la Cour a refusé de créer, quant à l'exercice de leurs pouvoirs par les policiers, une « exception pour les écoles ».

[48] Ma collègue la juge Deschamps conclut que l'accusé perdait son droit au respect de la vie privée à l'égard de son sac lorsqu'il le laissait au gymnase. Elle écrit :

> En l'espèce, aucun droit *personnel* à la vie privée du genre de celui défini dans *R. c. Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 432, 2004 CSC 67, par. 23, n'est en cause puisque A.M. ne portait pas ou ne transportait pas son sac à dos au moment de la fouille alléguée. [En italique dans l'original; par. 121.]

Ma collègue s'est également appuyée, aux par. 100, 120, 128, 131, 138, 147 et 148 de ses motifs, sur le fait que le sac à dos avait été *laissé sans surveillance*. Je ne crois pas qu'il faille accorder une telle importance au fait que le sac à dos était laissé sans surveillance. S'il existe pour une accusée un droit à la vie privée relatif au contenu d'une lettre, celle-ci ne perd pas ce droit lorsqu'elle sort la lettre de son sac à main et la met à la poste. Si un accusé a dissimulé des documents dans le coffre verrouillé de sa voiture, son droit à la vie privée relatif au contenu du coffre de sa voiture ne dépend pas de la question de savoir s'il se trouve à bord de la voiture ou s'il a quitté celle-ci après l'avoir stationnée quelque part, y compris dans un stationnement public. Le caractère privé de ma résidence est le même que j'y sois ou non. À mon avis, les élèves qui ont laissé leur sac à dos dans le gymnase n'ont pas perdu de ce fait le droit à la vie privée applicable au contenu de leur sac.

[49] Ma collègue la juge Deschamps écrit ensuite :

> Le fait que le sac à dos de A.M. a non seulement été laissé sans surveillance, mais qu'il était placé bien en vue constitue un troisième facteur. [par. 138]

2008 SCC 19 (CanLII)

As I see it, the issue is not whether the outside of the backpack was in plain view. The privacy issue relates to the concealed contents.

C. *Reasonableness Incorporates a Measure of Flexibility*

[50] While the primary s. 8 focus is on the impact of the police action on the person searched, or from whom the effects are seized, it is evident that the impact of the search (potential criminal prosecution) cannot by itself render the warrantless search unreasonable. Warrantless searches generally arise in the context of a criminal prosecution.

[51] An overly rigid reading of *Hunter v. Southam* produces a dilemma for both the defence and the Crown. Here, the Crown argues that little privacy is at stake because of the nature of the container (backpack), the place of the search (the school), and the narrowness of the sniffer dog's focus (contraband). If this argument fails to persuade, however, the Crown is faced with the full brunt of the *Hunter v. Southam* procedural requirements with the consequence, generally speaking, that the dogs can only be used where they are not needed. If the police already have reasonable and probable grounds to obtain a search warrant for a physical search, they have no need to deploy a sniffer dog.

[52] From the defence viewpoint, on the other hand, if the Court finds a "privacy" interest to exist, the backpack is thereby surrounded by a legal fortress impenetrable to a sniffer dog or any other person or device without the subject's consent or a judicially authorized search warrant. But if this defence argument fails, as it has in the United States, the citizen will be left without any s. 8 protection at all against the use of sniffer dogs.

Selon moi, il ne s'agit pas de savoir si le sac à dos lui-même était bien en vue. La question du droit à la vie privée concerne le contenu dissimulé dans le sac.

C. *Le caractère raisonnable comporte une certaine souplesse*

[50] Bien que l'art. 8 porte principalement sur les répercussions, pour la personne fouillée ou dont les effets sont saisis, de la mesure prise par la police, il est évident que les répercussions de la fouille (une éventuelle poursuite criminelle) ne peuvent en elles-mêmes rendre abusive une fouille effectuée sans mandat. La question des fouilles effectuées sans mandat est habituellement soulevée dans le contexte d'une poursuite criminelle.

[51] L'interprétation trop rigide de *Hunter c. Southam* crée un dilemme à la fois pour la défense et pour la poursuite. En l'espèce, le ministère public soutient que le droit à la vie privée en jeu est restreint étant donné la nature du contenant (un sac à dos), le lieu de la fouille (l'école) et l'objet très précis que recherchait le chien renifleur (des articles interdits). Toutefois, si cet argument n'est pas persuasif, le ministère public n'échappe pas à la rigueur des exigences procédurales de *Hunter c. Southam* de sorte que, de façon générale, les chiens ne peuvent être utilisés que dans les cas où l'on n'a pas besoin d'eux. Si la police a déjà des motifs raisonnables et probables pour obtenir un mandat de perquisition autorisant une fouille, elle n'a pas besoin de recourir à un chien renifleur.

[52] Du point de vue de la défense par contre, si la Cour conclut à l'existence d'un droit à la « vie privée », le sac à dos est alors protégé par des mesures juridiques incontournables pour un chien renifleur ou pour toute autre personne ou dispositif sans le consentement de la personne visée ou sans un mandat judiciaire autorisant la fouille. Cependant, si ce moyen de défense échoue, comme cela a été le cas aux États-Unis, le citoyen ne pourra pas bénéficier, contre l'utilisation de chiens renifleurs, de la protection prévue à l'art. 8.

2008 SCC 19 (CanLII)

[53] The opposing positions offer an all-or-nothing result — i.e. the activity is either wholly regulated by a rigid constitutional procedure or it is completely unregulated — that appears inconsistent with a "reasonableness" approach which should offer a more nuanced answer. This point was famously made by Professor Anthony G. Amsterdam writing over 30 years ago in the context of the U.S. Fourth Amendment:

> The fourth amendment, then, is ordinarily treated as a monolith: wherever it restricts police activities at all, it subjects them to the same extensive restrictions that it imposes upon physical entries into dwellings. To label any police activity a "search" or "seizure" within the ambit of the amendment is to impose those restrictions upon it. On the other hand, if it is not labeled a "search" or "seizure," it is subject to no significant restrictions of any kind. It is only "searches" or "seizures" that the fourth amendment requires to be reasonable: police activities of any other sort may be as unreasonable as the police please to make them.

("Perspectives on the Fourth Amendment" (1973-1974), 58 *Minn. L. Rev.* 349, at p. 388)

The "all-or-nothing" approach was eventually rejected by the United States Supreme Court in *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968), a case which gave rise to the warrantless investigative police "stops" based on reasonable suspicion (called *Terry* stops). This approach was accepted in Canada in *Mann*. The present case, of course, is different. The police had no evidence even that a crime had been committed at the school on November 7, 2002.

[54] Professor Katz has noted that the American approach "totally eliminates significant invasions of privacy from any fourth amendment protection because they are not akin to traditional searches. However, these unprotected invasions of privacy involve interests that a reasonable person in a free society would expect to have protected" (L. R. Katz, "In Search of a Fourth Amendment for the

[53] Ces positions opposées offrent une solution du tout ou rien — c'est-à-dire que l'activité est entièrement réglementée par une procédure constitutionnelle rigide ou qu'elle n'est absolument pas réglementée — qui semble incompatible avec l'approche fondée sur le « caractère raisonnable » qui devrait offrir une réponse plus nuancée. Cet argument a été notoirement avancé par le professeur Anthony G. Amsterdam dans un article rédigé, il y a plus d'une trentaine d'années, au sujet du Quatrième Amendement aux États-Unis :

> [TRADUCTION] Alors, le quatrième amendement est habituellement considéré monument monolithe : lorsqu'il restreint les mesures policières, il les soumet aux mêmes restrictions complètes qu'il impose à l'entrée dans des habitations. Chaque fois qu'une mesure policière est qualifiée de « fouille, de perquisition » ou de « saisie » au sens de l'amendement, ces restrictions s'appliquent. Par contre, si ces mesures ne sont pas ainsi qualifiées, elles ne font l'objet d'aucune restriction importante que ce soit. En vertu du quatrième amendement, seules les « fouilles, les perquisitions » ou les « saisies » doivent être raisonnables : les autres activités policières peuvent être aussi déraisonnables que la police peut le souhaiter.

(« Perspectives on the Fourth Amendment » (1973-1974), 58 *Minn. L. Rev.* 349, p. 388)

La Cour suprême des États-Unis a finalement rejeté l'approche « tout ou rien » dans *Terry c. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968), une affaire où il était question des « interpellations » faites sans mandat par des policiers se fondant sur des soupçons raisonnables (ce qu'on appelle les interpellations de type *Terry*). Cette approche a été acceptée au Canada dans *Mann*. La situation, évidemment, est différente en l'espèce. Les policiers n'avaient même aucune preuve qu'un crime avait été commis à l'école le 7 novembre 2002.

[54] Le professeur Katz a fait remarquer que l'approche suivie aux États-Unis, [TRADUCTION] « écarte complètement de la protection qu'offre le quatrième amendement d'importantes atteintes à la vie privée parce qu'elles ne s'apparentent pas à des fouilles traditionnelles. Pourtant, ces atteintes à la vie privée contre lesquelles il n'existe aucune protection touchent des droits qu'une personne

2008 SCC 19 (CanLII)

Twenty-first Century" (1989-1990), 65 *Ind. L.J.* 549, at p. 581). In Canada, although the police may be regulated by internal non-constitutional administrative procedures where available, "there is considerable pressure by the police community to leave that area unregulated" (M. Rosenberg, "Controlling Intrusive Police Investigative Techniques Under Section 8" (1991), 1 C.R. (4th) 32, at p. 43. Professors Coughlan and Gorbet have written:

> If there is no reasonable expectation of privacy, there is no search, no s. 8 protection, and no opportunity for judicial scrutiny. There is no forum for balancing competing interests: that has ended at the earliest possible stage.

(S. Coughlan and M. S. Gorbet, "Nothing Plus Nothing Equals . . . Something? A Proposal for FLIR Warrants on Reasonable Suspicion" (2005), 23 C.R. (6th) 239, at p. 241; see also S. Coughlan, "Privacy Goes to the Dogs" (2006), 40 C.R. (6th) 31.)

[55] I do not believe the Crown's solution of placing sniffer dogs entirely outside constitutional regulation is consistent with our jurisprudence which recognizes that *within* the *Charter* the need for privacy "can vary with the nature of the matter sought to be protected, the circumstances in which and the place where state intrusion occurs, and the purposes of the intrusion" (*R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20, at p. 53) as will now be analyzed in greater detail.

D. *The Crown's Argument*

[56] At this point, it is convenient to restate the Crown's argument, which says that what was done here was perfectly reasonable. The police inquiry began with a relatively unobtrusive examination by dogs of odours emanating from three classrooms

raisonnable vivant dans une société libre jugerait naturel de protéger » (L. R. Katz, « In Search of a Fourth Amendment for the Twenty-first Century » (1989-1990), 65 *Ind. L.J.* 549, p. 581). Au Canada, bien que dans certains cas des procédures administratives internes de nature non constitutionnelle peuvent s'appliquer à la police, [TRADUCTION] « les milieux policiers exercent des pressions considérables pour que ce domaine demeure non réglementé » (M. Rosenberg, « Controlling Intrusive Police Investigative Techniques Under Section 8 » (1991), 1 C.R. (4th) 32, p. 43. Les professeurs Coughlan et Gorbet ont écrit ce qui suit :

> [TRADUCTION] S'il n'existe aucune attente raisonnable en matière de vie privée, il n'existe aucune fouille ou perquisition, aucune protection en vertu de l'art. 8 ni aucune possibilité d'examen judiciaire. Il n'y a aucun tribunal auquel s'adresser pour obtenir la pondération d'intérêts opposés : cette possibilité est disparue au tout début du processus.

(S. Coughlan et M. S. Gorbet, « Nothing Plus Nothing Equals . . . Something? A Proposal for FLIR Warrants on Reasonable Suspicion » (2005), 23 C.R. (6th) 239, p. 241; voir aussi S. Coughlan, « Privacy Goes to the Dogs » (2006), 40 C.R. (6th) 31.)

[55] Je ne crois pas que la solution du ministère public consistant à soustraire complètement les chiens renifleurs à l'application des dispositions constitutionnelles soit compatible avec notre jurisprudence qui reconnaît que, *au regard* de la *Charte*, le besoin de voir respecter la vie privée « peut varier selon la nature de ce qu'on veut protéger, les circonstances de l'ingérence de l'État et l'endroit où celle-ci se produit, et selon les buts de l'ingérence » (*R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20, p. 53), comme je l'explique dans l'analyse plus approfondie qui suit.

D. *La thèse du ministère public*

[56] Il convient à ce stade de rappeler l'argument du ministère public qui affirme que ce qui a été fait en l'espèce n'avait aucunement un caractère abusif. L'enquête de la police a commencé lorsque les chiens ont humé de manière relativement

2008 SCC 19 (CanLII)

and some lockers and eventually the small gym where a pile of backpacks were kept. Unlike *M. (M.R.)*, there is no evidence of any body searches. The Crown emphasizes that a school is a regulated environment and the students know it. Drug-free schools are important to assure safety and promote learning. Sniffer dogs smell only the surrounding air; neither their snouts nor their handlers physically enter the students' backpacks. The dog communicates nothing about the contents except the presence of an illegal drug, which the student has been told time and time again is prohibited under a zero-tolerance policy. The student has no reasonable expectation of privacy in contraband, argues the Crown. As stated, these arguments have found favour in the United States: *United States v. Place*, 462 U.S. 696 (1983); *United States v. Jacobsen*, 466 U.S. 109 (1984), and *Illinois v. Caballes*, 543 U.S. 405 (2005).

[57] In *Place*, O'Connor J., writing for the majority, commented in *obiter* that a canine sniff is *sui generis* because it "discloses only the presence or absence of narcotics, a contraband item" (p. 707). In her view, the sniff did not constitute a "search" within the meaning of the Fourth Amendment. Blackmun J., concurring in the result, suggested that a canine sniff might be a "minimally intrusive" search justifiable upon reasonable suspicion (p. 723).

[58] In *Jacobsen*, federal agents seized a white powder leaking from a freight package in transit and identified it as cocaine. Stevens J., writing for the majority, found that the search and seizure of the cocaine was reasonable and did not violate the Fourth Amendment because "governmental conduct that can reveal whether a substance is cocaine,

discrète les odeurs émanant de trois salles de classe et de certains casiers et, finalement, du petit gymnase où se trouvait une pile de sacs à dos. Contrairement à *M. (M.R.)*, la preuve n'indique nullement qu'il y a eu fouilles corporelles. Le ministère public signale qu'une école est un milieu réglementé et que les élèves le savent. Il est important que les écoles soient exemptes de drogues pour assurer la sécurité des personnes qui s'y trouvent et favoriser l'apprentissage. Les chiens renifleurs ne hument que l'air ambiant; ils ne fouillent pas directement avec leurs museaux dans les sacs à dos des élèves; les maîtres-chiens ne fouillent pas non plus dans les sacs. La seule information que transmet le chien au sujet du contenu des sacs est la présence d'une drogue illégale, et on a répété à de multiples reprises aux élèves que la drogue est interdite en vertu d'une politique de tolérance zéro. Selon le ministère public, l'élève n'a aucune attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard des articles interdits. J'ai déjà mentionné que ces arguments ont trouvé un accueil favorable aux États-Unis : *United States c. Place*, 462 U.S. 696 (1983); *United States c. Jacobsen*, 466 U.S. 109 (1984), et *Illinois c. Caballes*, 543 U.S. 405 (2005).

[57] Dans *Place*, la juge O'Connor, au nom des juges majoritaires, a indiqué dans une remarque incidente que la recherche d'une odeur par un chien est *sui generis* parce qu'elle [TRADUCTION] « révèle uniquement la présence ou l'absence de stupéfiants, un article interdit » (p. 707). À son avis, l'intervention du chien ne constituait donc pas une « fouille » au sens du Quatrième Amendement. Souscrivant au résultat, le juge Blackmun a indiqué que l'intervention du chien pouvait constituer une fouille « peu envahissante » pouvant se justifier en présence de soupçons raisonnables (p. 723).

[58] Dans *Jacobsen*, des agents fédéraux ont saisi une poudre blanche qui s'échappait d'un colis en transit et ont déterminé qu'il s'agissait de cocaïne. Le juge Stevens, au nom des juges majoritaires, a conclu que la fouille et la saisie de la cocaïne étaient raisonnables et ne contrevenaient pas au Quatrième Amendement parce que [TRADUCTION]

2008 SCC 19 (CanLII)

and no other arguably 'private' fact, compromises no legitimate privacy interest" (p. 123).

[59] In *Caballes*, an Illinois state trooper stopped a driver, Caballes, for speeding on a highway. When the trooper radioed the police dispatcher to report the stop, a second trooper headed for this scene with a sniffer dog. While the first trooper was writing a warning ticket, the second trooper walked the dog around the car, and the dog alerted at the trunk. On the basis of the alert, the troopers searched the trunk, found marijuana and arrested Caballes. The majority of the U.S. Supreme Court held that the dog sniff did not violate the Fourth Amendment. The traffic stop was based on probable cause and was lawful. Its duration was not excessive. The use of a sniffer dog, which does not expose lawful items that otherwise would remain hidden from public view, did not implicate legitimate privacy interests, in the view of the majority.

[60] The Crown is understandably supportive of the U.S. approach. Its argument can be organized around the following issues:

(i) What degree of privacy could students reasonably expect in the contents of their backpacks having regard in particular to the school setting?

(ii) Did the dog sniff constitute a search of the contents of the backpacks?

(iii) Is an intermediate standard of reasonable suspicion applicable?

(iv) Was a prior judicial authorization required in this case?

(v) Were the students unlawfully detained?

« la conduite d'agents du gouvernement qui peut révéler si une substance est de la cocaïne, et aucun autre fait qui serait d'ordre "privé", ne compromet aucun droit légitime au respect de la vie privée » (p. 123).

[59] Dans *Caballes*, un policier de l'Illinois a intercepté un conducteur, Caballes, pour excès de vitesse. Lorsque le policier a communiqué par radio avec le répartiteur pour signaler l'interception, un deuxième policier s'est rendu sur les lieux avec un chien renifleur. Pendant que le premier policier rédigeait un avertissement, le deuxième a fait le tour du véhicule avec son chien qui a réagi quand il s'est approché du coffre arrière. Se fondant sur la réaction du chien, les policiers ont fouillé le coffre, y ont trouvé de la marijuana et ont arrêté Caballes. Les juges majoritaires de la Cour suprême des États-Unis ont statué que l'utilisation du chien renifleur ne violait pas le Quatrième Amendement. L'interception reposait sur une cause probable et était légitime. Sa durée n'était pas excessive. De l'avis des juges majoritaires, l'utilisation d'un chien renifleur, qui ne révèle pas la présence d'articles permis qui autrement resteraient cachés à la vue du public, ne touchait pas des droits légitimes en matière de vie privée.

[60] Le ministère public appuie naturellement l'approche suivie aux États-Unis. Ses arguments peuvent être articulés autour des questions suivantes :

(i) Dans quelle mesure les élèves peuvent-ils raisonnablement s'attendre au respect de leur vie privée en ce qui concerne le contenu de leurs sacs à dos, en particulier en milieu scolaire?

(ii) Y a-t-il eu fouille du contenu des sacs à dos lorsque le chien les a flairés?

(iii) Une norme intermédiaire de soupçons raisonnables s'applique-t-elle?

(iv) Une autorisation judiciaire préalable était-elle requise en l'espèce?

(v) Les élèves ont-ils été illégalement détenus?

2008 SCC 19 (CanLII)

(vi) If there is a violation of s. 8 or s. 9 of the *Charter*, ought the evidence to be excluded under s. 24(2)?

E. *What Degree of Privacy Can Students Reasonably Expect in Their Backpacks?*

[61] Canadian courts have accepted as correct the proposition that s. 8 protects "people, not places". People do not shed their reasonable expectations of privacy in their person or in the concealed possessions they carry when they leave home, although those expectations may have to be modified depending on where they go, and what "place" they find themselves in.

[62] The backpacks from which the odour emanated here belonged to various members of the student body including the accused. As with briefcases, purses and suitcases, backpacks are the repository of much that is personal, particularly for people who lead itinerant lifestyles during the day as in the case of students and travellers. No doubt ordinary businessmen and businesswomen riding along on public transit or going up and down on elevators in office towers would be outraged at any suggestion that the contents of their briefcases could randomly be inspected by the police without "reasonable suspicion" of illegality. Because of their role in the lives of students, backpacks *objectively* command a measure of privacy.

[63] As the accused did not testify, the question of whether or not he had a *subjective* expectation of privacy in his backpack must be inferred from the circumstances. While teenagers may have little expectation of privacy from the searching eyes and fingers of their parents, I think it obvious that they expect the contents of their backpacks not to be open to the random and speculative scrutiny of the police. This expectation is a reasonable one that society should support.

(vi) S'il y a violation des art. 8 ou 9 de la *Charte*, les éléments de preuve devraient-ils être écartés en vertu du par. 24(2)?

E. *Dans quelle mesure les élèves peuvent-ils raisonnablement s'attendre au respect de leur vie privée à l'égard de leurs sacs à dos?*

[61] Les tribunaux canadiens ont accepté comme correcte l'idée que l'art. 8 protège « les personnes et non les lieux ». En quittant le foyer, les personnes ne laissent pas de côté leurs attentes raisonnables en matière de vie privée concernant leur propre personne ou les biens qu'elles portent dissimulés sur elles, même si ces attentes peuvent devoir être modifiées selon l'endroit où elles vont et le « lieu » où elles peuvent se trouver.

[62] Les sacs à dos dont émanait l'odeur en l'espèce appartenaient à plusieurs élèves, dont l'accusé. Comme les serviettes, les sacs à main et les valises, les sacs à dos contiennent beaucoup d'effets personnels; c'est notamment le cas pour les personnes qui, en raison de leur style de vie, ont à effectuer de nombreux déplacements pendant la journée, par exemple les élèves et les voyageurs. Il n'y a aucun doute que les hommes et les femmes d'affaires ordinaires qui utilisent les transports en commun ou les ascenseurs des tours à bureaux seraient outrés si on laissait entendre que la police pourrait inspecter au hasard le contenu de leurs serviettes même en l'absence de « soupçons raisonnables » qu'un acte illégal est commis. En raison du rôle qu'ils jouent dans la vie des élèves, les sacs à dos exigent *objectivement* une certaine mesure de respect de la vie privée.

[63] L'accusé n'ayant pas témoigné, c'est à partir des circonstances qu'il faut déduire s'il avait une attente *subjective* en matière de vie privée en ce qui concerne son sac à dos. Certes, les adolescents ne s'attendent pas vraiment à ce que leur vie privée échappe aux regards attentifs et aux fouilles de leurs parents, mais j'estime qu'il est évident qu'ils s'attendent à ce que la police ne puisse pas, en se fondant sur des conjectures, procéder au hasard à l'examen du contenu de leurs sacs à dos. Il s'agit d'une attente raisonnable à laquelle la société devrait être favorable.

2008 SCC 19 (CanLII)

[64] The Crown's contrary assertion that the backpacks of students enjoy a diminished expectation of privacy and are therefore essentially open to suspicionless searches by police rests on three arguments:

(1) The school setting is known by students to be closely supervised and regulated;

(2) there can be no privacy interest in the public airspace in the vicinity of the backpacks;

(3) the subject matter of the "sniff" is the presence of illegal drugs, and contraband is not a constitutionally protected privacy interest.

I will briefly examine each of these points in turn.

(1) The School Setting Is Known by Students to Be Closely Supervised and Regulated

[65] While, as *M. (M.R.)* noted, a student's expectation of privacy is lessened in the school setting in relation to school authorities, it does exist and was not abandoned (even in relation to school authorities) when the students left their backpacks in the gymnasium. In *R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631, 2003 SCC 30, we held that Mr. Buhay had not abandoned his privacy interest in his duffel bag when he left it in a rented bus station locker. The Court emphasized that the locker had been paid for and was under lock and key. An analogy was drawn to a hotel room (para. 23). *Buhay* thus had stronger privacy features than does this case. However, here as in *Buhay*, the individuals in question sought to preserve as much privacy in their belongings as the circumstances of their lives and activities permitted. As held in *M. (M.R.)*, the fact that school authorities may on occasion disregard this expectation of privacy does not make it disappear. "Expectation of privacy is a normative rather than a descriptive standard" (*Tessling*, at para. 42).

[64] L'argument contraire du ministère public selon lequel les élèves ont à l'égard de leurs sacs à dos une attente réduite en matière de vie privée et les policiers peuvent par conséquent fouiller ces sacs même en l'absence de soupçons, repose sur trois éléments :

(1) les élèves savent que l'école est un milieu étroitement surveillé et réglementé;

(2) il ne peut exister de droit à la vie privée sur la couche d'air entourant les sacs à dos;

(3) l'intervention du chien renifleur vise à détecter la présence de drogues illégales et la possession d'articles interdits n'est pas un droit à la vie privée protégé par la Constitution.

Je vais examiner brièvement chacun de ces éléments à tour de rôle.

(1) Les élèves savent que l'école est un milieu étroitement surveillé et réglementé

[65] Ainsi qu'on l'a fait remarquer dans *M. (M.R.)*, si les élèves ont vis-à-vis les autorités scolaires une attente moindre en matière de vie privée pendant qu'ils sont à l'école, cette attente existe toutefois et les élèves n'y ont pas renoncé (même à l'égard de la direction de l'école) lorsqu'ils ont laissé leurs sacs à dos dans le gymnase. Dans *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, 2003 CSC 30, notre Cour a statué que M. Buhay n'avait pas renoncé au droit à la vie privée applicable à son sac de voyage lorsqu'il l'a laissé dans un casier loué dans une gare d'autobus. La Cour a souligné que la location du casier avait été payée et que le casier était verrouillé. Elle a fait une analogie avec une chambre d'hôtel (par. 23). Ainsi, on retrouvait dans *Buhay* des éléments du droit à la vie privée plus solides que ceux présents en l'espèce. Toutefois, en l'espèce comme dans *Buhay*, les personnes en cause voulaient préserver le caractère privé de leurs effets personnels dans toute la mesure que le permettaient les circonstances et leurs activités. Ainsi que notre Cour l'a statué dans *M. (M.R.)*, cette attente en matière de vie privée ne disparaît pas parce que les autorités scolaires peuvent, à l'occasion, ne pas en tenir compte. « L'attente en matière de vie privée est de nature normative et non descriptive » (*Tessling*, par. 42).

2008 SCC 19 (CanLII)

(2) Can There Be a Privacy Interest in Public Airspace?

[66] I do not think *Tessling* is of much help to the Crown in this case. Here, as in *Tessling*, the carrying medium can be characterized as emanations, not detected by unaided human senses, from an object exposed to public view. However, unlike *Tessling*, the information provided by a drug-dog sniff, when the dog is trained to alert to the presence of controlled drugs, is entirely unlike a FLIR image in that it most definitely permits inferences about the precise contents of the source that are of interest to the police. Under the Operation Jetway program at issue in *Kang-Brown*, a positive alert by a sniffer dog was *itself* taken by the police as reasonable and probable grounds for an arrest. However, the subject matter of the sniff is not public air space. It is the concealed contents of the backpack. Dog sniffing is, in terms of the *Kyllo* jargon (at p. 46), a "through-the-wall" technology, as compared with *Tessling*, where we held that FLIR technology could only show "that some of the activities in the house generate heat. That is not enough to get the respondent over the constitutional threshold" (para. 62).

[67] The Crown argues that in this case, as in *Tessling* and *Plant*, the information obtained is not part of a "biographical core of personal information", i.e. does not reveal intimate details about the lifestyle of the accused that he is entitled to protect. However, *Tessling* and *Plant* were premised on the finding that the information had already escaped the possession and control of the suspect. In *Plant*, the electricity records were generated by a third party (the electrical company); in *Tessling*, information regarding the heat escaping from a house simply could not be controlled, as any home insulation salesman can tell from walking down a Canadian street after a snowfall. Here, the guilty secret of the contents of the accused's backpack was not known to third parties. It was specific and meaningful information, intended to be private, and concealed

(2) L'air ambiant peut-il faire l'objet d'un droit à la vie privée?

[66] Je ne pense pas que l'arrêt *Tessling* soit très utile au ministère public en l'espèce. Comme dans *Tessling*, il s'agit dans la présente affaire d'émanations provenant d'un objet exposé à la vue du public et un humain ne peut les détecter avec ses seuls sens. Toutefois, contrairement à *Tessling*, l'information fournie par un chien renifleur dressé pour réagir à la présence de drogues contrôlées est complètement différente de celle que transmet une image FLIR en ce qu'elle permet très certainement de tirer des inférences au sujet du contenu précis de la source qui intéresse la police. Dans le cadre de l'opération Jetway, dont il est question dans *Kang-Brown*, une réaction positive d'un chien renifleur a été considérée *en soi* par les policiers comme un motif raisonnable et probable de procéder à une arrestation. Ce n'est toutefois pas l'air ambiant de l'espace public que flaire le chien, mais ce qui est dissimulé dans un sac à dos. Suivant le jargon employé dans *Kyllo* (p. 46), le chien qui détecte une odeur est assimilable à une technique permettant de voir « à travers les murs », alors que dans *Tessling*, notre Cour a statué que la technologie FLIR pouvait simplement indiquer « que certaines activités à l'intérieur de la maison génèrent de la chaleur. Cela ne suffit pas pour donner ouverture à l'application de la garantie constitutionnelle » (par. 62).

[67] Le ministère public soutient qu'en l'espèce, comme dans *Tessling* et *Plant*, l'information obtenue ne fait pas partie d'un « ensemble de renseignements biographiques d'ordre personnel », c'est-à-dire qu'elle ne révèle pas sur le mode de vie de l'accusé des détails intimes qu'il a le droit de protéger. Cependant, les arrêts *Tessling* et *Plant* reposaient sur la conclusion que l'information avait déjà échappé à la possession et au contrôle du suspect. Dans *Plant*, les dossiers de consommation d'électricité avaient été préparés par un tiers (la compagnie d'électricité); dans *Tessling*, l'information concernant la chaleur émanant d'une maison ne pouvait tout simplement pas être contrôlée, ainsi que peut le confirmer tout vendeur d'isolation thermique arpentant une rue au Canada après une chute de neige. En l'espèce, les tiers ignoraient quel secret

2008 SCC 19 (CanLII)

in an enclosed space in which the accused had a continuing expectation of privacy. By use of the dog, the policeman could "see" through the concealing fabric of the backpack.

[68] In *Dyment*, *Plant* and *Tessling*, the various categories of "information" (including "biographical core of personal information") were used as a useful analytical tool, not a classification intended to be conclusive of the analysis of information privacy. Not all information that fails to meet the "biographical core of personal information" test is thereby open to the police. Wiretaps target electrical signals that emanate from a home; yet it has been held that such communications are private whether or not they disclose core "biographical" information: *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62, and *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111. The privacy of such communications is accepted because they are reasonably intended by their maker to be private: R. M. Pomerance, "Shedding Light on the Nature of Heat: Defining Privacy in the Wake of *R. v. Tessling*" (2005), 23 C.R. (6th) 229, at pp. 234-35.

(3) Can There Be a Legitimate Privacy Interest in Contraband?

[69] The Crown says that while there may be an asserted privacy interest in belongings generally, there can be no *legitimate* privacy interest in contraband. This argument incorporates a semantic shift from "reasonable expectation" of privacy to "legitimate" expectation of privacy. The Attorneys General ask the Court to adopt the view of the U.S. Supreme Court in *Place* (p. 707) and *Caballes* (p. 411) that

coupable contenait le sac à dos de l'accusé. Il s'agissait d'une information précise et significative, destinée à être tenue secrète, et dissimulée dans un espace fermé à l'égard duquel l'accusé avait une attente permanente en matière de vie privée. En se servant du chien, le policier a pu « voir » à travers le tissu opaque du sac à dos.

[68] Dans *Dyment*, *Plant* et *Tessling*, les diverses catégories de « renseignements » (y compris les « renseignements biographiques d'ordre personnel ») ont servi de moyen d'analyse utile et non de moyen de classification qui doit être déterminant pour l'analyse du droit à la vie privée sur les renseignements personnels. Ce ne sont pas tous les renseignements ne satisfaisant pas au critère des « renseignements biographiques d'ordre personnel » qui sont accessibles à la police. L'écoute électronique permet de capter les signaux électriques qui émanent d'une maison; pourtant, on a considéré que de telles communications sont privées, qu'elles dévoilent ou non des renseignements « biographiques » : *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62, et *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111. On reconnaît qu'il faut préserver la confidentialité de ces renseignements parce que les personnes qui les communiquent veulent raisonnablement qu'ils restent privés : R. M. Pomerance, « Shedding Light on the Nature of Heat : Defining Privacy in the Wake of *R. v. Tessling* » (2005), 23 C.R. (6th) 229, p. 234-235.

(3) Peut-il exister à l'égard d'articles interdits un droit légitime en matière de vie privée?

[69] Le ministère public affirme que, même si les effets personnels peuvent, de façon générale, faire l'objet d'un droit à la vie privée, il ne peut exister à l'égard des articles interdits un droit *légitime* en matière de vie privée. Cet argument comporte un glissement de sens en vertu duquel l'« attente raisonnable » en matière de vie privée se transforme en attente « légitime » en matière de vie privée. Les procureurs généraux demandent à la Cour de souscrire aux conclusions suivantes de la Cour suprême des États-Unis dans *Place* (p. 707) et *Caballes* (p. 411) :

2008 SCC 19 (CanLII)

because the [dog's] sniff can only reveal the presence of items devoid of any legal use, the sniff "does not implicate legitimate privacy interests" and is not to be treated as a search.

A denial of any protected privacy interest in sniffer-dog situations has on occasion led in the United States to serious repercussions. In *Doe v. Renfrow*, 631 F.2d 91 (7th Cir. 1980), a school was raided and 2,780 students subjected to a sniff search, without the police having any specific information as to particular drugs or contraband, transactions or events, or drug suppliers on the premises. As recounted by Swygert J. in his dissent in that case (at p. 93):

> Every student was instructed to place his belongings in view and his hands on his desk. Girls placed their purses on the floor between their feet. The teams of searchers moved from room to room, and from desk to desk. Every single student was sniffed, inspected, and examined at least once by a dog and a joint school-police team. The extraordinary atmosphere at the school was supplemented still further when representatives of the press and other news media, invited in by school authorities, entered the schoolhouses and classrooms during the raid and observed the searches while in progress.

As it turns out, the dog alerted to the plaintiff in that case because she had been playing with one of her own dogs on the morning of the search and her dog was in heat.

[70] I think this branch of the Crown's case is effectively addressed by what was said by La Forest J. in *Wong*, at p. 50:

> . . . it would be an error to suppose that the question that must be asked in these circumstances is whether persons who engage in illegal activity behind the locked door of a hotel room have a reasonable expectation of privacy. Rather, the question must be framed in broad and neutral terms so as to become whether in a society such as ours persons who retire to a hotel room and

[TRADUCTION] étant donné qu'elle révèle simplement la présence d'articles dépourvus d'un usage légal, l'utilisation d'un chien renifleur « ne touche aucun droit légitime à la vie privée » et ne doit pas être considérée comme une fouille.

Aux États-Unis, le refus de reconnaître la protection d'un droit à la vie privée dans des cas où des chiens renifleurs avaient été utilisés a eu parfois de graves répercussions. Dans *Doe c. Renfrow*, 631 F.2d 91 (7th Cir. 1980), lors d'une descente de police dans une école, des chiens renifleurs ont flairé les effets personnels de 2 780 élèves alors que la police ne disposait d'aucune information précise quant aux drogues, aux articles interdits, aux transactions ou aux événements en cause, ou quant à la présence de trafiquants de drogue sur les lieux. Dans son jugement dissident, le juge Swygert a rappelé les faits suivants (p. 93) :

> [TRADUCTION] Chaque élève a reçu pour consigne de placer ses effets personnels bien en vue et de mettre les mains sur son pupitre. Les filles ont mis leur sac à main sur le plancher, entre leurs pieds. Les équipes effectuant la fouille se sont déplacées de salle en salle, allant d'un pupitre à un autre. Un chien renifleur est passé devant chaque élève dont les effets ont été inspectés et examinés au moins une fois par une équipe formée de policiers et de membres du personnel de l'école. L'ambiance particulière existant à l'école est ressortie encore davantage lorsque des représentants de la presse et d'autres médias d'information, qui avaient été invités par les autorités scolaires, ont pénétré dans l'école et les classes pendant la perquisition et ont observé son déroulement.

En fin de compte, le chien a réagi devant la demanderesse dans cette affaire parce que celle-ci avait joué le matin même de la perquisition avec l'un de ses propres chiens qui était en chaleur.

[70] Je pense que les commentaires du juge La Forest dans *Wong*, p. 50, ont tranché cet aspect de la preuve du ministère public :

> . . . ce serait une erreur de supposer qu'on doive en pareilles circonstances se demander si les personnes qui commettent des actes illégaux dans une chambre d'hôtel verrouillée peuvent raisonnablement s'attendre au respect de leur vie privée. La question devrait plutôt être posée en termes plus généraux et plus neutres de sorte que l'on se demande plutôt si dans une société

2008 SCC 19 (CanLII)

close the door behind them have a reasonable expectation of privacy.

[71] In the United States, numerous judges continue to assert the wider privacy interests. Brennan J. (Marshall J. concurring) in *Jacobsen* warned in his dissent, at p. 138, that

> under the Court's analysis in these cases, law enforcement officers could release a trained cocaine-sensitive dog — to paraphrase the California Court of Appeal, a "canine cocaine connoisseur" — to roam the streets at random, alerting the officers to people carrying cocaine. Cf. *People* v. *Evans*, 65 Cal. App. 3d 924, 932, 134 Cal. Rptr. 436, 440 (1977). Or, if a device were developed that, when aimed at a person, would detect instantaneously whether the person is carrying cocaine, there would be no Fourth Amendment bar, under the Court's approach, to the police setting up such a device on a street corner and scanning all passersby. In fact, the Court's analysis is so unbounded that if a device were developed that could detect, from the outside of a building, the presence of cocaine inside, there would be no constitutional obstacle to the police cruising through a residential neighborhood and using the device to identify all homes in which the drug is present. In short, under the interpretation of the Fourth Amendment first suggested in *Place* and first applied in this case, these surveillance techniques would not constitute searches and therefore could be freely pursued whenever and wherever law enforcement officers desire. Hence, at some point in the future, if the Court stands by the theory it has adopted today, search warrants, probable cause, and even "reasonable suspicion" may very well become notions of the past.

In *Caballes*, as already noted, the U.S. Supreme Court held that the use of a narcotics-sniffing dog during a routine traffic stop, in the absence of any suspicion of the motorist's involvement in drug activity, did not implicate legitimate privacy interests. Ginsburg J. (Souter J. concurring) stated in dissent, at p. 422:

comme la nôtre, les personnes qui se retirent dans une chambre d'hôtel et qui ferment la porte derrière elles peuvent raisonnablement s'attendre au respect de leur vie privée.

[71] Aux États-Unis, de nombreux juges continuent de préconiser des droits plus étendus au respect de la vie privée. Le juge Brennan (avec l'appui du juge Marshall) a fait la mise en garde suivante dans son jugement dissident dans *Jacobsen*, p. 138 :

> [TRADUCTION] . . . en vertu de l'analyse faite par la Cour dans ces affaires, des policiers pourraient laisser un chien dressé pour détecter la cocaïne — pour paraphraser la Cour d'appel de la Californie, un « chien connaisseur en cocaïne » — parcourir les rues au hasard, leur indiquant par ses réactions les personnes en possession de cocaïne. Cf. *People* c. *Evans*, 65 Cal. App. 3d 924, 932, 134 Cal. Rptr. 436, 440 (1977). Ou, si l'on mettait au point un dispositif qui, lorsqu'il est pointé sur une personne, détecterait instantanément la présence de cocaïne, le Quatrième Amendement ne pourrait, selon le raisonnement de la Cour, empêcher la police d'installer un tel dispositif au coin d'une rue et de scanner tous les passants. En fait, l'analyse de la Cour impose tellement peu de limites que si l'on inventait un dispositif permettant de détecter, à partir de l'extérieur d'un immeuble, la cocaïne qui s'y trouve, aucun obstacle d'ordre constitutionnel n'empêcherait les policiers de parcourir des quartiers résidentiels en voiture et d'utiliser le dispositif pour déterminer toutes les maisons où se trouve de la drogue. Bref, en vertu de l'interprétation du Quatrième Amendement proposée pour la première fois dans *Place* et appliquée pour la première fois en l'espèce, ces techniques de surveillance ne constitueraient pas des fouilles ou des perquisitions et pourraient donc être utilisées en tout temps et en tout lieu, au gré des policiers. C'est pourquoi à un certain moment dans le futur, si la Cour s'en tient à la théorie adoptée aujourd'hui, les mandats de perquisition, la cause probable et même les « soupçons raisonnables » pourraient bien devenir des notions du passé.

Dans *Caballes*, ainsi que je l'ai déjà indiqué, la Cour suprême des États-Unis a statué que l'utilisation, au cours d'un simple contrôle routier, d'un chien dressé pour détecter les stupéfiants, en l'absence de tout soupçon d'un lien entre le conducteur et le trafic de drogue, ne mettait pas en cause des droits légitimes au respect de la vie privée. Le juge Ginsburg, dissident, (avec l'appui du juge Souter) a affirmé ce qui suit à la p. 422 :

2008 SCC 19 (CanLII)

Under today's decision, every traffic stop could become an occasion to call in the dogs, to the distress and embarrassment of the law-abiding population.

. . .

. . . Nor would motorists have constitutional grounds for complaint should police with dogs, stationed at long traffic lights, circle cars waiting for the red signal to turn green.

See also K. Lammers, "Canine Sniffs: The Search That Isn't" (2005), 1 *N.Y.U. J.L. & Liberty* 845, at pp. 849-50.

[72] As held by our Court in *Wong*, the emphasis should not be on the object of the search but on where the search takes place and its potential impact on the person that is subject to the search. Similarly, in *Jacobsen*, Brennan J. (Marshall J. concurring) in dissent noted that

[i]n determining whether a reasonable expectation of privacy has been violated, we have always looked to the context in which an item is concealed, not to the identity of the concealed item. Thus in cases involving searches for physical items, the Court has framed its analysis first in terms of the expectation of privacy that normally attends the location of the item and ultimately in terms of the legitimacy of that expectation. . . . The fact that a container contains contraband, which indeed it usually does in such cases, has never altered our analysis. [p. 139]

These observations, although in dissent, seem to me to put the focus where it belongs, namely on the person, place or thing searched and the purpose for which the search is undertaken. A suspicionless search should not be absolved by after-the-fact discovery of contraband. The end does not justify the means. Unregulated sniffing raises the very real problem of false positives, where a dog's alert has proven to be inaccurate, or inaccurately interpreted by its handler, and a law abiding citizen is put to embarrassment and inconvenience.

[TRADUCTION] En vertu de la décision rendue aujourd'hui, tout contrôle routier pourrait devenir l'occasion d'avoir recours aux chiens, provoquant désarroi et embarras pour les citoyens respectueux des lois.

. . .

. . . Les automobilistes n'auraient non plus aucun motif d'ordre constitutionnel de déposer une plainte si des policiers accompagnés de chiens s'installaient près des feux de circulation et faisaient le tour des véhicules en attendant que le feu rouge passe au vert.

Voir aussi K. Lammers, « Canine Sniffs : The Search That Isn't » (2005), 1 *N.Y.U. J.L. & Liberty* 845, p. 849-850.

[72] Ainsi que l'a statué notre Cour dans *Wong*, l'accent ne devrait pas être mis sur l'objet de la fouille mais plutôt sur l'endroit où celle-ci a lieu et sur ses répercussions éventuelles sur la personne visée par celle-ci. De même, dans *Jacobsen*, le juge Brennan (avec l'appui du juge Marshall) a fait remarquer ce qui suit dans son jugement dissident :

[TRADUCTION] Pour déterminer s'il y a eu violation d'une attente raisonnable en matière de vie privée, nous avons toujours examiné le contexte dans lequel un article est caché et non la nature même de l'article caché. C'est ainsi que dans des affaires où il était question de perquisitions visant à trouver des éléments matériels, la Cour a axé son analyse tout d'abord sur l'attente en matière de vie privée qui existe normalement à l'endroit où se trouve l'article et finalement sur la légitimité d'une telle attente. [. . .] Le fait que des articles interdits soient présents dans un contenant, ce qui se produit habituellement dans les cas de ce genre, n'a jamais modifié notre analyse. [p. 139]

Bien que ces observations aient été faites dans des motifs dissidents, il me semble qu'elles mettent l'accent là où il doit être, c'est-à-dire sur la personne, sur le lieu ou sur l'objet visés par la fouille ainsi que sur le but de celle-ci. La découverte après coup d'articles interdits ne devrait pas excuser une fouille effectuée en l'absence de tout soupçon. La fin ne justifie pas les moyens. Le recours non réglementé à des chiens renifleurs suscite le problème très réel des faux positifs, c'est-à-dire ces cas où la réaction d'un chien s'avère erronée ou est mal interprétée par le maître-chien et cause des inconvénients et de l'embarras au citoyen respectueux de la loi.

2008 SCC 19 (CanLII)

[73] I therefore do not agree with the Crown's argument that A.M.'s reasonable privacy interest in the contents of his backpack extended only to what was lawful and excluded what was unlawful. On the contrary, I expect A.M. would not have cared if the police had found a polished apple for the teacher in his backpack. He would very much care about discovery of illicit drugs. In past cases, we have accepted a legitimate privacy interest in a home despite the presence therein of a drug (*R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8, at para. 42), as well as the privacy of an office despite the existence of incriminating documents (*Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at pp. 517-19; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, at pp. 641 *et seq.*) and an automobile despite the discovery of incriminating evidence (*Wise*, at p. 533) or drugs (*R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615). In *Buhay*, at para. 21, we upheld the privacy interest of an accused in the contents of a duffel bag found in a locker in a bus depot notwithstanding the presence of marijuana. There is no reason why a student's privacy interest in his backpack should not be deemed similarly respected despite the presence of contraband.

[74] However, the fact that the "sniff" only communicates the presence of contraband and does not disclose the nature or existence of other personal belongings is not without significance. It weighs in the "unreasonableness" balance because, unlike the hand search, a dog sniff is a very narrowly targeted invasion of the suspect's privacy interest.

F. *The Dog Sniff Constituted a "Search" of the Contents of the Student Backpacks*

[75] The use of the dog to "sniff" the students' backpacks constituted a search. As the police officers explained at trial, the only reason they went to

[73] Par conséquent, je ne puis accepter l'argument du ministère public selon lequel le droit raisonnable de A.M. au respect de sa vie privée en ce qui concerne son sac à dos ne s'appliquait qu'aux articles permis qui s'y trouvaient et excluait tous les articles interdits. Au contraire, je crois que A.M. serait resté indifférent si les policiers avaient trouvé dans son sac une pomme polie pour son enseignant. Il s'inquiétait beaucoup plus de la découverte de drogues illicites. Dans des arrêts antérieurs, notre Cour a reconnu l'existence d'un droit légitime à la vie privée dans une maison malgré la présence d'une drogue (*R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8, par. 42), ainsi que le caractère privé d'un bureau malgré la présence de documents incriminants (*Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, p. 517-519; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, p. 641 et suiv.) et d'une automobile malgré la découverte d'éléments de preuve incriminants (*Wise*, p. 533) ou de drogues (*R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615). Dans *Buhay*, par. 21, notre Cour a reconnu le droit à la vie privée d'un accusé sur le contenu d'un sac de voyage trouvé dans un casier dans une gare d'autobus malgré la présence de marijuana. Il n'y a aucune raison pour laquelle le droit à la vie privée d'un élève à l'égard de son sac à dos ne devrait pas être respecté de la même manière, malgré la présence d'articles interdits.

[74] Cependant, il importe de signaler que l'intervention du chien indique simplement la présence d'articles illégaux et ne révèle pas la nature ou l'existence d'autres effets personnels. Cela pèse lourd pour déterminer s'il y a absence de caractère raisonnable parce que, contrairement à la fouille par palpation, l'utilisation d'un chien renifleur constitue une atteinte étroitement ciblée du droit à la vie privée du suspect.

F. *L'intervention du chien constituait une « fouille » du contenu des sacs à dos des élèves*

[75] L'utilisation du chien pour « flairer » les sacs à dos des élèves constituait une fouille. Ainsi que les policiers l'ont expliqué au procès, la seule raison

2008 SCC 19 (CanLII)

St. Patrick's High School was to conduct a "random search" for drugs. They had no reason to suspect at that point that any crime at all had been or was about to be committed. They brought with them a dog which they had specially trained to make their "search" more effective.

[76] The Attorney General of Canada argues that "[w]ith respect to detecting odours or smells dogs do what people do, they just do it better" (factum, at para. 3). I do not think this attempt to anthropomorphize sniffer dogs is convincing. Dogs have a capacity not available to human beings. The better analogy is to a machine or device for detecting odours (such as a smoke alarm), although dogs, being living creatures, are more variable than machines in their performance. The dog "sniffing" cannot be treated as an isolated phenomenon and detached from the broader police conduct. I do not think it is plausible for the Crown to argue at one and the same time that the sniffer-dog utility lies in quick accurate identification of illicit drugs concealed inside a backpack, but that the result is not a search. The lack of plausibility is equally apparent in *Kang-Brown*, where the Crown argues simultaneously that the dog sniff was not a search of the contents of the suspect's bag, yet the information about the concealed contents revealed by the sniff was treated by the RCMP as sufficient to arrest the suspect without ever looking inside the self-same bag.

G. *The Courts and Parliament Have Already Adopted for Some Purposes an Intermediate Standard of "Reasonable Suspicion"*

[77] The suggestion that sniffer-dog searches be permitted on reasonable *suspicion*, based on objective grounds, rather than "reasonable *belief*" as laid down in the circumstances of *Hunter v. Southam* should, of course, be approached with caution. Reasonable "suspicion" has been used by

de leur présence à l'école secondaire St. Patrick's était d'y effectuer une « fouille au hasard » à la recherche de drogues. Ils n'avaient à ce moment-là aucun motif de soupçonner qu'un crime avait été commis ou était sur le point de l'être. Ils ont amené avec eux un chien qu'ils avaient spécialement dressé pour améliorer l'efficacité de leur « fouille ».

[76] Le procureur général du Canada soutient que [TRADUCTION] « en ce qui concerne la détection des odeurs ou senteurs, les chiens font la même chose que les humains, mais ils le font tout simplement mieux » (mémoire, par. 3). Je ne pense pas que cette tentative de prêter des attitudes humaines aux chiens renifleurs soit convaincante. Les chiens ont une capacité que ne possèdent pas les êtres humains. Un appareil ou un dispositif permettant de détecter les odeurs (par exemple un détecteur de fumée) offre une meilleure analogie, si ce n'est que la performance des chiens, qui sont des créatures vivantes, varie davantage que celle des appareils. On ne peut pas considérer que le chien qui recherche une odeur constitue un phénomène isolé, sans lien avec la conduite plus générale des policiers. Je ne pense pas qu'il soit plausible pour le ministère public de faire valoir à la fois que l'utilité du chien renifleur réside dans la détection rapide et fiable de drogues illicites dissimulées dans un sac à dos mais que le résultat n'est pas une fouille. Cette absence de vraisemblance ressort également dans *Kang-Brown*, où le ministère public soutient à la fois que l'utilisation du chien renifleur ne constituait pas une fouille du sac du suspect, mais que l'information obtenue grâce à cette méthode au sujet du contenu du sac a été jugée suffisante pour que la GRC décide d'arrêter le suspect sans avoir jamais jeté un coup d'œil dans le sac lui-même.

G. *Les tribunaux et le législateur ont déjà adopté un critère intermédiaire de « soupçons raisonnables » applicable dans certains cas*

[77] Il convient évidemment de faire preuve de prudence à l'égard de la proposition selon laquelle les fouilles à l'aide de chiens renifleurs devraient être autorisées lorsqu'il existe des *soupçons* raisonnables, fondés sur des motifs objectifs, plutôt qu'une « *croyance* raisonnable » retenue, compte tenu des

2008 SCC 19 (CanLII)

this Court to authorize police action in the context of investigative detention (*Mann* and *R. v. Clayton*, [2007] 2 S.C.R. 725, 2007 SCC 32), entrapment (*R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903, at pp. 964-65), and as justification for the search of a student by a school authority in *M. (M.R.)*, as already noted. The "reasonable suspicion" standard has been adopted by Parliament in regard to searches in areas where there exists a lesser expectation of privacy, such as at border-crossings (e.g., the *Customs Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 98 (a personal search of an individual who is about to leave Canada, a person who has recently arrived, or a person who has been in a departure area and who leaves the area but not Canada), and s. 99.2 (where it is suspected that a person has secreted on or about their person any contraband)). A reasonable suspicion standard has also been adopted in the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, s. 49 (frisk search of an inmate suspected of carrying contraband). Section 254 of the *Criminal Code* (authorizing use of an "approved screening device" for testing "the presence of alcohol in the blood") also offers some legislative analogy outside the border and prison context as it too provides for a minimally intrusive search without a warrant triggered on reasonable suspicion.

[78] Parliament has also used "reasonable suspicion" where it is of the view that the public importance of the objective outweighs the individual's privacy interest, as in the *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, S.C. 2000, c. 17, including s. 15(1) (search of the person), s. 16(1) (search of conveyance), s. 16(2) (search of baggage) and s. 17(1) (opening of mail).

[79] The validity of some of these legislative provisions is being challenged in the courts, and their

faits, dans l'arrêt *Hunter c. Southam*. Notre Cour a utilisé la norme des « soupçons » raisonnables pour autoriser l'intervention de la police dans le contexte d'une détention aux fins d'enquête (*Mann* et *R. c. Clayton*, [2007] 2 R.C.S. 725, 2007 CSC 32), de la provocation policière (*R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, p. 964-965) et, ainsi que je l'ai déjà mentionné, comme justification de la fouille d'un étudiant par des autorités scolaires dans *M. (M.R.)*. Le législateur a adopté la norme des « soupçons raisonnables » à l'égard des fouilles ou perquisitions effectuées à des endroits où l'attente en matière de vie privée est moindre, comme c'est le cas lors du passage à la frontière (par exemple la *Loi sur les douanes*, L.R.C. 1985, ch. 1 (2e suppl.), art. 98 (la fouille d'un individu sur le point de sortir du Canada, d'une personne arrivée récemment au Canada ou d'une personne qui se trouvait dans la zone des départs et qui quitte cette zone mais non le Canada) et art. 99.2 (lorsque l'on soupçonne qu'une personne dissimule sur elle ou près d'elle des objets interdits)). Une norme de soupçons raisonnables a également été insérée dans la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, art. 49 (fouille par palpation d'un détenu soupçonné d'avoir en sa possession un objet interdit). L'article 254 du *Code criminel* (autorisant l'utilisation d'un « appareil de détection approuvé » pour déceler « la présence d'alcool dans le sang ») offre lui aussi une certaine analogie législative hors du contexte des passages à la frontière et de la prison parce qu'il permet également une fouille peu envahissante, sans mandat, si le policier a des soupçons raisonnables.

[78] Le législateur utilise également le concept des « soupçons raisonnables » lorsqu'il est d'avis que l'objectif d'intérêt public l'emporte sur le droit de l'individu au respect de sa vie privée, comme c'est le cas dans la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C. 2000, ch. 17, notamment au par. 15(1) (fouille de personnes), au par. 16(1) (fouille d'un moyen de transport), au par. 16(2) (fouille des bagages) et au par. 17(1) (examen du courrier).

[79] La validité de certaines de ces dispositions législatives est contestée devant les tribunaux et les

2008 SCC 19 (CanLII)

particular circumstances will have to be considered at the relevant time. My point simply is that "reasonable suspicion" is a recognized legal standard that has been adopted where considered appropriate by *both* Parliament *and* the courts.

[80] Of course if "reasonable suspicion" is construed as nothing more than a subjective standard, it may lead, as critics fear, to abuse in terms of arbitrary police action and racial profiling. Realistically, the possibility of after-the-fact accountability will not help a lot of innocent people who have been put to embarrassment by false positives. However, "reasonable suspicion" requires the police officer's subjective belief to be backed by objectively verifiable indications, as is discussed more fully in *Kang-Brown* and by the B.C. Court of Appeal in *R. v. Lal* (1998), 113 B.C.A.C. 47. The problem does not arise in the present case, as the youth court judge concluded that there were no grounds even of reasonable suspicion.

[81] Why should the lower standard of reasonable suspicion be adopted? As in *Mann*, the need is to strike an appropriate balance, having regard to the opposing interests. Firstly, the search, properly conducted, does not require any physical contact with the person or object being sniffed. The dog in this case was trained to alert "actively", by making physical contact with the object searched (A.R., at pp. 75-76), but that is not essential. This is an important factor in differentiating a "sniff" search from the physical entry into an individual's private place.

[82] Permitting the police to act on an "intermediate" standard, that of reasonable suspicion, within the framework of s. 8 will allow inappropriate conduct by the dog or the police to be dealt with on the basis that although the lawful authority to use the sniffer dog does exist, the search in the particular case was executed unreasonably, for example, using an inappropriately trained or

circonstances particulières de chaque cas devront être examinées en temps et lieu. Je dis simplement que les « soupçons raisonnables » constituent une norme juridique reconnue *tant par* le législateur *que par* les tribunaux lorsqu'ils l'ont jugé appropriée.

[80] Évidemment, si l'on considère que les « soupçons raisonnables » ne constituent rien d'autre qu'une norme subjective, cela pourrait entraîner, ainsi que le craignent certains critiques, des abus donnant lieu à des mesures policières arbitraires et au profilage racial. Sur le plan pratique, l'obligation éventuelle de rendre des comptes *a posteriori* ne sera d'aucune utilité pour de nombreuses personnes innocentes placées dans une situation embarrassante après de fausses indications positives. Cependant, les « soupçons raisonnables » exigent que le policier appuie sa conviction subjective sur des indications objectives vérifiables, comme le précisent les motifs de cette Cour dans *Kang-Brown* ainsi que ceux de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *R. c. Lal* (1998), 113 B.C.A.C. 47. Le problème ne se pose pas en l'espèce parce que le juge du tribunal pour adolescents a conclu que les policiers ne pouvaient avoir même des soupçons raisonnables.

[81] Pourquoi devrait-on appliquer la norme moins rigoureuse des soupçons raisonnables? Comme ce fut le cas dans *Mann*, il faut établir un juste équilibre entre les intérêts opposés en cause. Premièrement, la fouille, si elle est effectuée correctement, n'exige aucun contact physique de la personne avec l'objet que flaire le chien. En l'espèce, le chien était dressé pour réagir de façon « active » en touchant l'objet fouillé (d.a., p. 75-76), mais cela n'est pas essentiel. Ce facteur est important pour faire la distinction entre une fouille effectuée à l'aide d'un chien renifleur et l'entrée dans un lieu privé.

[82] En permettant à la police d'agir, dans le cadre de l'art. 8, en se conformant à une norme « intermédiaire », soit celle des soupçons raisonnables, il sera possible pour trancher la question du comportement inapproprié d'un chien ou de policiers de tenir compte du fait que, même si le recours à un chien renifleur est effectivement autorisé par la loi, la fouille effectuée dans ce cas donné était abusive,

2008 SCC 19 (CanLII)

poorly disciplined dog, and thereby constituted a *Charter* breach under the third branch of *Collins*, on the basis of which the evidence obtained may be excluded.

[83] Secondly, as discussed, the dog's communication capacity is limited to a positive alert or a failure to react at all. Unlike a wiretap or a physical search, the police do not obtain a lot of information about a suspect that is not relevant to their specific drug inquiry. While the suspect has a privacy interest in the place where the drugs are concealed, the fact that the sniff will disclose nothing except the presence of illegal drugs in that private place is a factor weighing in favour of moving the balance point to the reasonable suspicion standard.

[84] Thirdly, the evidence in this case is that the sniffer dog Chief has an enviable record of accuracy. Of course dogs, being living creatures, exhibit individual capacities that vary from animal to animal. While a false positive may be rare for Chief, it is not thus with all dogs. The importance of proper tests and records of particular dogs will be an important element in establishing the reasonableness of a particular sniffer-dog search.

[85] The Crown attaches considerable importance to what it says are statistics relevant to the detection rate, that is to say the successful location of drugs in a search conducted pursuant to a dog sniff (true positives), but an important concern for the Court is the number of *false positives*. From the police perspective, a dog that fails to detect half of the narcotics present is still better than no detection at all. From the perspective of the general population, a dog that falsely alerts half of the time raises serious concerns about the invasion of the privacy of innocent people.

par exemple parce que le chien n'était pas correctement dressé ou pas assez obéissant, et constituait donc, suivant le troisième volet de l'arrêt *Collins*, une violation de la *Charte* permettant d'écarter les éléments de preuve obtenus.

[83] Deuxièmement, comme je l'ai expliqué, la capacité de communiquer d'un chien se limite à réagir positivement ou à ne pas réagir du tout. Contrairement à ce qui se produit dans le cas de l'écoute électronique ou d'une fouille physique, la police n'obtient pas au sujet du suspect beaucoup de renseignements qui ne sont pas pertinents à son enquête en matière de drogues. Le suspect a un droit au respect de sa vie privée en ce qui concerne l'endroit où les drogues sont dissimulées, mais le fait que l'utilisation d'un chien ne révélera rien d'autre que la présence de drogues illégales dans ce lieu privé joue en faveur de l'application de la norme des soupçons raisonnables.

[84] Troisièmement, la preuve indique en l'espèce que le chien renifleur Chief a une fiabilité enviable. Évidemment, les capacités individuelles des chiens, qui sont des créatures vivantes, varient de l'un à l'autre. Alors que les fausses indications positives sont probablement rares dans le cas de Chief, ce n'est pas le cas de tous les chiens. Les épreuves auxquelles sont soumis les chiens et leurs dossiers individuels constitueront un élément essentiel pour établir le caractère raisonnable d'une fouille effectuée à l'aide d'un chien renifleur.

[85] Le ministère public accorde beaucoup d'importance à ce qu'il appelle les statistiques pertinentes au taux de détection, c'est-à-dire la détermination avec succès de l'endroit où se trouvent les drogues lors de fouilles effectuées à la suite de la réaction d'un chien (vraies indications positives); toutefois, pour la Cour, c'est le nombre de *fausses indications positives* qui est préoccupant. Du point de vue de la police, il est préférable qu'un chien ne réussisse à détecter que la moitié des stupéfiants présents au lieu de n'en détecter aucun. Du point de vue de la population en général, un chien qui réagit à tort la moitié du temps soulève de sérieuses inquiétudes au sujet de la violation de la vie privée de personnes innocentes.

2008 SCC 19 (CanLII)

[86] Robert Bird, in his article "An Examination of the Training and Reliability of the Narcotics Detection Dog" (1996-97), 85 *Ky. L.J.* 405, claims that many dogs maintain "a near perfect record of narcotics detection" (p. 406). However, Justice Souter's dissent in *Caballes* provides a useful compilation of some of the decided cases in the United States where, on the facts, the result was otherwise:

> The infallible dog, however, is a creature of legal fiction. Although the Supreme Court of Illinois did not get into the sniffing averages of drug dogs, their supposed infallibility is belied by judicial opinions describing well-trained animals sniffing and alerting with less than perfect accuracy, whether owing to errors by their handlers, the limitations of the dogs themselves, or even the pervasive contamination of currency by cocaine. [pp. 411-12]

Broadly based studies demonstrate an enormous variation in sniffer-dog performances, with some dogs giving false positives more than 50 percent of the time. Canadian police data seem not to be available, but in 2006, the New South Wales Ombudsman issued a report containing extensive empirical data on the use of sniffer dogs by police since the introduction of the *Police Powers Act*. During the review period, 17 different drug detection dogs made 10,211 indications during general drug detection operations. The Ombudsman reported:

> Almost all persons indicated by a drug detection dog were subsequently searched by police. This is in accordance with police policy which states that an indication by a drug detection dog gives police reasonable suspicion to search a person.
>
> Prohibited drugs were only located in 26% of the searches following an indication. That is, almost three-quarters of all indications did not result in the location of prohibited drugs.

[86] Dans son article intitulé « An Examination of the Training and Reliability of the Narcotics Detection Dog » (1996-1997), 85 *Ky. L.J.* 405, Robert Bird prétend que nombreux sont les chiens qui conservent [TRADUCTION] « un dossier presque parfait en matière de détection des stupéfiants » (p. 406). Cependant, dans son jugement dissident dans *Caballes*, le juge Souter fournit une liste utile de certaines décisions rendues aux États-Unis dans lesquelles les faits indiquaient un résultat différent :

> [TRADUCTION] Le chien infaillible est toutefois une fiction juridique. Bien que la Cour suprême de l'Illinois n'ait pas abordé la question de la moyenne de fiabilité des chiens détecteurs de stupéfiants, leur supposée infaillibilité est démentie par les opinions judiciaires décrivant des animaux bien dressés dont la fiabilité est loin d'être parfaite, que cela soit dû à des erreurs des maîtres-chiens, aux limites des chiens eux-mêmes ou encore à la contamination très répandue du papier-monnaie par la cocaïne. [p. 411-412]

Des études réalisées sur une vaste échelle montrent des écarts considérables dans la performance des chiens renifleurs, certains chiens donnant de fausses indications positives dans plus de 50 p. 100 des cas. Les données de la police au Canada ne semblent pas disponibles mais, en 2006, l'ombudsman de la Nouvelle-Galles-du-Sud a publié un rapport contenant des données empiriques détaillées au sujet de l'utilisation de chiens renifleurs par la police depuis l'adoption de la *Police Powers Act*. Au cours de la période examinée, 17 chiens dressés pour détecter des drogues ont donné 10 211 indications au cours d'opérations générales visant à détecter des drogues. L'ombudsman a écrit ce qui suit :

> [TRADUCTION] Presque toutes les personnes devant lesquelles avait réagi un chien dressé pour détecter les drogues ont par la suite été fouillées par la police, ainsi que le prévoit la politique de la police selon laquelle une telle réaction fournit à la police un soupçon raisonnable l'autorisant à fouiller une personne.
>
> Des drogues prohibées n'ont été trouvées que dans 26 p. 100 des fouilles effectuées après une réaction du chien. C'est dire qu'environ les trois quarts de toutes les indications données par les chiens n'ont pas permis de trouver de drogues prohibées.

2008 SCC 19 (CanLII)

The rate of finding drugs varied from dog to dog, ranging from 7% (of all indications) to 56%.

(NSW Ombudsman, *Review of the Police Powers (Drug Detection Dogs) Act 2001* (2006), at p. ii (emphasis added).)

See also L. R. Katz and A. P. Golembiewski in "Curbing the Dog: Extending the Protection of the Fourth Amendment to Police Drug Dogs" (2006-2007), 85 *Neb. L. Rev.* 735.

[87] Moreover, the sniff does not disclose the presence of drugs. It discloses the presence of an odour that indicates *either* the drugs are present *or* may have been present but are no longer present, or that the dog is simply wrong. Odour attaches to circulating currency and coins. In the sniffer-dog business, there are many variables.

[88] I mention these conflicting reports because it is important not to treat the capacity and accuracy of sniffer dogs as interchangeable from one dog to the next. Dogs are not mechanical or chemical devices. The police claim that they have available dogs like Chief who have a high accuracy rate and a low percentage of false positives. If the lawfulness of a search is challenged, the outcome may depend on evidence before the court in each case about the individual dog and its established reliability. Neither the police nor other government authorities are justified in relying on the "myth of the infallible dog". Proper police manuals require a handler to record a dog's (or the team's) performance. This is (or should be) accepted as an essential part of a handler's work (see S. Bryson, *Police Dog Tactics* (2nd ed. 2000); R. S. Eden, *K9 Officer's Manual* (1993)), to be adduced as part of the evidentiary basis laid before the trial court at which sniffer-dog evidence is sought to be introduced.

[89] The argument of critics based on the existence of inept or poorly trained animals should not

Le taux de détection de drogues variait d'un chien à un autre, allant de 7 p. 100 (de toutes ces indications) à 56 p. 100.

(NSW Ombudsman : *Review of the Police Powers (Drug Detection Dogs) Act 2001* (2006), p. ii (je souligne).)

Voir aussi L. R. Katz et A. P. Golembiewski dans « Curbing the Dog : Extending the Protection of the Fourth Amendment to Police Drug Dogs » (2006-2007), 85 *Neb. L. Rev.* 735.

[87] En outre, le chien ne révèle pas la présence de drogues. Il révèle la présence d'une odeur qui indique *soit* la présence de drogues, *soit* qu'il y a pu avoir des drogues qui ne sont plus là, soit que le chien se trompe tout simplement. L'odeur se fixe aux billets de banque et aux pièces de monnaie en circulation. L'utilisation de chiens renifleurs comporte de nombreuses variables.

[88] Je mentionne ces rapports contradictoires parce qu'il est important de ne pas considérer que la capacité et la fiabilité des chiens renifleurs sont interchangeables d'un chien à l'autre. Les chiens ne sont pas des dispositifs mécaniques ou chimiques. La police prétend avoir à sa disposition des chiens qui, comme Chief, ont une grande fiabilité et un faible taux de fausses indications positives. Si la légalité d'une fouille est contestée, la décision peut dépendre de la preuve soumise à la cour dans chaque cas au sujet du chien et de sa fiabilité démontrée. Ni la police ni les autres autorités gouvernementales ne sont justifiées de se fonder sur le « mythe du chien infaillible ». Les guides à l'intention des policiers exigent que le maître-chien prenne en note la performance d'un chien (ou de l'équipe). Cet élément est accepté (ou devrait l'être) comme un aspect essentiel du travail du maître-chien (voir S. Bryson, *Police Dog Tactics* (2e éd. 2000); R. S. Eden, *K9 Officer's Manual* (1993)) et devrait être présenté dans le cadre de la preuve soumise au tribunal de première instance devant lequel on cherche à faire accepter un élément de preuve obtenu à l'aide d'un chien renifleur.

[89] L'argument que formulent les critiques en s'appuyant sur l'existence d'animaux inaptes ou qui

2008 SCC 19 (CanLII)

obscure the point that a non-obtrusive search by a dog/handler team of established reliability represents, in my view, a lesser step in a criminal investigation than a physical search and one that may be triggered by reasonable suspicion.

H. *Is a Prior Judicial Warrant Required?*

[90] In sniffer-dog situations, the police are generally required to take quick action guided by on-the-spot observations. In circumstances where this generally occurs, as in the bus terminal situation in *Kang-Brown*, it is not feasible to subject the "sniffer dog's" sniff to prior judicial authorization. Absent a positive "alert" by the dog, the police would have no basis on which to push their investigation beyond a few *Mann*-type questions, much less to detain the suspect. Both the suspect and his suspicious belongings would be long gone before the paperwork could be done or a telewarrant processed (even if such procedures were made available on a "reasonable suspicion" standard). While a school setting provides a different set of difficulties, the fact remains that there is no mechanism in the *Criminal Code* to obtain a warrant on the basis of reasonable suspicion, and there is apparently no immediate prospect of Parliament addressing these issues. In my view, in the particular context of sniffer dogs, there is sufficient protection for the public in the prior requirement of objectively based reasonable suspicion and after-the-fact judicial review to satisfy the "reasonableness" requirement of s. 8. The trade-off for permitting the police to deploy their dogs on a "reasonable suspicion" standard without a warrant is that if this procedure is abused and sniffer-dog searches proceed without reasonable suspicion based on objective facts, the consequence could well tip the balance against the admission of the evidence.

ne sont pas suffisamment bien dressés ne devrait pas faire oublier qu'une fouille non envahissante effectuée par une équipe composée d'un chien et d'un maître-chien dont la fiabilité est établie représente dans le cadre d'une enquête criminelle une étape qui, à mon avis, est moins importante qu'une fouille physique et qui peut reposer sur l'existence de soupçons raisonnables.

H. *Un mandat judiciaire préalable est-il nécessaire?*

[90] Dans les cas de recours à un chien renifleur, les policiers sont généralement obligés de prendre rapidement des mesures en fonction des observations faites sur place. Dans les circonstances où cela se produit généralement, par exemple dans une gare d'autobus comme dans *Kang-Brown*, il n'est pas possible de soumettre l'intervention du « chien renifleur » à une autorisation judiciaire préalable. Sans une « réaction » positive du chien, les policiers n'auraient aucun motif de poursuivre leur enquête après quelques questions du type de l'arrêt *Mann*, et encore moins de détenir le suspect. Tant le suspect que ses effets personnels suspects ne seraient plus là bien avant que la paperasse soit remplie ou que le télémandat puisse être traité (même si de telles mesures pouvaient être prises suivant la norme des « soupçons raisonnables »). Bien que le milieu scolaire pose des difficultés différentes, il n'en demeure pas moins que le *Code criminel* ne prévoit aucun mécanisme permettant d'obtenir un mandat sur le fondement de soupçons raisonnables et que le législateur n'envisage apparemment pas pour l'instant de régler ces questions. À mon avis, dans le contexte particulier des chiens renifleurs, l'exigence préalable de soupçons raisonnables fondés sur des faits objectifs et le contrôle judiciaire a posteriori assurent au public une protection suffisante pour satisfaire à l'exigence du « caractère raisonnable » prévu à l'art. 8. Une solution de compromis permet aux policiers d'utiliser leurs chiens selon la norme des « soupçons raisonnables » sans obtenir un mandat; en effet, s'il y a abus de cette procédure et que des fouilles sont effectuées avec des chiens renifleurs en l'absence de tout soupçon raisonnable fondé sur des faits objectifs, cela pourrait jouer contre l'admission des éléments de preuve.

2008 SCC 19 (CanLII)

[91] It is clear that the dog-sniff search here was unreasonably undertaken. The youth court judge found that the police lacked any grounds for reasonable suspicion. He wrote:

> The search conducted November 7, 2002, was conducted without any reasonable grounds. While Mr. Bristo gave evidence of concern expressed by neighbours of the school and parents of the children at the school of observations they had made giving rise to a reasonable belief drugs would be at the school. There were no such disclosures to school authorities on that day. Those disclosures to which Mr. Bristo referred, had all been made previous to the day in question. Until the moment the police arrived that day, none of the school officials were aware the police were coming. The invitation to the police was extended in a general fashion some time earlier.
>
> Mr. Bristo did testify as to his belief in the likelihood of drugs being present in the school on that day or any other day. Perhaps not surprisingly, he is of the view that on any given day drugs will be found in the school. While some flexibility must be extended to school authorities with respect to what information will give them reasonable grounds, I do not believe the intent of the Supreme Court in *M. (M.R.)* is to allow a reasonably well-educated guess to constitute reasonable grounds. [paras. 15-16]

Nor is a "reasonably well-educated guess" sufficient to constitute reasonable suspicion. The Crown has shown no error in the youth court judge's finding of fact. I therefore conclude that although a warrantless sniffer-dog search is available where grounds for reasonable suspicion are demonstrated, the sniffer-dog search of the students' belongings in this case violated their *Charter* rights under s. 8.

I. *Were the Students Unlawfully Detained?*

[92] The accused contends that when the students were told by the principal to remain in their classrooms, there was a s. 9 detention. I do not agree.

[91] Il est clair en l'espèce que la fouille par le chien renifleur a été entreprise de façon abusive. Le juge du tribunal pour adolescents a conclu que la police ne pouvait avoir de soupçons raisonnables. Il a écrit ce qui suit :

> [TRADUCTION] La fouille du 7 novembre 2002 a été effectuée en l'absence de tout motif raisonnable. Et ce, même si M. Bristo a déclaré lors de son témoignage que des voisins de l'école et des parents des enfants fréquentant celle-ci avaient exprimé des inquiétudes qui auraient pu raisonnablement permettre de soupçonner qu'il y avait de la drogue à l'école. Aucune information de ce genre n'a été fournie à la direction de l'école ce jour-là. Les informations auxquelles M. Bristo a fait allusion étaient toutes antérieures au jour en question. Jusqu'au moment où les policiers sont arrivés à l'école ce jour-là, aucun des responsables de l'école ne savait qu'ils venaient. Une invitation générale avait été faite à la police quelque temps auparavant.
>
> M. Bristo a déclaré qu'il croyait qu'il pouvait y avoir de la drogue à l'école ce jour-là ou un autre jour. Il n'y a peut-être pas lieu de s'étonner qu'il estime qu'on peut trouver en tout temps de la drogue à l'école. Bien qu'une certaine latitude doive être laissée aux autorités scolaires quant aux informations qui suscitent des motifs raisonnables, je ne crois pas que la Cour suprême ait eu l'intention dans *M. (M.R.)* de permettre qu'une supposition raisonnablement fondée sur l'expérience puisse constituer un motif raisonnable. [par. 15-16]

Une « supposition raisonnablement fondée sur l'expérience » ne suffit pas non plus pour constituer un soupçon raisonnable. Le ministère public n'a pas démontré que la conclusion de fait du juge du tribunal pour adolescents était erronée. Je dois par conséquent conclure que, même si l'on peut effectuer sans mandat une fouille avec un chien renifleur lorsque l'existence de motifs d'avoir des soupçons raisonnables est démontrée, en l'espèce, la fouille des effets personnels des élèves par le chien renifleur a violé les droits garantis aux élèves par l'art. 8 de la *Charte*.

I. *Les élèves ont-ils été détenus illégalement?*

[92] L'accusé prétend que, lorsque le directeur a dit aux élèves de rester dans leurs classes, il y a eu détention visée à l'art. 9. Je ne suis pas d'accord avec lui.

2008 SCC 19 (CanLII)

[93] The school principal announced over the school's public address system that the police were on site and on his own initiative informed the staff and students that they were to remain in their classrooms until the police were finished (A.R., at pp. 3, 47 and 64). He made this announcement for the mutual benefit of the police and the school population, "so the dogs can work and the kids can feel — the kids are out of the halls" (A.R., at p. 55). The principal acknowledged that his announcement would make it easier for the police to do their jobs, but repeated that the benefit was "mutual" (A.R., at p. 55). His announcement should be seen as action by the school principal pursuant to the *Education Act* to maintain order and discipline in the school. It was not itself a *Charter* breach.

[93] Le directeur de l'école a annoncé, en se servant du système de diffusion publique de l'école, que la police était sur les lieux et il a de sa propre initiative informé le personnel et les élèves qu'ils devaient demeurer dans leurs classes jusqu'à ce que la police ait fini ses recherches (d.a., p. 3, 47 et 64). Il a fait cette annonce à la fois pour le bénéfice des policiers et de la population étudiante, [TRADUCTION] « afin que les chiens puissent faire leur travail et que les enfants sentent — que les enfants ne se trouvent pas dans les corridors » (d.a., p. 55). Le directeur a reconnu que son annonce devait faciliter le travail de la police, mais il a répété qu'elle avait été faite pour leur bénéfice [TRADUCTION] « mutuel » (d.a., p. 55). Il faudrait considérer l'annonce faite par le directeur de l'école comme une mesure prise, en vertu de la *Loi sur l'éducation*, pour maintenir l'ordre et la discipline dans l'école. Il ne s'agissait pas en soi d'une violation de la *Charte*.

J. *Should the Evidence Nevertheless Be Admitted Pursuant to Section 24(2) of the Charter?*

J. *Les éléments de preuve devraient-ils néanmoins être admis en vertu du par. 24(2) de la Charte?*

[94] Constable Callander testified that he went to St. Patrick's to conduct a "random sear[ch]" (A.R., at p. 79). He acknowledged that any attempt to obtain a search warrant would have been "a fruitless exercise" (A.R., at p. 88). He did not have any "direct awareness" of drugs in the school (A.R., at p. 84) and there was no concern for anyone's safety (A.R., at p. 84). My colleague Deschamps J. writes that:

[94] L'agent Callander a déclaré qu'il s'était rendu à l'école St. Patrick's pour effectuer une [TRADUCTION] « fouille au hasard » (d.a., p. 79). Il a reconnu que toute tentative d'obtenir un mandat de perquisition aurait constitué [TRADUCTION] « un exercice futile » (d.a., p. 88). Il n'était pas [TRADUCTION] « directement au courant » de la présence de drogues à l'école (d.a., p. 84) et il n'y avait aucune inquiétude quant à la sécurité de qui que ce soit (d.a., p. 84). Ma collègue la juge Deschamps écrit ceci :

> There is evidence in the record that drugs were prevalent at the school. . . . Mr. Bristo . . . testified that "on any given day drugs will be found in the school" . . . . [para. 104]

> Selon la preuve au dossier, la drogue était répandue à l'école. [. . .] Il [M. Bristo] a déclaré que [TRADUCTION] « on peut trouver en tout temps de la drogue à l'école » . . . [par. 104]

However, in the paragraph cited by my colleague, the trial judge concluded that Mr. Bristo's comments represented no more than a "reasonably well-educated guess" (para. 16). The trial judge did not find that drugs were prevalent in the school. There is no evidence from which it could be concluded that St. Patrick's had any greater problem than other schools. This is not to diminish the importance of

Cependant, au paragraphe que cite ma collègue, le juge du procès a conclu que les commentaires de M. Bristo ne représentaient rien de plus qu'une [TRADUCTION] « supposition raisonnablement fondée sur l'expérience » (par. 16). Le juge du procès n'a pas conclu que la drogue était répandue à l'école. Rien dans la preuve ne permettait de conclure que l'école St. Patrick's avait plus de

2008 SCC 19 (CanLII)

dealing with drugs in schools, but, with respect, the trial judge was in a better position than we are to evaluate the effect of Mr. Bristo's evidence.

[95] After a careful review of the s. 24(2) factors set out in *Collins*, the youth court judge concluded:

> This search was unreasonable from the outset. It is completely contrary to the requirements of the law with respect to the search in a school setting. To admit the evidence is effectively to strip A.M. and any other student in a similar situation of the right to be free from unreasonable search and seizure. It is effectively saying that persons in the same situation as A.M. have no rights. Such a finding would, to my mind, bring the administration of justice into disrepute, notwithstanding the other factors I have alluded to. [para. 25]

[96] In *Collins*, Lamer J. held that the exercise of a trial judge's discretion in s. 24(2) is "grounded in community values" and that its exercise would not be interfered with on appeal unless it were based on a wrong principle or exercised in an unreasonable manner (p. 283). See also *R. v. Law*, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10, at para. 32, *Wise*, at p. 539, *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, at para. 68, and *Buhay*, at para. 48.

[97] The youth court judge here noted that the evidence of the drugs existed independently of the *Charter* violation and that its admission, being non-conscriptive, would not affect trial fairness (A.R., at p. 10). The evidence was essential to the Crown's case. Further, having regard to the school setting, "the breach must be seen on the less serious end of the scale" (A.R., at p. 10). No bad faith could be attributed to the police or school authorities (A.R., at p. 11). All of these factors tended to favour admission of the evidence despite the *Charter* breaches. However, weighed against admission was the fact that the speculative sweep in this case appears to be the standard practice of the Ontario Provincial Police and Ontario's municipal police forces. The

problèmes que d'autres écoles. Cela ne diminue en rien l'importance du trafic de drogue dans les écoles mais, avec égards, le juge du procès était en meilleure position que nous pour évaluer l'effet du témoignage de M. Bristo.

[95] Après avoir examiné attentivement les facteurs du par. 24(2) énoncés dans l'arrêt *Collins*, le juge du tribunal pour adolescents a conclu comme suit :

> [TRADUCTION] Cette fouille était abusive dès le départ. Elle est complètement contraire aux exigences de la loi en ce qui concerne les fouilles ou perquisitions en milieu scolaire. Admettre les éléments de preuve équivaut en fait à dépouiller A.M. et tout autre élève se trouvant dans une situation similaire de son droit d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Cela équivaut à dire que les personnes se trouvant dans la même situation que A.M. n'ont aucun droit. À mon avis, une telle conclusion est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice malgré les autres facteurs que j'ai évoqués. [par. 25]

[96] Dans *Collins*, le juge Lamer a statué que l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au juge du procès par le par. 24(2) est « enraciné dans les valeurs de la société » et ne peut être remis en question à moins qu'il ne soit fondé sur un mauvais principe ou exercé de manière déraisonnable (p. 283). Voir également *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10, par. 32, *Wise*, p. 539, *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, par. 68, et *Buhay*, par. 48.

[97] Le juge du tribunal pour adolescents a fait remarquer que la preuve de la présence de drogues existait indépendamment de la violation de la *Charte* et qu'étant donné qu'elle n'avait pas été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, son admission ne compromettrait pas l'équité du procès (d.a., p. 10). Les éléments de preuve étaient essentiels pour la preuve avancée par le ministère public. De plus, compte tenu du milieu scolaire, [TRADUCTION] « cette violation doit être considérée parmi les moins graves » (d.a., p. 10). Aucune mauvaise foi ne pouvait être attribuée à la police ou à la direction de l'école (d.a., p. 11). Tous ces facteurs tendaient à favoriser l'admission des éléments de preuve malgré les violations de la *Charte*.

2008 SCC 19 (CanLII)

searches did not respect the rules set out four years previously by this Court in *M. (M.R.)*; nor did they comply with the school board's own policies enacted pursuant to the *Education Act*, which call for police to be used only "when necessary, or if the well-being of the student is at risk" (see *St. Clair Catholic District School Board Policies and Procedures: Section 3: Students* (2000), Policy 3.10, at p. 3). Constable McCutchen acknowledged that he had participated in sniffer-dog searches of schools on approximately 140 prior occasions (A.R., at p. 74). The failure to respect the right of the students may therefore be described as systemic. In the end, weighing the good with the bad, the youth court judge concluded that "the *Charter* must not be seen as something to be swept away in the interests of expediency. While this case centres around the rights of A.M., the rights of every student in the school were violated that day as they were all subject to an unreasonable search" (para. 25).

Cependant, le fait que les recherches au hasard effectuées en l'espèce semblent constituer la pratique normale de la Police provinciale de l'Ontario et des corps policiers municipaux en Ontario ne favorisait pas l'admission des éléments de preuve. Les fouilles ne respectaient pas les règles énoncées quatre ans plus tôt par notre Cour dans *M. (M.R.)* ni les politiques adoptées par le conseil scolaire en vertu de la *Loi sur l'éducation* et en vertu desquelles il convient de faire appel à la police seulement [TRADUCTION] « lorsque nécessaire ou si le bien-être de l'élève est en danger » (voir *St. Clair Catholic District School Board Policies and Procedures : Section 3 : Students* (2000), politique 3.10, p. 3). L'agent McCutchen a reconnu qu'il avait déjà participé à environ 140 fouilles ou perquisitions effectuées dans des écoles à l'aide de chiens renifleurs (d.a., p. 74). On peut donc dire que le non-respect du droit des élèves est systémique. En fin de compte, après avoir pesé le pour et le contre, le juge du tribunal pour adolescents a conclu que [TRADUCTION] « on ne saurait considérer que l'application de la *Charte* peut être écartée pour des raisons pratiques. Bien que la présente affaire porte sur les droits de A.M., les droits de chacun des élèves de l'école ont été violés ce jour-là puisque tous les élèves ont été soumis à une fouille abusive » (par. 25).

[98] Like Armstrong J.A. in the Ontario Court of Appeal, I would not interfere with the balance of competing values struck by the youth court judge or his exclusion of the evidence. Youth court judges carry out special responsibilities for young people in trouble with the law. They have a greater awareness than appellate judges do of the effect that admission or exclusion of this evidence would have on the reputation of the administration of justice in the community with which they deal on a daily basis. The trial judge's analysis was brief but perceptive. I would not interfere.

[98] Comme le juge Armstrong de la Cour d'appel de l'Ontario, je ne modifierais pas l'équilibre des droits opposés qu'a établi en l'espèce le juge du tribunal pour adolescents ni son exclusion des éléments de preuve. Les juges du tribunal pour adolescents ont des responsabilités particulières à l'égard des jeunes qui ont des problèmes avec la loi. Ils sont mieux informés que les juges d'appel au sujet de l'effet que l'admission ou l'exclusion de ces éléments de preuve pourrait avoir sur la réputation de l'administration de la justice dans la collectivité dont ils s'occupent quotidiennement. L'analyse du juge du procès était courte mais lucide. Je ne modifierais pas sa décision.

V. Disposition

[99] I would dismiss the appeal.

V. Dispositif

[99] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

2008 SCC 19 (CanLII)

The reasons of Deschamps and Rothstein JJ. were delivered by

[100] DESCHAMPS J. (dissenting) — The presence of drugs in our schools is a very serious social problem. Schools must be substantially free of illegal drugs to promote a safe and productive learning environment for the benefit of students and staff. In this case, a high school's zero-tolerance policy for drugs was enforced using a sniffer dog to check an unattended backpack in an empty school gymnasium. Even though students and parents had been informed of the zero-tolerance policy and sniffer dogs had been used in the past, the respondent A.M. claims that evidence of the marijuana and psilocybin ("magic mushrooms") found in his backpack by police using a sniffer dog should be excluded on the basis that it was obtained unconstitutionally.

[101] In my view, both the trial judge and the Ontario Court of Appeal erred in failing to consider the threshold issue of whether A.M. had a reasonable expectation of privacy that engaged s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in this case. In my view, he did not. Accordingly, I would allow the appeal and order a new trial.

[102] This case was heard together with *R. v. Kang-Brown*, [2008] 1 S.C.R. 456, 2008 SCC 18, which concerns the use by police of a sniffer dog to check the luggage of a traveller in a bus terminal on the basis of a reasonable suspicion that evidence of an offence would be discovered. There are several common issues in these two cases. Unlike in the instant case, however, the facts of *Kang-Brown* also raise the issues of a reasonable expectation of privacy engaging s. 8 of the *Charter*, and reasonable suspicion. That case is thus better suited to legal analysis. In the interest of concision, therefore, the main legal propositions at issue

Version française des motifs des juges Deschamps et Rothstein rendus par

[100] LA JUGE DESCHAMPS (dissidente) — La présence de drogues dans nos écoles est un problème social très grave. Afin de permettre aux élèves et au personnel enseignant d'évoluer dans un milieu sûr et propice à l'apprentissage, la présence de drogues illicites ne peut être tolérée dans les écoles. En l'espèce, pour faire appliquer la politique de tolérance zéro en matière de drogues d'une école secondaire, un chien renifleur a été utilisé pour détecter la présence de drogues dans un sac à dos laissé sans surveillance dans un gymnase vide de l'école. Même si les élèves et les parents avaient été informés de l'existence de la politique de tolérance zéro et si on avait eu recours à des chiens renifleurs dans le passé, l'intimé A.M. prétend que la preuve de la marijuana et de la psilocybine (les « champignons magiques ») qu'un chien renifleur de la police a permis de trouver dans son sac à dos devrait être écartée parce qu'elle a été obtenue de façon inconstitutionnelle.

[101] À mon avis, tant le juge du procès que la Cour d'appel de l'Ontario ont commis une erreur en n'examinant pas la question préliminaire de savoir si, en l'espèce, A.M. avait une attente raisonnable en matière de vie privée qui entraînait l'application de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Selon moi, A.M. n'avait pas une telle attente. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

[102] Le présent pourvoi a été entendu en même temps que *R. c. Kang-Brown*, [2008] 1 R.C.S. 456, 2008 CSC 18; dans cette affaire, la police avait des motifs raisonnables de soupçonner qu'il serait possible de découvrir la preuve d'une infraction et a utilisé un chien renifleur pour vérifier les bagages d'un voyageur dans une gare d'autobus. Ces deux affaires soulèvent plusieurs questions communes. Cependant, contrairement au présent pourvoi, dans *Kang-Brown*, les faits démontraient une attente raisonnable en matière de vie privée donnant lieu à l'application de l'art. 8 de la *Charte* ainsi que des soupçons raisonnables, de sorte que ce dernier arrêt

2008 SCC 19 (CanLII)

in both cases are set out in my reasons in *Kang-Brown*.

1. Facts

[103] A.M. was a student at St. Patrick's High School in Sarnia, Ontario. The school had a zero-tolerance policy for drugs. The trial judge noted that "[s]tudents are aware of the policy and are also aware that to enforce the policy, the school authorities may resort to the use of police officers with drug detector dogs" ((2004), 120 C.R.R. (2d) 181, 2004 ONCJ 98, at para. 5). Parents were also made aware of the zero-tolerance policy and of the use of sniffer dogs to enforce the policy.

[104] There is evidence in the record that drugs were prevalent at the school. Neighbours of the school and parents of students had spoken to the principal, Mr. Bristo, about the presence of drugs at the school. Specifically, Mr. Bristo testified that parents and neighbours had called him to report that they believed students were engaging in drug activities outside the school, and parents had also reported that they were aware of students using drugs and were "fearful about a safe and orderly environment" (A.R., at p. 50). Under cross-examination, Mr. Bristo agreed that the reports relating to drugs in the school were ongoing and consistent. He also testified that "on any given day drugs will be found in the school" (A.R., at p. 8) and that some students "go out of their way to hide things around the building or hide it on their person" (A.R., at p. 46).

[105] After becoming the principal of St. Patrick's High School in September 2000, Mr. Bristo had issued a "standing invitation" to the police to visit the school with sniffer dogs if dogs were available (A.R., at p. 2). The trial judge stated that the invitation had been "extended to allow school authorities

se prête mieux à l'analyse juridique. C'est pourquoi, par souci de concision, les principales thèses juridiques invoquées dans les deux affaires sont exposées dans mes motifs dans *Kang-Brown*.

1. Faits

[103] A.M. était un élève de l'école secondaire St. Patrick's à Sarnia, en Ontario, une école qui a mis en vigueur une politique de tolérance zéro en matière de drogues. Le juge du procès a signalé que [TRADUCTION] « [l]es élèves sont au courant de la politique et ils savent également que, pour la faire appliquer, la direction de l'école peut demander l'intervention de policiers accompagnés de chiens renifleurs dressés pour détecter la présence de drogues » ((2004), 120 C.R.R. (2d) 181, 2004 ONCJ 98, par. 5). Les parents ont également été informés de la politique de tolérance zéro ainsi que de l'utilisation de chiens renifleurs pour la faire appliquer.

[104] Selon la preuve au dossier, la drogue était répandue à l'école. Des voisins de l'école et des parents des élèves la fréquentant avaient signalé la présence de drogues à l'école au directeur, M. Bristo. Plus précisément, M. Bristo a déclaré que des parents et des voisins lui avaient téléphoné pour l'informer qu'ils croyaient que des élèves se livraient à des activités liées à la drogue à l'extérieur de l'école; des parents lui auraient également dit qu'ils savaient que des élèves consommaient de la drogue et qu'ils [TRADUCTION] « craignaient que cela compromette la sécurité et l'ordre à l'école » (d.a., p. 50). En contre-interrogatoire, M. Bristo a reconnu qu'on lui signalait régulièrement la présence de drogues à l'école. Il a déclaré que [TRADUCTION] « on peut trouver en tout temps de la drogue à l'école » (d.a., p. 8) et que certains élèves [TRADUCTION] « s'efforcent de cacher des objets aux abords de l'édifice ou de les dissimuler sur eux » (d.a., p. 46).

[105] Après être devenu directeur de l'école secondaire St. Patrick's en septembre 2000, M. Bristo avait donné à la police une « invitation ouverte » à venir à l'école avec des chiens renifleurs si des chiens étaient disponibles (d.a., p. 2). Le juge du procès a affirmé que cette invitation avait été

2008 SCC 19 (CanLII)

to more easily enforce school discipline" (A.R., at p. 5).

[106] Between September 2000 and November 2002, the police went to the school with their sniffer dog on a couple of occasions to determine whether there were illegal drugs there (A.R., at p. 16). They would go through the hallways and the parking lot and, "if time is available, sometimes even [go] into classrooms" (A.R., at pp. 45-46).

[107] On November 7, 2002, three police officers once again asked for permission to look for drugs at the school with their dog. Mr. Bristo immediately gave them permission to do so. To allow the police to do their work, he made an announcement over the school's public address system in which he instructed students to remain in their classrooms. The dog was trained to find humans and detect five types of narcotics: heroin, marijuana, hashish, crack cocaine and cocaine. There is no evidence that the dog went into any classrooms or came into direct contact with any students on this occasion.

[108] Once the police had gone through the areas of the school they had intended to visit, they asked Mr. Bristo if there were any other areas that might be of interest. He suggested a gymnasium.

[109] In the gymnasium, where there were no students, the dog indicated to his handler that he smelled drugs in a backpack lying with others next to the wall. The handler passed the backpack to another officer, who searched it and found five bags of marijuana, ten magic mushrooms (psilocybin), drug paraphernalia (a pipe, a lighter, rolling papers and a roach clip) and a wallet containing A.M.'s identification.

[110] A.M. was suspended for a number of days pursuant to the school's zero-tolerance drug policy. He was also charged with possession of cannabis

[TRADUCTION] « faite pour aider la direction de l'école à faire respecter la discipline » (d.a., p. 5).

[106] Entre septembre 2000 et novembre 2002, les policiers se sont présentés à quelques reprises à l'école avec leur chien renifleur pour vérifier s'il s'y trouvait des drogues illicites (d.a., p. 16). Ils ont alors arpenté les corridors, le stationnement et [TRADUCTION] « si le temps le permettait, ils sont même allés parfois dans des classes » (d.a., p. 45-46).

[107] Le 7 novembre 2002, trois policiers ont encore une fois demandé la permission de vérifier la présence de drogues à l'école avec leur chien. M. Bristo leur en a immédiatement donné la permission. Afin de permettre aux policiers de faire leur travail, il s'est servi du système d'interphone de l'école pour ordonner aux élèves de demeurer dans leurs classes. Le chien était dressé pour chercher des personnes et détecter la présence de cinq types de stupéfiants : l'héroïne, la marijuana, le hachisch, la cocaïne épurée ou crack, et la cocaïne. La preuve n'indique pas que le chien soit entré dans des classes ou ait été en contact direct avec des élèves à cette occasion.

[108] Après être allés dans les aires de l'école qu'ils voulaient parcourir, les policiers ont demandé à M. Bristo s'il y avait d'autres endroits susceptibles de les intéresser. M. Bristo leur a indiqué un gymnase.

[109] Dans le gymnase, où ne se trouvait aucun élève, le chien a signalé au maître-chien une odeur de drogues émanant d'un sac à dos qui se trouvait parmi d'autres sacs alignés près du mur. Le maître-chien a remis le sac à dos à un autre policier qui l'a fouillé et y a trouvé cinq sacs de marijuana, dix champignons magiques (la psilocybine), des accessoires facilitant la consommation de drogues (une pipe, un briquet, du papier à cigarettes et un pince-joint) ainsi qu'un portefeuille contenant une pièce d'identité de A.M.

[110] En application de la politique de tolérance zéro de l'école, A.M. a été suspendu pendant plusieurs jours. Il a également été accusé de possession

2008 SCC 19 (CanLII)

marijuana for the purpose of trafficking and with possession of psilocybin.

[111] A.M. brought an application to exclude the evidence of the marijuana and psilocybin under s. 24(2) of the *Charter* on the basis that his s. 8 right to be secure against unreasonable search or seizure had been infringed. Hornblower J. based his analysis on this Court's decision in *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393, and began by considering "whether the school authorities were acting as agents of the police" (para. 10). After finding that they were not, he immediately turned to the issue of the reasonableness of the search. He reasoned that since the search was conducted without prior judicial authorization, it was *prima facie* unreasonable and that any search of A.M.'s backpack would have to be based on reasonable grounds, specific to an individual, to believe that evidence of an offence would be discovered. He accordingly found that s. 8 of the *Charter* had been infringed. Hornblower J. concluded that the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter.* As a result, the charges against A.M. were dismissed.

[112] Armstrong J.A., writing for the Ontario Court of Appeal, considered that the use of the sniffer dog at the school constituted a warrantless and random search. He agreed that the use of the dog constituted a police search and stated that the dog sniff of A.M.'s backpack constituted a search for s. 8 purposes. In his view, "a student's backpack should be afforded at least the same degree of respect as an adult's briefcase" ((2006), 79 O.R. (3d) 481, at para. 49). He held that because the search was warrantless it was *prima facie* unreasonable. Armstrong J.A. stated that neither the legislation nor the policies in effect at the time authorized warrantless, random searches. He could find no error in Hornblower J.'s decision to exclude the evidence. Accordingly, he dismissed the appeal and upheld the dismissal of the charges.

de marijuana en vue d'en faire le trafic et de possession de psilocybine.

[111] A.M. a présenté en application du par. 24(2) de la *Charte* une demande visant à obtenir l'exclusion de la preuve relative à la marijuana et à la psilocybine au motif qu'il y avait eu violation du droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives que lui garantit l'art. 8. Fondant son analyse sur l'arrêt de notre Cour *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393, le juge Hornblower a d'abord examiné [TRADUCTION] « si les autorités de l'école agissaient en qualité de mandataires de la police » (par. 10). Ayant conclu que ce n'était pas le cas, il a immédiatement examiné la question du caractère raisonnable de la fouille. Il a estimé qu'étant donné qu'elle avait été effectuée sans autorisation judiciaire préalable, la fouille était abusive *prima facie* et que toute fouille du sac à dos de A.M. aurait dû être fondée sur des motifs raisonnables de croire qu'on y trouverait la preuve d'une infraction commise par A.M. Par conséquent, il a conclu qu'il y avait eu violation de l'art. 8 de la *Charte*. Le juge Hornblower a conclu que les éléments de preuve devaient être écartés en application du par. 24(2) de la *Charte*. Par conséquent, les accusations portées contre A.M. ont été rejetées.

[112] Au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, le juge Armstrong a estimé que l'utilisation de chiens renifleurs à l'école constituait une fouille sans mandat, effectuée au hasard. Il a reconnu que l'utilisation du chien constituait une fouille par la police et a affirmé qu'il y a eu fouille au sens de l'art. 8 lorsque le chien a senti le sac à dos de A.M. Selon le juge Armstrong, [TRADUCTION] « il convient de faire preuve à l'égard du sac à dos d'un élève d'un respect à tout le moins égal à celui qui s'impose à l'égard d'un porte-documents appartenant à un adulte » ((2006), 79 O.R. (3d) 481, par. 49). Il a jugé que, parce qu'elle avait été effectuée sans mandat, la fouille était abusive *prima facie*. Le juge Armstrong a affirmé que ni la loi ni les politiques en vigueur à l'époque n'autorisaient les fouilles sans mandat effectuées au hasard. Il n'a trouvé aucune erreur dans la décision du juge Hornblower d'écarter les éléments de preuve. Par conséquent, il a rejeté l'appel et confirmé le rejet des accusations.

2008 SCC 19 (CanLII)

2. Issues

[113] The issues in this appeal are whether A.M.'s right to be secure against unreasonable search or seizure pursuant to s. 8 of the *Charter* was infringed in the circumstances of this case and, if so, whether the evidence obtained should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter.*

3. Analysis

[114] The *Charter* provision involved in this appeal reads as follows:

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

[115] After summarizing the legal principles applicable to this s. 8 claim, I will apply them to this case.

3.1 *Applicable Legal Principles*

[116] As mentioned above, my view on the law applicable to this case is set out more fully in the companion case of *Kang-Brown*. With this in mind, the main legal principles to be applied in assessing this s. 8 claim can be summarized as follows:

(1) To determine whether s. 8 is engaged, an accused must establish that his or her expectation of privacy was reasonable in light of the totality of the circumstances. The alleged privacy interest must be framed in broad and neutral terms.

(2) If s. 8 is engaged, the reasonableness of the search or seizure must be evaluated. The Crown must show that the search was authorized by law, that the law was reasonable, and that the search was carried out in a reasonable manner.

(3) Where the Crown relies on common law police powers as authority for the search, it must demonstrate both (a) that the police were acting in

2. Questions en litige

[113] Dans le présent pourvoi, il s'agit de déterminer si, dans les circonstances de l'espèce, il y a eu atteinte au droit de A.M. à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte* et, dans l'affirmative, si la preuve obtenue devrait être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*.

3. Analyse

[114] La disposition de la *Charte* dont il est question dans le présent pourvoi prévoit ce qui suit :

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

[115] Après avoir résumé les principes juridiques applicables à la demande fondée sur l'art. 8, je les appliquerai à la présente affaire.

3.1 *Principes juridiques applicables*

[116] Ainsi que je l'ai déjà mentionné, j'ai expliqué de manière plus détaillée dans l'arrêt connexe *Kang-Brown* mon interprétation des règles de droit applicables en l'espèce. Dans cet esprit, les principes juridiques fondamentaux permettant de trancher la présente demande fondée sur l'art. 8 peuvent être résumés comme suit :

(1) Pour déterminer si l'art. 8 s'applique, un accusé doit établir que son attente en matière de vie privée était raisonnable compte tenu de l'ensemble des circonstances. Le droit allégué en matière de vie privée doit être défini en termes généraux et neutres.

(2) Si l'art. 8 s'applique, il faut déterminer si la fouille, la perquisition ou la saisie était raisonnable. La poursuite doit démontrer que la fouille était autorisée par la loi, que la loi elle-même n'avait rien d'abusif et que la fouille n'a pas été effectuée de manière abusive.

(3) Lorsqu'elle invoque les pouvoirs attribués à la police en common law pour justifier la fouille ou la perquisition, la poursuite doit démontrer

2008 SCC 19 (CanLII)

pursuit of a lawful duty when they conducted the search, and (b) that the search amounted to a justifiable use of police powers associated with that duty.

(4) The grounds the police must have had for a court to find that a given investigative technique was properly employed will depend on what was reasonably necessary in the circumstances. The standards range from no grounds, to reasonable suspicion, to reasonable grounds to believe that evidence of an offence will be discovered.

[117] It is therefore necessary in the case at bar to determine whether A.M. had a reasonable expectation of privacy that engaged s. 8.

3.2 *Application to This Appeal*

3.2.1 Identifying A.M.'s Alleged Privacy Interest

[118] The central issue in this appeal is whether the use of a sniffer dog amounts to a "search" for the purposes of s. 8 of the *Charter.*

[119] A.M.'s backpack was closed and was in a pile with others in the small gymnasium of St. Patrick's High School when the police officers entered the room with their sniffer dog. It is significant that the odours emanating from the backpack could not be detected by the police using their own senses and that the police necessarily relied on the use of the dog to identify, among the several backpacks in the gymnasium, which, if any, contained controlled substances. The dog's positive indication on sniffing A.M.'s backpack enabled the police to ascertain what was *inside* the backpack with a reasonably high degree of accuracy. Accordingly, I have no difficulty in finding that the use of the dog in this case amounted to a search from an *empirical* perspective. However, what A.M. had to establish was that the use of the dog amounted to a "search" from a *constitutional* perspective such that it implicated a reasonable expectation of privacy that engaged

a) que le policier a agi dans l'exercice d'une fonction légitime lorsqu'il a effectué la fouille, et b) que la fouille équivalait à un exercice justifiable du pouvoir policier lié à cette fonction.

(4) Les motifs que devrait avoir le policier pour que le tribunal conclue qu'une technique d'enquête particulière a été validement utilisée seront fonction de ce qui était raisonnablement nécessaire dans les circonstances. Les normes applicables peuvent aller de l'absence de motifs et des soupçons raisonnables aux motifs raisonnables de croire que la preuve d'une infraction sera découverte.

[117] Il est donc nécessaire en l'espèce de déterminer si A.M. avait, en matière de vie privée, une attente raisonnable qui entraînait l'application de l'art. 8.

3.2 *Application au pourvoi*

3.2.1 Détermination du droit allégué de A.M. en matière de vie privée

[118] La principale question dans le présent pourvoi est de savoir si l'utilisation d'un chien renifleur constitue une « fouille » au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

[119] Lorsque les policiers sont entrés dans le petit gymnase de l'école secondaire St. Patrick's accompagnés de leur chien renifleur, le sac à dos de A.M. était fermé et se trouvait parmi d'autres sacs empilés dans le gymnase. Il est important de souligner que les policiers étaient incapables de détecter par leurs propres sens les odeurs émanant du sac à dos et qu'ils devaient nécessairement avoir recours au chien pour déterminer, le cas échéant, lequel parmi les sacs à dos se trouvant dans le gymnase contenait des substances réglementées. La réaction positive du chien lorsqu'il a reniflé le sac à dos de A.M. a permis aux policiers d'établir avec un degré de fiabilité raisonnablement élevé ce qui se trouvait *à l'intérieur* du sac à dos. Par conséquent, je n'ai aucune peine à conclure que l'utilisation du chien en l'espèce constituait une fouille *au sens empirique* du terme. Cependant, A.M. devait établir que l'utilisation du chien constituait, *au sens*

2008 SCC 19 (CanLII)

the protection of s. 8. This is the question I will now consider.

[120] Framed in broad and neutral terms, the alleged privacy interest was in odours imperceptible to humans that emanated from A.M.'s unattended backpack in a school gymnasium.

[121] No *personal* privacy interest as defined in *R. v. Tessling*, [2004] 3 S.C.R. 432, 2004 SCC 67, at para. 23, is in issue in this case, since A.M. was not wearing or carrying his backpack at the time of the alleged search. Indeed, he was not present when the backpack was searched. It would be a different case if A.M. had been wearing the backpack when the police checked it with the sniffer dog. Moreover, the backpack in question is clearly not the type of bag a student would wear on his or her person at all times such that a search of the bag would be tantamount to a search of the person wearing it.

[122] The alleged privacy interest in this case has both an *informational* and a *territorial* component. As in *Kang-Brown*, the odours from A.M.'s backpack might disclose intimate personal details about him, namely his having recently come into contact with a controlled substance either as a drug trafficker, an illegal drug user or a legal drug user (such as a user of medicinal marijuana), or by being in the company of drug users.

[123] The territorial component of the alleged privacy interest in this case is considerably less significant than in *Kang-Brown*. Whereas the search in that case took place in a bus terminal, the one in the case at bar took place in a school. I will discuss these factors in greater detail below in evaluating the reasonableness of A.M.'s expectation of privacy.

constitutionnel, une « fouille » impliquant l'existence d'une attente raisonnable en matière de vie privée donnant lieu à l'application de la protection prévue à l'art. 8. C'est la question que je vais maintenant examiner.

[120] En termes généraux et neutres, le droit à la vie privée qui est allégué concerne les odeurs imperceptibles pour les humains et émanant du sac à dos que A.M. avait laissé sans surveillance dans un gymnase d'une école.

[121] En l'espèce, aucun droit *personnel* à la vie privée du genre de celui défini dans *R. c. Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 432, 2004 CSC 67, par. 23, n'est en cause puisque A.M. ne portait pas ou ne transportait pas son sac à dos au moment de la fouille alléguée. En fait, il n'était pas présent lors de la fouille du sac à dos. La situation serait différente si A.M. avait porté le sac lorsque les policiers l'ont vérifié à l'aide du chien renifleur. De plus, le sac à dos en question n'est pas un sac du genre de ceux que les élèves portent en tout temps sur eux, auquel cas la fouille du sac aurait équivalu à une fouille de la personne le portant.

[122] Le droit au respect de la vie privée allégué en l'espèce touche à la fois les *renseignements personnels* et le *lieu*. Comme dans *Kang-Brown*, les odeurs émanant du sac à dos de A.M. pouvaient divulguer au sujet de ce dernier des détails personnels intimes, notamment s'il avait été en contact récemment avec une substance réglementée, que ce soit en tant que trafiquant de drogues, en tant que consommateur d'une drogue illicite ou consommateur d'une drogue licite (par exemple, de la marijuana utilisée à des fins médicales), ou s'il s'était trouvé en compagnie de consommateurs de drogues.

[123] L'élément relatif au lieu du droit au respect de la vie privée allégué en l'espèce est beaucoup moins important que dans *Kang-Brown*. Alors que dans cette affaire, la fouille a eu lieu dans une gare d'autobus, en l'espèce, elle s'est déroulée dans une école. J'examinerai ces facteurs plus à fond un peu plus loin en déterminant si l'attente de A.M. en matière de vie privée était raisonnable.

2008 SCC 19 (CanLII)

[124] Having identified the alleged privacy interest in this case, I will now consider whether A.M.'s expectation of privacy was reasonable.

3.2.2 Reasonableness of A.M.'s Expectation of Privacy

[125] The principal submission made by the Crown in its appeal in this case is that A.M. did not have a reasonable expectation of privacy that engaged s. 8 of the *Charter.*

[126] In my view, both the trial judge and the Court of Appeal erred in failing to consider the threshold issue of whether A.M. had a reasonable expectation of privacy that engaged s. 8 of the *Charter.* At trial, Hornblower J. did not consider whether a reasonable expectation of privacy was at stake. Rather, he simply assumed that it was. The Court of Appeal did not correct this error of law. Armstrong J.A. simply stated: "I do not find it necessary in this case to decide whether the police activity prior to the search of the backpack constituted a search for s. 8 purposes. In my view, the dog sniff of A.M.'s backpack and the search of the backpack by Constable Callander constituted a search for the purposes of s. 8 of the *Charter*" (para. 45).

[127] It must be determined whether, in light of the totality of the circumstances, including the relevant factors discussed in *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 45, and *Tessling*, at para. 32, the dog sniff of A.M.'s backpack involved a reasonable expectation of privacy that A.M. had. Neither the trial judge nor the Court of Appeal conducted this analysis. This Court must therefore do so.

[128] The pivotal question in this appeal is whether A.M. had a reasonable expectation of privacy in respect of odours imperceptible to humans that emanated from his unattended backpack in a school gymnasium. This requires consideration of

[124] Après avoir cerné le droit en matière de vie privée allégué dans le cadre du présent pourvoi, je vais maintenant examiner si l'attente de A.M. en matière de vie privée était raisonnable.

3.2.2 Caractère raisonnable de l'attente de A.M. en matière de vie privée

[125] Selon le principal argument que présente le ministère public dans son appel en l'espèce, A.M. n'avait pas d'attente raisonnable en matière de vie privée entraînant l'application de l'art. 8 de la *Charte*.

[126] À mon avis, tant le juge du procès que la Cour d'appel ont commis une erreur en n'examinant pas la question préliminaire, à savoir si A.M. avait une attente raisonnable en matière de vie privée qui entraînait l'application de l'art. 8 de la *Charte*. Au procès, le juge Hornblower n'a pas examiné si une attente raisonnable en matière de vie privée était en jeu. Il a plutôt simplement supposé que c'était le cas. La Cour d'appel n'a pas corrigé cette erreur de droit. Le juge Armstrong a dit simplement : [TRADUCTION] « Je ne crois pas qu'il soit nécessaire en l'espèce de décider si les activités des policiers antérieures à la fouille du sac à dos constituaient une fouille au sens de l'art. 8. À mon avis, il y a eu fouille au sens de l'art. 8 de la *Charte* lorsque le chien a reniflé le sac à dos de A.M. et que l'agent Callander a ensuite fouillé le sac » (par. 45).

[127] Il est nécessaire de déterminer si, compte tenu de l'ensemble des circonstances, y compris les facteurs pertinents examinés dans *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, par. 45, et *Tessling*, par. 32, l'utilisation du chien pour renifler le sac à dos de A.M. mettait en cause une attente raisonnable de ce dernier en matière de vie privée. Ni le juge du procès ni la Cour d'appel n'ont effectué cette analyse. Il est donc nécessaire pour notre Cour de le faire.

[128] La question cruciale dans le cadre du présent pourvoi est de savoir si A.M. avait une attente raisonnable en matière de vie privée en ce qui concerne les odeurs, imperceptibles pour les humains, qui émanaient du sac à dos laissé sans

2008 SCC 19 (CanLII)

whether A.M. had a subjective expectation of privacy and whether his privacy interest was objectively reasonable. In *Kang-Brown*, at para. 140, I identify a non-exhaustive list of factors to aid in this assessment:

(i) the presence of the accused at the time of the alleged search;

(ii) the subject matter of the alleged search:

(a) ownership and historical use of the subject matter;

(b) whether the subject matter was in public view;

(c) whether the subject matter had been abandoned;

(d) where the subject matter is information, whether the information was already in the hands of third parties; if so, was there a duty of confidentiality in relation to it?

(iii) the place where the alleged search occurred:

(a) ownership, possession, control or use of the place where the alleged search took place;

(b) the ability to regulate access, including the right to admit or exclude others from the place;

(c) notification of the possibility of searches being conducted in the place;

(iv) the investigative technique used in the alleged search:

(a) whether the police technique was intrusive in relation to the alleged privacy interest;

(b) whether the information obtained in the alleged search exposed any intimate details of the accused's lifestyle, or information of a biographical nature.

[129] In my view, A.M. did not have a subjective expectation of privacy in the case at bar. Students

surveillance dans un gymnase de l'école. À cette fin, il faut examiner si A.M. avait une attente subjective en matière de vie privée et si son droit au respect de sa vie privée était objectivement raisonnable. Dans *Kang-Brown*, par. 140, j'ai dressé une liste non exhaustive des facteurs permettant d'effectuer cet examen :

(i) la présence de l'accusé au moment de la prétendue fouille ou perquisition;

(ii) l'objet de la prétendue fouille ou perquisition :

a) la propriété et l'usage historique de l'objet;

b) la question de savoir si l'objet était à la vue du public;

c) la question de savoir si l'objet avait été abandonné;

d) dans le cas où l'objet est un renseignement, la question de savoir si des tiers possédaient déjà ce renseignement et, dans l'affirmative, si le renseignement en question était visé par une obligation de confidentialité;

(iii) le lieu où la prétendue fouille ou perquisition a été effectuée :

a) la propriété, la possession, le contrôle ou l'utilisation du lieu où la prétendue fouille ou perquisition a été effectuée;

b) l'habilité à régir l'accès au lieu, y compris le droit d'y laisser entrer ou d'en exclure autrui;

c) la notification de la possibilité que des fouilles ou perquisitions soient effectuées dans ce lieu;

(iv) la technique d'enquête utilisée pour effectuer la prétendue fouille ou perquisition :

a) la question de savoir si la technique policière a porté atteinte au prétendu droit à la vie privée;

b) la question de savoir si le renseignement obtenu lors de la prétendue fouille ou perquisition révélait des détails intimes sur le mode de vie de l'accusé ou des renseignements d'ordre biographique le concernant.

[129] À mon avis, A.M. n'avait en l'espèce aucune attente subjective en matière de vie privée.

2008 SCC 19 (CanLII)

and parents were aware of the drug problem and the zero-tolerance drug policy and of the fact that sniffer dogs might be used. Dogs had in fact been used on prior occasions to determine whether narcotics were present at the school. A.M. did not lead any evidence to rebut these facts. Defiance of school policy must not be confused with an expectation of privacy. Of course, school policy must be implemented in a manner consistent with a legitimate expectation of privacy. However, the well-advertised means devised and used by the school reduced A.M.'s subjective expectation of privacy very significantly, as was true of the R.I.D.E. program in issue in *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2, at pp. 28-29.

Les parents et les élèves savaient qu'il existait un problème de drogues, que la politique de tolérance zéro en matière de drogues était en vigueur et que des chiens renifleurs pouvaient être utilisés. Des chiens avaient effectivement été utilisés à quelques reprises pour déterminer s'il y avait des stupéfiants à l'école. A.M. n'a produit aucun élément de preuve pour réfuter ces faits. Le mépris de la politique de l'école ne doit pas être confondu avec une attente en matière de vie privée. Certes, la politique de l'école doit être appliquée de manière à respecter les attentes légitimes en matière de vie privée. Cependant, les moyens qu'a utilisés et fait connaître l'école ont réduit considérablement l'attente subjective de A.M. en matière de vie privée, comme ce fut le cas pour le programme R.I.D.E. en cause dans *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, p. 28-29.

[130] Moreover, there are numerous factors that support a finding that A.M.'s expectation of privacy was not objectively reasonable.

[130] En outre, de nombreux facteurs permettent de conclure que l'attente de A.M. en matière de vie privée n'était pas objectivement raisonnable.

[131] First, the place where the search occurred was a school with a known problem of drug use by students, both on and off school property. In *M. (M.R.)*, which concerned a personal search of a student by a school official, Cory J., writing for the majority, held that a student's reasonable expectation of privacy is significantly diminished while he or she is at school:

[131] Il y a tout d'abord le lieu où la fouille a été effectuée, une école où il existe un problème connu de consommation de drogues par les élèves tant sur le terrain de l'école qu'à l'extérieur. Dans *M. (M.R.)*, où il était question de la fouille corporelle d'un élève par un représentant de la direction de l'école, le juge Cory, s'exprimant au nom de la majorité, a statué que l'attente raisonnable en matière de vie privée d'un élève est sérieusement réduite pendant qu'il se trouve à l'école :

> . . . the reasonable expectation of privacy of a student in attendance at a school is certainly less than it would be in other circumstances. Students know that their teachers and other school authorities are responsible for providing a safe environment and maintaining order and discipline in the school. They must know that this may sometimes require searches of students and their personal effects and the seizure of prohibited items. It would not be reasonable for a student to expect to be free from such searches. A student's reasonable expectation of privacy in the school environment is therefore significantly diminished. [para. 33]

> . . . l'attente raisonnable en matière de vie privée d'un élève à l'école est sûrement moindre que celle qu'il aurait dans d'autres circonstances. Les élèves savent que leurs enseignants et autres autorités scolaires ont la responsabilité de procurer un environnement sûr et de maintenir l'ordre et la discipline dans l'école. Ils doivent savoir que cela peut parfois commander la fouille d'élèves et de leurs effets personnels de même que la saisie d'articles interdits. Un élève ne peut pas raisonnablement s'attendre à être exempté de telles fouilles. L'attente raisonnable en matière de vie privée d'un élève dans l'environnement scolaire est donc sérieusement réduite. [par. 33]

These words by Cory J. are all the more compelling where, as in the instant case involving an

Ce commentaire du juge Cory devient encore plus important lorsqu'il s'agit d'une fouille non

2008 SCC 19 (CanLII)

unattended backpack on school property, a non-personal search is in issue. A.M. did not have a right to control access to the school and, unlike in *M. (M.R.)*, the police were there with the permission (and at the request) of the school's principal in furtherance of disciplinary goals being pursued by the school in order to confront a systematic drug problem. The dogs were used to search the premises, not the students. In these circumstances, the objective expectation of privacy in respect of an unattended backpack on this school's property was not only *significantly diminished*, but extremely low.

corporelle, comme c'est le cas en l'espèce où il est question d'un sac à dos laissé sans surveillance dans les locaux d'une école. A.M. n'avait pas le droit de contrôler l'accès à l'école et, contrairement à la situation dans *M. (M.R.)*, les policiers s'y trouvaient avec la permission (et à la demande) du directeur de l'école en vue de faciliter l'atteinte des objectifs en matière disciplinaire de l'école dans sa lutte contre un problème de drogue systématique. Les chiens ont servi à la fouille des locaux et non à celle des élèves. Dans de telles circonstances, l'attente objective en matière de vie privée à l'égard d'un sac à dos laissé sans surveillance dans l'école est non seulement *sérieusement réduite* mais extrêmement faible.

[132] It is notable that there is a clear connection between the school environment, which is tightly controlled, and the search that took place at the school. The provincial *Ontario Schools: Code of Conduct* (2001), established under the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, recognizes that "illegal drugs are addictive and present a health hazard", and calls on Ontario schools to "work cooperatively with police" to address the issue (p. 3). A.M. was subject to school discipline as a result of the drugs that were found in his backpack. Constable Callander testified that the Sarnia police do not go into a school with their sniffer dog unless asked to do so by school authorities (A.R., at p. 78). It is also notable that neither the police nor the school authorities acted on an "educated guess" or a random "hunch" in this case. Rather, the school authorities invited the police in response to what they reasonably viewed as credible concerns expressed by students' parents and neighbours of the school. They relied on cooperation with the police to ensure a safe and secure learning environment for the benefit of all students and staff.

[132] Il convient de souligner qu'il existe un lien clair entre le milieu scolaire, étroitement réglementé, et la fouille qui a eu lieu à l'école. Le *Code de conduite* (2001) de la province, mis en place en application de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, reconnaît que « les drogues illicites créent une dépendance et constituent un danger pour la santé » et demande aux écoles de l'Ontario de « collabor[er] avec la police » pour contrer ce problème (p. 3). L'école a pris des mesures disciplinaires contre A.M. parce que des drogues ont été trouvées dans son sac à dos. L'agent Callander a déclaré que les policiers de Sarnia ne se présentent pas dans une école avec leur chien renifleur sans y avoir été invités par la direction de l'école (d.a., p. 78). Il convient également de souligner qu'en l'espèce, ni les policiers ni la direction de l'école n'ont agi sur le fondement d'une simple « supposition fondée sur leur expérience » ou d'une « intuition ». Au contraire, la direction de l'école a invité les policiers pour donner suite à ce qu'elle a estimé être, à juste titre, des inquiétudes valables exprimées par des parents d'élèves et des voisins de l'école. Les responsables de l'école ont compté en l'espèce sur la collaboration de la police pour garantir aux élèves et au personnel un milieu sûr et favorable à l'apprentissage.

[133] Owing to the drug problem in this school, it was critical that the school authorities take enhanced control measures. The well-publicized zero-tolerance policy and the measures taken in

[133] En raison du problème de drogues qui existait dans cette école, il était essentiel que la direction prenne des mesures de contrôle plus serrées. La grande publicité dont a fait l'objet la politique de

2008 SCC 19 (CanLII)

the past to enforce that policy call to mind Le Dain J.'s comment in *Dedman* (at p. 36) that the psychological effects of random vehicle stops under the R.I.D.E. program, which were carried out to detect impaired motorists, tended "to be minimized by the well-publicized nature of the program, which is a necessary feature of its deterrent purpose".

[134] A.M., and all the school's other students and its staff, benefited from an environment that was substantially free from illegal drugs and the ills that they bring. In this respect, the situation in a school, where the environment is controlled for the benefit of those who attend it, is analogous to — albeit distinct from — that of a courthouse, where one has a very low expectation of privacy in respect of one's belongings: see *R. v. Campanella* (2005), 75 O.R. (3d) 342 (C.A.), at paras. 17, 19, 20 and 24.

[135] The controlled environment of a school's property is also analogous to the customs context. In *Simmons*, Dickson C.J. held that the degree of personal privacy reasonably expected at customs is lower than in most other situations, both because the state has an important interest in enforcing customs laws in the interest of public safety and because individuals have a significantly reduced expectation of privacy. According to Chief Justice Dickson:

> People do not expect to be able to cross international borders free from scrutiny. It is commonly accepted that sovereign states have the right to control both who and what enters their boundaries. For the general welfare of the nation the state is expected to perform this role. Without the ability to establish that all persons who seek to cross its borders and their goods are legally entitled to enter the country, the state would be precluded from performing this crucially important function. Consequently, travellers seeking to cross national boundaries fully expect to be subject to a screening process. [Emphasis added; p. 528.]

tolérance zéro et les mesures prises dans le passé pour la faire appliquer nous rappellent le commentaire du juge Le Dain, dans *Dedman* (p. 36), selon lequel « la grande publicité donnée à la nature du programme » R.I.D.E. visant à intercepter les véhicules au hasard afin de détecter les conducteurs dont les facultés sont affaiblies avait tendance « à minimiser [. . .] [les effets psychologiques du programme] en plus d'être un aspect nécessaire de son caractère dissuasif ».

[134] A.M. ainsi que tous les autres élèves et le personnel enseignant de l'école ont bénéficié d'un milieu où ils sont dans une large mesure à l'abri des drogues illicites et des problèmes qu'elles entraînent. À cet égard, la situation dans une école, qui constitue un milieu réglementé pour le bénéfice de ceux qui la fréquentent, se compare — tout en s'en distinguant — à celle que l'on trouve dans un palais de justice, où les attentes en matière de vie privée qu'a une personne à l'égard de ses effets personnels sont très faibles : voir *R. c. Campanella* (2005), 75 O.R. (3d) 342 (C.A.), par. 17, 19, 20 et 24.

[135] Le milieu contrôlé que l'on trouve dans l'enceinte d'une école peut également se comparer au contexte douanier. Dans *Simmons*, le juge en chef Dickson a affirmé que les attentes raisonnables en matière de vie privée sont moindres aux douanes que dans la plupart des autres situations, parce que l'État a tout intérêt à faire appliquer les lois sur les douanes dans l'intérêt de la sécurité du public et parce que les attentes des gens en matière de vie privée sont bien moindres. Selon le juge en chef Dickson :

> [L]es gens ne s'attendent pas à traverser les frontières internationales sans faire l'objet d'une vérification. Il est communément reconnu que les États souverains ont le droit de contrôler à la fois les personnes et les effets qui entrent dans leur territoire. On s'attend à ce que l'État joue ce rôle pour le bien-être général de la nation. Or, s'il était incapable d'établir que tous ceux qui cherchent à traverser ses frontières ainsi que leurs effets peuvent légalement pénétrer dans son territoire, l'État ne pourrait pas remplir cette fonction éminemment importante. Conséquemment, les voyageurs qui cherchent à traverser des frontières internationales s'attendent parfaitement à faire l'objet d'un processus d'examen. [Je souligne; p. 528.]

2008 SCC 19 (CanLII)

[136] Likewise, schools are expected to ensure the safety of their students and staff. Students fully expect that school authorities will perform this crucially important function. In the instant case, the reasonable expectation of privacy of the school's students was even lower in light of the school's well-publicized zero-tolerance policy and the means employed in the past to enforce it. As Dickson C.J. noted in *Simmons* (at p. 526), this contextual approach to determining reasonableness under s. 8 was established in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, where Dickson J. (as he then was) had held, at pp. 159-60:

> The guarantee of security from unreasonable search and seizure only protects a reasonable expectation. This limitation on the right guaranteed by s. 8, whether it is expressed negatively as freedom from "unreasonable" search and seizure, or positively as an entitlement to a "reasonable" expectation of privacy, indicates that an assessment must be made as to whether in a particular situation the public's interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

[137] A second factor that supports a finding that A.M.'s expectation of privacy was not objectively reasonable is the fact that he was not present at the time of the search. I would add that since there were no students in the school gymnasium at the time of the search, there was no risk that the dog, on sniffing a backpack worn by a student, might make a false positive indication leading to a — more intrusive — personal search of the student.

[138] A third factor is the fact that A.M.'s backpack was left not only unattended, but also in plain view. While there is no indication that the backpack was abandoned, the use of a sniffer dog to check an unattended bag left in plain view is less intrusive than the use of one to check a bag that is

[136] On demande également aux écoles d'assurer la sécurité de leurs élèves et de leurs employés. Les élèves s'attendent parfaitement à ce que les autorités scolaires s'acquitteront de cette fonction primordiale. En l'espèce, les attentes raisonnables en matière de vie privée des élèves de l'école étaient même encore moindres puisqu'ils connaissaient bien la politique de tolérance zéro en place à l'école et les moyens employés dans le passé pour faire respecter cette politique. Comme le juge en chef Dickson l'a fait remarquer dans *Simmons* (p. 526), la méthode contextuelle permettant de déterminer le caractère raisonnable d'une fouille au sens de l'art. 8 a été établie dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, dans lequel le juge Dickson (alors juge puîné) a affirmé ce qui suit aux p. 159-160 :

> La garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ne vise qu'une attente raisonnable. Cette limitation du droit garanti par l'art. 8, qu'elle soit exprimée sous la forme négative, c'est-à-dire comme une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies « abusives », ou sous la forme positive comme le droit de s'attendre « raisonnablement » à la protection de la vie privée, indique qu'il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi. [Je souligne; soulignement dans l'original omis.]

[137] Un deuxième facteur qui me permet de conclure que l'attente de A.M. en matière de vie privée n'était pas objectivement raisonnable est le fait qu'il n'était pas présent au moment de la fouille. J'ajouterai qu'étant donné qu'aucun des élèves ne se trouvait dans le gymnase de l'école au moment de la fouille, il n'y avait aucun risque qu'une réaction positive erronée du chien renifleur devant un sac à dos porté par un élève puisse entraîner une fouille corporelle — plus envahissante — de l'élève.

[138] Le fait que le sac à dos de A.M. a non seulement été laissé sans surveillance, mais qu'il était placé bien en vue constitue un troisième facteur. Rien n'indique que le sac à dos ait été abandonné; néanmoins, l'utilisation d'un chien renifleur lorsqu'un sac laissé sans surveillance est placé bien

2008 SCC 19 (CanLII)

either worn or carried by an individual, or is placed in a locked compartment out of plain view.

[139] A fourth factor is the fact that the investigative technique was relatively non-intrusive. While it is true that the dog was able to detect the presence of drugs in A.M.'s backpack, it was able to do so without the backpack being opened. Moreover, the dog was trained only to detect drugs and find humans. It could not therefore convey any information other than that there were drugs present. Thus, the use of a sniffer dog in these circumstances was a less intrusive investigative technique than simply opening A.M.'s backpack without a prior positive indication by the dog.

[140] The use of a sniffer dog as an investigative technique did not intrude unreasonably on A.M.'s privacy interest, since his informational privacy interest was extremely limited in the school environment. Therefore, in my view, in light of the totality of the circumstances, A.M. did not have a reasonable expectation of privacy that engaged s. 8.

3.2.3 Reasonableness of the Search

[141] Since I am of the view that A.M. did not have a reasonable expectation of privacy that engaged s. 8 of the *Charter*, it is not necessary to determine whether the search was reasonable.

[142] Furthermore, since A.M. did not have a reasonable expectation of privacy in respect of his backpack that was sufficient to engage s. 8 of the *Charter*, and since the police were lawfully present at the school with the principal's permission and were acting in pursuit of their duty to investigate and prevent crime, no individualized grounds were required for the police to employ their sniffer dog as they did in this case.

en vue constitue une procédure moins envahissante que lorsqu'on y a recours pour un sac qui est soit porté ou transporté par une personne, soit gardé à l'abri des regards dans un casier verrouillé.

[139] Le fait que la technique d'enquête utilisée était relativement peu envahissante constitue un quatrième facteur. Il est vrai que le chien a été en mesure de détecter la présence de drogues à l'intérieur du sac à dos de A.M., mais il a pu le faire sans qu'il soit nécessaire d'ouvrir le sac à dos. De plus, le chien était dressé uniquement pour détecter des drogues et chercher des personnes. Il ne pouvait donc transmettre d'autres informations que la présence de drogues. Ainsi, l'utilisation d'un chien renifleur dans les circonstances constituait une technique d'enquête moins envahissante que ne l'aurait été l'ouverture du sac à dos de A.M. sans qu'un chien renifleur n'ait auparavant réagi positivement à la présence de drogues.

[140] L'utilisation d'un chien renifleur comme technique d'enquête ne constituait pas une atteinte déraisonnable au droit de A.M. au respect de sa vie privée étant donné que son droit au respect des renseignements personnels le concernant était très limité à l'école. J'estime par conséquent, compte tenu de l'ensemble des circonstances, que A.M. n'avait pas une attente raisonnable en matière de vie privée entraînant l'application de l'art. 8.

3.2.3 Caractère raisonnable de la fouille

[141] Puisque je suis d'avis que A.M. n'avait pas une attente raisonnable en matière de vie privée entraînant l'application de l'art. 8 de la *Charte*, il n'est pas nécessaire de déterminer si la fouille était raisonnable.

[142] De plus, puisque A.M. n'avait pas à l'égard de son sac à dos une attente raisonnable en matière de vie privée justifiant l'application de l'art. 8 de la *Charte*, et puisque les policiers se trouvaient légitimement à l'école avec la permission du directeur, et qu'ils avaient l'obligation d'enquêter sur les crimes et de les prévenir, les policiers n'avaient besoin d'aucun motif visant une personne en particulier pour avoir recours à leur chien renifleur comme ils l'ont fait en l'espèce.

2008 SCC 19 (CanLII)

3.2.4 Additional Comments

[143] I have had the benefit of reading the reasons of Binnie J., which invite the following comments.

[144] At para. 86 of his reasons, Binnie J. notes that no evidence as to the accuracy of sniffer dogs was adduced in the instant case. He proceeds to impugn the accuracy of sniffer dogs generally, by drawing on data gathered by the New South Wales Ombudsman, *Review of the Police Powers (Drug Detection Dogs) Act 2001* (2006), concluding at para. 87: "In the sniffer-dog business, there are many variables." With respect, this foray into the accuracy of the dog used in this case is unwarranted. The trial proceeded on the basis that sniffer dogs are generally accurate. This general accuracy was established both as an explanation for their widespread use and as a basis for the argument that they should be accepted as a proper investigative tool. This Court must confine its disposition of the instant case to the facts that were adduced and accepted at trial. It is not proper for the Court to consider the inaccuracy of sniffer dogs *ex proprio motu* and, in so doing, to make an assumption that the dog used might have been improperly trained.

3.2.5 Section 24(2)

[145] It is not necessary to consider excluding the evidence under s. 24(2) of the *Charter* since no infringement of a *Charter* right has been established.

4. Conclusion

[146] Schools are places of education, but will that education consist of enlightenment for the betterment both of students and of our free and democratic society, or will schools become places where students become ensnared by drugs, gangs, violence and anti-social behaviour? It is crucial to recognize that the presence of drugs in a school cannot reasonably be dissociated from the physical violence that attends the trafficking, purchase and use

3.2.4 Commentaires additionnels

[143] J'ai eu l'occasion de lire les motifs du juge Binnie. Je désire ajouter les commentaires suivants.

[144] Au paragraphe 86 de ses motifs, le juge Binnie fait remarquer qu'aucune preuve de la fiabilité des chiens renifleurs n'a été fournie en l'espèce. Il met ensuite en doute la fiabilité de ces chiens en général et s'appuie sur les données recueillies par l'ombudsman de la Nouvelle-Galles-du-Sud, *Review of the Police Powers (Drug Detection Dogs) Act 2001* (2006), et conclut comme suit au par. 87 : « [l]'utilisation de chiens renifleurs comporte de nombreuses variables. » Avec égards, cette incursion dans la fiabilité du chien utilisé en l'espèce n'est pas justifiée. Au procès, on a considéré que les chiens renifleurs sont en général fiables. Cette fiabilité a été reconnue tant pour expliquer leur utilisation très répandue que parce qu'elle appuie l'argument selon lequel l'utilisation de ces chiens devrait être acceptée comme outil d'enquête valable. Cette Cour doit confiner sa décision en l'espèce aux faits présentés et acceptés au procès. Il n'est pas opportun que notre Cour tienne compte de son propre chef du manque de fiabilité des chiens renifleurs et, ce faisant, qu'elle suppose que le chien utilisé aurait été mal dressé.

3.2.5 Paragraphe 24(2)

[145] Il est inutile d'examiner s'il y a lieu d'écarter les éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte* puisque aucune violation d'un droit garanti par la *Charte* n'a été démontrée.

4. Conclusion

[146] Les écoles sont des lieux d'enseignement, mais cet enseignement permettra-t-il aux élèves d'améliorer leur sort et celui de notre société libre et démocratique, ou les écoles deviendront-elles des endroits où les élèves se retrouveront pris au piège de la drogue, des gangs, de la violence et d'autres comportements antisociaux? Il est crucial de reconnaître que l'on ne peut pas raisonnablement dissocier le phénomène des drogues à l'école

2008 SCC 19 (CanLII)

of drugs. Our criminal law, education legislation and school board policies recognize that students are particularly vulnerable to the dangers posed by illegal drugs, dangers which are so immediate and grave as to be indissociable from the social risks posed by, for example, weapons. The introduction of drugs into a school is tantamount to the introduction of a toxic substance into an otherwise safe environment. Not only are drugs literally, and directly, toxic, but they are indirectly toxic as well in light of the harm and violence that attend the production, trafficking and consumption of drugs. Since drugs are readily concealed and since their odours are often imperceptible to humans, school officials are essentially powerless to confront the possession and trafficking of drugs in these institutions of learning without the assistance of the police using well-trained sniffer dogs.

du problème de la violence physique qui va de pair avec le trafic, l'achat et la consommation de drogues. Notre droit criminel, les lois sur l'éducation et les politiques des conseils scolaires reconnaissent que les élèves sont particulièrement vulnérables aux dangers des drogues illicites, des dangers immédiats si directs et si graves qu'on ne saurait les dissocier des risques que représentent, par exemple, les armes pour la société. Introduire les drogues à l'école équivaut à introduire une substance toxique dans un milieu par ailleurs sécuritaire. Les drogues ne sont pas seulement littéralement et directement toxiques, elles sont également indirectement toxiques si l'on considère le mal et la violence qui vont de pair avec la production, le trafic et la consommation des drogues. Comme ces drogues sont faciles à dissimuler et que, souvent, elles ne dégagent aucune odeur susceptible d'être détectée par l'odorat humain, les autorités scolaires sont tout à fait impuissantes à lutter contre la possession et le trafic de drogues dans ces établissements d'enseignement sans l'aide de policiers et de chiens renifleurs bien dressés.

[147] Drugs had infiltrated St. Patrick's High School. A zero-tolerance policy for drugs was in effect, and parents and students alike had been informed that the policy existed and that it would be enforced by using sniffer dogs. On the day in question, as on other occasions, the police went to the school and, with the permission of the principal, used their dog to check A.M.'s unattended backpack in the school's gymnasium. Only after the dog gave a positive indication of the presence of a controlled substance did the police open the unidentified backpack and find drugs inside, together with A.M.'s identification. In light of these circumstances, A.M. did not establish a reasonable expectation of privacy that would preclude the use of the sniffer dog.

[147] Les drogues étaient très répandues à l'école secondaire St. Patrick's. Une politique de tolérance zéro en matière de drogues y était appliquée; les parents et les élèves avaient été informés de l'existence de cette politique et savaient qu'elle serait mise en application à l'aide de chiens renifleurs. Le jour en question, comme à d'autres occasions, les policiers se sont présentés à l'école et, avec la permission du directeur de l'école, ils ont utilisé leur chien pour vérifier le sac à dos que A.M. avait laissé sans surveillance dans le gymnase de l'école. Ce n'est qu'une fois que le chien renifleur eut réagi positivement à la présence d'une substance désignée que les policiers ont ouvert le sac à dos non identifié et y ont trouvé des drogues ainsi qu'une pièce d'identité de A.M. Dans les circonstances, A.M. n'a pas établi l'existence d'une attente raisonnable en matière de vie privée qui empêcherait l'utilisation d'un chien renifleur.

[148] This case demonstrates the importance of answering the threshold question whether an accused had a reasonable expectation of privacy that engaged s. 8 of the *Charter* before prematurely

[148] La présente affaire démontre l'importance de trancher la question préliminaire de savoir si un accusé avait en matière de vie privée une attente raisonnable qui entraînait l'application de l'art. 8 de la

2008 SCC 19 (CanLII)

subjecting the investigative technique employed by the police to a full s. 8 analysis. In my view, the privacy interest affected by the use in this case of a sniffer dog to check A.M.'s unattended backpack in a school gymnasium where there were no students was so extremely low that it did not engage s. 8 of the *Charter.*

[149] Because I have found that A.M. did not have a reasonable expectation of privacy that engaged s. 8 of the *Charter*, I would allow the appeal and order a new trial.

The following are the reasons delivered by

[150] BASTARACHE J. (dissenting) — A.M. has been charged with possession of psilocybin (magic mushrooms) and possession of cannabis marijuana for the purpose of trafficking. Police discovered the drugs in A.M.'s backpack after the bag was sniffed by a police dog trained in drug identification. The search took place at St. Patrick's High School, where A.M. was a student. The central issue raised by this appeal is whether the dog sniff constituted a reasonable search under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if not, whether the evidence ought to be excluded pursuant to s. 24(2).

[151] The reasons which follow form an application of the principles I have outlined in the accompanying case of *R. v. Kang-Brown*, [2008] 1 S.C.R. 456, 2008 SCC 18. In *Kang-Brown*, I emphasized the important role sniffer dogs can play in the prevention and deterrence of crime and found that the use of these dogs is appropriate, under certain conditions, where police have a reasonable suspicion about the presence of illicit substances. In some instances, this suspicion will attach to a particular individual, as was demonstrated in *Kang-Brown* itself. In other situations, however, police will have a reasonable suspicion that attaches to a particular activity or location rather than to a specific person. This generalized suspicion will form a sufficient

Charte avant de soumettre prématurément la technique d'enquête utilisée par la police à une analyse complète au regard de l'art. 8. À mon avis, le droit au respect de la vie privée que touchait l'utilisation d'un chien renifleur pour vérifier le cas du sac à dos de A.M. laissé sans surveillance dans un gymnase d'école où ne se trouvait aucun élève était si infime qu'il n'entraînait pas, dans les circonstances de l'espèce, l'application de l'art. 8 de la *Charte*.

[149] Ayant conclu que A.M. n'avait pas une attente raisonnable en matière de vie privée entraînant l'application de l'art. 8 de la *Charte*, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Version française des motifs rendus par

[150] LE JUGE BASTARACHE (dissident) — A.M. a été accusé de possession de psilocybine (champignons magiques) et de possession de marijuana en vue d'en faire le trafic. Les policiers ont découvert les drogues dans le sac à dos de A.M. après qu'un chien policier dressé pour détecter la présence de drogues l'eut reniflé. La fouille a eu lieu à l'école secondaire St. Patrick's que fréquentait A.M. Dans le présent pourvoi, il s'agit principalement de déterminer si l'utilisation d'un chien renifleur constituait une fouille raisonnable au sens de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans la négative, si les éléments de preuve devraient être écartés en application du par. 24(2).

[151] Dans les motifs qui suivent, j'applique les principes que j'ai exposés dans l'arrêt connexe *R. c. Kang-Brown*, [2008] 1 R.C.S. 456, 2008 CSC 18. Dans cet arrêt, j'ai insisté sur le rôle important que peuvent jouer les chiens renifleurs dans la prévention du crime et la dissuasion des criminels, et j'ai conclu que le recours à ces chiens est approprié, sous réserve de certaines conditions, lorsque la police a des motifs raisonnables de soupçonner la présence de substances illicites. Dans certains cas, ces soupçons viseront une personne en particulier, ainsi qu'il a été démontré dans *Kang-Brown*. Dans d'autres cas, toutefois, la police aura des soupçons raisonnables non pas au sujet d'une personne bien précise mais plutôt au sujet d'un lieu ou d'une

2008 SCC 19 (CanLII)

basis to justify random searches of bags or luggage in some circumstances. Absent Parliamentary direction on when generalized reasonable suspicion will be sufficient to allow the use of sniffer dogs, the courts must make this determination on a case-by-case basis by balancing the importance of protecting the privacy interests of individuals with the public interest in preventing and investigating criminal activity.

[152] In my view, using sniffer dogs to perform a random search for drugs at a high school can be justified on the basis of a reasonable generalized suspicion. Schools are unique environments in which crime prevention has a heightened importance, and the need to protect children from the dissemination of drugs must be taken into account when the requisite balancing is performed. This does not mean, however, that police may enter a school and conduct a search whenever they please on the basis that drugs *may* be found there on any given day. Reasonable suspicion requires more than a mere hunch. Further, the suspicion must be temporally related to the search — police are unable to justify the random use of sniffer dogs by relying on a suspicion which existed many months in the past.

[153] In this case, the use of the dog sniff was not based on a current, reasonable suspicion. As a result, the search was unreasonable for the purposes of s. 8 of the *Charter.* The evidence found in A.M.'s backpack, however, ought nonetheless have been admissible at trial. Section 24(2) of the *Charter* requires that evidence is only excluded when its admission would bring the administration of justice into disrepute, and admission in this case would not have that effect. As a result, I would have allowed the appeal on the limited basis that the evidence against A.M. ought to have been admitted at trial notwithstanding the breach of his s. 8 rights.

activité en particulier. Dans certaines circonstances, ces soupçons généraux pourront justifier les fouilles au hasard de sacs ou de bagages. En l'absence de directives claires du législateur quant aux soupçons raisonnables qui justifieront le recours à des chiens renifleurs, les tribunaux doivent trancher cette question au cas par cas en mettant en balance l'importance de protéger le droit des individus au respect de leur vie privée et l'intérêt public que servent la prévention du crime et les enquêtes sur les activités criminelles.

[152] À mon avis, l'utilisation de chiens renifleurs lors d'une fouille effectuée au hasard dans une école secondaire peut se justifier par l'existence de soupçons généraux raisonnables. Les écoles constituent un milieu particulier où la prévention du crime prend une plus grande importance et où il convient, lorsque l'équilibre requis est assuré, de tenir compte de la nécessité de protéger les enfants contre la propagation de la drogue. Cela ne signifie toutefois pas que les policiers peuvent, quand cela leur convient, entrer dans une école et y effectuer une fouille ou une perquisition au motif que l'on *peut* y trouver de la drogue n'importe quand. Les soupçons raisonnables exigent plus qu'une simple intuition. En outre, il doit exister un lien temporel entre les soupçons et la fouille — les policiers ne peuvent pas justifier le recours aléatoire à des chiens renifleurs en invoquant des soupçons qui existaient il y a déjà plusieurs mois.

[153] En l'espèce, l'utilisation du chien renifleur ne s'appuyait pas sur des soupçons raisonnables et actuels. Par conséquent, la fouille était abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Toutefois, les éléments de preuve découverts dans le sac à dos de A.M. auraient néanmoins dû être admis en preuve au procès. Le paragraphe 24(2) de la *Charte* prévoit que des éléments de preuve ne seront écartés que dans les cas où leur admission est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice; leur admission en l'espèce n'aurait pas un tel effet. Par conséquent, je suis d'avis que le pourvoi doit être accueilli pour l'unique motif que les éléments de preuve contre A.M. auraient dû être admis en preuve au procès malgré la violation des droits qui lui sont garantis par l'art. 8.

2008 SCC 19 (CanLII)

I. Facts

[154] The essential facts of this case can be briefly summarized. On November 7, 2002, the police arrived at St. Patrick's High School and asked for permission to search the school for drugs. The principal, Mr. Bristo, agreed to the search, and students were directed to remain in their classrooms while the police used a sniffer dog to search three classrooms and several lockers in the hallway. Mr. Bristo then indicated to the police that they should search the gymnasium, where a number of student school bags were lined up against a wall. The police dog, Chief, sniffed the bags and indicated the presence of drugs in one of them. That bag was then searched by a police officer who found it to contain several bags of marijuana, ten magic mushrooms, and other drug paraphernalia. Identification indicating that the backpack belonged to A.M. was also found and he was subsequently arrested and charged.

[155] St. Patrick's has a zero-tolerance policy with regards to possession of drugs and use of drugs in the school. Parents and students are made aware of this policy and are informed that the school may access the services of police dogs if they are available. Mr. Bristo became principal of the school in September 2000 and at that time he contacted the police and gave them a "standing invitation" to conduct searches at the school whenever resources made it feasible to do so. Mr. Bristo testified that although he had in the past received reports from neighbours and parents about drug activity in and around the school, he had "no knowledge" that there might be drugs within the school on the date the search was performed. It was, however, "pretty safe to assume that they could be there".

I. Faits

[154] Les faits essentiels de la présente affaire peuvent être résumés brièvement. Le 7 novembre 2002, des policiers sont arrivés à l'école secondaire St. Patrick's et ont demandé la permission de procéder à une fouille dans l'école pour déterminer s'il s'y trouvait de la drogue. Le directeur, M. Bristo, a consenti à la fouille et a ordonné aux élèves de demeurer dans leurs classes pendant que les policiers effectuaient, à l'aide d'un chien renifleur, la fouille de trois classes et de plusieurs casiers dans les corridors. M. Bristo a ensuite dit aux policiers qu'ils devraient fouiller le gymnase où se trouvaient plusieurs sacs d'école alignés contre un mur. Le chien policier, Chief, a reniflé les sacs et a signalé la présence de drogues dans l'un de ceux-ci. Un policier a ensuite fouillé ce sac et y a trouvé plusieurs sachets contenant de la marijuana, dix champignons magiques ainsi que des accessoires servant à la consommation de drogues. Il a également trouvé une pièce d'identité indiquant que le sac appartenait à A.M, qui a par la suite été arrêté et inculpé.

[155] L'école St. Patrick's applique une politique de tolérance zéro en matière de possession et de consommation de drogues à l'école. Les parents et les élèves sont mis au courant de cette politique et ils sont également informés que l'école peut avoir recours à des chiens policiers s'ils sont disponibles. M. Bristo est devenu directeur de l'école en septembre 2000; il a alors communiqué avec la police pour leur donner une « invitation permanente » à venir effectuer des fouilles à l'école chaque fois que les ressources disponibles le permettaient. Lors de son témoignage, M. Bristo a déclaré que, même si des parents et des voisins de l'école lui avaient signalé dans le passé que des activités liées à la drogue se déroulaient dans l'école et aux abords de celle-ci, il ne possédait [TRADUCTION] « aucun élément d'information » au sujet de la présence éventuelle de drogues dans l'école le jour même de la fouille. On pouvait cependant [TRADUCTION] « supposer sans risque d'erreur qu'il pourrait y en avoir ».

2008 SCC 19 (CanLII)

II. Analysis

A) *Reasonable Expectation of Privacy*

[156] A police activity is only considered a search for the purposes of s. 8 of the *Charter* if it invades a reasonable expectation of privacy (*R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8, at para. 11). This expectation can vary with the "nature of the matter sought to be protected, the circumstances in which and the place where state intrusion occurs, and the purposes of the intrusion" (*R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20, at p. 53), and must be evaluated in light of the "totality of the circumstances" (*R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128).

[157] In my view, A.M. had a reasonable, but limited, expectation of privacy in his backpack at the time the dog sniff occurred. Student backpacks frequently contain many personal items and I am prepared to find that A.M., like other high school students, had a subjective expectation that the contents of his bag were private. As I noted in *Kang-Brown*, it is relevant from an objective perspective that the odour identified by the dog sniff was not accessible to humans and that its detection provided immediate information about the *contents* of the backpack. The sniff thus revealed a "biographical core of personal information" about A.M. and his personal choices that would otherwise have been kept secret from the state.

[158] In addition, I find that the fact that A.M. was not carrying his backpack at the time the search occurred did not remove his reasonable expectation of privacy in its contents. An individual is not required to be physically in possession of an object in order for a reasonable expectation of privacy to be found (*R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631, 2003 SCC 30, and *R. v. Law*, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10), and there is no indication in this case that A.M.'s backpack was in any way abandoned. To the contrary, the evidence suggests that A.M. and his classmates were likely *required* by school officials

II. Analyse

A) *Attente raisonnable en matière de vie privée*

[156] Les activités de la police ne sont considérées comme une fouille ou une perquisition au sens de l'art. 8 de la *Charte* que si elles frustrent une attente raisonnable en matière de vie privée (*R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8, par. 11). Cette attente peut varier selon la « nature de ce qu'on veut protéger, les circonstances de l'ingérence de l'État et l'endroit où celle-ci se produit, et selon les buts de l'ingérence » (*R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20, p. 53); de plus, l'attente doit être évaluée à la lumière de « l'ensemble des circonstances » (*R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128).

[157] À mon avis, A.M. avait une attente raisonnable, quoique limitée, en matière de vie privée à l'égard de son sac à dos lorsque le chien l'a reniflé. Les sacs à dos des élèves contiennent souvent de nombreux articles personnels et je suis disposé à conclure que A.M., comme les autres élèves qui fréquentent une école secondaire, s'attendait subjectivement à ce que le contenu de son sac soit privé. Ainsi que je l'ai mentionné dans *Kang-Brown*, il est important de souligner, d'un point de vue objectif, que l'odeur qu'a détectée le chien ne pouvait pas être détectée par les humains et que sa détection a fourni des informations directes sur le *contenu* du sac à dos. En reniflant le sac, le chien a donc révélé au sujet de A.M. et de ses choix personnels des « renseignements personnels d'ordre biographique » auxquels l'État n'aurait pu autrement avoir accès.

[158] Par ailleurs, j'estime que l'attente raisonnable de A.M. quant au respect de sa vie privée concernant le contenu de son sac à dos n'a pas disparu parce que A.M. ne portait pas son sac au moment où la fouille a été effectuée. Il n'est pas nécessaire qu'une personne ait la possession physique d'un objet pour qu'il soit possible de conclure à l'existence d'une attente raisonnable en matière de vie privée (*R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, 2003 CSC 30, et *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10); et rien n'indique en l'espèce que A.M. avait abandonné son sac à dos. Au contraire,

2008 SCC 19 (CanLII)

to leave their bags unattended in the gym at the time the search began: "there was a class . . . being conducted in that area when all of [the search] was announced. But the students were not in the gym [at the time of the search] as I recall. Where they had been directed to, I can't testify to firmly" (A.R., at p. 65 (emphasis added)). Regardless of where A.M. and his classmates were directed to after the search was announced, it is in my view clear that these students had not abandoned their backpacks by leaving them in the gym that day. Further, I believe that a high school student who, like his classmates, leaves his bag unattended during gym class continues to have a reasonable expectation of privacy in its contents. As a result, both a subjective and objective expectation of privacy have been established.

il ressort de la preuve que les responsables de l'école ont vraisemblablement *obligé* A.M. et ses camarades de classe à laisser leurs sacs sans surveillance dans le gymnase au moment où la fouille a commencé : [TRADUCTION] « un cours se déroulait à cet endroit lorsque tout cela [la fouille] a été annoncé. Mais, d'après ce que je me rappelle, les élèves n'étaient pas dans le gymnase [au moment de la fouille]. Je ne peux pas dire avec certitude où on leur avait dit de se rendre » (d.a., p. 65 (je souligne)). Peu importe l'endroit où l'on a ordonné à A.M. et à ses camarades de classe de se rendre après que la fouille eut été annoncée, il est clair selon moi que ces élèves n'avaient pas abandonné leurs sacs à dos en les laissant dans le gymnase ce jour-là. De plus, je considère que l'élève d'une école secondaire qui, comme ses camarades de classe, laisse son sac sans surveillance continue d'avoir une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard du contenu de son sac. Par conséquent, l'existence d'une attente à la fois objective et subjective en matière de vie privée a été établie.

[159] A.M.'s reasonable expectation of privacy is, however, diminished by the fact that this dog sniff occurred at the school. Schools are highly regulated environments where the threat of dangerous weapons and illicit drugs must be taken very seriously by school officials charged with maintaining an effective and safe learning environment. Students are aware of the importance both society at large and school administrators place on the school environment, and have a diminished expectation of privacy as a result. This diminished expectation was emphasized by this Court in *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393:

> . . . the reasonable expectation of privacy of a student in attendance at a school is certainly less than it would be in other circumstances. Students know that their teachers and other school authorities are responsible for providing a safe environment and maintaining order and discipline in the school. They must know that this may sometimes require searches of students and their personal effects and the seizure of prohibited items. It would not be reasonable for a student to expect to be free from such searches. A student's reasonable expectation

[159] L'attente raisonnable de A.M. en matière de vie privée est cependant réduite parce que la fouille à l'aide du chien renifleur s'est déroulée à l'école. Les écoles sont des milieux très réglementés où la menace que posent les armes dangereuses et les drogues illicites doit être prise très au sérieux par les autorités scolaires qui ont la responsabilité de maintenir un milieu d'apprentissage efficace et sûr. Les élèves sont conscients de l'importance que la société en général et les administrateurs scolaires accordent au milieu scolaire et ils ont en conséquence une attente réduite en matière de vie privée. Notre Cour a bien souligné l'existence de cette attente réduite dans *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393 :

> . . . l'attente raisonnable en matière de vie privée d'un élève à l'école est sûrement moindre que celle qu'il aurait dans d'autres circonstances. Les élèves savent que leurs enseignants et autres autorités scolaires ont la responsabilité de procurer un environnement sûr et de maintenir l'ordre et la discipline dans l'école. Ils doivent savoir que cela peut parfois commander la fouille d'élèves et de leurs effets personnels de même que la saisie d'articles interdits. Un élève ne peut pas raisonnablement s'attendre à être exempté de telles fouilles.

2008 SCC 19 (CanLII)

of privacy in the school environment is therefore significantly diminished. [para. 33]

[160] My conclusion is thus that although A.M. had a reasonable expectation of privacy in his backpack, this expectation was significantly diminished as a result of the fact that this search occurred at a school. Privacy interests do not need to be of the highest form to attract s. 8 protection (*Buhay*, at para. 22), but the degree of the interest will be taken into account in the remainder of the analysis (*M. (M.R.)*, at para. 34).

B) *Reasonable Search Authorized by Common Law*

(1) Lawful Police Duty

[161] The police were issued an open invitation to attend St. Patrick's High School to search for drugs anytime they had resources available to do so. The search conducted on November 7, 2002 was an attempt to identify individuals carrying illegal drugs in order to ensure the continued safety of the school environment, and this activity thus falls within the police powers to preserve the peace and prevent crime (*Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2, at p. 32; *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52, at para. 26).

(2) Nature of the Search

[162] In *Kang-Brown*, I identified numerous features which make searches of bags using sniffer dogs minimally intrusive on an individual's reasonable expectation of privacy. These include the fact that these searches are expedient and therefore create minimal inconvenience for the individual; the fact that the only information revealed by the dog sniff is the presence or absence of drugs; and the fact that the presence of drugs can be signalled in a completely non-threatening manner. In this case, it is also significant that A.M. was not even present when the search occurred and that there was therefore absolutely no interference with his

L'attente raisonnable en matière de vie privée d'un élève dans l'environnement scolaire est donc sérieusement réduite. [par. 33]

[160] Je conclus donc que, même si A.M. avait une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard de son sac à dos, cette attente était sérieusement réduite parce que la fouille a été effectuée dans une école. Il n'est pas nécessaire que le droit à la vie privée soit du plus haut degré pour que la garantie de l'art. 8 s'applique (*Buhay*, par. 22); toutefois, l'étendue du droit sera prise en considération dans le reste de l'analyse (*M. (M.R.)*, par. 34).

B) *Fouille raisonnable autorisée par la common law*

(1) Obligation légale des policiers

[161] Les policiers ont reçu une invitation générale leur permettant de se présenter n'importe quand à l'école secondaire St. Patrick's pour y chercher de la drogue quand ils avaient les ressources nécessaires à leur disposition. La fouille effectuée le 7 novembre 2002 avait pour but d'identifier les personnes qui avaient en leur possession des drogues illicites afin de préserver la sécurité à l'école; cette mesure fait donc partie des pouvoirs attribués à la police pour assurer le maintien de la paix et la prévention du crime (*Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, p. 32; *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52, par. 26).

(2) Nature de la fouille

[162] Dans *Kang-Brown*, j'ai précisé de nombreuses caractéristiques qui font en sorte que la fouille de sacs effectuée à l'aide de chiens renifleurs constitue une atteinte minimale à l'attente raisonnable d'une personne en matière de vie privée. Il s'agit notamment du fait que la fouille est effectuée rapidement et ne cause donc pas trop d'inconvénients à la personne, le fait que la seule information que transmet le chien renifleur est la présence ou l'absence de drogues, et le fait que la présence de drogues peut être signalée d'une manière qui n'a absolument rien de menaçant. En l'espèce, il est également important de mentionner que A.M. n'était même pas

2008 SCC 19 (CanLII)

bodily integrity and no creation of an embarrassing or humiliating encounter.

C) *Standard for Conducting the Search*

[163] I found in *Kang-Brown* that a search of luggage using sniffer dogs would be deemed reasonable where it was based on a reasonable suspicion. This lowered standard for instigating a search is, in my view, appropriate, given the important preventative potential of sniffer dogs and the minimal intrusion caused by searches of this nature. I further found that in some situations, it would be appropriate for police to base this search not on individualized suspicion related to a particular individual, but rather on a generalized suspicion attaching to a particular activity or location. Although it was not necessary for the outcome of the appeal in *Kang-Brown*, it was my conclusion that a public bus terminal was one example of an environment where it was reasonable for police to use sniffer dogs to perform random searches where they had a generalized suspicion about the presence of drugs, providing that a reasonably informed member of the travelling public would have been aware of the possibility of random searches involving the use of dogs.

[164] In my view, schools are another environment in which it is appropriate to base random searches of bags on the lowered standard of a generalized reasonable suspicion. I reach this conclusion by weighing the public interest in preventing and deterring the presence of drugs in schools with the rights of students to be free from state interference. The balancing of privacy interests with the suppression of crime always underlies the s. 8 analysis and must be performed every time the court is asked to consider the reasonableness of a police procedure (*R. v. Tessling*, [2004] 3 S.C.R. 432, 2004 SCC 67, at paras. 17-18; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 159-60; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 293).

présent lorsque la fouille a été effectuée et qu'il n'y a donc eu aucune atteinte à son intégrité corporelle ni création d'une situation humiliante ou embarrassante.

C) *Norme à suivre pour procéder à la fouille*

[163] J'ai conclu dans *Kang-Brown* que la fouille de bagages à l'aide de chiens renifleurs serait réputée raisonnable si elle était fondée sur des soupçons raisonnables. À mon avis, cette norme moins exigeante pour procéder à une fouille est appropriée étant donné l'important potentiel préventif de l'utilisation de chiens renifleurs et l'atteinte minimale qu'entraînent les fouilles de cette nature. J'ai en outre conclu que, dans certains cas, il serait approprié pour les policiers de fonder cette fouille non pas sur les soupçons spécifiques concernant une personne en particulier, mais plutôt sur les soupçons généraux que suscitent une activité ou un endroit en particulier. Même si cela n'était pas nécessaire pour l'issue du pourvoi dans *Kang-Brown*, j'ai conclu qu'une gare d'autobus constitue un exemple d'un lieu où il est raisonnable pour les policiers d'avoir recours à des chiens renifleurs lors de fouilles effectuées au hasard lorsqu'ils ont des soupçons généraux au sujet de la présence de drogues, à la condition que des voyageurs raisonnablement informés soient au courant de la possibilité de fouilles au hasard à l'aide de chiens.

[164] À mon avis, les écoles constituent un autre milieu où il convient d'appliquer dans les cas de fouilles au hasard de sacs la norme moins exigeante des soupçons raisonnables généraux. J'en arrive à cette conclusion après avoir mis en balance l'intérêt du public à prévenir et empêcher la présence de la drogue dans les écoles et le droit des élèves d'être à l'abri de l'ingérence de l'État. La recherche d'un équilibre entre le droit à la protection de la vie privée et la répression du crime est toujours à la base de l'analyse que requiert l'art. 8 et elle doit être effectuée chaque fois que le tribunal est appelé à examiner le caractère raisonnable d'une procédure policière (*R. c. Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 432, 2004 CSC 67, par. 17-18; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 159-160; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 293).

2008 SCC 19 (CanLII)

[165] The increased presence of drugs at schools is a disturbing trend. Parliament's concern about this trend is reflected in numerous pieces of legislation including the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, which makes being in or near a school an aggravating factor on sentencing for drug-related offences (s. 10(2)(*a*)(iii)), and the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, which *requires* school administration to suspend students found in possession of illicit drugs (s. 306(1), para. 2) and expel those found trafficking (s. 309(1), para. 5). This Court has also recognized the gravity of drugs in our school systems. In *M. (M.R.)*, Cory J., writing for the majority, found that the escalation of illicit substances in the school environment represents a threat to the ability of teachers and administrators to care for and educate this country's children:

> In recent years, problems which threaten the safety of students and the fundamentally important task of teaching have increased in their numbers and gravity. The possession of illicit drugs and dangerous weapons in the schools has increased to the extent that they challenge the ability of school officials to fulfill their responsibility to maintain a safe and orderly environment. [para. 36]

[166] In *M. (M.R.)*, the majority of this Court determined that a vice-principal's search of a 13-year-old student was reasonable despite the fact that it was not authorized by a warrant. The search was conducted in the presence of a police officer after several students reported that the youth was likely to be carrying drugs. Marijuana was found. In concluding that the search was reasonable, the Court emphasized that the need to protect students and create an orderly atmosphere for learning necessitated according school authorities a reasonable degree of discretion and flexibility. The altered approach was also appropriate, given the students' reduced expectation of privacy while at school.

[165] La présence accrue de drogues dans les écoles constitue une tendance préoccupante. Le législateur a traduit son inquiétude au sujet de cette tendance dans divers textes législatifs. La *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, prévoit que le fait de se trouver à l'intérieur d'une école ou près d'une école constitue une circonstance aggravante dans la détermination de la peine à infliger pour une infraction liée aux drogues (sous-al. 10(2)*a*)(iii)). La *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E-2, *oblige* les autorités scolaires à suspendre les élèves trouvés en possession de drogues illicites (par. 306(1), disposition 2) et à renvoyer ceux qui font le trafic de drogues (par. 309(1), disposition 5). Notre Cour a également reconnu la gravité du problème que constitue la présence de drogues dans le réseau scolaire. Dans *M. (M.R.)*, le juge Cory, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a estimé que la présence de plus en plus répandue de substances illicites dans le milieu scolaire représente une menace pour la capacité des enseignants et des administrateurs de s'occuper de l'éducation des enfants de notre pays :

> Au cours des dernières années, il y a eu accroissement en nombre et en gravité des problèmes qui menacent la sécurité des élèves et la tâche fondamentalement importante de l'enseignement. La possession de drogues illicites et le port d'armes dangereuses dans les écoles sont devenus si répandus qu'ils menacent la capacité des responsables d'une école de remplir leur devoir de maintenir un environnement sûr et ordonné. [par. 36]

[166] Dans *M. (M.R.)*, les juges majoritaires de notre Cour ont décidé que la fouille d'un élève de treize ans par le directeur-adjoint était raisonnable même si elle n'était pas autorisée en vertu d'un mandat. La fouille a été effectuée en présence d'un policier après que plusieurs élèves eurent indiqué que l'adolescent en cause avait probablement de la drogue sur lui. On a trouvé de la marijuana. En concluant que la fouille était raisonnable, la Cour a souligné qu'il était nécessaire, pour protéger les élèves et créer une atmosphère ordonnée propice à l'acquisition de connaissances, de laisser aux autorités scolaires un pouvoir discrétionnaire et une latitude raisonnables. Il était également approprié d'appliquer la norme modifiée étant donné l'attente moindre des élèves en matière de vie privée pendant qu'ils se trouvent à l'école.

2008 SCC 19 (CanLII)

[167] Although the Court in *M. (M.R.)* went on to find that the special nature of the school environment did not authorize *police* (or agents of the police) to proceed without a warrant, that finding related specifically to traditional police searches (*M. (M.R.)*, at para. 56). As has been discussed, a sniffer-dog search is unique from other forms of police search because of its minimally intrusive nature. The standard applicable to other forms of police searches in schools is therefore not necessarily applicable to dog searches.

[168] In my view, the incredible importance of preventing drug activity in schools, the highly regulated nature of the school environment, the reduced expectation of privacy students have while at school, and the minimally intrusive nature of dog-sniff searches all support a finding that police may use sniffer dogs to search in schools where there is a *reasonable suspicion* of drug activity. Further, I believe it is irrational to conclude that school administrators or police must have an individualized suspicion before they are able to conduct dog-sniff searches in schools. This would require that information about a particular student be obtained before a search could occur and would limit searches to specific individuals. Such an approach fails to recognize that in many cases, school authorities will be aware that there is a drug problem within the school without knowing specifically which students are likely to be carrying illicit substances on any particular day.

[169] A reasonable suspicion about the presence of drugs at school may result from tips by community members, parents, or other students, and it is unreasonable to assume that these individuals will always be able to identify the particular individuals believed to be involved. It is also possible

[167] Bien que la Cour ait ensuite conclu dans *M. (M.R.)* que la nature particulière du milieu scolaire n'autorise pas la *police* (ou les mandataires de la police) à procéder à une fouille sans mandat, cette conclusion s'appliquait spécifiquement aux fouilles traditionnelles effectuées par la police (*M. (M.R.)*, par. 56). Ainsi que nous l'avons vu, la fouille effectuée à l'aide d'un chien renifleur se distingue des autres formes de fouilles effectuées par la police en raison de son caractère peu envahissant. La norme applicable aux autres formes de fouilles effectuées dans des écoles par la police ne s'applique donc pas nécessairement aux fouilles effectuées à l'aide de chiens.

[168] À mon avis, l'importance primordiale de réprimer dans les écoles les activités liées à la drogue, la nature très réglementée du milieu scolaire, l'attente réduite des élèves en matière de vie privée pendant qu'ils se trouvent à l'école et le caractère peu envahissant des fouilles effectuées à l'aide de chiens renifleurs sont autant d'éléments qui permettent de conclure que les policiers peuvent avoir recours à des chiens renifleurs pour effectuer des fouilles dans des écoles lorsqu'ils peuvent *raisonnablement soupçonner* que s'y déroulent des activités liées à la drogue. De plus, j'estime qu'il est illogique de conclure que les administrateurs scolaires ou les policiers doivent avoir des soupçons portant sur une personne en particulier avant de pouvoir effectuer des fouilles à l'aide de chiens renifleurs dans des écoles. Il faudrait alors obtenir des informations au sujet d'un élève en particulier avant même que la fouille puisse être effectuée, de sorte que les fouilles ne viseraient que des personnes bien précises. Une telle approche ne tient pas compte du fait que, dans de nombreux cas, les autorités scolaires seront conscientes de l'existence d'un problème de drogue dans l'école sans savoir quels élèves exactement sont susceptibles d'avoir en leur possession des substances illicites un jour donné.

[169] Les soupçons raisonnables au sujet de la présence de drogues dans une école peuvent être fondés sur des tuyaux que donnent des membres de la collectivité, des parents ou d'autres élèves, et il n'est pas raisonable de supposer que ces personnes seront toujours en mesure d'identifier les individus

2008 SCC 19 (CanLII)

that a reasonable suspicion develops as a result of drug paraphernalia being found on school property. Once again, while the discovery of these materials may be sufficient to raise a reasonable suspicion about the presence of drugs, it will frequently not be possible to determine who is actually in possession of them before a search occurs. Indeed, the very reason sniffer dogs are so effective in the school environment is their ability to determine, specifically, where drugs are located. The principal of St. Patrick's High School testified as follows:

> [A]lthough the staff is vigilant, kids who are engaged in this type [of] activity don't want to be caught. They go out of their way to hide things around the building or hide it on their person. The . . . ability of the police to come in with the dogs, who are specially trained, allows us to conduct a search very, very quickly in the building. Because when the dogs come in, it takes approximately two hours maybe at the most . . . so you can do something like that very quickly and very thoroughly because the dogs are very, very well-trained.

(A.R., at p. 46)

Requiring that school authorities or police know exactly where drugs are located *before* the search occurs significantly hinders the benefits of this kind of search technique.

[170] As I noted in *Kang-Brown*, a random search based on generalized suspicion also has the benefit of being non-targeted in nature. This minimizes the risk of inappropriate profiling and reduces the stigma associated with being searched. Students in a school being randomly searched by dogs are aware that they are not being singled out and that they are not the subject of any particular suspicion, and no student is therefore required to be embarrassed by being targeted for investigation.

[171] Further, it is in my view extremely important to consider the incredible impact random sniffer-dog searches in schools may have on *preventing*

qu'elles croient être impliqués. Il se peut également que la découverte sur le terrain de l'école d'accessoires facilitant la consommation de drogues soit à l'origine de soupçons raisonnables. Encore une fois, bien que la découverte de tels articles puisse suffire à susciter des soupçons raisonnables quant à la présence de drogues, il sera souvent impossible de déterminer, avant qu'une fouille soit effectuée, qui a de la drogue en sa possession. En fait, la véritable raison pour laquelle les chiens renifleurs sont si efficaces dans le milieu scolaire est qu'ils sont en mesure de déterminer avec exactitude l'endroit où se trouve la drogue. Le directeur de l'école secondaire St. Patrick's a déclaré ce qui suit :

> [TRADUCTION] [M]ême si le personnel est vigilant, les enfants qui se livrent à ce type d'activité ne veulent pas être pris. Ils s'efforcent de cacher des objets aux abords de l'édifice ou de les dissimuler sur eux. La possibilité que des policiers viennent à l'école avec des chiens, qui sont spécialement dressés, nous permet de fouiller l'immeuble très très rapidement. Parce que, lorsque les chiens viennent à l'école, il faut environ deux heures tout au plus [. . .] vous pouvez donc agir très rapidement et très efficacement parce que les chiens sont vraiment très bien dressés.

(d.a., p. 46)

En obligeant les autorités scolaires ou les policiers à savoir exactement où se trouve la drogue *avant* que la fouille soit effectuée, on diminue considérablement les avantages que comporte cette technique de fouille.

[170] Ainsi que je l'ai mentionné dans *Kang-Brown*, une fouille effectuée au hasard sur le fondement de soupçons généraux offre aussi l'avantage de ne pas être ciblée. Cela réduit les risques qu'il y ait profilage abusif et atténue l'embarras lié au fait d'être fouillé. Les élèves d'une école dans laquelle une fouille au hasard est effectuée à l'aide de chiens savent qu'ils ne sont pas visés spécifiquement et qu'aucun soupçon particulier ne pèse sur eux; par conséquent, aucun élève n'a à se sentir embarrassé parce qu'il est visé par une enquête.

[171] Par ailleurs, j'estime qu'il est de la plus haute importance de tenir compte des répercussions considérables que les fouilles effectuées au hasard

2008 SCC 19 (CanLII)

drug activity from occurring at these locations. The highly efficient and extremely accurate nature of sniffer-dog searches creates a real threat to individuals seeking to bring drugs into our schools. In fact, the very possibility that this kind of search *may* occur is likely to deter some potential drug traffickers from taking the risk of being caught. In my view, it is the scope and effectiveness of the search which creates the threat and leads to the deterrence. Restricting dog-sniff searches to specific individuals therefore minimizes the preventative effect of this kind of search in an environment where prevention ought to be of paramount importance.

dans des écoles à l'aide de chiens renifleurs peuvent avoir sur la *prévention* des problèmes de drogues à ces endroits. La grande efficacité et la très grande fiabilité des fouilles effectuées à l'aide de chiens renifleurs représentent une véritable menace pour les personnes qui cherchent à introduire des drogues dans nos écoles. En fait, la simple possibilité qu'une fouille de ce genre *puisse* être faite est susceptible de dissuader certains trafiquants de drogues potentiels de courir le risque de se faire prendre. À mon avis, c'est l'étendue et l'efficacité de la fouille qui créent la menace et ont un effet dissuasif. En limitant à des personnes bien déterminées les fouilles effectuées à l'aide de chiens renifleurs, on réduit en conséquence l'effet préventif de ce genre de fouilles dans un milieu où la prévention devrait être primordiale.

[172] This does not mean, however, that police ought to be able to conduct random dog searches in any school at any time. As I have indicated, students continue to possess a reasonable expectation of privacy while at school, and the public interest in preventing and detecting crime using sniffer dogs must be balanced against the privacy interests of students. It is for that reason that a reasonable suspicion that drug activity is occurring at the school must exist prior to any search. Further, it is insufficient that a search be based on a suspicion which existed at some time in the past; rather, the reasonable suspicion underlying the search must have a temporal connection to the search itself.

[172] Cela ne signifie toutefois pas que la police doit être en mesure d'effectuer en tout temps et dans n'importe quelle école des fouilles au hasard à l'aide de chiens. Ainsi que je l'ai déjà mentionné, les élèves continuent d'avoir une attente raisonnable en matière de vie privée pendant qu'ils se trouvent à l'école et l'intérêt du public dans la prévention et la détection du crime à l'aide de chiens renifleurs doit être soupesé au regard du droit à la vie privée des élèves. C'est pourquoi il doit exister, avant qu'une fouille puisse être effectuée, des motifs raisonnables de soupçonner que des activités liées à la drogue se déroulent à l'école. De plus, il ne suffit pas que la fouille soit fondée sur des soupçons ayant existé à un moment ou à un autre dans le passé; au contraire, il doit exister un lien temporel entre les soupçons raisonnables à l'origine de la fouille et la fouille elle-même.

[173] In *Kang-Brown*, I found that police have an ongoing reasonable suspicion about drug activity occurring at this country's airports and bus and train depots. This ongoing suspicion has resulted in the creation of Operation Jetway, a special RCMP initiative aimed specifically at trying to minimize the use of our public transportation systems for the movement of illicit substances. In my view, it would be inappropriate to find that this same ongoing suspicion exists in all schools. Although it is true that the presence of drugs on school premises

[173] Dans *Kang-Brown*, j'ai conclu que la police a toujours raison de soupçonner la présence de drogue dans les aéroports, les gares d'autobus et les gares ferroviaires de notre pays. Ces soupçons sont à l'origine de l'opération Jetway, un programme spécial que la GRC a mis sur pied afin précisément de tenter de réduire l'utilisation de nos réseaux de transport public pour le transport de substances illicites. À mon avis, il n'y a pas lieu de conclure que des soupçons de ce genre existent à l'égard de toutes les écoles. S'il est vrai que la présence de

2008 SCC 19 (CanLII)

is becoming an escalating problem in Canada, I am unprepared to conclude that school officials and police have a constant reasonable suspicion that drugs will be found in any school at any time. To make such a finding without more evidence on the subject would be to erode the reasonable suspicion standard of any meaning and to significantly undermine the rights of youths in this country.

[174] Since a generalized, ongoing suspicion does not exist in relation to schools, it is necessary for each random dog-sniff search to be justified on the basis of a suspicion that drugs will be located *at that specific location at the specific time the search is being performed*.

[175] Although it is necessary that a dog-sniffer search in a school be related to a reasonable suspicion that drugs will be located on the premises at the time the search occurs, I do recognize that it is unreasonable to expect that a sniffer-dog search will occur at the precise moment that a reasonable suspicion is *first formed*. Such a standard fails to recognize that when information about drugs on the premises is received, school officials may need time to consult with each other before determining how to proceed. It is also unrealistic to assume that a tip about the presence of drugs will only raise a reasonable suspicion for an hour or a day or a week after it is received. How long the suspicion lasts will depend in large part on the nature of the information received and on whether it is supplemented by additional indicators that the presence of drugs continues. In every instance, the key inquiry is whether there is sufficient basis on which to form a reasonable suspicion about the presence of drugs at the time the search occurs. In my view, school authorities who receive information about the presence of drugs on school premises ought to proceed as follows:

drogues à l'école constitue un problème qui ne cesse de s'aggraver au Canada, je ne suis pas disposé à conclure que les autorités scolaires et la police ont toujours raison de soupçonner qu'il sera possible de trouver des drogues en tout temps et dans n'importe quelle école. Tirer une telle conclusion en l'absence d'autres éléments de preuve à cet égard aurait pour effet de faire perdre tout son sens à la norme des soupçons raisonnables et de porter sérieusement atteinte aux droits des jeunes de ce pays.

[174] Comme il n'existe pas à l'égard des écoles des soupçons constants et généraux, il est essentiel que chaque fouille effectuée au hasard à l'aide de chiens renifleurs puisse se justifier par des motifs permettant de soupçonner qu'il sera possible de trouver de la drogue *à l'endroit précis et au moment précis où la fouille est effectuée*.

[175] Bien qu'il soit nécessaire que la fouille effectuée dans une école à l'aide d'un chien renifleur se fonde sur des motifs raisonnables de soupçonner qu'il sera possible de trouver de la drogue sur les lieux au moment où la fouille se déroule, je reconnais qu'il est irréaliste de s'attendre à ce que cette fouille soit effectuée à l'instant même où les soupçons raisonnables *prennent naissance*. Une telle norme ne tient pas compte du fait que, lorsqu'elles reçoivent des informations au sujet de la présence de drogues sur les lieux, les autorités de l'école peuvent avoir besoin de temps pour se consulter avant de décider de la façon de procéder. Il est également illogique de supposer qu'un tuyau donné au sujet de la présence de drogues ne suscitera des motifs raisonnables que pendant une heure, un jour ou une semaine après qu'il a été fourni. La durée des soupçons dépendra en grande partie de la nature des informations reçues et de l'existence d'indices additionnels confirmant que des drogues sont encore présentes à l'école. Dans chaque cas, la question essentielle est celle de savoir s'il existe des motifs suffisants de soupçonner la présence de drogues au moment où la fouille est effectuée. À mon avis, la direction d'une école qui reçoit des informations concernant la présence de drogues dans l'école devrait procéder de la manière suivante :

2008 SCC 19 (CanLII)

1. The school authorities must satisfy themselves that the information giving rise to the reasonable suspicion is credible. The information itself may come from a variety of sources including one or more students, a teacher's or principal's own observations, tips from parents or community members, physical evidence of drugs found on school property, or any combination of these sources.

1. La direction de l'école doit s'assurer que les informations à l'origine des soupçons raisonnables sont dignes de foi. Ces informations peuvent provenir de diverses sources, ou d'une combinaison de sources, notamment d'un ou de plusieurs élèves, d'observations faites par un enseignant ou un directeur, de tuyaux fournis par des parents ou des membres de la collectivité, ou d'une preuve matérielle confirmant la présence de drogues à l'école.

2. Once information about drugs at the school is deemed credible, school authorities may then determine the best strategy for responding to the concern. This may involve working cooperatively with police or drug and alcohol agencies, as is required by the *Ontario Schools: Code of Conduct* (2001), (authorized by the s. 301(1) of the *Education Act*).

2. Une fois qu'elle considère dignes de foi les informations reçues au sujet de la présence de drogues à l'école, la direction de l'école peut déterminer la meilleure stratégie pour régler le problème. Il peut lui être nécessaire à cette fin de collaborer avec la police et les organismes de lutte contre l'alcoolisme et la toxicomanie, ainsi que l'exige le *Code de conduite* (2001) des écoles de l'Ontario (adopté en vertu du par. 301(1) de la *Loi sur l'éducation*).

3. In some situations, the reasonable suspicion may be such that school officials wish to invite police to perform a random search at their school. Given the realities of police resources, it is unrealistic to assume that a search will be feasible the same day an invitation is issued. For that reason, it is permissible for school officials to issue police with an "open invitation" to search the school.

3. Dans certaines situations, les soupçons raisonnables peuvent être tels que la direction de l'école souhaite inviter la police à effectuer une fouille au hasard à l'école. Compte tenu des ressources dont dispose la police, il est irréaliste de supposer qu'une fouille pourra être effectuée le jour même où une telle invitation est faite. C'est pourquoi il est permis aux directions des écoles d'inviter de façon générale les policiers à venir en tout temps à l'école pour y effectuer des fouilles.

4. When police resources enable a search to occur, school officials must determine whether their reasonable suspicion about the presence of drugs on the premises still exists. It is not permissible for a search to occur on the basis of a reasonable suspicion which existed in the past, and school authorities must be satisfied that they have a current reasonable suspicion that drugs will be found on the premises *on the day* the search occurs.

4. Lorsque la police a les ressources nécessaires pour effectuer une fouille, la direction de l'école doit déterminer si elle a encore des motifs raisonnables de soupçonner la présence de drogues sur les lieux. Une fouille ne peut pas être effectuée sur le fondement de soupçons raisonnables qui existaient dans le passé, et la direction de l'école doit être convaincue qu'elle a des motifs raisonnables et actuels de soupçonner que de la drogue pourra être trouvée sur les lieux *le jour même* de la fouille.

[176] With respect, I think the distinction between a search initiated by school authorities

[176] Avec égards, j'estime qu'il n'est pas important de faire une distinction entre une fouille

2008 SCC 19 (CanLII)

who ask for police assistance and a search initiated by the police who ask school authorities for assistance is of no moment. Nor is it necessary to go into a deep analysis of the "open invitation". In every case, what is occurring is a cooperative effort to assure a safe environment for students by preventing the sale and use of drugs. What matters is that the search be undertaken only when a reasonable suspicion can be established and related in time to that particular search.

[177] The process I have suggested above ensures that an appropriate balance will be struck between the public interest in preventing drug activity at schools and the privacy interests of students. Allowing random searches on the basis of a current, reasonable suspicion ensures that students are not subjected to unfounded invasions of their privacy while simultaneously protecting the valuable role sniffer-dog searches may play at preventing and deterring drugs in the school system.

[178] Finally, I wish to reiterate my finding in *Kang-Brown* that random drug sniff searches must only occur where it is established that reasonably informed members of the public would have been aware that they may be used. Although the provision of such knowledge does not make it reasonable to base a search on generalized reasonable suspicion (this must be determined on a case-by-case basis by balancing the requisite factors), it is a necessary precondition to a finding that a random search is reasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter.*

[179] In this case, I am satisfied that students at St. Patrick's High School were given sufficient notice that a random sniffer-dog search might occur. They clearly had the required knowledge. The school has a zero-tolerance policy for drugs and the trial judge determined that students were aware of the policy and were aware of the fact that it may be enforced

effectuée à l'initiative de la direction d'une école qui demande l'aide de la police et une fouille effectuée à l'initiative de la police qui demande l'aide de la direction d'une école. Il n'est pas non plus nécessaire de se lancer dans une analyse approfondie de l'« invitation générale ». Dans chaque cas, les intéressés s'efforcent de collaborer pour garantir aux élèves un milieu sûr en empêchant la vente et la consommation de drogues. Il importe que la fouille ne soit effectuée que lorsque des soupçons raisonnables peuvent être établis et ont un lien temporel avec la fouille en cause.

[177] La procédure suggérée ci-dessus permet d'assurer un juste équilibre entre l'intérêt du public d'empêcher que des activités liées à la drogue se déroulent dans nos écoles et le droit à la vie privée des élèves. En permettant que des fouilles soient effectuées au hasard lorsqu'il existe des soupçons raisonnables et actuels, on s'assure que les élèves ne font pas l'objet d'atteintes injustifiées à leur vie privée tout en préservant le rôle très utile que jouent les fouilles effectuées à l'aide de chiens renifleurs pour prévenir et décourager la présence de drogues dans les écoles.

[178] Enfin, je souhaite répéter la conclusion que j'ai tirée dans *Kang-Brown* selon laquelle on ne saurait effectuer des fouilles au hasard à l'aide de chiens renifleurs que s'il est établi que des gens raisonnablement bien informés auraient su qu'elles pouvaient avoir lieu. Bien qu'il ne devienne pas acceptable, en raison de cette connaissance, de fonder une fouille sur des soupçons raisonnables généraux (cette question devant être tranchée au cas par cas en fonction des facteurs applicables), il s'agit d'une condition préalable essentielle pour conclure qu'une fouille effectuée au hasard est raisonnable au sens de l'art. 8 de la *Charte.*

[179] En l'espèce, je suis convaincu que les élèves de l'école secondaire St. Patrick's avaient été suffisamment informés de la possibilité qu'une fouille puisse être effectuée au hasard à l'aide d'un chien renifleur. Ils avaient clairement la connaissance requise. L'école applique une politique de tolérance zéro en matière de drogues et le juge du procès

2008 SCC 19 (CanLII)

using drug detector dogs ((2004), 120 C.R.R. (2d) 181, 2004 ONCJ 98, at para. 5).

[180] There is, however, no evidence that the sniffer-dog search which led police to arrest A.M. was founded on a current reasonable suspicion that drugs would be found. While I accept that the principal of St. Patrick's High School was concerned about the presence of drugs at his school, concern is insufficient to justify a random search. The fact that the school had received calls in the past from parents and neighbours about the use of drugs is also an insufficient basis. Principal Bristo testified that he had no knowledge that the police were planning on searching the school on November 7, 2002 (A.R., at p. 47) and, importantly, when asked if he had any knowledge that there might be drugs within the school on that date he replied "I had no knowledge of it. It's . . . pretty safe to assume that they could be there" (A.R., at p. 49 (emphasis added)). The trial judge concluded on the basis of these answers that school authorities had little more than a "reasonably well-educated guess" (para. 16) that drugs would be at the school on the day the search was conducted, and I agree with that conclusion. The evidence likewise indicates that the police themselves had no direct awareness as to the possible existence of drugs at the school on the day the search occurred (A.R., at p. 84). In their view, the search was conducted solely because it was requested by the school principal (A.R., at p. 77). As a result, the requisite generalized suspicion was lacking and the search must therefore be found to be in contravention of s. 8 of the *Charter.*

D) *Admission of the Evidence*

[181] Section 24(2) of the *Charter* requires that the admissibility of evidence obtained in violation of an individual's *Charter* rights be considered. Evidence will only be excluded when, having regard to all

a déterminé que les élèves étaient au courant de cette politique et qu'ils savaient qu'elle pouvait être appliquée à l'aide de chiens dressés pour détecter la présence de drogues ((2004), 120 C.R.R. (2d) 181, 2004 ONCJ 98, par. 5).

[180] Il n'y a cependant aucune preuve que la fouille effectuée à l'aide d'un chien renifleur qui a permis aux policiers d'arrêter A.M. se fondait sur des motifs raisonnables et actuels de soupçonner que des drogues pourraient être découvertes. Je reconnais que le directeur de l'école secondaire St. Patrick's s'inquiétait de la présence de drogues dans son école, mais une simple inquiétude ne suffit pas pour justifier une fouille au hasard. Il ne suffit pas non plus que l'école ait reçu dans le passé des appels de parents et de voisins de l'école au sujet de la consommation de drogues. Le directeur Bristo a déclaré qu'il ignorait que la police projetait de fouiller l'école le 7 novembre 2002 (d.a., p. 47) et, ce qui est important, lorsqu'on lui a demandé s'il savait qu'il pouvait y avoir des drogues à l'école le jour en question, il a répondu [TRADUCTION] « Je n'en savais rien. On peut supposer sans risque d'erreur qu'il pourrait y en avoir » (d.a., p. 49 (je souligne)). Le juge du procès a conclu en se fondant sur ces réponses que la direction de l'école n'avait rien d'autre qu'une [TRADUCTION] « supposition raisonnablement fondée sur l'expérience » (par. 16) selon laquelle il y aurait des drogues à l'école le jour de la fouille et je souscris à cette conclusion. Il ressort de même de la preuve que les policiers eux-mêmes n'étaient pas directement au courant de la présence possible de drogues à l'école le jour où ils ont effectué la fouille (d.a., p. 84). Selon les policiers, la fouille n'a été effectuée qu'à la demande du directeur de l'école (d.a., p. 77). En conséquence, il n'y avait pas, comme cela était requis, de soupçons généraux et il faut donc conclure que la fouille contrevenait à l'art. 8 de la *Charte.*

D) *Admission des éléments de preuve*

[181] Le paragraphe 24(2) de la *Charte* exige un examen de l'admissibilité des éléments de preuve obtenus en violation de droits individuels garantis par la *Charte.* Les éléments de preuve

2008 SCC 19 (CanLII)

the circumstances, its admission would bring the administration of justice into disrepute (*Law*; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607). The circumstances to be considered in making this determination can be grouped into three categories:

(1) the effect of admitting the evidence on the fairness of the subsequent trial, (2) the seriousness of the police's conduct, and (3) the effects of excluding the evidence on the administration of justice. Trial judges are under an obligation to consider these three factors.

(*Law*, at para. 33, relying on *Collins*.)

(1) Trial Fairness

[182] The concept of trial fairness is concerned with the continued effects of self-incrimination and, where an "accused, in violation of his *Charter* rights, is compelled to incriminate himself at the behest of the state by means of a statement, the use of the body or the production of bodily samples", admission of the resulting evidence would generally affect the fairness of the trial (*Stillman*, at para. 80). This kind of evidence is referred to as "conscriptive" (*Law*, at para. 34, citing *Stillman*, at para. 80).

[183] Where, as here, however, the evidence is non-conscriptive because it existed independently of the violation and did not emanate from the accused, its admission will not affect trial fairness (*Buhay*, at para. 50, citing *Stillman* and *Evans*).

(2) Seriousness of the Breach

[184] Assessing the seriousness of the breach requires a determination of "whether it was committed in good faith, or was inadvertent or of a merely technical nature, or whether it was deliberate, wilful or flagrant": *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at p. 652. It is also relevant to consider whether the violation was motivated by a situation of urgency or necessity, the obtrusiveness of the

ne seront écartés que s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice (*Law*; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607). Les facteurs à examiner pour prendre cette décision peuvent être regroupés en trois catégories :

(1) l'effet de l'utilisation de la preuve sur l'équité du procès à venir; (2) la gravité de la conduite de la police; (3) l'effet de l'exclusion de la preuve sur l'administration de la justice. Au procès, les juges sont tenus de prendre ces trois facteurs en considération.

(*Law*, par. 33, s'appuyant sur *Collins*.)

(1) L'équité du procès

[182] La notion d'équité du procès s'attache aux effets continus de l'auto-incrimination et lorsque « l'accusé, en violation de ses droits garantis par la *Charte*, est forcé de s'incriminer sur l'ordre de l'État au moyen d'une déclaration, de l'utilisation de son corps ou de la production de substances corporelles », l'utilisation de la preuve ainsi obtenue porterait généralement atteinte à l'équité du procès (*Stillman*, par. 80). Il s'agit de ce que l'on appelle la preuve « obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même » (*Law*, par. 34, citant *Stillman*, par. 80).

[183] Toutefois, lorsque la preuve, comme en l'espèce, n'est pas obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même parce qu'elle existait indépendamment de l'atteinte et qu'elle n'émanait pas de l'accusé, son utilisation ne touchera pas l'équité du procès (*Buhay*, par. 50, citant *Stillman* et *Evans*).

(2) La gravité de la violation

[184] La gravité de la violation est évaluée en fonction de « la question de savoir si elle a été commise de bonne foi ou par inadvertance ou si elle est de pure forme, ou encore s'il s'agit d'une violation délibérée, volontaire ou flagrante » : *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, p. 652. Il y a lieu de déterminer également si l'atteinte a été motivée par une situation d'urgence ou de nécessité et de tenir compte

2008 SCC 19 (CanLII)

search, and the individual's expectation of privacy (*Buhay*, at para. 52).

[185] The trial judge determined that this breach "must be seen on the less serious end of the scale" (para. 22), and I agree with that conclusion. It is significant that the search occurred in an environment where there is a diminished expectation of privacy and that the search itself was of a non-intrusive nature. It is also significant that the police conducted the search in cooperation with the school principal and that they believed this gave them the authority to do so. Constable McCutchen testified that he understands that the police respond to requests from schools in order to "assist" where there is a problem with drugs. He estimated that in his 10 years with the Ontario Provincial Police Canine Unit, he has conducted dog-sniff searches in 140 schools (A.R., at p. 74). Constable Callander was another officer who participated in the search at St. Patrick's. He has been with the Clearwater Police Force for 27 years and testified that searches of this nature are "common practice" (A.R., at p. 79) and are conducted upon invitation from school principals (A.R., at p. 79). In my view, this evidence supports a finding that the officers involved in this search were unaware that using dog sniffs to search the school in the circumstances of this case breaches the *Charter* if there is no reasonable suspicion that drugs will be found.

[186] The evidence also indicates that school authorities were not aware that this kind of search constituted a breach of the *Charter.* The principal of St. Patrick's High School testified that he feels bound by the *Education Act* to provide a safe and orderly environment in the school (A.R., at p. 47) and that he needs the cooperation of the police to help discover drugs in the building (A.R., at p. 45). He further testified that although he is unable to arbitrarily select a locker or a bag and search it without "something more" (A.R., at p. 59), the police do not need to provide him with any specific information indicating a need for a search in order

du caractère envahissant de la fouille ainsi que des attentes de la personne en matière de vie privée (*Buhay*, par. 52).

[185] Le juge du procès a estimé que cette violation [TRADUCTION] « doit être considérée comme mineure » (par. 22) et je souscris à sa conclusion. Il est révélateur que la fouille se soit déroulée dans un milieu où l'attente en matière de vie privée est réduite et que la fouille elle-même ait été peu envahissante. Il est également révélateur que les policiers aient effectué la fouille en collaboration avec le directeur de l'école et qu'ils aient cru que celui-ci les y avaient autorisés. L'agent McCutchen a déclaré qu'il croit comprendre que les policiers répondent aux demandes des écoles afin de les [TRADUCTION] « aider » lorsqu'il y a un problème de drogues. Il a estimé avoir effectué des fouilles à l'aide de chiens renifleurs dans 140 écoles au cours de ses dix années au sein de l'unité canine de la Police provinciale de l'Ontario (d.a., p. 74). L'agent Callander a lui aussi participé à la fouille à l'école St. Patrick's. Il fait partie du service de police de Clearwater depuis 27 ans et il a déclaré que les fouilles de cette nature étaient [TRADUCTION] « pratique courante » (d.a., p. 79) et étaient effectuées à la demande des directeurs d'école (d.a., p. 79). À mon avis, ces témoignages permettent de conclure que les policiers ayant participé à la fouille ignoraient que l'utilisation de chiens renifleurs pour fouiller l'école dans les circonstances de l'espèce contrevenait à la *Charte* en l'absence de motifs raisonnables de soupçonner que des drogues y seraient découvertes.

[186] Il ressort également de la preuve que la direction de l'école ignorait que de telles fouilles contrevenaient à la *Charte*. Le directeur de l'école secondaire St. Patrick's a déclaré qu'il estime être obligé par la *Loi sur l'éducation* de maintenir à l'école un environnement sûr et ordonné (d.a., p. 47) et qu'il a besoin de la collaboration de la police pour découvrir la drogue qui se trouve dans l'édifice (d.a., p. 45). Il a ajouté que, même s'il ne peut choisir arbitrairement un casier ou un sac et le fouiller sans [TRADUCTION] « autre motif » (d.a., p. 59), les policiers n'ont pas besoin, pour effectuer une fouille, de lui fournir d'autres informations

2008 SCC 19 (CanLII)

to proceed (A.R., at p. 53). In his view, the arrangement he had with police at the time A.M.'s bag was searched allowed a random search to be conducted by sniffer dogs at any time, and was restricted only by the availability of police resources (A.R., at p. 53).

[187] This evidence is sufficient to establish that the *Charter* breach in this case was neither deliberate nor wilful. Both the school officials and police officers involved were acting in good faith when the sniffer-dog search was performed and, as I result, I find that the breach was inadvertent. This factor, combined with the diminished expectation of privacy and the non-intrusive nature of the search, leads me to conclude that the breach was not of a serious nature.

(3) Effect of Exclusion on the Reputation of the Administration of Justice

[188] The final stage of the s. 24(2) analysis considers whether excluding the evidence would have a detrimental effect on the administration of justice. This generally requires consideration of "whether the unconstitutionally obtained evidence forms a crucial part of the Crown's case and, where trial fairness is not affected, the seriousness of the underlying charge" (*Law*, at para. 39).

[189] It is clear that the evidence obtained by the search is necessary to substantiate the charges against A.M., and it therefore forms a crucial part of the Crown's case. In addition, the trafficking charges against A.M. are of a serious nature, and the fact that the offence occurred within a school is an aggravating element.

[190] In my view, all of the aforementioned factors favour allowing this evidence to be admitted. Although this search was not performed on the basis of a reasonable suspicion that drugs would be found, it was conducted in good faith. The

spécifiques indiquant que celle-ci est nécessaire (d.a., p. 53). Selon le directeur, l'arrangement qu'il avait conclu avec la police et qui s'appliquait lorsque le sac de A.M. a été fouillé permettait qu'une fouille au hasard soit effectuée en tout temps à l'aide de chiens renifleurs; la seule restriction était la disponibilité des ressources policières (d.a., p. 53).

[187] Ces éléments de preuve permettent d'établir que la violation de la *Charte* en l'espèce n'était ni délibérée ni volontaire. La direction de l'école et les policiers ont agi de bonne foi lors de la fouille effectuée à l'aide du chien renifleur et, par conséquent, j'estime que la violation a été commise par inadvertance. Combiné à l'attente réduite en matière de vie privée et au caractère peu envahissant de la fouille, ce facteur m'amène à conclure que la violation n'était pas grave.

(3) L'effet de l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice

[188] La dernière étape de l'analyse que requiert le par. 24(2) consiste à examiner si l'exclusion de la preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Il est généralement nécessaire à cette fin de déterminer « si les éléments de preuve obtenus de façon inconstitutionnelle constituent une partie vitale de la preuve du ministère public et, d'autre part, lorsqu'il n'y a pas atteinte à l'équité du procès, sur la gravité de l'accusation sous-jacente » (*Law*, par. 39).

[189] Il est clair que les éléments de preuve obtenus grâce à la fouille sont nécessaires pour établir le bien-fondé des accusations portées contre A.M. et qu'ils constituent donc une partie vitale de la preuve du ministère public. De plus, les accusations de trafic de stupéfiants portées contre A.M. sont graves et le fait que l'infraction ait été commise dans une école constitue un facteur aggravant.

[190] À mon avis, tous les facteurs susmentionnés favorisent l'admission des éléments de preuve. La fouille n'a pas été effectuée sur le fondement de motifs raisonnables de soupçonner que des drogues seraient découvertes, mais elle a été faite de

2008 SCC 19 (CanLII)

search was non-intrusive in nature and occurred in an environment where the expectation of privacy was diminished. The evidence obtained was non-conscriptive in nature and does not affect the fairness of the trial. As a result, it is my view that excluding this evidence would bring the administration of justice into disrepute and that the trial judge erred by failing to admit it at trial.

[191] For these reasons, I would allow the appeal on the limited basis that the evidence against A.M. ought to have been admitted.

Appeal dismissed, BASTARACHE, DESCHAMPS *and* ROTHSTEIN JJ. *dissenting.*

Solicitor for the appellant: Public Prosecution Service of Canada, Calgary.

Solicitor for the respondent: Walter Fox, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Quebec.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the intervener the St. Clair Catholic District School Board: Shibley Righton, Toronto.

bonne foi. La fouille était peu envahissante et elle s'est déroulée dans un milieu où l'attente en matière de vie privée était réduite. Les éléments de preuve n'ont pas été obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même et ils ne portent pas atteinte à l'équité du procès. Par conséquent, j'estime que l'exclusion de la preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et que le juge du procès a commis une erreur en refusant de l'admettre au procès.

[191] Pour ces raisons, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi pour l'unique motif que les éléments de preuve contre A.M. auraient dû être admis au procès.

Pourvoi rejeté, les juges BASTARACHE, DESCHAMPS *et* ROTHSTEIN *sont dissidents.*

Procureur de l'appelante : Service des poursuites pénales du Canada, Calgary.

Procureur de l'intimé : Walter Fox, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Québec.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intervenante St. Clair Catholic District School Board : Shibley Righton, Toronto.

2008 SCC 19 (CanLII)

Solicitor for the intervener the Canadian Foundation for Children, Youth and the Law (Justice for Children and Youth): Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, Toronto.

Procureur de l'intervenante Canadian Foundation for Children, Youth and the Law (Justice for Children and Youth) : Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, Toronto.

2008 SCC 19 (CanLII)

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Brandon Roy Dyment *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* DYMENT

File No.: 19786.

1987: April 8; 1988: December 8.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain * and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF PRINCE EDWARD ISLAND, APPEAL DIVISION

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Doctor taking blood sample from emergency patient without his consent or knowledge — Blood sample taken for medical purposes but given to police officer — Analysis of blood sample used to secure conviction of impaired driving — No legal requirement at the time for person to give police blood sample — Whether or not the taking of blood sample by police amounted to seizure under s. 8 of the Charter — Whether or not such taking was unreasonable — Whether or not evidence of blood analysis should be under s. 24(2) of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 236, 237(2).

A doctor treating appellant in a hospital after a traffic accident collected a vial of free-flowing blood for medical purposes without appellant's knowledge or consent. Shortly after, appellant explained that he had consumed a beer and medication. The doctor, after taking the blood sample, spoke to the police officer who had attended at the accident and at the end of their conversation gave him the sample. The officer had not noted any evidence of appellant's drinking, had not requested a blood sample from either the appellant or the doctor and had no search warrant. The sample was analyzed and appellant was subsequently charged and convicted of impaired driving. At the time, s. 237(2) of the *Criminal Code* did not require a person to give a blood sample.

The Supreme Court of Prince Edward Island, Appeal Division, dismissed an appeal from a judgment of the

* Le Dain J. took no part in the judgment.

Sa Majesté La Reine *Appelante*

c.

Brandon Roy Dyment *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* DYMENT

N° du greffe: 19786.

1987: 8 avril; 1988: 8 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain * et La Forest.

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE L'ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille ou saisie abusive — Prélèvement d'un échantillon de sang par un médecin sur un patient à l'urgence sans son consentement ou sans qu'il en ait connaissance — Échantillon de sang prélevé à des fins médicales, mais remis à un agent de police — Utilisation de l'analyse de l'échantillon de sang pour obtenir une déclaration de culpabilité pour conduire avec facultés affaiblies — Aucune obligation légale à l'époque de fournir un échantillon de sang à un agent de police — La prise de possession de l'échantillon de sang par la police constitue-t-elle une saisie selon l'art. 8 de la Charte? — Cette prise de possession était-elle abusive? — La preuve de l'analyse de sang devrait-elle être écartée en vertu de l'art. 24(2) de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2) — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 236, 237(2).

Un médecin qui traitait l'appelant à l'hôpital après un accident de la circulation a recueilli, à des fins médicales sans le consentement de l'appelant ou sans qu'il en ait connaissance, une éprouvette de sang qui coulait. Peu de temps après, l'appelant a expliqué qu'il avait pris de la bière et des médicaments. Après avoir prélevé l'échantillon de sang, le médecin a parlé à l'agent de police qui s'était occupé de l'accident et, à la fin de leur conversation, lui a remis l'échantillon. Aucune constatation de l'agent n'indiquait que l'appelant aurait bu; il n'a pas demandé à l'appelant de fournir un échantillon de sang ni au médecin d'en prélever et il n'avait pas de mandat de perquisition. L'échantillon a été analysé et l'appelant a par la suite été accusé et reconnu coupable de conduite avec facultés affaiblies. À l'époque, il n'existait pas d'obligation de fournir un échantillon de sang aux termes du par. 237(2) du *Code criminel*.

La Division d'appel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard a rejeté l'appel du jugement de la Cour

* Le juge Le Dain n'a pas pris part au jugement.

1988 CanLII 10 (SCC)

Supreme Court of Prince Edward Island which allowed an appeal from conviction. At issue here is whether or not the Appeal Division erred: (1) in holding that the police officer's taking of the blood sample amounted to a seizure contemplated by s. 8; (2) in holding that such taking amounted to unreasonable search and seizure; and (3) in excluding the evidence of the blood analysis under s. 24(2).

Held (McIntyre J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Beetz, Lamer and Wilson JJ.: A search will be reasonable if it is authorized by law, if the law itself is reasonable and if the manner in which the search was carried out is reasonable. Receipt by the police of the vial of blood, given that that blood was held by the doctor subject to a duty to respect the patient's privacy, amounted to a seizure as contemplated by s. 8 of the *Charter*. This seizure was unlawful in that it was made without a warrant, was not supported by evidence establishing its lawfulness, and was not justified by urgency or other reason. It was therefore unnecessary to inquire further as to whether the search was unreasonable.

Per Dickson C.J. and La Forest J.: The officer, in taking the sample, breached respondent's privacy interests in it, and so effected a seizure within the meaning of s. 8. The term "searches or seizures" is to be read disjunctively.

Section 8 is concerned not only with the protection of property but also with the protection of the privacy interests of individuals from search or seizure. The distinction between a seizure and a mere finding of evidence is to be made at the point where it can reasonably be said that the individual ceased to have a privacy interest in the subject-matter allegedly seized. The use of a person's body without his consent to obtain information about him invades an area of privacy essential to the maintenance of his human dignity. The doctor, whose sole justification for taking the blood sample was that it was to be used for medical purposes, had no right to take it for other purposes or to give it to a stranger for non-medical purposes unless otherwise required by law, and any such law would be subject to *Charter* scrutiny. The *Charter* protection extends to prevent a police officer or agent of the state from taking an intimately

suprême de l'Île-du-Prince-Édouard qui avait accueilli l'appel interjeté contre la déclaration de culpabilité. En l'espèce il faut déterminer si la Division d'appel a commis une erreur : (1) en concluant que la prise de possession de l'échantillon de sang par la police constituait à une saisie au sens de l'art. 8; (2) en concluant que cette prise de possession constituait une fouille et une saisie abusives; et (3) en écartant l'élément de preuve que constituait l'analyse du sang en vertu du par. 24(2).

Arrêt (le juge McIntyre est dissident): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Beetz, Lamer et Wilson: Une fouille ne sera pas abusive si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même n'a rien d'abusif et si la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive. La prise de possession de l'éprouvette contenant du sang par la police, compte tenu du fait que le médecin l'avait en sa possession, avec l'obligation de respecter le droit à la vie privée du patient, constitue une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Cette saisie était illégale parce qu'elle a été effectuée sans mandat, elle n'était pas appuyée de preuve établissant sa légalité ni justifiée par l'urgence ni par une autre raison. Il n'est donc pas nécessaire de poursuivre l'analyse pour répondre à la question de savoir si la fouille était abusive.

Le juge en chef Dickson et le juge La Forest: En prenant possession de l'échantillon, l'agent a porté atteinte au droit qu'avait l'intimé à ce qu'il demeure confidentiel et a ainsi procédé à une saisie au sens de l'art. 8. Les termes «fouilles, perquisitions ou saisies» doivent être lus de façon disjonctive.

L'article 8 ne vise pas uniquement à protéger la propriété, mais aussi les intérêts en matière de vie privée des particuliers contre les fouilles, les perquisitions et les saisies. La distinction entre une saisie et la simple réunion d'éléments de preuve se situe au point où il devient raisonnable de dire que l'individu n'a plus d'intérêt intime relativement à l'objet qui serait saisi. L'utilisation du corps d'une personne, sans son consentement, en vue d'obtenir des renseignements à son sujet, constitue une atteinte à une sphère de la vie privée essentielle au maintien de sa dignité humaine. Le médecin, dont la seule justification pour recueillir l'échantillon sanguin était qu'il devait servir à des fins médicales, n'avait aucunement le droit de le prélever à une autre fin ni de le donner à un étranger pour des fins autres que médicales, à moins que la loi ne l'exige, et toute loi de ce genre serait assujettie à un examen en regard de la *Charte*. La protection qu'accorde la *Charte* va jusqu'à interdire à un agent de police ou un mandataire de l'État de prendre une substance aussi personnelle que le sang à un méde-

1988 CanLII 10 (SCC)

personal substance, such as blood, from a doctor who holds it subject to a duty to respect a person's privacy.

The seizure here was not reasonable. The violation of the privacy interests here was not minimal. The use of an individual's blood or other bodily substances confided to others for medical purposes for uses other than such purposes seriously violates the personal autonomy of the individual. The seizure here infringed upon all the spheres of privacy — spatial, physical and informational. Although the needs of law enforcement are important and beneficent, there is danger when this goal is pursued with too much zeal. Given the danger to individual privacy of an easy flow of information from hospitals and others, the taking by the police of a blood sample from a doctor who has obtained it for medical purposes cannot be viewed as anything but unreasonable in the absence of compelling circumstances of pressing necessity.

The *Charter* breach was a very serious one: a violation of a person's body is much more serious than a violation of his office or even his home. The sense of privacy transcends the physical. The dignity of the human being is equally seriously violated when use is made of bodily substances taken by others for medical purposes in a manner that does not respect that limitation. The trust and confidence of the public in the administration of medical facilities would be seriously taxed if an easy and informal flow of information, and particularly of bodily substances from hospitals to the police, were allowed. There are well-known and recognized procedures for obtaining such evidence where the police have reasonable and probable grounds for believing a crime has been committed.

Per McIntyre J. (dissenting): There was no search here. If there was a wrongful seizure, that wrongful seizure and the wrongful dealing with the blood sample lay with the doctor. Nothing indicated misconduct, impropriety or bad faith on the part of the police officer who, having received "real evidence" decisive of the issue in the case, was under a duty to tender it in evidence. This evidence should not be excluded for its admission would not bring the administration of justice into disrepute.

Cases Cited

By Lamer J.

Referred to: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265.

cin qui la détient avec l'obligation de respecter la dignité et la vie privée de cette personne.

La saisie en l'espèce était abusive. L'atteinte au droit à la vie privée n'était pas minimale en l'espèce. L'utilisation du sang d'une personne ou d'autres substances corporelles confiées à des tiers à des fins médicales à d'autres fins porte gravement atteinte à l'autonomie personnelle de l'individu. En l'espèce, la saisie viole tous les aspects de la vie privée — spaciaux, physiques et informationnels. Bien que la nécessité d'appliquer de la loi soit importante et salutaire, il y a danger lorsque cet objectif est poursuivi avec trop de zèle. Compte tenu du danger que représente pour la vie privée individuelle la libre circulation de renseignements provenant des hôpitaux et des autres, la remise à la police d'un échantillon sanguin par le médecin qui l'a obtenu à des fins médicales ne peut être considérée que comme abusive en l'absence d'une nécessité et irrésistible pressante.

La violation de la *Charte* est très grave: une violation de l'intégrité physique de la personne humaine est beaucoup plus grave que celle de son bureau ou même de son domicile. La vie privée ne s'entend pas qu'au sens physique. La dignité de l'être humain est tout aussi gravement atteinte par l'utilisation de substances corporelles, recueillies par des tiers à des fins médicales, d'une manière qui ne respecte pas cette limite. La confiance que le public doit avoir dans l'administration des services médicaux serait mise à rude épreuve si l'on devait autoriser la circulation libre et informelle de renseignements, et particulièrement de substances corporelles, des hôpitaux vers la police. Il existe une procédure établie et bien connue pour obtenir ce genre de preuve lorsque l'agent a des motifs raisonnables et probables de croire qu'un crime a été commis.

Le juge McIntyre (dissident): Il n'y a eu aucune fouille en l'espèce. S'il y a eu saisie illégale, cette saisie et le traitement irrégulier de l'échantillon de sang sont imputables au médecin. Rien n'indique que l'agent de police se soit mal conduit ni qu'il ait fait preuve de mauvaise foi; et on ne peut rien reprocher à l'agent de police qui, ayant obtenu une «preuve matérielle» déterminante quant à la question en litige, devait la produire en preuve. La preuve ne devrait pas être écartée car son utilisation ne serait pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Jurisprudence

Citée par le juge Lamer

Arrêts mentionnés: *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

1988 CanLII 10 (SCC)

By La Forest J.

Distinguished: *R. v. LeBlanc* (1981), 64 C.C.C. (2d) 31; **referred to:** *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91 a, 77 E.R. 194; *Entick v. Carrington* (1765), 19 St. Tr. 1029, 2 Wils. K.B. 275, 95 E.R. 807; *Minister of National Revenue v. Kruger Inc.*, [1984] 2 F.C. 535; *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *Milton v. The Queen* (1985), 16 C.R.R. 215; *R. v. Dzagic* (1985), 16 C.R.R. 310; *R. v. Griffin* (1985), 22 C.R.R. 303; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Santa* (1983), 6 C.R.R. 244; *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928); *R. v. Carter* (1982), 144 D.L.R. (3d) 301; *R. v. DeCoste* (1983), 60 N.S.R. (2d) 170.

By McIntyre J. (dissenting)

R. v. Jacoy, [1988] 2 S.C.R. 548.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 236, 237(2), 238(3).
Hospital Management Regulations, ss. 37, 47.
Hospitals Act, R.S.P.E.I. 1974, c. H-11.
Privacy Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 111.

Authors Cited

Canada. Law Reform Commission. *Report on Obtaining Forensic Evidence* (No. 25). Ottawa: Law Reform Commission, 1985.
Canada. Report of the Task Force established by the Department of Communications/Department of Justice. *Privacy and Computers*. Ottawa: Information Canada, 1972.
Canadian Medical Association. *Code of Ethics*.
Marshall, T. David. *The Physician and Canadian Law*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1979.
Ontario. Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information. *Report of the Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information*. (The Krever Commission). Toronto: The Commission, 1980.
Westin, Alan F. *Privacy and Freedom*. New York: Atheneum, 1970.

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Prince Edward Island, Appeal Division (1986), 57 Nfld. & P.E.I.R. 210, 170 A.P.R. 210, 26 D.L.R. (4th) 399, 25 C.C.C. (3d) 120, 20

Citée par le juge La Forest

Distinction d'avec l'arrêt: *R. v. LeBlanc* (1981), 64 C.C.C. (2d) 31; **arrêts mentionnés:** *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91 a, 77 E.R. 194; *Entick v. Carrington* (1765), 19 St. Tr. 1029, 2 Wils. K.B. 275, 95 E.R. 807; *Ministre du Revenu national c. Kruger Inc.*, [1984] 2 C.F. 535; *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *Milton v. The Queen* (1985), 16 C.R.R. 215; *R. v. Dzagic* (1985), 16 C.R.R. 310; *R. v. Griffin* (1985), 22 C.R.R. 303; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. v. Santa* (1983), 6 C.R.R. 244; *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928); *R. v. Carter* (1982), 144 D.L.R. (3d) 301; *R. v. DeCoste* (1983), 60 N.S.R. (2d) 170.

Citée par le juge McIntyre (dissident)

R. c. Jacoy, [1988] 2 R.C.S. 548.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 24(2).
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 236, 237(2), 238(3).
Hospital Management Regulations, art. 37, 47.
Hospitals Act, R.S.P.E.I. 1974, chap. H-11.
Loi sur la protection des renseignements personnels, S.C. 1980-81-82-83, chap. 111.

Doctrine citée

Association médicale canadienne. *Code de déontologie*.
Canada. Commission de réforme du droit. *Rapport sur les techniques d'investigation policière et les droits de la personne* (nº 25). Ottawa: Commission de réforme du droit, 1985.
Canada. Rapport du groupe d'étude établi conjointement par le ministère des Communications et le ministère de la Justice. *L'ordinateur et la vie privée*. Ottawa: Information Canada, 1972.
Marshall, T. David. *The Physician and Canadian Law*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1979.
Ontario. Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information. *Report of the Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information*. (The Krever Commission). Toronto: The Commission, 1980.
Westin, Alan F. *Privacy and Freedom*. New York: Atheneum, 1970.

POURVOI contre un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard (1986), 57 Nfld. & P.E.I.R. 210, 170 A.P.R. 210, 26 D.L.R. (4th) 399, 25 C.C.C. (3d) 120, 20

1988 CanLII 10 (SCC)

C.R.R. 82, dismissing an appeal from a judgment of Mitchell J. (1984), 47 Nfld. & P.E.I.R. 350, 139 A.P.R. 350, 9 D.L.R. (4th) 614, 12 C.C.C. (3d) 531, 8 C.R.R. 325, allowing an appeal from a conviction for impaired driving. Appeal dismissed, McIntyre J. dissenting.

Darrell Coombs, for the appellant.

John Maynard, for the respondent.

The reasons of Dickson C.J. and La Forest J. were delivered by

LA FOREST J.— The issues in this case are whether the taking by a police officer of a vial of a patient's blood at a hospital from, and with the consent of, a physician who had himself obtained it from a bleeding and unconscious patient, violates s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and if so whether it should be excluded as evidence under s. 24(2) of the *Charter* in proceedings against the patient.

Sections 8 and 24(2) of the *Charter* read as follows:

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

24. . . .

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

Facts

The respondent, Mr. Dyment, suffered a head laceration when, on April 23, 1982, his car left the highway and landed in a ditch. A doctor was called to the scene where he found Mr. Dyment in a bloodied condition sitting in the driver's seat of the vehicle. An R.C.M.P. officer drove Mr. Dyment to a hospital but did not arrest or detain him. Neither the doctor nor the officer noted any evidence that Mr. Dyment had been drinking.

C.R.R. 82, qui a rejeté un appel contre un jugement du juge Mitchell (1984), 47 Nfld. & P.E.I.R. 350, 139 A.P.R. 350, 9 D.L.R. (4th) 614, 12 C.C.C. (3d) 531, 8 C.R.R. 325, qui avait accueilli un appel de la déclaration de culpabilité de conduite avec facultés affaiblies. Pourvoi rejeté, le juge McIntyre est dissident.

Darrell Coombs, pour l'appelante.

John Maynard, pour l'intimé.

Version française des motifs du juge en chef Dickson et du juge La Forest rendus par

LE JUGE LA FOREST—La question qui se pose en l'espèce est de savoir si un agent de police, en prenant possession d'une éprouvette contenant le sang d'un patient hospitalisé, remise de plein gré par le médecin qui l'avait lui-même recueilli d'une plaie ouverte du patient inconscient, a violé l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, si cet élément de preuve doit être écarté, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, dans le cadre de poursuites intentées contre le patient.

L'article 8 et le par. 24(2) de la *Charte* sont ainsi conçus:

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

24. . . .

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Les faits

L'intimé, M. Dyment, a subi une lacération à la tête lorsque, le 23 avril 1982, sa voiture a quitté la route pour atterrir dans un fossé. Un médecin appelé sur les lieux a trouvé M. Dyment ensanglanté, assis au volant du véhicule. Un agent de la G.R.C. a conduit M. Dyment à l'hôpital, sans l'arrêter ni le détenir. Ni le médecin ni l'agent n'ont remarqué que M. Dyment avait bu.

1988 CanLII 10 (SCC)

The doctor returned to the hospital and prepared to suture Mr. Dyment's head, but before doing so, he held a vial under the free-flowing blood and collected a sample of it. This was done for medical purposes. The doctor thought the accident might have been caused by a medical problem. Shortly afterwards, Mr. Dyment told him he had consumed a beer and some antihistamine tablets, which explained to the doctor why the accident happened.

The doctor did not obtain his patient's consent to obtain the blood sample. Mr. Dyment was not even aware of it as he was suffering from a concussion. I should note that at the time, under s. 237(2) of the *Criminal Code*, no person was required to give a sample of blood. Section 238(3), however, now provides that, where a peace officer believes on reasonable and probable grounds that a person has committed the offence of impaired driving, he may require him to provide blood samples.

The R.C.M.P. officer remained at the hospital while the doctor attended Mr. Dyment. He did not request a blood sample from Mr. Dyment and he did not ask or direct the doctor to take one. Nor did he see the doctor take one. After taking the sample, the doctor spoke to the officer. The evidence does not reveal what was said, but at the end of the conversation, the doctor handed the sample to the officer. The officer did not have Mr. Dyment's consent to take the sample and he did not have a search warrant.

The officer later had the sample analyzed, when a reading in excess of 100 milligrams of alcohol in 100 milliliters of blood was obtained. Mr. Dyment was then charged with, and convicted of, an offence of being in care or control of a motor vehicle having consumed alcohol in such quantity that the proportion in his blood exceeded 80 milligrams of alcohol in 100 milliliters of blood contrary to s. 236 of the *Criminal Code* as it then read.

Le médecin est revenu à l'hôpital et s'est mis en devoir de suturer les lésions que M. Dyment avait à la tête, mais il a d'abord recueilli dans une éprouvette un échantillon du sang qui s'écoulait de ses plaies. Cela a été fait pour des fins médicales. Le médecin croyait que l'accident pouvait avoir eu une cause médicale. Peu après, M. Dyment lui a avoué qu'il avait pris une bière et des comprimés antihistaminiques, ce qui a permis au médecin de comprendre pourquoi l'accident s'était produit.

Le médecin n'a pas obtenu le consentement de son patient pour recueillir l'échantillon de sang. M. Dyment n'en a même pas eu conscience étant donné qu'il souffrait de commotion. Je dois noter qu'à l'époque, en vertu du par. 237(2) du *Code criminel*, nul n'était obligé de fournir un échantillon de sang. Toutefois, le par. 238(3) prévoit maintenant que l'agent de la paix qui a des motifs raisonnables de croire qu'une personne a commis l'infraction de conduite avec facultés affaiblies peut lui ordonner de fournir des échantillons de sang.

L'agent de la G.R.C. est resté à l'hôpital pendant que le médecin s'occupait de M. Dyment. Il n'a pas demandé à M. Dyment de fournir un échantillon de sang, pas plus qu'il n'a demandé ou ordonné au médecin d'en prélever un. Il n'a pas vu non plus le médecin recueillir l'échantillon. Après avoir prélevé l'échantillon, le médecin s'est entretenu avec l'agent. La preuve ne révèle pas ce qu'ils se sont dit mais, à la fin de la conversation, le médecin a remis l'échantillon à l'agent. L'agent a pris l'échantillon sans le consentement de M. Dyment et sans avoir de mandat de perquisition.

Plus tard, l'agent a fait procéder à une analyse de l'échantillon, qui a révélé un taux d'alcoolémie de plus de 100 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang. M. Dyment a alors été accusé, puis reconnu coupable, d'avoir conduit un véhicule ou d'en avoir eu la garde à l'arrêt alors que son taux d'alcoolémie dépassait 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang, contrairement à l'art. 236 du *Code criminel*, alors en vigueur.

1988 CanLII 10 (SCC)

The Courts Below

Mr. Dyment then appealed to the Supreme Court of Prince Edward Island on the ground that the taking of the blood violated s. 7 (which guarantees everyone the right to life, liberty and security of the person) and s. 8 of the *Charter*, and should have been excluded from the evidence under s. 24(2) because its use would, in the circumstances, bring the administration of justice into disrepute. Mitchell J., who heard the appeal, agreed: see (1984), 47 Nfld. & P.E.I.R. 350. Section 7 had been infringed because the accused had not consented to the sample's being taken or given to the police. He also thought s. 8 was violated. The taking of the sample was a seizure, and an unreasonable one at that. Nobody had to give a blood sample to the police, and the officer did not even have probable cause to believe it would yield evidence of a criminal offence. "Just because the doctor gave it to him without any fuss", Mitchell J. stated, did "not make the taking of the sample any less a seizure." "The doctor", he noted, "had no authority to give the officer the blood and the officer had no authority, or good reason, for taking it."

Though a *Charter* violation does not automatically require the exclusion of evidence, he found that it should be excluded in this case. The taking of a specimen of a person's bodily substances without consent, unless required by law or unless it forms part of an emergency medical procedure on an unconscious patient, violates the right to the security of the person. That right is also violated where a doctor who has taken a sample for medical reasons gives it to another for non-medical purposes. A specimen taken for medical reasons becomes part of the patient's personal medical record which should be kept confidential. The fact that the blood was not extracted from his body did not mean that he had abandoned it. Its use as evidence would bring the administration of justice into disrepute. "What happened here", he concluded, "constitutes such a gross violation of the sanc-

Les tribunaux d'instance inférieure

M. Dyment a alors interjeté appel devant la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard pour le motif que le prélèvement de sang violait l'art. 7 (qui garantit à chacun le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne) et l'art. 8 de la *Charte*, et que cet élément de preuve aurait dû être écarté en vertu du par. 24(2), parce que son utilisation, eu égard aux circonstances, était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Le juge Mitchell, saisi de l'appel, a retenu ces moyens: voir (1984), 47 Nfld. & P.E.I.R. 350. L'article 7 avait été enfreint puisque l'accusé n'avait pas consenti à ce que l'échantillon soit recueilli ou remis à la police. Il pensait aussi que l'art. 8 avait été violé. Le prélèvement de l'échantillon constituait une saisie et, de plus, une saisie abusive. Personne n'avait l'obligation de remettre un échantillon de sang à la police et l'agent n'avait même pas de motif raisonnable de croire que l'échantillon lui fournirait la preuve de la perpétration d'une infraction criminelle. [TRADUCTION] «Ce n'est pas parce que le médecin le lui a remis sans faire d'histoires», de déclarer le juge Mitchell, que cela ne «faisait pas moins une saisie de cette prise de possession de l'échantillon.» «Le médecin», a-t-il dit, «n'avait pas le pouvoir de remettre le sang à l'agent et celui-ci n'avait pas le pouvoir d'en prendre possession ni de motif pour le faire.»

Bien qu'une infraction à la *Charte* n'exige pas automatiquement d'écarter l'élément de preuve en cause, il a jugé qu'il devait être écarté en l'espèce. Prendre un échantillon d'une substance corporelle d'une personne sans son consentement, à moins que cela ne soit requis par la loi ou que cela ne fasse partie d'un traitement médical d'urgence pratiqué sur un patient inconscient, viole le droit à la sécurité de la personne. Ce droit est aussi violé lorsque le médecin qui a prélevé un échantillon pour des raisons médicales le remet à un tiers pour des fins non médicales. Un échantillon prélevé pour des raisons médicales devient partie intégrante du dossier médical personnel du patient, lequel est confidentiel. Le fait que le sang n'a pas été extrait de son corps ne signifie pas qu'il l'avait abandonné. Son utilisation comme élément de preuve est susceptible de déconsidérer l'adminis-

1988 CanLII 10 (SCC)

tity, integrity and privacy of the appellant's bodily substances and medical records that the community would be shocked and appalled if the court allowed the admission of this evidence in the face of the *Charter*."

Mitchell J., therefore, allowed the appeal. The Crown then appealed to the Supreme Court of Prince Edward Island — Appeal Division: see (1986), 57 Nfld. & P.E.I.R. 210. MacDonald J., speaking for the court, was of the view that the doctor's taking of the blood in an emergency situation and its subsequent transfer to the police officer did not violate s. 7 of the *Charter*. He agreed, however, with the conclusion of Mitchell J. that the taking of the sample by the police officer violated s. 8 of the *Charter* and should have been excluded under s. 24(2). The taking of the blood sample by the police officer, he said, was a search and seizure because Mr. Dyment's consent was not obtained and there was no warrant. It was illegal because the police officer had not testified that he had a reasonable belief that Mr. Dyment had committed an offence. It was also illegal because it offended the provisions of the regulations made under the *Hospitals Act*, R.S.P.E.I. 1974, c. H-11. Section 37 of the *Hospital Management Regulations* required each hospital board to compile a medical record of its patients, which included the various steps taken in his or her medical treatment. Under section 47 of the regulations, a hospital board is permitted to "remove, inspect or receive information from a medical record" only under certain conditions, one being when a court orders such action. In MacDonald J.'s view, the blood sample constituted part of the medical record since the purpose of s. 37 of the regulations was to keep information pertaining to patients confidential, and the blood sample, when analyzed, would disclose such information.

tration de la justice. [TRADUCTION] «Ce qui s'est produit ici», conclut-il, «constitue une atteinte à l'inviolabilité, à l'intégrité et au caractère intime des substances corporelles de l'appelant et des dossiers médicaux tellement grave que la société serait indignée et consternée si un tribunal admettait cet élément de preuve en dépit de la *Charte*.»

Le juge Mitchell a donc accueilli l'appel. Le ministère public a alors interjeté appel à la Division d'appel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard: voir (1986), 57 Nfld. & P.E.I.R. 210. Le juge MacDonald, s'exprimant au nom de la Cour, a été d'avis que le médecin, en recueillant le sang dans une situation d'urgence et en le remettant subséquemment à l'agent de police, n'avait pas enfreint l'art. 7 de la *Charte*. Toutefois, il partageait la conclusion du juge Mitchell qu'en prenant l'échantillon l'agent de police avait enfreint l'art. 8 de la *Charte* et que l'échantillon aurait dû être écarté en vertu du par. 24(2). La prise de possession de l'échantillon de sang par l'agent de police, a-t-il dit, constituait une fouille et une saisie, puisque le consentement de M. Dyment n'avait pas été obtenu et qu'il n'y avait pas eu de mandat. Elles étaient illégales parce que l'agent de police n'avait pas déclaré dans son témoignage qu'il avait un motif raisonnable de croire que M. Dyment avait commis une infraction. Elles étaient aussi illégales parce qu'elles enfreignaient les dispositions du règlement d'application de la *Hospitals Act*, R.S.P.E.I. 1974, chap. H-11. L'article 37 du *Hospital Management Regulations* oblige chaque conseil d'hôpital à constituer un dossier médical pour chaque patient ou patiente, dans lequel doivent être consignées les diverses mesures prises au cours de son traitement médical. En vertu de l'art. 47 de ce règlement, un conseil d'hôpital est autorisé à [TRADUCTION] «retirer, examiner ou recevoir des renseignements pris dans un dossier médical» seulement à certaines conditions, notamment lorsqu'un tribunal l'ordonne. Selon le juge MacDonald, l'échantillon de sang faisait partie intégrante du dossier médical, puisque l'objet de l'art. 37 du règlement est de préserver le caractère confidentiel des données concernant les patients et que l'échantillon de sang, une fois analysé, révélerait ce genre d'information.

1988 CanLII 10 (SCC)

MacDonald J. then went on to hold that the evidence regarding the blood sample should be excluded under s. 24(2) of the *Charter* as bringing the administration of justice into disrepute. The breach of Mr. Dyment's s. 8 right was flagrant. Time was not a factor in the case and there were other investigative tools that could have been used to obtain the evidence. While there was no direct evidence that Mr. Dyment's rights under the *Charter* had been knowingly breached, the action of the police officer was so imprudent that it could not be condoned. He added that the breach of the hospital regulations would erode public confidence in both the administration of health services and the administration of justice.

The court, therefore, dismissed the appeal. The Crown then sought and was granted leave to appeal to this Court.

Grounds of Appeal

In his submission before this Court, counsel for the Crown submitted that the court appealed from erred in three different respects, namely:

(1) in holding that the taking of possession of the blood sample by the police officer amounted to a seizure as contemplated by s. 8 of the *Charter*;

(2) in holding that such taking was unreasonable and so infringed s. 8;

(3) in excluding the evidence of the analysis of the blood under s. 24(2) of the *Charter* on the ground that the admission of this evidence would bring the administration of justice into disrepute.

Before examining these issues, it is first necessary to say a few words about the manner in which *Charter* rights are to be approached and more specifically about the nature of the right sought to be protected under s. 8. The issues regarding s. 7 of the *Charter* were not addressed, and I do not propose to deal with them.

Le juge MacDonald a alors jugé que l'élément de preuve que constituait l'échantillon de sang devait être écarté en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, pour le motif qu'il serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. L'atteinte au droit conféré par l'art. 8 à M. Dyment était flagrante. Il n'y avait pas urgence en l'espèce et il existait d'autres techniques d'investigation auxquelles on aurait pu avoir recours pour obtenir l'élément de preuve. Certes, il n'y avait aucune preuve directe que les droits de M. Dyment en vertu de la *Charte* avaient été sciemment violés, mais le comportement de l'agent de police avait été imprudent au point d'être inexcusable. Il a ajouté que l'infraction au règlement hospitalier minerait la confiance du public tant dans l'administration des services de santé que dans celle de la justice.

La Cour, par conséquent, a rejeté l'appel. Le ministère public a alors demandé et obtenu l'autorisation de se pourvoir devant cette Cour.

Les moyens de pourvoi

Au cours de sa plaidoirie devant la Cour, l'avocat du ministère public a fait valoir que la Cour d'appel avait erré sous trois rapports distincts, savoir:

(1) en concluant que la prise de possession de l'échantillon de sang par l'agent de police constituait une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*;

(2) en concluant que cette prise de possession était abusive et contrevenait donc à l'art. 8;

(3) en écartant l'élément de preuve que constituait l'analyse du sang, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, pour le motif que son utilisation serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Avant d'étudier ces questions, il est nécessaire de dire quelques mots sur la façon d'aborder les droits garantis par la *Charte* et, plus particulièrement, sur la nature du droit que vise à protéger l'art. 8. Les questions touchant l'art. 7 de la *Charte* n'ont pas été abordées, aussi je ne compte pas les examiner.

1988 CanLII 10 (SCC)

General

From the earliest stage of *Charter* interpretation, this Court has made it clear that the rights it guarantees must be interpreted generously, and not in a narrow or legalistic fashion; see *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344. The function of the *Charter*, in the words of the present Chief Justice, then Dickson J., in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 155 "is to provide ... for the unremitting protection of individual rights and liberties". It is a purposive document and must be so construed. That case dealt specifically with s. 8. It underlined that a major, though not necessarily the only, purpose of the constitutional protection against unreasonable search and seizure under s. 8 is the protection of the privacy of the individual; see especially pp. 159-60. And that right, like other *Charter* rights, must be interpreted in a broad and liberal manner so as to secure the citizen's right to a reasonable expectation of privacy against governmental encroachments. Its spirit must not be constrained by narrow legalistic classifications based on notions of property and the like which served to protect this fundamental human value in earlier times.

Indeed, it may be confusing means with ends to view these inherited rights as essentially aimed at the protection of property. The lives of people in earlier times centred around the home and the significant obstacles built by the law against governmental intrusions on property were clearly seen by Coke to be for its occupant's "defence" and "repose"; see *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91 a, 77 E.R. 194, at p. 91 b and p. 195 respectively. Though rationalized in terms of property in the great case of *Entick v. Carrington* (1765), 19 St. Tr. 1029, 2 Wils. K.B. 275, 95 E.R. 807, the effect of the common law right against unreasonable searches and seizures was the protection of individual privacy. Viewed in this light, it should not be cause for surprise that a constitutionally enshrined right against unreasonable search and seizure should be construed in terms of that underlying purpose unrestrained now by the technical

Considérations d'ordre général

Dès le moment où elle a eu à interpréter la *Charte*, la Cour a dit clairement que les droits qu'elle garantit doivent recevoir une interprétation libérale et non étroite ou formaliste; voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344. Le rôle de la *Charte*, pour reprendre les termes du juge Dickson, maintenant Juge en chef, dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 155, est de pourvoir «à la protection constante des droits et libertés individuels». Ce document vise un objet et il doit être interprété en ce sens. Cet arrêt traite spécifiquement de l'art. 8. Il souligne qu'un objet important, mais non nécessairement le seul, de la protection constitutionnelle qu'offre l'art. 8 contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives est la protection de la vie privée des particuliers: voir spécialement les pp. 159 et 160. Et ce droit, à l'instar des autres droits garantis par la *Charte*, doit recevoir une interprétation large et libérale, de manière à garantir au citoyen le droit d'être protégé contre les atteintes du gouvernement à ses attentes raisonnables en matière de vie privée. Son esprit ne doit pas être restreint par des classifications formalistes étroites, fondées sur des notions de propriété ou du même genre, qui ont servi autrefois à protéger cette valeur humaine fondamentale.

En fait, il se peut que percevoir ces droits dont nous avons hérités comme visant essentiellement à protéger la propriété revienne à confondre les moyens et les fins. Autrefois, la vie des gens était centrée autour du domicile et Coke considérait nettement que les grandes barrières érigées en droit pour protéger la propriété contre les intrusions gouvernementales avaient pour but d'assurer la «défense» et la «tranquillité» de ses occupants: voir *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91 a, 77 E.R. 194, aux pp. 91 b et 195 respectivement. Bien que l'on ait tenté de le justifier en termes de propriété dans le grand arrêt *Entick v. Carrington* (1765), 19 St. Tr. 1029, 2 Wils. K.B. 275, 95 E.R. 807, le droit conféré par la *common law* de ne pas être soumis à des fouilles, à des perquisitions et à des saisies abusives, avait pour effet de protéger la vie privée des particuliers. Dans cette optique, il ne devrait pas être surprenant qu'un droit, enchâssé

tools originally devised for securing that purpose. However that may be, this Court in *Hunter v. Southam Inc.* clearly held, in Dickson J.'s words, that the purpose of s. 8 "is . . . to protect individuals from unjustified state intrusions upon their privacy" (*supra*, p. 160) and that it should be interpreted broadly to achieve that end, uninhibited by the historical accoutrements that gave it birth. He put it this way, at p. 158:

> In my view the interests protected by s. 8 are of a wider ambit than those enunciated in *Entick v. Carrington*. Section 8 is an entrenched constitutional provision. It is not therefore vulnerable to encroachment by legislative enactments in the same way as common law protections. There is, further, nothing in the language of the section to restrict it to the protection of property or to associate it with the law of trespass. It guarantees a broad and general right to be secure from unreasonable search and seizure.

It should also be noted that s. 8 does not merely prohibit unreasonable searches and seizures. As Pratte J.A. observed in *Minister of National Revenue v. Kruger Inc.*, [1984] 2 F.C. 535 (C.A.), at p. 548, it goes further and guarantees the right to be secure against unreasonable search and seizure.

The foregoing approach is altogether fitting for a constitutional document enshrined at the time when, Westin tells us, society has come to realize that privacy is at the heart of liberty in a modern state; see Alan F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), pp. 349-50. Grounded in man's physical and moral autonomy, privacy is essential for the well-being of the individual. For this reason alone, it is worthy of constitutional protection, but it also has profound significance for the public order. The restraints imposed on government to pry into the

dans la Constitution, de ne pas être soumis à des fouilles, à des perquisitions et à des saisies abusives, devrait être interprété en fonction de l'objet qui le sous-tend, sans être restreint maintenant par les outils techniques originairement conçus pour garantir la réalisation de cet objet. Quoi qu'il en soit, cette Cour, dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, a clairement jugé, pour reprendre les termes du juge Dickson, que l'art. 8 a pour objet «de protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées de l'État dans leur vie privée» (précité, à la p. 160) et qu'il devait être interprété largement pour réaliser cette fin, sans que l'on soit inhibé par l'attirail historique qui lui a donné naissance. Voici ce qu'il affirme, à la p. 158:

> À mon avis, les droits protégés par l'art. 8 ont une portée plus large que ceux qui sont énoncés dans l'arrêt *Entick v. Carrington*. L'article 8 est une disposition constitutionnelle enchâssée. Les textes législatifs ne peuvent donc pas empiéter sur cet article de la même façon que sur la protection offerte par la *common law*. En outre, le texte de l'article ne le limite aucunement à la protection des biens ni ne l'associe au droit applicable en matière d'intrusion. Il garantit un droit général à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

Il faudrait aussi noter que l'art. 8 ne se contente pas d'interdire les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Comme le juge Pratte le fait observer dans l'arrêt *Ministre du Revenu national c. Kruger Inc.*, [1984] 2 C.F. 535 (C.A.), à la p. 548, il va plus loin et garantit le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

Le point de vue qui précède est tout à fait approprié dans le cas d'un document constitutionnel enchâssé à une époque où, selon ce que nous dit Westin, la société a fini par se rendre compte que la notion de vie privée est au coeur de celle de la liberté dans un État moderne; voir Alan F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), aux pp. 349 et 350. Fondée sur l'autonomie morale et physique de la personne, la notion de vie privée est essentielle à son bien-être. Ne serait-ce que pour cette raison, elle mériterait une protection constitutionnelle, mais elle revêt aussi une importance capitale sur le plan de l'ordre public. L'interdiction qui est faite au gouvernement de s'intéresser de trop près à la

1988 CanLII 10 (SCC)

lives of the citizen go to the essence of a democratic state.

Claims to privacy must, of course, be balanced against other societal needs, and in particular law enforcement, and that is what s. 8 is intended to achieve. As Dickson J. put it in *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*, at pp. 159-60:

> The guarantee of security from unreasonable search and seizure only protects a reasonable expectation. This limitation on the right guaranteed by s. 8, whether it is expressed negatively as freedom from "unreasonable" search and seizure, or positively as an entitlement to a "reasonable" expectation of privacy, indicates that an assessment must be made as to whether in a particular situation the public's interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement.

The first challenge, then, is to find some means of identifying those situations where we should be most alert to privacy considerations. Those who have reflected on the matter have spoken of zones or realms of privacy; see, for example, *Privacy and Computers*, the Report of the Task Force established by the Department of Communications/Department of Justice (1972), especially at pp. 12-14. The report classifies these claims to privacy as those involving territorial or spatial aspects, those related to the person, and those that arise in the information context. All three, it seems to me, are directly implicated in the present case.

As noted previously, territorial claims were originally legally and conceptually tied to property, which meant that legal claims to privacy in this sense were largely confined to the home. But as Westin, *supra*, at p. 363, has observed, "[t]o protect privacy only in the home ... is to shelter what has become, in modern society, only a small part of the individual's daily environmental need for privacy". *Hunter v. Southam Inc.* ruptured the shackles that confined these claims to property. Dickson J., at p. 159, rightly adopted the view

vie des citoyens touche à l'essence même de l'État démocratique.

Naturellement, un équilibre doit être établi entre les revendications en matière de vie privée et les autres exigences de la vie en société, et en particulier celles de l'application de la loi, et c'est justement ce que l'art. 8 vise à réaliser. Comme l'affirme le juge Dickson, dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité, aux pp. 159 et 160:

> La garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ne vise qu'une attente raisonnable. Cette limitation du droit garanti par l'art. 8, qu'elle soit exprimée sous la forme négative, c'est-à-dire comme une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies «abusives», ou sous la forme positive comme le droit de s'attendre «raisonnablement» à la protection de la vie privée, indique qu'il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi.

Alors, le premier défi à relever consiste à trouver le moyen de discerner les cas où nous devrions être le plus sensibles aux considérations de vie privée. Ceux qui ont réfléchi à la question ont parlé de domaines ou de sphères de vie privée; voir, par exemple, *L'ordinateur et la vie privée*, Rapport du groupe d'étude établi conjointement par le ministère des Communications et le ministère de la Justice (1972), spécialement aux pp. 12 à 15. Ce rapport répartit ainsi les revendications en matière de vie privée: celles qui comportent des aspects territoriaux ou spatiaux, celles qui ont trait à la personne et celles qui sont faites dans le contexte informationnel. Toutes ces trois catégories, me semble-t-il, sont directement en cause en l'espèce.

Comme nous l'avons déjà souligné, les revendications d'ordre territorial étaient à l'origine légalement et conceptuellement liées à la propriété, ce qui signifiait que les revendications d'un droit à la vie privée en ce sens étaient, sur le plan juridique, largement confinées au domicile. Mais, comme Westin, précité, à la p. 363, le fait observer, [TRADUCTION] «protéger la vie privée au domicile seulement ... revient à protéger ce qui n'est devenu, dans la société contemporaine, qu'une petite partie du besoin environnemental quotidien de vie privée

1988 CanLII 10 (SCC)

originally put forward by Stewart J. in *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), at p. 351, that what is protected is people, not places. This is not to say that some places, because of the nature of the social interactions that occur there, should not prompt us to be especially alert to the need to protect individual privacy.

This Court has recently dealt with privacy of the person in *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945. The case bears some resemblance to the present one, but there the doctor had taken the blood sample from a patient, who was in an incoherent and delirious state, at the request of a police officer. In holding this action to constitute an unreasonable search and seizure, my colleague Lamer J. underlined the seriousness of a violation of the sanctity of a person's body. It constitutes a serious affront to human dignity. As the Task Force on *Privacy and Computers*, *supra*, put it, at p. 13:

> . . . this sense of privacy transcends the physical and is aimed essentially at protecting the dignity of the human person. Our persons are protected not so much against the physical search (the law gives physical protection in other ways) as against the indignity of the search, its invasion of the person in a moral sense.

Finally, there is privacy in relation to information. This too is based on the notion of the dignity and integrity of the individual. As the Task Force put it (p. 13): "This notion of privacy derives from the assumption that all information about a person is in a fundamental way his own, for him to communicate or retain for himself as he sees fit." In modern society, especially, retention of information about oneself is extremely important. We may, for one reason or another, wish or be compelled to reveal such information, but situations abound where the reasonable expectations of the individual that the information shall remain confidential to the persons to whom, and restricted to the purposes for which it is divulged, must be

de l'individu». L'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* a brisé les entraves qui limitaient ces revendications à la propriété. À la page 159, le juge Dickson a adopté à juste titre le point de vue avancé initialement par le juge Stewart dans l'arrêt *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), à la p. 351, selon lequel ce qui est protégé, ce sont les personnes et non les lieux. Cela ne veut pas dire que certains lieux, en raison de la nature des interactions sociales qui s'y produisent, ne devraient pas nous inciter à être particulièrement sensibles à la nécessité de protéger la vie privée de l'individu.

La Cour a récemment traité du droit à la vie privée de la personne dans l'arrêt *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945. Dans cette affaire qui ressemble quelque peu à celle dont nous sommes présentement saisis, le médecin, à la demande de l'agent de police, avait prélevé l'échantillon de sang d'un patient alors qu'il était dans un état de confusion et de délire. En jugeant que cet acte constituait une fouille et une saisie abusives, mon collègue le juge Lamer a souligné la gravité d'une atteinte à l'intégrité physique d'une personne. Cela constitue une offense grave à la dignité humaine. Comme l'affirme le groupe d'étude dans son rapport intitulé *L'ordinateur et la vie privée*, précité, à la p. 13:

> La vie privée ne s'entend pas ici qu'au sens physique, car il s'agit surtout de sauvegarder la dignité de la personne humaine. La personne est moins protégée contre la perquisition en soi (la loi offre d'autres moyens de protection physique) qu'elle ne l'est contre l'affront, l'intrusion morale qu'elle représente.

Enfin il y a le droit à la vie privée en matière d'information. Cet aspect aussi est fondé sur la notion de dignité et d'intégrité de la personne. Comme l'affirme le groupe d'étude (à la p. 13): «Cette conception de la vie privée découle du postulat selon lequel l'information de caractère personnel est propre à l'intéressé, qui est libre de la communiquer ou de la taire comme il l'entend.» Dans la société contemporaine tout spécialement, la conservation de renseignements à notre sujet revêt une importance accrue. Il peut arriver, pour une raison ou pour une autre, que nous voulions divulguer ces renseignements ou que nous soyons forcés de le faire, mais les cas abondent où on se doit de protéger les attentes raisonnables de l'indi-

1988 CanLII (SCC)

protected. Governments at all levels have in recent years recognized this and have devised rules and regulations to restrict the uses of information collected by them to those for which it was obtained; see, for example, the *Privacy Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 111.

One further general point must be made, and that is that if the privacy of the individual is to be protected, we cannot afford to wait to vindicate it only after it has been violated. This is inherent in the notion of being secure against unreasonable searches and seizures. Invasions of privacy must be prevented, and where privacy is outweighed by other societal claims, there must be clear rules setting forth the conditions in which it can be violated. This is especially true of law enforcement, which involves the freedom of the subject. Here again, Dickson J. made this clear in *Hunter v. Southam Inc.* After repeating that the purpose of s. 8 of the *Charter* was to protect individuals against unjustified state intrusion, he continued at p. 160:

> That purpose requires a means of preventing unjustified searches before they happen, not simply of determining, after the fact, whether they ought to have occurred in the first place. This, in my view, can only be accomplished by a system of prior authorization, not one of subsequent validation. [Emphasis in original.]

He was there speaking of searches, but as I will endeavour to show, the statement applies equally to seizures.

I shall now look more closely at the issues raised by the appellant in the light of these considerations.

Was There a Search or Seizure?

In this case, unlike *Pohoretsky*, where this was conceded, there was no search. The doctor simply collected the blood as it flowed from an open wound and it was later handed over by him to the

vidu que ces renseignements seront gardés confidentiellement par ceux à qui ils sont divulgués, et qu'ils ne seront utilisés que pour les fins pour lesquelles ils ont été divulgués. Tous les paliers de gouvernement ont, ces dernières années, reconnu cela et ont conçu des règles et des règlements en vue de restreindre l'utilisation des données qu'ils recueillent à celle pour laquelle ils le font; voir, par exemple, la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 111.

Une dernière remarque d'ordre général s'impose, à savoir que si le droit à la vie privée de l'individu doit être protégé, nous ne pouvons nous permettre de ne faire valoir ce droit qu'après qu'il a été violé. Cela est inhérent à la notion de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Il faut empêcher les atteintes au droit à la vie privée et, lorsque d'autres exigences de la société l'emportent sur ce droit, il doit y avoir des règles claires qui énoncent les conditions dans lesquelles il peut être enfreint. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne l'application de la loi, qui met en cause la liberté du sujet. Cela aussi, le juge Dickson l'a dit clairement dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* Après avoir répété que l'art. 8 de la *Charte* a pour but de protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées de l'État, il poursuit, à la p. 160:

> Ce but requiert un moyen de prévenir les fouilles et les perquisitions injustifiées avant qu'elles ne se produisent et non simplement un moyen de déterminer, après le fait, si au départ elles devaient être effectuées. Cela ne peut se faire, à mon avis, que par un système d'autorisation préalable et non de validation subséquente. [Souligné dans l'original.]

Il parlait alors de fouilles et de perquisitions mais, comme je vais tenter de le démontrer, cette assertion s'applique également aux saisies.

Je vais maintenant examiner de plus près les questions soulevées par l'appelante en tenant compte de ces facteurs.

Y a-t-il eu fouille ou saisie?

En l'espèce, contrairement à l'affaire *Pohoretsky* où cela avait été concédé, il n'y a pas eu de fouille. Le médecin a simplement recueilli le sang qui s'écoulait d'une plaie ouverte et il a par la suite

police officer. It should be observed, however, that s. 8 of the *Charter* does not protect only against searches, or against seizures made in connection with searches. It protects against searches or seizures. As Errico Co. Ct. J. put it in *Milton v. The Queen* (1985), 16 C.R.R. 215, at p. 226: "The words are used disjunctively and although in instances it is a search and seizure that will be under scrutiny as was the situation in *Southam*, the Charter is worded so that a seizure *simpliciter* could offend against the section." See also *R. v. Dzagic* (1985), 16 C.R.R. 310 (Ont. H.C.), at p. 319.

As I see it, the essence of a seizure under s. 8 is the taking of a thing from a person by a public authority without that person's consent. That is what occurred in *Pohoretsky*, *supra*. The focus of the enquiry in that case was on the actual taking of the blood sample. But one must bear in mind why that was so. In *Pohoretsky*, the blood sample was taken at the request of the police officer. The taking of the blood sample, therefore, immediately triggered s. 8 scrutiny. Section 8 was designed to protect against actions by the state and its agents. Here too the focus of enquiry must be on the circumstances in which the police officer obtained the sample. However, the circumstances under which it was obtained by the doctor are by no means irrelevant.

There was no consent to the taking of the blood sample in this case; Mr. Dyment was unconscious at the time. But even if he had given his consent, I do not think that would have mattered if the consent was restricted to the use of the sample for medical purposes; see *R. v. Griffin* (1985), 22 C.R.R. 303 (Ont. Dist. Ct.) As I have attempted to indicate earlier, the use of a person's body without his consent to obtain information about

remis ce sang à l'agent de police. Toutefois, il faudrait souligner que l'art. 8 de la *Charte* ne protège pas uniquement contre les fouilles ou les perquisitions, ou contre les saisies liées à des fouilles ou à des perquisitions. Il protège contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies. Comme l'a affirmé le juge Errico de la Cour de comté dans l'affaire *Milton v. The Queen* (1985), 16 C.R.R. 215, à la p. 226: [TRADUCTION] «Ces mots sont utilisés de manière disjonctive et bien que dans certains cas comme l'affaire *Southam*, ce soient la fouille et la saisie ou la perquisition et la saisie qui font l'objet de l'examen, le texte de la Charte est formulé de telle sorte que la saisie puisse en elle-même enfreindre l'article.» Voir aussi l'affaire *R. v. Dzagic* (1985), 16 C.R.R. 310 (H.C. Ont.), à la p. 319.

À mon avis, il y a saisie au sens de l'art. 8 lorsque les autorités prennent quelque chose appartenant à une personne sans son consentement. C'est ce qui s'est produit dans l'affaire *Pohoretsky*, précitée. L'examen dans cette affaire était axé sur le prélèvement même de l'échantillon de sang. Mais on doit garder à l'esprit la raison pour laquelle il en a été ainsi. Dans l'affaire *Pohoretsky*, l'échantillon avait été prélevé à la demande de l'agent de police. Le prélèvement de l'échantillon de sang déclenchait donc immédiatement un examen fondé sur l'art. 8. L'article 8 a été conçu pour accorder une protection contre les actions de l'État et de ses mandataires. En l'espèce aussi, l'examen doit être axé sur les circonstances dans lesquelles l'agent de police a obtenu l'échantillon. Toutefois, les circonstances dans lesquelles le médecin l'a obtenu sont loin d'être sans importance.

Il n'y a pas eu de consentement au prélèvement de l'échantillon de sang en l'espèce, car M. Dyment était inconscient au moment où il a été fait. Mais, même s'il avait donné son consentement, je ne pense pas que cela aurait eu de l'importance qu'il ait visé uniquement l'utilisation de l'échantillon à des fins médicales; voir *R. v. Griffin* (1985), 22 C.R.R. 303 (C. dist. Ont.) Comme j'ai tenté de le montrer précédemment, l'utilisation du corps d'une personne, sans son consentement, en vue d'obtenir des renseignements à son sujet, cons-

1988 CanLII 10 (SCC)

him, invades an area of personal privacy essential to the maintenance of his human dignity.

Here of course there was no consent and none could be implied from the circumstances. The simple fact is that Mr. Dyment was brought to the hospital for medical treatment. Whether the actions of the doctor could, in strictness, be justified as an emergency measure necessary for the preservation of the life or health of Mr. Dyment, I need not explore. It was a perfectly reasonable thing for a doctor who had been entrusted with the medical care of a patient to do. However, I would emphasize that the doctor's sole justification for taking the blood sample was that it was to be used for medical purposes. He had no right to take Mr. Dyment's blood for other purposes. I do not wish to put the matter on the basis of property considerations, although it would not be too far-fetched to do so. Some provinces expressly vest the property of blood samples in the hospital, a matter I consider wholly irrelevant. What I wish to emphasize, rather, is that I cannot conceive that the doctor here had any right to take Mr. Dyment's blood and give it to a stranger for purposes other than medical purposes unless the law otherwise required, and any such law, too, would be subject to *Charter* scrutiny. Specifically, I think the protection of the *Charter* extends to prevent a police officer, an agent of the state, from taking a substance as intimately personal as a person's blood from a person who holds it subject to a duty to respect the dignity and privacy of that person.

The Task Force on *Privacy and Computers*, *supra*, pp. 23 *et seq.*, like other similar studies, identified hospitals as one of the specific areas of concern in the protection of privacy. This is scarcely surprising. At one time, medical treatment generally took place in the home, or at the doctor's office, but even then, of course, the confidentiality of the doctor-patient relationship was fully accepted as an important value in our society. This goes

titue une atteinte à une sphère de la vie privée essentielle au maintien de sa dignité humaine.

Il va sans dire qu'en l'espèce aucun consentement n'a été donné et que les circonstances ne permettent pas d'en présumer l'existence. M. Dyment a tout simplement été amené à l'hôpital pour y subir un traitement médical. Je n'ai pas à m'interroger sur le point de savoir si les actes du médecin pourraient, strictement parlant, être justifiés à titre de mesure d'urgence, nécessaire à la préservation de la vie ou de la santé de M. Dyment. Il était parfaitement raisonnable pour un médecin qui s'était vu confier la tâche de soigner un patient d'agir ainsi. Cependant, je me dois de souligner que la seule raison qui justifiait le médecin de recueillir l'échantillon de sang était qu'il devait servir à des fins médicales. Il n'avait pas le droit de recueillir le sang de M. Dyment pour d'autres fins. Je ne souhaite pas analyser la question en fonction de considérations relatives à la propriété, bien que ce ne serait pas trop forcer les choses que de le faire. Certaines provinces attribuent expressément la propriété des échantillons de sang à l'hôpital, ce qui, selon moi, est tout à fait sans importance. Ce que je tiens plutôt à souligner, c'est que je ne puis concevoir que le médecin en l'espèce ait eu le droit de prélever le sang de M. Dyment et de le donner à un étranger pour des fins autres que médicales, à moins d'une exigence contraire de la loi, et toute loi de ce genre serait elle aussi assujettie à un examen en regard de la *Charte*. Plus précisément, je pense que la protection accordée par la *Charte* va jusqu'à interdire à un agent de police, qui est un mandataire de l'État, de se faire remettre une substance aussi personnelle que le sang d'une personne par celui qui la détient avec l'obligation de respecter la dignité et la vie privée de cette personne.

Le rapport du groupe d'étude, intitulé *L'ordinateur et la vie privée*, précité, aux pp. 23 et suiv., à l'instar d'autres études similaires, décrit les hôpitaux comme l'un des sujets de préoccupation spécifiques en matière de protection de la vie privée. Cela n'est guère surprenant. Il fut un temps où les traitements médicaux étaient généralement donnés à la maison ou au cabinet du médecin, mais il va sans dire que, même à cette époque, le caractère

1988 CanLII 10 (SCC)

back as far as the Hippocratic Oath. The *Code of Ethics* of the Canadian Medical Association sets forth, as item 6 of the ethical physician's responsibilities to his patient, that he "will keep in confidence information derived from his patient, or from a colleague, regarding a patient and divulge it only with the permission of the patient except when the law requires him to do so"; see T. D. Marshall, *The Physician and Canadian Law* (2nd ed. 1979), p. 14. This is obviously necessary if one considers the vulnerability of the individual in such circumstances. He is forced to reveal information of a most intimate character and to permit invasions of his body if he is to protect his life or health. Recent trends in health care exacerbate the problems relating to privacy in the medical context, particularly in light of the health-team approach in an institutional setting and modern health information systems. If the health-team approach gives a patient easy access to a wide range of medical services, it inevitably results in the fragmentation of the classical doctor-patient relationship among a team of medical and paramedical personnel. The dehumanization that can result has led some hospitals in the United States to appoint an ombudsman for patients. The *Report of the Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information* (The Krever Commission), 1980, has drawn attention to the problem in the law enforcement context in the following passage, vol. 2, at p. 91:

> ... the primary concern of physicians, hospitals, their employees and other health-care providers must be the care of their patients. It is not an unreasonable assumption to make that persons in need of health care might, in some circumstances, be deterred from seeking it if they believed that physicians, hospital employees and other health-care providers were obliged to disclose confidential health information to the police in those circumstances. A free exchange of information between physicians and hospitals and the police should not be encouraged or permitted. Certainly physicians, hospital employees and other health-care workers ought not to be

confidentiel des rapports entre patient et médecin était parfaitement accepté comme une valeur importante de notre société. Cela remonte aussi loin qu'au serment d'Hippocrate. Le *Code de déontologie* de l'Association médicale canadienne porte, à l'article 6 des responsabilités déontologiques du médecin envers son patient, qu'il doit «respecter les confidences reçues du malade ou d'un confrère et ne divulguer ces renseignements qu'avec la permission du malade, sauf si la loi l'oblige à agir autrement; voir T. D. Marshall, *The Physician and Canadian Law* (2nd ed. 1979), p. 14. Cela est évidemment nécessaire si l'on considère la vulnérabilité de l'individu dans de telles circonstances. Il est forcé de divulguer les renseignements les plus intimes et d'autoriser les atteintes à son intégrité physique s'il veut protéger sa vie ou sa santé. Les tendances récentes en matière de santé ont exacerbé les problèmes relatifs au droit à la vie privée dans le contexte médical, particulièrement si l'on tient compte du concept de l'équipe de santé dans un cadre institutionnel ainsi que des systèmes modernes d'information en matière de santé. Si le concept de l'équipe de santé permet à un patient d'avoir accès facilement à toute une gamme de services médicaux, il en résulte inévitablement que les rapports classiques entre le médecin et le patient sont fragmentés entre les membres de l'équipe formée par le personnel médical et paramédical. La déshumanisation qui peut s'ensuivre a amené certains hôpitaux américains à nommer un ombudsman pour défendre les droits des patients. Le *Report of the Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information* (la commission Krever), 1980, a souligné le problème qui se pose dans le cadre de l'application de la loi, dans le passage suivant, tiré du vol. 2, à la p. 91:

> [TRADUCTION] . . . le souci premier des médecins, des hôpitaux, de leurs employés et des autres dispensateurs de soins de santé doit être le bien de leurs patients. Il n'est pas déraisonnable de présumer que ceux qui ont besoin de soins pourraient, dans certaines circonstances, être dissuadés de chercher à les obtenir s'ils croient que les médecins, les employés d'hôpitaux et les autres dispensateurs de soins de santé sont tenus de divulguer à la police des renseignements confidentiels sur leur santé. Le libre échange de renseignements entre le médecin, l'hôpital et la police ne devrait être ni encouragé ni autorisé. Manifestement, le médecin, les employés d'hô-

1988 CanLII 10 (SCC)

made part of the law enforcement machinery of the state. [Emphasis added.]

Under these circumstances, the demands for the protection of personal privacy become more insistent, a truth that has been recognized by governments. I look upon the *Hospitals Act* and its regulations not so much as justifying the need for privacy in this case but rather as a testimony that such protection is required. Under these circumstances, the courts must be especially alert to prevent undue incursions into the private lives of individuals by loose arrangements between hospital personnel and law enforcement officers. The *Charter*, it will be remembered, guarantees the right to be secure against unreasonable searches and seizures.

In the present case, the Crown submits that the police officer was merely given the evidence following a conversation with the doctor and did not demand it or seize it. This submission suffers from several flaws. To begin with, though we have no evidence to indicate the nature of the "conversation" between the doctor and the officer, I find it hard to believe the doctor merely volunteered it. Like the Krever Commission, I am not, as presently advised, prepared to say that doctors and hospitals should be prohibited from giving information to the police no matter what the circumstances may be. But it is one thing to inform, quite another to supply material which, if used, amounts, in the words of Lamer J. in *Pohoretsky*, *supra*, at p. 949, to conscripting the accused against himself. However, the most important flaw, and the matter that has compelling weight, is that when the officer took the sample from the doctor, he took something that the doctor held for medical purposes only, subject to a well-founded expectation that it was to be kept private. In the circumstances in which it was taken, Mr. Dyment was entitled to a reasonable expectation of privacy. If, as Dickson J. underlined in *Hunter v. Southam Inc.*, s. 8 is intended to protect "people not places", it is equally true that it is intended to protect people not things. In other words, as he indicated, that provision is concerned not merely with the protection of

pitaux et les autres travailleurs de la santé ne doivent pas être intégrés aux mécanismes d'application de la loi de l'État. [Je souligne.]

Dans ces circonstances, les demandes de protection de la vie privée de chacun se font plus pressantes, ce que reconnaissent les gouvernements. Je vois dans la *Hospitals Act* et dans son règlement d'application moins une justification de la nécessité de protéger les renseignements personnels en l'espèce que la preuve de la nécessité d'une telle protection. Dans ces circonstances, les tribunaux doivent veiller tout particulièrement à empêcher les immixtions indues dans la vie privée des particuliers par suite de vagues arrangements pris entre le personnel hospitalier et les agents responsables de l'application de la loi. La *Charte*, on s'en souviendra, garantit le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

En l'espèce, le ministère public soutient que l'élément de preuve a simplement été remis à l'agent de police après sa conversation avec le médecin, et qu'il ne l'a pas demandé ni procédé à sa saisie. Cet argument comporte plusieurs failles. Pour commencer, bien que nous n'ayons aucune preuve de la nature de la «conversation» entre le médecin et l'agent, j'ai peine à croire que le médecin l'ait simplement offert spontanément. À l'instar de la commission Krever, je n'irai pas jusqu'à dire, compte tenu des renseignements dont je dispose, qu'il faut interdire aux médecins et aux hôpitaux de donner des informations à la police quelles que soient les circonstances. Mais c'est une chose que d'informer et c'en est une toute autre que de fournir une substance qui, si utilisée, a pour effet, pour reprendre les termes du juge Lamer dans l'arrêt *Pohoretsky*, précité, à la p. 949, de mobiliser l'accusé contre lui-même. Cependant, la faille la plus importante, et la question décisive, est que lorsque l'agent a reçu l'échantillon des mains du médecin, il a pris quelque chose que le médecin avait en sa possession pour des fins médicales uniquement, sous réserve d'une expectative légitime que cela demeurerait confidentiel. Vu les circonstances dans lesquelles l'échantillon a été recueilli, M. Dyment était en droit de s'attendre raisonnablement à ce que le caractère confidentiel soit préservé. Si, comme le souligne le juge Dick-

1988 CanLII 10 (SCC)

property but with the protection of the privacy interests of individuals from search or seizure. If I were to draw the line between a seizure and a mere finding of evidence, I would draw it logically and purposefully at the point at which it can reasonably be said that the individual had ceased to have a privacy interest in the subject-matter allegedly seized.

son dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, l'art. 8 a pour but de protéger «les personnes et non les lieux», il est également vrai qu'il a pour but de protéger les personnes et non les choses. En d'autres termes, comme il l'a indiqué, cette disposition vise à protéger non seulement la propriété, mais aussi le droit à la vie privée des particuliers contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies. Si je devais tracer la ligne de démarcation entre une saisie et la simple réunion d'éléments de preuve, je la situerais, logiquement et conformément à son objet, au point où on peut raisonnablement affirmer que l'individu n'a plus droit à la préservation du caractère confidentiel de l'objet qui serait saisi.

The present case may usefully be contrasted with *R. v. LeBlanc* (1981), 64 C.C.C. (2d) 31 (N.B.C.A.) There the police, after taking the accused to hospital, obtained a sample of his blood which was found on the front seat of the vehicle. The appellant in the present case observed that there can be no question that in *LeBlanc* it was a reasonable conclusion that the accused had "abandoned his blood", although it seems best to put it in *Charter* terms by saying that he had ceased to have a reasonable expectation of privacy with regard to it. In that case, the evidence was truly 'gathered', not seized. In the present case, however, the respondent may, for some purposes perhaps, be deemed to have impliedly consented to a sample being taken for medical purposes, but he retained an expectation that his privacy interest in the sample continue past the time of its taking. Indeed, the doctor, in extracting the blood, placed himself in a situation where, pursuant to professional ethics and likely to hospital management regulations as well, he was charged with a duty to use the blood only for medical purposes. Under these circumstances, the sample was surrounded by an aura of privacy meriting *Charter* protection. For the state to take it in violation of a patient's right to privacy constitutes a seizure for the purposes of s. 8.

On peut opposer utilement l'espèce à l'affaire *R. v. LeBlanc* (1981), 64 C.C.C. (2d) 31 (C.A.N.-B.) Dans cette affaire, la police, après avoir amené l'accusé à l'hôpital, avait prélevé un échantillon de son sang à même une tâche de sang trouvée sur le siège avant du véhicule. L'appelant, en l'espèce, a fait observer qu'il est incontestable que, dans l'affaire *LeBlanc*, on pouvait raisonnablement conclure que l'accusé avait [TRADUCTION] «abandonné son sang», bien qu'il semble préférable de reprendre les termes de la *Charte*, en affirmant qu'il ne pouvait plus raisonnablement s'attendre à ce qu'on en préserve le caractère confidentiel. Dans cette affaire, l'élément de preuve avait été véritablement «recueilli» et non saisi. En l'espèce cependant, il est possible, à certaines fins peut-être, de présumer que l'intimé a consenti implicitement au prélèvement d'un échantillon pour fins médicales, mais il pouvait toujours s'attendre à ce que son droit à la préservation du caractère confidentiel de l'échantillon subsiste après son prélèvement. D'ailleurs, le médecin, en prélevant le sang, s'est placé dans une situation où, selon les règles déontologiques de sa profession et aussi, vraisemblablement, selon la réglementation de la direction de l'hôpital, il avait l'obligation de n'utiliser le sang qu'à des fins médicales. Dans ces circonstances, une atmosphère de «confidentialité» méritant la protection de la *Charte* entourait l'échantillon. L'État, en en prenant possession contrairement au droit du patient à la vie privée, a procédé à une saisie aux fins de l'art. 8.

I, therefore, conclude that in taking the blood sample, the officer breached Mr. Dyment's privacy interests in it, and so effected a seizure within the meaning of s. 8.

Was the Seizure Unreasonable?

Counsel for the Crown submitted that if the taking by the police constituted a seizure within the meaning of s. 8, it was reasonable even though this might be illegal. This Court has since had occasion to deal with this issue in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265. However, I need not for the purposes of this case consider whether or not the taking of the blood was illegal, since it is clear to me, quite apart from this issue, that the seizure here was not reasonable.

To begin with, I do not accept that the violation of Mr. Dyment's privacy interests was minimal. As I indicated, to use an individual's blood or other bodily substances confided to others for medical purposes for purposes other than these seriously violates the personal autonomy of the individual. In this particular case, the seizure infringed upon all the spheres of privacy already identified, spatial, personal and informational. Under these circumstances, it seems to me that in the absence of pressing necessity, it was unreasonable for the police officer to act as he did. The needs of law enforcement are important, even beneficent, but there is danger when this goal is pursued with too much zeal. Given the danger to individual privacy of an easy flow of information from hospitals and others, the taking by the police of a blood sample from a doctor who has obtained it for medical purposes cannot be viewed as anything but unreasonable in the absence of compelling circumstances of pressing necessity; see *R. v. Santa* (1983), 6 C.R.R. 244 (Sask. Prov. Ct.), at p. 251. The need to follow established rules in cases like this is overwhelming. We would do well to heed the wise and eloquent words of Brandeis J. (dissenting) in *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928), at p. 479: "The greatest dangers to

Par conséquent, je conclus qu'en prenant possession de l'échantillon de sang, l'agent a porté atteinte au droit qu'avait M. Dyment à ce qu'il demeure confidentiel et a ainsi procédé à une saisie au sens de l'art. 8.

La saisie était-elle abusive?

L'avocat du ministère public a fait valoir que si la prise de possession par la police constituait une saisie au sens de l'art. 8, elle était raisonnable même s'il se pouvait qu'elle soit illégale. Cette Cour a depuis eu l'occasion de traiter cette question dans *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265. Cependant, il ne m'est pas nécessaire, aux fins de la présente affaire, d'examiner si le prélèvement de sang était illégal puisqu'il est clair quant à moi, cette question mise tout à fait à part, que la saisie en l'espèce était abusive.

Pour commencer, je n'accepte pas que l'atteinte au droit à la vie privée de M. Dyment a été minimale. Comme je l'ai indiqué, l'utilisation du sang d'une personne, ou d'autres substances corporelles confiées à des tiers pour des fins médicales, à d'autres fins que celles-ci porte gravement atteinte à l'autonomie personnelle de l'individu. Dans ce cas particulier, la saisie a porté atteinte au droit à la vie privée sous tous ses aspects déjà identifiés, savoir les aspects spatiaux, physiques et informationnels. Dans ces circonstances, il me semble qu'en l'absence de nécessité urgente, il était abusif de la part de l'agent de police d'agir comme il l'a fait. La nécessité d'appliquer la loi est importante, voire salutaire, mais il y a danger lorsque cet objectif est poursuivi avec trop de zèle. Compte tenu du danger que représente pour la vie privée des particuliers la libre circulation de renseignements provenant des hôpitaux et des autres, la remise à la police d'un échantillon de sang par le médecin qui l'a obtenu à des fins médicales ne peut être considérée que comme abusive en l'absence d'une nécessité et irrésistible urgence; voir *R. v. Santa* (1983), 6 C.R.R. 244 (C. prov. Sask.), à la p. 251. La nécessité de respecter les règles établies dans des cas comme celui-là est primordiale. Nous ferions bien de tenir compte des propos sages et éloquents tenus par le juge Brandeis (dissident) dans l'arrêt *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928), à la p. 479: [TRADUCTION] «Les plus

1988 CanLII 10 (SCC)

liberty lurk in insidious encroachment by men of zeal, well-meaning but without understanding."

In *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*, at p. 161, this Court expressed the view that "where it is feasible to obtain prior authorization, . . . such authorization is a precondition for a [constitutionally] valid search and seizure" (emphasis added). In the present case, as I observed earlier, the focus is not predominantly on the taking of the sample by the physician, but on its seizure by the police. It seems obvious to me that, assuming adequate cause, the police officer could have obtained a warrant authorizing the seizure of the sample (as happened, for example, in *R. v. Carter* (1982), 144 D.L.R. (3d) 301 (Ont. C.A.)), and there was nothing that could justify his failure to do so. No exigent circumstances existed because the blood had been extracted within the two-hour limit that is said to be essential to an accurate test. Indeed, when the facts are scrutinized, the most probable reason why no warrant was obtained was because the officer lacked the requisite belief that the accused had committed an offence and that the seizure was likely to yield evidence which was probative of that offence. Not only do the circumstances not reveal circumstances capable of justifying the failure to obtain a warrant, but the conduct of the police failed to comport with the minimal constitutional requirement that there be reasonable and probable grounds to believe that the search would yield evidence. As this Court observed in *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*, at pp. 167-68:

The state's interest in detecting and preventing crime begins to prevail over the individual's interest in being left alone at the point where credibly-based probability replaces suspicion. History has confirmed the appropriateness of this requirement as the threshold for subordinating the expectation of privacy to the needs of law enforcement. Where the state's interest is not simply law enforcement as, for instance, where state security is involved, or where the individual's interest is not simply his expectation of privacy as, for instance, when the

grands dangers pour la liberté résident dans les empiétements insidieux de la part d'hommes zélés, de bonne volonté mais inconscients.»

Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité, à la p. 161, cette Cour a exprimé l'avis «qu'une . . . autorisation [préalable], lorsqu'elle peut être obtenue, est une condition préalable de la validité [constitutionnelle] d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie» (je souligne). En l'espèce, comme je l'ai fait observer précédemment, l'accent n'est pas principalement mis sur le prélèvement de l'échantillon par le médecin, mais plutôt sur sa saisie par la police. Il me semble évident qu'en supposant qu'il ait eu un motif suffisant, l'agent de police aurait pu obtenir un mandat autorisant la saisie de l'échantillon (comme cela s'est produit, par exemple, dans l'affaire *R. v. Carter* (1982), 144 D.L.R. (3d) 301 (C.A. Ont.)), et rien ne le justifiait de ne pas l'avoir demandé. Il n'y avait aucune circonstance urgente puisque le sang avait été prélevé à l'intérieur du délai de deux heures que l'on dit essentiel pour obtenir un test précis. En réalité, si on examine les faits de près, on se rend compte que le motif le plus probable pour lequel aucun mandat n'a été obtenu est que l'agent n'avait pas la conviction requise que l'accusé avait commis une infraction et que la saisie serait susceptible de fournir des éléments de preuve établissant l'existence de cette infraction. Non seulement les circonstances ne révèlent-elles pas des conditions pouvant justifier l'omission d'obtenir un mandat, mais encore elles montrent que le policier ne s'est pas conformé à l'exigence constitutionnelle minimale qu'il y ait des motifs raisonnables et probables de croire que la saisie permettrait de réunir des éléments de preuve. Comme la Cour le fait observer dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité, aux pp. 167 et 168:

Le droit de l'État de déceler et de prévenir le crime commence à l'emporter sur le droit du particulier de ne pas être importuné lorsque les soupçons font place à la probabilité fondée sur la crédibilité. L'histoire confirme la justesse de cette exigence comme point à partir duquel les attentes en matière de la vie privée doivent céder le pas à la nécessité d'appliquer la loi. Si le droit de l'État ne consistait pas simplement à appliquer la loi comme, par exemple, lorsque la sécurité de l'État est en cause, ou si le droit du particulier ne correspondait pas

1988 CanLII 10 (SCC)

search threatens his bodily integrity, the relevant standard might well be a different one.

Quite simply, the constitution does not tolerate a "low standard which would validate intrusion on the basis of suspicion, and authorize fishing expeditions of considerable latitude" (*Hunter v. Southam Inc.*, *supra*, at p. 167); if anything, when the search and seizure relates to the integrity of the body rather than the home, for example, the standard is even higher than usual. I have no difficulty concluding that even if the seizure in this case was legal, it was clearly unreasonable in terms of s. 8.

I would add one further thought. In sensitive areas like this, it is important in the interests of law enforcement that there be clear rules for the guidance of police conduct, so as to maintain the support of the citizenry for law enforcement authorities. It is also important for them to know precisely how far they should go for their own protection and guidance. As the Law Reform Commission of Canada states in its *Report on Obtaining Forensic Evidence* (No. 25, 1985), at p. 1:

> Besides protecting those individual interests that are directly threatened by the spectre of unchecked state power and unfettered police discretion, the creation of legal rules is necessary to provide the police with adequate guidance as to how they should conduct criminal investigations, and thereby to ensure that such investigations conform to the standards set by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Should the Evidence Be Excluded?

The factors to be taken into account in determining whether evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter* because it would bring the administration of justice into disrepute have already been set forth by this Court in *R. v. Collins*, *supra*, and I need only examine those that are particularly relevant here.

simplement à ses attentes en matière de vie privée comme, par exemple, lorsque la fouille ou la perquisition menace son intégrité physique, le critère pertinent pourrait fort bien être différent.

Tout simplement, la constitution ne tolère pas un «critère très faible qui permettrait de valider une intrusion commise par suite de soupçons et autoriserait des recherches à l'aveuglette très étendues» (*Hunter c. Southam Inc.*, précité, à la p. 167); si tant est, lorsque la fouille et la saisie mettent en cause l'intégrité physique plutôt que le domicile, par exemple, le critère est encore plus élevé. Je conclus sans difficulté que, même si la saisie en l'espèce était légale, elle était manifestement abusive au sens de l'art. 8.

Et j'ajouterais ceci. Dans des domaines aussi délicats que celui-ci, il importe, dans l'intérêt même de l'application de la loi, qu'il y ait des règles claires pour guider la conduite des policiers, afin que les citoyens continuent d'appuyer les autorités responsables de l'application de la loi. Il est aussi important qu'ils sachent précisément jusqu'où ils peuvent aller, et ce, pour leurs propres protection et gouverne. Comme la Commission de réforme du droit du Canada l'affirme dans son *Rapport sur les techniques d'investigation policière et les droits de la personne* (nº 25, 1985), à la p. 1:

> Si l'institution de règles s'impose à ce chapitre, ce n'est du reste pas seulement en vue de la protection des droits individuels mis directement en péril par le caractère discrétionnaire des pouvoirs conférés à la police, représentante de l'État tout-puissant. En effet, une telle réglementation est par ailleurs indispensable si l'on veut que les agents de la paix connaissent les limites de leurs pouvoirs, et soient ainsi en mesure de veiller à ce que leurs enquêtes satisfassent aux critères énoncés dans la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Devrait-on écarter l'élément de preuve?

La Cour a déjà énoncé, dans l'arrêt *R. c. Collins*, précité, les facteurs dont il faut tenir compte pour décider si un élément de preuve doit être écarté en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, pour le motif qu'il est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, aussi n'ai-je qu'à examiner ceux qui sont particulièrement pertinents en l'espèce.

1988 CanLII 19 (SCC)

The *Charter* breach, in my view, was a very serious one. In *Pohoretsky*, *supra*, at p. 949, Lamer J. observed that "a violation of the sanctity of a person's body is much more serious than that of his office or even of his home". It is true that the police in that case were directly implicated in the invasion of the appellant's body. However, as I earlier indicated, the sense of privacy transcends the physical. The dignity of the human being is equally seriously violated when use is made of bodily substances taken by others for medical purposes in a manner that does not respect that limitation. In my view, the trust and confidence of the public in the administration of medical facilities would be seriously taxed if an easy and informal flow of information, and particularly of bodily substances from hospitals to the police, were allowed. In *R. v. DeCoste* (1983), 60 N.S.R. (2d) 170 (S.C.T.D.), at p. 174, Grant J. stated his belief that "members of the public consider a hospital as a place where the sick and injured are treated and not a place where a doctor would take blood from an unconscious or semi-conscious person for the sole purpose of satisfying the unlawful demand or request of a police officer". I agree, and I do not think they would feel differently about doctors and medical personnel freely handing over blood taken for medical purposes to a police officer or the police officer accepting it when there are well-known and recognized procedures for obtaining such evidence when the police have reasonable and probable grounds for believing a crime has been committed. In such a case, all are implicated in a flagrant breach of personal privacy. Though he spoke in terms of the pre-*Charter* "community shock" test, Mitchell J. in this case was substantially right when he stated at p. 355:

> If the court received evidence obtained by taking a blood sample without consent, medical necessity or lawful authority, and without the police having any probable cause, it would bring the administration of justice into disrepute . . . . What happened here constitutes such a gross violation to the sanctity, integrity and

J'estime qu'il y a eu violation très grave de la *Charte*. Dans l'arrêt *Pohoretsky*, précité, à la p. 949, le juge Lamer fait observer qu'une «violation de l'intégrité physique de la personne humaine est une affaire beaucoup plus grave que celle de son bureau ou même de son domicile». Il est vrai que la police, dans cette affaire, était directement impliquée dans l'atteinte à l'intégrité physique de l'appelant. Toutefois, comme je l'ai indiqué précédemment, la vie privée ne s'entend pas qu'au sens physique. La dignité de l'être humain est tout aussi gravement atteinte lorsqu'il y a utilisation de substances corporelles, recueillies par des tiers à des fins médicales, d'une manière qui ne respecte pas cette limite. À mon avis, la confiance du public dans l'administration des services médicaux serait mise à rude épreuve si l'on devait autoriser la circulation libre et informelle de renseignements, et particulièrement de substances corporelles, des hôpitaux vers la police. Dans l'affaire *R. v. DeCoste* (1983), 60 N.S.R. (2d) 170 (C.S.D.P.I.), à la p. 174, le juge Grant dit penser que [TRADUCTION] «le public considère un hôpital comme un lieu où les malades et les blessés sont traités et non comme un lieu où un médecin prélèverait le sang d'une personne inconsciente ou semi-consciente dans le seul but d'obtempérer à une demande illicite d'un agent de police». Je partage cet avis et je ne pense pas que le sentiment du public serait différent envers les médecins et le personnel médical qui remettraient spontanément du sang, prélevé pour des fins médicales, à un agent de police, ou envers l'agent de police qui l'accepterait, alors qu'il existe une procédure établie et bien connue pour obtenir ce genre d'élément de preuve dans le cas où l'agent a des motifs raisonnables et probables de croire qu'un crime a été commis. Dans un tel cas, ils sont tous impliqués dans une violation flagrante de la vie privée d'une personne. Même s'il s'exprimait en fonction du critère de [TRADUCTION] «l'indignation de la collectivité» appliqué avant la *Charte*, le juge Mitchell a eu essentiellement raison d'affirmer en l'espèce, à la p. 355:

> [TRADUCTION] Si le tribunal reçoit un élément de preuve obtenu grâce au prélèvement d'un échantillon de sang effectué sans qu'il y ait eu consentement, nécessité médicale ni autorisation légale et sans que le policier ait eu des motifs raisonnables de le faire, cela est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice . . . . Ce

1988 CanLII 10 (SCC)

privacy of the appellant's bodily substances and medical records that the community would be shocked and appalled if the court allowed the admission of this evidence in the face of the *Charter*.

Such a practice would bring both the administration of health services and the administration of justice into disrepute.

This is all the more so having regard to the manner in which the sample was obtained — a manner that MacDonald J. regarded as constituting a flagrant breach of the *Charter*. As he put it at p. 218:

> . . . I find that the manner in which the sample was here obtained would bring the administration of justice into disrepute. I have reached this conclusion because I consider the breach of the respondent's Charter rights to have been flagrant. Time was not a factor in this case and there were other investigative techniques that could have been used to obtain the evidence. The blood sample had been taken within the two hour limitation period and there was no evidence that it would be destroyed.

While, as he added, there was no evidence that the respondent's rights were knowingly breached, I agree with him that such lax police procedures cannot be condoned.

Disposition

Under these circumstances, I agree with the courts below that the evidence should be excluded, and I would, therefore, dismiss the appeal.

The judgment of Beetz, Lamer and Wilson JJ. was delivered by

LAMER J.—My brother Justice La Forest has set out the facts, summarized the judgments below and stated the issues to be addressed.

For the reasons given by my brother La Forest J., the fact that the doctor, at the time he remitted the vial to the police, had in his possession the respondent's blood subject to a duty to respect respondent's privacy is sufficient to qualify the

qui s'est produit ici constitue une atteinte à l'inviolabilité, à l'intégrité et au caractère intime des substances corporelles de l'appelant, et des dossiers médicaux, tellement grave que la collectivité serait indignée et consternée si un tribunal admettait cet élément de preuve en dépit de la *Charte*.

Ce genre de pratique est susceptible de déconsidérer à la fois l'administration des services de santé et celle de la justice.

Et cela d'autant plus si l'on s'arrête à la façon dont l'échantillon a été obtenu, que le juge MacDonald a considérée comme constituant une violation flagrante de la *Charte*. Comme il le dit, à la p. 218:

> [TRADUCTION] . . . je constate que la façon dont l'échantillon a été obtenu en l'espèce est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. J'arrive à cette conclusion parce que je considère que l'atteinte aux droits conférés par la Charte à l'intimé était flagrante. Il n'y avait pas urgence en l'espèce et il existait d'autres techniques d'investigation auxquelles on aurait pu avoir recours pour obtenir l'élément de preuve. L'échantillon de sang avait été prélevé à l'intérieur du délai imparti de deux heures et rien n'indiquait qu'il serait détruit.

S'il est vrai, comme il l'ajoute, qu'il n'y a aucune preuve que les droits de l'intimé ont été sciemment violés, je dois convenir avec lui qu'on ne saurait excuser des méthodes aussi relâchées de la part de la police.

Dispositif

Dans ces circonstances, je partage l'avis des tribunaux d'instance inférieure que la preuve devrait être écartée et, par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française du jugement des juges Beetz, Lamer et Wilson rendu par

LE JUGE LAMER—Mon collègue le juge La Forest a exposé les faits, résumé les décisions des tribunaux d'instance inférieure et énoncé les questions qu'il nous faut aborder.

Pour les raisons données par le juge La Forest, le fait qu'au moment où il a remis l'éprouvette à la police, le médecin avait en sa possession du sang de l'intimé, possession assujettie à l'obligation de respecter le droit à la vie privée de ce dernier, est

CanLII 2023

receipt by the police of the vial of blood without the consent of the doctor's patient as being a seizure as that term is meant in s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As it was a warrantless seizure, the evidentiary burden of establishing that it was nevertheless a lawful seizure rested upon the shoulders of the Crown (see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 161). The Crown has not adduced any evidence supportive of that conclusion, and there is no evidence on record in that regard. The seizure was therefore an unlawful one. Furthermore, there was no urgency or any other reason justifying such a seizure without first obtaining a warrant, assuming, of course, that the police officer, after having spoken to the doctor, could bring himself within the conditions required for obtaining a valid warrant. In *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, I (along with the Chief Justice and Justices Wilson and La Forest) was of the view that to be reasonable, a search or seizure had to meet the following requirements (p. 278):

> A search will be reasonable if it is authorized by law, if the law itself is reasonable and if the manner in which the search was carried out is reasonable.

The fact that the seizure in this case was unlawful, in my view, ends the enquiry as to whether the search was an unreasonable one. The only issue left is whether the evidence should be excluded. For the reasons given by my brother La Forest J., I am of the view that this is a case where the evidence must be excluded and the appeal dismissed.

The following are the reasons delivered by

McINTYRE J. (dissenting)—I have had the advantage of reading the reasons for judgment prepared in this appeal by my colleagues, Justices La Forest and Lamer. I am unable, however, with great deference to their views, to agree with their judgments.

The facts have been recited by La Forest J. and they reveal that the doctor without consent took free-flowing blood from the unconscious respondent for medical purposes. He later gave the blood to the police officer. There is no evidence as to

suffisant pour considérer que la prise de possession par la police de l'éprouvette contenant le sang du patient sans son consentement constitue une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Comme il s'agissait d'une saisie sans mandat, la charge de présentation établissant que la saisie était néanmoins légale incombait au ministère public (voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 161). Le ministère public n'a présenté aucune preuve appuyant cette conclusion et le dossier ne contient aucun élément de preuve à cet égard. La saisie était donc illégale. En outre, il n'y avait pas d'urgence ni aucune autre raison d'effectuer cette saisie sans avoir obtenu préalablement un mandat, à supposer, bien sûr, que l'agent de police, après avoir parlé au médecin, pouvait satisfaire aux conditions requises pour obtenir un mandat valide. Dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, j'ai (conjointement avec le Juge en chef et les juges Wilson et La Forest) exprimé l'avis que pour qu'une fouille, une perquisition ou une saisie ne soit pas abusive, elle doit satisfaire aux exigences suivantes (à la p. 278):

> Une fouille ne sera pas abusive si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même n'a rien d'abusif et si la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive.

Le fait que la saisie est illégale en l'espèce répond à la question de savoir si la fouille était abusive. Il reste seulement à déterminer si la preuve devrait être écartée. Pour les raisons données par mon collègue le juge La Forest, je suis d'avis qu'il s'agit d'un cas où la preuve doit être écartée et le pourvoi rejeté.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE McINTYRE (dissident)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs que mes collègues les juges La Forest et Lamer ont rédigés en l'espèce. Toutefois, avec les plus grands égards pour leur point de vue, je suis incapable d'y souscrire.

Les faits exposés par le juge La Forest révèlent que le médecin, sans le consentement de l'intimé qui était inconscient, a prélevé, à des fins médicales, un échantillon du sang qui coulait d'une plaie. Il a par la suite remis le sang à l'agent de police.

1988 CanLII 09 (SCC)

what passed between the doctor and the police officer and no inference adverse to the officer may be drawn. The evidence does disclose, however, that the officer did not request the taking of the blood sample and he did not see the doctor take it.

I agree with La Forest J. that there was no search here. If there was a wrongful seizure, it was made by the doctor and there is no evidence which would implicate the police officer. The sole question here is whether the evidence of the blood analysis, because of the improper disposition of this blood sample by the doctor, should be excluded. It may only be excluded if its admission would bring the administration of justice into disrepute.

It should be observed that Dyment was charged with having care and control of a motor vehicle having consumed alcohol in such quantity that the proportion thereof in his blood exceeded 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood. The sample would have been decisive in this case.

I am unable to consider that the admission of this evidence would bring the administration of justice into disrepute. No misconduct is shown against the police officer and there is nothing to indicate any bad faith on his part. Any wrongful seizure by the doctor or any wrongful dealing with the sample may be put at his door, but there is nothing to show impropriety on the part of the police. Indeed, having received "real evidence" decisive of the issue in the case it was his duty to tender it in evidence. In this, I would refer to the reasons of the Chief Justice in *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548, in reaching a similar conclusion relating to the exclusion of evidence under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I would allow the appeal and restore the conviction.

Appeal dismissed, MCINTYRE J. *dissenting.*

Solicitor for the appellant: Darrell E. Coombs, Charlottetown.

Solicitor for the respondent: John W. Maynard, O'Leary.

Aucune preuve n'indique ce qui s'est passé entre le médecin et l'agent de police et aucune déduction défavorable à l'agent de police ne peut être faite. La preuve révèle cependant que l'agent n'avait pas demandé le prélèvement d'un échantillon de sang et qu'il n'a pas vu le médecin le prélever.

Je partage l'opinion du juge La Forest qu'il n'y a eu aucune fouille en l'espèce. S'il y a eu saisie illégale, c'est le médecin qui l'a faite, et il n'y a aucune preuve qui impliquerait l'agent de police. La seule question en l'espèce est de savoir si, en raison de l'utilisation irrégulière de l'échantillon de sang par le médecin, la preuve de l'analyse du sang devrait être écartée. Elle ne peut être écartée que si son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Il convient de souligner que Dyment a été accusé d'avoir eu la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors qu'il avait consommé une quantité d'alcool telle que son alcoolémie dépassait 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang. L'échantillon aurait été déterminant dans ce cas.

Je ne peux conclure que l'admission de cette preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Rien n'indique que l'agent de police se soit mal conduit ni qu'il ait fait preuve de mauvaise foi. On peut attribuer au médecin une saisie illégale ou un traitement irrégulier de l'échantillon, mais rien ne peut être reproché à l'agent de police. En effet, ayant obtenu une «preuve matérielle», déterminante quant à la question en litige, il lui incombait de la produire en preuve. À cet égard, je renvoie aux motifs du Juge en chef dans l'arrêt *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548, pour rendre une décision semblable concernant l'irrecevabilité d'éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité.

Pourvoi rejeté, le juge MCINTYRE *est dissident.*

Procureur de l'appelante: Darrell E. Coombs, Charlottetown.

Procureur de l'intimé: John W. Maynard, O'Leary.

1988 CanLII 10 (SCC)

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

James Keegstra *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General of Manitoba, the Canadian Jewish Congress, the League for Human Rights of B'nai Brith, Canada, Interamicus, the Women's Legal Education and Action Fund and the Canadian Civil Liberties Association *Interveners*

INDEXED AS: R. *v.* KEEGSTRA

File No.: 21118.

1989: December 5, 6; 1990: December 13.

Present: Dickson C.J.* and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Hate propaganda — Criminal Code prohibiting wilful promotion of hatred against identifiable groups (s. 319(2)) — Defence of truth to be established by accused on balance of probabilities (s. 319(3)(a)) — Whether s. 319(2) of Code infringes s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter.

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Reverse onus provision — Criminal Code prohibiting wilful promotion of hatred against identifiable groups (s. 319(2)) — Defence of truth to be established by accused on balance of probabilities (s. 319(3)(a)) — Whether s. 319(3)(a) of Code infringes s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter.

* Chief Justice at the time of hearing.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

James Keegstra *Intimé*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général du Manitoba, le Congrès juif canadien, la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith, Canada, Interamicus, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et l'Association canadienne des libertés civiles *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* KEEGSTRA

N° du greffe: 21118.

1989: 5, 6 décembre; 1990: 13 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson* et les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et McLachlin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Propagande haineuse — Fomentation volontaire de la haine contre des groupes identifiables interdite par le Code criminel (art. 319(2)) — Moyen de défense de véracité à établir par l'accusé selon la prépondérance des probabilités (art. 319(3)a)) — L'article 319(2) du Code viole-t-il l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Renversement du fardeau de la preuve — Fomentation volontaire de la haine contre des groupes identifiables interdite par le Code criminel (art. 319(2)) — Moyen de défense de véracité à établir par l'accusé selon la prépondérance des probabilités (art. 319(3)a)) — L'article 319(3)a) du Code viole-t-il l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

* Juge en chef à la date de l'audition.

1990 CanLII 24 (SCC)

Constitutional law — Charter of Rights — Reasonable limits — General approach to s. 1 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

The accused, an Alberta high school teacher, was charged under s. 319(2) of the *Criminal Code* with wilfully promoting hatred against an identifiable group by communicating anti-semitic statements to his students. Prior to his trial, the accused applied to the Court of Queen's Bench for an order quashing the charge. The court dismissed the application on the ground that s. 319(2) of the *Code* did not violate freedom of expression as guaranteed by s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The court, for want of proper notice to the Crown, did not entertain the accused's argument that s. 319(3)(*a*) of the *Code* violated the presumption of innocence protected by s. 11(*d*) of the *Charter*. Section 319(3)(*a*) affords a defence of "truth" to the wilful promotion of hatred but only where the accused proves the truth of the communicated statements on a balance of probabilities. The accused was thereafter tried and convicted. On appeal the accused's *Charter* arguments were accepted, the Court of Appeal holding that ss. 319(2) and 319(3)(*a*) infringed ss. 2(*b*) and 11(*d*) of the *Charter* respectively, and that the infringements were not justifiable under s. 1 of the *Charter*.

Held (La Forest, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be allowed. Sections 319(2) and 319(3)(*a*) of the *Code* are constitutional.

(1) *Freedom of Expression*

Per Dickson C.J. and Wilson, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: Communications which wilfully promote hatred against an identifiable group are protected by s. 2(*b*) of the *Charter*. When an activity conveys or attempts to convey a meaning, through a non-violent form of expression, it has expressive content and thus falls within the scope of the word "expression" as found in the guarantee. The type of meaning conveyed is irrelevant. Section 2(*b*) protects all content of expression. In enacting s. 319(2) of the *Code*, Parliament sought to prohibit communications which convey meaning. Section 319(2), therefore, represents an infringement of s. 2(*b*).

Communications which are intended to promote hatred against identifiable groups do not fall within the ambit of a possible s. 2(*b*) exception concerning expression manifested in a violent form. This exception refers only to expression communicated directly through physi-

Droit constitutionnel — Charte des droits — Limites raisonnables — Façon générale d'aborder l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés.

L'accusé, un professeur d'école secondaire en Alberta, a été inculpé en vertu du par. 319(2) du *Code criminel* d'avoir volontairement fomenté la haine contre un groupe identifiable en faisant à ses élèves des déclarations antisémites. Avant son procès, l'accusé a demandé à la Cour du Banc de la Reine de rendre une ordonnance annulant l'accusation. La cour a rejeté cette demande au motif que le par. 319(2) du *Code* ne portait pas atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Comme le ministère public n'avait pas reçu l'avis voulu, la cour n'a pas examiné l'argument de l'accusé selon lequel l'al. 319(3)*a*) du *Code* viole la présomption d'innocence consacrée à l'al. 11*d*) de la *Charte*. L'alinéa 319(3)*a*) prévoit un moyen de défense fondé sur la «véracité» de l'accusation de fomentation volontaire de la haine, mais seulement si l'accusé prouve, selon la prépondérance des probabilités, la véracité des déclarations communiquées. L'accusé a par la suite subi son procès et a été reconnu coupable. En appel, les arguments de l'accusé fondés sur la *Charte* ont été retenus, la Cour d'appel statuant que le par. 319(2) et l'al. 319(3)*a*) violaient respectivement les al. 2*b*) et 11*d*) de la *Charte* et que ces violations ne pouvaient se justifier aux termes de l'article premier de la *Charte*.

Arrêt (les juges La Forest, Sopinka et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est accueilli. Le paragraphe 319(2) et l'al. 319(3)*a*) du *Code* sont constitutionnels.

(1) *La liberté d'expression*

Le juge en chef Dickson et les juges Wilson, L'Heureux-Dubé et Gonthier: Les communications constituant une fomentation volontaire de la haine contre un groupe identifiable sont protégées par l'al. 2*b*) de la *Charte*. Lorsqu'une activité transmet ou tente de transmettre une signification par une forme d'expression non violente, elle a un contenu expressif et relève en conséquence du champ du mot «expression» utilisé dans la garantie. Le type de signification transmise n'a aucune pertinence. L'alinéa 2*b*) protège tout contenu de l'expression. Le Parlement a tenté, par l'adoption du par. 319(2) du *Code*, d'interdire des communications qui transmettent une signification. Le paragraphe 319(2) représente donc une violation de l'al. 2*b*).

Les communications qui sont destinées à fomenter la haine contre des groupes identifiables ne relèvent pas de l'exception possible à l'al. 2*b*) que pourrait constituer l'expression se manifestant sous une forme violente. Cette exception ne s'applique qu'à l'expression manifes-

© CanLII 2014 (SCC)

cal harm. Hate propaganda is not analogous to violence. It conveys a meaning that is repugnant, but the repugnance stems from the content of the message and not from its form. As for threats of violence, they are not excluded from the definition of expression envisioned by s. 2(*b*).

Sections 15 and 27 of the *Charter*, which deal with equality and multiculturalism, and the international agreements signed by Canada on the prohibition of racist statements, should not be used to interpret the scope of s. 2(*b*). It is inappropriate to attenuate the s. 2(*b*) freedom on the grounds that a particular context so requires. The large and liberal interpretation given to freedom of expression indicates that the preferable course is to weigh the various contextual values and factors in s. 1 of the *Charter*. This section both guarantees and limits *Charter* rights and freedoms by reference to principles fundamental in a free and democratic society.

Section 319(2) of the *Code* constitutes a reasonable limit upon freedom of expression. Parliament's objective of preventing the harm caused by hate propaganda is of sufficient importance to warrant overriding a constitutional freedom. Parliament has recognized the substantial harm that can flow from hate propaganda and, in trying to prevent the pain suffered by target group members and to reduce racial, ethnic and religious tension and perhaps even violence in Canada, has decided to suppress the wilful promotion of hatred against identifiable groups. Parliament's objective is supported not only by the work of numerous study groups, but also by our collective historical knowledge of the potentially catastrophic effects of the promotion of hatred. Additionally, the international commitment to eradicate hate propaganda and Canada's commitment to the values of equality and multiculturalism in ss. 15 and 27 of the *Charter* strongly buttress the importance of this objective.

Section 319(2) of the *Code* is an acceptably proportional response to Parliament's valid objective. There is obviously a rational connection between the criminal prohibition of hate propaganda and the objective of protecting target group members and of fostering harmonious social relations in a community dedicated to equality and multiculturalism. Section 319(2) serves to illustrate to the public the severe reprobation with which society holds messages of hate directed towards racial and religious groups. It makes that kind of expression less attractive and hence decreases acceptance of its content. Section 319(2) is also a means by which the

tée directement par un préjudice corporel. La propagande haineuse n'est pas analogue à la violence. Elle transmet un message offensant, mais le caractère offensant tient au contenu du message et non à sa forme. Quant aux menaces de violence, elles ne sont pas exclues de la définition de l'expression envisagée à l'al. 2*b*).

Il n'y a pas lieu, pour déterminer la portée de l'al. 2*b*), d'avoir recours aux art. 15 et 27 de la *Charte*, qui concernent l'égalité et le multiculturalisme, ni aux conventions internationales signées par le Canada sur la prohibition de déclarations racistes. Il n'y a pas lieu non plus d'affaiblir la liberté garantie par l'al. 2*b*) pour le motif qu'un contexte particulier l'exige, car suivant l'interprétation large et libérale donnée à la liberté d'expression, il est préférable de soupeser les divers facteurs et valeurs contextuels aux fins de l'article premier de la *Charte*. Cet article garantit et limite à la fois les droits et libertés garantis par la *Charte* en faisant appel aux principes qui sont fondamentaux dans une société libre et démocratique.

Le paragraphe 319(2) du *Code* constitue une limite raisonnable imposée à la liberté d'expression. L'objectif visé par le législateur de prévenir le mal causé par la propagande haineuse est d'une importance suffisante pour justifier la suppression d'une liberté garantie par la Constitution. Le législateur a reconnu le préjudice réel pouvant découler de la propagande haineuse et, cherchant à empêcher que des membres d'un groupe cible en souffrent et à réduire la tension—et peut-être même la violence—raciale, ethnique et religieuse au Canada, a décidé d'éliminer la fomentation volontaire de la haine contre des groupes identifiables. L'objectif du Parlement est appuyé non seulement par les travaux de nombreux groupes d'étude, mais aussi par notre connaissance historique collective des effets potentiellement catastrophiques de la fomentation de la haine. Qui plus est, l'engagement international d'éliminer la propagande haineuse ainsi que l'engagement envers l'égalité et le multiculturalisme manifesté par le Canada dans les art. 15 et 27 de la *Charte* étayent fortement l'importance de cet objectif.

Le paragraphe 319(2) du *Code* a un degré acceptable de proportionnalité avec l'objectif valable du Parlement. Il existe manifestement un lien rationnel entre l'interdiction pénale de la propagande haineuse et l'objectif de protéger les membres du groupe cible et de favoriser des relations sociales harmonieuses au sein d'une collectivité qui croit fermement à l'égalité et au multiculturalisme. Le paragraphe 319(2) sert à montrer au public le profond sentiment de réprobation de la société à l'égard de messages haineux visant des groupes raciaux et religieux. Il rend ce genre d'expression moins attrayant et diminue en conséquence l'acceptation de son contenu.

1990 CanLII 24 (SCC)

values beneficial to a free and democratic society in particular, the value of equality and the worth and dignity of each human person can be publicized.

Section 319(2) of the *Code* does not unduly impair freedom of expression. This section does not suffer from overbreadth or vagueness; rather, the terms of the offence indicate that s. 319(2) possesses definitional limits which act as safeguards to ensure that it will capture only expressive activity which is openly hostile to Parliament's objective, and will thus attack only the harm at which the prohibition is targeted. The word "wilfully" imports into the offence a stringent standard of *mens rea* which significantly restricts the reach of s. 319(2) by necessitating the proof of either an intent to promote hatred or knowledge of the substantial certainty of such a consequence. The word "hatred" further reduces the scope of the prohibition. This word, in the context of s. 319(2), must be construed as encompassing only the most severe and deeply felt form of opprobrium. Further, the exclusion of private communications from the scope of s. 319(2), the need for the promotion of hatred to focus upon an identifiable group and the presence of the s. 319(3) defences, which clarify the scope of s. 319(2), all support the view that the impugned section creates a narrowly confined offence. Section 319(2) is not an excessive impairment of freedom of expression merely because the defence of truth in s. 319(3)(*a*) does not cover negligent or innocent error as to the truthfulness of a statement. Whether or not a statement is susceptible to classification as true or false, such error should not excuse an accused who has wilfully used a statement in order to promote hatred against an identifiable group. Finally, while other non-criminal modes of combatting hate propaganda exist, it is eminently reasonable to utilize more than one type of legislative tool in working to prevent the spread of racist expression and its resultant harm. To send out a strong message of condemnation, both reinforcing the values underlying s. 319(2) and deterring the few individuals who would harm target group members and the larger community by communicating hate propaganda, will occasionally require use of the criminal law.

The effects of s. 319(2) are not of such a deleterious nature as to outweigh any advantage gleaned from the limitation of s. 2(*b*). The expressive activity at which s. 319(2) is aimed constitutes a special category, a category only tenuously connected with the values underlying

Le paragraphe 319(2) est en outre un moyen de faire connaître les valeurs bénéfiques à une société libre et démocratique, notamment l'égalité ainsi que la valeur et la dignité de chaque être humain.

Le paragraphe 319(2) du *Code* ne porte pas indûment atteinte à la liberté d'expression. Il ne pèche ni par une portée excessive ni par l'imprécision. Au contraire, les conditions de l'infraction indiquent que le par. 319(2) comporte une définition restrictive qui assure qu'il ne touchera que l'activité expressive qui s'oppose ouvertement à l'objectif du législateur et vise donc uniquement le mal qui fait l'objet de l'interdiction. Le mot «volontairement» introduit dans l'infraction une norme stricte en matière de *mens rea* qui réduit sensiblement la portée du par. 319(2) en exigeant la preuve de l'intention de fomenter la haine ou de la conscience de la forte probabilité d'une telle conséquence. Le mot «haine» vient limiter davantage la portée de l'interdiction. Dans le contexte du par. 319(2), ce mot doit s'interpréter comme se limitant à l'opprobre le plus marqué et le plus profondément ressenti. De plus, le fait que le par. 319(2) exclut la conversation privée de son champ d'application, le fait qu'il exige que la fomentation de la haine vise un groupe identifiable et le fait que divers moyens de défense sont prévus au par. 319(3) et précisent ainsi la portée du par. 319(2), sont tous des facteurs qui étayent l'opinion que le paragraphe contesté crée une infraction aux limites étroites. Le fait que la défense de véracité prévue à l'al. 319(3)*a*) ne prévoit pas le cas de l'erreur négligente ou innocente quant à la vérité d'une déclaration ne signifie pas que le par. 319(2) constitue une atteinte excessive à la liberté d'expression. Qu'une déclaration puisse ou non être qualifiée de vraie ou de fausse, une telle erreur ne devrait pas excuser un accusé qui s'est volontairement servi d'une déclaration afin de fomenter la haine contre un groupe identifiable. Enfin, bien qu'il existe d'autres moyens, non pénaux, de lutte contre la propagande haineuse, il est éminemment raisonnable de recourir à plus d'un type d'instrument législatif pour chercher à empêcher la diffusion de l'expression raciste et le préjudice qui en résulte. L'expression non équivoque de la réprobation, servant à la fois au renforcement des valeurs sous-jacentes au par. 319(2) et à la dissuasion de quelques individus qui feraient du tort aux membres d'un groupe cible et à l'ensemble de la collectivité par la communication de propagande haineuse, nécessitera parfois le recours au droit criminel.

Les effets du par. 319(2) ne sont pas à ce point préjudiciables qu'ils l'emportent sur tout avantage tiré de la restriction imposée à l'al. 2*b*). L'activité expressive que vise le par. 319(2) tombe dans une catégorie spéciale, qui n'a qu'un faible lien avec les valeurs qui

1990 CanLII 24 (SCC)

the guarantee of freedom of expression. Hate propaganda contributes little to the aspirations of Canadians or Canada in either the quest for truth, the promotion of individual self-development or the protection and fostering of a vibrant democracy where the participation of all individuals is accepted and encouraged. Moreover, the narrowly drawn terms of s. 319(2) and its defences prevent the prohibition of expression lying outside of this narrow category. Consequently, the suppression of hate propaganda represents an impairment of the individual's freedom of expression which is not of a most serious nature.

Per La Forest, Sopinka McLachlin JJ. (dissenting): Section 319(2) of the *Code* infringes the guarantee of freedom of expression. Where, as in this case, an activity conveys or attempts to convey a meaning or message through a non-violent form of expression, this activity falls within the sphere of the conduct protected by s. 2(*b*). This section protects all content of expression irrespective of the meaning or message sought to be conveyed, no matter how offensive it may be. The government's purpose in enacting s. 319(2) was to restrict freedom of expression by curtailing what people may say. Section 319(2), therefore, imposes a limit on s. 2(*b*).

The promotion of hatred in this case does not assume a form which falls outside the protected sphere of s. 2(*b*). The accused's communications were offensive and propagandistic, but they do not constitute threats in the usual sense of that word. The accused's statements did not urge violence against the Jewish people. They were not made with the intention and do not have the effect of compelling Jewish people or anyone else to do one thing or another. Nor do the accused's statements constitute violence. Violence, as discussed in *Dolphin Delivery* and *Irwin Toy*, connotes actual or threatened physical interference with the activities of others. Moreover, statements promoting hatred are not akin to threats or violence. There is nothing in the form of such statements which subverts democracy or our basic freedoms in the way in which violence or threats of violence may. Finally, to suggest that speech, like hate propaganda, which undermines the credibility of speakers belonging to particular groups does not fall within s. 2(*b*) of the *Charter*, is to remove from the protection of the *Charter* an enormous amount of speech which has long been accepted as important and valuable.

sous-tendent la garantie de la liberté d'expression. La propagande haineuse apporte peu aux aspirations des Canadiens ou du Canada, que ce soit dans la recherche de la vérité, dans la promotion de l'épanouissement personnel ou dans la protection et le développement d'une démocratie dynamique qui accepte et encourage la participation de tous. En outre, la portée étroite du par. 319(2) ainsi que les moyens de défense prévus empêchent l'interdiction de l'expression qui ne relève pas de cette catégorie restreinte. Par conséquent, la suppression de la propagande haineuse ne représente pas une atteinte des plus graves à la liberté d'expression de l'individu.

Les juges La Forest, Sopinka et McLachlin (dissidents): Le paragraphe 319(2) du *Code* viole la garantie de la liberté d'expression. Lorsque, comme en l'espèce, une activité transmet ou tente de transmettre une signification ou un message par une forme d'expression non violente, cette activité relève de la sphère des conduites protégées par l'al. 2*b*). Celui-ci protège tout le contenu de l'expression, si offensant qu'il puisse être, sans égard à la signification ou au message que l'on tente de transmettre. Par l'adoption du par. 319(2), le gouvernement visait à limiter la liberté d'expression en imposant des restrictions à ce qu'on peut dire. Le paragraphe 319(2) impose donc une restriction à l'al. 2*b*).

En l'espèce, la fomentation de la haine ne revêt pas une forme qui est exclue de la sphère de protection de l'al. 2*b*). Les communications de l'accusé sont offensantes et tiennent de la propagande, mais elles ne constituent pas des menaces au sens courant du terme. Elles n'incitent pas à la violence contre les juifs. Elles n'ont pas été avancées avec l'intention, et elles n'ont pas pour effet, d'astreindre les juifs ou qui que ce soit d'autre à une certaine conduite. Les déclarations de l'accusé ne constituent pas non plus de la violence. La violence dont parlent les arrêts *Dolphin Delivery* et *Irwin Toy* connote une ingérence ou une menace d'ingérence matérielle réelle dans les activités d'autrui. De plus, les déclarations fomentant la haine ne s'apparentent pas à des menaces ni à la violence. Rien dans la forme de ces déclarations ne subvertit la démocratie ou nos libertés fondamentales de la manière que peuvent le faire la violence ou les menaces de violence. Finalement, prétendre que l'al. 2*b*) de la *Charte* ne s'applique pas à l'expression qui, comme la propagande haineuse, mine le crédit de personnes qui s'expriment et appartiennent à des groupes déterminés, revient à priver de la protection de la *Charte* une quantité énorme d'expressions dont l'importance et la valeur sont reconnues depuis longtemps.

1990 CanLII 24 (SCC)

Sections 15 and 27 of the *Charter* and the international convenants signed by Canada on the prohibition of racism do not reduce the scope of expression protected by s. 2(*b*) so as to exclude the accused's statements. First, to do so would be to exclude statements from the protection of s. 2(*b*) on the basis of their content, an approach which this Court has rejected. Second, given that the protection under s. 2(*b*) is aimed at protecting individuals from having their expression infringed by the government, it would be a misapplication of *Charter* values to thereby limit the scope of that individual guarantee with an argument based on s. 15, which is also aimed at circumscribing the power of the state. Third, it would be extremely difficult to balance in the abstract conflicting values such as equality and multiculturalism against freedom of expression. Assuming such balancing were to be done, it would be more appropriately made under s. 1 of the *Charter* than under s. 2(*b*). Fourth, Canada's international obligations, and the accords negotiated between international governments, may well be helpful in placing *Charter* interpretation in a larger context but these obligations are not determinative or limitative of the scope of the *Charter* guarantees. The provisions of the *Charter*, though drawing on a political and social philosophy shared with other democratic societies, are uniquely Canadian. As a result, considerations may point, as they do in this case, to a conclusion regarding a rights violation which is not necessarily in accord with those international covenants. Unlike the international covenants, which exclude hate propaganda from the guarantee of speech, the *Charter* posits a broad and unlimited right of expression under s. 2(*b*), a right which can only be cut back under s. 1.

Section 2(*b*) does not protect only justified or meritorious expression. Historical legal limitations on expression which conflict with the larger Canadian conception of free speech must be rejected. While in this case it may be easy to achieve near-unanimous consensus that the statements contribute nothing positive to our society, experience shows that in other cases it may be difficult to draw the line between speech which has value to democracy or social issues and speech which does not. Attempts to confine the guarantee of free expression only to content which is judged to possess redeeming value or to accord with the accepted values strike at the very essence of the value of the freedom, reducing the realm of protected discussion to that which is comfortable and compatible with current conceptions. If the guarantee of free expression is to be meaningful, it

Ni les art. 15 et 27 de la *Charte* ni les conventions internationales signées par le Canada qui interdisent le racisme ne réduisent le champ de l'expression protégée par l'al. 2*b*) de manière à en exclure les déclarations de l'accusé. Premièrement, cela reviendrait à refuser la protection de l'al. 2*b*) à certaines déclarations à cause de leur contenu, idée que la Cour a rejetée. Deuxièmement, vu que la garantie de l'al. 2*b*) vise à protéger les individus contre l'atteinte à leur liberté d'expression par le gouvernement, ce serait une application erronée des valeurs de la *Charte* de limiter la portée de la garantie donnée à l'individu avec une argumentation fondée sur l'art. 15 qui vise également à circonscrire les pouvoirs de l'État. Troisièmement, il serait extrêmement difficile d'apprécier dans l'abstrait l'importance relative de valeurs opposées telles que l'égalité et le multiculturalisme d'une part et la liberté d'expression d'autre part. À supposer que cette évaluation se fasse, il conviendrait mieux de la faire en vertu de l'article premier de la *Charte* qu'en vertu de l'al. 2*b*). Quatrièmement, les obligations internationales du Canada et les accords négociés entre gouvernements nationaux peuvent être utiles pour élargir le contexte de l'interprétation de la *Charte*, mais ces obligations ne permettent pas de définir ni de limiter la portée des garanties énoncées dans la *Charte*. Les dispositions de la *Charte*, quoiqu'inspirées par une philosophie politique et sociale partagée avec d'autres sociétés démocratiques, sont particulières au Canada. En conséquence, diverses considérations peuvent mener, comme en l'espèce, à une conclusion concernant une violation des droits qui n'est pas nécessairement en accord avec ces conventions internationales. À la différence des conventions internationales qui excluent la propagande haineuse de la garantie de la liberté d'expression, la *Charte* prévoit à l'al. 2*b*) un droit large et illimité à l'expression, qui ne peut être réduit qu'en vertu de l'article premier.

L'alinéa 2*b*) ne protège pas seulement l'expression justifiée ou méritoire. On ne peut admettre que l'expression soit soumise à des restrictions juridiques historiques lorsque celles-ci entrent en conflit avec la conception canadienne plus large de la liberté de parole. Bien qu'il puisse être facile en l'espèce d'arriver au consensus presque unanime que les déclarations en cause n'apportent rien de positif à notre société, l'expérience montre que dans d'autres cas il peut être difficile de tracer une ligne de démarcation entre l'expression qui a une valeur pour la démocratie ou la discussion de questions sociales, et celle qui n'en a pas. Les tentatives de limiter la garantie de liberté d'expression au contenu considéré avoir une valeur positive ou conforme avec les valeurs acceptées, frappent l'essence même de la valeur de cette liberté en réduisant le champ de protection des débats à

must protect expression which challenges even the very basic conceptions about our society. A true commitment to freedom of expression demands nothing less.

Section 319(2) of the *Code* does not constitute a reasonable limit upon freedom of expression. While the legislative objectives of preventing the promotion of hatred, of avoiding racial violence and of promoting equality and multiculturalism are of sufficient importance to warrant overriding the guarantee of freedom of expression, s. 319(2) fails to meet the proportionality test.

Section 319(2) does, to some degree, further Parliament's objective. However, the rational connection between s. 319(2) and its goals is tenuous as there is not a strong and evident connection between the criminalization of hate propaganda and its suppression. Section 319(2) may in fact detract from the objectives it is designed to promote by deterring legitimate expression. Law-abiding citizens, who do not wish to run afoul of the law, could decide not to take the chance in a doubtful case. Creativity and the beneficial exchange of ideas could be adversely affected. At the same time, it is unclear that s. 319(2) provides an effective way of curbing hate-mongers. Not only does the criminal process attract extensive media coverage and confer on the accused publicity for his dubious causes, it may even bring him sympathy.

Section 319(2) of the *Code* does not interfere as little as possible with freedom of expression. Section 319(2) is drafted too broadly, catching more expressive conduct than can be justified by the objectives of promoting social harmony and individual dignity. The term "hatred" in s. 319(2) is capable of denoting a wide range of diverse emotions and is highly subjective, making it difficult to ensure that only cases meriting prosecution are pursued and that only those whose conduct is calculated to dissolve the social bonds of society are convicted. Despite the requirement of "wilful promotion", people who make statements primarily for non-nefarious reasons may also be convicted under s. 319(2). A belief that what one says about a group is true and important to political and social debate is quite compatible with, and indeed may inspire, an intention to promote active dislike of that group. Such a belief is equally compatible with foreseeing that promotion of such dislike may stem from one's statements. The absence of any requirement that actual harm or incitement to hatred be shown further broadens the scope of

ce qui ne dérange pas ou à ce qui est compatible avec les idées actuelles. Si la garantie de libre expression doit avoir un sens, elle doit protéger l'expression qui conteste même les conceptions les plus fondamentales de notre société. Un engagement réel envers la liberté d'expression n'exige pas moins.

Le paragraphe 319(2) du *Code* ne constitue pas une restriction raisonnable à la liberté d'expression. Bien que les objectifs législatifs de prévenir la fomentation de la haine, d'éviter la violence raciale et de favoriser l'égalité et le multiculturalisme revêtent une importance suffisante pour justifier la violation de la garantie de la liberté d'expression, le par. 319(2) ne satisfait pas au critère de proportionnalité.

Le paragraphe 319(2) permet dans une certaine mesure d'atteindre l'objectif visé par le législateur. Le lien rationnel entre le par. 319(2) et ses objets est cependant ténu, car il n'existe pas de lien fort et évident entre la criminalisation de la propagande haineuse et son élimination. Il se peut en fait que le par. 319(2) aille à l'encontre des objectifs visés en décourageant l'expression légitime. Le citoyen respectueux des lois qui ne veut pas commettre d'infraction pourrait en effet décider de ne pas courir le risque dans un cas douteux. La créativité et l'échange bénéfique d'idées en souffriraient peut-être. En même temps, il n'est pas certain que le par. 319(2) représente un moyen efficace de tenir en bride les fomentateurs de haine. Non seulement le processus criminel suscite un vif intérêt chez les médias et fournit à l'accusé de la publicité pour ses causes douteuses, mais il peut aussi lui attirer de la sympathie.

Le paragraphe 319(2) du *Code* ne porte pas le moins possible atteinte à la liberté d'expression. Le paragraphe 319(2) est rédigé en termes trop larges de sorte qu'il englobe plus de conduite expressive que ne le justifie l'objectif de la promotion de l'harmonie sociale et de la dignité individuelle. Le mot «haine» au par. 319(2) peut dénoter une vaste gamme d'émotions diverses et il est hautement subjectif, ce qui rend difficile d'assurer que seuls seront poursuivis les cas où les poursuites sont justifiées et que seules seront reconnues coupables les personnes dont la conduite vise à dissoudre les liens sociaux. Malgré l'exigence d'une fomentation «volontaire» de la haine, des personnes qui font des déclarations pour des motifs qui ne sont pas répréhensibles risquent aussi d'être déclarées coupables en vertu du par. 319(2). La conviction que ce qu'on dit au sujet d'un groupe est vrai et constitue un apport important à un débat politique et social est parfaitement conciliable avec l'intention de fomenter une antipathie active contre ce groupe et peut même inspirer cette intention. Une telle conviction est aussi compatible avec la prévision

1990 CanLII 24 (SCC)

s. 319(2), and it is unclear, in practice, if the s. 319(3) defences, including the defence of truth, significantly narrow the ambit of s. 319(2). Moreover, not only is the category of speech caught by s. 319(2) defined broadly, the application of the definition of offending speech i.e., the circumstances in which the offending statements are prohibited is virtually unlimited. Only private conversations are exempt from state scrutiny. Given the vagueness of the prohibition of expression in s. 319(2), there is again a danger that the legislation may have a chilling effect on legitimate activities important to our society by subjecting innocent persons to constraints born out of a fear of the criminal process. Finally, the process by which the prohibition is effected—the criminal law—is the severest our society can impose and is arguably unnecessary given the availability of alternate and more appropriate and effective remedies.

Any questionable benefit conferred by s. 319(2) of the *Code* is outweighed by the significant infringement on the guarantee of freedom of expression. Section 319(2) does not merely regulate the form or tone of expression, it strikes directly at its content. It is capable of catching not only statements like those at issue in this case, but works of art and the intemperate statement made in the heat of social controversy. While few may actually be prosecuted to conviction under s. 319(2) and imprisoned, many fall within the shadow of its broad prohibition. Section 319(2) touches on the vital values upon which s. 2(*b*) of the *Charter* rests: the value of fostering a vibrant and creative society through the marketplace of ideas; the value of the vigourous and open debate essential to democratic government and preservation of our rights and freedoms; and the value of a society which fosters the self-actualization and freedom of its members. An infringement of this seriousness can only be justified by a countervailing state interest of the most compelling nature. However, the claims of gains to be achieved at the cost of the infringement of free speech represented by s. 319(2) are tenuous. Indeed, it is difficult to see how s. 319(2) fosters the goals of social harmony and individual dignity.

que les déclarations pourront avoir pour conséquence de fomenter cette antipathie. L'absence de toute obligation de démontrer qu'il y a réellement eu préjudice ou incitation à la haine élargit davantage la portée du par. 319(2) et il n'est pas certain, dans la pratique, que les moyens de défense prévus au par. 319(3), y compris celui de véracité, limitent sensiblement la portée du par. 319(2). De plus, non seulement la définition de la catégorie d'expression visée par le par. 319(2) est large, mais l'application de la définition de l'expression illicite—c.-à-d. les circonstances dans lesquelles les déclarations offensantes sont interdites—est presque illimitée. Seules les conversations privées sont à l'abri de l'examen de l'État. À cause de l'imprécision de l'interdiction de l'expression au par. 319(2), il existe un danger que cette disposition ait un effet paralysant sur des activités légitimes qui sont importantes pour notre société en soumettant des personnes innocentes à des contraintes nées de la peur du processus criminel. Enfin, le processus par lequel l'interdiction est portée—le droit criminel—est le plus sévère dans notre société et on peut se demander si cette criminalisation est nécessaire puisqu'il existe d'autres recours qui conviennent mieux et sont plus efficaces.

Tout avantage hypothétique découlant des dispositions du par. 319(2) du *Code* cède le pas à l'atteinte grave portée à la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression. Le paragraphe 319(2) ne fait pas que réglementer la forme ou le ton de l'expression, il vise directement son contenu. Il peut s'appliquer non seulement à des déclarations comme celles en cause, mais aussi à des œuvres d'art et aux déclarations outrancières faites dans le feu d'une controverse sociale. Même s'il y a peu de poursuites en vertu du par. 319(2) qui aillent jusqu'à des déclarations de culpabilité ou à l'emprisonnement, nombreuses sont les déclarations auxquelles s'applique sa large interdiction. Le paragraphe 319(2) met en cause des valeurs vitales sur lesquelles l'al. 2*b*) de la *Charte* se fonde, la valeur qui consiste à favoriser une société dynamique et créative au moyen du marché des idées, la valeur représentée par le débat vif et ouvert essentiel au gouvernement démocratique et à la sauvegarde de nos droits et libertés et la valeur d'une société qui encourage l'épanouissement personnel et la liberté de ses membres. Une atteinte aussi grave ne peut se justifier que par l'existence d'un intérêt très impérieux de l'État qui lui fait contrepoids. Cependant, les prétentions quant aux gains à obtenir au prix de la violation de la liberté d'expression par le par. 319(2) sont douteuses. Il est difficile de concevoir en quoi le par. 319(2) sert à promouvoir les objectifs de l'harmonie sociale et de la dignité individuelle.

1990 CanLII 24 (SCC)

(2) *Presumption of Innocence*

Per Dickson C.J. and Wilson, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: Section 319(3)(*a*) of the *Code*, which provides that no person shall be convicted of wilfully promoting hatred "if he establishes that the statements communicated were true", infringes the presumption of innocence guaranteed in s. 11(*d*) of the *Charter*. The real concern under s. 11(*d*) is not whether the accused must disprove an element of the offence or prove a defence. What is decisive is the final effect of the impugned provision on the verdict. If, as in this case, an accused is required to prove some fact on a balance of probabilities to avoid conviction, the impugned provision violates the presumption of innocence because it permits a conviction in spite of a reasonable doubt in the mind of the trier of fact as to the guilt of the accused.

Section 319(3)(*a*) of the *Code* constitutes a reasonable limit on the presumption of innocence. Parliament's objective in employing a reverse onus is pressing and substantial. The objective behind s. 319(3)(*a*) is closely connected with the purpose of s. 319(2). Harm is created whenever statements are made with the intention of promoting hatred, whether or not they contain an element of truth. If the defence of truth is too easily used, Parliament's objective under s. 319(2) will suffer unduly. It is therefore in the furtherance of that same objective that truthfulness must be proved by the accused on a balance of probabilities.

Section 319(3)(*a*) meets the proportionality test. First, the section has a rational connection to the purpose of preventing the harm caused by hate propaganda. The reverse onus in the truth defence operates so as to make it more difficult to avoid conviction where the wilful promotion of hatred has been proven beyond a reasonable doubt. Second, the section also represents a minimal impairment of the presumption of innocence. By requiring the accused to prove that his statements are true on a balance of probabilities, Parliament made a concession to the importance of truth in freedom of expression values without excessively compromising the effectiveness of s. 319(2). Any less onerous burden would severely skew the equilibrium. Third, the importance of preventing the harm caused by hate propaganda is not outweighed by Parliament's infringement of s. 11(*d*). The reverse onus found in the truth defence represents the only way in which the defence can be offered while still enabling Parliament to prohibit hate propaganda effectively through criminal legislation; to

(2) *La présomption d'innocence*

Le juge en chef Dickson et les juges Wilson, L'Heureux-Dubé et Gonthier: L'alinéa 319(3)*a*) du *Code*, qui dispose que nul ne peut être déclaré coupable de fomentation volontaire de la haine s'il «établit que les déclarations communiquées étaient vraies», viole la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11*d*) de la *Charte*. La préoccupation véritable aux fins de l'al. 11*d*) n'est pas de savoir si l'accusé doit réfuter un élément de l'infraction ou établir un moyen de défense. Ce qui est décisif c'est l'effet final de la disposition contestée sur le verdict. Si, comme en l'espèce, une disposition contestée oblige un accusé à démontrer certains faits suivant la prépondérance des probabilités pour éviter d'être déclaré coupable, elle viole la présomption d'innocence parce qu'elle permet une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à la culpabilité de l'accusé.

L'alinéa 319(3)*a*) du *Code* constitue une restriction raisonnable de la présomption d'innocence. L'objectif visé par le législateur en prévoyant le renversement du fardeau de la preuve est urgent et réel. L'objectif de l'al. 319(3)*a*) est étroitement lié à l'objet du par. 319(2). Un préjudice est causé chaque fois que des déclarations sont faites avec l'intention de fomenter la haine, qu'elles renferment ou non une part de vérité. S'il est trop facile de se prévaloir du moyen de défense de véracité, cela compromettra indûment la réalisation de l'objectif que vise le législateur au par. 319(2). C'est donc dans le but d'atteindre ce même objectif que la véracité doit être prouvée par l'accusé selon la prépondérance des probabilités.

L'alinéa 319(3)*a*) satisfait au critère de proportionnalité. Premièrement, cet alinéa a un lien rationnel avec l'objet de prévenir le mal causé par la propagande haineuse. Le renversement du fardeau de preuve qu'opère le moyen de défense de véracité joue de manière à ce qu'il soit plus difficile de se soustraire à une déclaration de culpabilité dans un cas où la fomentation volontaire de la haine a été établie hors de tout doute raisonnable. Deuxièmement, cet alinéa porte le moins possible atteinte à la présomption d'innocence. En obligeant l'accusé à prouver l'exactitude de ses déclarations selon la prépondérance des probabilités, le Parlement a fait une concession dictée par l'importance que revêt la vérité parmi les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression, et ce, sans nuire indûment à l'efficacité du par. 319(2). Un fardeau moins lourd provoquerait un grave déséquilibre. Troisièmement, l'importance de la prévention du préjudice causé par la propagande haineuse l'emporte sur la violation de l'al. 11*d*) par le législateur fédéral. Le renversement du fardeau de la preuve que

1990 CanLII 24 (SCC)

require that the state prove beyond a reasonable doubt the falsity of a statement would excuse much of the harmful expressive activity caught by s. 319(2) despite minimal proof as to its worth.

Per Sopinka and McLachlin JJ. (dissenting): Section 319(3)(*a*) of the *Code* infringes s. 11(*d*) of the *Charter*. Under s. 319(2), where the Crown proves beyond a reasonable doubt that the accused wilfully promoted hatred against an identifiable group, the accused will escape liability if, under s. 319(3)(*a*), he "establishes that the statements communicated were true". By placing the burden of establishing the truth of the statements on the accused, Parliament has contravened the basic principle that the accused need not prove a defence. When an accused is required to prove some fact on a balance of probabilities to avoid conviction, the provision violates the presumption of innocence because it permits a conviction in spite of a reasonable doubt in the mind of the trier of fact as to the guilt of the accused.

Section 319(3)(*a*) of the *Code* does not constitute a reasonable limit upon the right to be presumed innocent. The section lacks the required degree of proportionality. It is difficult to discern a rational connection between the aims of s. 319(3)(*a*) and its requirement that the accused prove the truth of his statements. Further, s. 319(3)(*a*) does not impair s. 11(*d*) as little as possible. Because of its superior resources, the state is in a better position than the accused to determine whether or not a statement is true or false. If such a determination is impossible, it should not be ruled out that the statements could be more valuable than harmful. These considerations suggest that s. 319(3)(*a*)'s infringement of the presumption of innocence is neither minimal nor, given the importance of the infringement in the context of prosecutions under s. 319(2), sufficient to outweigh the dubious benefit of such a provision. Parliament intended the truth to be a defence and falsehood to be an important element of the offence created by s. 319(2). That fact, coupled with the centrality of the presumption of innocence in our criminal law, indicates that only a countervailing state interest of the most compelling kind could justify the infringement. It is difficult to see, however, what benefits s. 319(2) in fact produces in terms of stemming hate propaganda and promoting social harmony and individual dignity.

comporte le moyen de défense de véracité est la seule façon pour le Parlement d'offrir ce moyen de défense tout en proscrivant efficacement la propagande haineuse par des dispositions pénales. Exiger que l'État prouve hors de tout doute raisonnable la fausseté d'une déclaration reviendrait à excuser une bonne partie de l'activité expressive nocive que vise le par. 319(2) même en présence d'une preuve minime de sa valeur.

Les juges Sopinka et McLachlin (dissidents): L'alinéa 319(3)*a*) du *Code* porte atteinte à l'al. 11*d*) de la *Charte*. Aux termes du par. 319(2), lorsque le ministère public prouve hors de tout doute raisonnable que l'accusé a volontairement fomenté la haine contre un groupe identifiable, il est exonéré, en vertu de l'al. 319(3)*a*) s'il «établit que les déclarations communiquées étaient vraies». En imposant à l'accusé le fardeau d'établir la véracité des déclarations, le Parlement manque au principe fondamental selon lequel l'accusé n'est pas tenu de prouver une défense. Si une disposition oblige un accusé à démontrer certains faits suivant la prépondérance des probabilités pour éviter d'être déclaré coupable, elle viole la présomption d'innocence parce qu'elle permet une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à la culpabilité de l'accusé.

L'alinéa 319(3)*a*) du *Code* ne constitue pas une limite raisonnable au droit d'être présumé innocent. La disposition n'a pas le degré exigé de proportionnalité. Il est difficile de voir un lien rationnel entre les objectifs de l'al. 319(3)*a*) et son exigence que l'accusé prouve la véracité de sa déclaration. De plus, l'al. 319(3)*a*) ne porte pas le moins possible atteinte à l'al. 11*d*). Parce qu'il dispose de plus grands moyens, l'État est mieux placé que l'accusé pour déterminer si une déclaration est vraie ou fausse. Si, par contre, il est impossible de le déterminer, alors la réponse est qu'il n'est pas exclu que ces déclarations soient plus utiles que nuisibles. Ces considérations indiquent que la violation de la présomption d'innocence par l'al. 319(3)*a*) n'est ni minime ni suffisante, compte tenu de la gravité de la violation dans le contexte des poursuites engagées en vertu du par. 319(2), pour l'emporter sur l'avantage douteux découlant d'une telle disposition. Le Parlement a voulu que la véracité soit un moyen de défense et que la fausseté soit un élément important de l'infraction que crée le par. 319(2). Ce fait, conjugué à l'importance capitale de la présomption d'innocence dans notre droit, permet de penser que la violation ne pourrait se justifier que par un intérêt étatique très impérieux qui lui ferait contrepoids. Cependant, on conçoit mal quels avantages le par. 319(2) confère lorsqu'il s'agit d'endiguer la propagande haineuse et de promouvoir l'harmonie sociale et la dignité individuelle.

1990 CanLII 24 (SCC)

Per La Forest J. (dissenting): It is unnecessary to consider the issues respecting the right to be presumed innocent in s. 11(*d*) of the *Charter*.

Cases Cited

By Dickson C.J.

Applied: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; **referred to**: *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952); *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969); *Collin v. Smith*, 578 F.2d 1197 (1978), *certiorari* denied, 439 U.S. 916 (1978); *American Booksellers Ass'n, Inc. v. Hudnut*, 771 F.2d 323 (1985); Eur. Comm. H. R., Applications Nos. 8348/78 and 8406/78, *Glimmerveen v. Netherlands*, October 11, 1979, D.R. 18, p. 187; *Taylor and Western Guard Party v. Canada*, Communication No. 104/1981, Report of the Human Rights Committee, 38 U.N. GAOR, Supp. No. 40 (A/38/40) 231 (1983), decision reported in part at (1983), 5 C.H.R.R. D/2097; *R. v. Carrier* (1951), 104 C.C.C. 75; *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964); *Ashton v. Kentucky*, 384 U.S. 195 (1966); *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971); *Anti-Defamation League of B'nai B'rith v. Federal Communications Commission*, 403 F.2d 169 (1968); *Tollett v. United States*, 485 F.2d 1087 (1973); *Doe v. University of Michigan*, 721 F. Supp. 852 (1989); *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957); *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982); *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. of Puerto Rico*, 478 U.S. 328 (1986); *Cornelius v. NAACP Legal Defense and Educational Fund, Inc.*, 473 U.S. 788 (1985); *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252; *Felderer v. Sweden* (1986), 8 E.H.R.R. 91;

Le juge La Forest (dissident): Il est inutile d'examiner les questions relatives au droit d'être présumé innocent prévu à l'al. 11*d*) de la *Charte*.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Dickson

Arrêts appliqués: *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; **arrêts mentionnés:** *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *Boucher v. The King*, [1951] R.C.S. 265; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952); *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969); *Collin v. Smith*, 578 F.2d 1197 (1978), *certiorari* refusé, 439 U.S. 916 (1978); *American Booksellers Ass'n, Inc. v. Hudnut*, 771 F.2d 323 (1985); Comm. Eur. D. H., Requêtes nos 8348/78 et 8406/78, *Glimmerveen c. Pays-Bas*, 11 octobre 1979, D.R. 18, p. 187; *Taylor et Western Guard Party c. Canada*, Communication n° 104/1981, Rapport du Comité des droits de l'homme, 38 N.U. GAOR, Supp. n° 40 (A/38/40) 246 (1983), décision publiée en partie à (1983), 5 C.H.R.R. D/2097; *R. v. Carrier* (1951), 104 C.C.C. 75; *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964); *Ashton v. Kentucky*, 384 U.S. 195 (1966); *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971); *Anti-Defamation League of B'nai B'rith v. Federal Communications Commission*, 403 F.2d 169 (1968); *Tollett v. United States*, 485 F.2d 1087 (1973); *Doe v. University of Michigan*, 721 F. Supp. 852 (1989); *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957); *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982); *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. of Puerto Rico*, 478 U.S. 328 (1986); *Cornelius v. NAACP Legal Defense and Educational Fund, Inc.*, 473 U.S. 788 (1985); *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252;

1990 CanLII 24 (SCC)

Eur. Comm. H. R., Application No. 9235/81, *X. v. Federal Republic of Germany*, July 16, 1982, D.R. 29, p. 194; Eur. Comm. H. R., Application No. 13214/87, *Lowes v. United Kingdom*, December 9, 1988, unreported; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Andrews* (1988), 65 O.R. (2d) 161, aff'd [1990] 3 S.C.R. 870; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892.

By McLachlin J. (dissenting)

Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General), [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919); *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *Cherneskey v. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 S.C.R. 1067; *Attorney General for Canada and Dupond v. City of Montreal*, [1978] 2 S.C.R. 770; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943); *Debs v. United States*, 249 U.S. 211 (1919); *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919); *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927); *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951); *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952); *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969); *Collin v. Smith*, 578 F.2d 1197 (1978), *certiorari* denied, 439 U.S. 916 (1978); *American Booksellers Ass'n, Inc. v. Hudnut*, 771 F.2d 323 (1985); *Police Department of the City of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972); *Boos v. Barry*, 108 S. Ct. 1157 (1988); *Perry Education Ass'n v. Perry Local Educators' Ass'n*, 460 U.S. 37 (1983); *Coates v. City of Cincinnati*, 402 U.S. 611 (1971); Eur. Comm. H. R., Applications Nos. 8348/78 and 8406/78, *Glimmerveen v. Netherlands*, October 11, 1979, D.R. 18, p. 187; Eur. Court H. R., *Handyside* case, judgment of 7 December 1976, Series A No. 24; *Taylor and Western Guard Party v. Canada*, Communication No. 104/1981, Report of the Human Rights Committee, 38 U.N. GAOR, Supp. No. 40 (A/38/40) 231 (1983), decision reported in part at (1983), 5 C.H.R.R. D/2097; *R. v. Carrier* (1951), 104 C.C.C. 75; *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Felderer v. Sweden* (1986), 8 E.H.R.R. 91; Comm. Eur. D. H., Requête nº 9235/81, *X. c. République fédérale d'Allemagne*, 16 juillet 1982, D.R. 29, p. 194; Comm. Eur. D. H., Requête nº 13214/87, *Lowes c. Royaume-Uni*, 9 décembre 1988, inédit; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. v. Andrews* (1988), 65 O.R. (2d) 161, conf. [1990] 3 R.C.S. 870; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919); *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *Cherneskey c. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 1067; *Procureur général du Canada et Dupond c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Boucher v. The King*, [1951] R.C.S. 265; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943); *Debs v. United States*, 249 U.S. 211 (1919); *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919); *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927); *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951); *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952); *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969); *Collin v. Smith*, 578 F.2d 1197 (1978), *certiorari* refusé, 439 U.S. 916 (1978); *American Booksellers Ass'n, Inc. v. Hudnut*, 771 F.2d 323 (1985); *Police Department of the City of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972); *Boos v. Barry*, 108 S. Ct. 1157 (1988); *Perry Education Ass'n v. Perry Local Educators' Ass'n*, 460 U.S. 37 (1983); *Coates v. City of Cincinnati*, 402 U.S. 611 (1971); Comm. Eur. D. H., Requêtes nos 8348/78 et 8406/78, *Glimmerveen c. Pays-Bas*, 11 octobre 1979, D.R. 18, p. 187; Cour Eur. D. H., affaire *Handyside*, arrêt du 7 décembre 1976, série A nº 24; *Taylor et Western Guard Party c. Canada*, Communication nº 104/1981, Rapport du Comité des droits de l'homme, 38 N.U. GAOR, Supp. nº 40 (A/38/40) 246 (1983), décision publiée en partie à (1983), 5 C.H.R.R. D/2097; *R. v. Carrier* (1951), 104 C.C.C. 75; *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Hunter c.*

1990 CanLII 24 (SCC)

Hunter v. Southam Inc., [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914; *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Andrews* (1988), 65 O.R. (2d) 161, aff'd [1990] 3 S.C.R. 870; *Re Warren and Chapman* (1984), 11 D.L.R. (4th) 474; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Engineering Students' Society* (1989), 56 D.L.R. (4th) 604; *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, c. 44 [reprinted R.S.C., 1985, App. III], preamble, s. 1(*d*).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*b*), 8, 11(*d*), 15, 16 to 23, 25, 27, 28, 29.
Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33 [now R.S.C., 1985, c. H-6], s. 13.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 2, 59, 181, 183 298, 300, 318, 319 [previously R.S.C. 1970, c. C-34, s. 281.2 (en. 1st Supp., c. 11, s. 1)].
Customs Tariff, S.C. 1987, c. 49, s. 114, Schedule VII, Code 9956(*b*).
Defamation Act, R.S.M. 1987, c. D20, s. 19(1).
European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221 (1950), Art. 10.
International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Can. T.S. 1970 No. 28, Arts. 4, 5.
International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171 (1966), Arts. 19, 20.
Libel Act, R.S.M. 1913, c. 113, s. 13A [ad. 1934, c. 23, s. 1].
Penal Code (India), ss. 153-A, 153-B.
Penal Code (Netherlands), ss. 137c, 137d, 137e.
Penal Code (Sweden), c. 16, s. 8.
Public Order Act 1986 (U.K.), 1986, c. 64, ss. 17 to 23.
Race Relations Act 1971 (N.Z.), No. 150, s. 25.
Racial Discrimination Act, 1944, S.O. 1944, c. 51, s. 1.
Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1, s. 14.

Authors Cited

Aleinikoff, T. Alexander. "Constitutional Law in the Age of Balancing" (1987), 96 *Yale L.J.* 943.

Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914; *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. v. Andrews* (1988), 65 O.R. (2d) 161, conf. [1990] 3 R.C.S. 870; *Re Warren and Chapman* (1984), 11 D.L.R. (4th) 474; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Engineering Students' Society* (1989), 56 D.L.R. (4th) 604; *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*b*), 8, 11*d*), 15, 16 à 23, 25, 27, 28, 29.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 2, 59, 181, 183, 298, 300, 318, 319 [antérieurement S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 281.2 (ad. 1er supp., ch. 11, art. 1)].
Code pénal (Inde), art. 153-A, 153-B.
Code pénal (Pays-Bas), art. 137c, 137d, 137e.
Code pénal (Suède), ch. 16, art. 8.
Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221 (1950), art. 10.
Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, R.T. Can. 1970 nº 28, art. 4, 5.
Déclaration canadienne des droits, S.C. 1960, ch. 44 [reproduite L.R.C. (1985), app. III], préambule, art. 1*d*).
Libel Act, R.S.M. 1913, ch. 113, art. 13A [aj. 1934, ch. 23, art. 1].
Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, ch. 33 [maintenant L.R.C. (1985), ch. H-6], art. 13.
Loi sur la diffamation, L.R.M. 1987, ch. D20, art. 19(1).
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171 (1966), art. 19, 20.
Public Order Act 1986 (R.-U.), 1986, ch. 64, art. 17 à 23.
Race Relations Act 1971 (N.-Z.), nº 150, art. 25.
Racial Discrimination Act, 1944, S.O. 1944, ch. 51, art. 1.
Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, ch. S-24.1, art. 14.
Tarif des douanes, L.C. 1987, ch. 49, art. 114, annexe VII, Code 9956*b*).

Doctrine citée

Aleinikoff, T. Alexander. «Constitutional Law in the Age of Balancing» (1987), 96 *Yale L.J.* 943.

1990 CanLII 24 (SCC)

Beckton, Clare. "Freedom of Expression". In Gérald-A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1989, 195.

Berlin, Isaiah. *Four Essays on Liberty*. New York: Oxford University Press, 1969.

Bessner, Ronda. "The Constitutionality of the Group Libel Offences in the Canadian Criminal Code" (1988), 17 *Man. L.J.* 183.

Bollinger, Lee C. *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*. New York: Oxford University Press, 1986.

Borovoy, A. Alan. "Freedom of Expression: Some Recurring Impediments". In Rosalie S. Abella and Melvin L. Rothman, eds., *Justice Beyond Orwell*. Montréal: Éditions Yvon Blais Inc., 1985, 125.

Borovoy, A. Alan. *When Freedoms Collide: The Case for our Civil Liberties*. Toronto: Lester & Orpen Dennys, 1988.

Bottos, Dino. "Keegstra and Andrews: A Commentary on Hate Propaganda and the Freedom of Expression" (1989), 27 *Alta. L. Rev.* 461.

Braun, Stefan. "Social and Racial Tolerance and Freedom of Expression in a Democratic Society: Friends or Foes? *Regina* v. *Zundel*" (1987), 11 *Dalhousie L.J.* 471.

Canada. House of Commons. Special Committee on the Participation of Visible Minorities in Canadian Society. *Equality Now!* Ottawa: Supply and Services, 1984.

Canada. Law Reform Commission. Working Paper 50. *Hate Propaganda*. Ottawa: The Commission, 1986.

Canada. Special Committee on Hate Propaganda in Canada. *Report of the Special Committee on Hate Propaganda in Canada*. Ottawa: Queen's Printer, 1966.

Canadian Bar Association. *Report of the Special Committee on Racial and Religious Hatred*. By Ken Norman, John D. McAlpine and Hymie Weinstein, 1984.

Canadian Human Rights Commission. *Annual Report 1989*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1990.

Cotler, Irwin. "Hate Literature". In Rosalie S. Abella and Melvin L. Rothman, eds., *Justice Beyond Orwell*. Montréal: Éditions Yvon Blais Inc., 1985, 117.

Delgado, Richard. "Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name-Calling" (1982), 17 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 133.

"*Doe v. University of Michigan*: First Amendment—Racist and Sexist Expression on Campus—Court Strikes Down University Limits on Hate Speech" (1990), 103 *Harv. L. Rev.* 1397.

Doskow, Ambrose and Sidney B. Jacoby. "Anti-Semitism and the Law in Pre-Nazi Germany" (1940), 3 *Contemporary Jewish Record* 498.

Emerson, Thomas I. "Toward a General Theory of the First Amendment" (1963), 72 *Yale L.J.* 877.

Association du Barreau canadien. *Report of the Special Committee on Racial and Religious Hatred*. Par Ken Norman, John D. McAlpine et Hymie Weinstein, 1984.

Beckton, Clare. «Liberté d'expression». Dans Gérald-A. Beaudoin et Edward Ratushny, éd., *Charte canadienne des droits et libertés*, 2e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1989, 223.

Berlin, Isaiah. *Éloge de la liberté*. Traduit de l'anglais par Jacqueline Carnaud et Jacqueline Lahana. Paris: Calmann-Lévy, 1988.

Bessner, Ronda. «The Constitutionality of the Group Libel Offences in the Canadian Criminal Code» (1988), 17 *Man. L.J.* 183.

Bollinger, Lee C. *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*. New York: Oxford University Press, 1986.

Borovoy, A. Alan. «Freedom of Expression: Some Recurring Impediments». In Rosalie S. Abella and Melvin L. Rothman, éd., *Justice Beyond Orwell*. Montréal: Éditions Yvon Blais Inc., 1985, 125.

Borovoy, A. Alan. *When Freedoms Collide: The Case for our Civil Liberties*. Toronto: Lester & Orpen Dennys, 1988.

Bottos, Dino. «Keegstra and Andrews: A Commentary on Hate Propaganda and the Freedom of Expression» (1989), 27 *Alta. L. Rev.* 461.

Braun, Stefan. «Social and Racial Tolerance and Freedom of Expression in a Democratic Society: Friends or Foes? *Regina* v. *Zundel*» (1987), 11 *Dalhousie L.J.* 471.

Canada. Chambre des communes. Comité spécial sur la participation des minorités visibles à la société canadienne. *L'égalité ça presse!* Ottawa: Approvisionnements et Services, 1984.

Canada. Comité spécial de la propagande haineuse au Canada. *Rapport du Comité spécial de la propagande haineuse au Canada*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1966.

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 50. *La propagande haineuse*. Ottawa: La Commission, 1986.

Commission canadienne des droits de la personne. *Rapport annuel 1989*. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1990.

Cotler, Irwin. «Hate Literature». In Rosalie S. Abella and Melvin L. Rothman, éd., *Justice Beyond Orwell*. Montréal: Éditions Yvon Blais Inc., 1985, 117.

Delgado, Richard. «Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name-Calling» (1982), 17 *Harv. C.R.- C.L. L. Rev.* 133.

«*Doe v. University of Michigan*: First Amendment—Racist and Sexist Expression on Campus—Court Strikes Down University Limits on Hate Speech» (1990), 103 *Harv. L. Rev.* 1397.

Doskow, Ambrose and Sidney B. Jacoby. «Anti-Semitism and the Law in Pre-Nazi Germany» (1940), 3 *Contemporary Jewish Record* 498.

1990 CanLII 24 (SCC)

Fish, Arthur. "Hate Promotion and Freedom of Expression: Truth and Consequences" (1989), 2 *Can. J.L. & Juris.* 111.

Greenawalt, Kent. "Insults and Epithets: Are They Protected Speech?" (1990), 42 *Rutgers L. Rev.* 287.

Holdsworth, Sir William. *A History of English Law*, vol. III, 5th ed. London: Methuen & Co., 1942.

Horowitz, Irving Louis. "First Amendment Blues: On Downs, *Nazis in Skokie*", [1986] *Am. B. Found. Res. J.* 535.

Horowitz, Irving Louis and Victoria Curtis Bramson. "Skokie, the ACLU and the Endurance of Democratic Theory" (1979), 43 *Law & Contemp. Probs.* 328.

James McCormick Mitchell Lecture. "Language as Violence v. Freedom of Expression: Canadian and American Perspectives on Group Defamation" (1988-89), 37 *Buffalo L. Rev.* 337.

Kafka, Franz. *The Trial*. Translated by Willa and Edwin Muir. Middlesex, England: Penguin Books Ltd., 1976.

Lasson, Kenneth. "Racial Defamation As Free Speech: Abusing the First Amendment" (1985), 17 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 11.

Lerner, Natan. *The U.N. Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination*. Rockville, Maryland: Sijthoff & Noordhoff, 1980.

MacKay, A. Wayne. "Freedom of Expression: Is It All Just Talk?" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 713.

Magnet, Joseph Eliot. "Multiculturalism and Collective Rights: Approaches to Section 27". In Gérald-A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1989, 739.

Matsuda, Mari J. "Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story" (1989), 87 *Mich. L. Rev.* 2320.

McAlpine, John D. *Report Arising Out of the Activities of the Ku Klux Klan in British Columbia*, 1981.

Meiklejohn, Alexander. *Free Speech and its Relation to Self-Government*. New York: Harper, 1948.

Milton, John. *Areopagitica*. London, 1644.

Mozley & Whiteley's Law Dictionary, 10th ed. By E. R. Hardy Ivamy. London: Butterworths, 1988, "threat".

Neier, Aryeh. *Defending My Enemy: American Nazis, the Skokie Case, and the Risks of Freedom*. New York: Dutton, 1979.

Rauf, N. Naeem. "Freedom of Expression, the Presumption of Innocence and Reasonable Limits: An Analysis of Keegstra and Andrews" (1988), 65 C.R. (3d) 356.

Regel, Alan R. "Hate Propaganda: A Reason to Limit Freedom of Speech" (1984-85), 49 *Sask. L. Rev.* 303.

Schauer, Frederick. *Free Speech: A Philosophical Enquiry*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

Schauer, Frederick. "The Aim and the Target in Free Speech Methodology" (1989), 83 *Nw. U.L. Rev.* 562.

Emerson, Thomas I. «Toward a General Theory of the First Amendment» (1963), 72 *Yale L.J.* 877.

Fish, Arthur. «Hate Promotion and Freedom of Expression: Truth and Consequences» (1989), 2 *Can. J.L. & Juris.* 111.

a Greenawalt, Kent. «Insults and Epithets: Are They Protected Speech?» (1990), 42 *Rutgers L. Rev.* 287.

Holdsworth, Sir William. *A History of English Law*, vol. III, 5th ed. London: Methuen & Co., 1942.

Horowitz, Irving Louis. «First Amendment Blues: On

b Downs, *Nazis in Skokie*», [1986] *Am. B. Found. Res. J.* 535.

Horowitz, Irving Louis and Victoria Curtis Bramson. «Skokie, the ACLU and the Endurance of Democratic Theory» (1979), 43 *Law & Contemp. Probs.* 328.

c James McCormick Mitchell Lecture. «Language as Violence v. Freedom of Expression: Canadian and American Perspectives on Group Defamation» (1988-89), 37 *Buffalo L. Rev.* 337.

Kafka, Franz. *Le Procès*. Traduit par Alexandre Vialatte. Paris: Gallimard, 1964.

d Lasson, Kenneth. «Racial Defamation As Free Speech: Abusing the First Amendment» (1985), 17 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 11.

Lerner, Natan. *The U.N. Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination*. Rockville,

e Maryland: Sijthoff & Noordhoff, 1980.

MacKay, A. Wayne. «Freedom of Expression: Is It All Just Talk?» (1989), 68 *R. du B. can.* 713.

Magnet, Joseph Eliot. «Multiculturalisme et droits collectifs: vers une interprétation de l'article 27». Dans

f Gérald-A. Beaudoin et Edward Ratushny, éd., *Charte canadienne des droits et libertés*, 2e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1989, 817.

Matsuda, Mari J. «Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story» (1989), 87 *Mich. L. Rev.* 2320.

g McAlpine, John D. *Report Arising Out of the Activities of the Ku Klux Klan in British Columbia*, 1981.

Meiklejohn, Alexander. *Free Speech and its Relation to Self-Government*. New York: Harper, 1948.

Milton, John. *Areopagitica*. London, 1644.

h *Mozley & Whiteley's Law Dictionary*, 10th ed. By E. R. Hardy Ivamy. London: Butterworths, 1988, «threat».

Nations Unies. *Étude sur l'application de l'article 4 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*. Par le

i rapporteur spécial José D. Inglés. A/CONF. 119/10, 18 mai 1983.

Neier, Aryeh. *Defending My Enemy: American Nazis, the Skokie Case, and the Risks of Freedom*. New York: Dutton, 1979.

Rauf, N. Naeem. «Freedom of Expression, the Presumption of Innocence and Reasonable Limits: An Analysis of Keegstra and Andrews» (1988), 65 C.R. (3d)

j 356.

1990 CanLII 24 (SCC)

Shorter Oxford English Dictionary, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1987, "hatred", "violence".
Sieghart, Paul. *The International Law of Human Rights*. New York: Oxford University Press, 1983.
Stein, Eric. "History Against Free Speech: The New German Law Against the 'Auschwitz'—and other — 'Lies' " (1987), 85 *Mich. L. Rev.* 277.
Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press Inc., 1988.
United Nations. *Study on the Implementation of Article 4 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination.* By Special Rapporteur José D. Inglés. A/CONF. 119/10, May 18, 1983.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1988), 60 Alta. L.R. (2d) 1, 87 A.R. 177, 43 C.C.C. (3d) 150, 65 C.R. (3d) 289, 39 C.R.R. 5, [1988] 5 W.W.R. 211, allowing the accused's appeal from his conviction on a charge of wilfully promoting hatred contrary to s. 319(2) of the *Criminal Code*. Appeal allowed, La Forest, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting.

Bruce R. Fraser, *Q.C.*, for the appellant.

Douglas H. Christie, for the respondent.

D. Martin Low, *Q.C.*, *Stephen B. Sharzer* and *Irit Weiser*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Gregory J. Fitch, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Jean Bouchard and *Marise Visocchi*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Bruce Judah, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Aaron Berg and *Deborah Carlson*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

John I. Laskin, for the intervener the Canadian Jewish Congress.

Mark J. Sandler, for the intervener the League for Human Rights of B'nai Brith, Canada.

Joseph Nuss, *Q.C.*, *Irwin Cotler* and *Ann Crawford*, for the intervener Interamicus.

Regel, Alan R. «Hate Propaganda: A Reason to Limit Freedom of Speech» (1984-85), 49 *Sask. L. Rev.* 303.
Schauer, Frederick. *Free Speech: A Philosophical Enquiry*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.
Schauer, Frederick. «The Aim and the Target in Free Speech Methodology» (1989), 83 *Nw. U.L. Rev.* 562.
Shorter Oxford English Dictionary, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1987, «hatred», «violence».
Sieghart, Paul. *The International Law of Human Rights*. New York: Oxford University Press, 1983.
Stein, Eric. «History Against Free Speech: The New German Law Against the 'Auschwitz'—and other — 'Lies'» (1987), 85 *Mich. L. Rev.* 277.
Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press Inc., 1988.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1988), 60 Alta. L.R. (2d) 1, 87 A.R. 177, 43 C.C.C. (3d) 150, 65 C.R. (3d) 289, 39 C.R.R. 5, [1988] 5 W.W.R. 211, qui a accueilli l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relativement à une accusation d'avoir volontairement fomenté la haine en contravention du par. 319(2) du *Code criminel*. Pourvoi accueilli, les juges La Forest, Sopinka et McLachlin sont dissidents.

Bruce R. Fraser, *c.r.*, pour l'appelante.

Douglas H. Christie, pour l'intimé.

D. Martin Low, *c.r.*, *Stephen B. Sharzer* et *Irit Weiser*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Gregory J. Fitch, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jean Bouchard et *Marise Visocchi*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Bruce Judah, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Aaron Berg et *Deborah Carlson*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

John I. Laskin, pour l'intervenant le Congrès juif canadien.

Mark J. Sandler, pour l'intervenante la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith, Canada.

Joseph Nuss, *c.r.*, *Irwin Cotler* et *Ann Crawford*, pour l'intervenant Interamicus.

1990 CanLII 24 (SCC)

Kathleen Mahoney and *Linda A. Taylor*, for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund.

Marc Rosenberg, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of Dickson C.J. and Wilson, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. was delivered by

DICKSON C.J.—This appeal was heard in conjunction with the appeals in *R. v. Andrews*, [1990] 3 S.C.R. 870, and *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892. Along with *Andrews* it raises a delicate and highly controversial issue as to the constitutional validity of s. 319(2) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, a legislative provision which prohibits the wilful promotion of hatred, other than in private conversation, towards any section of the public distinguished by colour, race, religion or ethnic origin. In particular, the Court must decide whether this section infringes the guarantee of freedom of expression found in s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in a manner that cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. A secondary issue arises as to whether the presumption of innocence protected in the *Charter*'s s. 11(*d*) is unjustifiably breached by reason of s. 319(3)(*a*) of the *Code*, which affords a defence of "truth" to the wilful promotion of hatred, but only where the accused proves the truth of the communicated statements on the balance of probabilities.

I. Facts

Mr. James Keegstra was a high school teacher in Eckville, Alberta from the early 1970s until his dismissal in 1982. In 1984 Mr. Keegstra was charged under s. 319(2) (then s. 281.2(2)) of the *Criminal Code* with unlawfully promoting hatred against an identifiable group by communicating anti-semitic statements to his students. He was convicted by a jury in a trial before McKenzie J. of the Alberta Court of Queen's Bench.

Kathleen Mahoney et *Linda A. Taylor*, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes.

Marc Rosenberg, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Wilson, L'Heureux-Dubé et Gonthier rendu par

LE JUGE EN CHEF DICKSON—Le présent pourvoi a été entendu en même temps que les pourvois *R. c. Andrews*, [1990] 3 R.C.S. 870, et *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892. Comme l'affaire *Andrews*, il soulève la question délicate et très controversée de la constitutionnalité du par. 319(2) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, disposition qui interdit la fomentation volontaire de la haine, autrement que dans des conversations privées, contre toute section du public qui se différencie des autres par la couleur, la race, la religion ou l'origine ethnique. En particulier, la Cour est appelée à décider si ce paragraphe porte atteinte à la garantie de la liberté d'expression par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, d'une manière qui ne peut se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*. Se pose à titre subsidiaire la question de savoir si la présomption d'innocence consacrée à l'al. 11*d*) de la *Charte* est violée de façon injustifiable par l'al. 319(3)*a*) du *Code* qui permet d'invoquer la «véracité» du propos en défense à une accusation de fomentation volontaire de la haine, mais seulement si l'accusé prouve, selon la prépondérance des probabilités, la véracité des déclarations communiquées.

I. Les faits

Monsieur James Keegstra enseignait au niveau secondaire à Eckville (Alberta) du début des années 70 jusqu'à son renvoi en 1982. En 1984, M. Keegstra a été accusé en vertu du par. 319(2) (alors le par. 281.2(2)) du *Code criminel* d'avoir illégalement fomenté la haine contre un groupe identifiable en faisant à ses élèves des déclarations antisémites. Il a été déclaré coupable par un jury à l'issue d'un procès tenu devant le juge McKenzie de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta.

1990 CanLII 24 (SCC)

Mr. Keegstra's teachings attributed various evil qualities to Jews. He thus described Jews to his pupils as "treacherous", "subversive", "sadistic", "money-loving", "power hungry" and "child killers". He taught his classes that Jewish people seek to destroy Christianity and are responsible for depressions, anarchy, chaos, wars and revolution. According to Mr. Keegstra, Jews "created the Holocaust to gain sympathy" and, in contrast to the open and honest Christians, were said to be deceptive, secretive and inherently evil. Mr. Keegstra expected his students to reproduce his teachings in class and on exams. If they failed to do so, their marks suffered.

Dans ses enseignements, M. Keegstra prêtait aux juifs diverses tares. Ainsi, il les décrivait à ses élèves comme «perfides», «subversifs», «sadiques», «cupides», «avides de pouvoir» et «infanticides». Il enseignait à ses classes que les juifs cherchaient à détruire la chrétienté et qu'ils étaient responsables des crises économiques, de l'anarchie, du chaos, des guerres et des révolutions. D'après M. Keegstra, les juifs [TRADUCTION] «avaient inventé l'Holocauste pour s'attirer de la sympathie» et, affirmait-il, contrairement aux chrétiens francs et honnêtes, les juifs sont sournois, dissimulateurs et foncièrement mauvais. Monsieur Keegstra s'attendait à ce que ses élèves reproduisent ses enseignements en classe et aux examens. S'ils ne le faisaient pas, leurs notes en souffraient.

1990 CanLII 24 (SCC)

Prior to his trial, Mr. Keegstra applied to the Court of Queen's Bench in Alberta for an order quashing the charge on a number of grounds, the primary one being that s. 319(2) of the *Criminal Code* unjustifiably infringed his freedom of expression as guaranteed by s. 2(*b*) of the *Charter*. Among the other grounds of appeal was the allegation that the defence of truth found in s. 319(3)(*a*) of the *Code* violates the *Charter*'s presumption of innocence. The application was dismissed by Quigley J., and Mr. Keegstra was thereafter tried and convicted. He then appealed his conviction to the Alberta Court of Appeal, raising the same *Charter* issues. The Court of Appeal unanimously accepted his argument, and it is from this judgment that the Crown appeals.

Avant son procès, M. Keegstra a demandé à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta de rendre une ordonnance annulant l'accusation pour plusieurs motifs, dont le principal était que le par. 319(2) du *Code criminel* portait atteinte d'une manière injustifiable à sa liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte*. Parmi d'autres moyens d'appel, il soutenait que la défense de véracité à l'al. 319(3)*a*) du *Code* viole la présomption d'innocence prévue dans la *Charte*. Cette demande ayant été rejetée par le juge Quigley, M. Keegstra a été jugé et déclaré coupable. Il s'est alors pourvu en appel de sa déclaration de culpabilité en Cour d'appel de l'Alberta, soulevant les mêmes moyens fondés sur la *Charte*. La Cour d'appel a accueilli à l'unanimité son argument et c'est contre cet arrêt que le ministère public se pourvoit.

The Attorneys General of Canada, Quebec, Ontario, Manitoba and New Brunswick, the Canadian Jewish Congress, Interamicus, the League for Human Rights of B'nai Brith, Canada, and the Women's Legal Education and Action Fund (L.E.A.F.) have intervened in this appeal in support of the Crown. The Canadian Civil Liberties Association has intervened in support of striking down the impugned legislation.

Les procureurs généraux du Canada, du Québec, de l'Ontario, du Manitoba et du Nouveau-Brunswick, le Congrès juif canadien, Interamicus, la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith, Canada, et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ) sont intervenus dans ce pourvoi au soutien du ministère public. L'Association canadienne des libertés civiles est intervenue en faveur de l'invalidation de la disposition législative attaquée.

II. Issues

The following constitutional questions were stated on August 1, 1989:

1. Is s. 281.2(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) an infringement of freedom of expression as guaranteed under s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If s. 281.2(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) is an infringement of s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, can it be upheld under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society?
3. Is s. 281.2(3)(*a*) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(3)(*a*) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) an infringement of the right to be presumed innocent, as guaranteed under s. 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
4. If s. 281.2(3)(*a*) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(3)(*a*) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) is an infringement of s. 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, can it be upheld under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society?

III. Relevant Statutory and Constitutional Provisions

The relevant legislative and *Charter* provisions are set out below:

Criminal Code

319. ...

(2) Every one who, by communicating statements, other than in private conversation, wilfully promotes hatred against any identifiable group is guilty of

(*a*) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years; or

(*b*) an offence punishable on summary conviction.

II. Les questions en litige

Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées le 1er août 1989:

1. Le paragraphe 281.2(2) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le par. 319(2) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte-t-il atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si le paragraphe 281.2(2) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le par. 319(2) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte atteinte à l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, constitue-t-il une limite raisonnable imposée par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
3. L'alinéa 281.2(3)*a*) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'al. 319(3)*a*) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte-t-il atteinte au droit d'être présumé innocent garanti par l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
4. Si l'alinéa 281.2(3)*a*) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'al. 319(3)*a*) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte atteinte à l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, constitue-t-il une limite raisonnable imposée par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

III. Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

Les dispositions des textes législatifs et de la *Charte* qui nous intéressent sont les suivantes:

Code criminel

319. ...

(2) Quiconque, par la communication de déclarations autrement que dans une conversation privée, fomente volontairement la haine contre un groupe identifiable est coupable:

a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

1990 CanLII 24 (SCC)

(3) No person shall be convicted of an offence under subsection (2)

(*a*) if he establishes that the statements communicated were true;

(*b*) if, in good faith, he expressed or attempted to establish by argument an opinion on a religious subject;

(*c*) if the statements were relevant to any subject of public interest, the discussion of which was for the public benefit, and if on reasonable grounds he believed them to be true; or

(*d*) if, in good faith, he intended to point out, for the purpose of removal, matters producing or tending to produce feelings of hatred toward an identifiable group in Canada.

. . .

(6) No proceeding for an offence under subsection (2) shall be instituted without the consent of the Attorney General.

(7) In this section,

"communicating" includes communicating by telephone, broadcasting or other audible or visible means;

"identifiable group" has the same meaning as in section 318;

"public place" includes any place to which the public have access as of right or by invitation, express or implied;

"statements" includes words spoken or written or recorded electronically or electro-magnetically or otherwise, and gestures, signs or other visible representations.

318. . . .

(4) In this section, "identifiable group" means any section of the public distinguished by colour, race, religion or ethnic origin.

Canadian Bill of Rights, R.S.C., 1985, App. III

The Parliament of Canada, affirming that the Canadian Nation is founded upon principles that acknowledge the supremacy of God, the dignity and worth of the human person and the position of the family in a society of free men and free institutions;

Affirming also that men and institutions remain free only when freedom is founded upon respect for moral and spiritual values and the rule of law;

(3) Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction prévue au paragraphe (2) dans les cas suivants:

a) il établit que les déclarations communiquées étaient vraies;

b) il a, de bonne foi, exprimé une opinion sur un sujet religieux ou tenté d'en établir le bien-fondé par discussion;

c) les déclarations se rapportaient à une question d'intérêt public dont l'examen était fait dans l'intérêt du public et, pour des motifs raisonnables, il les croyait vraies;

d) de bonne foi, il voulait attirer l'attention, afin qu'il y soit remédié, sur des questions provoquant ou de nature à provoquer des sentiments de haine à l'égard d'un groupe identifiable au Canada.

. . .

(6) Il ne peut être engagé de poursuites pour une infraction prévue au paragraphe (2) sans le consentement du procureur général.

(7) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

«communiquer» S'entend notamment de la communication par téléphone, radiodiffusion ou autres moyens de communication visuelle ou sonore.

«déclarations» S'entend notamment des mots parlés, écrits ou enregistrés par des moyens électroniques ou électromagnétiques ou autrement, et des gestes, signes ou autres représentations visibles.

«endroit public» Tout lieu auquel le public a accès de droit ou sur invitation, expresse ou tacite.

«groupe identifiable» A le sens que lui donne l'article 318.

318. . . .

(4) Au présent article, «groupe identifiable» désigne toute section du public qui se différencie des autres par la couleur, la race, la religion ou l'origine ethnique.

Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), app. III.

Le Parlement du Canada proclame que la nation canadienne repose sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu, la dignité et la valeur de la personne humaine ainsi que le rôle de la famille dans une société d'hommes libres et d'institutions libres;

Il proclame en outre que les hommes et les institutions ne demeurent libres que dans la mesure où la liberté s'inspire du respect des valeurs morales et spirituelles et du règne du droit;

1990 CanLII 24 (SCC)

And being desirous of enshrining these principles and the human rights and fundamental freedoms derived from them, in a Bill of Rights which shall reflect the respect of Parliament for its constitutional authority and which shall ensure the protection of these rights and freedoms in Canada:

Therefore Her Majesty, by and with the advice and consent of the Senate and House of Commons of Canada, enacts as follows:

. . .

1. It is hereby recognized and declared that in Canada there have existed and shall continue to exist without discrimination by reason of race, national origin, colour, religion or sex, the following human rights and fundamental freedoms, namely,

. . .

(*d*) freedom of speech;

Canadian Charter of Rights and Freedoms

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . .

(*b*) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

11. Any person charged with an offence has the right

. . .

(*d*) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national and ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

27. This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians.

Et afin d'expliciter ces principes ainsi que les droits de l'homme et les libertés fondamentales qui en découlent, dans une Déclaration de droits qui respecte la compétence législative du Parlement du Canada et qui assure à sa population la protection de ces droits et de ces libertés,

En conséquence, Sa Majesté, sur l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des communes du Canada, décrète:

. . .

1. Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe:

. . .

d) la liberté de parole;

Charte canadienne des droits et libertés

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

. . .

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

11. Tout inculpé a le droit:

. . .

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

27. Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens.

1990 CanLII 24 (SCC)

IV. Judgments of the Alberta Courts

A. *Alberta Court of Queen's Bench* (1984), 19 C.C.C. (3d) 254

In the Court of Queen's Bench, only the s. 2(*b*) issue was given substantial consideration, the argument on s. 11(*d*) not being entertained for lack of proper notice to the Crown. In dismissing Mr. Keegstra's s. 2(*b*) submission, Quigley J. was of the view that there exists a discernible Canadian concept of freedom of expression, a concept emanating from four principles found in the preamble to the *Canadian Bill of Rights* and the introductory words to s. 1 of the Bill, namely, i) an acknowledgment of the supremacy of God; ii) the dignity and worth of the human person; iii) respect for moral and spiritual values; and iv) the rule of law. Quigley J. saw the affirmation of these principles in s. 15 of the *Charter*, that section enshrining as it does the dignity and worth of every individual (p. 268). Of further interpretive use was the *Charter*'s s. 27, which he felt required a view of freedom of expression which is compatible with the preservation and enhancement of Canada's multicultural heritage (p. 268).

Using the principles provided by the *Canadian Bill of Rights* and affirmed in ss. 15 and 27 of the *Charter*, Quigley J. observed that the wilful promotion of hatred against a section of the Canadian public distinguished by colour, race, religion or ethnic origin is antithetical to the dignity and worth of the members of an identifiable group. As such, it negates their rights and freedoms, in particular denying them the right to the equal protection and benefit of the law without discrimination. Quigley J. thus decided that s. 319(2) does not infringe s. 2(*b*) of the *Charter*, stating (at p. 268):

> . . . it is my opinion that s. 281.2(2) [now s. 319(2)] of the *Code* cannot rationally be considered to be an infringement which limits "freedom of expression", but on the contrary it is a safeguard which promotes it. The protection afforded by the proscription tends to banish the apprehension which might otherwise inhibit certain

IV. Les jugements des tribunaux albertains

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta* (1984), 19 C.C.C. (3d) 254

En Cour du Banc de la Reine, seule la question de l'al. 2*b*) a été examinée de façon approfondie. L'argument fondé sur l'al. 11*d*) n'a pas été examiné, car la poursuite n'en avait pas été dûment avisée. En rejetant l'argument concernant l'al. 2*b*) soulevé par M. Keegstra, le juge Quigley a exprimé l'avis qu'il existe un concept canadien identifiable de liberté d'expression, qui procède de quatre principes énoncés au préambule de la *Déclaration canadienne des droits* et dans les dispositions liminaires de son article premier, savoir: (i) la reconnaissance de la suprématie de Dieu; (ii) la dignité et la valeur de la personne humaine; (iii) le respect des valeurs morales et spirituelles; et (iv) le règne du droit. Selon le juge Quigley, ces principes sont confirmés par l'art. 15 de la *Charte* qui consacre la dignité et la valeur de chaque individu (p. 268). L'article 27 de la *Charte* est aussi utile à l'interprétation car, de l'avis du juge Quigley, il commande une conception de la liberté d'expression qui soit compatible avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel du Canada (p. 268).

Se fondant sur les principes énoncés dans la *Déclaration canadienne des droits* et confirmés aux art. 15 et 27 de la *Charte*, le juge Quigley note que la fomentation volontaire de la haine contre une section du public canadien qui se différencie des autres par la couleur, la race, la religion ou l'origine ethnique est contraire à la dignité et à la valeur des membres d'un groupe identifiable. Cela étant, elle entraîne la négation de leurs droits et de leurs libertés, en les privant notamment du droit à la même protection et au même bénéfice de la loi que les autres, libres de toute discrimination. Le juge Quigley a décidé en conséquence que le par. 319(2) ne viole pas l'al. 2*b*) de la *Charte*, et dit à ce propos, à la p. 268:

> [TRADUCTION] . . . je suis d'avis que le par. 281.2(2) [maintenant le par. 319(2)] du *Code* ne peut rationnellement être considéré comme une violation de la «liberté d'expression», car il en permet la sauvegarde et la favorise. La protection résultant de l'interdiction tend en effet à écarter l'appréhension qui pourrait autrement

1990 CanLII 24 (SCC)

segments of our society from freely expressing themselves upon the whole spectrum of topics, whether social, economic, scientific, political, religious, or spiritual in nature. The unfettered right to express divergent opinions on these topics is the kind of freedom of expression the Charter protects.

In the event that he was wrong in this conclusion, Quigley J. went on to ask whether s. 319(2) was justified under s. 1 of the *Charter*. He noted that persons maligned by hate propaganda may respond aggressively and be stripped of their sense of personal dignity and self-worth, while those whom the hate-monger seeks to influence are harmed because "it is beyond doubt that breeding hate is detrimental to society for psychological and social reasons and that it can easily create hostility and aggression which leads to violence" (p. 273). In light of these harms, Quigley J. saw s. 319(2) as a rational means of preventing real and serious damage to both individuals and society generally. Moreover, he felt that the various restrictions and defences built into s. 319(2) ensure that it has "a very minimal effect on the over-all right of freedom of expression" (p. 274). In Quigley J.'s view, the balance struck between free expression and the broader interests of social cohesion and the common good thus justified s. 319(2) as a reasonable limit to s. 2(*b*) under s. 1.

B. *Alberta Court of Appeal* (*per* Kerans J.A., Stevenson and Irving JJ.A. concurring) (1988), 43 C.C.C. (3d) 150

In the Alberta Court of Appeal, two *Charter* provisions were invoked by Mr. Keegstra. First, s. 2(*b*) was used as it had been in the pre-trial application before the Court of Queen's Bench, and second, the presumption of innocence protected in s. 11(*d*) was used to attack the reverse onus placed upon an accused by the defence of truth in s. 319(3)(*a*). On both issues Kerans J.A., writing for a unanimous court, found that the *Charter* had been violated. As a result, the appeal was allowed and the impugned provision struck down, and it

empêcher certains éléments de notre société de s'exprimer librement sur toute la gamme des sujets possibles, qu'ils soient de nature sociale, économique, scientifique, politique, religieuse ou spirituelle. Le droit illimité d'exprimer des opinions divergentes sur ces sujets est précisément le genre de liberté d'expression que protège la Charte.

Au cas où cette conclusion serait erronée, le juge Quigley examine ensuite la question de la justification du par. 319(2) aux termes de l'article premier de la *Charte*. Il souligne que les personnes calomniées par une propagande haineuse peuvent y réagir d'une façon agressive et se sentir dépouillées de leur dignité et de leur valeur personnelles et que ceux que les fomentateurs de haine cherchent à influencer sont également lésés puisqu'il [TRADUCTION] «ne fait aucun doute que la fomentation de la haine nuit à la société pour des raisons d'ordre psychologique et social et qu'elle peut facilement engendrer l'hostilité et l'agressivité qui mènent à la violence» (p. 273). Eu égard à ces maux, le juge Quigley considère le par. 319(2) comme un moyen rationnel de prévenir un préjudice réel et grave aux particuliers et à la société en général. Il estime en outre que les diverses restrictions et les différents moyens de défense prévus au par. 319(2) font qu'il n'a [TRADUCTION] «qu'un effet très minime sur le droit global à la liberté d'expression» (p. 274). De l'avis du juge Quigley, l'équilibre établi entre la liberté d'expression et les intérêts plus larges de la cohésion sociale et du bien commun justifie donc le par. 319(2) comme limite raisonnable imposée à l'al. 2*b*), en vertu de l'article premier.

B. *Cour d'appel de l'Alberta* (le juge Kerans, avec l'appui des juges Stevenson et Irving) (1988), 43 C.C.C. (3d) 150

En Cour d'appel de l'Alberta, M. Keegstra a invoqué deux dispositions de la *Charte*. Il a invoqué en premier lieu l'al. 2*b*), de la même façon que dans la demande soumise à la Cour du Banc de la Reine avant le procès, et, en deuxième lieu, la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11*d*) pour contester le renversement du fardeau de la preuve imposé à un accusé par le moyen de défense de véracité prévu à l'al. 319(3)*a*). Le juge Kerans, au nom d'une cour unanime, a conclu qu'il y avait eu, dans les deux cas, violation de la *Charte*. Par

1990 CanLII 24 (SCC)

became unnecessary to deal with a number of other grounds of appeal raised by Mr. Keegstra.

Kerans J.A. began by noting that under s. 319(3)(*a*) an accused could be convicted of wilfully promoting hatred upon failure to prove on a balance of probabilities the truth of his or her statements. In this way, the onus of proving innocence was on the accused, and s. 319(3)(*a*) therefore violated s. 11(*d*). Under s. 1, Kerans J.A. could only envision one justification for a reverse onus, namely "where the inference commanded by the statutory presumption is so persuasive that only a perverse jury would have a doubt" (p. 160). In his opinion, statements intended to promote hatred could quite conceivably be true, and he consequently ruled that the reverse onus in s. 319(3)(*a*) was not saved under s. 1.

Turning next to the freedom of expression issue, Kerans J.A. was willing to accept that knowingly false expression was not covered by s. 2(*b*). Section 319(2) extended beyond knowingly false communications, however, covering all falsehoods, including those innocently and negligently made. The relevant question under s. 2(*b*) was therefore whether falsehoods unknowingly made were protected by the *Charter*. Invoking John Stuart Mill's "marketplace of ideas", Kerans J.A. decided in the affirmative, stating that "s. 2(*b*) should be understood as protecting both innocent error and imprudent speech" (p. 164). As s. 319(2) did neither, he held that it infringes s. 2(*b*) of the *Charter*.

Moving on to the s. 1 analysis, Kerans J.A. first considered whether the challenged legislation bore a rational relationship to a valid legislative objective. He accepted that preventing harm to the reputation and psychological well-being of target-group members was a valid s. 1 objective, stating

conséquent, l'appel a été accueilli et la disposition attaquée invalidée. Il n'était donc plus nécessaire d'aborder plusieurs autres moyens d'appel soulevés par M. Keegstra.

Le juge Kerans a commencé par souligner qu'aux termes de l'al. 319(3)*a*) un accusé pouvait être reconnu coupable de fomenter volontairement la haine dès lors qu'il ne réussissait pas à établir selon la prépondérance des probabilités la véracité de ses déclarations. Il incombait ainsi à l'accusé de prouver son innocence; l'al. 319(3)*a*) était donc une violation de l'al. 11*d*). Le juge Kerans ne pouvait envisager, aux fins de l'article premier, qu'une seule justification du renversement du fardeau de la preuve, savoir [TRADUCTION] «le cas où l'inférence imposée par la présomption légale est tellement convaincante que seul un jury pervers pourrait avoir un doute» (p. 160). À son avis, il était tout à fait concevable que des déclarations destinées à fomenter la haine soient vraies et que l'article premier ne pouvait pas sauvegarder le renversement du fardeau de la preuve résultant de l'al. 319(3)*a*).

Passant ensuite à la question de la liberté d'expression, le juge Kerans était disposé à admettre que l'al. 2*b*) ne s'appliquait pas à l'expression que son auteur savait fausse. Le paragraphe 319(2) visait plus que les communications sciemment fausses pour englober toutes les fausses déclarations même celles faites innocemment et par négligence. La question pertinente à se poser aux fins de l'al. 2*b*) était donc de savoir si des déclarations fausses qui n'étaient pas faites sciemment bénéficiaient de la protection de la *Charte*. Invoquant la notion du «marché des idées» de John Stuart Mill, le juge Kerans y répond par l'affirmative, disant que [TRADUCTION] «l'al. 2*b*) devrait s'interpréter de manière à protéger à la fois l'erreur innocente et les propos imprudents» (p. 164). Selon lui, comme le par. 319(2) ne protège ni l'un ni l'autre, il viole l'al. 2*b*) de la *Charte*.

Passant ensuite à l'analyse fondée sur l'article premier, le juge Kerans examine d'abord si la disposition législative contestée a un lien rationnel avec un objectif législatif légitime. Il convient que la prévention d'atteintes à la réputation et au bien-être psychologique des membres du groupe

1990 CanLII 24 (SCC)

that the making of unjust or capricious distinctions is "an attack on the dignity of the victim, and can result in a debilitating sense of alienation from society" (p. 169). Kerans J.A. nevertheless saw a difference between pain suffered by the target of isolated abuse and the crushing effect of systemic discrimination. He remarked that feelings of outrage and frustration caused by name-calling may be bearable if the abuse is rejected by the community as a whole, while in contrast name-calling becomes unbearable when, "it indeed cools one's friends and heats one's enemies" (p. 169). Consequently, he viewed injury stemming from hate propaganda as serious enough to require the sanction of the criminal law only where people actually hate a group as a result of abuse.

The protection of individuals from actual hatred being alone sufficient reason to limit imprudent speech, Kerans J.A. found that s. 319(2) fails the proportionality test through overbreadth, permitting as it does the conviction of a person who merely intends to cause hatred. In coming to this result, Kerans J.A. viewed as insufficient, safeguards said to prevent the use of s. 319(2) to prosecute "harmless cranks" or persons in the public eye who utter an "unfortunate" remark that is picked up by the media. He also dismissed the Crown's contention that it would be impossible to prove actual harm from a particular hate-promoting communication, and refused to see prosecutorial discretion in s. 319(6) as a sufficient antidote to the offence's overbreadth. Finally, he did not view ss. 15 and 27 of the *Charter* as working to justify s. 319(2) under s. 1. In Kerans J.A.'s opinion, these *Charter* provisions do not forbid Canadians from criticizing the values of equality and multiculturalism, and while accepting that no Canadian should be asked to suffer simply because of his or her racial or ethnic heritage, he concluded that the challenged law "catches more than that" (p. 178).

cible représente un objectif valide aux fins de l'article premier. Il dit à ce propos que faire des distinctions injustes ou capricieuses constitue [TRADUCTION] «une attaque contre la dignité de la victime et peut entraîner un sentiment débilitant d'ostracisme» (p. 169). Le juge Kerans voit néanmoins une différence entre la peine soufferte par la cible d'une attaque isolée et l'effet accablant d'une discrimination systémique. Il fait remarquer que les sentiments d'indignation et de frustration causés par des insultes peuvent être supportables si les propos offensants sont rejetés par l'ensemble de la collectivité, tandis que les insultes deviennent insupportables dès lors que [TRADUCTION] «elles provoquent réellement la froideur chez les amis et la colère des ennemis» (p. 169). Par conséquent, il ne juge le préjudice découlant de la propagande haineuse suffisamment grave pour exiger la sanction du droit criminel que lorsque des personnes sont amenées à haïr réellement un groupe par suite de propos offensants.

Puisque la protection des individus contre la haine réelle constitue la seule raison suffisante de limiter l'expression imprudente, le juge Kerans conclut que le par. 319(2) ne satisfait pas au critère de proportionnalité, en raison de sa portée excessive, car il permet de déclarer coupable une personne qui a seulement l'intention de fomenter la haine. Pour arriver à cette conclusion, le juge Kerans tient pour insuffisantes les mesures protectrices destinées à empêcher le recours au par. 319(2) pour poursuivre des [TRADUCTION] «excentriques inoffensifs» ou des personnes en vue qui font une observation [TRADUCTION] «malheureuse» dont s'emparent les médias. Il rejette en outre l'argument du ministère public invoquant l'impossibilité de prouver un préjudice réel résultant d'une communication donnée qui fomente la haine, et refuse de voir dans le pouvoir discrétionnaire du ministère public prévu au par. 319(6) un remède suffisant à la portée excessive de l'infraction. En dernier lieu, il ne croit pas que les art. 15 et 27 de la *Charte* puissent servir à justifier le par. 319(2) selon l'article premier. De l'avis du juge Kerans, ces dispositions de la *Charte* n'interdisent pas aux Canadiens de critiquer les valeurs de l'égalité et du multiculturalisme et, bien qu'acceptant qu'aucun Canadien ne devrait souffrir en

1990 CanLII 24 (SCC)

In the result, he found that the impugned legislative provision was not saved under s. 1.

V. The History of Hate Propaganda Crimes in Canada

The history of attempts to prevent the propagation of scurrilous statements about particular groups is, not surprisingly, extremely old. The earliest instance where such expression was made criminal occurred in 1275, when the offence of *De Scandalis Magnatum* was created, prohibiting "any false News or Tales, whereby discord, or occasion of discord or slander may grow between the King and his People, or the Great Men of the Realm". As Sir William Holdsworth noted, the aim of the statute was to prevent false statements which, in a society dominated by extremely powerful landowners, could threaten the security of the state (see *A History of English Law* (5th ed. 1942), vol. III, at p. 409).

De Scandalis Magnatum was rarely employed, and was abolished in England in 1887, but its legacy survives in s. 181 of our *Criminal Code*, which makes it an offence to spread knowingly false news that is likely to cause injury or mischief to a public interest. Section 181 does not on its face address the problem of "hate propaganda", a term which I use for convenience to denote expression intended or likely to create or circulate extreme feelings of opprobrium and enmity against a racial or religious group, but it has been used recently to prosecute an individual for the distribution of anti-semitic material (see *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129 (C.A.)). In the more distant past, a forerunner of s. 181 was employed against the disseminator of a pamphlet decrying the plight of Jehovah's Witnesses in Quebec. This earlier case, *R. v. Carrier* (1951), 104 C.C.C. 75 (Que. K.B.), interpreted the provision narrowly, holding that the requirement of injury or the likelihood of injury to the public interest was not satisfied by simply a desire to fan hatred and ill-will between different groups, but rather needed some-

raison simplement de son patrimoine racial ou ethnique, il conclut que la disposition législative contestée [TRADUCTION] «ne s'en tient pas là» (p. 178). Il décide en conséquence qu'elle n'est pas sauvegardée par l'article premier.

V. Historique des crimes reliés à la propagande haineuse au Canada

Les tentatives de prévention de la propagation de déclarations injurieuses à l'égard de groupes particuliers remontent fort loin dans le temps, ce qui n'est pas surprenant. Le premier cas de criminalisation de ce genre d'expression date de 1275 avec la création de l'infraction *De Scandalis Magnatum* interdisant [TRADUCTION] «toute fausse nouvelle ou tout récit pouvant faire naître la discorde ou des possibilités de discorde ou de diffamation entre le roi et son peuple ou les grands du royaume». Comme l'indique sir William Holdsworth, la loi visait à empêcher les déclarations fausses qui, dans une société dominée par des propriétaires terriens extrêmement puissants, risquaient de menacer la sécurité de l'État (voir *A History of English Law* (5e éd. 1942), vol. III, à la p. 409).

Rarement utilisée, *De Scandalis Magnatum* fut abolie en Angleterre en 1887, mais il en subsiste des vestiges dans l'art. 181 de notre *Code criminel*, qui qualifie d'infraction la diffusion de nouvelles sciemment fausses qui sont de nature à causer une atteinte ou du tort à quelque intérêt public. L'article 181 n'aborde pas à première vue le problème de la «propagande haineuse», terme que j'emploie pour désigner l'expression destinée à créer et propager des sentiments extrêmes d'opprobre et d'inimitié envers un groupe racial ou religieux, ou dont tel sera l'effet probable, mais on s'en est servi dernièrement pour poursuivre une personne pour la distribution d'écrits antisémites (voir *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129 (C.A.)). Dans un passé plus éloigné, un article avant-coureur de l'art. 181 a été utilisé contre le distributeur d'un tract protestant contre le sort des Témoins de Jéhovah au Québec. Cet arrêt plus ancien, *R. v. Carrier* (1951), 104 C.C.C. 75 (B.R. Qué.), a donné à la disposition une interprétation restrictive en statuant que l'exigence d'une atteinte ou de la probabilité d'une atteinte à l'intérêt public n'était pas

1990 CanLII 24 (SCC)

thing more in the nature of an intention to disobey openly or to act violently against the established authority.

Prior to 1970, s. 181 was the only provision of the *Criminal Code* with links (albeit mainly historical) to an offence of group defamation. Our common law has long seen defamation as a tortious action, but only where a litigant can show that reputation has been damaged by offending statements directed towards him or her as an individual. Similarly, until the amendments creating s. 319(2), Canadian criminal law made defamation an offence only in the case of attacks upon a person, as is evident from the combined effect of what are now ss. 298 and 300 of the *Criminal Code*. The scope of "person" set out in s. 2 of the *Code* extends somewhat beyond the individual, covering additionally public bodies, corporations, societies and companies, but groups having common characteristics such as race, religion, colour and ethnic origin are not included in the definition.

Section 300 was not, before 1970, the only *Criminal Code* offence prohibiting a type of libel. There also existed the crime of seditious libel, now found in s. 59, prohibiting the speaking or publishing of seditious words. This offence required the existence of a "seditious intention", a state of mind which, without limiting the scope of the phrase, was statutorily presumed to be present in those advocating the unlawful use of force as a means of accomplishing a governmental change within Canada. In *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265, this Court interpreted "seditious intention" restrictively, however, finding the term to require proof of an intention to incite acts of violence or public disorder. The decision in *Boucher* has been long regarded as a strong defence of the merits of freedom of expression. Not surprisingly, for this reason it was relied upon in *Carrier* for the narrow interpretation of the offence of spreading false news.

remplie par l'existence du simple désir d'attiser la haine et l'inimitié entre différents groupes, mais qu'il fallait en outre quelque chose de la nature d'une intention de désobéir ouvertement ou de se livrer à des actes de violence contre l'autorité établie.

Avant 1970, l'art. 181 était l'unique disposition du *Code criminel* qui avait des liens (quoique surtout historiques) avec une infraction de diffamation d'un groupe. Notre common law a depuis longtemps vu la diffamation comme un délit, mais seulement lorsque le demandeur peut démontrer que des déclarations offensantes le visant en tant qu'individu ont nui à sa réputation. De même, jusqu'aux modifications qui ont introduit le par. 319(2), la diffamation ne constituait une infraction en droit criminel canadien que dans le cas d'attaques contre une personne, ce qui ressort nettement de l'effet conjugué des actuels art. 298 et 300 du *Code criminel*. La portée du mot «personne» à l'art. 2 du *Code* dépasse quelque peu la notion d'individu pour englober en outre les corps publics, les personnes morales, les sociétés et les compagnies, mais les groupes dont les membres possèdent des caractéristiques communes telles que la race, la religion, la couleur et l'origine ethnique ne sont toutefois pas compris dans la définition.

L'article 300 n'était pas, avant 1970, l'unique disposition du *Code criminel* à interdire un type de diffamation. Il y avait aussi le crime de libelle séditieux, actuellement l'art. 59, interdisant la tenue ou la publication de propos séditieux. Cette infraction comportait une «intention séditieuse», un état d'esprit que, sans limiter la portée de l'expression, la loi présumait chez quiconque préconisait l'usage illégal de la force comme moyen d'opérer un changement de gouvernement au Canada. Dans l'arrêt *Boucher v. The King*, [1951] R.C.S. 265, notre Cour a toutefois interprété l'expression «intention séditieuse» de façon restrictive, concluant qu'elle exigeait qu'on fasse la preuve de l'intention d'inciter à des actes de violence ou de désordre public. L'arrêt *Boucher* est depuis longtemps considéré comme un plaidoyer puissant en faveur de la liberté d'expression. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce qu'il ait été invoqué dans l'arrêt *Carrier* à l'appui de l'interprétation restrictive de l'infraction de diffusion de fausses nouvelles.

1990 CanLII 24 (SCC)

While the history of attempts to prosecute criminally the libel of groups is lengthy, the *Criminal Code* provisions discussed so far do not focus specifically upon expression propagated with the intent of causing hatred against racial, ethnic or religious groups. Even before the Second World War, however, fears began to surface concerning the inadequacy of Canadian criminal law in this regard. In the 1930s, for example, Manitoba passed a statute combatting a perceived rise in the dissemination of Nazi propaganda (*The Libel Act*, R.S.M. 1913, c. 113, s. 13A (added S.M. 1934, c. 23, s. 1), now *The Defamation Act*, R.S.M. 1987, c. D20, s. 19(1)). Following the Second World War and revelation of the Holocaust, in Canada and throughout the world a desire grew to protect human rights, and especially to guard against discrimination. Internationally, this desire led to the landmark *Universal Declaration of Human Rights* in 1948, and, with reference to hate propaganda, was eventually manifested in two international human rights instruments. In Canada, the post-war mood saw an attempt to include anti-hate propaganda provisions in the 1953 revision of the *Criminal Code*, but most influential in changing the criminal law in order to prohibit hate propaganda was the appointment by Justice Minister Guy Favreau of a special committee to study problems associated with the spread of hate propaganda in Canada.

The Special Committee on Hate Propaganda in Canada, usually referred to as the Cohen Committee, was composed of the following members: Dean Maxwell Cohen, Q.C., Dean of the Faculty of Law, McGill University, chair; Dr. J. A. Corry, Principal, Queen's University; L'Abbé Gérard Dion, Faculty of Social Sciences, Laval University; Mr. Saul Hayes, Q.C., Executive Vice-President, Canadian Jewish Congress; Professor Mark R. MacGuigan, Associate Professor of Law, University of Toronto; Mr. Shane MacKay, Executive Editor, *Winnipeg Free Press*, and Professor Pierre-E. Trudeau, Associate Professor of Law, University of Montreal. This was a particularly

Bien que l'histoire des tentatives de poursuivre au criminel la diffamation de groupes soit longue, les dispositions du *Code criminel* mentionnées jusqu'ici ne visent pas comme telle l'expression diffusée dans l'intention de susciter la haine contre des groupes raciaux, ethniques ou religieux. Même avant la Seconde Guerre mondiale, toutefois, se sont fait jour des craintes au sujet des lacunes du droit criminel canadien à cet égard. Au cours des années 30, par exemple, le Manitoba a adopté une loi pour combattre ce qu'on pensait être un accroissement de la diffusion de propagande nazie (*The Libel Act*, R.S.M. 1913, ch. 113, art. 13A (aj. S.M. 1934, ch. 23, art. 1), devenue *La Loi sur la diffamation*, L.R.M. 1987, ch. D20, par. 19(1)). À la suite de la Seconde Guerre mondiale et de la révélation de l'Holocauste, a pris naissance au Canada et dans le monde entier le désir de protéger les droits de la personne et surtout de se prémunir contre la discrimination. Sur le plan international, ce désir a conduit à l'historique *Déclaration universelle des droits de l'homme* en 1948 et, en ce qui a trait à la propagande haineuse, il s'est finalement manifesté dans deux documents internationaux visant les droits de la personne. Au Canada, l'état d'esprit de l'après-guerre a amené une tentative pour inclure dans la refonte de 1953 du *Code criminel* des dispositions proscrivant la propagande haineuse, mais le facteur le plus décisif dans la modification du droit criminel afin d'interdir la propagande haineuse a été la création par le ministre de la Justice, Guy Favreau, d'un comité spécial chargé d'étudier les problèmes liés à la diffusion de la propagande haineuse au Canada.

Les membres du Comité spécial de la propagande haineuse au Canada, communément appelé le comité Cohen, étaient: son président, Maxwell Cohen, c.r., doyen de la faculté de droit de l'université McGill; M. J. A. Corry, recteur de l'université Queens; l'abbé Gérard Dion, de la faculté des sciences sociales de l'université Laval; M. Saul Hayes, c.r., vice-président exécutif, Congrès juif canadien; M. Mark R. MacGuigan, professeur agrégé à la faculté de droit de l'université de Toronto; M. Shane MacKay, directeur, *Winnipeg Free Press*, et M. Pierre-E. Trudeau, professeur agrégé à la faculté de droit de l'université de Montréal. C'était un comité particulièrement fort

1990 CanLII 24 (SCC)

strong Committee, and in 1966 it released the unanimous *Report of the Special Committee on Hate Propaganda in Canada*.

The tenor of the Report is reflected in the opening paragraph of its Preface, which reads:

> This Report is a study in the power of words to maim, and what it is that a civilized society can do about it. Not every abuse of human communication can or should be controlled by law or custom. But every society from time to time draws lines at the point where the intolerable and the impermissible coincide. In a free society such as our own, where the privilege of speech can induce ideas that may change the very order itself, there is a bias weighted heavily in favour of the maximum of rhetoric whatever the cost and consequences. But that bias stops this side of injury to the community itself and to individual members or identifiable groups innocently caught in verbal cross-fire that goes beyond legitimate debate.

In keeping with these remarks, the recurrent theme running throughout the Report is the need to prevent the dissemination of hate propaganda without unduly infringing the freedom of expression, a theme which led the Committee to recommend a number of amendments to the *Criminal Code*. These amendments were made, essentially along the lines suggested by the Committee, and covered the advocation of genocide (s. 318), the public incitement of hatred likely to lead to a breach of peace (s. 319(1)) and the provision challenged in this appeal and presently found in s. 319(2) of the *Code*, namely, the wilful promotion of hatred.

VI. Section 2(*b*) of the *Charter*—Freedom of Expression

Having briefly set out the history of attempts to prohibit hate propaganda, I can now address the constitutional questions arising for decision in this appeal. The first of these concerns whether the *Charter* guarantee of freedom of expression is infringed by s. 319(2) of the *Criminal Code*. In other words, does the coverage of s. 2(*b*) extend to the public and wilful promotion of hatred against an identifiable group. Before looking to the specific facts of this appeal, however, I would like to comment upon the nature of the s. 2(*b*) guarantee.

et, en 1966, il a publié à l'unanimité le *Rapport du Comité spécial de la propagande haineuse au Canada*.

Le premier alinéa de l'avant-propos donne le ton du rapport:

> Le présent rapport est une étude de la puissance destructrice des mots et des mesures qu'une société civilisée peut prendre pour y obvier. La loi ou la coutume ne peut ni ne doit redresser tous les abus dans les rapports entre les humains. Mais toutes les sociétés, de temps à autre, fixent les limites de ce qui ne saurait être toléré et permis. Dans une société libre comme la nôtre, où la liberté de parole peut faire naître des idées propres à modifier jusqu'à l'ordre établi, on attache beaucoup de prix à la rhétorique sans se soucier des conséquences. Mais ce penchant pour l'éloquence ne doit pas aller jusqu'à tolérer les préjudices causés à la collectivité et aux personnes ou groupes identifiables, victimes innocentes du feu croisé de la discussion qui dépasse les limites permises.

Conformément à ces observations, le thème constamment repris dans le rapport est la nécessité de prévenir la diffusion de la propagande haineuse sans porter indûment atteinte à la liberté d'expression, thème qui a poussé le comité à recommander plusieurs modifications du *Code criminel*. Ces modifications ont été apportées, pour l'essentiel selon les recommandations du Comité. Elles visaient l'encouragement au génocide (art. 318), l'incitation publique à la haine susceptible d'entraîner une violation de la paix (par. 319(1)) et la disposition contestée en l'espèce, le par. 319(2) actuel du *Code*, la fomentation volontaire de la haine.

VI. L'alinéa 2*b*) de la *Charte*—la liberté d'expression

Après ce bref historique des tentatives d'interdiction de la propagande haineuse, je peux maintenant aborder les questions constitutionnelles à trancher dans le cadre du présent pourvoi. La première est de savoir si le par. 319(2) du *Code criminel* est une violation de la garantie de la liberté d'expression énoncée dans la *Charte*. En d'autres termes, l'al. 2*b*) s'applique-t-il à la fomentation publique et volontaire de la haine contre un groupe identifiable. Avant d'examiner les faits particuliers de la présente espèce, cependant, je sou-

1990 CanLII 24 (SCC)

Obviously, one's conception of the freedom of expression provides a crucial backdrop to any s. 2(*b*) inquiry; the values promoted by the freedom help not only to define the ambit of s. 2(*b*), but also come to the forefront when discussing how competing interests might co-exist with the freedom under s. 1 of the *Charter*.

In the recent past, this Court has had the opportunity to hear and decide a number of freedom of expression cases, among them *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; and *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232. Together, the judgments in these cases provide guidance as to the values informing the freedom of expression, and additionally indicate the relationship between ss. 2(*b*) and 1 of the *Charter*.

That the freedom to express oneself openly and fully is of crucial importance in a free and democratic society was recognized by Canadian courts prior to the enactment of the *Charter*. The treatment of freedom of expression by this Court in both division of powers and other cases was examined in *Dolphin Delivery Ltd.*, *supra*, at pp. 583-88, and it was noted that well before the advent of the *Charter*—before even the *Canadian Bill of Rights* was passed by Parliament in 1960, S.C. 1960, c. 44—freedom of expression was seen as an essential value of Canadian parliamentary democracy. This freedom was thus protected by the Canadian judiciary to the extent possible before its entrenchment in the *Charter*, and occasionally even appeared to take on the guise of a constitutionally protected freedom (see, e.g., *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100, *per*

haite faire quelques observations sur la nature de la garantie de l'al. 2*b*). À l'évidence, la conception qu'on peut avoir de la liberté d'expression est la toile de fond essentielle de toute analyse fondée sur l'al. 2*b*), car les valeurs que favorise cette liberté aident non seulement à définir la portée de l'al. 2*b*), mais viennent au premier plan dans l'étude des modalités de coexistence d'intérêts opposés avec cette même liberté, sous le régime de l'article premier de la *Charte*.

Dans un passé récent, notre Cour a eu l'occasion d'entendre et de trancher plusieurs litiges en matière de liberté d'expression. Il s'agit notamment de: *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; et *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232. Ensemble ces arrêts nous éclairent sur les valeurs que renferme la liberté d'expression et nous font voir en outre les rapports entre l'al. 2*b*) et l'article premier de la *Charte*.

Que la liberté de s'exprimer ouvertement et sans restriction revête une importance vitale dans une société libre et démocratique, les tribunaux canadiens l'ont reconnu avant l'adoption de la *Charte*. La position de notre Cour à l'égard de la liberté d'expression, à la fois dans les affaires touchant le partage des pouvoirs et ailleurs, a fait l'objet d'un examen dans l'arrêt *Dolphin Delivery Ltd.*, précité, aux pp. 583 à 588, où l'on fait remarquer que bien avant la *Charte*, même avant l'adoption de la *Déclaration canadienne des droits* par le législateur fédéral en 1960, S.C. 1960, ch. 44, la liberté d'expression était perçue comme une valeur essentielle de la démocratie parlementaire canadienne. Cette liberté était donc protégée par les tribunaux canadiens dans la mesure du possible avant sa consécration dans la *Charte* et elle paraissait même prendre parfois la forme d'une liberté garantie par la Constitution (voir, par exemple, *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, le juge en chef Duff, aux pp. 132 et 133; et

1990 CanLII 24 (SCC)

Duff C.J., at pp. 132-33; and *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, *per* Abbott J., at p. 326).

Without explicit protection under a written constitution, however, the freedom of expression was not always accorded careful consideration in pre-*Charter* cases (see Clare Beckton, "Freedom of Expression" in G.-A. Beaudoin and E. Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2nd ed. 1989), 195, at pp. 197-98). Moreover, pre-*Charter* jurisprudence used freedom of expression primarily in relation to political expression, a context which restricted somewhat the content of the freedom and led this Court to remark in *Ford*, *supra*, at p. 764:

> The pre-*Charter* jurisprudence emphasized the importance of political expression because it was a challenge to that form of expression that most often arose under the division of powers and the "implied bill of rights", where freedom of political expression could be related to the maintenance and operation of the institutions of democratic government. But political expression is only one form of the great range of expression that is deserving of constitutional protection because it serves individual and societal values in a free and democratic society.

While the pre-*Charter* era saw a role for the freedom of expression, then, with the *Charter* came not only its increased importance, but also a more careful and generous study of the values informing the freedom.

As is evident from the quotation just given, the reach of s. 2(*b*) is potentially very wide, expression being deserving of constitutional protection if "it serves individual and societal values in a free and democratic society". In subsequent cases, the Court has not lost sight of this broad view of the values underlying the freedom of expression, though the majority decision in *Irwin Toy* perhaps goes further towards stressing as primary the "democratic commitment" said to delineate the protected sphere of liberty (p. 971). Moreover, the Court has attempted to articulate more precisely some of the convictions fueling the freedom of expression, these being summarized in *Irwin Toy*

Switzman v. Elbling, [1957] R.C.S. 285, le juge Abbott, à la p. 326).

En l'absence de protection explicite dans une constitution écrite, cependant, la liberté d'expression n'a pas toujours fait l'objet d'une considération poussée dans les affaires antérieures à la *Charte* (voir Clare Beckton, «Liberté d'expression», dans G.-A. Beaudoin et E. Ratushny, éd., *Charte canadienne des droits et libertés* (2e éd. 1989), 223, aux pp. 226 et 227). De plus, la jurisprudence antérieure à la *Charte*, appliquait la liberté d'expression surtout à l'expression politique, contexte qui limitait quelque peu le contenu de cette liberté et qui a amené notre Cour à faire dans l'arrêt *Ford*, précité, l'observation suivante, à la p. 764:

> Si la jurisprudence antérieure à la *Charte* a insisté sur l'importance de l'expression politique, cela tenait à ce qu'elle était la forme d'expression qui donnait le plus souvent lieu à des contestations fondées sur le partage des pouvoirs et sur la «charte des droits implicite» et que, dans ce contexte, la liberté d'expression politique pouvait être rattachée au maintien et au fonctionnement des institutions d'un gouvernement démocratique. L'expression politique n'est toutefois qu'une forme d'expression dans la grande diversité de types d'expression qui méritent une protection constitutionnelle parce qu'ils servent à promouvoir certaines valeurs individuelles et collectives dans une société libre et démocratique.

La liberté d'expression a donc joué un rôle avant la *Charte*, mais son importance s'est accrue avec la *Charte* et en outre les valeurs qu'elle renfermait ont été soumises à une étude plus minutieuse et plus généreuse.

Il se dégage nettement de l'extrait précité que la portée de l'al. 2*b*) peut être très large puisque l'expression mérite une protection constitutionnelle si elle sert à «promouvoir certaines valeurs individuelles et collectives dans une société libre et démocratique». Dans ses arrêts subséquents, la Cour n'a pas perdu de vue cette conception large des valeurs sous-tendant la liberté d'expression, quoique la décision de la majorité dans l'affaire *Irwin Toy* insiste peut-être plus fortement sur le caractère primordial de «l'engagement démocratique» qui délimite la sphère de liberté protégée (p. 971). De plus, la Cour a tenté d'arriver à une formulation plus exacte de certaines convictions

1990 CanLII 24 (SCC)

(at p. 976) as follows: (1) seeking and attaining truth is an inherently good activity; (2) participation in social and political decision-making is to be fostered and encouraged; and (3) diversity in forms of individual self-fulfillment and human flourishing ought to be cultivated in a tolerant and welcoming environment for the sake of both those who convey a meaning and those to whom meaning is conveyed.

Although *Ford* commented upon the values generally seen to support the freedom of expression, the decision was also sensitive of the need to consider these values within the textual framework of the *Charter*. Consequently, the Court stated at pp. 765-66 that,

> While ... attempts to identify and define the values which justify the constitutional protection of freedom of expression are helpful in emphasizing the most important of them, they tend to be formulated in a philosophical context which fuses the separate questions of whether a particular form or act of expression is within the ambit of the interests protected by the value of freedom of expression and the question whether that form or act of expression, in the final analysis, deserves protection from interference under the structure of the Canadian *Charter* and the Quebec *Charter*. These are two distinct questions and call for two distinct analytical processes.

It is the presence of s. 1 which makes necessary this bifurcated approach to Canadian freedom of expression cases. Indeed, the application of this approach in *Ford* in part permitted the Court to give a large and liberal interpretation to s. 2(*b*), on the facts of the case leading to the inclusion of commercial expression within its ambit, and to state that the weighing of competing values would "in most instances" take place in s. 1 (p. 766).

Irwin Toy can be seen as at once clarifying the relationship between ss. 2(*b*) and 1 in freedom of expression cases and reaffirming and strengthening the large and liberal interpretation given the freedom in s. 2(*b*) by the Court in *Ford*. These aspects of the decision flow largely from a two-step analysis used in determining whether s. 2(*b*) has been infringed, an approach affirmed by this

dont procède la liberté d'expression, résumées ainsi dans l'arrêt *Irwin Toy* (à la p. 976): (1) la recherche et la découverte de la vérité est une activité qui est bonne en soi; (2) la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique doit être encouragée et favorisée; et (3) la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels doit être encouragée dans une société qui est tolérante et accueillante, tant à l'égard de ceux qui transmettent un message qu'à l'égard de ceux à qui il est destiné.

Bien que l'arrêt *Ford* ait étudié les valeurs généralement considérées comme soutenant la liberté d'expression, il se montre également sensible à la nécessité d'examiner ces valeurs dans le cadre textuel de la *Charte*. La Cour affirme en conséquence, aux pp. 765 et 766:

> Ces tentatives de définition des valeurs qui justifient la protection constitutionnelle de la liberté d'expression ont leur utilité pour mettre en relief les plus importantes d'entre elles. Toutefois, elles sont, d'une manière générale, formulées dans un contexte philosophique qui soude la question de savoir si tel mode ou telle forme d'expression fait partie des intérêts protégés par la valeur qu'est la liberté d'expression, à celle de savoir si, en dernière analyse, ce mode ou cette forme d'expression mérite, sous le régime de la *Charte* canadienne et de la *Charte* québécoise, une protection contre toute atteinte. Ces deux questions distinctes appellent deux analyses distinctes.

C'est l'article premier qui exige cette double analyse dans les affaires canadiennes concernant la liberté d'expression. De fait, cette façon de procéder a permis en partie à notre Cour dans l'arrêt *Ford* de donner à l'al. 2*b*), dans les circonstances de cette affaire, une interprétation large et libérale qui le faisait s'appliquer à l'expression commerciale, et d'affirmer que l'appréciation de valeurs opposées se fera «le plus souvent» dans le cadre établi par l'article premier (p. 766).

L'arrêt *Irwin Toy* peut être considéré à la fois comme précisant le rapport entre l'al. 2*b*) et l'article premier en matière de liberté d'expression et comme confirmant de nouveau et renforçant l'interprétation large et libérale donnée par notre Cour dans l'arrêt *Ford* à cette liberté énoncée à l'al. 2*b*). Ces aspects de l'arrêt découlent dans une large mesure de l'analyse en deux étapes utilisée

1990 CanLII 24 (SCC)

Court in subsequent cases, for example *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, *supra*, and *Royal College of Dental Surgeons*, *supra*.

The first step in the *Irwin Toy* analysis involves asking whether the activity of the litigant who alleges an infringement of the freedom of expression falls within the protected s. 2(*b*) sphere. In outlining a broad, inclusive approach to answering this question, the following was said (at p. 968):

> "Expression" has both a content and a form, and the two can be inextricably connected. Activity is expressive if it attempts to convey meaning. That meaning is its content. Freedom of expression was entrenched in our Constitution and is guaranteed in the Quebec *Charter* so as to ensure that everyone can manifest their thoughts, opinions, beliefs, indeed all expressions of the heart and mind, however unpopular, distasteful or contrary to the mainstream. Such protection is, in the words of both the Canadian and Quebec Charters, "fundamental" because in a free, pluralistic and democratic society we prize a diversity of ideas and opinions for their inherent value both to the community and to the individual.

Apart from rare cases where expression is communicated in a physically violent form, the Court thus viewed the fundamental nature of the freedom of expression as ensuring that "if the activity conveys or attempts to convey a meaning, it has expressive content and *prima facie* falls within the scope of the guarantee" (p. 969). In other words, the term "expression" as used in s. 2(*b*) of the *Charter* embraces all content of expression irrespective of the particular meaning or message sought to be conveyed (*Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, *supra*, at p. 1181, *per* Lamer J.).

The second step in the analysis outlined in *Irwin Toy* is to determine whether the purpose of the impugned government action is to restrict freedom of expression. The guarantee of freedom of expression will necessarily be infringed by government action having such a purpose. If, however, it is the effect of the action, rather than the purpose, that restricts an activity, s. 2(*b*) is not brought into play

pour déterminer s'il y a violation de l'al. 2*b*), méthode confirmée par notre Cour dans des arrêts postérieurs, dont *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, et *Collège royal des chirurgiens dentistes*, précités.

L'étape initiale de l'analyse prévue dans l'arrêt *Irwin Toy* est de se demander si l'activité de la partie qui allègue l'atteinte à la liberté d'expression est comprise dans la sphère protégée par l'al. 2*b*). Exposant une approche large et compréhensive pour répondre à cette question, l'arrêt dit (à la p. 968):

> L'«expression» possède à la fois un contenu et une forme et ces deux éléments peuvent être inextricablement liés. L'activité est expressive si elle tente de transmettre une signification. Le message est son contenu. La liberté d'expression a été consacrée par notre Constitution et est garantie dans la *Charte* québécoise pour assurer que chacun puisse manifester ses pensées, ses opinions, ses croyances, en fait, toutes les expressions du cœur ou de l'esprit, aussi impopulaires, déplaisantes ou contestataires soient-elles. Cette protection est, selon les Chartes canadienne et québécoise, «fondamentale» parce que dans une société libre, pluraliste et démocratique, nous attachons une grande valeur à la diversité des idées et des opinions qui est intrinsèquement salutaire tant pour la collectivité que pour l'individu.

Donc, sauf pour les rares cas où l'expression revêt la forme de la violence physique, la Cour a estimé qu'il découle de la nature fondamentale de la liberté d'expression que «si l'activité transmet ou tente de transmettre une signification, elle a un contenu expressif et relève à première vue du champ de la garantie» (p. 969). En d'autres termes, le mot «expression» à l'al. 2*b*) de la *Charte* vise tout contenu de l'expression, sans égard aux sens ou message particulier que l'on cherche à transmettre (voir *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, précité, à la p. 1181, le juge Lamer).

La seconde étape de l'analyse exposée dans l'arrêt *Irwin Toy* est de déterminer si l'action gouvernementale attaquée vise à restreindre la liberté d'expression. Une action gouvernementale ayant un tel objet violera nécessairement la garantie de liberté d'expression. Si, toutefois, l'action a pour effet, plutôt que pour objet, de limiter une activité, l'al. 2*b*) ne joue pas, à moins que la partie qui

1990 CanLII 24 (SCC)

unless it can be demonstrated by the party alleging an infringement that the activity supports rather than undermines the principles and values upon which freedom of expression is based.

Having reviewed the *Irwin Toy* test, it remains to determine whether the impugned legislation in this appeal—s. 319(2) of the *Criminal Code*—infringes the freedom of expression guarantee of s. 2(*b*). Communications which wilfully promote hatred against an identifiable group without doubt convey a meaning, and are intended to do so by those who make them. Because *Irwin Toy* stresses that the type of meaning conveyed is irrelevant to the question of whether s. 2(*b*) is infringed, that the expression covered by s. 319(2) is invidious and obnoxious is beside the point. It is enough that those who publicly and wilfully promote hatred convey or attempt to convey a meaning, and it must therefore be concluded that the first step of the *Irwin Toy* test is satisfied.

Moving to the second stage of the s. 2(*b*) inquiry, one notes that the prohibition in s. 319(2) aims directly at words—in this appeal, Mr. Keegstra's teachings—that have as their content and objective the promotion of racial or religious hatred. The purpose of s. 319(2) can consequently be formulated as follows: to restrict the content of expression by singling out particular meanings that are not to be conveyed. Section 319(2) therefore overtly seeks to prevent the communication of expression, and hence meets the second requirement of the *Irwin Toy* test.

In my view, through s. 319(2) Parliament seeks to prohibit communications which convey meaning, namely, those communications which are intended to promote hatred against identifiable groups. I thus find s. 319(2) to constitute an infringement of the freedom of expression guaranteed by s. 2(*b*) of the *Charter*. Before moving on to see whether the impugned provision is nonetheless justified under s. 1, however, I wish to canvas two arguments made in favour of the position that communications intended to promote hatred do not fall within the ambit of s. 2(*b*). The first of

allègue l'atteinte puisse démontrer qu'il s'agit d'une activité qui, loin de les miner, étaye les principes et les valeurs sur lesquels repose la liberté d'expression.

Ayant étudié le critère établi dans l'arrêt *Irwin Toy*, il nous reste à déterminer si la disposition législative contestée en l'espèce—le par. 319(2) du *Code criminel*—porte atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*). Les communications fomentant volontairement la haine contre un groupe identifiable transmettent incontestablement une signification, et telle est l'intention de leurs auteurs. Puisque l'arrêt *Irwin Toy* insiste sur le fait que le type de signification transmise n'a aucune pertinence pour la question de savoir s'il y a eu violation de l'al. 2*b*), il est dès lors sans intérêt que l'expression visée au par. 319(2) soit odieuse ou désobligeante. Il suffit que ceux qui fomentent publiquement et volontairement la haine transmettent ou tentent de transmettre une signification, et force nous est de conclure que dans son premier volet le critère établi dans l'arrêt *Irwin Toy* a été rempli.

Passant à la seconde étape de l'analyse fondée sur l'al. 2*b*), on constate que l'interdiction formulée au par. 319(2) vise directement les paroles—en l'occurrence les enseignements de M. Keegstra—dont le contenu et l'objet est de favoriser la haine raciale ou religieuse. L'objet du par. 319(2) peut donc être exprimé ainsi: limiter le contenu de l'expression en précisant certaines significations qui ne doivent pas être transmises. Le paragraphe 319(2) vise donc ouvertement à empêcher une expression et satisfait ainsi au second volet du critère de l'arrêt *Irwin Toy*.

À mon avis, le législateur fédéral tente au moyen du par. 319(2) d'interdire des communications qui transmettent une signification, c'est-à-dire celles faites avec l'intention de fomenter la haine contre des groupes identifiables. Je conclus en conséquence que le par. 319(2) viole la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte*. Avant d'examiner si la disposition attaquée est néanmoins justifiée aux termes de l'article premier, je me propose toutefois d'aborder deux arguments avancés pour soutenir que des communications destinées à fomenter la haine ne relèvent pas

these arguments concerns an exception mentioned in *Irwin Toy* concerning expression manifested in a violent form. The second relates to the impact of other sections of the *Charter* and international agreements in interpreting the scope of the freedom of expression guarantee.

Beginning with the suggestion that expression covered by s. 319(2) falls within an exception articulated in *Irwin Toy*, it was argued before this Court that the wilful promotion of hatred is an activity the form and consequences of which are analogous to those associated with violence or threats of violence. This argument contends that Supreme Court of Canada precedent excludes violence and threats of violence from the ambit of s. 2(*b*), and that the reason for such exclusion must lie in the fact that these forms of expression are inimical to the values supporting freedom of speech. Indeed, in support of this view it was pointed out to us that the Court in *Irwin Toy* stated that "freedom of expression ensures that we can convey our thoughts and feelings in non-violent ways without fear of censure" (p. 970). Accordingly, we were urged to find that hate propaganda of the type caught by s. 319(2), insofar as it imperils the ability of target group members themselves to convey thoughts and feelings in non-violent ways without fear of censure, is analogous to violence and threats of violence and hence does not fall within s. 2(*b*).

The proposition in *Irwin Toy* that violent expression is not afforded protection under s. 2(*b*) has its origin in a comment made by McIntyre J. in *Dolphin Delivery Ltd.*, in which he stated that the freedom of expression guaranteed picketers would not extend to protect violence or threats of violence (p. 588). Restricting s. 2(*b*) in this manner has also been mentioned in more recent Supreme Court of Canada decisions, in particular by Lamer J. in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)* and by a unanimous Court in *Royal College of Dental Surgeons*. It should be emphasized, however, that no decision of this Court has rested on the notion that

de l'al. 2*b*). Le premier concerne une exception mentionnée dans l'arrêt *Irwin Toy* relative à l'expression se manifestant sous une forme violente. Le second se rapporte à l'incidence d'autres articles de la *Charte* et de certaines conventions internationales sur l'interprétation de la portée de la garantie de la liberté d'expression.

Tout d'abord, quant à l'idée que l'expression visée au par. 319(2) relève d'une exception énoncée dans l'arrêt *Irwin Toy*, on a fait valoir que la fomentation volontaire de la haine est une activité qui par sa forme et ses conséquences est analogue à la violence ou aux menaces de violence. Suivant cet argument, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada exclut de la portée de l'al. 2*b*) la violence et les menaces de violence, exclusion qui doit tirer sa justification du fait que ces formes d'expression s'opposent aux valeurs soutenant la liberté d'expression. De fait, on nous a signalé à l'appui de cette position que notre Cour a dit dans l'arrêt *Irwin Toy* que «la liberté d'expression est la garantie que nous pouvons communiquer nos pensées et nos sentiments, de façon non violente, sans crainte de la censure» (p. 970). On nous a donc invités à conclure que la propagande haineuse du type visé au par. 319(2), en ce qu'elle nuit à la capacité des membres des groupes cibles eux-mêmes de communiquer des pensées et des sentiments, de façon non violente, sans crainte de la censure, est assimilable à la violence et aux menaces de violence et ne relève donc pas de l'al. 2*b*).

La proposition, énoncée dans l'arrêt *Irwin Toy*, selon laquelle l'expression violente ne bénéficie pas de la protection de l'al. 2*b*) tire son origine d'une observation faite par le juge McIntyre dans l'arrêt *Dolphin Delivery Ltd.*, où il dit que la liberté d'expression garantie aux piqueteurs ne saurait être étendue de manière à protéger la violence ou les menaces de violence (p. 588). Une telle restriction de la portée de l'al. 2*b*) a été mentionnée également dans des arrêts plus récents de notre Cour, particulièrement par le juge Lamer dans *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)* et par une Cour unanime dans l'arrêt *Collège royal des chirurgiens dentistes*. Il faut toutefois souligner qu'aucun arrêt de notre Cour n'est fondé sur l'idée que la conduite

1990 CanLII 24 (SCC)

expressive conduct is excluded from s. 2(*b*) where it involves violence.

Turning specifically to the proposition that hate propaganda should be excluded from the coverage of s. 2(*b*), I begin by stating that the communications restricted by s. 319(2) cannot be considered as violence, which on a reading of *Irwin Toy* I find to refer to expression communicated directly through physical harm. Nor do I find hate propaganda to be analogous to violence, and through this route exclude it from the protection of the guarantee of freedom of expression. As I have explained, the starting proposition in *Irwin Toy* is that all activities conveying or attempting to convey meaning are considered expression for the purposes of s. 2(*b*); the content of expression is irrelevant in determining the scope of this *Charter* provision. Stated at its highest, an exception has been suggested where meaning is communicated directly via physical violence, the extreme repugnance of this form to free expression values justifying such an extraordinary step. Section 319(2) of the *Criminal Code* prohibits the communication of meaning that is repugnant, but the repugnance stems from the content of the message as opposed to its form. For this reason, I am of the view that hate propaganda is to be categorized as expression so as to bring it within the coverage of s. 2(*b*).

As for threats of violence, *Irwin Toy* spoke only of restricting s. 2(*b*) to certain forms of expression, stating at p. 970 that,

> [w]hile the guarantee of free expression protects all content of expression, certainly violence as a form of expression receives no such protection. It is not necessary here to delineate precisely when and on what basis a form of expression chosen to convey a meaning falls outside the sphere of the guarantee. But it is clear, for example, that a murderer or rapist cannot invoke freedom of expression in justification of the form of expression he has chosen. [Emphasis in original.]

expressive est exclue de la portée de l'al. 2*b*) lorsqu'elle prend la forme de la violence.

Pour ce qui est précisément de l'argument selon lequel la propagande haineuse ne devrait pas bénéficier de la protection de l'al. 2*b*), je souligne d'abord que les communications soumises aux restrictions prévues au par. 319(2) ne sauraient être assimilées à la violence, terme qui, d'après ce que je conclus de l'arrêt *Irwin Toy*, s'applique à l'expression qui se manifeste directement par un préjudice corporel. Je n'estime pas non plus que la propagande haineuse soit analogue à la violence et je ne l'exclus donc pas pour ce motif de la protection accordée par la garantie de la liberté d'expression. Comme je l'ai déjà expliqué, l'arrêt *Irwin Toy* part de la proposition que toutes les activités qui transmettent ou qui tentent de transmettre une signification sont assimilées à l'expression aux fins de l'al. 2*b*); le contenu de l'expression est sans pertinence pour déterminer la portée de cette disposition de la *Charte*. Une exception a été proposée pour le cas extrême où le message est transmis directement par la violence physique, et c'est l'incompatibilité totale de cette forme d'expression avec les valeurs sous-tendant la liberté d'expression qui justifie cette mesure extraordinaire. Le paragraphe 319(2) du *Code criminel* interdit la communication de tout message offensant, mais le caractère offensant tient au contenu du message et non à sa forme. Pour cette raison, la propagande haineuse est à ranger dans la catégorie de l'expression, et relève donc de l'al. 2*b*).

Pour ce qui est des menaces de violence, l'arrêt *Irwin Toy* parlait seulement de limiter l'application de l'al. 2*b*) à certaines formes d'expression, disant en effet, à la p. 970:

> Quoique la garantie de la liberté d'expression protège tout contenu d'une expression, il est évident que la violence comme forme d'expression ne reçoit pas cette protection. Il n'est pas nécessaire en l'espèce de définir précisément dans quel cas ou pour quelle raison une forme d'expression choisie pour transmettre un message sort du champ de la garantie. Toutefois il est parfaitement clair que, par exemple, l'auteur d'un meurtre ou d'un viol ne peut invoquer la liberté d'expression pour justifier le mode d'expression qu'il a choisi. [Souligné dans l'original.]

1990 CanLII 24 (SCC)

While the line between form and content is not always easily drawn, in my opinion threats of violence can only be so classified by reference to the content of their meaning. As such, they do not fall within the exception spoken of in *Irwin Toy*, and their suppression must be justified under s. 1. As I do not find threats of violence to be excluded from the definition of expression envisioned by s. 2(*b*), it is unnecessary to determine whether the threatening aspects of hate propaganda can be seen as threats of violence, or analogous to such threats, so as to deny it protection under s. 2(*b*).

Bien que la ligne de démarcation entre la forme et le contenu ne soit pas toujours facile à tracer, les menaces de violence ne peuvent à mon avis être classées que par référence au contenu de leur signification. Comme telles, elles ne relèvent pas de l'exception dont parle l'arrêt *Irwin Toy* et leur suppression doit pouvoir se justifier en vertu de l'article premier. Comme j'estime que les menaces de violence ne sont pas exclues de la définition de l'expression envisagée à l'al. 2*b*), il est inutile de décider si les aspects menaçants de la propagande haineuse peuvent être considérés comme des menaces de violence, ou analogues à de telles menaces, de manière à lui enlever la protection qu'accorde l'al. 2*b*).

The second matter which I wish to address before leaving the s. 2(*b*) inquiry concerns the relevance of other *Charter* provisions and international agreements to which Canada is a party in interpreting the coverage of the freedom of expression guarantee. It has been argued in support of excluding hate propaganda from the coverage of s. 2(*b*) that the use of ss. 15 and 27 of the *Charter*—dealing respectively with equality and multiculturalism—and Canada's acceptance of international agreements requiring the prohibition of racist statements make s. 319(2) incompatible with even a large and liberal definition of the freedom (see, e.g., I. Cotler, "Hate Literature", in R. S. Abella and M. L. Rothman, eds., *Justice Beyond Orwell* (1985), 117, at pp. 121-22). The general tenor of this argument is that these interpretative aids inextricably infuse each constitutional guarantee with values supporting equal societal participation and the security and dignity of all persons. Consequently, it is said that s. 2(*b*) must be curtailed so as not to extend to communications which seriously undermine the equality, security and dignity of others.

Le second point que je souhaite traiter avant de terminer l'analyse relative à l'al. 2*b*) concerne la pertinence d'autres dispositions de la *Charte* et de certaines conventions internationales auxquelles le Canada est partie dans l'interprétation de la protection accordée par la garantie de la liberté d'expression. On a soutenu à l'appui de l'exclusion de la propagande haineuse de la protection de l'al. 2*b*) que l'application des art. 15 et 27 de la *Charte*—concernant respectivement l'égalité et le multiculturalisme—et l'adhésion du Canada à certaines conventions internationales exigeant la prohibition des déclarations racistes entraînent l'incompatibilité du par. 319(2) avec même une définition large et libérale de la liberté d'expression (voir, par exemple, I. Cotler, «Hate Literature», dans R. S. Abella et M. L. Rothman, éd., *Justice Beyond Orwell* (1985), 117, aux pp. 121 et 122). Cet argument consiste en somme à dire que ces aides à l'interprétation ont pour effet de lier inextricablement à chaque garantie constitutionnelle des valeurs favorisant l'égalité dans la participation sociale ainsi que la sécurité et la dignité de tous. On prétend par conséquent que la portée de l'al. 2*b*) doit être limitée pour ne pas s'appliquer aux communications qui minent sérieusement l'égalité, la sécurité et la dignité d'autrui.

Because I will deal extensively with the impact of various *Charter* provisions and international agreements when considering whether s. 319(2) is a justifiable limit under s. 1, I will keep my comments here to a minimum. Suffice it to say

Comme je ferai une étude approfondie de l'effet de différentes dispositions de la *Charte* et de diverses conventions internationales quand j'examinerai si le par. 319(2) constitue une limite raisonnable au sens de l'article premier, je m'en tiens ici à

1990 CanLII 24 (SCC)

that I agree with the general approach of Wilson J. in *Edmonton Journal*, *supra*, where she speaks of the danger of balancing competing values without the benefit of a context. This approach does not logically preclude the presence of balancing within s. 2(*b*)—one could avoid the dangers of an overly abstract analysis simply by making sure that the circumstances surrounding both the use of the freedom and the legislative limit were carefully considered. I believe, however, that s. 1 of the *Charter* is especially well suited to the task of balancing, and consider this Court's previous freedom of expression decisions to support this belief. It is, in my opinion, inappropriate to attenuate the s. 2(*b*) freedom on the grounds that a particular context requires such; the large and liberal interpretation given the freedom of expression in *Irwin Toy* indicates that the preferable course is to weigh the various contextual values and factors in s. 1.

I thus conclude on the issue of s. 2(*b*) by finding that s. 319(2) of the *Criminal Code* constitutes an infringement of the *Charter* guarantee of freedom of expression, and turn to examine whether such an infringement is justifiable under s. 1 as a reasonable limit in a free and democratic society.

VII. Section 1 Analysis of Section 319(2)

A. *General Approach to Section 1*

Though the language of s. 1 appears earlier in these reasons, it is appropriate to repeat its words:

> **1.** The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

In *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, this Court offered a course of analysis to be employed in determining whether a limit on a right or freedom

quelques brèves observations. Qu'il suffise de dire que j'approuve l'approche générale adoptée par le juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal*, précité, où elle parle du danger qu'il y a à soupeser des valeurs concurrentes sans l'avantage d'un contexte. Cette approche n'exclut pas logiquement la possibilité de procéder à une telle évaluation sous le régime de l'al. 2*b*)—on pourrait en effet éviter les dangers d'une analyse excessivement abstraite en s'assurant simplement que soient soumises à un examen minutieux les circonstances de l'usage de la liberté en question et de la restriction législative. Je crois cependant que l'article premier de la *Charte* convient particulièrement bien à l'évaluation relative des valeurs et j'estime que les arrêts antérieurs de notre Cour concernant la liberté d'expression étayent cette conclusion. Il n'y a pas lieu, selon moi, d'affaiblir la liberté garantie par l'al. 2*b*) pour le motif qu'un contexte particulier l'exige, car suivant l'interprétation large et libérale donnée à la liberté d'expression dans l'arrêt *Irwin Toy*, il est préférable de soupeser les divers facteurs et valeurs contextuels dans le cadre de l'article premier.

Donc, pour terminer sur la question de l'al. 2*b*), je conclus que le par. 319(2) du *Code criminel* est une atteinte à la liberté d'expression garantie par la *Charte*. Je passe maintenant à la question de savoir si une telle atteinte est justifiable en tant que limite raisonnable dans une société libre et démocratique, au sens de l'article premier.

VII. L'analyse du par. 319(2) en vertu de l'article premier

A. *La façon générale d'aborder l'article premier*

Quoique le texte de l'article premier ait été reproduit précédemment dans les présents motifs, je le cite de nouveau ici:

> **1.** La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, notre Cour propose une méthode d'analyse pour déterminer si la justification d'une limite imposée

1990 CanLII 24 (SCC)

can be demonstrably justified in a free and democratic society. Under the approach in *Oakes*, it must first be established that impugned state action has an objective of pressing and substantial concern in a free and democratic society. Only such an objective is of sufficient stature to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom (p. 138). The second feature of the *Oakes* test involves assessing the proportionality between the objective and the impugned measure. The inquiry as to proportionality attempts to guide the balancing of individual and group interests protected in s. 1, and in *Oakes* was broken down into the following three segments (at p. 139):

> First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in this first sense, should impair "as little as possible" the right or freedom in question. . . . Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the *Charter* right or freedom, and the objective which has been identified as of "sufficient importance". [Emphasis in original.]

The analytical framework of *Oakes* has been continually reaffirmed by this Court, yet it is dangerously misleading to conceive of s. 1 as a rigid and technical provision, offering nothing more than a last chance for the state to justify incursions into the realm of fundamental rights. From a crudely practical standpoint, *Charter* litigants sometimes may perceive s. 1 in this manner, but in the body of our nation's constitutional law it plays an immeasurably richer role, one of great magnitude and sophistication. Before examining the specific components of the *Oakes* approach as they relate to this appeal, I therefore wish to comment more generally upon the role of s. 1.

In the words of s. 1 are brought together the fundamental values and aspirations of Canadian

à un droit ou à une liberté peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Suivant la méthode de l'arrêt *Oakes*, il faut établir d'abord qu'un acte contesté commis par l'État vise un objectif qui traduit une préoccupation urgente et réelle dans une société libre et démocratique. C'est le seul genre d'objectif qui soit suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution (p. 138). Le second volet du critère de l'arrêt *Oakes* consiste à mesurer la proportionnalité entre l'objectif et la mesure contestée. Cet examen de la proportionnalité vise à orienter le processus par lequel sont soupesés les intérêts individuels et collectifs protégés par l'article premier et, dans l'arrêt *Oakes*, il a été divisé en trois étapes (à la p. 139):

> Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question [. . .] Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la *Charte* et l'objectif reconnu comme «suffisamment important».[Souligné dans l'original.]

Notre Cour a maintes fois confirmé le cadre analytique établi dans l'arrêt *Oakes*, et pourtant on s'induit dangereusement en erreur si l'on voit dans l'article premier une disposition rigide et empreinte de formalisme n'offrant rien d'autre qu'une dernière chance à l'État de justifier des incursions dans le domaine des droits fondamentaux. D'un point de vue purement pratique, les plaideurs qui invoquent la *Charte* peuvent parfois percevoir ainsi l'article premier mais, dans le droit constitutionnel de notre nation, cet article joue un rôle infiniment plus riche, un rôle de grande envergure et d'extrême raffinement. Je veux donc faire des observations plus générales sur le rôle de l'article premier avant d'examiner individuellement les éléments de la méthode de l'arrêt *Oakes* dans le contexte du présent pourvoi.

Dans le texte de l'article premier se trouvent réunies les valeurs et les aspirations fondamentales

1990 CanLII 24 (SCC)

society. As this Court has said before, the premier article of the *Charter* has a dual function, operating both to activate *Charter* rights and freedoms and to permit such reasonable limits as a free and democratic society may have occasion to place upon them (*Oakes*, at pp. 133-34). What seems to me to be of significance in this dual function is the commonality that links the guarantee of rights and freedoms to their limitation. This commonality lies in the phrase "free and democratic society". As was stated by the majority in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1056:

> The underlying values of a free and democratic society both guarantee the rights in the *Charter* and, in appropriate circumstances, justify limitations upon those rights.

Obviously, a practical application of s. 1 requires more than an incantation of the words "free and democratic society". These words require some definition, an elucidation as to the values that they invoke. To a large extent, a free and democratic society embraces the very values and principles which Canadians have sought to protect and further by entrenching specific rights and freedoms in the Constitution, although the balancing exercise in s. 1 is not restricted to values expressly set out in the *Charter* (*Slaight*, *supra*, at p. 1056). With this guideline in mind, in *Oakes* I commented upon some of the ideals that inform our understanding of a free and democratic society, saying (at p. 136):

> The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified.

de la société canadienne. Comme l'a déjà dit notre Cour, l'article premier de la *Charte* a la double fonction de rendre effectifs les droits et libertés garantis par la *Charte* et de permettre toute limite raisonnable qu'une société libre et démocratique peut avoir à y imposer (*Oakes*, aux pp. 133 et 134). Ce qui me semble important dans ce double rôle, c'est le fonds commun de la garantie des droits et libertés et des restrictions apportées. Ce fonds commun se dégage de l'expression «société libre et démocratique». Comme l'a dit la majorité dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1056:

> Les valeurs fondamentales d'une société libre et démocratique garantissent les droits prévus dans la *Charte* et, lorsque cela est indiqué, justifient la restriction de ces droits.

Évidemment, l'application pratique de l'article premier nécessite davantage que l'articulation des mots «société libre et démocratique». Il faut les définir et élucider les valeurs qu'ils renferment. Dans une large mesure, une société libre et démocratique embrasse les valeurs et les principes mêmes que les Canadiens ont cherché à protéger et à promouvoir par la constitutionnalisation de droits et de libertés, quoique l'évaluation faite en vertu de l'article premier ne se borne pas aux valeurs expressément énoncées dans la *Charte* (*Slaight*, précité, à la p. 1056). J'avais cette ligne directrice présente à l'esprit en faisant des observations, dans l'arrêt *Oakes*, sur certains idéaux inhérents à notre conception d'une société libre et démocratique (à la p. 136):

> Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer.

1990 CanLII 24 (SCC)

Undoubtedly these values and principles are numerous, covering the guarantees enumerated in the *Charter* and more. Equally, they may well deserve different emphases, and certainly will assume varying degrees of importance depending upon the circumstances of a particular case.

It is important not to lose sight of factual circumstances in undertaking a s. 1 analysis, for these shape a court's view of both the right or freedom at stake and the limit proposed by the state; neither can be surveyed in the abstract. As Wilson J. said in *Edmonton Journal*, *supra*, referring to what she termed the "contextual approach" to *Charter* interpretation (at pp. 1355-56):

> . . . a particular right or freedom may have a different value depending on the context. It may be, for example, that freedom of expression has greater value in a political context than it does in the context of disclosure of the details of a matrimonial dispute. The contextual approach attempts to bring into sharp relief the aspect of the right or freedom which is truly at stake in the case as well as the relevant aspects of any values in competition with it. It seems to be more sensitive to the reality of the dilemma posed by the particular facts and therefore more conducive to finding a fair and just compromise between the two competing values under s. 1.

Though Wilson J. was speaking with reference to the task of balancing enumerated rights and freedoms, I see no reason why her view should not apply to all values associated with a free and democratic society. Clearly, the proper judicial perspective under s. 1 must be derived from an awareness of the synergetic relation between two elements: the values underlying the *Charter* and the circumstances of the particular case.

From the discussion so far, I hope it is clear that a rigid or formalistic approach to the application of s. 1 must be avoided. The ability to use s. 1 as a gauge which is sensitive to the values and circumstances particular to an appeal has been identified as vital in past cases, and La Forest J. admirably described the essence of this flexible approach in

Sans doute ces valeurs et principes sont-ils nombreux, englobant les garanties énumérées dans la *Charte* et plus encore. De même, il se peut qu'ils ne méritent pas tous le même poids et ils varieront certainement en importance selon les circonstances d'une affaire donnée.

Il est important de ne pas perdre de vue les circonstances factuelles quand on entreprend l'analyse fondée sur l'article premier, car elles modèlent l'opinion que se fait un tribunal tant du droit ou de la liberté en cause que de la restriction proposée par l'État; ni l'un ni l'autre ne peuvent être examinés dans l'abstrait. Comme le dit le juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal*, précité, en parlant de ce qu'elle appelle la «méthode contextuelle» d'interprétation de la *Charte*, aux pp. 1355 et 1356:

> . . . une liberté ou un droit particuliers peuvent avoir une valeur différente selon le contexte. Par exemple, il se peut que la liberté d'expression ait une importance plus grande dans un contexte politique que dans le contexte de la divulgation des détails d'une affaire matrimoniale. La méthode contextuelle tente de mettre clairement en évidence l'aspect du droit ou de la liberté qui est véritablement en cause dans l'instance ainsi que les aspects pertinents des valeurs qui entrent en conflit avec ce droit ou cette liberté. Elle semble mieux saisir la réalité du litige soulevé par les faits particuliers et être donc plus propice à la recherche d'un compromis juste et équitable entre les deux valeurs en conflit en vertu de l'article premier.

Bien que le juge Wilson fasse allusion à la tâche d'appréciation des droits et libertés énumérés, je ne vois aucune raison pour ne pas appliquer son point de vue à l'ensemble des valeurs rattachées à une société libre et démocratique. De toute évidence, la perspective judiciaire à adopter aux fins de l'article premier doit procéder d'une appréciation du rapport synergique entre deux éléments: les valeurs sous-tendant la *Charte* et les circonstances de l'instance particulière.

J'ose espérer qu'il ressort clairement de l'analyse qui précède que la rigidité et le formalisme sont à éviter dans l'application de l'article premier. La possibilité d'utiliser l'article premier comme une jauge s'adaptant aux valeurs et circonstances propres à un appel a été reconnue comme primordiale dans la jurisprudence, et le juge La Forest décrit

1990 CanLII 24 (SCC)

United States of America v. Cotroni, [1989] 1 S.C.R. 1469, at pp. 1489-90:

> In the performance of the balancing task under s. 1, it seems to me, a mechanistic approach must be avoided. While the rights guaranteed by the *Charter* must be given priority in the equation, the underlying values must be sensitively weighed in a particular context against other values of a free and democratic society sought to be promoted by the legislature.

See also *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, *per* La Forest J., at p. 300; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, *per* Dickson C.J., at pp. 768-69; and *Irwin Toy*, *supra*, *per* the majority, at pp. 989-90. The sentiments of La Forest J. correctly suggest that the application of the *Oakes* approach will vary depending on the circumstances of the case, including the nature of the interests at stake.

B. *The Use of American Constitutional Jurisprudence*

Having discussed the unique and unifying role of s. 1, I think it appropriate to address a tangential matter, yet one nonetheless crucial to the disposition of this appeal: the relationship between Canadian and American approaches to the constitutional protection of free expression, most notably in the realm of hate propaganda. Those who attack the constitutionality of s. 319(2) draw heavily on the tenor of First Amendment jurisprudence in weighing the competing freedoms and interests in this appeal, a reliance which is understandable given the prevalent opinion that the criminalization of hate propaganda violates the Bill of Rights (see, e.g., L. H. Tribe, *American Constitutional Law* (2nd ed. 1988), at p. 861, n. 2; K. Greenawalt, "Insults and Epithets: Are They Protected Speech?" (1990), 42 *Rutgers L. Rev.* 287, at p. 304). In response to the emphasis placed upon this jurisprudence, I find it helpful to summarize the American position and to determine the extent to which it should influence the s. 1 analysis in the circumstances of this appeal.

admirablement cette méthode souple dans l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, aux pp. 1489 et 1490:

> Il me semble qu'en effectuant cette évaluation en vertu de l'article premier il faut éviter de recourir à une méthode mécaniste. Bien qu'il faille accorder priorité dans l'équation aux droits garantis par la *Charte*, les valeurs sous-jacentes doivent être, dans un contexte particulier, évaluées délicatement en fonction d'autres valeurs propres à une société libre et démocratique que le législateur cherche à promouvoir.

Voir aussi *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, le juge La Forest, à la p. 300; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, le juge en chef Dickson, aux pp. 768 et 769; et *Irwin Toy*, précité, motifs de la majorité, aux pp. 989 et 990. Le juge La Forest indique avec raison que l'application de la méthode de l'arrêt *Oakes* variera en fonction des circonstances de l'instance, notamment la nature des intérêts en jeu.

B. *Le recours à la jurisprudence constitutionnelle américaine*

Ayant traité du rôle unique et unificateur de l'article premier, je crois qu'il convient d'aborder un aspect subsidiaire, qui est néanmoins crucial pour trancher le présent pourvoi: il s'agit du rapport entre les positions canadienne et américaine à l'égard de la protection constitutionnelle de la liberté d'expression, surtout dans le domaine de la propagande haineuse. Ceux qui attaquent la constitutionnalité du par. 319(2) s'appuient fortement sur la jurisprudence relative au Premier amendement en soupesant les libertés et les intérêts qui s'opposent dans le présent pourvoi, ce qui est compréhensible puisque l'opinion courante est que la criminalisation de la propagande haineuse viole le Bill of Rights (voir par exemple, L. H. Tribe, *American Constitutional Law* (2e éd. 1988), à la p. 861, note 2; K. Greenawalt, «Insults and Epithets: Are They Protected Speech?» (1990), 42 *Rutgers L. Rev.* 287, à la p. 304). En réponse à l'importance qu'on attache à cette doctrine et jurisprudence, je crois qu'il est utile de résumer la position américaine et de déterminer dans quelle mesure elle devrait influer sur l'analyse fondée sur l'article premier dans les circonstances du présent pourvoi.

1990 CanLII 24 (SCC)

A myriad of sources—both judicial and academic—offer reviews of First Amendment jurisprudence as it pertains to hate propaganda. Central to most discussions is the 1952 case of *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250, where the Supreme Court of the United States upheld as constitutional a criminal statute forbidding certain types of group defamation. Though never overruled, *Beauharnais* appears to have been weakened by later pronouncements of the Supreme Court (see, e.g., *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964); *Ashton v. Kentucky*, 384 U.S. 195 (1966); *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969); and *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971)). The trend reflected in many of these pronouncements is to protect offensive, public invective as long as the speaker has not knowingly lied and there exists no clear and present danger of violence or insurrection.

In the wake of subsequent developments in the Supreme Court, on several occasions *Beauharnais* has been distinguished and doubted by lower courts (see, e.g., *Anti-Defamation League of B'nai B'rith v. Federal Communications Commission*, 403 F.2d 169 (D.C. Cir. 1968), at p. 174, n. 5; *Tollett v. United States*, 485 F.2d 1087 (8th Cir. 1973), at p. 1094, n. 14; *American Booksellers Ass'n, Inc. v. Hudnut*, 771 F.2d 323 (7th Cir. 1985), at pp. 331-32; and *Doe v. University of Michigan*, 721 F. Supp. 852 (E.D. Mich. 1989), at p. 863). Of the judgments expressing a shaken faith in *Beauharnais*, *Collin v. Smith*, 578 F.2d 1197 (7th Cir. 1978), *certiorari* denied, 439 U.S. 916 (1978), is of greatest relevance to this appeal. In *Collin*, the Court of Appeal for the Seventh Circuit invalidated a municipal ordinance prohibiting public demonstrations inciting "violence, hatred, abuse or hostility toward a person or group of persons by reason of reference to religious, racial, ethnic, national or regional affiliation" (p. 1199), and thereby allowed members of the American Nazi Party to march through Skokie, Illinois, home to a large number of Jewish Holocaust survivors (despite the ruling, however, no march was held in Skokie; I. Horowitz, "First

Une myriade de sources, tant jurisprudentielles que doctrinales, font la revue des décisions concernant le Premier amendement et la propagande haineuse. Au cœur de la plupart des analyses se trouve l'arrêt de 1952, *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250, dans lequel la Cour suprême des États-Unis a déclaré constitutionnelle une loi pénale interdisant certains types de diffamation de groupes. Quoiqu'il n'ait jamais été renversé, l'arrêt *Beauharnais* paraît avoir été affaibli par des arrêts postérieurs de la Cour suprême (voir, par exemple, *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964); *Ashton v. Kentucky*, 384 U.S. 195 (1966); *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969); et *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971)). Il se dégage d'une bonne partie de cette jurisprudence une tendance vers la protection de l'invective publique et offensante, pourvu que son auteur n'ait pas sciemment menti et qu'il n'existe aucun danger clair et actuel de violence ou d'insurrection.

Compte tenu des déclarations subséquentes de la Cour suprême, des tribunaux inférieurs ont en plusieurs occasions fait des distinctions avec l'arrêt *Beauharnais* et l'ont mis en doute (voir, par exemple, *Anti-Defamation League of B'nai B'rith v. Federal Communications Commission*, 403 F.2d 169 (D.C. Cir. 1968), à la p. 174, note 5; *Tollett v. United States*, 485 F.2d 1087 (8th Cir. 1973), à la p. 1094, note 14; *American Booksellers Ass'n, Inc. v. Hudnut*, 771 F.2d 323 (7th Cir. 1985), aux pp. 331 et 332; et *Doe v. University of Michigan*, 721 F. Supp. 852 (E.D. Mich. 1989), à la p. 863). Parmi les jugements exprimant une confiance ébranlée dans l'arrêt *Beauharnais*, l'arrêt *Collin v. Smith*, 578 F.2d 1197 (7th Cir. 1978), *certiorari* refusé, 439 U.S. 916 (1978), est le plus pertinent aux fins du présent pourvoi. Dans l'arrêt *Collin*, la Cour d'appel du Septième circuit a invalidé une ordonnance municipale interdisant les manifestations publiques qui incitent [TRADUCTION] «à la violence, à la haine, aux injures ou à l'hostilité envers une personne ou un groupe en évoquant leur affiliation religieuse, raciale, ethnique, nationale ou régionale» (p. 1199); la cour permettait ainsi à des membres du parti nazi américain de défiler dans Skokie (Illinois), où habitaient un grand

1990 CanLII 24 (SCC)

Amendment Blues: On Downs, *Nazis in Skokie*", [1986] *Am. B. Found. Res. J.* 535, at p. 540).

The question that concerns us in this appeal is not, of course, what the law is or should be in the United States. But it is important to be explicit as to the reasons why or why not American experience may be useful in the s. 1 analysis of s. 319(2) of the *Criminal Code*. In the United States, a collection of fundamental rights has been constitutionally protected for over two hundred years. The resulting practical and theoretical experience is immense, and should not be overlooked by Canadian courts. On the other hand, we must examine American constitutional law with a critical eye, and in this respect La Forest J. has noted in *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, at p. 639:

> While it is natural and even desirable for Canadian courts to refer to American constitutional jurisprudence in seeking to elucidate the meaning of *Charter* guarantees that have counterparts in the United States Constitution, they should be wary of drawing too ready a parallel between constitutions born to different countries in different ages and in very different circumstances . . . .

Canada and the United States are not alike in every way, nor have the documents entrenching human rights in our two countries arisen in the same context. It is only common sense to recognize that, just as similarities will justify borrowing from the American experience, differences may require that Canada's constitutional vision depart from that endorsed in the United States.

Having examined the American cases relevant to First Amendment jurisprudence and legislation criminalizing hate propaganda, I would be adverse to following too closely the line of argument that would overrule *Beauharnais* on the ground that incursions placed upon free expression are only justified where there is a clear and present danger of imminent breach of peace. Equally, I am unwill-

nombre de survivants de l'Holocauste juif (malgré cette décision, il n'y a cependant pas eu de défilé à Skokie; I. Horowitz, «First Amendment Blues: On Downs, *Nazis in Skokie*», [1986] *Am. B. Found. Res. J.* 535, à la p. 540).

La question qui nous préoccupe en l'espèce, évidemment, n'est pas celle de savoir quelle est ou devrait être la règle de droit aux États-Unis. Il est important cependant de préciser les raisons pour lesquelles l'expérience américaine peut être ou non utile dans l'analyse du par. 319(2) du *Code criminel* en vertu de l'article premier. Aux États-Unis, un ensemble de droits fondamentaux bénéficie d'une protection constitutionnelle depuis plus de deux cents ans. Il en résulte donc une immense expérience pratique et théorique dont les tribunaux canadiens ne devraient pas faire abstraction. Par ailleurs, nous devons examiner le droit constitutionnel américain d'un œil critique et, à cet égard, le juge La Forest souligne dans l'arrêt *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, à la p. 639:

> Bien qu'il soit naturel et même souhaitable que les tribunaux canadiens renvoient à la jurisprudence constitutionnelle américaine pour chercher à dégager le sens des garanties prévues par la *Charte* qui ont leurs équivalents dans la Constitution des États-Unis, ils devraient prendre soin de ne pas établir trop rapidement un parallèle entre des constitutions établies dans des pays différents à des époques différentes et dans des circonstances très différentes . . .

Le Canada et les États-Unis ne sont pas en tous points pareils et les documents consacrant les droits de la personne dans nos deux pays n'ont pas pris naissance dans des contextes identiques. Le simple bon sens nous oblige à reconnaître que, de même que les similitudes justifieront des emprunts à l'expérience américaine, de même les différences pourront exiger que la vision constitutionnelle canadienne s'écarte de la vision américaine.

Ayant examiné la jurisprudence américaine relative au Premier amendement et aux textes législatifs criminalisant la propagande haineuse, je ne suis pas disposé à retenir sans réserve l'argument selon lequel l'arrêt *Beauharnais* devrait être renversé pour le motif que les restrictions imposées à la liberté d'expression ne se justifient que dans le cas d'un danger clair et actuel d'atteinte immi-

1990 CanLII 24 (SCC)

ing to embrace various categorizations and guiding rules generated by American law without careful consideration of their appropriateness to Canadian constitutional theory. Though I have found the American experience tremendously helpful in coming to my own conclusions regarding this appeal, and by no means reject the whole of the First Amendment doctrine, in a number of respects I am thus dubious as to the applicability of this doctrine in the context of a challenge to hate propaganda legislation.

First, it is not entirely clear that *Beauharnais* must conflict with existing First Amendment doctrine. Credible arguments have been made that later Supreme Court cases do not necessarily erode its legitimacy (see, e.g., K. Lasson, "Racial Defamation As Free Speech: Abusing the First Amendment" (1985), 17 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 11). Indeed, there exists a growing body of academic writing in the United States which evinces a stronger focus upon the way in which hate propaganda can undermine the very values which free speech is said to protect. This body of writing is receptive to the idea that, were the issue addressed from this new perspective, First Amendment doctrine might be able to accommodate statutes prohibiting hate propaganda (see, e.g., R. Delgado, "Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name-Calling" (1982), 17 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 133; I. Horowitz and V. Bramson, "Skokie, the ACLU and the Endurance of Democratic Theory" (1979), 43 *Law & Contemp. Probs.* 328; Lasson, op. cit., at pp. 20-30; M. Matsuda, "Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story" (1989), 87 *Mich. L. Rev.* 2320, at p. 2348; "*Doe v. University of Michigan*: First Amendment—Racist and Sexist Expression on Campus—Court Strikes Down University Limits on Hate Speech" (1990), 103 *Harv. L. Rev.* 1397).

Second, the aspect of First Amendment doctrine most incompatible with s. 319(2), at least as that doctrine is described by those who would strike down the legislation, is its strong aversion to con-

nente à la paix. J'hésite également à adopter, sans examiner minutieusement si elles conviennent à la théorie constitutionnelle canadienne, différentes classifications et règles directrices provenant du droit américain. Bien que l'expérience américaine m'ait énormément aidé à tirer mes propres conclusions concernant le présent pourvoi, et bien que je sois loin de rejeter intégralement la théorie de l'interprétation du Premier amendement, je doute néanmoins à plusieurs égards de l'applicabilité de cette théorie dans le contexte de la contestation d'une loi relative à la propagande haineuse.

En premier lieu, il n'est pas entièrement sûr que l'arrêt *Beauharnais* soit incompatible avec la théorie actuelle de l'interprétation du Premier amendement. On a soutenu plausiblement en effet que les arrêts postérieurs de la Cour suprême n'en diminuent pas nécessairement la légitimité (voir, par exemple, K. Lasson, «Racial Defamation As Free Speech: Abusing the First Amendment» (1985), 17 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 11). De fait, il existe aux États-Unis une doctrine croissante qui insiste davantage sur la façon dont la propagande haineuse peut miner les valeurs mêmes qu'on dit protégées par la liberté d'expression. Cette doctrine accueille l'idée suivant laquelle, si la question était abordée dans cette perspective nouvelle, la théorie de l'interprétation du Premier amendement pourrait admettre des lois interdisant la propagande haineuse (voir, par exemple, R. Delgado, «Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name-Calling» (1982), 17 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 133; I. Horowitz et V. Bramson, «Skokie, the ACLU and the Endurance of Democratic Theory» (1979), 43 *Law & Comtemp. Probs.* 328; Lasson, *loc. cit.*, aux pp. 20 à 30; M. Matsuda, «Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story» (1989), 87 *Mich. L. Rev.* 2320, à la p. 2348; «*Doe v. University of Michigan*: First Amendment—Racist and Sexist Expression on Campus—Court Strikes Down University Limits on Hate Speech» (1990), 103 *Harv. L. Rev.* 1397).

En deuxième lieu, l'aspect de la théorie de l'interprétation du Premier amendement le plus incompatible avec le par. 319(2), du moins selon la présentation de cette théorie par les tenants de son

1990 CanLII 24 (SCC)

tent-based regulation of expression. I am somewhat skeptical, however, as to whether this view of free speech in the United States is entirely accurate. Rather, in rejecting the extreme position that would provide an absolute guarantee of free speech in the Bill of Rights, the Supreme Court has developed a number of tests and theories by which protected speech can be identified and the legitimacy of government regulation assessed. Often required is a content-based categorization of the expression under examination. As an example, obscenity is not protected because of its content (see, e.g., *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957)) and laws proscribing child pornography have been scrutinized under a less than strict First Amendment standard even where they extend to expression beyond the realm of the obscene (see *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982)). Similarly, the vigourous protection of free speech relaxes significantly when commercial expression is scrutinized (see, e.g., *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. of Puerto Rico*, 478 U.S. 328 (1986)), and it is permissible to restrict government employees in their exercise of the right to engage in political activity (*Cornelius v. NAACP Legal Defense and Educational Fund, Inc.*, 473 U.S. 788 (1985)).

In short, a decision to place expressive activity in a category which either merits reduced protection or falls entirely outside of the First Amendment's ambit at least impliedly involves assessing the content of the activity in light of free speech values. As Professor F. Schauer has said, it is always necessary to examine the First Amendment value of the expression limited by state regulation ("The Aim and the Target in Free Speech Methodology" (1989), 83 *Nw. U.L. Rev.* 562, at p. 568). To recognize that content is often examined under the First Amendment is not to deny that content neutrality plays a real and important role in the American jurisprudence. Nonetheless, that the proscription against looking at the content of expression is not absolute, and that balancing is occasionally employed in First Amendment cases (see Professor T. A. Aleinikoff, "Constitutional

invalidation, est la profonde aversion qu'elle traduit pour la réglementation de l'expression en fonction de son contenu. Je doute toutefois quelque peu que cette vision de la liberté d'expression aux États-Unis corresponde parfaitement à la réalité. En rejetant la position extrême qui voit dans le Bill of Rights une garantie absolue de la liberté d'expression, la Cour suprême a élaboré plusieurs critères et théories permettant d'identifier l'expression protégée et d'apprécier la légitimité de la réglementation gouvernementale. On exige souvent une catégorisation de l'expression en cause selon son contenu. Par exemple, l'obscénité n'est pas protégée justement en raison de son contenu (voir, par exemple, *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957)) et l'examen des lois proscrivant l'exploitation pornographique de l'enfant s'est fait selon une interprétation moins stricte du Premier amendement, même lorsqu'elles visaient une expression qui sortait du domaine de l'obscène (voir *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982)). De même, la liberté d'expression est nettement moins vigoureusement protégée quand l'expression commerciale est en cause (voir, par exemple, *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. of Puerto Rico*, 478 U.S. 328 (1986)), et il est permis de restreindre les fonctionnaires publics dans l'exercice du droit de se livrer à des activités politiques (*Cornelius v. NAACP Legal Defense and Educational Fund, Inc.*, 473 U.S. 788 (1985)).

Bref, la décision de placer une activité expressive dans une catégorie qui, soit mérite une protection réduite, soit échappe entièrement à la portée du Premier amendement, comporte, implicitement au moins, l'appréciation du contenu de l'activité en question à la lumière des valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression. Comme le dit le professeur F. Schauer, il est toujours nécessaire d'examiner la valeur, au regard du Premier amendement, de l'expression restreinte par une réglementation de l'État («The Aim and the Target in Free Speech Methodology» (1989), 83 *Nw. U.L. Rev.* 562, à la p. 568). Reconnaître que le contenu est souvent soumis à un examen en vertu du Premier amendement ne revient pas à nier que la neutralité du contenu joue un rôle réel et important dans la jurisprudence américaine. Néanmoins, le fait qu'il ne soit pas absolument défendu de tenir compte du

1990 CanLII 24 (SCC)

Law in the Age of Balancing" (1987), 96 *Yale L.J.* 943, at pp. 966-68), reveals that even in the United States it is sometimes thought justifiable to restrict a particular message because of its meaning.

Third, applying the *Charter* to the legislation challenged in this appeal reveals important differences between Canadian and American constitutional perspectives. I have already discussed in some detail the special role of s. 1 in determining the protective scope of *Charter* rights and freedoms. Section 1 has no equivalent in the United States, a fact previously alluded to by this Court in selectively utilizing American constitutional jurisprudence (see, e.g., *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, *per* Lamer J., at p. 498). Of course, American experience should never be rejected simply because the *Charter* contains a balancing provision, for it is well known that American courts have fashioned compromises between conflicting interests despite what appears to be the absolute guarantee of constitutional rights. Where s. 1 operates to accentuate a uniquely Canadian vision of a free and democratic society, however, we must not hesitate to depart from the path taken in the United States. Far from requiring a less solicitous protection of *Charter* rights and freedoms, such independence of vision protects these rights and freedoms in a different way. As will be seen below, in my view the international commitment to eradicate hate propaganda and, most importantly, the special role given equality and multiculturalism in the Canadian Constitution necessitate a departure from the view, reasonably prevalent in America at present, that the suppression of hate propaganda is incompatible with the guarantee of free expression. (In support of this view, see the comments of Professors K. Mahoney and J. Cameron in "Language as Violence v. Freedom of Expression: Canadian and American Perspectives on Group Defamation" (1988-89), 37

contenu de l'expression et que, dans les affaires relevant du Premier amendement, les tribunaux soupèsent à l'occasion les différents intérêts en cause (voir professeur T. A. Aleinikoff, «Constitutional Law in the Age of Balancing» (1987), 96 *Yale L.J.* 943, aux pp. 966 à 968), indique que, même aux États-Unis, la restriction d'un message particulier en raison de sa signification est parfois considérée justifiable.

En troisième lieu, l'application de la *Charte* à la disposition législative contestée en l'espèce fait ressortir d'importantes différences entre les perspectives constitutionnelles canadienne et américaine. J'ai déjà traité de façon assez détaillée du rôle spécial que joue l'article premier dans la détermination de l'étendue de la protection donnée par les droits et libertés garantis dans la *Charte*. L'article premier n'a pas d'équivalent aux États-Unis, fait qu'a déjà évoqué notre Cour en se servant sélectivement de la jurisprudence constitutionnelle américaine (voir, par exemple, *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, le juge Lamer, à la p. 498). Bien sûr, l'expérience américaine ne devrait jamais être rejetée du simple fait que la *Charte* contient une disposition exigeant l'appréciation des intérêts en jeu, car on sait très bien que les tribunaux américains ont établi des compromis entre des intérêts opposés, en dépit de ce qui paraît être la garantie absolue de droits constitutionnels. Toutefois, dans les cas où l'article premier joue pour mettre en relief une vision proprement canadienne d'une société libre et démocratique, il ne faut pas hésiter à quitter la voie tracée par les États-Unis. Loin de dicter une protection moins empressée des droits et libertés garantis par la *Charte*, cette vision indépendante les protège d'une manière différente. Comme je l'indique ci-après, l'engagement international envers l'élimination de la propagande haineuse et, plus important encore, le rôle particulier donné à l'égalité et au multiculturalisme dans la constitution canadienne exige que l'on s'écarte du point de vue assez prédominant aujourd'hui en Amérique du Nord, selon lequel la suppression de la propagande haineuse est incompatible avec la garantie de liberté d'expression. (À l'appui de ce point de vue, voir les commentaires des professeurs K. Mahoney et J. Cameron dans «Language as Vio-

1990 CanLII 24 (SCC)

Buffalo L. Rev. 337, beginning at pp. 344 and 353 respectively).

In sum, there is much to be learned from First Amendment jurisprudence with regard to freedom of expression and hate propaganda. It would be rash, however, to see First Amendment doctrine as demanding the striking down of s. 319(2). Not only are the precedents somewhat mixed, but the relaxation of the prohibition against content-based regulation of expression in certain areas indicates that American courts are not loath to permit the suppression of ideas in some circumstances. Most importantly, the nature of the s. 1 test as applied in the context of a challenge to s. 319(2) may well demand a perspective particular to Canadian constitutional jurisprudence when weighing competing interests. If values fundamental to the Canadian conception of a free and democratic society suggest an approach that denies hate propaganda the highest degree of constitutional protection, it is this approach which must be employed.

C. *Objective of Section 319(2)*

I now turn to the specific requirements of the *Oakes* approach in deciding whether the infringement of s. 2(*b*) occasioned by s. 319(2) is justifiable in a free and democratic society. According to *Oakes*, the first aspect of the s. 1 analysis is to examine the objective of the impugned legislation. Only if the objective relates to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society can the legislative limit on a right or freedom hope to be permissible under the *Charter*. In examining the objective of s. 319(2), I will begin by discussing the harm caused by hate propaganda as identified by the Cohen Committee and subsequent study groups, and then review in turn the impact upon this objective of international human rights instruments and ss. 15 and 27 of the *Charter*.

lence v. Freedom of Expression: Canadian and American Perspectives on Group Defamation» (1988-89), 37 *Buffalo L. Rev.* 337, aux pp. 344 et 353 respectivement).

En somme, la jurisprudence relative au Premier amendement peut nous enseigner beaucoup sur la liberté d'expression et la propagande haineuse. Il serait toutefois imprudent de conclure que la théorie de l'interprétation du Premier amendement exige l'invalidation du par. 319(2). Non seulement les précédents manquent d'uniformité, mais l'assouplissement de la proscription de la réglementation de l'expression selon son contenu, dans certains domaines, indique que les tribunaux américains n'hésitent pas à permettre la suppression des idées dans certaines circonstances. Mais ce qui est le plus important, c'est que la nature du test de l'article premier, quand il est appliqué à la contestation du par. 319(2), exige peut-être une perspective propre à la jurisprudence constitutionnelle canadienne pour l'évaluation des intérêts en présence. Si les valeurs fondamentales soutenant la conception canadienne d'une société libre et démocratique suggèrent une approche qui refuse à la propagande haineuse le plus haut degré de protection constitutionnelle, c'est cette approche que nous devons adopter.

C. *L'objet du par. 319(2)*

Afin de décider si la violation de l'al. 2*b*) résultant du par. 319(2) est justifiable dans une société libre et démocratique, je passe maintenant aux exigences précises de la méthode de l'arrêt *Oakes*. Suivant l'arrêt *Oakes*, la première étape de l'analyse fondée sur l'article premier est d'examiner l'objet du texte législatif attaqué. Ce n'est que si cet objet se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique que la restriction imposée par le législateur à un droit ou à une liberté a quelque possibilité d'être permise en vertu de la *Charte*. En examinant l'objet du par. 319(2), je commencerai par traiter du préjudice causé par la propagande haineuse d'après le comité Cohen et des groupes d'étude ultérieurs, et j'étudierai ensuite l'incidence des documents internationaux en matière de droits de la personne et des art. 15 et 27 de la *Charte*, sur cet objectif.

1990 CanLII 24 (SCC)

(i) Harm Caused by Expression Promoting the Hatred of Identifiable Groups

Looking to the legislation challenged in this appeal, one must ask whether the amount of hate propaganda in Canada causes sufficient harm to justify legislative intervention of some type. The Cohen Committee, speaking in 1965, found that the incidence of hate propaganda in Canada was not insignificant (at p. 24):

> ... there exists in Canada a small number of persons and a somewhat larger number of organizations, extremist in outlook and dedicated to the preaching and spreading of hatred and contempt against certain identifiable minority groups in Canada. It is easy to conclude that because the number of persons and organizations is not very large, they should not be taken too seriously. The Committee is of the opinion that this line of analysis is no longer tenable after what is known to have been the result of hate propaganda in other countries, particularly in the 1930's when such material and ideas played a significant role in the creation of a climate of malice, destructive to the central values of Judaic-Christian society, the values of our civilization. The Committee believes, therefore, that the actual and potential danger caused by present hate activities in Canada cannot be measured by statistics alone.
>
> Even the statistics, however, are not unimpressive, because while activities have centered heavily in Ontario, they nevertheless have extended from Nova Scotia to British Columbia and minority groups in at least eight Provinces have been subjected to these vicious attacks.

In 1984, the House of Commons Special Committee on the Participation of Visible Minorities in Canadian Society in its report, entitled *Equality Now!*, observed that increased immigration and periods of economic difficulty "have produced an atmosphere that may be ripe for racially motivated incidents" (p. 69). With regard to the dissemination of hate propaganda, the Special Committee found that the prevalence and scope of such material had risen since the Cohen Committee made its report, stating (at p. 69):

> There has been a recent upsurge in hate propaganda. It has been found in virtually every part of Canada. Not only is it anti-semitic and anti-black, as in the 1960s, but it is also now anti-Roman Catholic, anti-East Indian, anti-aboriginal people and anti-French. Some of

(i) Le préjudice causé par l'expression fomentant la haine contre des groupes identifiables

En ce qui concerne la disposition législative contestée en l'espèce, on doit se demander si la quantité de propagande haineuse au Canada occasionne un préjudice suffisant pour justifier une intervention quelconque de la part du législateur. Le comité Cohen a conclu en 1965 que le volume de propagande haineuse au Canada n'était pas négligeable (à la p. 25):

> ... il existe au Canada un petit nombre d'individus et un nombre un peu plus considérable d'organismes aux opinions extrêmes, voués à l'enseignement et à la propagation au Canada de la haine et du mépris envers certains groupes minoritaires identifiables. Il est facile de conclure que puisque le nombre d'individus et d'organismes n'est pas très considérable, il ne faut pas les prendre trop au sérieux. Le Comité estime que cette opinion n'est plus soutenable, car on connaît les résultats de la propagande haineuse dans d'autres pays, surtout dans les années trente, alors que propagandes et idéologies ont puissamment contribué à créer une atmosphère venimeuse, funeste aux valeurs essentielles de la société judéo-chrétienne, celles de notre civilisation même. Le Comité croit donc que le danger actuel et potentiel de la propagande de haine au Canada ne peut se mesurer uniquement selon des normes quantitatives.
>
> Cependant, les données quantitatives ne sont pas à négliger, car si la propagande de haine s'est manifestée principalement en Ontario, elle s'est étendue de la Nouvelle-Écosse à la Colombie-Britannique et des groupes minoritaires dans huit provinces au moins ont été soumis à ces attaques acharnées.

En 1984, le Comité spécial de la Chambre des communes sur la participation des minorités visibles à la société canadienne a fait observer dans son rapport intitulé *L'égalité ça presse!* que l'accroissement de l'immigration et les périodes de difficultés économiques ont «créé une atmosphère propice aux incidents raciaux» (p. 75). Au sujet de la diffusion de la propagande haineuse, le comité spécial a constaté que, depuis le rapport du comité Cohen, la diffusion et la portée de ce genre d'écrits avaient augmenté (à la p. 75):

> Simultanément, la propagande haineuse est revenue à la charge dans pratiquement toutes les régions du Canada. Aujourd'hui, elle n'est plus uniquement antisémite et anti-Noirs, comme dans les années 60, mais elle est également anti-Indiens, anti-autochtones et anti-

1990 CanLII 24 (SCC)

this material is imported from the United States but much of it is produced in Canada. Most worrisome of all is that in recent years Canada has become a major source of supply of hate propaganda that finds its way to Europe, and especially to West Germany.

As the quotations above indicate, the presence of hate propaganda in Canada is sufficiently substantial to warrant concern. Disquiet caused by the existence of such material is not simply the product of its offensiveness, however, but stems from the very real harm which it causes. Essentially, there are two sorts of injury caused by hate propaganda. First, there is harm done to members of the target group. It is indisputable that the emotional damage caused by words may be of grave psychological and social consequence. In the context of sexual harassment, for example, this Court has found that words can in themselves constitute harassment (*Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252). In a similar manner, words and writings that wilfully promote hatred can constitute a serious attack on persons belonging to a racial or religious group, and in this regard the Cohen Committee noted that these persons are humiliated and degraded (p. 214).

In my opinion, a response of humiliation and degradation from an individual targeted by hate propaganda is to be expected. A person's sense of human dignity and belonging to the community at large is closely linked to the concern and respect accorded the groups to which he or she belongs (see I. Berlin, "Two Concepts of Liberty", in *Four Essays on Liberty* (1969), 118, at p. 155). The derision, hostility and abuse encouraged by hate propaganda therefore have a severely negative impact on the individual's sense of self-worth and acceptance. This impact may cause target group members to take drastic measures in reaction, perhaps avoiding activities which bring them into contact with non-group members or adopting attitudes and postures directed towards blending in with the majority. Such consequences bear heavily in a nation that prides itself on tolerance and the

francophones. Certains documents proviennent encore des États-Unis, mais la plupart sont issus du Canada même. Le plus inquiétant, c'est qu'au cours des dernières années, le Canada est devenu l'une des principales sources de propagande haineuse qui est diffusée jusqu'en Europe, et plus particulièrement en Allemagne de l'Ouest.

Comme le révèlent les extraits précités, la présence de la propagande haineuse au Canada est suffisamment importante pour justifier l'inquiétude. Les préoccupations suscitées par l'existence de tels écrits ne tient toutefois pas simplement à leur caractère offensant, mais découle du préjudice très réel qu'ils causent. Il existe essentiellement deux sortes de préjudices résultant de la propagande haineuse. D'abord, le préjudice infligé aux membres du groupe cible. Incontestablement, le préjudice émotionnel occasionné par des paroles peut avoir de graves conséquences psychologiques et sociales. Dans le contexte du harcèlement sexuel, par exemple, notre Cour a conclu que les paroles peuvent en elles-mêmes constituer du harcèlement (*Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252). D'une manière analogue, des paroles et des écrits incitant volontairement à la haine peuvent représenter une attaque grave contre des personnes appartenant à un groupe racial ou religieux, et le comité Cohen souligne à ce propos que ces personnes s'en trouvent humiliées et avilies (p. 220).

À mon avis, il est normal qu'un individu visé par une propagande haineuse se sente humilié et avili. En effet, le sentiment de dignité humaine et d'appartenance à l'ensemble de la collectivité est étroitement lié à l'intérêt et au respect témoignés à l'égard des groupes auxquels appartient l'individu (voir I. Berlin, «Deux conceptions de la liberté», dans *Éloge de la liberté* (1988), 167, aux pp. 202 et 203). La dérision, l'hostilité et les injures encouragées par la propagande haineuse ont en conséquence un profond effet négatif sur l'estime de soi et sur le sentiment d'être accepté. Cet effet peut amener les membres du groupe cible à des réactions extrêmes, à éviter peut-être les activités qui les mettent en contact avec des personnes n'appartenant pas à ce groupe ou à adopter des attitudes et des comportements qui leur permettront de se confondre avec la majorité. Ces conséquences sont

1990 CanLII 24 (SCC)

fostering of human dignity through, among other things, respect for the many racial, religious and cultural groups in our society.

A second harmful effect of hate propaganda which is of pressing and substantial concern is its influence upon society at large. The Cohen Committee noted that individuals can be persuaded to believe "almost anything" (p. 30) if information or ideas are communicated using the right technique and in the proper circumstances (at p. 8):

> ... we are less confident in the 20th century that the critical faculties of individuals will be brought to bear on the speech and writing which is directed at them. In the 18th and 19th centuries, there was a widespread belief that man was a rational creature, and that if his mind was trained and liberated from superstition by education, he would always distinguish truth from falsehood, good from evil. So Milton, who said "let truth and falsehood grapple: who ever knew truth put to the worse in a free and open encounter".
>
> We cannot share this faith today in such a simple form. While holding that over the long run, the human mind is repelled by blatant falsehood and seeks the good, it is too often true, in the short run, that emotion displaces reason and individuals perversely reject the demonstrations of truth put before them and forsake the good they know. The successes of modern advertising, the triumphs of impudent propaganda such as Hitler's, have qualified sharply our belief in the rationality of man. We know that under strain and pressure in times of irritation and frustration, the individual is swayed and even swept away by hysterical, emotional appeals. We act irresponsibly if we ignore the way in which emotion can drive reason from the field.

It is thus not inconceivable that the active dissemination of hate propaganda can attract individuals to its cause, and in the process create serious discord between various cultural groups in society. Moreover, the alteration of views held by the recipients of hate propaganda may occur subtlely, and is not always attendant upon conscious acceptance of the communicated ideas. Even if the message of hate propaganda is outwardly rejected, there is evidence that its premise of racial or religious inferiority may persist in a recipient's

graves dans une nation dont la fierté est d'être tolérante et de favoriser la dignité humaine, notamment en respectant les nombreux groupes raciaux, religieux et culturels de notre société.

Un second effet nocif de la propagande haineuse, qui constitue une préoccupation urgente et réelle, est son influence sur l'ensemble de la société. Le comité Cohen fait remarquer que les gens peuvent être persuadés de «presque n'importe quoi» (p. 29) pour peu qu'on se serve de la bonne technique pour leur communiquer des renseignements ou des idées et qu'on le fasse dans des circonstances propices (à la p. 8):

> Au XX[e] siècle, nous avons quelque peu perdu confiance dans la faculté des hommes d'exercer leur sens critique envers la parole et les écrits. Au XVIII[e] et XIX[e] siècles, on croyait généralement que l'homme était une créature raisonnable et que si son esprit était formé, et libéré de la superstition par le savoir, il finirait toujours par distinguer la vérité de l'erreur, le bien du mal. Ainsi, Milton a dit: «Laissons la vérité combattre l'erreur: car dans une lutte libre et ouverte, la vérité finit toujours par triompher».
>
> De nos jours, nous ne saurions partager une opinion si simple. Même si à la longue, l'esprit humain est rebuté par le mensonge flagrant et aspire au bien, il est trop souvent vrai, dans l'immédiat, que les émotions affectent la raison des gens au point de leur faire rejeter perversement des vérités démontrées et repousser le bien qu'ils connaissent. Le succès de la réclame moderne, le triomphe d'une propagande impudente comme celle d'Hitler ont émoussé sensiblement notre foi en la raison de l'homme. Nous savons que sous la pression et la contrainte des circonstances, des esprits irrités et frustrés peuvent se laisser gagner et même entraîner par un appel hystérique aux émotions. Nous agissons à la légère si nous ne nous méfions pas de l'emprise des émotions sur la raison.

Il n'est donc pas inconcevable que la diffusion active de la propagande haineuse puisse gagner des gens à sa cause et, par le fait même, engendrer de graves discordes entre divers groupes culturels de la société. En outre, le changement des opinions des destinataires de la propagande haineuse peut se produire subtilement et ne résulte pas toujours de l'acceptation consciente de l'idée ainsi communiquée. Même si le message transmis par la propagande haineuse est en apparence rejeté, il semble que sa prémisse d'infériorité raciale ou religieuse

1990 CanLII 24 (SCC)

mind as an idea that holds some truth, an incipient effect not to be entirely discounted (see Matsuda, op. cit., at pp. 2339-40).

The threat to the self-dignity of target group members is thus matched by the possibility that prejudiced messages will gain some credence, with the attendant result of discrimination, and perhaps even violence, against minority groups in Canadian society. With these dangers in mind, the Cohen Committee made clear in its conclusions that the presence of hate propaganda existed as a baleful and pernicious element, and hence a serious problem, in Canada (at p. 59):

> The amount of hate propaganda presently being disseminated and its measurable effects probably are not sufficient to justify a description of the problem as one of crisis or near crisis proportions. Nevertheless the problem is a serious one. We believe that, given a certain set of socio-economic circumstances, such as a deepening of the emotional tensions or the setting in of a severe business recession, public susceptibility might well increase significantly. Moreover, the potential psychological and social damage of hate propaganda, both to a desensitized majority and to sensitive minority target groups, is incalculable. As Mr. Justice Jackson of the United States Supreme Court wrote in *Beauharnais* v. *Illinois*, such "sinister abuses of our freedom of expression ... can tear apart a society, brutalize its dominant elements, and persecute even to extermination, its minorities".

As noted previously, in articulating concern about hate propaganda and its contribution to racial and religious tension in Canada, the Cohen Committee recommended that Parliament use the *Criminal Code* in order to prohibit wilful, hate-promoting expression and underline Canada's commitment to end prejudice and intolerance.

The close connection between the recommendations of the Cohen Committee and the hate propaganda amendments to the *Criminal Code* made in 1970 indicates that in enacting s. 319(2) Parliament's purpose was to prevent the harm identified

puisse rester dans l'esprit du destinataire en tant qu'idée traduisant une certaine vérité, et c'est là le germe d'un effet dont on ne saurait faire entièrement abstraction (voir Matsuda, *loc. cit.*, aux pp. 2339 et 2340).

La menace pour l'estime de soi chez les membres du groupe cible a donc comme pendant la possibilité que les messages exprimant des préjugés trouvent une certaine créance, entraînant ainsi la discrimination et peut-être même la violence contre des groupes minoritaires de la société canadienne. Conscient de ces dangers, le comité Cohen précise dans ses conclusions que la propagande haineuse représente un phénomène funeste et pernicieux au Canada et pose en conséquence un problème grave (à la p. 61):

> Le volume et les effets déterminables de la propagande haineuse distribuée à l'heure actuelle sont probablement trop restreints pour qu'on en conclue à une crise ou à une ébauche de crise. Le problème n'en reste pas moins grave. À notre avis, dans une certaine conjoncture économique et sociale—si, par exemple, les tensions émotives s'accentuaient ou les affaires tombaient dans un profond marasme—la susceptibilité du public pourrait fort bien s'accroître de façon notable. En outre, on ne saurait évaluer le tort psychologique et social que la propagande haineuse pourrait causer, tant à une majorité rendue insensible qu'aux groupes minoritaires visés et vulnérables. Comme l'a écrit le juge Jackson, de la Cour suprême des États-Unis, dans l'affaire Beauharnais contre l'Illinois, «d'aussi pernicieux abus de notre liberté d'expression ... peuvent déchirer une société, endurcir ses éléments dominants et faire persécuter, même jusqu'à l'extermination, ses minorités».

Comme je l'ai déjà indiqué, le comité Cohen, en formulant ses inquiétudes au sujet de la propagande haineuse et de son rôle dans la création de tensions raciales et religieuses au Canada, a recommandé au Parlement de se servir du *Code criminel* pour interdire l'expression fomentant volontairement la haine et pour souligner le ferme engagement du Canada à mettre fin aux préjugés et à l'intolérance.

Le lien étroit entre les recommandations du comité Cohen et les modifications du *Code criminel* concernant la propagande haineuse en 1970 indique que, par l'adoption du par. 319(2), le Parlement visait à prévenir le préjudice qui, selon

1990 CanLII 24 (SCC)

by the Committee as being caused by hate-promoting expression. More recent reports have echoed the findings and concerns of the Cohen Committee, lending further support to the substantial nature of the legislative objective. The 1981 *Report Arising Out of the Activities of the Ku Klux Klan in British Columbia* by John D. McAlpine noted evidence of racism and racial violence in British Columbia, and among its conclusions recommended the strengthening of existing remedies, including the criminal offence of the wilful promotion of hatred. The 1984 report of the Special Committee on the Participation of Visible Minorities in Canadian Society, investigated, among many topics, legal and justice issues pertaining to and affecting members of visible minority groups in Canada. The Committee suggested a wider ranging prohibition in s. 319(2), most notably by removing reference to the mental element of wilfulness, as a response to the threat to equality and multiculturalism presented by hate propaganda (Recommendations 35-37). Also in 1984, the Canadian Bar Association's *Report of the Special Committee on Racial and Religious Hatred* found that the law had a role to play, both at the criminal and civil level, in restricting the dissemination of hate propaganda (p. 12). With regard to s. 319(2), this conclusion was affirmed two years later in Working Paper 50 of the Law Reform Commission of Canada, entitled *Hate Propaganda* (1986).

(ii) International Human Rights Instruments

There is a great deal of support, both in the submissions made by those seeking to uphold s. 319(2) in this appeal and in the numerous studies of racial and religious hatred in Canada, for the conclusion that the harm caused by hate propaganda represents a pressing and substantial concern in a free and democratic society. I would also refer to international human rights principles, however, for guidance with respect to assessing the legislative objective.

le comité, résultait de l'expression qui fomente la haine. Des rapports plus récents ont réitéré les conclusions et les inquiétudes du comité Cohen et confirmé l'importance de l'objectif visé par le législateur. Dans un rapport de 1981 intitulé *Report Arising Out of the Activities of the Ku Klux Klan in British Columbia*, John D. McAlpine note des signes de racisme et de violence raciale en Colombie-Britannique et recommande, entre autres, le renforcement des redressements existants, y compris l'infraction criminelle de fomentation délibérée de la haine. Le rapport du Comité spécial sur la participation des minorités visibles à la société canadienne de 1984 examine, parmi de nombreux sujets, des questions de droit et de justice concernant et touchant les membres de minorités visibles au Canada. Devant la menace que présente la propagande haineuse pour l'égalité et le multiculturalisme, le comité a proposé l'élargissement de l'interdiction prévue au par. 319(2), principalement par la suppression de toute mention de l'élément moral que représente le caractère volontaire (recommandations 35 à 37). Également en 1984, le *Report of the Special Committee on Racial and Religious Hatred* de l'Association du Barreau canadien conclut que le droit a un rôle à jouer, aux plans criminel et civil, dans la restriction de la diffusion de la propagande haineuse (p. 12). En ce qui concerne le par. 319(2), cette conclusion a été confirmée deux ans plus tard dans le document de travail 50 de la Commission de réforme du droit du Canada, intitulé *La propagande haineuse* (1986).

(ii) Les documents internationaux en matière de droits de la personne

Tant les arguments présentés par les tenants du maintien du par. 319(2) dans le présent pourvoi que les nombreuses études sur la haine raciale et religieuse au Canada étayent solidement la conclusion que le préjudice causé par la propagande haineuse constitue une préoccupation urgente et réelle dans une société libre et démocratique. Toutefois, je mentionnerai aussi des principes internationaux en matière de droits de la personne comme guides utiles dans l'appréciation de l'objectif législatif.

1990 CanLII 24 (SCC)

Generally speaking, the international human rights obligations taken on by Canada reflect the values and principles of a free and democratic society, and thus those values and principles that underlie the *Charter* itself (*Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, *per* Dickson C.J., at p. 348). Moreover, international human rights law and Canada's commitments in that area are of particular significance in assessing the importance of Parliament's objective under s. 1. As stated in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, *supra*, at pp. 1056-57:

> ... Canada's international human rights obligations should inform not only the interpretation of the content of the rights guaranteed by the *Charter* but also the interpretation of what can constitute pressing and substantial s. 1 objectives which may justify restrictions upon those rights.

In the context of justifying an infringement of s. 2(*b*), the majority in *Slaight* made a point of noting that a value enjoying status as an international human right is generally to be ascribed a high degree of importance under s. 1 of the *Charter* (pp. 1056-57).

No aspect of international human rights has been given attention greater than that focused upon discrimination. The large emphasis placed upon eradicating discrimination is evident in the fact that all but one of the major international human rights instruments (the *European Social Charter*) proscribe it in an article of general application (P. Sieghart, *The International Law of Human Rights* (1983), at p. 75). This high concern regarding discrimination has led to the presence in two international human rights documents of articles forbidding the dissemination of hate propaganda.

In 1966, the United Nations adopted the *International Convention on the Elimination of All*

D'une manière générale, les obligations internationales assumées par le Canada en matière de droits de la personne reflètent les valeurs et principes propres à une société libre et démocratique et donc les valeurs et principes qui sous-tendent la *Charte* elle-même (*Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, le juge en chef Dickson, à la p. 348). De plus, le droit international des droits de la personne et les engagements du Canada dans ce domaine prennent une pertinence particulière dans l'appréciation, en vertu de l'article premier, de l'importance de l'objectif visé par le législateur. Comme on le dit dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, précité, aux pp. 1056 et 1057:

> ... les obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne devraient renseigner non seulement sur l'interprétation du contenu des droits garantis par la *Charte*, mais aussi sur l'interprétation de ce qui peut constituer des objectifs urgents et réels au sens de l'article premier qui peuvent justifier la restriction de ces droits.

Dans le contexte de la justification d'une violation de l'al. 2*b*), la majorité dans l'affaire *Slaight* a eu soin de souligner qu'on doit en règle générale attribuer pour les fins de l'article premier de la *Charte* un degré élevé d'importance à une valeur jouissant du statut d'un droit international de la personne (pp. 1056 et 1057).

Aucun aspect des droits internationaux de la personne n'a reçu plus d'attention que celui de la discrimination. La grande importance attachée à la suppression de la discrimination ressort nettement du fait qu'à une seule exception près (la *Charte sociale européenne*), tous les principaux instruments internationaux concernant les droits de la personne renferment un article d'application générale la proscrivant (P. Sieghart, *The International Law of Human Rights* (1983), à la p. 75). Cette grande préoccupation à l'égard de la discrimination est à l'origine de l'inclusion dans deux documents internationaux sur les droits de la personne d'articles interdisant la diffusion de propagande haineuse.

En 1966, les Nations Unies ont adopté la *Convention internationale sur l'élimination de toutes*

1990 CanLII 24 (SCC)

Forms of Racial Discrimination, Can. T.S. 1970 No. 28 (hereineafter "*CERD*"). The Convention, in force since 1969 and including Canada among its signatory members, contains a resolution that States Parties agree to:

> . . . adopt all necessary measures for speedily eliminating racial discrimination in all its forms and manifestations, and to prevent and combat racist doctrines and practices in order to promote understanding between races and to build an international community free from all forms of racial segregation and racial discrimination.

Article 4 of the *CERD* is of special interest, providing that:

ARTICLE 4

States Parties condemn all propaganda and all organizations which are based on ideas or theories of superiority of one race or group of persons of one colour or other ethnic origin, or which attempt to justify or promote racial hatred and discrimination in any form, and undertake to adopt immediate and positive measures designed to eradicate all incitement to, or acts of, such discrimination and, to this end, with due regard to the principles embodied in the Universal Declaration of Human Rights and the rights expressly set forth in article 5 of this Convention, *inter alia*:

> (a) Shall declare an offence punishable by law all dissemination of ideas based on racial superiority or hatred, incitement to racial discrimination, as well as all acts of violence or incitement to such acts against any race or group of persons of another colour or ethnic origin, and also the provision of any assistance to racist activities, including the financing thereof;

Further, the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171 (1966) (hereinafter "*ICCPR*"), adopted by the United Nations in 1966 and in force in Canada since 1976, in the following two articles guarantees the freedom of expression while simultaneously prohibiting the advocacy of hatred:

Article 19. . . .

2. Everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of

les formes de discrimination raciale, R.T. Can. 1970 nº 28 (ci-après la «*CEDR*»). La Convention, en vigueur depuis 1969 et comptant le Canada parmi ses signataires, contient une résolution portant que les États parties s'engagent:

> . . . à adopter toutes les mesures nécessaires pour l'élimination rapide de toutes les formes et de toutes les manifestations de discrimination raciale et à prévenir et combattre les doctrines et pratiques racistes afin de favoriser la bonne entente entre les races et d'édifier une communauté internationale affranchie de toutes les formes de ségrégation et de discrimination raciales.

L'article 4 de la *CEDR* présente un intérêt spécial. Il est ainsi conçu:

ARTICLE 4

Les États parties condamnent toute propagande et toutes organisations qui s'inspirent d'idées ou de théories fondées sur la supériorité d'une race ou d'un groupe de personnes d'une certaine couleur ou d'une certaine origine ethnique, ou qui prétendent justifier ou encourager toute forme de haine et de discrimination raciales, ils s'engagent à adopter immédiatement des mesures positives destinées à éliminer toute incitation à une telle discrimination, ou tous actes de discrimination, et, à cette fin, tenant compte des principes formulés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et des droits expressément énoncés à l'article 5 de la présente Convention, ils s'engagent notamment:

> a) À déclarer délits punissables par la loi toute diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale, toute incitation à la discrimination raciale, ainsi que tous actes de violence, ou provocation à de tels actes, dirigés contre toute race ou tout groupe de personnes d'une autre couleur ou d'une autre origine ethnique, de même que toute assistance apportée à des activités racistes, y compris leur financement.

De plus, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171 (1966) (ci-après le «*PIDCP*»), adopté par l'Organisation des Nations Unies en 1966 et en vigueur au Canada depuis 1976, garantit la liberté d'expression tout en proscrivant l'incitation à la haine dans les deux articles suivants:

Article 19. . . .

2. Toute personne a droit à la liberté d'expression; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce,

1990 CanLII 24 (SCC)

frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice.

3. The exercise of the rights provided for in paragraph 2 of this article carries with it special duties and responsibilities. It may therefore be subject to certain restrictions, but these shall only be such as are provided by law and are necessary:

(*a*) For respect of the rights or reputations of others;

(*b*) For the protection of national security or of public order (*ordre public*), or of public health or morals.

Article 20. 1. Any propaganda for war shall be prohibited by law.

2. Any advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence shall be prohibited by law.

It appears that the protection provided freedom of expression by *CERD* and *ICCPR* does not extend to cover communications advocating racial or religious hatred. In *CERD*, Article 5 guarantees a number of civil rights, including freedom of expression, but it is generally agreed that this guarantee does not prevent a State Party from prohibiting hate propaganda (*Study on the Implementation of Article 4 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, prepared by Special Rapporteur Mr. José D. Inglés, A/CONF. 119/10, May 18, 1983, para. 108). As for *ICCPR*, in 1981 a complaint against Canada was submitted by Mr. John Ross Taylor and the Western Guard Party (also appealing to this Court) to the United Nations Human Rights Committee under the *Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*. The complaint alleged that s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33 (now R.S.C., 1985, c. H-6), which prohibits the communication of hate messages by telephone, had been applied against Mr. Taylor and his organization in violation of Article 19 of *ICCPR*. The Committee rejected this argument, however, holding that it was incompatible with the provisions of *ICCPR*, and in particular with Article 20, stating that,

> . . . the opinions which Mr. [Taylor] seeks to disseminate through the telephone system clearly constitute the

sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix.

3. L'exercice des libertés prévues au paragraphe 2 du présent article comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales. Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires:

a) Au respect des droits ou de la réputation d'autrui;

b) À la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques.

Article 20. 1. Toute propagande en faveur de la guerre est interdite par la loi.

2. Tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence est interdit par la loi.

Il appert donc que la protection accordée à la liberté d'expression par la *CEDR* et le *PIDCP* ne s'étend pas aux communications incitant à la haine raciale ou religieuse. L'article 5 de la *CEDR* garantit plusieurs libertés publiques, notamment la liberté d'expression, mais il est généralement convenu que cette garantie n'empêche pas un État partie d'interdire la propagande haineuse (*Étude sur l'application de l'article 4 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, réalisée par le rapporteur spécial M. José D. Inglés, A/CONF. 119/10, 18 mai 1983, par. 108). Pour ce qui est du *PIDCP*, en 1981 M. John Ross Taylor et le Western Guard Party (qui ont également formé un pourvoi devant notre Cour) ont soumis au Comité des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies une plainte contre le Canada en vertu du *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. Il était allégué dans la plainte que le par. 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33 (maintenant L.R.C. (1985), ch. H-6), qui interdit la communication de messages haineux par téléphone, avait été appliqué à M. Taylor et à son organisme contrairement à l'article 19 du *PIDCP*. Le comité a toutefois rejeté cet argument, le jugeant incompatible avec les dispositions du *PIDCP* et, en particulier, avec son article 20:

> . . . les opinions que M. [Taylor] cherche à diffuser par téléphone constituent nettement une incitation à la haine

1990 CanLII 24 (SCC)

advocacy of racial or religious hatred which Canada has an obligation under article 20(2) of the Covenant to prohibit.

(*Taylor and Western Guard Party v. Canada*, Communication No. 104/1981, Report of the Human Rights Committee, 38 U.N. GAOR, Supp. No. 40 (A/38/40) 231 (1983), para. 8(b), decision reported in part at (1983), 5 C.H.R.R. D/2097.)

In discussing the stance taken toward hate propaganda in international law, it is also worth mentioning the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221 (1950), to which twenty-one states are parties. The Convention contains a qualified guarantee of free expression in Article 10, which reads as follows:

Article 10

(1) Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers . . . .

(2) The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

Article 10(2), the language of which bears significant resemblance to that of s. 1 of the *Charter*, has been interpreted by the European Commission of Human Rights so as to permit the prohibition of racist communications as a valid derogation from the protection of free expression (see *Felderer v. Sweden* (1986), 8 E.H.R.R. 91; Eur. Comm. H. R., Application No. 9235/81, *X. v. Federal Republic of Germany*, July 16, 1982, D.R. 29, p. 194; and Eur. Comm. H. R., Application No. 13214/87, *Lowes v. United Kingdom*, December 9, 1988, unreported). In the leading pronouncement of the Commission, however, Article 17 of the

raciale ou religieuse, que le Canada est tenu d'interdire en vertu du paragraphe 2 de l'article 20 du Pacte.

(*Taylor et Western Guard Party c. Canada*, Communication n° 104/1981, Rapport du Comité des droits de l'homme, 38 N.U. GAOR, Supp. n° 40 (A/38/40) 246 (1983), par. 8b), décision publiée en partie à (1983), 5 C.H.R.R. D/2097.)

En examinant la position adoptée en droit international à l'égard de la propagande haineuse, il est utile de mentionner la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221 (1950), à laquelle vingt et un États sont parties. La Convention contient à son article 10 une garantie limitée de la liberté d'expression:

Article 10

1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière . . .

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

Le paragraphe 10(2), dont le texte présente une grande ressemblance avec celui de l'article premier de la *Charte*, a été interprété par la Commission européenne des droits de l'homme de façon à permettre l'interdiction de communications racistes comme dérogation légitime à la protection de la liberté d'expression (voir *Felderer v. Sweden* (1986), 8 E.H.R.R. 91; Comm. Eur. D. H., Requête n° 9235/81, *X. c. République fédérale d'Allemagne*, 16 juillet 1982, D.R. 29, p. 194; et Comm. Eur. D. H., Requête n° 13214/87, *Lowes c. Royaume-Uni*, 9 décembre 1988, décision inédite). Dans la décision de principe rendue par la Com-

1990 CanLII 24 (SCC)

Convention was invoked in order to justify hate propaganda laws (Eur. Comm. H. R., Applications Nos. 8348/78 and 8406/78, *Glimmerveen v. Netherlands*, October 11, 1979, D.R. 18, p. 187). Article 17 prevents the interpretation of any Convention right so as to imply a "right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein or at their limitation to a greater extent than is provided for in the Convention". The decision in *Glimmerveen* also utilized Article 14, which provides that the enjoyment of Convention rights and freedoms shall be secured without discrimination on any ground such as, *inter alia*, race or colour.

CERD and *ICCPR* demonstrate that the prohibition of hate-promoting expression is considered to be not only compatible with a signatory nation's guarantee of human rights, but is as well an obligatory aspect of this guarantee. Decisions under the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* are also of aid in illustrating the tenor of the international community's approach to hate propaganda and free expression. This is not to deny that finding the correct balance between prohibiting hate propaganda and ensuring freedom of expression has been a source of debate internationally (see, e.g., N. Lerner, *The U.N. Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination* (1980), at pp. 43-54). But despite debate Canada, along with other members of the international community, has indicated a commitment to prohibiting hate propaganda, and in my opinion this Court must have regard to that commitment in investigating the nature of the government objective behind s. 319(2) of the *Criminal Code*. That the international community has collectively acted to condemn hate propaganda, and to oblige State Parties to *CERD* and *ICCPR* to prohibit such expression, thus emphasizes the importance of the objective behind s. 319(2) and the principles of equality and the inherent dignity of all persons

mission, cependant, l'article 17 de la Convention a été invoqué pour justifier des lois interdisant la propagande haineuse (Comm. Eur. D. H., Requêtes nos 8348/78 et 8406/78, *Glimmerveen c. Pays-Bas*, 11 octobre 1979, D.R. 18, p. 187). L'article 17 empêche qu'un droit conféré par la Convention ne soit interprété de manière à comporter implicitement un «droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention». La décision *Glimmerveen* se fonde en outre sur l'article 14, qui dispose que la jouissance des droits et libertés reconnus dans la Convention doit être assurée, sans distinction aucune fondée notamment sur la race ou la couleur.

La *CEDR* et le *PIDCP* démontrent que l'interdiction de l'expression incitant à la haine est considérée non seulement compatible avec la garantie des droits de la personne dans un pays signataire, mais aussi comme un élément obligatoire de cette garantie. Les décisions rendues sous le régime de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* sont révélatrices, elles aussi, quant à l'attitude de la communauté internationale envers la propagande haineuse et la liberté d'expression. Ce n'est pas là nier que la question du juste équilibre entre l'interdiction de la propagande haineuse et la garantie de la liberté d'expression a fait l'objet de débats sur le plan international (voir, par exemple, N. Lerner, *The U.N. Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination* (1980), aux pp. 43 à 54). Malgré ces débats, le Canada, comme d'autres membres de la communauté internationale, a pris l'engagement d'interdire la propagande haineuse et, à mon avis, notre Cour doit tenir compte de cet engagement en examinant la nature de l'objectif gouvernemental sous-jacent au par. 319(2) du *Code criminel*. Le fait que la communauté internationale ait agi collectivement pour condamner la propagande haineuse et pour obliger les États parties à la *CEDR* et au *PIDCP* à prohiber ce genre d'expression, vient souligner l'importance de l'objectif qui sous-tend le par. 319(2) et des principes d'égalité et de la dignité intrinsèque des personnes, qui se manifestent aussi

1990 CanLII 24 (SCC)

that infuse both international human rights and the *Charter*.

(iii) Other Provisions of the *Charter*

Significant indicia of the strength of the objective behind s. 319(2) are gleaned not only from the international arena, but are also expressly evident in various provisions of the *Charter* itself. As Wilson J. noted in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 218:

> . . . it is important to bear in mind that the rights and freedoms set out in the *Charter* are fundamental to the political structure of Canada and are guaranteed by the *Charter* as part of the supreme law of our nation. I think that in determining whether a particular limitation is a reasonable limit prescribed by law which can be "demonstrably justified in a free and democratic society" it is important to remember that the courts are conducting this inquiry in light of a commitment to uphold the rights and freedoms set out in the other sections of the *Charter*.

Most importantly for the purposes of this appeal, ss. 15 and 27 represent a strong commitment to the values of equality and multiculturalism, and hence underline the great importance of Parliament's objective in prohibiting hate propaganda.

Looking first to s. 15, in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, I said that "[a] free society is one which aims at equality with respect to the enjoyment of fundamental freedoms and I say this without any reliance upon s. 15 of the *Charter*" (p. 336). Section 15 lends further support to this observation, for the effects of entrenching a guarantee of equality in the *Charter* are not confined to those instances where it can be invoked by an individual against the state. In so far as it indicates our society's dedication to promoting equality, s. 15 is also relevant in assessing the aims of s. 319(2) of the *Criminal Code* under s. 1. In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, this Court examined the equality guarantee of s. 15, McIntyre J. noting (at p. 171):

bien dans les droits internationaux de la personne que dans la *Charte*.

(iii) Autres dispositions de la *Charte*

Des indices importants de la force de l'objectif sous-tendant le par. 319(2) se dégagent non seulement du droit international mais aussi, de façon expresse et évidente, de diverses dispositions de la *Charte* elle-même. Comme le fait remarquer le juge Wilson dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la p. 218:

> Il est important [. . .] de garder à l'esprit que les droits et libertés énoncés dans la *Charte* sont des éléments essentiels de la structure politique du Canada et qu'ils sont garantis par la *Charte* en tant que partie de la loi suprême de notre pays. Je pense qu'en déterminant si une limite donnée constitue une limite raisonnable prescrite par la loi et «dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique», il est important de se rappeler que les tribunaux effectuent cette enquête tout en veillant au respect des droits et libertés énoncés dans les autres articles de la *Charte*.

Le point principal aux fins du présent pourvoi est que les art. 15 et 27 représentent un engagement profond envers les valeurs du multiculturalisme et de l'égalité et mettent donc en relief l'importance capitale de l'objectif législatif d'interdiction de la propagande haineuse.

Prenons d'abord l'art. 15. Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, je dis: «[u]ne société libre vise à assurer à tous l'égalité quant à la jouissance des libertés fondamentales et j'affirme cela sans m'appuyer sur l'art. 15 de la *Charte*» (p. 336). L'article 15 renforce encore cette observation car la constitutionnalisation de la garantie de l'égalité a des effets qui vont au-delà des cas où cette garantie peut être invoquée par un individu contre l'État. Pour autant qu'il manifeste l'engagement de notre société à la promotion de l'égalité, l'art. 15 est en outre pertinent pour évaluer en vertu de l'article premier les objets du par. 319(2) du *Code criminel*. Dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, notre Cour examine la garantie d'égalité énoncée à l'art. 15. Le juge McIntyre dit, à la p. 171:

1990 CanLII 24 (SCC)

It is clear that the purpose of s. 15 is to ensure equality in the formulation and application of the law. The promotion of equality entails the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern, respect and consideration. It has a large remedial component.

As noted in *Big M Drug Mart*, promoting equality is an undertaking essential to any free and democratic society, and I believe that the words of McIntyre J. support this position. The principles underlying s. 15 of the *Charter* are thus integral to the s. 1 analysis.

In its written submission to the Court, the intervenor L.E.A.F. made the following comment in support of the view that the public and wilful promotion of group hatred is properly understood as a practice of inequality:

> Government sponsored hatred on group grounds would violate section 15 of the *Charter*. Parliament promotes equality and moves against inequality when it prohibits the wilful public promotion of group hatred on these grounds. It follows that government action against group hate, because it promotes social equality as guaranteed by the *Charter*, deserves special constitutional consideration under section 15.

I agree with this statement. In light of the *Charter* commitment to equality, and the reflection of this commitment in the framework of s. 1, the objective of the impugned legislation is enhanced in so far as it seeks to ensure the equality of all individuals in Canadian society. The message of the expressive activity covered by s. 319(2) is that members of identifiable groups are not to be given equal standing in society, and are not human beings equally deserving of concern, respect and consideration. The harms caused by this message run directly counter to the values central to a free and democratic society, and in restricting the promotion of hatred Parliament is therefore seeking to bolster the notion of mutual respect necessary in a nation which venerates the equality of all persons.

Il est clair que l'art. 15 a pour objet de garantir l'égalité dans la formulation et l'application de la loi. Favoriser l'égalité emporte favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération. Il comporte un aspect réparateur important.

Comme le souligne l'arrêt *Big M Drug Mart*, favoriser l'égalité est un engagement essentiel d'une société libre et démocratique et je crois que les propos du juge McIntyre appuient ce point de vue. Les principes sous-tendant l'art. 15 de la *Charte* sont donc partie intégrante de l'analyse en vertu de l'article premier.

Dans son mémoire, l'intervenant F.A.E.J., a fait valoir l'argument suivant pour montrer que la fomentation publique et délibérée de la haine collective est qualifiée à juste titre de pratique inégalitaire:

> [TRADUCTION] La haine dirigée contre un groupe, avec l'encouragement du gouvernement, serait contraire à l'art. 15 de la *Charte*. Le Parlement favorise l'égalité et prend des mesures contre l'inégalité en interdisant la fomentation de la haine collective. Cela signifie que l'action gouvernementale visant la haine dirigée contre un groupe, parce qu'elle favorise l'égalité sociale garantie par la *Charte*, mérite un examen constitutionnel spécial en vertu de l'art. 15.

Je suis d'accord. Compte tenu de l'engagement envers l'égalité manifesté dans la *Charte* et reflété à l'article premier, l'objet visé par la disposition législative contestée prend une importance accrue dans la mesure où elle est destinée à assurer l'égalité de tous dans la société canadienne. Le message véhiculé par l'activité expressive visée au par. 319(2) est que les membres de groupes identifiables ne doivent pas avoir un statut d'égalité dans la société, et ne sont pas des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération que les autres. Le tort causé par un tel message est en conflit direct avec les valeurs essentielles à une société libre et démocratique et, en restreignant la fomentation de la haine, le Parlement cherche donc à renforcer la notion de respect mutuel, indispensable dans une nation qui vénère le principe de l'égalité de tous.

1990 CanLII 24 (SCC)

Section 15 is not the only *Charter* provision which emphasizes values both important to a free and democratic society and pertinent to the disposition of this appeal under s. 1. Section 27 states that:

27. This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians.

This Court has where possible taken account of s. 27 and its recognition that Canada possesses a multicultural society in which the diversity and richness of various cultural groups is a value to be protected and enhanced. Section 27 has therefore been used in a number of judgments of this Court, both as an aid in interpreting the definition of *Charter* rights and freedoms (see, e.g., *Big M Drug Mart*, *supra*, *per* Dickson J., at pp. 337-38, *Edwards Books*, *supra*, *per* Dickson C.J., at p. 758; and *Andrews v. Law Society of British Columbia*, *supra*, *per* McIntyre J., at p. 171) and as an element in the s. 1 analysis (see, e.g., *Edwards Books*, *per* La Forest J., at p. 804, and Wilson J., at p. 809).

The value expressed in s. 27 cannot be casually dismissed in assessing the validity of s. 319(2) under s. 1, and I am of the belief that s. 27 and the commitment to a multicultural vision of our nation bear notice in emphasizing the acute importance of the objective of eradicating hate propaganda from society. Professor J. E. Magnet has dealt with some of the factors which may be used to inform the meaning of s. 27, and of these I expressly adopt the principle of non-discrimination and the need to prevent attacks on the individual's connection with his or her culture, and hence upon the process of self-development (see Magnet "Multiculturalism and Collective Rights: Approaches to Section 27", in Beaudoin and Ratushny, eds., op. cit., at p. 739). Indeed, the sense that an individual can be affected by treatment of a group to which he or she belongs is clearly evident in a number of other *Charter* provisions not yet mentioned, including ss. 16 to 23 (language rights), s. 25 (aboriginal rights), s. 28 (gender equality) and s. 29 (denominational schools).

L'article 15 n'est pas l'unique disposition de la *Charte* à mettre en relief des valeurs à la fois importantes dans une société libre et démocratique et pertinentes en l'espèce aux fins de l'analyse en vertu de l'article premier. L'article 27 porte:

27. Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens.

Notre Cour a, autant que possible, tenu compte de l'art. 27 et de sa reconnaissance que le Canada est une société multiculturelle où la diversité et la richesse de divers groupes culturels sont à protéger et à valoriser. L'article 27 a donc été invoqué dans plusieurs arrêts de notre Cour pour faciliter soit l'interprétation de la définition de droits et libertés garantis par la *Charte* (voir, par exemple, *Big M Drug Mart*, précité, le juge Dickson, aux pp. 337 et 338; *Edwards Books*, précité, le juge en chef Dickson, à la p. 758; et *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité, le juge McIntyre, à la p. 171) soit l'analyse fondée sur l'article premier (voir, par exemple, *Edwards Books*, le juge La Forest, à la p. 804, et le juge Wilson, à la p. 809).

La valeur exprimée à l'art. 27 ne saurait être exclue à la légère de l'examen de la validité du par. 319(2) en vertu de l'article premier, et j'estime que l'art. 27 et l'engagement envers une vision multiculturelle de notre nation doivent être pris en considération car ils soulignent l'importance capitale de l'objectif d'éliminer la propagande haineuse de notre société. Le professeur J. E. Magnet a traité de certains facteurs pouvant servir à préciser le sens de l'art. 27. Parmi ceux-ci j'adopte expressément le principe de la non-discrimination et la nécessité de prévenir les attaques contre les liens qu'un individu entretient avec sa culture et, par conséquent, contre le processus de l'épanouissement personnel (voir Magnet, «Multiculturalisme et droits collectifs: vers une interprétation de l'article 27», dans Beaudoin et Ratushny, éd., *op. cit.*, à la p. 817). En fait, l'idée que le traitement accordé à un groupe peut avoir un effet sur un individu appartenant à ce groupe ressort nettement de plusieurs autres dispositions de la *Charte* non encore mentionnées, dont les art. 16 à 23 (droits linguistiques), l'art. 25 (droits des autochtones), l'art. 28 (égalité des sexes) et l'art. 29 (écoles confessionnelles).

1990 CanLII 24 (SCC)

Hate propaganda seriously threatens both the enthusiasm with which the value of equality is accepted and acted upon by society and the connection of target group members to their community. I thus agree with the sentiments of Cory J.A. who, in writing to uphold s. 319(2) in *R. v. Andrews* (1988), 65 O.R. (2d) 161, said (at p. 181):

> Multiculturalism cannot be preserved let alone enhanced if free rein is given to the promotion of hatred against identifiable cultural groups.

When the prohibition of expressive activity that promotes hatred of groups identifiable on the basis of colour, race, religion, or ethnic origin is considered in light of s. 27, the legitimacy and substantial nature of the government objective is therefore considerably strengthened.

(iv) Conclusion Respecting Objective of Section 319(2)

In my opinion, it would be impossible to deny that Parliament's objective in enacting s. 319(2) is of the utmost importance. Parliament has recognized the substantial harm that can flow from hate propaganda, and in trying to prevent the pain suffered by target group members and to reduce racial, ethnic and religious tension in Canada, has decided to suppress the wilful promotion of hatred against identifiable groups. The nature of Parliament's objective is supported not only by the work of numerous study groups, but also by our collective historical knowledge of the potentially catastrophic effects of the promotion of hatred (*Jones*, *supra*, *per* La Forest J., at pp. 299-300). Additionally, the international commitment to eradicate hate propaganda and the stress placed upon equality and multiculturalism in the *Charter* strongly buttress the importance of this objective. I consequently find that the first part of the test under s. 1 of the *Charter* is easily satisfied and that a powerfully convincing legislative objective exists such as to justify some limit on freedom of expression.

La propagande haineuse menace gravement tant l'enthousiasme avec lequel la valeur d'égalité est acceptée et mise en pratique par la société, que les rapports entre les membres de groupes cibles et leur communauté. Je partage donc l'avis du juge Cory de la Cour d'appel qui, se prononçant en faveur du maintien du par. 319(2), affirme dans l'arrêt *R. v. Andrews* (1988), 65 O.R. (2d) 161, à la p. 181:

> [TRADUCTION] Le multiculturalisme ne peut être maintenu ni, à plus forte raison, valorisé si libre cours est donné à la fomentation de la haine contre des groupes culturels identifiables.

La légitimité et l'importance de l'objectif gouvernemental sont considérablement renforcées par l'examen à la lumière de l'art. 27 de l'interdiction de l'activité expressive tendant à fomenter la haine contre des groupes identifiables en raison de leur couleur, leur race, leur religion ou leur origine ethnique.

(iv) Conclusion relative à l'objet du par. 319(2)

L'importance capitale de l'objectif que visait le Parlement en adoptant le par. 319(2) est à mon avis indéniable. Le législateur a reconnu le préjudice réel pouvant découler de la propagande haineuse et, cherchant à empêcher que des membres d'un groupe cible en souffrent et à réduire la tension raciale, ethnique et religieuse au Canada, a décidé d'éliminer la fomentation volontaire de la haine contre des groupes identifiables. Cet objectif du Parlement est appuyé non seulement par les travaux de nombreux groupes d'étude, mais aussi par notre connaissance historique collective des effets potentiellement catastrophiques de la fomentation de la haine (l'arrêt *Jones*, précité, le juge La Forest, aux pp. 299 et 300). Qui plus est, l'engagement international d'éliminer la propagande haineuse ainsi que l'accent mis dans la *Charte* sur l'égalité et sur le multiculturalisme étayent fortement l'importance de cet objectif. Je conclus donc que la première condition du critère à appliquer aux fins de l'article premier de la *Charte* est largement remplie et qu'il existe un objectif législatif très convaincant, justifiant une restriction de la liberté d'expression.

1990 CanLII 24 (SCC)

D. *Proportionality*

The second branch of the *Oakes* test—proportionality—poses the most challenging questions with respect to the validity of s. 319(2) as a reasonable limit on freedom of expression in a free and democratic society. It is therefore not surprising to find most commentators, as well as the litigants in the case at bar, agreeing that the objective of the provision is of great importance, but to observe considerable disagreement when it comes to deciding whether the means chosen to further the objective are proportional to the ends. (Among the more recent Canadian legal articles supporting the validity of a provision in the nature of s. 319(2) see: D. Bottos, "Keegstra and Andrews: A Commentary on Hate Propaganda and the Freedom of Expression" (1989), 27 *Alta. L. Rev.* 461; Cotler, op. cit.; A. Fish, "Hate Promotion and Freedom of Expression: Truth and Consequences" (1989), 2 *Can. J.L. & Juris.* 111; A. W. MacKay, "Freedom of Expression: Is It All Just Talk?" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 713; N. N. Rauf, "Freedom of Expression, the Presumption of Innocence and Reasonable Limits: An Analysis of Keegstra and Andrews" (1988), 65 C.R. (3d) 356; A. Regel, "Hate Propaganda: A Reason to Limit Freedom of Speech" (1984-85), 49 *Sask. L. Rev.* 303. Canadian writers taking the opposite view include R. Bessner, "The Constitutionality of the Group Libel Offences in the Canadian Criminal Code" (1988), 17 *Man. L.J.* 183; A. A. Borovoy, "Freedom of Expression: Some Recurring Impediments" in Abella and Rothman, eds., op. cit., at p. 125; S. Braun, "Social and Racial Tolerance and Freedom of Expression in a Democratic Society: Friends or Foes? *Regina* v. *Zundel*" (1987), 11 *Dalhousie L.J.* 471.)

(i) Relation of the Expression at Stake to Free Expression Values

In discussing the nature of the government objective, I have commented at length upon the way in which the suppression of hate propaganda furthers values basic to a free and democratic society. I have said little, however, regarding the extent to which these same values, including the

D. *La proportionnalité*

C'est le deuxième volet du critère de l'arrêt *Oakes*—la proportionnalité—qui pose les questions les plus épineuses relativement à la validité du par. 319(2) comme restriction raisonnable de la liberté d'expression dans une société libre et démocratique. Il n'est donc pas surprenant que la plupart des commentateurs, ainsi que les parties au présent litige, tout en convenant de la grande importance de l'objectif de la disposition en cause, se trouvent nettement en désaccord sur la question de la proportionnalité des moyens choisis pour atteindre cet objectif. (Parmi les articles canadiens les plus récents appuyant la validité d'une disposition du type du par. 319(2), voir: D. Bottos, «Keegstra and Andrews: A Commentary on Hate Propaganda and the Freedom of Expression» (1989), 27 *Alta. L. Rev.* 461; Cotler, *loc. cit.*; A. Fish, «Hate Promotion and Freedom of Expression: Truth and Consequences» (1989), 2 *Can. J.L. & Juris.* 111; A. W. MacKay, «Freedom of Expression: Is It All Just Talk?» (1989), 68 *R. du B. can.* 713; N. N. Rauf, «Freedom of Expression, the Presumption of Innocence and Reasonable Limits: An Analysis of Keegstra and Andrews» (1988), 65 C.R. (3d) 356; A. Regel, «Hate Propaganda: A Reason to Limit Freedom of Speech» (1984-85), 49 *Sask. L. Rev.* 303. Les auteurs canadiens adoptant un point de vue opposé comprennent: R. Bessner, «The Constitutionality of the Group Libel Offences in the Canadian Criminal Code» (1988), 17 *Man. L.J.* 183; A. A. Borovoy, «Freedom of Expression: Some Recurring Impediments», dans Abella et Rothman, éd., *op. cit.*, à la p. 125; S. Braun, «Social and Racial Tolerance and Freedom of Expression in a Democratic Society: Friends or Foes? *Regina* v. *Zundel*» (1987), 11 *Dalhousie L.J.* 471.)

(i) Le rapport entre l'expression en cause et les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression

En examinant la nature de l'objectif visé par le gouvernement, j'ai parlé longuement de la façon dont la suppression de la propagande haineuse sert à promouvoir des valeurs fondamentales dans une société libre et démocratique. J'ai peu parlé cependant de la mesure dans laquelle ces mêmes valeurs,

1990 CanLII 24 (SCC)

freedom of expression, are furthered by permitting the exposition of such expressive activity. This lacuna is explicable when one realizes that the interpretation of s. 2(*b*) under *Irwin Toy*, *supra*, gives protection to a very wide range of expression. Content is irrelevant to this interpretation, the result of a high value being placed upon freedom of expression in the abstract. This approach to s. 2(*b*) often operates to leave unexamined the extent to which the expression at stake in a particular case promotes freedom of expression principles. In my opinion, however, the s. 1 analysis of a limit upon s. 2(*b*) cannot ignore the nature of the expressive activity which the state seeks to restrict. While we must guard carefully against judging expression according to its popularity, it is equally destructive of free expression values, as well as the other values which underlie a free and democratic society, to treat all expression as equally crucial to those principles at the core of s. 2(*b*).

notamment la liberté d'expression, sont favorisées quand on permet ce genre d'activité expressive. Cette lacune s'explique puisque l'arrêt *Irwin Toy*, précité, donne à l'al. 2*b*) une interprétation qui protège une très large gamme d'expressions. Le contenu est en règle générale sans pertinence aux fins de cette interprétation, en raison de la grande importance accordée dans l'abstrait à la liberté d'expression. Cette façon d'interpréter l'al. 2*b*) a souvent pour conséquence qu'on ne se posera pas la question de savoir dans quelle mesure l'expression en cause dans une instance particulière sert à promouvoir les principes sous-tendant la liberté d'expression. À mon avis, toutefois, l'analyse en vertu de l'article premier d'une restriction imposée à l'al. 2*b*) doit tenir compte de la nature de l'activité expressive que l'État cherche à restreindre. Si nous devons veiller à ne pas juger l'expression en fonction de sa popularité, il est tout aussi néfaste pour les valeurs inhérentes à la liberté d'expression, et pour les autres valeurs sous-jacentes à une société libre et démocratique, de considérer que toutes les sortes d'expressions revêtent la même importance au regard des principes qui sont au cœur de l'al. 2*b*).

In *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, *supra*, McLachlin J. recognized the importance of context in evaluating expressive activity under s. 1, stating with regard to commercial speech (at pp. 246-47):

> While the Canadian approach does not apply special tests to restrictions on commercial expression, our method of analysis does permit a sensitive, case-oriented approach to the determination of their constitutionality. Placing the conflicting values in their factual and social context when performing the s. 1 analysis permits the courts to have regard to special features of the expression in question. As Wilson J. notes in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, not all expression is equally worthy of protection. Nor are all infringements of free expression equally serious. [See also *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, *per* Dickson C.J., at p. 1135.]

Dans l'arrêt *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, précité, le juge McLachlin reconnaît l'importance du contexte dans l'appréciation de l'activité expressive en vertu de l'article premier. Elle dit en effet au sujet de l'expression commerciale (aux pp. 246 et 247):

> Bien que la méthode canadienne ne consiste pas à appliquer des critères spéciaux aux restrictions imposées à l'expression commerciale, notre méthode d'analyse permet d'aborder la détermination de leur constitutionnalité avec sensibilité et en fonction de chaque cas particulier. En situant les valeurs contradictoires dans leur contexte factuel et social au moment de procéder à l'analyse fondée sur l'article premier, les tribunaux ont la possibilité de tenir compte des caractéristiques spéciales de l'expression en question. Comme le juge Wilson le fait remarquer dans *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, ce ne sont pas toutes les expressions qui méritent la même protection. Toutes les violations de la liberté d'expression ne sont pas également graves. [Voir aussi *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, le juge en chef Dickson, à la p. 1135.]

1990 CanLII 24 (SCC)

Using this contextual approach, McLachlin J. evaluated the expression jeopardized by government regulation in light of s. 2(*b*) values. She thus went on to consider those interests which argued for restriction only after having assessed the importance of the freedom of expression interest at stake on the facts of the case.

Royal College dealt with provincial limitations upon the freedom of dentists to impart information to patients and potential patients via advertisements. In these circumstances, the Court found that the expression regulated was of a nature that made its curtailment something less than a most serious infringement of the freedom of expression, the limitation affecting neither participation in the political process nor the ability of the individual to achieve spiritual or artistic self-fulfillment. The resulting conclusion was that "restrictions on expression of this kind might be easier to justify than other infringements" (p. 247). At the same time, however, it was recognized that an interest existed in those who wished to make an informed choice as to a dentist, and in so far as access to such information was restricted the infringement of s. 2(*b*) could not be lightly dismissed (p. 247). Moreover, unlike in *Irwin Toy*, the information was not aimed at children, a group hampered in making informed choices, and hence any heightened state interest that might arise in protecting a vulnerable group was absent (p. 248).

Applying the *Royal College* approach to the context of this appeal is a key aspect of the s. 1 analysis. One must ask whether the expression prohibited by s. 319(2) is tenuously connected to the values underlying s. 2(*b*) so as to make the restriction "easier to justify than other infringements." In this regard, let me begin by saying that, in my opinion, there can be no real disagreement about the subject matter of the messages and teachings communicated by the respondent, Mr. Keegstra: it is deeply offensive, hurtful and damaging to target group members, misleading to his listeners, and antithetical to the furtherance of

Employant cette méthode contextuelle, le juge McLachlin a évalué à la lumière des valeurs sous-jacentes à l'al. 2*b*) l'expression menacée par la réglementation gouvernementale. Elle n'a donc examiné les intérêts militant en faveur de la restriction qu'après avoir apprécié l'importance de l'intérêt en matière de liberté d'expression qui était en cause dans cette affaire.

L'affaire *Collège royal* traitait de limites imposées par une province à la liberté des dentistes d'avoir recours à la publicité pour communiquer des renseignements à des patients réels et éventuels. Dans ces circonstances, notre Cour a conclu que l'expression ainsi réglementée était de telle nature que sa restriction se situait en deçà d'une atteinte des plus graves à la liberté d'expression, étant donné que la restriction ne touchait ni la participation au processus politique ni la possibilité pour un particulier de s'épanouir sur les plans spirituel ou artistique. On a conclu en conséquence qu'«il se pourrait que des restrictions imposées à des expressions de ce genre soient plus faciles à justifier que d'autres atteintes» (p. 247). Pourtant on a reconnu en même temps qu'il existait un intérêt chez ceux qui désiraient faire un choix éclairé quant à un dentiste et que, dans la mesure où l'accès à ces renseignements était restreint, la violation de l'al. 2*b*) ne pouvait être écartée à la légère (p. 247). De plus, à la différence de l'affaire *Irwin Toy*, il ne s'agissait pas de renseignements destinés aux enfants, groupe qui n'arrive pas facilement à faire des choix éclairés, si bien que l'intérêt plus grand que peut avoir l'État à protéger un groupe vulnérable n'existait pas (p. 248).

L'application dans le contexte du présent pourvoi de la méthode suivie dans l'arrêt *Collège royal* est un élément clef de l'analyse en vertu de l'article premier. On doit se demander s'il y a entre l'expression qu'interdit le par. 319(2) et les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression un lien dont la faiblesse rend la restriction «plus facile[. . .] à justifier que d'autres atteintes». Je signale d'abord à ce propos que, selon moi, il ne peut y avoir de désaccord véritable quant au contenu des messages et des enseignements communiqués par l'intimé M. Keegstra: il est profondément offensant, blessant et préjudiciable aux membres du groupe cible; il

1990 CanLII 24 (SCC)

tolerance and understanding in society. Furthermore, as will be clear when I come to discuss in detail the interpretation of s. 319(2), there is no doubt that all expression fitting within the terms of the offence can be similarly described. To say merely that expression is offensive and disturbing, however, fails to address satisfactorily the question of whether, and to what extent, the expressive activity prohibited by s. 319(2) promotes the values underlying the freedom of expression. It is to this difficult and complex question that I now turn.

From the outset, I wish to make clear that in my opinion the expression prohibited by s. 319(2) is not closely linked to the rationale underlying s. 2(*b*). Examining the values identified in *Ford* and *Irwin Toy* as fundamental to the protection of free expression, arguments can be made for the proposition that each of these values is diminished by the suppression of hate propaganda. While none of these arguments is spurious, I am of the opinion that expression intended to promote the hatred of identifiable groups is of limited importance when measured against free expression values.

At the core of freedom of expression lies the need to ensure that truth and the common good are attained, whether in scientific and artistic endeavors or in the process of determining the best course to take in our political affairs. Since truth and the ideal form of political and social organization can rarely, if at all, be identified with absolute certainty, it is difficult to prohibit expression without impeding the free exchange of potentially valuable information. Nevertheless, the argument from truth does not provide convincing support for the protection of hate propaganda. Taken to its extreme, this argument would require us to permit the communication of all expression, it being impossible to know with absolute certainty which factual statements are true, or which ideas obtain the greatest good. The problem with this extreme position, however, is that the greater the degree of certainty that a statement is erroneous or mendainduit en erreur ceux qui l'écoutent; et il est l'antithèse de la tolérance et de la compréhension mutuelle dans notre société. En outre, et cela deviendra évident dans mon examen approfondi de l'interprétation du par. 319(2), il ne fait aucun doute que toute expression relevant de la définition de cette infraction peut être ainsi qualifiée. Dire simplement que l'expression est offensante et alarmante n'est toutefois pas une réponse satisfaisante à la question de savoir si, et dans quelle mesure, l'activité d'expression interdite par le par. 319(2) sert à promouvoir les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression. C'est cette question à la fois difficile et complexe que j'aborde maintenant.

D'emblée je tiens à préciser qu'à mon avis l'expression interdite par le par. 319(2) n'est pas étroitement liée à la raison d'être de l'al. 2*b*). Quand on examine les valeurs que les arrêts *Ford* et *Irwin Toy* qualifient de fondamentales pour la protection de la liberté d'expression, il est possible d'avancer des arguments pour dire que chacune de ces valeurs est amoindrie par la suppression de la propagande haineuse. Bien qu'aucun de ces arguments ne soit spécieux, j'estime que l'expression destinée à fomenter la haine contre des groupes identifiables ne revêt qu'une importance limitée par rapport aux valeurs sous-tendant la liberté d'expression.

Au cœur de la liberté d'expression se trouve le besoin d'assurer la découverte de la vérité et la réalisation du bien commun, tant dans les entreprises scientifiques et artistiques que dans la poursuite de la meilleure orientation à donner à nos affaires politiques. Comme la vérité et la forme idéale d'organisation politique et sociale ne peuvent que rarement, voire jamais, être déterminées avec une certitude absolue, il est difficile d'interdire l'expression sans gêner le libre échange de renseignements pouvant être importants. Néanmoins, l'argument tiré de la vérité ne milite pas de façon convaincante en faveur de la protection de la propagande haineuse. À la limite, cet argument nous obligerait à permettre toute expression, vu l'impossibilité de savoir avec une certitude absolue quelles déclarations factuelles sont vraies ou quelles idées produisent le plus grand bien. Le problème que soulève cette position extrême est que plus

1990 CanLII 24 (SCC)

cious, the less its value in the quest for truth. Indeed, expression can be used to the detriment of our search for truth; the state should not be the sole arbiter of truth, but neither should we overplay the view that rationality will overcome all falsehoods in the unregulated marketplace of ideas. There is very little chance that statements intended to promote hatred against an identifiable group are true, or that their vision of society will lead to a better world. To portray such statements as crucial to truth and the betterment of the political and social milieu is therefore misguided.

Another component central to the rationale underlying s. 2(*b*) concerns the vital role of free expression as a means of ensuring individuals the ability to gain self-fulfillment by developing and articulating thoughts and ideas as they see fit. It is true that s. 319(2) inhibits this process among those individuals whose expression it limits, and hence arguably works against freedom of expression values. On the other hand, such self-autonomy stems in large part from one's ability to articulate and nurture an identity derived from membership in a cultural or religious group. The message put forth by individuals who fall within the ambit of s. 319(2) represents a most extreme opposition to the idea that members of identifiable groups should enjoy this aspect of the s. 2(*b*) benefit. The extent to which the unhindered promotion of this message furthers free expression values must therefore be tempered in so far as it advocates with inordinate vitriol an intolerance and prejudice which view as execrable the process of individual self-development and human flourishing among all members of society.

Moving on to a third strain of thought said to justify the protection of free expression, one's attention is brought specifically to the political realm. The connection between freedom of expression and the political process is perhaps the linchpin of the s. 2(*b*) guarantee, and the nature of this

il est certain qu'une déclaration est fausse ou fallacieuse, moins sa valeur est grande dans la recherche de la vérité. En fait, l'expression peut être utilisée au détriment de la recherche de la vérité. L'État ne devrait pas être le seul juge de ce qui constitue la vérité; par contre, il ne faut pas accorder une importance exagérée à l'opinion selon laquelle la raison prévaudra toujours contre le mensonge sur le marché non réglementé des idées. Il est en fait très peu probable que des déclarations destinées à fomenter la haine contre un groupe identifiable soient vraies, ou que la vision de la société qu'elles traduisent conduira à un monde meilleur. C'est donc un leurre de les présenter comme cruciales pour la détermination de la vérité et pour l'amélioration du milieu politique et social.

Un autre élément essentiel de la raison d'être de l'al. 2*b*) est le rôle vital que joue la liberté d'expression comme moyen d'assurer aux individus la possibilité de s'épanouir personnellement en formant et en articulant à leur gré des pensées et des idées. Certes, le par. 319(2) entrave ce processus parmi les personnes dont il limite l'expression et on pourrait prétendre qu'il va donc à l'encontre des valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression. Par ailleurs, ce genre d'autonomie découle dans une large mesure de la possibilité qu'on a d'exprimer ou de développer une identité résultant de l'appartenance à un groupe culturel ou religieux. Le message transmis par des personnes visées par le par. 319(2) exprime une opposition extrême à l'idée que les membres de groupes identifiables devraient pouvoir jouir de cet aspect de l'avantage conféré par l'al. 2*b*). La mesure dans laquelle la libre diffusion de ce message sert à promouvoir les valeurs de la libre expression doit donc être limitée puisqu'elle préconise avec une virulence démesurée, l'intolérance et les préjugés qui tiennent en aversion le processus de l'enrichissement et de l'épanouissement personnels de tous les membres de la société.

Un troisième ordre d'idées avancées pour justifier la protection de la liberté d'expression touche plus particulièrement le domaine politique. Le lien entre la liberté d'expression et le processus politique est peut-être la cheville ouvrière de la garantie énoncée à l'al. 2*b*), et ce lien tient dans une large

1990 CanLII 24 (SCC)

connection is largely derived from the Canadian commitment to democracy. Freedom of expression is a crucial aspect of the democratic commitment, not merely because it permits the best policies to be chosen from among a wide array of proffered options, but additionally because it helps to ensure that participation in the political process is open to all persons. Such open participation must involve to a substantial degree the notion that all persons are equally deserving of respect and dignity. The state therefore cannot act to hinder or condemn a political view without to some extent harming the openness of Canadian democracy and its associated tenet of equality for all.

The suppression of hate propaganda undeniably muzzles the participation of a few individuals in the democratic process, and hence detracts somewhat from free expression values, but the degree of this limitation is not substantial. I am aware that the use of strong language in political and social debate—indeed, perhaps even language intended to promote hatred—is an unavoidable part of the democratic process. Moreover, I recognize that hate propaganda is expression of a type which would generally be categorized as "political", thus putatively placing it at the very heart of the principle extolling freedom of expression as vital to the democratic process. Nonetheless, expression can work to undermine our commitment to democracy where employed to propagate ideas anathemic to democratic values. Hate propaganda works in just such a way, arguing as it does for a society in which the democratic process is subverted and individuals are denied respect and dignity simply because of racial or religious characteristics. This brand of expressive activity is thus wholly inimical to the democratic aspirations of the free expression guarantee.

Indeed, one may quite plausibly contend that it is through rejecting hate propaganda that the state can best encourage the protection of values central to freedom of expression, while simultaneously demonstrating dislike for the vision forwarded by hate-mongers. In this regard, the reaction to varimesure à l'engagement du Canada envers la démocratie. La liberté d'expression est un aspect crucial de cet engagement démocratique, non pas simplement parce qu'elle permet de choisir les meilleures politiques parmi la vaste gamme des possibilités offertes, mais en outre parce qu'elle contribue à assurer un processus politique ouvert à la participation de tous. Cette possibilité d'y participer doit reposer dans une mesure importante sur la notion que tous méritent le même respect et la même dignité. L'État ne saurait en conséquence entraver l'expression d'une opinion politique ni la condamner sans nuire jusqu'à un certain point au caractère ouvert de la démocratie canadienne et au principe connexe de l'égalité de tous.

L'élimination de la propagande haineuse empêche incontestablement la participation de quelques individus au processus démocratique, et s'écarte donc un peu des valeurs de la libre expression, mais il ne s'agit pas là d'une restriction importante. Je sais que l'utilisation d'un langage fort dans les débats politiques et sociaux—peut-être même un langage destiné à fomenter la haine—fait inévitablement partie du processus démocratique. Je reconnais en outre que la propagande haineuse constitue une expression d'un genre qui serait en règle générale qualifié de «politique», et qu'elle serait donc théoriquement de l'essence même du principe que la liberté d'expression est un élément vital du processus démocratique. L'expression peut néanmoins avoir l'effet d'affaiblir notre engagement envers la démocratie lorsqu'elle sert à répandre des idées contraires aux valeurs démocratiques. La propagande haineuse a précisément cet effet en préconisant une société qui subvertirait le processus démocratique et priverait des individus du respect et de la dignité en raison de leurs caractéristiques raciales ou religieuses. Cette sorte d'activité expressive est donc tout à fait incompatible avec les aspirations démocratiques inhérentes à la garantie de la liberté d'expression.

En fait, on peut soutenir très plausiblement que le rejet de la propagande haineuse est le meilleur moyen dont dispose l'État pour encourager la protection de valeurs qui sont l'essence même de la liberté d'expression tout en manifestant son aversion pour la vision préconisée par les fomentateurs

1990 CanLII 24 (SCC)

ous types of expression by a democratic government may be perceived as meaningful expression on behalf of the vast majority of citizens. I do not wish to be construed as saying that an infringement of s. 2(*b*) can be justified under s. 1 merely because it is the product of a democratic process; the *Charter* will not permit even the democratically elected legislature to restrict the rights and freedoms crucial to a free and democratic society. What I do wish to emphasize, however, is that one must be careful not to accept blindly that the suppression of expression must always and unremittingly detract from values central to freedom of expression (L. C. Bollinger, *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America* (1986), at pp. 87-93).

de haine. À cet égard, la réaction d'un gouvernement démocratique à différents types d'expression peut être perçue comme l'expression valable de l'opinion de la grande majorité des citoyens. Je ne veux pas dire par là qu'une violation de l'al. 2*b*) peut se justifier en vertu de l'article premier du simple fait qu'elle résulte du processus démocratique; la *Charte* ne permet même pas aux législateurs démocratiquement élus de restreindre les droits et libertés indispensables à une société libre et démocratique. Je tiens toutefois à souligner qu'on doit se garder d'accepter aveuglément l'idée que la suppression de l'expression porte toujours et inévitablement atteinte aux valeurs de la libre expression (L. C. Bollinger, *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America* (1986), aux pp. 87 à 93).

I am very reluctant to attach anything but the highest importance to expression relevant to political matters. But given the unparalleled vigour with which hate propaganda repudiates and undermines democratic values, and in particular its condemnation of the view that all citizens need be treated with equal respect and dignity so as to make participation in the political process meaningful, I am unable to see the protection of such expression as integral to the democratic ideal so central to the s. 2(*b*) rationale. Together with my comments as to the tenuous link between communications covered by s. 319(2) and other values at the core of the free expression guarantee, this conclusion leads me to disagree with the opinion of McLachlin J. that the expression at stake in this appeal mandates the most solicitous degree of constitutional protection. In my view, hate propaganda should not be accorded the greatest of weight in the s. 1 analysis.

Je suis très réticent à attacher moins que la plus haute importance à l'expression se rapportant aux affaires politiques. Compte tenu toutefois de l'énergie inégalée avec laquelle la propagande haineuse répudie et mine les valeurs démocratiques, et conteste notamment l'idée que le respect égal et la dignité égale pour tous les citoyens sont requis pour assurer une participation réelle au processus politique, je ne puis voir la protection de cette expression comme faisant partie intégrante de l'idéal démocratique qui forme un élément tellement fondamental de la raison d'être de l'al. 2*b*). Cette conclusion, ainsi que mes observations concernant la faiblesse du lien entre les communications relevant du par. 319(2) et les autres valeurs constituant l'essence de la garantie de la liberté d'expression, m'amènent à exprimer mon désaccord avec l'opinion du juge McLachlin selon laquelle l'expression en cause dans le présent pourvoi commande la plus grande protection constitutionnelle. À mon avis, la propagande haineuse ne devrait pas peser très lourd dans l'analyse fondée sur l'article premier.

As a caveat, it must be emphasized that the protection of extreme statements, even where they attack those principles underlying the freedom of expression, is not completely divorced from the aims of s. 2(*b*) of the *Charter*. As noted already, suppressing the expression covered by s. 319(2) does to some extent weaken these principles. It can

Il faut souligner par contre que la protection de déclarations extrêmes, même lorsqu'elles attaquent les principes qui sous-tendent la liberté d'expression, n'est pas tout à fait étrangère aux objets de l'al. 2*b*) de la *Charte*. Comme je l'ai déjà indiqué, la suppression de l'expression visée au par. 319(2) affaiblit en effet ces principes jusqu'à un certain

1990 CanLII 24 (SCC)

also be argued that it is partly through a clash with extreme and erroneous views that truth and the democratic vision remain vigorous and alive (see Braun, op. cit., at p. 490). In this regard, judicial pronouncements strongly advocating the importance of free expression values might be seen as helping to expose prejudiced statements as valueless even while striking down legislative restrictions that proscribe such expression. Additionally, condoning a democracy's collective decision to protect itself from certain types of expression may lead to a slippery slope on which encroachments on expression central to s. 2(*b*) values are permitted. To guard against such a result, the protection of communications virulently unsupportive of free expression values may be necessary in order to ensure that expression more compatible with these values is never unjustifiably limited.

point. On peut soutenir en outre que c'est en partie grâce à leur confrontation avec des vues extrêmes et erronées que la vérité et la vision démocratiques conservent toute leur vigueur et tout leur dynamisme (voir Braun, *loc. cit.*, à la p. 490). À cet égard, on pourrait considérer que les déclarations judiciaires prônant énergiquement l'importance des valeurs de la libre expression contribuent à faire comprendre l'absence de toute valeur des expressions de préjugés tout en invalidant des restrictions législatives qui interdisent ce genre d'expression. De plus, approuver la décision collective d'une démocratie de se protéger contre certains types d'expression peut entraîner sur une pente dangereuse qui conduit à l'autorisation d'atteintes à une expression essentielle aux valeurs sous-jacentes à l'al. 2*b*). Pour parer à cette éventualité, la protection de communications qui s'opposent avec virulence aux valeurs de la libre expression peut être nécessaire pour protéger contre des restrictions injustifiables une expression plus compatible avec ces valeurs.

None of these arguments is devoid of merit, and each must be taken into account in determining whether an infringement of s. 2(*b*) can be justified under s. 1. It need not be, however, that they apply equally or with the greatest of strength in every instance. As I have said already, I am of the opinion that hate propaganda contributes little to the aspirations of Canadians or Canada in either the quest for truth, the promotion of individual self-development or the protection and fostering of a vibrant democracy where the participation of all individuals is accepted and encouraged. While I cannot conclude that hate propaganda deserves only marginal protection under the s. 1 analysis, I can take cognizance of the fact that limitations upon hate propaganda are directed at a special category of expression which strays some distance from the spirit of s. 2(*b*), and hence conclude that "restrictions on expression of this kind might be easier to justify than other infringements of s. 2(*b*)" (*Royal College*, *supra*, at p. 247).

Tous ces arguments ont un certain mérite et chacun doit être pris en considération pour déterminer si une violation de l'al. 2*b*) peut se justifier selon l'article premier. Il n'est toutefois pas nécessaire qu'ils s'appliquent également et dans toute leur force dans chaque cas. Comme je l'ai déjà dit, je suis d'avis que la propagande haineuse apporte peu aux aspirations des Canadiens ou du Canada, que ce soit dans la recherche de la vérité, dans la promotion de l'épanouissement personnel ou dans la protection et le développement d'une démocratie dynamique qui accepte et encourage la participation de tous. Si je ne puis conclure que la propagande haineuse ne mérite qu'une protection minimale dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier, je peux néanmoins reconnaître le fait que les restrictions imposées à la propagande haineuse visent une catégorie particulière d'expression qui s'écarte beaucoup de l'esprit même de l'al. 2*b*). Je conclus donc qu'«il se pourrait que des restrictions imposées à des expressions de ce genre soient plus faciles à justifier que d'autres atteintes à l'al. 2*b*)» (*Collège royal*, précité, à la p. 247).

As a final point, it should be stressed that in discussing the relationship between hate propagan-

Enfin, il faut souligner qu'en traitant des rapports entre la propagande haineuse et les valeurs

1990 CanLII 24 (SCC)

da and freedom of expression values I do not wish to be taken as advocating an inflexible "levels of scrutiny" categorization of expressive activity. The contextual approach necessitates an open discussion of the manner in which s. 2(*b*) values are engaged in the circumstances of an appeal. To become transfixed with categorization schemes risks losing the advantage associated with this sensitive examination of free expression principles, and I would be loath to sanction such a result.

Having made some preliminary comments as to the nature of the expression at stake in this appeal, it is now possible to ask whether s. 319(2) is an acceptably proportional response to Parliament's valid objective. As stated above, the proportionality aspect of the *Oakes* test requires the Court to decide whether the impugned state action: i) is rationally connected to the objective; ii) minimally impairs the *Charter* right or freedom at issue; and iii) does not produce effects of such severity so as to make the impairment unjustifiable. I will now address these segments of the proportionality inquiry, beginning with the question of whether a rational connection exists between s. 319(2) and the legislative objective.

(ii) Rational Connection

Section 319(2) makes the wilful promotion of hatred against identifiable groups an indictable offence, indicating Parliament's serious concern about the effects of such activity. Those who would uphold the provision argue that the criminal prohibition of hate propaganda obviously bears a rational connection to the legitimate Parliamentary objective of protecting target group members and fostering harmonious social relations in a community dedicated to equality and multiculturalism. I agree, for in my opinion it would be difficult to deny that the suppression of hate propaganda reduces the harm such expression does to individuals who belong to identifiable groups and to relations between various cultural and religious groups in Canadian society.

de la liberté d'expression, je ne souhaite pas que l'on pense que je préconise une classification rigide des «niveaux d'examen» de l'activité expressive. L'approche contextuelle exige une discussion ouverte de la manière dont entrent en jeu les valeurs de l'al. 2*b*) dans les circonstances d'un pourvoi. Se laisser paralyser par des systèmes de classification risque de faire perdre l'avantage découlant de l'examen souple des principes de la libre expression et je ne suis pas disposé à approuver un tel résultat.

Après ces observations préliminaires sur la nature de l'expression en cause en l'espèce, on peut maintenant se demander si le par. 319(2) a un degré acceptable de proportionnalité avec l'objectif valable du Parlement. Je le répète, la proportionnalité exigée par le critère formulé dans l'arrêt *Oakes* impose à la Cour de décider si l'acte contesté de l'État: (i) a un lien rationnel avec l'objectif visé; (ii) porte le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en cause garantis par la *Charte*; et (iii) ne produit pas des effets dont la gravité rend l'atteinte injustifiable. J'examine maintenant ces éléments de la proportionnalité en commençant par la question du lien rationnel entre le par. 319(2) et l'objectif législatif.

(ii) Le lien rationnel

Le paragraphe 319(2) fait de la fomentation volontaire de la haine contre des groupes identifiables un acte criminel, témoignant ainsi de la grande préoccupation du Parlement quant aux effets d'une telle activité. Les partisans du maintien de cette disposition font valoir que l'interdiction criminelle de la propagande haineuse a manifestement un lien rationnel avec l'objectif législatif légitime de protéger les membres du groupe cible et de favoriser des relations sociales harmonieuses au sein d'une collectivité qui croit fermement à l'égalité et au multiculturalisme. Je partage cet avis car, selon moi, on pourrait difficilement nier que la suppression de la propagande haineuse diminue les effets préjudiciables de cette expression sur les membres de groupes identifiables et sur les relations entre divers groupes culturels et religieux de la société canadienne.

1990 CanLII 24 (SCC)

Doubts have been raised, however, as to whether the actual effect of s. 319(2) is to undermine any rational connection between it and Parliament's objective. As stated in the reasons of McLachlin J., there are three primary ways in which the effect of the impugned legislation might be seen as an irrational means of carrying out the Parliamentary purpose. First, it is argued that the provision may actually promote the cause of hate-mongers by earning them extensive media attention. In this vein, it is also suggested that persons accused of intentionally promoting hatred often see themselves as martyrs, and may actually generate sympathy from the community in the role of underdogs engaged in battle against the immense powers of the state. Second, the public may view the suppression of expression by the government with suspicion, making it possible that such expression—even if it be hate propaganda—is perceived as containing an element of truth. Finally, it is often noted, citing the writings of A. Neier, *Defending My Enemy: American Nazis, the Skokie Case, and the Risks of Freedom* (1979), that Germany of the 1920s and 1930s possessed and used hate propaganda laws similar to those existing in Canada, and yet these laws did nothing to stop the triumph of a racist philosophy under the Nazis.

If s. 319(2) can be said to have no impact in the quest to achieve Parliament's admirable objectives, or in fact works in opposition to these objectives, then I agree that the provision could be described as "arbitrary, unfair or based on irrational considerations" (*Oakes*, *supra*, at p. 139). I recognize that the effect of s. 319(2) is impossible to define with exact precision—the same can be said for many laws, criminal or otherwise. In my view, however, the position that there is no strong and evident connection between the criminalization of hate propaganda and its suppression is unconvincing. I come to this conclusion for a number of reasons, and will elucidate these by answering in turn the three arguments just mentioned.

On a toutefois soulevé des doutes quant à savoir si l'effet réel du par. 319(2) est de miner tout lien rationnel entre cette disposition et l'objectif du Parlement. Comme le dit le juge McLachlin dans ses motifs, l'effet de la disposition législative attaquée pourrait être considéré comme un moyen irrationnel d'atteindre l'objectif visé par le législateur, pour trois raisons principales. On soutient en premier lieu que cette disposition peut en fait promouvoir la cause des fomentateurs de haine en suscitant un grand intérêt dans les médias à leur égard. Dans ce même ordre d'idées, on prétend en outre que les personnes accusées de fomentation intentionnelle de la haine se voient souvent comme des martyrs et qu'elles peuvent même s'attirer la sympathie de la collectivité en raison du combat inégal qu'elles mènent contre les immenses pouvoirs de l'État. En deuxième lieu, le public pourrait regarder avec suspicion la suppression de l'expression par le gouvernement, ce qui ouvre la possibilité que cette expression—même s'il s'agit de propagande haineuse—soit perçue comme renfermant une part de vérité. En dernier lieu, on fait souvent remarquer, citant A. Neier, *Defending My Enemy: American Nazis, the Skokie Case, and the Risks of Freedom* (1979), que l'Allemagne des années 20 et 30 possédait et appliquait des dispositions en matière de propagande haineuse semblables à celles existant au Canada qui n'ont pourtant pas empêché le triomphe d'une philosophie raciste sous les nazis.

Si l'on pouvait affirmer que le par. 319(2) ne favorise en rien la poursuite des objectifs admirables du Parlement, ou qu'en réalité il fait obstacle à ces objectifs, alors je conviendrais que cette disposition pourrait être décrite comme arbitraire, inéquitable ou fondée sur des considérations irrationnelles (*Oakes*, précité, à la p. 139). Je reconnais l'impossibilité de définir exactement l'effet du par. 319(2)—c'est le cas d'ailleurs d'un bon nombre de lois, pénales ou autres. Je tiens toutefois pour peu convaincante la prétention qu'il n'existe pas de lien fort et évident entre la criminalisation de la propagande haineuse et sa suppression. Plusieurs raisons m'amènent à cette conclusion et je me propose de les élucider en répondant tour à tour à chacun des arguments susmentionnés.

1990 CanLII 24 (SCC)

It is undeniable that media attention has been extensive on those occasions when s. 319(2) has been used. Yet from my perspective, s. 319(2) serves to illustrate to the public the severe reprobation with which society holds messages of hate directed towards racial and religious groups. The existence of a particular criminal law, and the process of holding a trial when that law is used, is thus itself a form of expression, and the message sent out is that hate propaganda is harmful to target group members and threatening to a harmonious society (see Rauf, op. cit., at p. 359). As I stated in my reasons in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 70:

> The criminal law is a very special form of governmental regulation, for it seeks to express our society's collective disapprobation of certain acts and omissions.

The many, many Canadians who belong to identifiable groups surely gain a great deal of comfort from the knowledge that the hate-monger is criminally prosecuted and his or her ideas rejected. Equally, the community as a whole is reminded of the importance of diversity and multiculturalism in Canada, the value of equality and the worth and dignity of each human person being particularly emphasized.

In this context, it can also be said that government suppression of hate propaganda will not make the expression attractive and hence increase acceptance of its content. Similarly, it is very doubtful that Canadians will have sympathy for either propagators of hatred or their ideas. Governmental disapproval of hate propaganda does not invariably result in dignifying the suppressed ideology. Pornography is not dignified by its suppression, nor are defamatory statements against individuals seen as meritorious because the common law lends its support to their prohibition. Again, I stress my belief that hate propaganda legislation and trials are a means by which the values beneficial to a free and democratic society can be publicized. In this context, no dignity will be unwittingly foisted upon the convicted hate-monger or his or her philosophy, and that a hate-

Il est incontestable que les médias ont fait grand cas de toutes les affaires où le par. 319(2) a été invoqué. Selon mon point de vue, cependant, le par. 319(2) sert à montrer au public le profond sentiment de réprobation de la société à l'égard de messages haineux visant des groupes raciaux ou religieux. L'existence d'une règle particulière de droit criminel, ainsi que la tenue d'un procès où cette disposition est appliquée, constitue donc elle-même une forme d'expression, le message ainsi transmis étant que la propagande haineuse nuit aux membres du groupe cible et menace l'harmonie sociale (voir Rauf, *loc. cit.*, à la p. 359). Comme je le dis dans mes motifs de l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, à la p. 70:

> Le droit criminel constitue une forme très spéciale de réglementation gouvernementale, car il cherche à exprimer la désapprobation collective de notre société pour certains actes ou omissions.

Il est certainement très rassurant pour les Canadiens très nombreux qui appartiennent à des groupes identifiables de savoir que les fomentateurs de haine font l'objet de poursuites criminelles et que leurs idées sont rejetées. Est également rappelé à l'ensemble de la collectivité l'importance de la diversité et du multiculturalisme au Canada, l'accent étant placé particulièrement sur l'égalité et sur la valeur et la dignité de chaque être humain.

Dans ce contexte, on peut affirmer aussi que la suppression de la propagande haineuse par le gouvernement n'aura pas pour effet de rendre attrayant ce genre d'expression et d'augmenter ainsi l'acceptation de son contenu. De même, il est très douteux que les Canadiens aient de la sympathie pour les semeurs de haine ou pour leurs idées. La désapprobation gouvernementale de la propagande haineuse n'entraîne pas invariablement la valorisation de l'idéologie supprimée. La pornographie n'est pas valorisée par sa suppression, pas plus que les déclarations diffamatoires contre des personnes ne sont considérées comme méritoires parce que la common law prête son soutien à leur interdiction. Je souligne encore une fois ma conviction que la législation relative à la propagande haineuse et les procès sont des moyens de faire connaître les valeurs qui servent l'épanouissement d'une société

1990 CanLII 24 (SCC)

monger might see him or herself as a martyr is of no matter to the content of the state's message.

As for the use of hate propaganda laws in pre-World War Two Germany, I am skeptical as to the relevance of the observation that legislation similar to s. 319(2) proved ineffective in curbing the racism of the Nazis. No one is contending that hate propaganda laws can in themselves prevent the tragedy of a Holocaust; conditions particular to Germany made the rise of Nazi ideology possible despite the existence and use of these laws (see A. Doskow and S. B. Jacoby, "Anti Semitism and the Law in Pre-Nazi Germany" (1940), 3 *Contemporary Jewish Record* 498, at p. 509). Rather, hate propaganda laws are one part of a free and democratic society's bid to prevent the spread of racism, and their rational connection to this objective must be seen in such a context. Certainly West Germany has not reacted to the failure of pre-war laws by seeking their removal, a new set of criminal offences having been implemented as recently as 1985 (see E. Stein, "History Against Free Speech: The New German Law Against the 'Auschwitz'—and other—'Lies'" (1987), 85 *Mich. L. Rev.* 277). Nor, as has been discussed, has the international community regarded the promulgation of laws suppressing hate propaganda as futile or counter-productive. Indeed, this Court's attention has been drawn to the fact that a great many countries possess legislation similar to that found in Canada (see, e.g., England and Wales, *Public Order Act 1986* (U.K.), 1986, c. 64, ss. 17 to 23; New Zealand, *Race Relations Act 1971* (N.Z.), No. 150, s. 25; Sweden, *Penal Code*, c. 16, s. 8; Netherlands, *Penal Code*, ss. 137c, 137d and 137e; India, *Penal Code*, ss. 153-A and 153-B, and generally, the United Nation's *Study on the Implementation of Article 4 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*). The experience of Germany represents an awful nadir in the history of racism, and demonstrates the extent to which flawed and brutal ideas can capture the acceptance of a significant number of people. One aspect

libre et démocratique. Dans ce contexte, ni la personne reconnue coupable de fomentation de la haine ni sa philosophie ne sont valorisées indirectement, et le fait que le fomentateur de haine puisse se voir comme un martyr est sans conséquence vis-à-vis du contenu du message de l'État.

Pour ce qui est du recours à des lois interdisant la propagande haineuse en Allemagne, avant la Seconde Guerre mondiale, je suis sceptique quant à la pertinence de l'observation selon laquelle des dispositions analogues au par. 319(2) ont été inefficaces pour contenir le racisme des nazis. Personne ne prétend que les lois interdisant la propagande haineuse peuvent par elles-mêmes prévenir une tragédie comme l'Holocauste; des conditions particulières à l'Allemagne ont rendu possible l'essor de l'idéologie nazie en dépit de l'existence et de l'application de ces lois (voir A. Doskow et S. B. Jacoby, «Anti-Semitism and the Law in Pre-Nazi Germany» (1940), 3 *Contemporary Jewish Record* 498, à la p. 509). Par contre les lois en matière de propagande haineuse sont seulement un aspect des efforts d'une société libre et démocratique visant à empêcher la propagation du racisme et c'est dans ce contexte que doit être considéré le lien rationnel qu'elles peuvent avoir avec cet objectif. Certes, l'Allemagne de l'Ouest n'a pas réagi à l'échec des lois en vigueur avant la guerre en cherchant à les abolir et, en fait, une nouvelle série d'infractions criminelles a été créée aussi récemment qu'en 1985 (voir E. Stein, «History Against Free Speech: The New German Law Against the 'Auschwitz'—and other—«Lies»» (1987) 85 *Mich. L. Rev.* 277). De plus, comme je l'ai déjà signalé, la communauté internationale n'a pas considéré la promulgation de lois réprimant la propagande haineuse comme vaine ou néfaste aux objectifs visés. En fait, on a attiré l'attention de notre Cour sur le fait qu'il existe dans un grand nombre de pays des dispositions législatives analogues à celles que nous avons au Canada (voir, par exemple, Angleterre et Pays de Galles, *Public Order Act 1986* (R.-U.), 1986, ch. 64, art. 17 à 23; Nouvelle-Zélande, *Race Relations Act 1971* (N.-Z.), nº 150, art. 25; Suède, *Code pénal*, ch. 16, art. 8; Pays-Bas, *Code pénal*, art. 137c, 137d et 137e; Inde, *Code pénal*, art. 153-A et 153-B et, d'une manière générale, l'*Étude sur l'application de l'article 4 de la Con-*

1990 CanLII 24 (SCC)

of this experience is not, however, determinative in deciding whether or not hate propaganda laws are effective.

In sum, having found that the purpose of the challenged legislation is valid, I also find that the means chosen to further this purpose are rational in both theory and operation, and therefore conclude that the first branch of the proportionality test has been met. Accordingly, I move now to the issue of whether s. 319(2) minimally impairs the s. 2(*b*) guarantee of freedom of expression.

(iii) Minimal Impairment of the Section 2(*b*) Freedom

The criminal nature of the impugned provision, involving the associated risks of prejudice through prosecution, conviction and the imposition of up to two years imprisonment, indicates that the means embodied in hate propaganda legislation should be carefully tailored so as to minimize impairment of the freedom of expression. It therefore must be shown that s. 319(2) is a measured and appropriate response to the phenomenon of hate propaganda, and that it does not overly circumscribe the s. 2(*b*) guarantee.

The main argument of those who would strike down s. 319(2) is that it creates a real possibility of punishing expression that is not hate propaganda. It is thus submitted that the legislation is overbroad, its terms so wide as to include expression which does not relate to Parliament's objective, and also unduly vague, in that a lack of clarity and precision in its words prevents individuals from discerning its meaning with any accuracy. In either instance, it is said that the effect of s. 319(2) is to limit the expression of merely unpopular or unconventional communications. Such com-

vention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale des Nations Unies). L'expérience allemande représente ce que le racisme peut avoir de plus abominable et révèle jusqu'à quel point un nombre considérable de gens peuvent se laisser séduire par des idées fausses et brutales. Un seul aspect de cette expérience n'est toutefois pas déterminant quant à l'efficacité de lois interdisant la propagande haineuse.

En résumé, ayant décidé que la disposition législative contestée vise un objet légitime, j'estime en outre que les moyens choisis pour atteindre cet objet sont rationnels sur les plans tant théorique que pratique et je conclus en conséquence que le premier élément du critère de la proportionnalité est présent. Cela étant, je passe maintenant à la question de savoir si le par. 319(2) porte le moins possible atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*).

(iii) L'atteinte minimale à la liberté garantie par l'al. 2*b*)

Comme la disposition attaquée est de nature criminelle et qu'elle comporte des risques de préjudice résultant de poursuites, de déclarations de culpabilité et de peines maximales de deux ans d'emprisonnement, il faut que les moyens prévus dans cette disposition relative à la propagande haineuse soient soigneusement conçus de manière à porter le moins possible atteinte à la liberté d'expression. Il faut donc démontrer que le par. 319(2) est une réaction mesurée et appropriée au phénomène de la propagande haineuse et qu'il ne restreint pas outre mesure la portée de la garantie énoncée à l'al. 2*b*).

Les partisans de l'invalidation du par. 319(2) font valoir principalement qu'il crée une possibilité réelle que soit punie une expression qui n'est pas de la propagande haineuse. On soutient que la portée de la disposition est excessive, ses termes étant assez larges pour comprendre une expression n'ayant aucun rapport avec l'objectif du Parlement, et qu'elle est en outre indûment vague en ce sens qu'à cause du manque de clarté et de précision dans son texte il est impossible d'en dégager le sens avec exactitude. Dans l'un et l'autre cas, on prétend que le par. 319(2) a pour effet de limiter

1990 CanLII 24 (SCC)

munications may present no risk of causing the harm which Parliament seeks to prevent, and will perhaps be closely associated with the core values of s. 2(*b*). This overbreadth and vagueness could consequently allow the state to employ s. 319(2) to infringe excessively the freedom of expression or, what is more likely, could have a chilling effect whereby persons potentially within s. 319(2) would exercise self-censorship. Accordingly, those attacking the validity of s. 319(2) contend that vigorous debate on important political and social issues, so highly valued in a society that prizes a diversity of ideas, is unacceptably suppressed by the provision.

The question to be answered, then, is whether s. 319(2) indeed fails to distinguish between low value expression that is squarely within the focus of Parliament's valid objective and that which does not invoke the need for the severe response of criminal sanction. In order to answer this question, and thus to determine whether s. 319(2) minimally impairs the freedom of expression, the nature and impact of specific features of the provision must be examined in some detail. These features relate to both the terms of the offence and the available defences enumerated in s. 319(3), and I find it convenient to utilize this slightly arbitrary division for the purposes of the following discussion. As well, in examining this aspect of the proportionality test I will comment upon the relevance of alternative modes of combatting the harm caused by hate propaganda.

a. *Terms of Section 319(2)*

In assessing the constitutionality of s. 319(2), especially as concerns arguments of overbreadth and vagueness, an immediate observation is that statements made "in private conversation" are not included in the criminalized expression. The provision thus does not prohibit views expressed with an intention to promote hatred if made privately, indicating Parliament's concern not to intrude upon the privacy of the individual. Indeed, that the

l'expression d'idées qui ne sont qu'impopulaires ou non conformistes. Il se peut que de telles communications ne présentent aucun risque d'occasionner le préjudice que le législateur cherche à prévenir et soient étroitement liées aux valeurs se trouvant au cœur de l'al. 2*b*). Cette portée trop large et cette imprécision pourraient en conséquence permettre à l'État d'avoir recours au par. 319(2) pour porter une atteinte excessive à la liberté d'expression ou, plus vraisemblablement, elles pourraient avoir un effet paralysant de sorte que des personnes pouvant tomber sous le coup du par. 319(2) se soumettraient à l'autocensure. Ceux qui contestent la validité du par. 319(2) font donc valoir que cette disposition supprime d'une manière inacceptable ce débat vif sur les grandes questions politiques et sociales auquel une société qui chérit la diversité des idées attache tant d'importance.

La question qui demande réponse est donc de savoir si le par. 319(2) ne fait vraiment pas de distinction entre l'expression de peu de valeur qui relève carrément de l'objectif valable visé par le législateur fédéral et l'expression qui n'appelle pas la réaction sévère d'une sanction pénale. Pour y répondre et donc pour déterminer si le par. 319(2) porte le moins possible atteinte à la liberté d'expression, il faut entreprendre un examen assez approfondi de la nature et de l'effet de certaines particularités de cette disposition. Ces particularités se rapportent aussi bien à l'énoncé de l'infraction qu'aux moyens de défense énumérés au par. 319(3), et il convient, selon moi, de se servir de cette division un peu arbitraire aux fins de l'analyse qui suit. En outre, dans mon étude de cet élément du critère de proportionnalité, je traiterai de la pertinence d'autres méthodes pour combattre le préjudice causé par la propagande haineuse.

a. *Le texte du par. 319(2)*

En examinant la constitutionnalité du par. 319(2), particulièrement en ce qui concerne les arguments relatifs à la portée excessive et à l'imprécision, on voit immédiatement que les déclarations faites «dans une conversation privée» ne sont pas comprises dans l'expression criminalisée. Cette disposition n'interdit pas les opinions exprimées avec l'intention de fomenter la haine si elles sont faites en privé, et cela indique que le Parlement

1990 CanLII 24 (SCC)

legislation excludes private conversation, rather than including communications made in a public forum, suggests that the expression of hatred in a place accessible to the public is not sufficient to activate the legislation (see Fish, op. cit., at p. 115). This observation is supported by comparing the words of s. 319(2) with those of the prohibition against the incitement of hatred likely to lead to a breach of peace in s. 319(1). Section 319(1) covers statements communicated "in any public place", suggesting that a wider scope of prohibition was intended where the danger occasioned by the statements was of an immediate nature, while the wording of s. 319(2) indicates that private conversations taking place in public areas are not prohibited. Moreover, it is reasonable to infer a subjective *mens rea* requirement regarding the type of conversation covered by s. 319(2), an inference supported by the definition of "private communication" contained in s. 183 of the *Criminal Code*. Consequently, a conversation or communication intended to be private does not satisfy the requirements of the provision if through accident or negligence an individual's expression of hatred for an identifiable group is made public.

s'est attaché à ne pas violer la vie privée des particuliers. En réalité, le fait que la disposition exclut la conversation privée au lieu d'inclure les communications faites dans un forum public porte à croire que l'expression de la haine dans un endroit accessible au public ne suffit pas pour provoquer l'application de la disposition (voir Fish, *loc. cit.*, à la p. 115). Cette observation est étayée par une comparaison du texte du par. 319(2) avec celui de l'interdiction, énoncée au par. 319(1), de l'incitation à la haine lorsque cette incitation est susceptible d'entraîner une violation de la paix. Le paragraphe 319(1) vise les déclarations communiquées «en un endroit public», ce qui indique qu'une interdiction de portée plus large était envisagée là où le danger présenté par les déclarations avait un caractère immédiat, tandis qu'il se dégage du par. 319(2) que les conversations privées dans des endroits publics ne sont pas frappées d'interdiction. De plus, il est raisonnable d'inférer l'existence d'une exigence subjective de *mens rea* à l'égard du type de conversation visé au par. 319(2), inférence appuyée par la définition de l'expression «communication privée» à l'art. 183 du *Code criminel*. Par conséquent, une conversation ou une communication qui se veut privée ne satisfait pas aux exigences de la disposition en cause si, accidentellement ou par négligence, l'expression par un individu de sa haine envers un groupe identifiable est rendue publique.

Is s. 319(2) nevertheless overbroad because it captures all public expression intended to promote hatred? It would appear not, for the harm which the government seeks to prevent is not restricted to certain mediums and/or locations. To attempt to distinguish between various forms and fora would therefore be incongruent with Parliament's legitimate objective.

Le paragraphe 319(2) a-t-il néanmoins une portée excessive du fait qu'il englobe toute expression publique destinée à fomenter la haine? Il semble que non, car le préjudice que le gouvernement cherche à prévenir ne se limite pas à certains moyens de communication ni à certains endroits. Toute tentative de distinction selon la forme ou le lieu serait donc inconciliable avec l'objectif légitime du Parlement.

A second important element of s. 319(2) is its requirement that the promotion of hatred be "wilful". The nature of this mental element was explored by Martin J.A. in *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369 (Ont. C.A.). In that case, the two accused were charged under s. 319(2) (then s. 281.2(2)), after distributing handbills containing statements attacking the

Un deuxième élément important du par. 319(2) est son exigence que la fomentation de la haine soit «volontaire». La nature de cet élément moral a été examinée par le juge Martin dans l'affaire *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369 (C.A. Ont.). Dans cette affaire, les deux accusés avaient été inculpés en vertu du par. 319(2) (alors le par. 281.2(2)) après avoir distribué des

1990 CanLII 24 (SCC)

French Canadian public in Essex County. At the time, the francophone minority in the county was attempting to have the school board build a French language secondary school. The accused persons identified with French-speaking Canadians and were responding to opposition to the construction of the school. According to them, the pamphlet was intended as a satire that would bring a quick solution by provoking government reaction, thereby exerting pressure on the school board, but in spite of this explanation a conviction was entered at trial.

On appeal, Martin J.A. overturned the conviction. He noted that the word "wilfully" does not have a fixed meaning in criminal law, and thus sought to divine the use and import of the word as it appears in s. 319(2) (pp. 379-81). Comparing the section with s. 319(1) (then s. 281.2(1)), which prohibits incitement to hatred in a public place where such incitement is likely to lead to a breach of peace, he said (at pp. 381-82):

> The insertion of the word "wilfully" in [s. 319(2)] was not necessary to import *mens rea* since that requirement would be implied in any event because of the serious nature of the offence: see *R. v. Prue*, *supra*. The statements, the communication of which are proscribed by [s. 319(2)], are not confined to statements communicated in a public place in circumstances likely to lead to a breach of the peace and they, consequently, do not pose such an immediate threat to public order as those falling under [s. 319(1)]; it is reasonable to assume, therefore, that Parliament intended to limit the offence under [s. 319(2)] to the intentional promotion of hatred. It is evident that the use of the word "wilfully" in [s. 319(2)], and not in [s. 319(1)], reflects Parliament's policy to strike a balance in protecting the competing social interests of freedom of expression on the one hand, and public order and group reputation on the other hand.

More specifically, Martin J.A. went on to elaborate on the meaning of "wilfully", concluding that this mental element is satisfied only where an accused subjectively desires the promotion of hatred or foresees such a consequence as certain or substantially certain to result from an act done in

tracts contenant des déclarations attaquant les Canadiens français du comté d'Essex. À l'époque en question, la minorité francophone du comté tentait de faire construire par le conseil scolaire une école secondaire de langue française. Les accusés s'identifiaient aux Canadiens français et réagissaient à l'opposition suscitée par la construction de l'école. D'après eux, le tract se voulait satirique et visait à amener une solution rapide en provoquant une réaction de la part du gouvernement et en exerçant ainsi une pression sur le conseil scolaire. Malgré cette explication, ils ont été déclarés coupables au procès.

En appel, le juge Martin a annulé la déclaration de culpabilité. Il a fait remarquer que le sens du mot «volontairement» n'est pas figé en droit criminel et a donc tenté de déterminer la signification qu'il pouvait avoir au par. 319(2) (pp. 379 à 381). Comparant cette disposition avec le par. 319(1) (alors le par. 281.2(1)), qui interdit l'incitation à la haine dans un endroit public lorsque cette incitation est susceptible d'entraîner une violation de la paix, il dit, aux pp. 381 et 382:

> [TRADUCTION] L'insertion du mot «volontairement» au [par. 319(2)] n'était pas nécessaire pour poser une exigence de *mens rea* parce que de toute façon cette exigence existerait implicitement en raison de la gravité de l'infraction: voir la décision *R. v. Prue*, précitée. Les déclarations dont la communication est proscrite par le [par. 319(2)] ne se bornent pas à celles faites dans un endroit public et dans des circonstances susceptibles d'entraîner une violation de la paix et elles ne posent pas en conséquence une menace aussi immédiate pour l'ordre public que celles visées au [par. 319(1)]. Il est donc raisonnable de supposer que l'intention du Parlement était de limiter à la fomentation volontaire de la haine l'infraction prévue au [par. 319(2)]. Il est évident que l'emploi du mot «volontairement» au [par. 319(2)] et non au [par. 319(1)] reflète la politique du législateur d'établir un équilibre en protégeant les intérêts sociaux opposés que sont la liberté d'expression, d'une part, et l'ordre public et la bonne réputation d'un groupe, d'autre part.

Plus précisément, le juge Martin explique ensuite, plus en détail, le sens du mot «volontairement», concluant que cet élément moral n'existe que lorsque l'accusé souhaite la fomentation de haine ou prévoit qu'elle résultera certainement ou presque certainement d'un acte accompli en vue

1990 CanLII 24 (SCC)

order to achieve some other purpose (pp. 384-85). On the facts in *Buzzanga*, the trial judge had informed the jury that "wilfully" could be equated with the intention to create "controversy, furor and an uproar" (p. 386). This interpretation was clearly incompatible with Martin J.A.'s requirement that the promotion of hatred be intended or foreseen as substantially certain, and a new trial was therefore ordered.

The interpretation of "wilfully" in *Buzzanga* has great bearing upon the extent to which s. 319(2) limits the freedom of expression. This mental element, requiring more than merely negligence or recklessness as to result, significantly restricts the reach of the provision, and thereby reduces the scope of the targeted expression. Such a reduced scope is recognized and applauded in the Law Reform Commission of Canada's Working Paper on Hate Propaganda, op. cit., it being said that (at p. 36):

> The principle of restraint requires lawmakers to concern themselves not just with whom they want to catch, but also with whom they do not want to catch. For example, removing an intent or purpose requirement could well result in successful prosecutions of cases similar to *Buzzanga*, where members of a minority group publish hate propaganda against their own group in order to create controversy or to agitate for reform. This crime should not be used to prosecute such individuals.

I agree with the interpretation of "wilfully" in *Buzzanga*, and wholeheartedly endorse the view of the Law Reform Commission Working Paper that this stringent standard of *mens rea* is an invaluable means of limiting the incursion of s. 319(2) into the realm of acceptable (though perhaps offensive and controversial) expression. It is clear that the word "wilfully" imports a difficult burden for the Crown to meet and, in so doing, serves to minimize the impairment of freedom of expression.

It has been argued, however, that even a demanding *mens rea* component fails to give s.

d'atteindre un autre but (pp. 384 et 385). Dans l'affaire *Buzzanga*, le juge du procès avait informé le jury que le mot «volontairement» pouvait être considéré comme équivalant à l'intention de causer [TRADUCTION] «une controverse, un esclandre et un tollé» (p. 386). Cette interprétation était visiblement incompatible avec l'exigence du juge Martin que la fomentation de la haine soit intentionnelle ou qu'elle soit prévue comme presque certaine. Par conséquent, la tenue d'un nouveau procès a été ordonnée.

L'interprétation donnée au mot «volontairement» dans l'affaire *Buzzanga* influe beaucoup sur la portée de la restriction de la liberté d'expression par le par. 319(2). Cet élément moral, qui nécessite davantage que simplement la négligence ou l'indifférence quant aux conséquences, restreint considérablement la portée de la disposition et réduit par le fait même celle de l'expression visée. Cette réduction de portée est reconnue et applaudie par la Commission de réforme du droit du Canada dans son document de travail sur la propagande haineuse, *op. cit.*, à la p. 41:

> Le principe de la modération exige que le législateur s'intéresse non seulement aux comportements qu'il veut réprimer mais aussi à ceux qu'il ne veut pas réprimer. Il se peut fort bien, par exemple, que l'abandon de l'exigence de l'intention permette que des poursuites soient intentées avec succès dans des cas similaires à l'affaire *Buzzanga* dans laquelle un groupe minoritaire avait publié de la propagande haineuse contre lui-même en vue de susciter la controverse ou de provoquer une réforme. Cette infraction ne devrait pas être invoquée pour poursuivre de tels individus.

J'approuve la façon dont le mot «volontairement» a été interprété dans l'affaire *Buzzanga* et je souscris entièrement à l'avis, exprimé dans le document de travail de la Commission de réforme du droit, que cette norme sévère en matière de *mens rea* est un moyen inestimable de limiter toute incursion par le par. 319(2) dans le domaine de l'expression acceptable (quoique, peut-être, offensante et controversée). Il est évident que le mot «volontairement» impose au ministère public un lourd fardeau de preuve et permet de réduire au minimum les atteintes à la liberté d'expression.

On a toutefois soutenu que même une exigence sévère de *mens rea* ne donne pas au par. 319(2)

1990 CanLII 24 (SCC)

319(2) a constitutionally acceptable breadth. The problem is said to lie in the failure of the offence to require proof of actual hatred resulting from a communication, the assumption being that only such proof can demonstrate a harm serious enough to justify limiting the freedom of expression under s. 1. It was largely because of this lack of need for proof of actual hatred that Kerans J.A in the Court of Appeal held s. 319(2) to violate the *Charter*.

While mindful of the dangers identified by Kerans J.A., I do not find them sufficiently grave to compel striking down s. 319(2). First, to predicate the limitation of free expression upon proof of actual hatred gives insufficient attention to the severe psychological trauma suffered by members of those identifiable groups targeted by hate propaganda. Second, it is clearly difficult to prove a causative link between a specific statement and hatred of an identifiable group. In fact, to require direct proof of hatred in listeners would severely debilitate the effectiveness of s. 319(2) in achieving Parliament's aim. It is well accepted that Parliament can use the criminal law to prevent the risk of serious harms, a leading example being the drinking and driving provisions in the *Criminal Code*. The conclusions of the Cohen Committee and subsequent study groups show that the risk of hatred caused by hate propaganda is very real, and in view of the grievous harm to be avoided in the context of this appeal, I conclude that proof of actual hatred is not required in order to justify a limit under s. 1.

The next feature of the provision that must be explored is the phrase "promotes hatred against any identifiable group". Given the purpose of the provision to criminalize the spreading of hatred in society, I find that the word "promotes" indicates active support or instigation. Indeed the French version of the offence uses the verb "*fomenter*", which in English means to foment or stir up. In "promotes" we thus have a word that indicates

une portée acceptable du point de vue constitutionnel. Le problème, dit-on, réside dans le fait que l'infraction n'exige pas la preuve que la communication a effectivement engendré la haine, l'argument étant que seule une telle preuve permet d'établir un préjudice assez grave pour justifier la restriction de la liberté d'expression en vertu de l'article premier. C'est surtout parce qu'il n'exige pas cette preuve de la haine effectivement engendrée que le juge Kerans a conclu en Cour d'appel que le par. 319(2) viole la *Charte*.

Quoique conscient des dangers évoqués par le juge Kerans, je ne les estime pas assez graves pour exiger l'invalidation du par. 319(2). Premièrement, faire reposer la restriction de la liberté d'expression sur la preuve de l'existence d'une haine effective c'est ne pas tenir adéquatement compte du grave traumatisme psychologique subi par les membres des groupes identifiables visés par la propagande haineuse. Deuxièmement, il est manifestement difficile d'établir l'existence d'un lien causal entre une déclaration donnée et la haine pour un groupe identifiable. En fait, exiger la preuve directe de la haine chez les auditeurs compromettrait sérieusement l'efficacité du par. 319(2) pour atteindre le but du Parlement. Il est généralement reconnu que le Parlement peut se servir du droit criminel pour prévenir le risque de préjudices graves, l'un des principaux exemples étant les dispositions du *Code criminel* relatives à l'ivresse au volant. Les conclusions du comité Cohen et de groupes d'étude ultérieurs démontrent que le risque que la propagande haineuse engendre la haine est très réel et, vu la gravité du préjudice à éviter dans le contexte du présent pourvoi, je conclus que la preuve d'une haine effective n'est pas nécessaire pour justifier une restriction en vertu de l'article premier.

Une autre particularité de l'article en cause qui doit retenir notre attention ensuite est l'expression «fomente [. . .] la haine contre un groupe identifiable». Étant donné que la disposition vise à criminaliser la dissémination de la haine au sein de la collectivité, j'estime que le mot «fomente» qui signifie «susciter ou attiser un sentiment ou une action néfaste» exprime le soutien actif ou l'instigation. Le verbe anglais «*promotes*» comporte donc

1990 CanLII 24 (SCC)

more than simple encouragement or advancement. The hate-monger must intend or foresee as substantially certain a direct and active stimulation of hatred against an identifiable group. As for the term "identifiable group", s. 318(4) states that an ""identifiable group" means any section of the public distinguished by colour, race, religion or ethnic origin". The act to be targeted is therefore the intentional fostering of hatred against particular members of our society, as opposed to any individual.

The meaning of "hatred" remains to be elucidated. Just as "wilfully" must be interpreted in the setting of s. 319(2), so must the word "hatred" be defined according to the context in which it is found. A dictionary definition may be of limited aid to such an exercise, for by its nature a dictionary seeks to offer a panoply of possible usages, rather than the correct meaning of a word as contemplated by Parliament. Noting the purpose of s. 319(2), in my opinion the term "hatred" connotes emotion of an intense and extreme nature that is clearly associated with vilification and detestation. As Cory J.A. stated in *R. v. Andrews*, *supra*, at p. 179:

> Hatred is not a word of casual connotation. To promote hatred is to instil detestation, enmity, ill-will and malevolence in another. Clearly an expression must go a long way before it qualifies within the definition in [s. 319(2)].

Hatred is predicated on destruction, and hatred against identifiable groups therefore thrives on insensitivity, bigotry and destruction of both the target group and of the values of our society. Hatred in this sense is a most extreme emotion that belies reason; an emotion that, if exercised against members of an identifiable group, implies that those individuals are to be despised, scorned, denied respect and made subject to ill-treatment on the basis of group affiliation.

Those who argue that s. 319(2) should be struck down submit that it is impossible to define with care and precision a term like "hatred". Yet, as I

davantage que simplement encourager ou favoriser. Le fomentateur de la haine doit avoir l'intention d'exciter directement et activement la haine contre un groupe identifiable ou prévoir cette conséquence comme presque certaine. Pour ce qui est de l'expression «groupe identifiable», le par. 318(4) dit qu'elle «désigne toute section du public qui se différencie des autres par la couleur, la race, la religion ou l'origine ethnique». L'acte proscrit est donc l'instigation volontaire de la haine contre des membres particuliers de notre société, par opposition à un individu.

Il reste à élucider le sens du mot «haine». Comme le terme «volontairement» doit s'interpréter dans le contexte du par. 319(2), de même le mot «haine» est à définir en fonction de son contexte. Le recours aux dictionnaires peut être de peu de secours dans cet exercice, car de par sa nature un dictionnaire cherche à présenter un ensemble d'usages possibles plutôt que le sens exact d'un mot tel que l'envisage le législateur. Compte tenu de l'objet du par. 319(2), j'estime que le mot «haine» désigne une émotion à la fois intense et extrême qui est clairement associée à la calomnie et à la détestation. Comme le dit le juge Cory de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. c. Andrews*, précité, à la p. 179:

> [TRADUCTION] Le mot «haine» n'a pas une connotation anodine. Fomenter la haine c'est insuffler à autrui la détestation, l'inimitié, le mauvais vouloir et la malveillance. De toute évidence, l'expression doit aller très loin pour remplir les exigences de la définition du [par. 319(2)].

La haine suppose la destruction et il s'ensuit que la haine contre des groupes identifiables se nourrit de l'insensibilité, du sectarisme et de la destruction tant du groupe cible que des valeurs propres à notre société. La haine prise dans ce sens représente une émotion très extrême à laquelle la raison est étrangère; une émotion qui, si elle est dirigée contre les membres d'un groupe identifiable, implique que ces personnes doivent être méprisées, dédaignées, maltraitées et vilipendées, et ce, à cause de leur appartenance à ce groupe.

Ceux qui préconisent l'invalidation du par. 319(2) allèguent l'impossibilité de donner une définition exacte et précise d'un terme comme «haine».

1990 CanLII 24 (SCC)

have stated, the sense in which "hatred" is used in s. 319(2) does not denote a wide range of diverse emotions, but is circumscribed so as to cover only the most intense form of dislike. It was also argued on appeal, however, that regardless of the definition given "hatred" by the courts, the trier of fact must make a subjective decision in deciding whether "hatred" is indeed what the accused intended to promote. To determine if the promotion of hatred was intended, the trier will usually make an inference as to the necessary *mens rea* based upon the statements made. The subjective nature of this inferential exercise is said to create a danger that hatred of the type required by s. 319(2) will be found, though unjustifiably, in every instance where the trier dislikes or finds offensive the content of the accused's statements.

The danger that a trier will improperly infer hatred from statements he or she personally finds offensive cannot be dismissed lightly, yet I do not think that the subjectivity inherent in determining whether the accused intended to promote hatred, as opposed to an emotion involving a lesser degree of antipathy, represents an unbridled license to extend the scope of the offence. Recognizing the need to circumscribe the definition of "hatred" in the manner referred to above, a judge should direct the jury (or him or herself) regarding the nature of the term as it exists in s. 319(2). Such a direction should include express mention of the need to avoid finding that the accused intended to promote hatred merely because the expression is distasteful. If such a warning is given, the danger referred to above will be avoided and the freedom of expression limited no more than is necessary.

b. *The Defences to Section 319(2)*

The factors mentioned above suggest that s. 319(2) does not unduly restrict the s. 2(*b*) guarantee. The terms of the offence, as I have defined them, rather indicate that s. 319(2) possesses definitional limits which act as safeguards to ensure

Pourtant, comme je l'ai déjà dit, le mot «haine» est employé au par. 319(2) dans une acception qui ne dénote pas un vaste ensemble d'émotions différentes, mais se limite à la forme la plus intense de l'aversion. On a également fait valoir en appel, cependant, qu'indépendamment de la définition donnée par les tribunaux au mot «haine», c'est une décision subjective que doit prendre le juge des faits qui décide si l'accusé a réellement eu l'intention de fomenter la «haine». Pour les fins de cette décision le juge des faits, se fondant sur les déclarations en question, fait normalement une inférence quant à la *mens rea* requise. Or, on prétend que la nature subjective de cette inférence fait naître le danger que le juge des faits ne conclue, quoique sans justification, à l'existence d'une haine du type prévu au par. 319(2) chaque fois qu'il désapprouve ou tient pour offensant le contenu des déclarations de l'accusé.

On ne peut écarter à la légère le danger qu'un juge des faits décide à tort que la haine doit être inférée de déclarations que, personnellement, il trouve offensantes. Pourtant je ne crois pas que la subjectivité inhérente à la décision relative à l'intention de l'accusé de fomenter la haine, par opposition à une émotion comportant un degré moindre d'aversion, représente une autorisation illimitée d'élargir la portée de l'infraction. Reconnaissant la nécessité de circonscrire la définition du mot «haine» de la manière exposée ci-dessus, un juge devrait donner au jury des directives concernant la nature de ce terme dans le contexte du par. 319(2) (ou en prendre lui-même conscience). Il devrait mentionner expressément dans ses directives la nécessité de se garder de prêter à l'accusé l'intention de fomenter la haine simplement parce que l'expression est déplaisante. Si la mise en garde est faite, on évitera le danger déjà évoqué et la restriction imposée à la liberté d'expression ne dépassera pas les bornes de ce qui est nécessaire.

b. *Les moyens de défense opposables au par. 319(2)*

Il ressort des facteurs susmentionnés que le par. 319(2) ne restreint pas indûment la garantie prévue à l'al. 2*b*). Les conditions de l'infraction, telles que je les ai définies, indiquent plutôt que le par. 319(2) comporte une définition restrictive qui

1990 CanLII 24 (SCC)

that it will capture only expressive activity which is openly hostile to Parliament's objective, and will thus attack only the harm at which the prohibition is targeted. The specific defences provided are further glosses on the purview of the offence, and I repeat them here.

319. ...

(3) No person shall be convicted of an offence under subsection (2)

(*a*) if he establishes that the statements communicated were true;

(*b*) if, in good faith, he expressed or attempted to establish by argument an opinion on a religious subject;

(*c*) if the statements were relevant to any subject of public interest, the discussion of which was for the public benefit, and if on reasonable grounds he believed them to be true; or

(*d*) if, in good faith, he intended to point out, for the purpose of removal, matters producing or tending to produce feelings of hatred toward an identifiable group in Canada.

A careful reading of the s. 319(3) defences shows them to take in examples of expressive activity that generally would not fall within the "wilful promotion of hatred" as I have defined the phrase. Thus the three defences which include elements of good faith or honest belief—namely, s. 319(3)(*b*), (*c*) and (*d*)—would seem to operate to negate directly the *mens rea* in the offence, for only rarely will one who intends to promote hatred be acting in good faith or upon honest belief. These defences are hence intended to aid in making the scope of the wilful promotion of hatred more explicit; individuals engaging in the type of expression described are thus given a strong signal that their activity will not be swept into the ambit of the offence. The result is that what danger exists that s. 319(2) is overbroad or unduly vague, or will be perceived as such, is significantly reduced. To the extent that s. 319(3) provides justification for the accused who would otherwise fall within the parameters of the offence of wilfully promoting hatred, it reflects a commitment to the idea that an individual's freedom of expression will not be curtailed in borderline cases. The line between the rough and tumble of public debate and brutal, negative and damaging attacks upon iden-

assure qu'il ne touchera qu'une activité expressive qui s'oppose ouvertement à l'objectif visé par le législateur et vise donc uniquement le mal qui fait l'objet de l'interdiction. Je cite de nouveau les moyens de défense expressément prévus, qui précisent davantage la portée de l'infraction:

319. ...

(3) Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction prévue au paragraphe (2) dans les cas suivants:

a) il établit que les déclarations communiquées étaient vraies;

b) il a, de bonne foi, exprimé une opinion sur un sujet religieux ou tenté d'en établir le bien-fondé par discussion;

c) les déclarations se rapportaient à une question d'intérêt public dont l'examen était fait dans l'intérêt du public et, pour des motifs raisonnables, il les croyait vraies;

d) de bonne foi, il voulait attirer l'attention, afin qu'il y soit remédié, sur des questions provoquant ou de nature à provoquer des sentiments de haine à l'égard d'un groupe identifiable au Canada.

Il se dégage d'une lecture attentive des moyens de défense prévus au par. 319(3) qu'ils englobent des types d'activité expressive qui ne relèveraient pas en règle générale de la «fomentation volontaire de la haine», selon ma définition de cette expression. Ainsi, les trois moyens de défense qui comportent des éléments de bonne foi ou de croyance sincère, savoir les al. 319(3)*b*), *c*) et *d*), semblent jouer de manière à écarter directement la *mens rea* requise pour l'infraction, car rares sont les cas où une personne qui a l'intention de fomenter la haine agit de bonne foi ou est mue par une croyance sincère. Ces moyens de défense servent donc à aider à préciser de façon plus explicite la portée de la fomentation volontaire de la haine; ils indiquent clairement aux personnes se livrant au genre d'expression ainsi décrite que cette activité échappe à la portée de l'infraction. Il en résulte une diminution appréciable du danger, s'il en est, que le par. 319(2) soit de portée trop large ou démesurément vague, ou qu'il soit ainsi perçu. Pour autant qu'il justifie l'accusé dont l'activité, autrement, serait visée par l'infraction de fomentation volontaire de la haine, le par. 319(3) traduit la volonté de ne pas restreindre la liberté d'expression d'un particulier dans des cas limites. La ligne de démarcation entre

1990 CanLII 24 (SCC)

tifiable groups is hence adjusted in order to give some leeway to freedom of expression.

The overlap between s. 319(2) and the defences is less pronounced in the case of the defence of truth, s. 319(3)(*a*) being more likely than the other defences to excuse the wilful promotion of hatred. This increased likelihood reveals the defence in para. (*a*) to be an especially poignant indicator of Parliament's cautionary approach and care in protecting freedom of expression. Of course, if statements of truth are made without the intention to promote hatred towards identifiable groups, the offence as defined in s. 319(2) has not been committed. On the other hand, if a situation arises where an individual uses statements of truth in order to promote hatred against identifiable groups, the accused is acquitted despite the existence of the harm which Parliament seeks to prevent. Excusing the accused who intentionally promotes hatred through the communication of truthful statements is thus a circumspect measure associated with the importance attributed to truth—and hence to free expression—in our society.

It has been forcefully argued before us that the defence of truth is insufficient protection against an overly broad hate propaganda law. In this vein, it is rightly pointed out that many (if not most) of the communications coming within s. 319(2) are not susceptible to a true/false categorization, existing instead as ideas or opinions in the mind of the communicator. The accused could therefore sincerely believe in the worth of his or her viewpoint and yet be unable to utilize the s. 319(3)(*a*) defence. Moreover, it is said that, even where a statement is capable of categorization as true or false, the individual honestly mistaken as to the validity of his or her position (even if innocently so) is left unprotected, a result which dangerously restricts freedom of expression, causing a "chill", on communications as those who fear that their statements may be false exercise self-censorship. Finally, one might wonder if the courts are not on

les heurts d'un débat public et les attaques brutales, négatives et préjudiciables contre des groupes identifiables est donc ajustée de manière à laisser une certaine latitude pour l'exercice de la liberté d'expression.

Le recoupement entre le par. 319(2) et les moyens de défense est moins marqué dans le cas de la défense de vérité, et la raison en est qu'il est plus probable que la fomentation volontaire de la haine soit excusée par l'al. 319(3)*a*) que par les autres moyens de défense. Cette probabilité accrue fait du moyen de défense prévu à l'al. *a*) une indication particulièrement frappante de la prudence et du soin qu'a apportés le Parlement à la protection de la liberté d'expression. Bien sûr, si l'on fait des déclarations vraies sans l'intention de fomenter la haine envers des groupes identifiables, il n'y a pas d'infraction au sens du par. 319(2). Par ailleurs, s'il se présente une situation dans laquelle un individu se sert de déclarations vraies pour fomenter la haine contre des groupes identifiables, l'accusé est acquitté malgré l'existence du mal que le législateur cherche à prévenir. Excuser l'accusé qui fomente intentionnellement la haine par la communication de déclarations vraies est donc une mesure de prudence tenant à l'importance donnée à la vérité et, partant, à la liberté d'expression, dans notre société.

On a soutenu énergiquement devant nous que le moyen de défense de véracité est une protection insuffisante contre une disposition en matière de propagande haineuse dont la portée est trop large. Dans cet ordre d'idées, on signale à juste titre qu'un bon nombre (sinon la majorité) des communications relevant du par. 319(2) ne se prêtent pas à une classification vrai-faux, car il s'agit d'idées ou d'opinions dans l'esprit de la personne qui communique. L'accusé pourrait donc croire sincèrement à la valeur de son point de vue tout en étant dans l'impossibilité de se prévaloir du moyen de défense accordé par l'al. 319(3)*a*). On prétend en outre que, même lorsqu'une déclaration peut être qualifiée de vraie ou de fausse, la personne qui se trompe en toute bonne foi sur la légitimité de sa position (même si cette personne est innocente) est laissée sans protection, ce qui restreint dangereusement la liberté d'expression par l'effet «paralysant»

CanLII 124 (CSC)

dangerous ground in attempting to distinguish between truthfulness and falsehood. The potential for bias in making such a determination, be it intentional or subconscious, is a danger frequently noted in freedom of expression theory (this potential is equally evident in s. 319(3)(*c*), in so far as ideas are assessed in light of "reasonableness" and the "public benefit").

The way in which I have defined the s. 319(2) offence, in the context of the objective sought by society and the value of the prohibited expression, gives me some doubt as to whether the *Charter* mandates that truthful statements communicated with an intention to promote hatred need be excepted from criminal condemnation. Truth may be used for widely disparate ends, and I find it difficult to accept that circumstances exist where factually accurate statements can be used for no other purpose than to stir up hatred against a racial or religious group. It would seem to follow that there is no reason why the individual who intentionally employs such statements to achieve harmful ends must under the *Charter* be protected from criminal censure.

Nevertheless, it is open to Parliament to make a concession to free expression values, whether or not such is required by the *Charter*. Deference to truth as a value central to free expression has thus led Parliament to include the defence in s. 319(3)(*a*), even though the accused has used truthful statements to cause harm of the type falling squarely within the objective of the legislation. When the statement contains no truth, however, this flicker of justification for the intentional promotion of hatred is extinguished, and the harmful malice of the disseminator stands alone. The relationship between the value of hate propaganda as expression and the Parliamentary objective of eradicating harm, slightly altered so as to increase the magnitude of the former where the statement of the accused is truthful, thus returns to its more

qu'elle peut avoir sur ceux qui exercent l'autocensure parce qu'ils craignent que leurs déclarations soient fausses. En dernier lieu, on peut se demander si les tribunaux ne s'aventurent pas sur un terrain dangereux en tentant de distinguer entre le vrai et le faux. Le risque de partialité, qu'elle soit intentionnelle ou subconsciente, dans une telle décision est un danger fréquemment mentionné par les théoriciens de la liberté d'expression (ce risque se manifeste également à l'al. 319(3)*c*) dans la mesure où les idées sont appréciées en fonction du caractère «raisonnable» et de l'«intérêt du public»).

Vu ma définition de l'infraction prévue au par. 319(2), dans le contexte de l'objectif visé par la société et de la valeur de l'expression interdite, j'ai quelques doutes sur la question de savoir si la *Charte* exige que des déclarations véridiques communiquées avec l'intention de fomenter la haine échappent à la condamnation criminelle. La vérité peut servir aux fins les plus diverses, et j'ai de la difficulté à accepter qu'il existe des circonstances dans lesquelles des déclarations conformes aux faits puissent être utilisées à la seule fin de fomenter la haine contre un groupe racial ou religieux. Il semble donc en découler qu'il n'y a aucune raison qu'un individu, qui utilise intentionnellement de telles déclarations à des fins préjudiciables, bénéficie en vertu de la *Charte* d'une protection contre les sanctions criminelles.

Il est néanmoins loisible au Parlement de faire une concession aux valeurs de la libre expression, que la *Charte* le commande ou non. Le respect de la vérité en tant que valeur essentielle à la liberté d'expression a donc amené le législateur fédéral à prévoir le moyen de défense énoncé à l'al. 319(3)*a*), même si l'accusé s'est servi de déclarations vraies pour causer un préjudice d'un type qui relève nettement de l'objet visé par la disposition en cause. Quand une déclaration ne renferme aucun élément de vérité, cependant, cette étincelle de justification pour la fomentation intentionnelle de la haine s'éteint et il ne reste alors que la malveillance pernicieuse de son auteur. Le rapport entre la valeur de la propagande haineuse en tant qu'expression et l'objectif du législateur d'éliminer le mal, légèrement modifié pour donner à la pre-

1990 CanLII 24 (SCC)

usual condition, a condition in which it is permissible to suppress the expression.

Because the presence of truth, though legally a defence to a charge under s. 319(2), does not change the fact that the accused has intended to promote the hatred of an identifiable group, I cannot find excessive impairment of the freedom of expression merely because s. 319(3)(*a*) does not cover negligent or innocent error. Whether or not a statement is susceptible to classification as true or false, my inclination is therefore to accept that such error should not excuse an accused who has wilfully used a statement in order to promote hatred against an identifiable group. That the legislative line is drawn so as to convict the accused who is negligent or even innocent regarding the accuracy of his or her statements is perfectly acceptable, for the mistake is not as to the use to which the information is put, namely, the promotion of hatred against an identifiable group. As for the argument that the courts and legislature should not involve themselves in the evaluation of "truth", "reasonable grounds for finding truth" or "public interest", the same response applies. Where the likelihood of truth or benefit from an idea diminishes to the point of vanishing, and the statement in question has harmful consequences inimical to the most central values of a free and democratic society, it is not excessively problematic to make a judgment that involves limiting expression.

Before looking at the effect which alternative responses to hate propaganda have upon the proportionality of s. 319(2), I should comment on a final argument marshalled in support of striking down s. 319(2) because of overbreadth or vagueness. It is said that the presence of the legislation has led authorities to interfere with a diverse range of political, educational and artistic expression,

mière une importance accrue lorsque la déclaration de l'accusé est vraie, retrouve donc son état plus habituel où la suppression de l'expression est permise.

La vérité des déclarations est légalement un moyen de défense opposable à une accusation en vertu du par. 319(2), mais elle ne change rien au fait que l'accusé avait l'intention de fomenter la haine contre un groupe identifiable. C'est pourquoi je ne puis conclure à une atteinte excessive à la liberté d'expression pour la simple raison que l'al. 319(3)*a*) ne prévoit pas le cas de l'erreur négligente ou innocente. Qu'une déclaration puisse ou non être qualifiée de vraie ou de fausse, je suis donc porté à croire qu'une telle erreur ne devrait pas excuser la personne qui s'est volontairement servie d'une déclaration afin de fomenter la haine contre un groupe identifiable. Que la ligne de démarcation législative soit tracée de manière à ce que soit déclaré coupable un accusé qui a été négligent ou même innocent en ce qui concerne l'exactitude de ses déclarations est parfaitement acceptable, car l'erreur ne se rapporte pas à l'usage qui a été fait des renseignements, savoir la fomentation de la haine contre un groupe identifiable. Pour ce qui est de l'argument selon lequel les tribunaux et le législateur ne devraient se mêler de l'appréciation ni de la «vérité», ni des «motifs raisonnables de croire que les déclarations sont vraies» ni de «l'intérêt du public», la réponse est identique. Quand la possibilité qu'une idée soit vraie ou qu'elle présente un avantage quelconque diminue au point de disparaître, et que la déclaration en question a des conséquences préjudiciables qui entrent en conflit avec les valeurs les plus fondamentales d'une société libre et démocratique, il n'est pas excessivement difficile de se prononcer dans un sens qui impose des restrictions à l'expression.

Avant d'examiner l'effet d'autres réactions éventuelles à la propagande haineuse sur la proportionnalité du par. 319(2), quelques observations s'imposent sur un dernier argument avancé à l'appui de l'invalidation du par. 319(2) pour cause de portée excessive ou d'imprécision. On prétend que l'existence de cette disposition a amené les autorités à s'ingérer dans une gamme variée d'expres-

1990 CanLII 24 (SCC)

demonstrating only too well the way in which overbreadth and vagueness can result in undue intrusion and the threat of persecution. In this regard, a number of incidents are cited where authorities appear to have been overzealous in their interpretation of the law, including the arrest of individuals distributing pamphlets admonishing Americans to leave the country and the temporary holdup at the border of a film entitled *Nelson Mandela* and Salman Rushdie's novel *Satanic Verses* (see, e.g., Borovoy, op. cit., at p. 141; note that the latter two examples involve not s. 319(2), but similar wording found in *Customs Tariff*, S.C. 1987, c. 49, s. 114, Schedule VII, Code 9956(*b*)).

That s. 319(2) may in the past have led authorities to restrict expression offering valuable contributions to the arts, education or politics in Canada is surely worrying. I hope, however, that my comments as to the scope of the provision make it obvious that only the most intentionally extreme forms of expression will find a place within s. 319(2). In this light, one can safely say that the incidents mentioned above illustrate not overexpansive breadth and vagueness in the law, but rather actions by the state which cannot be lawfully taken pursuant to s. 319(2). The possibility of illegal police harassment clearly has minimal bearing on the proportionality of hate propaganda legislation to legitimate Parliamentary objectives, and hence the argument based on such harassment can be rejected.

c. *Alternative Modes of Furthering Parliament's Objective*

One of the strongest arguments supporting the contention that s. 319(2) unacceptably impairs the s. 2(*b*) guarantee posits that a criminal sanction is not necessary to meet Parliament's objective. Thus, even though the terms of s. 319(2) and the nature of the available defences expose an individual to conviction only in narrow and clearly defined circumstances, it is said that non-criminal responses can more effectively combat the harm

sions politiques, éducatives et artistiques et que cela démontre bien trop clairement comment la portée excessive et l'imprécision peuvent entraîner un envahissement indu et la menace de persécution. À ce propos, on mentionne de nombreux incidents où les autorités paraissent avoir fait des excès de zèle dans leur interprétation de la loi, y compris l'arrestation de personnes qui distribuaient des tracts engageant les Américains à quitter leur pays et la retenue temporaire à la frontière d'un film intitulé *Nelson Mandela* ainsi que le roman *Les versets sataniques* de Salman Rushdie (voir, par exemple, Borovoy, *loc. cit.*, à la p. 141; notez que dans les deux derniers exemples il ne s'agit pas du par. 319(2) mais de dispositions analogues du *Tarif des douanes*, L.C. 1987, ch. 49, art. 114, annexe VII, Code 9956*b*)).

Il est certes inquiétant que le par. 319(2) ait pu, dans le passé, amener les autorités à restreindre une expression qui faisait un apport utile aux arts, à l'enseignement ou à la politique au Canada. J'espère toutefois qu'il ressort nettement de mes observations relatives à sa portée que le par. 319(2) ne s'applique qu'aux formes d'expressions les plus intentionnellement extrêmes. Dans cette optique, on peut affirmer sans crainte que les incidents mentionnés plus haut ne démontrent pas la portée excessive et l'imprécision de cette disposition, mais constituent plutôt des exemples de mesures que l'État ne peut légalement prendre en vertu du par. 319(2). À l'évidence, la possibilité d'un harcèlement policier illégal influe très peu sur la proportionnalité que peut avoir une loi en matière de propagande haineuse avec les objectifs légitimes du Parlement. Il faut donc rejeter l'argument fondé sur ce harcèlement.

c. *Les autres moyens d'atteindre l'objectif du Parlement*

L'un des arguments les plus puissants pour prétendre que le par. 319(2) viole de manière inacceptable la garantie énoncée à l'al. 2*b*) est qu'aucune sanction pénale n'est nécessaire pour atteindre l'objectif du législateur. Donc, même si le texte du par. 319(2) et la nature des moyens de défense pouvant être allégués n'exposent une personne à une déclaration de culpabilité que dans des circonstances bien précises et clairement définies, on

1990 CanLII 24 (SCC)

caused by hate propaganda. Most generally, it is said that discriminatory ideas can best be met with information and education programmes extolling the merits of tolerance and cooperation between racial and religious groups. As for the prohibition of hate propaganda, human rights statutes are pointed to as being a less severe and more effective response than the criminal law. Such statutes not only subject the disseminator of hate propaganda to reduced stigma and punishment, but also take a less confrontational approach to the suppression of such expression. This conciliatory tack is said to be preferable to penal sanction because an incentive is offered the disseminator to cooperate with human rights tribunals and thus to amend his or her conduct.

prétend que le préjudice occasionné par la propagande haineuse peut être combattu plus efficacement par des moyens qui ne relèvent pas du droit criminel. De façon plus générale, on dit que l'information et l'éducation vantant les mérites de la tolérance et de la coopération entre les groupes raciaux et religieux sont la meilleure réponse aux idées discriminatoires. Quant à l'interdiction de la propagande haineuse, on souligne que des lois en matière de droits de la personne sont une réaction à la fois moins sévère et plus efficace que le droit criminel. Non seulement ces lois exposent celui qui diffuse la propagande haineuse à des stigmates et à une sanction moins graves, mais constituent une façon moins conflictuelle d'éliminer ce genre d'expression. Cette approche plus conciliatoire serait préférable à la sanction pénale car celui qui diffuse la propagande haineuse serait encouragé à prêter son concours aux tribunaux des droits de la personne et ainsi à améliorer son comportement.

Given the stigma and punishment associated with a criminal conviction and the presence of other modes of government response in the fight against intolerance, it is proper to ask whether s. 319(2) can be said to impair minimally the freedom of expression. With respect to the efficacy of criminal legislation in advancing the goals of equality and multicultural tolerance in Canada, I agree that the role of s. 319(2) will be limited. It is important, in my opinion, not to hold any illusions about the ability of this one provision to rid our society of hate propaganda and its associated harms. Indeed, to become overly complacent, forgetting that there are a great many ways in which to address the problem of racial and religious intolerance, could be dangerous. Obviously, a variety of measures need be employed in the quest to achieve such lofty and important goals.

Étant donné les stigmates et les sanctions qui se rattachent à la déclaration de culpabilité et compte tenu de l'existence d'autres moyens pour le gouvernement de lutter contre l'intolérance, on peut à juste titre se demander si le par. 319(2) porte le moins possible atteinte à la liberté d'expression. En ce qui concerne l'efficacité de la législation criminelle pour atteindre les buts d'égalité et de tolérance multiculturelles au Canada, je conviens que le par. 319(2) doit jouer un rôle limité. Il est important, selon moi, de ne pas s'illusionner quant à la capacité de cette seule disposition de débarrasser notre société de la propagande haineuse et des maux qui en découlent. De fait, il pourrait être dangereux de se laisser aller à une complaisance excessive et d'oublier qu'il existe une multitude de façons d'aborder le problème de l'intolérance raciale et religieuse. Évidemment, il faut avoir recours à diverses mesures dans la poursuite de buts aussi nobles et importants.

In assessing the proportionality of a legislative enactment to a valid governmental objective, however, s. 1 should not operate in every instance so as to force the government to rely upon only the mode of intervention least intrusive of a *Charter* right or freedom. It may be that a number of courses of action are available in the furtherance

Dans l'appréciation de la proportionnalité d'une disposition législative avec un objectif gouvernemental valable, toutefois, l'article premier ne doit pas jouer dans tous les cas de manière à contraindre le gouvernement à n'intervenir que de la manière qui porte le moins possible atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*. Il se

1990 CanLII 24 (SCC)

of a pressing and substantial objective, each imposing a varying degree of restriction upon a right or freedom. In such circumstances, the government may legitimately employ a more restrictive measure, either alone or as part of a larger programme of action, if that measure is not redundant, furthering the objective in ways that alternative responses could not, and is in all other respects proportionate to a valid s. 1 aim.

Though the fostering of tolerant attitudes among Canadians will be best achieved through a combination of diverse measures, the harm done through hate propaganda may require that especially stringent responses be taken to suppress and prohibit a modicum of expressive activity. At the moment, for example, the state has the option of responding to hate propaganda by acting under either the *Criminal Code* or human rights provisions. In my view, having both avenues of redress at the state's disposal is justified in a free and democratic society. I see no reason to assume that the state will always utilize the most severe tool at hand, namely, the criminal law, to prevent the dissemination of hate propaganda. Where use of the sanction provided by s. 319(2) is imprudent, employing human rights legislation may be the more attractive route to take, but there may equally be circumstances in which the more confrontational response of criminal prosecution is best suited to punish a recalcitrant hate-monger. To send out a strong message of condemnation, both reinforcing the values underlying s. 319(2) and deterring the few individuals who would harm target group members and the larger community by intentionally communicating hate propaganda, will occasionally require use of the criminal law.

d. *Conclusion as to Minimal Impairment*

To summarize the above discussion, in light of the great importance of Parliament's objective and the discounted value of the expression at issue I

peut en effet qu'il y ait plusieurs moyens d'atteindre un objectif urgent et réel, dont chacun impose un degré plus ou moins grand de restriction à un droit ou à une liberté. Dans ces circonstances, le gouvernement peut légitimement recourir à une mesure plus restrictive, soit isolément soit dans le cadre d'un plan d'action plus étendu, pourvu que cette mesure ne fasse pas double emploi, qu'elle permette de réaliser l'objectif de façons qui seraient impossibles par le biais d'autres mesures, et qu'elle soit à tous autres égards proportionnée à un objectif légitime aux fins de l'article premier.

Quoique la meilleure façon de favoriser une attitude tolérante parmi les Canadiens soit la combinaison de diverses mesures, le préjudice causé par la propagande haineuse peut exiger des réactions particulièrement sévères pour éliminer et interdire une certaine catégorie très restreinte d'activité expressive. Actuellement, par exemple, l'État peut réagir à la propagande haineuse en appliquant soit le *Code criminel*, soit des dispositions en matière de droits de la personne. À mon avis, il est justifié dans une société libre et démocratique que l'État ait à sa disposition ces deux possibilités. Je ne vois aucune raison de supposer que l'État emploiera invariablement le moyen le plus draconien dont il dispose, savoir le droit criminel, pour empêcher la diffusion de la propagande haineuse. Lorsque l'application de la sanction prévue au par. 319(2) est imprudente, il peut être préférable d'avoir recours à la législation en matière de droits de la personne, mais il peut aussi y avoir des situations dans lesquelles la réaction plus conflictuelle des poursuites criminelles soit plus appropriée pour punir un fomentateur de haine récalcitrant. L'expression non équivoque de la réprobation, servant à la fois au renforcement des valeurs sous-jacentes au par. 319(2) et à la dissuasion de quelques individus qui feraient du tort aux membres d'un groupe cible et à l'ensemble de la collectivité par la communication volontaire de propagande haineuse, nécessitera parfois le recours au droit criminel.

d. *Conclusion relative à l'atteinte minimale*

Pour résumer l'analyse qui précède, vu la grande importance de l'objectif visé par le législateur et la valeur réduite de l'expression en cause, je conclus

1990 CanLII 24 (SCC)

find that the terms of s. 319(2) create a narrowly confined offence which suffers from neither overbreadth nor vagueness. This interpretation stems largely from my view that the provision possesses a stringent *mens rea* requirement, necessitating either an intent to promote hatred or knowledge of the substantial certainty of such, and is also strongly supported by the conclusion that the meaning of the word "hatred" is restricted to the most severe and deeply-felt form of opprobrium. Additionally, however, the conclusion that s. 319(2) represents a minimal impairment of the freedom of expression gains credence through the exclusion of private conversation from its scope, the need for the promotion of hatred to focus upon an identifiable group and the presence of the s. 319(3) defences. As for the argument that other modes of combatting hate propaganda eclipse the need for a criminal provision, it is eminently reasonable to utilize more than one type of legislative tool in working to prevent the spread of racist expression and its resultant harm. It will indeed be more difficult to justify a criminal statute under s. 1, but in my opinion the necessary justificatory arguments have been made out with respect to s. 319(2).

I thus conclude that s. 319(2) of the *Criminal Code* does not unduly impair the freedom of expression, and it remains only to examine whether its effects nonetheless present so grave a limitation upon the s. 2(*b*) guarantee so as to outweigh the benefits to be gained from a measure otherwise proportional to an important legislative objective.

(iv) Effects of the Limitation

The third branch of the proportionality test entails a weighing of the importance of the state objective against the effect of limits imposed upon a *Charter* right or guarantee. Even if the purpose of the limiting measure is substantial and the first two components of the proportionality test are satisfied, the deleterious effects of a limit may be too great to permit the infringement of the right or guarantee in issue.

que le texte du par. 319(2) crée une infraction aux limites étroites, qui ne pèche ni par une portée excessive ni par l'imprécision. Cette interprétation découle dans une large mesure de ce que, selon moi, cette disposition pose une exigence rigoureuse concernant la *mens rea*, savoir l'intention de fomenter la haine ou la connaissance de la forte probabilité d'une telle conséquence; cette interprétation est en outre fortement appuyée par la conclusion que le sens du mot «haine» se limite à l'opprobre le plus marqué et le plus profondément ressenti. De plus, la conclusion que le par. 319(2) porte le moins possible atteinte à la liberté d'expression est étayée par le fait qu'il exclut la conversation privée de son champ d'application, qu'il exige que la fomentation de la haine vise un groupe identifiable et qu'il est prévu divers moyens de défense au par. 319(3). Quant à l'argument selon lequel l'existence d'autres moyens de lutte contre la propagande haineuse élimine la nécessité d'une disposition criminelle, il est éminemment raisonnable de recourir à plus d'un type d'instrument législatif pour chercher à empêcher la diffusion de l'expression raciste et le préjudice qui en résulte. S'il est vrai qu'une disposition criminelle est plus difficile à justifier en vertu de l'article premier, j'estime que la justification requise a été établie dans le cas du par. 319(2).

Je conclus en conséquence que le par. 319(2) du *Code criminel* ne porte pas indûment atteinte à la liberté d'expression et il ne reste qu'à déterminer si, par ses effets, il impose à la garantie énoncée à l'al. 2*b*) une restriction tellement grave qu'elle l'emporte sur les avantages à tirer d'une mesure par ailleurs proportionnelle à un objectif législatif important.

(iv) Les effets de la restriction

Le troisième volet du critère de proportionnalité consiste à soupeser l'importance de l'objectif visé par l'État et l'effet des limites imposées à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*. Même si la mesure restrictive vise un objet important et que les deux premiers éléments du critère de proportionnalité sont présents, les effets délétères d'une restriction peuvent être trop graves pour permettre la violation du droit ou de la garantie en cause.

1990 CanLII 129 (SCC)

I have examined closely the significance of the freedom of expression values threatened by s. 319(2) and the importance of the objective which lies behind the criminal prohibition. It will by now be quite clear that I do not view the infringement of s. 2(*b*) by s. 319(2) as a restriction of the most serious kind. The expressive activity at which this provision aims is of a special category, a category only tenuously connected with the values underlying the guarantee of freedom of speech. Moreover, the narrowly drawn terms of s. 319(2) and its defences prevent the prohibition of expression lying outside of this narrow category. Consequently, the suppression of hate propaganda affected by s. 319(2) represents an impairment of the individual's freedom of expression which is not of a most serious nature.

It is also apposite to stress yet again the enormous importance of the objective fueling s. 319(2), an objective of such magnitude as to support even the severe response of criminal prohibition. Few concerns can be as central to the concept of a free and democratic society as the dissipation of racism, and the especially strong value which Canadian society attaches to this goal must never be forgotten in assessing the effects of an impugned legislative measure. When the purpose of s. 319(2) is thus recognized, I have little trouble in finding that its effects, involving as they do the restriction of expression largely removed from the heart of free expression values, are not of such a deleterious nature as to outweigh any advantage gleaned from the limitation of s. 2(*b*).

E. *Analysis of Section 319(2) Under Section 1 of the Charter: Conclusion*

I find that the infringement of the respondent's freedom of expression as guaranteed by s. 2(*b*) should be upheld as a reasonable limit prescribed by law in a free and democratic society. Furthering an immensely important objective and directed at expression distant from the core of free expression values, s. 319(2) satisfies each of the components of the proportionality inquiry. I thus disagree with the Alberta Court of Appeal's conclusion that this criminal prohibition of hate propaganda

J'ai examiné de près l'importance des valeurs inhérentes à la liberté d'expression qui sont menacées par le par. 319(2) et de l'objectif sous-jacent à l'interdiction criminelle. Il est maintenant bien évident que je ne considère pas la violation de l'al. 2*b*) par le par. 319(2) comme une restriction très grave. L'activité expressive visée par cette disposition tombe dans une catégorie spéciale, qui n'a qu'un faible lien avec les valeurs qui sous-tendent la garantie de la liberté d'expression. En outre, la portée restreinte du par. 319(2) ainsi que les moyens de défense prévus empêchent l'interdiction de l'expression qui ne relève pas de cette catégorie restreinte. Par conséquent, la suppression de la propagande haineuse par le par. 319(2) ne représente pas une atteinte des plus graves à la liberté d'expression de l'individu.

Il convient de souligner encore l'importance capitale de l'objectif qui est la raison d'être du par. 319(2), et dont l'importance fait qu'il justifie même la mesure sévère de l'interdiction criminelle. Peu de préoccupations sont aussi cruciales pour le concept d'une société libre et démocratique que celle de l'élimination du racisme et, lorsqu'on apprécie les effets d'une mesure législative contestée, il ne faut jamais perdre du vue la valeur particulièrement élevée que la société canadienne attache à cet objectif. Puisque tel est l'objet du par. 319(2), je n'ai pas beaucoup de difficulté à conclure que ses effets, savoir la restriction d'un genre d'expression qui est dans une large mesure étrangère aux valeurs essentielles de la libre expression, ne sont pas à ce point délétères qu'ils l'emporteraient sur tout avantage tiré de la restriction imposée à l'al. 2*b*).

E. *Analyse du par. 319(2) en vertu de l'article premier de la Charte: Conclusion*

Je conclus que l'atteinte portée à la liberté d'expression de l'intimé, garantie par l'al. 2*b*), doit être maintenue en tant que limite raisonnable prescrite par une règle de droit dans le cadre d'une société libre et démocratique. Destiné à réaliser un objectif extrêmement important et visant une expression qui se situe loin des valeurs centrales de la libre expression, le par. 319(2) satisfait à chacune des exigences du critère de proportionnalité. Je ne souscris donc pas à la conclusion de la Cour d'ap-

1990 CanLII 24 (SCC)

violates the *Charter*, and would allow the appeal in this respect.

VIII. Section 319(3)(*a*) and the Presumption of Innocence

As already noted, s. 319(3)(*a*) of the *Criminal Code* provides that no person shall be convicted of wilfully promoting hatred "if he establishes that the statements communicated were true". This provision is challenged as breaching the presumption of innocence guaranteed in s. 11(*d*) of the *Charter*. The Court must therefore decide whether permitting an accused to raise the defence of truth on the balance of probabilities creates a reverse onus, thereby infringing s. 11(*d*). If s. 11(*d*) is so infringed, the focus of the inquiry shifts to examine the justifiability of the reverse onus under s. 1 of the *Charter*.

A. *Section 319(3)(a) and Infringement of Section 11(d) of the Charter*

In a prosecution under s. 319(2), the Crown must prove beyond a reasonable doubt the various elements of the offence, namely, that the accused, by communicating statements other than in private conversation, wilfully promoted hatred against a group identifiable by colour, race, religion or ethnic origin. Determining whether an accused falls within the terms of s. 319(2) does not require that the trier of fact examine the truth or falsity of the statements. The defence of truth, to be established by the accused on the balance of probabilities, is thus only considered if the Crown proves the components of s. 319(2) beyond a reasonable doubt.

The judgments of the appeal courts in this case and in the accompanying appeal of *Andrews* reveal a divergence of opinion as to whether s. 11(*d*) of the *Charter* is infringed by the truth defence. In the Alberta Court of Appeal, Kerans J.A. viewed as crucial the possibility that an accused can be convicted of wilfully promoting hatred though

pel de l'Alberta que cette interdiction criminelle frappant la propagande haineuse est une violation de la *Charte* et je suis d'avis d'accueillir le pourvoi sur ce point.

VIII. L'alinéa 319(3)*a*) et la présomption d'innocence

Comme je l'ai déjà fait remarquer, l'al. 319(3)*a*) du *Code criminel* dispose que nul ne peut être déclaré coupable de fomentation volontaire de la haine s'il «établit que les déclarations communiquées étaient vraies». On reproche à cette disposition de violer la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11*d*) de la *Charte*. La Cour doit donc décider si le fait de permettre à l'accusé d'établir une défense de vérité selon la prépondérance des probabilités revient à renverser le fardeau de la preuve et constitue donc une violation de l'al. 11*d*). S'il y a violation de l'al. 11*d*), il faut alors déterminer si le renversement du fardeau de la preuve est justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*.

A. *L'alinéa 319(3)a) et la violation apparente de l'al. 11d) de la Charte*

Dans des poursuites engagées en vertu du par. 319(2), il incombe au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable les divers éléments de l'infraction, savoir que l'accusé, par la communication de déclarations autrement que dans des conversations privées a volontairement fomenté la haine contre un groupe identifiable par la couleur, la race, la religion ou l'origine ethnique. Pour déterminer si un accusé relève du par. 319(2), le juge des faits n'a pas à examiner la vérité ou la fausseté des déclarations. Le moyen de défense de vérité, qui doit être établi par l'accusé selon la prépondérance des probabilités, n'est donc pris en considération que si le ministère public prouve hors de tout doute raisonnable les éléments prévus au par. 319(2).

Les arrêts des cours d'appel en l'espèce et dans l'affaire connexe *Andrews* manifestent une divergence d'opinions quant à savoir si le moyen de défense de véracité viole l'al. 11*d*) de la *Charte*. En Cour d'appel de l'Alberta, le juge Kerans a tenu pour décisive la possibilité qu'un accusé soit reconnu coupable de fomentation volontaire de la

there exists a reasonable doubt that the statements communicated are true. As the defence places an onus on the accused to prove truth on the balance of probabilities, he thus found it to infringe s. 11(*d*). In contrast to this conclusion, the Ontario Court of Appeal in *R. v. Andrews*, *supra*, found that s. 319(3)(*a*) does not place a true reverse onus upon the accused. Relying upon the majority judgment in *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914, Grange J.A. felt that s. 319(3)(*a*) provides a defence which becomes applicable only after all elements of the offence have been proven beyond a reasonable doubt, a circumstance which was said to avoid infringing the presumption of innocence (p. 193). Grange J.A. distinguished this Court's decision in *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3, on the grounds that the statutory presumption challenged in that case related to the proof of an essential element of the offence.

It is not overly difficult to settle the disagreement between the Alberta and Ontario Appeal Courts. Though some confusion may have existed after the decision of this Court in *Holmes*, since *Whyte* it is clear that the presumption of innocence is infringed whenever the accused is liable to be convicted despite the existence of a reasonable doubt as to guilt in the mind of the trier of fact. As was stated by a unanimous bench in *Whyte* (at p. 18):

> ... the distinction between elements of the offence and other aspects of the charge is irrelevant to the s. 11(*d*) inquiry. The real concern is not whether the accused must disprove an element or prove an excuse, but that an accused may be convicted while a reasonable doubt exists. When that possibility exists, there is a breach of the presumption of innocence.

The exact characterization of a factor as an essential element, a collateral factor, an excuse, or a defence should not affect the analysis of the presumption of innocence. It is the final effect of a provision on the verdict that is decisive. If an accused is required to prove some fact on the balance of probabilities to avoid conviction, the provision violates the presumption of innocence because it permits a conviction in spite of a reasonable doubt in the mind of the trier of fact as to the guilt of

haine malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à la véracité des déclarations communiquées. Puisque ce moyen de défense oblige l'accusé à prouver la véracité selon la prépondérance des probabilités, il a conclu qu'il viole l'al. 11*d*). La Cour d'appel de l'Ontario, par contre, a décidé dans l'arrêt *R. c. Andrews*, précité, que l'al. 319(3)*a*) n'impose pas à l'accusé un véritable renversement du fardeau de la preuve. S'appuyant sur les motifs de la majorité dans l'affaire *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914, le juge Grange a estimé que l'al. 319(3)*a*) prévoit un moyen de défense qui ne joue que lorsque tous les éléments de l'infraction ont été établis hors de tout doute raisonnable, et que cet état de choses écartait la violation de la présomption d'innocence (p. 193). Le juge Grange a fait une distinction avec l'arrêt de notre Cour *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, en ce que la présomption légale contestée dans cette affaire se rapportait à la preuve d'un élément essentiel de l'infraction.

Il n'est pas particulièrement difficile de régler le désaccord entre les cours d'appel de l'Alberta et de l'Ontario. Bien qu'une certaine confusion ait pu régner à la suite de l'arrêt *Holmes* de notre Cour, il est évident depuis l'arrêt *Whyte* que la présomption d'innocence est violée chaque fois que l'accusé risque d'être déclaré coupable en dépit de l'existence d'un doute raisonnable quant à sa culpabilité dans l'esprit du juge des faits. Comme l'affirme notre Cour à l'unanimité dans l'arrêt *Whyte*, à la p. 18:

> ... la distinction entre les éléments de l'infraction et d'autres aspects de l'accusation n'est pas pertinente quand l'examen se fonde sur l'al. 11*d*). La préoccupation véritable n'est pas de savoir si l'accusé doit réfuter un élément ou démontrer une excuse, mais qu'un accusé peut être déclaré coupable alors que subsiste un doute raisonnable. Lorsque cette possibilité existe, il y a violation de la présomption d'innocence.

La qualification exacte d'un facteur comme élément essentiel, facteur accessoire, excuse ou moyen de défense ne devrait pas avoir d'effet sur l'analyse de la présomption d'innocence. C'est l'effet final d'une disposition sur le verdict qui est décisif. Si une disposition oblige un accusé à démontrer certains faits suivant la prépondérance des probabilités pour éviter d'être déclaré coupable, elle viole la présomption d'innocence parce qu'elle permet une déclaration de culpabilité malgré l'existence

1990 CanLII 24 (SCC)

the accused. The trial of an accused in a criminal matter cannot be divided neatly into stages, with the onus of proof on the accused at an intermediate stage and the ultimate onus on the Crown.

As is evident from the above quotation, the categorization of a factual finding as forming an element "essential" to the offence is of no consequence when determining whether s. 11(*d*) has been breached.

Applying the approach taken in *Whyte* to this appeal, it is obvious that s. 319(3)(*a*) runs afoul of the presumption of innocence. Contrary to the arguments of those who would find s. 319(3)(*a*) compatible with s. 11(*d*), it matters not that the defence of truth may be intended to play a minor role in providing relief from conviction. What is of essence is not the "essential nature" of the crime, but that the trier of fact will have to convict even where there is a reasonable doubt as to the truth of an accused's statements. This result means that s. 11(*d*) is infringed, making necessary an inquiry as to whether s. 319(3)(*a*) can be justified under s. 1 of the *Charter*.

B. *Justifiability of Section 319(3)(a) Under Section 1 of the Charter*

In seeing whether the truth defence is justifiable as a reasonable limit in a free and democratic society, my general comments regarding the role of s. 1 and the *Oakes* test obviously apply. As well, much of what has been said in discussing s. 319(2) is pertinent, though it remains necessary to undertake a separate inquiry into the validity of s. 319(3)(*a*)'s reverse onus.

The impetus behind s. 319(3)(*a*) represents somewhat of a caveat to the broad objectives underlying the offence in s. 319(2). As explored earlier, domestic and international commitments to freedom of expression, equality, and respect for human dignity and multiculturalism lay the foun-

d'un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à la culpabilité de l'accusé. Un procès en matière criminelle ne peut être divisé en étapes bien définies de sorte que le fardeau de la preuve incombe à l'accusé à une étape intermédiaire et le fardeau ultime au ministère public.

Comme l'indique clairement ce passage, il est sans conséquence qu'une conclusion de fait soit qualifiée d'élément «essentiel» de l'infraction quand il s'agit de déterminer s'il y a violation de l'al. 11*d*).

Quand on applique au présent pourvoi l'approche adoptée dans l'arrêt *Whyte*, il est évident que l'al. 319(3)*a*) va à l'encontre de la présomption d'innocence. Contrairement à ce que font valoir ceux qui concluraient à la compatibilité de l'al. 319(3)*a*) et de l'al. 11*d*), il est sans importance que le moyen de défense de véracité soit destiné à ne jouer qu'un rôle mineur dans la protection contre les déclarations de culpabilité. L'important n'est pas la «nature essentielle» du crime, mais que le juge des faits ait à rendre un verdict de culpabilité même lorsqu'il subsiste un doute raisonnable relativement à la véracité des déclarations de l'accusé. Cela signifie qu'il y a violation de l'al. 11*d*) et qu'il faut donc examiner si l'al. 319(3)*a*) peut se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*.

B. *L'alinéa 319(3)a) peut-il se justifier en vertu de l'article premier de la Charte?*

Mes observations générales concernant le rôle de l'article premier et le critère de l'arrêt *Oakes* s'appliquent évidemment à la question de la justification du moyen de défense de véracité comme restriction raisonnable dans une société libre et démocratique. Est également pertinente une bonne partie de ce que j'ai dit dans mon analyse du par. 319(2), bien qu'il soit encore nécessaire d'entreprendre un examen distinct de la validité du renversement du fardeau de la preuve selon l'al. 319(3)*a*).

La raison d'être de l'al. 319(3)*a*) représente en quelque sorte une exception aux objectifs généraux sous-tendant le par. 319(2). Comme je l'ai déjà fait remarquer, l'infraction de fomentation volontaire de la haine repose sur la volonté nationale et internationale d'assurer la liberté d'expression,

1990 CanLII 24 (SCC)

dation for the offence of the wilful promotion of hatred. Without rejecting this broad foundational base, the objective of s. 319(3)(*a*) is attributable to the importance given the expression of truth by Parliament (see the Cohen Committee, op. cit., at p. 66, and the Law Reform Commission of Canada, op. cit., at p. 36). Specifically, the truth defence allows an accused to escape liability based on the possibility that the statements made, while intended to promote hatred, nonetheless possess increased merit (in relation to free expression values) because of their truthful nature.

That a defence may be warranted by reason of the merit associated with truthful statements does not, however, make clear Parliament's objective in requiring that the accused prove truthfulness on a balance of probabilities. The objective behind the defence's reverse onus is closely connected with the purpose fueling the offence in s. 319(2). Harm is created whenever statements are made with the intention of promoting hatred, whether or not they contain an element of truth. If the defence is too easily used, the pressing and substantial objective of Parliament in preventing such harm will suffer unduly, and it is therefore in the furtherance of that same objective that truthfulness must be proved by the accused on the balance of probabilities. For the reasons given in discussing the purpose behind s. 319(2), I consequently find that Parliament's objective in employing a reverse onus in s. 319(3)(*a*) is pressing and substantial.

Moving on to examine the proportionality of the reverse onus measure to the legislative objective, the first question to ask is whether s. 319(3)(*a*) evinces a rational connection to the purpose of preventing the harm caused by hate-promoting expression. In my view, such a connection plainly exists. The reverse onus in the truth defence operates so as to make it more difficult to avoid conviction where the wilful promotion of hatred has been proven beyond a reasonable doubt. As the wilful promotion of hatred is hostile to Parlia-

l'égalité et le respect de la dignité humaine et du multiculturalisme. Sans écarter ce large fondement, l'al. 319(3)*a*) vise un objectif qui tient à l'importance attachée par le législateur fédéral à l'expression de la vérité (voir le rapport du comité Cohen, *op. cit.*, à la p. 68, et la Commission de réforme du droit du Canada, *op. cit.*, à la p. 41). Plus précisément, le moyen de défense de véracité permet à un accusé d'échapper à la responsabilité puisqu'il est possible que ses déclarations, quoique destinées à fomenter la haine, acquièrent néanmoins un plus grand mérite (en regard des valeurs de la libre expression) parce qu'elles sont vraies.

Le fait qu'un moyen de défense puisse être justifié à cause du mérite qui se rattache aux déclarations vraies ne nous éclaire cependant pas sur l'objectif que visait le Parlement en exigeant que l'accusé établisse la véracité selon la prépondérance des probabilités. L'objectif du renversement du fardeau de la preuve établi par ce moyen de défense est étroitement lié au but inspirant le par. 319(2). Un préjudice est causé chaque fois que des déclarations sont faites avec l'intention de fomenter la haine, qu'elles renferment ou non une part de vérité. S'il est trop facile de se prévaloir du moyen de défense, cela compromettra indûment la réalisation de l'objectif urgent et réel que visait le législateur de prévenir ce mal, et c'est donc dans le but d'atteindre ce même objectif que la véracité doit être prouvée par l'accusé selon la prépondérance des probabilités. Pour les raisons exposées dans le cadre de mon examen de l'objet du par. 319(2), je conclus en conséquence que l'objectif visé par le législateur en prévoyant le renversement du fardeau de la preuve à l'al. 319(3)*a*) est urgent et réel.

Passant à l'examen de la proportionnalité de la mesure établissant le renversement du fardeau de la preuve par rapport à l'objectif législatif visé, la première question à se poser est de savoir si l'al. 319(3)*a*) a un lien rationnel avec l'objet de prévenir le mal causé par l'expression fomentant la haine. À mon avis, ce lien existe manifestement. Le renversement du fardeau de preuve qu'opère le moyen de défense de véracité joue de manière à ce qu'il soit plus difficile de se soustraire à une déclaration de culpabilité dans un cas où la fomentation

1990 CanLII 24 (SCC)

ment's aims, placing such a burden upon the accused is rationally connected to a valid s. 1 objective.

The second component of the proportionality inquiry asks whether the impugned measure impairs the right or freedom as little as possible. Instrumental in reaching a conclusion as to minimal impairment is the nature of the defence in issue, and most especially its relation to the offence set out in s. 319(2). As I have stated in discussing the proportionality of s. 319(2), the defence of truth is in some ways at odds with Parliament's purpose of preventing the damage to target group members and inter-group harmony caused by hate propaganda; it works to excuse the actions of an accused even though the harm sought to be prevented is present. To provide the accused with such an escape route may not be required under the *Charter*, but neither is it illogical. Out of caution Parliament has made a concession to the importance of truth in freedom of expression values, a concession designed to allow an accused person to benefit from the tangential possibility that his or her statements, though admittedly defamatory of targeted groups, may have some social utility as part of legitimate public dialogue.

In the overall context of the s. 319(2) offence, it is therefore evident that Parliament has used the reverse onus provision to strike a balance between two legitimate concerns. Requiring the accused to prove on the civil standard that his or her statements are true is an integral part of this balance, and any less onerous burden would severely skew the equilibrium. To include falsity as a component of s. 319(2) for example, or even to require only that the accused raise a reasonable doubt as to the truthfulness of the statements, would excessively compromise the effectiveness of the offence in achieving its purpose. The former option would especially hinder Parliament's objective, for many statements are not susceptible to a true/false cate-

volontaire de la haine a été établie hors de tout doute raisonnable. Comme la fomentation volontaire de la haine va à l'encontre des buts visés par le législateur, le fait d'imposer une telle charge à l'accusé est rationnellement lié à un objectif qui est valable aux fins de l'article premier.

Le deuxième volet de l'examen de la proportionnalité pose la question de savoir si la mesure attaquée porte le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en cause. Pour y répondre, il faut prendre en considération la nature du moyen de défense en cause et surtout son rapport avec l'infraction prévue au par. 319(2). Comme je l'ai dit en traitant de la proportionnalité du par. 319(2), le moyen de défense de véracité est à certains égards inconciliable avec l'objectif du Parlement de prévenir le préjudice causé par la propagande haineuse aux membres du groupe cible et à l'harmonie entre les différents groupes, en ce sens qu'il a pour effet d'excuser les actes de l'accusé en dépit de l'existence du préjudice que l'on cherche à prévenir. Qu'une telle porte de sortie soit fournie à l'accusé n'est peut-être pas exigée par la *Charte*, mais elle n'a rien non plus d'illogique. Par précaution, le Parlement a fait une concession dictée par l'importance que revêt la vérité parmi les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression, concession destinée à permettre à un accusé de bénéficier de la possibilité, pour faible qu'elle soit, que ses déclarations, reconnues diffamatoires à l'endroit de groupes cibles, aient quelque utilité sociale dans le cadre d'un dialogue public légitime.

Dans le contexte global du par. 319(2), il est donc évident que c'est dans le but d'établir un équilibre entre deux préoccupations légitimes que le Parlement a eu recours à la disposition portant renversement du fardeau de la preuve. Exiger de l'accusé qu'il prouve la véracité de ses déclarations selon la norme applicable en matière civile, fait partie intégrante de cet équilibre et un fardeau moins lourd provoquerait un grave déséquilibre. Si la fausseté était incluse comme élément du par. 319(2), par exemple, ou même si l'accusé était simplement tenu de faire naître un doute raisonnable en ce qui concerne la véracité des déclarations, l'efficacité du par. 319(2) pour atteindre son objet serait fortement compromise. Dans le premier cas,

gorization. In either instance, however, where a reasonable doubt existed as to the falsity of an accused's statements an acquittal would be entered. To accept such a result it would have to be agreed that this relatively small possibility of truthfulness outweighs the harm caused through the wilful promotion of hatred. Yet to my mind the crucial objective of Parliament in this appeal justifies requiring a more convincing demonstration that a hate-monger's statements may be true, as a successful defence provides an excuse despite the presence of the harm sought to be eradicated (see Rauf, op. cit., at pp. 368-69). Having the accused prove truthfulness on the balance of probabilities is an understandable and valid precaution against too easily justifying such harm, and I hence conclude that the reverse onus provision in s. 319(3)(*a*) represents a minimal impairment of the presumption of innocence.

As for the final segment of the *Oakes* proportionality inquiry, I have no difficulty in finding that the importance of preventing the harm caused by hate-promoting expression is not outweighed by Parliament's infringement of s. 11(*d*) of the *Charter*. In reaching this conclusion I would refer to the approach taken by this Court in *Whyte*. There, the accused challenged what is now s. 258(1)(*a*) of the *Criminal Code*, which creates the presumption that a person in the driver's seat of a vehicle has care or control of the vehicle for the purposes of the impaired driving provisions. This presumption can only be overcome if the accused proves that he or she occupied the driver's seat for some purpose other than setting the vehicle in motion. In upholding the statutory presumption under s. 1, this Court stated the following regarding the proportionality between the effects of the measure and the objective (at p. 27):

> ... [258(1)(*a*)] satisfies [the] final element in s. 1 analysis. The threat to public safety posed by drinking and driving has been established by evidence in this case

il serait fait directement obstacle à l'objectif du Parlement, car nombreuses sont les déclarations qui ne peuvent être qualifiées de vraies ou de fausses. Dans les deux cas, cependant, s'il existait un doute raisonnable quant à la fausseté des déclarations de l'accusé, il serait acquitté. Pour qu'un tel résultat puisse être accepté, il faudrait convenir que cette possibilité relativement mince de véracité l'emporte sur le mal causé par la fomentation volontaire de la haine. J'estime toutefois que l'objectif vital poursuivi par le législateur justifie l'exigence d'une preuve plus convaincante de la véracité possible des déclarations d'un fomentateur de haine, étant donné qu'un moyen de défense invoqué avec succès fournit une excuse en dépit de l'existence du mal que l'on cherche à supprimer (voir Rauf, *loc. cit.*, aux pp. 368 et 369). Que l'accusé soit tenu d'établir la véracité selon la prépondérance des probabilités représente une précaution compréhensible et légitime contre une justification trop facile d'un tel préjudice. Cela étant, je conclus que le renversement du fardeau de preuve à l'al. 319(3)*a*) porte le moins possible atteinte à la présomption d'innocence.

Pour ce qui est du dernier élément du critère de proportionnalité de l'arrêt *Oakes*, je conclus sans aucune difficulté que l'importance de la prévention du préjudice causé par l'expression fomentant la haine l'emporte sur la violation de l'al. 11*d*) de la *Charte* par le législateur fédéral. En tirant cette conclusion je renvoie à l'approche adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Whyte*. Dans cette affaire, l'accusé contestait ce qui est maintenant l'al. 258(1)*a*) du *Code criminel*, qui crée la présomption qu'une personne occupant la place du conducteur d'un véhicule à moteur en a la garde ou le contrôle pour les fins des dispositions relatives à la conduite avec facultés affaiblies. Cette présomption ne peut être réfutée que si l'accusé prouve qu'il occupait la place du conducteur dans un but autre que celui de mettre le véhicule en marche. Notre Cour, qui a maintenu la présomption légale en vertu de l'article premier, a fait les observations suivantes concernant la proportionnalité entre les effets de la mesure et l'objectif visé, à la p. 27:

> ... l'al. [258(1)*a*)] satisfait à [l']élément final de l'analyse aux termes de l'article premier. La preuve en l'espèce démontre que la sécurité publique est menacée par

1990 CanLII 24 (SCC)

and recognized by this Court in others. While [s. 258(1)(*a*)] does infringe the right guaranteed by s. 11(*d*) of the *Charter*, it does so in the context of a statutory setting which makes it impracticable to require the Crown to prove an intention to drive. The reverse onus provision, in effect, affords a defence to an accused which could not otherwise be made available.

In *Whyte*, the impugned statutory presumption was found to be justified despite its effect upon the presumption of innocence only after an examination of the history of drinking and driving legislation, and a recognition of both the serious societal danger of drinking and driving and the difficulties associated with requiring the Crown to prove an intention to drive. As already noted, similar factors operate to justify the reverse onus provision challenged in this appeal, in particular the significant importance attached to preventing the harm caused by hate-promoting expression and the fact that the truth defence operates despite the presence of such harm. The infringement of s. 11(*d*) thus occurs in the context of a statutory and practical setting that makes it unworkable to require the Crown to prove the falsity of the statements in issue, and using the words of *Whyte* I conclude that the reverse onus provision in s. 319(3)(*a*), in effect, affords a defence to an accused which could not otherwise be made available.

C. *Conclusion Respecting Section 319(3)(a)*

In sum, having followed this Court's decision in *Whyte* in deciding that s. 319(3)(*a*) infringes s. 11(*d*) of the *Charter*, I nonetheless find the impugned provision to be justified under s. 1. The reverse onus found in the truth defence represents the only way in which the defence can be offered while still enabling Parliament to prohibit effectively hate-promoting expression through criminal legislation; to require that the state prove beyond a reasonable doubt the falsity of a statement would excuse much of the harmful expressive activity caught by s. 319(2) despite minimal proof as to its worth. In my opinion, justification for this reverse

l'alcool au volant, situation que cette Cour a reconnue dans d'autres arrêts. Bien que [l'al. 258(1)*a*)] porte effectivement atteinte au droit que garantit l'al. 11*d*) de la *Charte*, il le fait dans un contexte législatif où il est irréaliste d'exiger que le ministère public démontre une intention de conduire. En fait, la disposition portant inversion de la charge de la preuve accorde à l'accusé un moyen de défense qu'autrement il ne pourrait invoquer.

Dans l'arrêt *Whyte*, ce n'est qu'après avoir fait l'historique de la législation en matière d'alcool au volant et reconnu à la fois le grave danger que représentait l'alcool au volant pour la société et les difficultés que susciterait l'obligation pour le ministère public de prouver l'intention de conduire que notre Cour a jugé que la présomption légale attaquée était justifiée malgré son incidence sur la présomption d'innocence. Comme je l'ai déjà fait remarquer, des facteurs similaires jouent pour justifier la disposition portant renversement du fardeau de preuve, contestée dans le présent pourvoi, soit notamment l'importance particulière attachée à la prévention du mal causé par l'expression fomentant la haine et le fait que le moyen de défense de véracité peut être invoqué en dépit de l'existence d'un tel préjudice. La violation de l'al. 11*d*) se produit donc dans un contexte légal et pratique où il est irréaliste d'exiger que le ministère public prouve la fausseté des déclarations en cause et, pour reprendre la formule employée dans l'arrêt *Whyte*, je conclus que le renversement du fardeau de preuve par l'al. 319(3)*a*) accorde à l'accusé un moyen de défense qu'autrement il ne pourrait invoquer.

C. *Conclusion relative à l'al. 319(3)a)*

En résumé, m'étant fondé sur l'arrêt *Whyte* de notre Cour pour décider que l'al. 319(3)*a*) viole l'al. 11*d*) de la *Charte*, je conclus néanmoins que la disposition attaquée est justifiée aux termes de l'article premier. Le renversement du fardeau de la preuve que comporte le moyen de défense de véracité est la seule façon pour le Parlement d'offrir ce moyen de défense tout en proscrivant efficacement l'expression fomentant la haine par des dispositions pénales. Exiger que l'État prouve hors de tout doute raisonnable la fausseté d'une déclaration reviendrait à excuser une bonne partie de l'activité expressive nocive que vise le par. 319(2) même en

1990 CanLII 24 (SCC)

onus must therefore reside in the fact that it only applies where the Crown has proven beyond a reasonable doubt an intent to promote harm-causing hatred, and in the recognition that excessive deference to the possibility that a statement is true will undermine Parliament's objective.

IX. Conclusion

In so far as its purpose is to prohibit the expression of certain meanings, s. 319(2) of the *Criminal Code* infringes the guarantee of freedom of expression found in s. 2(*b*) of the *Charter*. Given the importance of Parliament's purpose in preventing the dissemination of hate propaganda and the tenuous connection such expression has with s. 2(*b*) values, however, I have found the narrowly drawn parameters of s. 319(2) to be justifiable under s. 1. Similarly, although the reverse onus provision contained in s. 319(3)(*a*) conflicts with the s. 11(*d*) presumption of innocence, it can be seen as a justifiable means of excusing truthful statements without undermining the objective of preventing harm caused by the intentional promotion of hatred.

Having come to these conclusions, I answer the constitutional questions in the following manner:

1. Is s. 281.2(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) an infringement of freedom of expression as guaranteed under s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

   Answer: Yes.

2. If s. 281.2(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) is an infringement of s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, can it be upheld under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society?

   Answer: Yes.

présence d'une preuve minime de sa valeur. À mon avis, la justification de ce renversement du fardeau de la preuve doit résider dans le fait qu'elle joue uniquement dans les cas où le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable l'intention de fomenter une haine préjudiciable, et dans la reconnaissance qu'en s'arrêtant trop à la possibilité qu'une déclaration soit vraie, on risquerait de faire obstacle à l'objectif du législateur.

IX. Conclusion

Pour autant qu'il vise à interdire l'expression de certaines idées, le par. 319(2) du *Code criminel* viole la garantie de la liberté d'expression énoncée à l'al. 2*b*) de la *Charte*. Vu l'importance du but du législateur d'empêcher la diffusion de la propagande haineuse et compte tenu de la faiblesse du lien entre cette expression et les valeurs sous-jacentes à l'al. 2*b*), je conclus toutefois que la disposition de portée restreinte qu'est le par. 319(2) est justifiable en vertu de l'article premier. De même, bien que le renversement du fardeau de la preuve par l'al. 319(3)*a*) entre en conflit avec la présomption d'innocence prévue à l'al. 11*d*), elle peut être considérée comme un moyen justifiable d'excuser des déclarations vraies sans miner l'objectif de prévenir le mal causé par la fomentation intentionnelle de la haine.

Étant arrivé à ces conclusions, je donne aux questions constitutionnelles les réponses suivantes:

1. Le paragraphe 281.2(2) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le par. 319(2) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte-t-il atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

   Réponse: Oui.

2. Si le paragraphe 281.2(2) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le par. 319(2) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte atteinte à l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, constitue-t-il une limite raisonnable imposée par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

   Réponse: Oui.

1990 CanLII 24 (SCC)

3. Is s. 281.2(3)(*a*) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(3)(*a*) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) an infringement of the right to be presumed innocent, as guaranteed under s. 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

4. If s. 281.2(3)(*a*) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(3)(*a*) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) is an infringement of s. 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, can it be upheld under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society?

Answer: Yes.

I would thus reverse the decision of the Alberta Court of Appeal and allow the appeal. This case should return to the Court of Appeal in order to resolve those issues left unexamined by reason of its decision to strike down the impugned provisions.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J. (dissenting)—I agree with Justice McLachlin on the issues respecting freedom of expression and I would accordingly dispose of the appeal and answer the first two constitutional questions as she does. I find it unnecessary to consider the issues respecting the right to be presumed innocent and, in consequence, to answer the other constitutional questions.

The reasons of Sopinka and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting)—

Introduction

The issue on this appeal is whether ss. 319(2) and 319(3) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, creating the offence of unlawfully promoting hatred, should be struck down on the ground that they infringe the guarantees of free expression and the presumption of innocence embodied in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

3. L'alinéa 281.2(3)*a*) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'al. 319(3)*a*) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte-t-il atteinte au droit d'être présumé innocent garanti par l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

4. Si l'alinéa 281.2(3)*a*) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'al. 319(3)*a*) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte atteinte à l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, constitue-t-il une limite raisonnable imposée par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

Je suis en conséquence d'avis d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta et d'accueillir le pourvoi. L'affaire devrait être renvoyée à la Cour d'appel pour le règlement des questions qui n'ont pas été examinées en raison de sa décision d'invalider les dispositions attaquées.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident)—Je souscris aux motifs du juge McLachlin sur les questions relatives à la liberté d'expression. Je trancherais donc le présent pourvoi et je répondrais aux deux premières questions constitutionnelles de la façon qu'elle propose. J'estime inutile d'examiner les questions relatives au droit d'être présumé innocent et donc de répondre aux deux autres questions constitutionnelles.

Version française des motifs des juges Sopinka et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente)—

Introduction

La question dans le présent pourvoi est de savoir si les par. 319(2) et (3) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui créent l'infraction de fomentation de la haine, devraient être invalidés pour le motif qu'ils violent la garantie de la liberté d'expression et la présomption d'innocence consacrées dans la *Charte canadienne des droits et libertés*.

1990 CanLII 24 (SCC)

Mr. Keegstra, a secondary school teacher in Eckville, a small town in Alberta, was convicted of unlawfully promoting hatred under s. 319(2). The evidence established that he had systematically denigrated Jews and Judaism in his classes. He described Jews by such epithets as "revolutionists", "treacherous", "imposters", "communists", "secret", "sneaky", "manipulative", and "deceptive". He taught that the Jewish people are "barbaric", "subversive", "sadistic", "materialistic", "money-loving" and "power hungry". He maintained that anyone Jewish must be evil and that anyone evil must be Jewish. Not only did he maintain these things; he advised the students that they must accept his views as true unless they were able to contradict them. Moreover, he expected his students to regurgitate these notions in essays and examinations. If they did so, they received good marks. If they did not, their marks were poor.

Monsieur Keegstra, un professeur d'école secondaire à Eckville, une petite ville de l'Alberta, a été reconnu coupable d'avoir fomenté la haine en contravention du par. 319(2). D'après la preuve, il avait systématiquement dénigré les juifs et le judaïsme dans ses classes. Il désignait les juifs par des épithètes telles que «révolutionnaristes», «perfides», «imposteurs», «communistes», «dissimulés», «sournois», «manipulateurs» et «fourbes». Il enseignait que les juifs sont «barbares», «subversifs», «sadiques», «matérialistes», «cupides» et «avides de pouvoir». Il soutenait que tout juif devait être mauvais et que les gens mauvais devaient être juifs. Non seulement faisait-il ces affirmations, mais il disait aussi à ses élèves qu'ils devaient accepter ses opinions comme exactes, à moins de pouvoir les contredire. Il s'attendait en outre à ce que ses élèves reprennent ces idées dans leurs compositions et examens. S'ils le faisaient, ils avaient de bonnes notes. S'ils ne le faisaient pas, ils avaient de mauvaises notes.

Prior to his trial, Mr. Keegstra had applied to a judge of the Alberta Court of Queen's Bench for an order quashing the charge on the ground that s. 319(2) of the *Criminal Code* violates the right of freedom of expression guaranteed by the *Charter*. Quigley J. rejected this contention: (1984), 19 C.C.C. (3d) 254. He regarded the section, not as a limit on freedom of expression, but rather as a safeguard promoting freedom of expression. In his view, "freedom of expression" in s. 2(*b*) of the *Charter* does not mean an absolute freedom conferring an unabridged right of speech or expression. He added that if he were wrong in concluding that s. 319(2) did not infringe s. 2(*b*), he would find that the limit was a reasonable one, demonstrably justified in a free and democratic society within s. 1 of the *Charter*.

Avant son procès, M. Keegstra avait demandé à un juge de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta d'ordonner l'annulation de l'accusation pour le motif que le par. 319(2) du *Code criminel* porte atteinte au droit à la liberté d'expression garanti par la *Charte*. Cet argument a été rejeté par le juge Quigley: (1984), 19 C.C.C. (3d) 254. Il considérait ce paragraphe non pas comme une restriction de la liberté d'expression mais comme une disposition protectrice favorisant la liberté d'expression. Selon lui, «liberté d'expression» à l'al. 2*b*) de la *Charte* ne signifiait aucunement la liberté absolue conférant un droit illimité de s'exprimer. Il a ajouté que, si sa conclusion que le par. 319(2) ne portait pas atteinte à l'al. 2*b*) était erronée, il conclurait qu'il s'agissait d'une limite raisonnable dont la justification pouvait se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte*.

The Court of Appeal, however, reversed this decision, and quashed the conviction entered at trial: (1988), 43 C.C.C. (3d) 150. In its view, s. 319(2) of the *Criminal Code* violated the *Charter* in two ways. First, it infringed the presumption of innocence by making the truth of statements promoting hatred a defence, but placing the burden of

La Cour d'appel a cependant infirmé cette décision et annulé la déclaration de culpabilité inscrite au procès: (1988), 43 C.C.C. (3d) 150. À son avis, le par. 319(2) du *Code criminel* violait la *Charte* à deux titres. Premièrement, en faisant de la véracité des déclarations tendant à fomenter la haine un moyen de défense tout en imposant à l'accusé le

1990 CanLII 24 (SCC)

proving them on the accused. Second, it violated the guarantee of free speech in s. 2(*b*) of the *Charter*. The court, *per* Kerans J.A., held that "imprudent promotion of hatred falls within the definition of freedom of expression" (p. 162) in that section, and that mistakes of fact by speakers—even by speakers who have no reasonable grounds for the mistake—are protected under the *Charter*.

Nor was the violation saved by s. 1 of the *Charter*, in the opinion of the Court of Appeal. "[T]his rule is overly broad", Kerans J.A. observed, pointing out that the section does not require that anyone actually come to hate a member of the protected group as a result of the promotion of hatred by the offender. He accepted that the spread of hatred against target groups might be justifiably regulated, but found the fact that the law criminalizes mere attempts to do so and leaves no room for the defence of honest mistake precluded its justification as a reasonable measure justified in a democratic society. Nor, in the view of Kerans J.A., did the values of multiculturalism and equality enshrined in the *Charter* make the limit imposed on free expression by s. 319(2) of the *Criminal Code* reasonable under s. 1. Section 15 is restricted to government action, while the concern of s. 319(2) is individual expression—expression protected by s. 2(*b*) of the *Charter*. In Kerans J.A.'s view, nothing in the *Charter* suggests a legally enforceable orthodoxy in matters of expression. On the contrary, our commitment to the marketplace of ideas precludes us from presuming that those who promote hatred will be successful in fomenting it among the majority of Canadians. Moreover, freedom of expression is an individual liberty of such importance that it can be overridden only by an extraordinarily weighty public goal. In the end the Court of Appeal held that the *Charter* protected even imprudent promotion of hatred, up to the point where it actually caused listeners to hate target groups.

fardeau de la prouver, il portait atteinte à la présomption d'innocence. Deuxièmement, il constituait une violation de la garantie de liberté d'expression énoncée à l'al. 2*b*) de la *Charte*. Le juge Kerans, au nom de la cour, dit que [TRADUCTION] «la fomentation imprudente de la haine relève de la définition de la liberté d'expression» (p. 162) aux fins de cet alinéa, et que les erreurs de fait commises par ceux qui s'expriment—même par ceux dont l'erreur n'a aucun fondement raisonnable—bénéficient de la protection de la *Charte*.

De plus, selon la Cour d'appel, la violation en question ne peut se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*. [TRADUCTION] «[C]ette règle a une portée trop large» fait remarquer le juge Kerans en soulignant que le paragraphe en cause n'exige pas que la fomentation de la haine par l'auteur de l'infraction amène effectivement quelqu'un à haïr un membre du groupe protégé. Il convient que la réglementation de la propagation de la haine contre des groupes cibles peut être justifiable, mais conclut que le fait que la loi criminalise de simples tentatives sans admettre le moyen de défense de l'erreur involontaire exclut sa justification comme mesure raisonnable justifiée dans une société démocratique. Le juge Kerans estime en outre que les valeurs du multiculturalisme et de l'égalité consacrées dans la *Charte* ne rendent pas raisonnable au sens de l'article premier la limite imposée à la liberté d'expression par le par. 319(2) du *Code criminel*. L'article 15 ne vise que l'action gouvernementale, tandis que le par. 319(2) vise l'expression individuelle—celle que protège l'al. 2*b*) de la *Charte*. Selon le juge Kerans, rien dans la *Charte* ne laisse supposer l'existence en matière d'expression d'une orthodoxie à laquelle on peut être légalement astreint. Au contraire, notre adhésion à la notion du marché des idées nous interdit de présumer que les fomentateurs de haine parviendront à provoquer cette haine chez la majorité des Canadiens. De plus, la liberté d'expression est une liberté individuelle à ce point capitale que seul peut l'emporter sur elle un objectif public d'une importance exceptionnelle. La Cour d'appel a décidé en dernière analyse que la *Charte* protège même la fomentation imprudente de la haine jusqu'au point où elle provoque réellement chez certains auditeurs de la haine pour les groupes visés.

CanLII 2006 (SCC) 34 (CanLII)

The Crown appeals to this Court.

Statutory Provisions

The respondent was charged under s. 319(2) of the *Criminal Code*, which provides:

319. ...

(2) Every one who, by communicating statements, other than in private conversation, wilfully promotes hatred against any identifiable group is guilty of

(*a*) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years; or

(*b*) an offence punishable on summary conviction.

(3) No person shall be convicted of an offence under subsection (2)

(*a*) if he establishes that the statements communicated were true;

(*b*) if, in good faith, he expressed or attempted to establish by argument an opinion on a religious subject;

(*c*) if the statements were relevant to any subject of public interest, the discussion of which was for the public benefit, and if on reasonable grounds he believed them to be true; or

(*d*) if, in good faith, he intended to point out, for the purpose of removal, matters producing or tending to produce feelings of hatred toward an identifiable group in Canada.

. . .

(6) No proceeding for an offence under subsection (2) shall be instituted without the consent of the Attorney General.

(7) In this section,

"communicating" includes communicating by telephone, broadcasting or other audible or visible means;

"identifiable group" has the same meaning as in section 318;

"public place" includes any place to which the public have access as of right or by invitation, express or implied;

"statements" includes words spoken or written or recorded electronically or electro-magnetically or otherwise, and gestures, signs or other visible representations.

Le ministère public se pourvoit devant notre Cour.

Les dispositions législatives

L'intimé a été inculpé en vertu du par. 319(2) du *Code criminel*, dont voici le texte:

319. ...

(2) Quiconque, par la communication de déclarations autrement que dans une conversation privée, fomente volontairement la haine contre un groupe identifiable est coupable:

a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

(3) Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction prévue au paragraphe (2) dans les cas suivants:

a) il établit que les déclarations communiquées étaient vraies;

b) il a, de bonne foi, exprimé une opinion sur un sujet religieux ou tenté d'en établir le bien-fondé par discussion;

c) les déclarations se rapportaient à une question d'intérêt public dont l'examen était fait dans l'intérêt du public et, pour des motifs raisonnables, il les croyait vraies;

d) de bonne foi, il voulait attirer l'attention, afin qu'il y soit remédié, sur des questions provoquant ou de nature à provoquer des sentiments de haine à l'égard d'un groupe identifiable au Canada.

. . .

(6) Il ne peut être engagé de poursuites pour une infraction prévue au paragraphe (2) sans le consentement du procureur général.

(7) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

«communiquer» S'entend notamment de la communication par téléphone, radiodiffusion ou autres moyens de communication visuelle ou sonore.

«déclarations» S'entend notamment des mots parlés, écrits ou enregistrés par des moyens électroniques ou électromagnétiques ou autrement, et des gestes, signes ou autres représentations visibles.

«endroit public» Tout lieu auquel le public a accès de droit ou sur invitation, expresse ou tacite.

«groupe identifiable» A le sens que lui donne l'article 318.

1990 CanLII 24 (SCC)

"Identifiable group" is defined as follows:

318. . . .

(4) In this section, "identifiable group" means any section of the public distinguished by colour, race, religion or ethnic origin.

It will be observed that what is prohibited is the wilful promotion of hatred of identifiable groups. Casual slips of the tongue are not actionable. On the other hand, it is not necessary that the statements actually have the effect of promoting hatred. Truth is a defence, but the burden of establishing it lies on the accused.

This provision must be tested against the principles established in the *Charter*, and in particular, the following sections:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . .

(*b*) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

11. Any person charged with an offence has the right

. . .

(*d*) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

27. This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians.

Issues

The issues are the following:

L'expression «groupe identifiable» est ainsi défini:

318. . . .

(4) Au présent article, «groupe identifiable» désigne toute section du public qui se différencie des autres par la couleur, la race, la religion ou l'origine ethnique.

On peut constater que ce qui est interdit c'est la fomentation volontaire de la haine contre des groupes identifiables. De simples lapsus ne donnent pas lieu à des poursuites. Par ailleurs, il n'est pas nécessaire que les déclarations aient réellement pour effet de fomenter la haine. La véracité est un moyen de défense, mais c'est à l'accusé qu'il incombe de l'établir.

La disposition en cause doit être examinée à la lumière des principes énoncés dans la *Charte*, notamment aux articles suivants:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

. . .

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

11. Tout inculpé a le droit:

. . .

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

27. Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens.

Les questions en litige

Le litige porte sur les questions suivantes:

1990 CanLII 24 (SCC)

1. Does s. 319(2) of the *Criminal Code* breach s. 2(*b*) of the *Charter*?

2. Do ss. 319(2) and 319(3) of the *Criminal Code* breach s. 11(*d*) of the *Charter*?

3. If the answer to either questions 1 or 2 is affirmative, can the infringements be justified under s. 1 of the *Charter*?

The following constitutional questions stated by Dickson C.J. reflect these issues:

1. Is s. 281.2(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) an infringement of freedom of expression as guaranteed under s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If s. 281.2(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) is an infringement of s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, can it be upheld under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society?

3. Is s. 281.2(3)(*a*) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(3)(*a*) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) an infringement of the right to be presumed innocent, as guaranteed under s. 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

4. If s. 281.2(3)(*a*) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(3)(*a*) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) is an infringement of s. 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, can it be upheld under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society?

Analysis

I. *Background*

This case poses questions of great importance and difficulty. In order to situate them in their

1. Le paragraphe 319(2) du *Code criminel* viole-t-il l'al. 2*b*) de la *Charte*?

2. Les paragraphes 319(2) et (3) du *Code criminel* violent-ils l'al. 11*d*) de la *Charte*?

3. Si la réponse à l'une ou l'autre des deux premières questions est affirmative, les violations peuvent-elles être justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte*?

Ces questions sont reflétées dans les questions constitutionnelles formulées par le juge en chef Dickson:

1. Le paragraphe 281.2(2) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le par. 319(2) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte-t-il atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. Si le paragraphe 281.2(2) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le par. 319(2) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte atteinte à l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, constitue-t-il une limite raisonnable imposée par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

3. L'alinéa 281.2(3)*a*) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'al. 319(3)*a*) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte-t-il atteinte au droit d'être présumé innocent garanti par l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

4. Si l'alinéa 281.2(3)*a*) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'al. 319(3)*a*) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte atteinte à l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, constitue-t-il une limite raisonnable imposée par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Analyse

I. *Contexte*

Cette instance soulève des questions très importantes et très difficiles. Afin de les situer dans un

1990 CanLII 24 (SCC)

proper context, I preface my analysis of the issues with a brief philosophical and historical perspective of the role of free expression in our society, both in general terms and in relation to hate propaganda.

A. A Philosophical View of Freedom of Expression and the *Charter*

Various philosophical justifications exist for freedom of expression. Some of these posit free expression as a means to other ends. Others see freedom of expression as an end in itself.

Salient among the justifications for free expression in the first category is the postulate that the freedom is instrumental in promoting the free flow of ideas essential to political democracy and the functioning of democratic institutions. This is sometimes referred to as the political process rationale: see A. W. MacKay, "Freedom of Expression: Is It All Just Talk?" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 713. The *locus classicus* of this rationale is A. Meiklejohn, *Free Speech and its Relation to Self-Government* (1948).

A corollary of the view that expression must be free because of its role in the political process is that only expression relating to the political process is worthy of constitutional protection. However, within these limits protection for expression is said to be absolute. The political process rationale has played a significant role in the development of First Amendment doctrine in the United States, and various justices of the U.S. Supreme Court (though never a majority) have embraced its theory that protection of speech is absolute within these restricted bounds. Its importance has also been affirmed by Canadian courts, both before and since the advent of the *Charter*.

A variant on the political process theory ascribes to freedom of expression a central role as the pivotal freedom on which all others depend. Without the freedom to comment and criticize, other fundamental rights and freedoms may be subvert-

contexte approprié, je présente en guise de préface à mon analyse des questions en litige un bref aperçu philosophique et historique du rôle de la liberté d'expression dans notre société, tant d'un point de vue général que par rapport à la propagande haineuse.

A. Une vue philosophique de la liberté d'expression et la *Charte*

Il existe diverses justifications philosophiques de la liberté d'expression. Certaines placent la liberté d'expression parmi les moyens d'atteindre d'autres fins. D'autres la voient comme une fin en soi.

Parmi les justifications de la liberté d'expression qui tombent dans la première catégorie, la plus remarquable soutient que cette liberté contribue à favoriser le libre échange d'idées qui est indispensable à la démocratie et au fonctionnement des institutions démocratiques. C'est ce qu'on appelle parfois la justification fondée sur le processus politique: voir A. W. MacKay, «Freedom of Expression: Is It All Just Talk?» (1989), 68 *R. du B. can.* 713. L'énoncé classique de cette justification se trouve dans A. Meiklejohn, *Free Speech and its Relation to Self-Government* (1948).

Le point de vue selon lequel la liberté d'expression s'impose en raison de son rôle dans le processus politique a pour corollaire que seule mérite la protection constitutionnelle l'expression se rapportant au processus politique. Toutefois l'expression, dit-on, bénéficie d'une protection absolue à l'intérieur de ces limites. La justification fondée sur le processus politique a joué un rôle important dans l'évolution de l'interprétation du Premier amendement aux États-Unis, et plusieurs juges de la Cour suprême des États-Unis (qui n'ont cependant jamais été majoritaires) ont adopté la théorie du caractère absolu de la protection de l'expression dans ces limites précises. L'importance de cette justification a également été affirmée par des tribunaux canadiens, avant comme après l'entrée en vigueur de la *Charte*.

Une variante de la théorie relative au processus politique attribue à la liberté d'expression un rôle crucial en ce qu'elle serait la liberté clé dont dépendent toutes les autres. En effet, sans la liberté de commenter et de critiquer, d'autres

1990 CanLII 24 (SCC)

ed by the state. This argument gives freedom of expression an enhanced status in relation to other rights.

The validity of the political process rationale for freedom of expression is undeniable. It is, however, limited. It justifies only a relatively narrow sector of free expression—one much narrower than either the wording of the First Amendment or s. 2(*b*) of the *Charter* would suggest.

Another venerable rationale for freedom of expression (dating at least to Milton's *Areopagitica* in 1644) is that it is an essential precondition of the search for truth. Like the political process model, this model is instrumental in outlook. Freedom of expression is seen as a means of promoting a "marketplace of ideas", in which competing ideas vie for supremacy to the end of attaining the truth. The "marketplace of ideas" metaphor was coined by Justice Oliver Wendell Holmes, in his famous dissent in *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919). This approach, however, has been criticized on the ground that there is no guarantee that the free expression of ideas will in fact lead to the truth. Indeed, as history attests, it is quite possible that dangerous, destructive and inherently untrue ideas may prevail, at least in the short run.

Notwithstanding the cogency of this critique, it does not negate the essential validity of the notion of the value of the marketplace of ideas. While freedom of expression provides no guarantee that the truth will always prevail, it still can be argued that it assists in promoting the truth in ways which would be impossible without the freedom. One need only look to societies where free expression has been curtailed to see the adverse effects both on truth and on human creativity. It is no coincidence that in societies where freedom of expression is severely restricted truth is often replaced by the coerced propagation of ideas that may have little relevance to the problems which the society actually faces. Nor is it a coincidence that industry,

droits et libertés fondamentaux pourraient être anéantis par l'État. Cet argument privilégie donc la liberté d'expression par rapport aux autres droits.

La légitimité de la justification de la liberté d'expression fondée sur le processus politique est incontestable. Elle a toutefois ses limites. Elle ne justifie en fait qu'un aspect relativement restreint de la liberté d'expression—bien plus restreint que ce qui semble se dégager du texte du Premier amendement ou de l'al. 2*b*) de la *Charte*.

Une autre vénérable justification de la liberté d'expression (qui remonte au moins à de l'*Areopagitica* de Milton en 1644) dit qu'elle est un préalable essentiel de la recherche de la vérité. Ce modèle, comme celui basé sur le processus politique, part d'un point de vue instrumentaliste. La liberté d'expression est perçue comme un moyen de favoriser un «marché des idées» où des idées rivales se disputent la suprématie afin de faire surgir la vérité. La métaphore du «marché des idées» a été forgée par le juge Oliver Wendell Holmes dans sa célèbre dissidence de l'arrêt *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919). On a toutefois reproché à cette justification qu'elle n'offre aucune garantie que la libre expression d'idées conduira vraiment à la vérité. En fait, comme l'Histoire le démontre, il est très possible que des idées dangereuses, destructrices et fondamentalement fausses prévalent, du moins à court terme.

Malgré sa force, cette critique ne détruit pas la justesse essentielle de la notion de la valeur du marché des idées. Si la liberté d'expression ne donne aucune garantie que la vérité l'emportera toujours, on peut tout de même soutenir qu'elle contribue, de façons qui seraient impossibles en son absence, à favoriser la recherche de la vérité. Il suffit de prendre le cas de sociétés qui ont restreint la liberté d'expression pour constater combien en souffrent à la fois la vérité et la créativité humaine. Ce n'est pas par coïncidence que, dans des sociétés où la liberté d'expression est sévèrement limitée, la vérité fait souvent place à la propagation forcée d'idées qui peuvent n'avoir que peu de rapport avec les problèmes réels de ces

1990 CanLII 24 (SCC)

economic development and scientific and artistic creativity may stagnate in such societies.

Moreover, to confine the justification for guaranteeing freedom of expression to the promotion of truth is arguably wrong, because however important truth may be, certain opinions are incapable of being proven either true or false. Many ideas and expressions which cannot be verified are valuable. Such considerations convince me that freedom of expression can be justified at least in part on the basis that it promotes the "marketplace of ideas" and hence a more relevant, vibrant and progressive society.

But freedom of expression may be viewed as more than a means to other ends. Many assert that free expression is an end in itself, a value essential to the sort of society we wish to preserve. This view holds that freedom of expression "derives from the widely accepted premise of Western thought that the proper end of man is the realization of his character and potentialities as a human being". It follows from this premise that all persons have the right to form their own beliefs and opinions, and to express them. "For expression is an integral part of the development of ideas, of mental exploration and of the affirmation of self": T. I. Emerson, "Toward a General Theory of the First Amendment" (1963), 72 *Yale L.J.* 877, at p. 879. It is demeaning of freedom of expression and wrong, the proponents of this view argue, to conceive the right only in terms of the ends it may assist in achieving. "[I]t is not a general measure of the individual's right to freedom of expression that any particular exercise of the right may be thought to promote or retard other goals of the society" (p. 880). Freedom of expression is seen as worth preserving for its own intrinsic value.

Those who assert that freedom of expression is worth protecting for its intrinsic value to the self-realization of both speaker and listener tend to

sociétés. Ce n'est pas une coïncidence non plus que le développement industriel et économique ainsi que la créativité scientifique et artistique soient freinés dans ces sociétés.

On peut soutenir par ailleurs que c'est une erreur de limiter la justification de la liberté d'expression à la promotion de la vérité, car pour importante que la vérité puisse être, il est impossible de prouver que certaines opinions sont vraies ou fausses. Maintes idées et expressions qui ne peuvent être vérifiées ont néanmoins de la valeur. Ces considérations me convainquent que la liberté d'expression peut se justifier, en partie du moins, par le fait qu'elle favorise le «marché des idées» et permet ainsi la création d'une société plus actuelle, plus dynamique et plus progressive.

La liberté d'expression peut toutefois être perçue comme davantage qu'un moyen d'atteindre d'autres fins. Nombreux sont ceux qui affirment en effet que la liberté d'expression est une fin en soi, une valeur essentielle au type de société que nous souhaitons préserver. Suivant ce point de vue, la liberté d'expression [TRADUCTION] «est dérivée de la prémisse généralement acceptée en Occident que la véritable finalité de l'homme est l'épanouissement de son caractère et la réalisation de toutes ses possibilités d'être humain». Il découle de cette prémisse que chacun a le droit de former ses propres croyances et opinions et de les exprimer. [TRADUCTION] «Car l'expression est partie intégrante du développement des idées, de l'exploration intellectuelle et de l'affirmation de soi»: T. I. Emerson, «Toward a General Theory of the First Amendment» (1963), 72 *Yale L.J.* 877, à la p. 879. C'est dévaloriser la liberté d'expression et c'est une erreur selon les tenants de ce point de vue, de concevoir ce droit en fonction uniquement des fins qu'il peut nous aider à atteindre. [TRADUCTION] «[L]e fait qu'un exercice particulier du droit peut être considéré favoriser ou retarder la réalisation d'autres buts collectifs n'est pas la mesure générale de la liberté d'expression d'une personne» (p. 880). La liberté d'expression vaut la peine d'être sauvegardée en raison de sa valeur intrinsèque.

Ceux qui affirment que la liberté d'expression vaut la peine d'être protégée pour sa valeur intrinsèque comme moyen de réaliser l'épanouissement

1990 CanLII 24 (SCC)

combine this rationale with others. (See for example Emerson, op. cit., at pp. 879-80 and L. Tribe, *American Constitutional Law* (2nd ed. 1988), at pp. 785-89.) On its own, this justification for free expression is arguably too broad and amorphous to found constitutional principle. Furthermore, it does not answer the question of why expression should be deserving of special constitutional status, while other self-fulfilling activities are not. Nevertheless, an emphasis on the intrinsic value of freedom of expression provides a useful supplement to the more utilitarian rationales, justifying, for example, forms of artistic expression which some might otherwise be tempted to exclude.

Arguments based on intrinsic value and practical consequences are married in the thought of F. Schauer (*Free Speech: A Philosophical Enquiry* (1982)). Rather than evaluating expression to see why it might be worthy of protection, Schauer evaluates the reasons why a government might attempt to limit expression. Schauer points out that throughout history, attempts to restrict expression have accounted for a disproportionate share of governmental blunders—from the condemnation of Galileo for suggesting the earth is round to the suppression as "obscene" of many great works of art. Professor Schauer explains this peculiar inability of censoring governments to avoid mistakes by the fact that, in limiting expression, governments often act as judge in their own cause. They have an interest in stilling criticism of themselves, or even in enhancing their own popularity by silencing unpopular expression. These motives may render them unable to carefully weigh the advantages and disadvantages of suppression in many instances. That is not to say that it is always illegitimate for governments to curtail expression, but government attempts to do so must *prima facie* be viewed with suspicion.

Schauer's approach reminds us that no one rationale provides the last word on freedom of

tant de celui qui s'exprime que de l'auditeur, ont tendance à lier cette justification à d'autres. (Voir, par exemple, Emerson, *loc. cit.*, aux pp. 879 et 880, et L. Tribe, *American Constitutional Law* (2e éd. 1988), aux pp. 785 à 789.) Prise isolément, cette justification de la libre expression est peut-être trop large et trop imprécise pour fonder un principe constitutionnel. En outre, elle n'explique pas pourquoi l'expression mérite un statut constitutionnel particulier et non certaines autres activités d'épanouissement personnel. Néanmoins, l'importance donnée à la valeur intrinsèque de la liberté d'expression est un complément utile aux justifications de caractère plus utilitaires qui admettent, par exemple, certaines formes d'expression artistique que certains pourraient autrement être tentés d'exclure.

Dans la pensée de F. Schauer (*Free Speech: A Philosophical Enquiry* (1982)), les arguments fondés sur la valeur intrinsèque se marient à ceux fondés sur les conséquences pratiques. Plutôt que d'évaluer l'expression pour voir pourquoi elle pourrait mériter la protection, Schauer considère les raisons susceptibles d'amener un gouvernement à essayer de limiter l'expression. L'histoire démontre, souligne Schauer, que les tentatives de restriction de l'expression figurent en nombre disproportionné parmi les bévues gouvernementales—de la condamnation de Galilée pour avoir affirmé que la Terre est ronde jusqu'à la suppression de grandes œuvres d'art jugées «obscènes». Le professeur Schauer explique cette curieuse incapacité des gouvernements qui pratiquent la censure d'éviter les erreurs par le fait qu'en limitant l'expression les gouvernements se constituent souvent juge et partie. Ils ont intérêt à faire taire les critiques à leur endroit, ou même à augmenter leur propre popularité en étouffant l'expression impopulaire. Ces mobiles les mettent souvent dans l'impossibilité de bien peser le pour et le contre de la suppression. Cela ne veut pas dire qu'il est toujours illégitime de la part des gouvernements d'imposer des restrictions à l'expression, mais toute tentative de ce genre de la part d'un gouvernement doit à première vue éveiller la suspicion.

Le raisonnement de Schauer nous rappelle qu'aucune justification n'est définitive en matière

1990 CanLII 24 (SCC)

expression. Indeed, it seems likely that theories about freedom of expression will continue to develop.

How do these diverse justifications of freedom of expression relate to s. 2(*b*) of the *Charter*? First, it may be noted that the broad wording of s. 2(*b*) of the *Charter* is arguably inconsistent with a justification based on a single facet of free expression. This suggests that there is no need to adopt any one definitive justification for freedom of expression. Different justifications for freedom of expression may assume varying degrees of importance in different fact situations. However, each of the above rationales is capable of providing guidance as to the scope and content of s. 2(*b*).

The interpretation which has been placed on s. 2(*b*) of the *Charter* confirms the relevance of both instrumental and intrinsic justifications for free expression. This Court has adopted a purposive approach in construing the rights and freedoms guaranteed by the *Charter*. When placed in the context of the judicial history of freedom of expression in Canada, it suggests that it is appropriate to consider the ends which freedom of speech may serve in determining its scope and the justifiability of infringements upon it. These ends include the maintenance of our democratic rights and the benefits to be gained from the pursuit of truth and creativity in science, art, industry and other endeavours. At the same time, the emphasis which this Court has placed upon the inherent dignity of the individual in interpreting *Charter* guarantees suggests that the rationale of self-actualization should also play an important part in decisions under s. 2(*b*) of the *Charter*.

In accordance with this eclectic approach, the Court in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, identified three values as underlying the guarantee of freedom of expression in s. 2(*b*) of the *Charter*: the value of seeking and attaining truth; the value of participation in social and political decision-making; and individual self-fulfillment and human flourishing.

de liberté d'expression. En fait, il est probable que des théories relatives à la liberté d'expression continueront à se développer.

En quoi ces diverses justifications de la liberté d'expression se rapportent-elles à l'al. 2*b*) de la *Charte*? On peut souligner d'abord que la portée large du texte de l'al. 2*b*) de la *Charte* est peut-être incompatible avec une justification fondée sur une seule facette de la liberté d'expression. Cela laisse supposer qu'il n'est pas besoin d'adopter une justification définitive de la liberté d'expression. Différentes justifications de la liberté d'expression peuvent prendre divers degrés d'importance dans différentes situations. Toutefois, chacune des justifications susmentionnées peut nous éclairer sur la portée et le contenu de l'al. 2*b*).

L'interprétation qui a été donnée à l'al. 2*b*) de la *Charte* confirme la pertinence des justifications de la liberté d'expression selon sa valeur tant instrumentale qu'intrinsèque. Notre Cour interprète les droits et libertés garantis par la *Charte* en fonction de l'objet visé. Dans le contexte de l'histoire judiciaire de la liberté d'expression au Canada, cela permet de penser qu'il y a lieu, dans la détermination de sa portée et du caractère justifiable de sa restriction, de tenir compte des fins pouvant être servies par la liberté de parole. Ces fins comprennent le maintien de nos droits démocratiques et les avantages de la créativité et de la recherche de la vérité dans les sciences, dans l'art, dans l'industrie et dans d'autres domaines. En même temps, l'importance que notre Cour a attachée à la dignité intrinsèque de l'individu en interprétant les droits et libertés garantis par la *Charte* indique que la justification qu'est l'épanouissement personnel doit jouer un rôle de premier plan dans les décisions fondées sur l'al. 2*b*) de la *Charte*.

En conformité avec cette approche éclectique, notre Cour dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, a énuméré trois valeurs qui sous-tendent la garantie de liberté d'expression énoncée à l'al. 2*b*) de la *Charte*: la recherche de la vérité; la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique; et l'enrichissement et l'épanouissement personnels.

1990 CanLII 24 (SCC)

Free expression is a fundamental value in our society for any and all of these reasons. Nevertheless, it is not an absolute value. Like other liberties which we prize so highly, freedom of expression must in certain circumstances give way to countervailing considerations. The question is always one of balance. Freedom of expression protects certain values which we consider fundamental—democracy, a vital, vibrant and creative culture, the dignity of the individual. At the same time, free expression may put other values at risk. It may harm reputations, incite acts of violence. It may be abused to undermine our fundamental governmental institutions and undercut racial and social harmony. The law may legitimately trench on freedom of expression where the value of free expression is outweighed by the risks engendered by allowing freedom of expression.

Pour toutes ces raisons et chacune d'elles, la liberté d'expression est une valeur fondamentale dans notre société. Cette valeur n'est pourtant pas absolue. Comme d'autres libertés auxquelles nous attachons tant de prix, la liberté d'expression doit dans certaines circonstances céder le pas à des considérations opposées. Il s'agit toujours d'une question d'équilibre. La liberté d'expression protège certaines valeurs que nous tenons pour fondamentales—la démocratie, une culture vivante, dynamique et créative, et la dignité de l'individu. Il se peut néanmoins que la liberté d'expression compromette d'autres valeurs. Elle peut en effet nuire à des réputations et inciter à la violence. On peut en abuser dans le but de saper nos institutions politiques fondamentales et de miner l'harmonie raciale et sociale. Le législateur peut légitimement porter atteinte à la liberté d'expression dans un cas où les risques inhérents à cette liberté l'emportent sur sa valeur.

The framers of the *Charter* recognized both the fundamental nature of freedom of expression and the necessity of sometimes limiting it where the risks it poses are too great for society to tolerate. Its importance is reflected in the broad and untrammelled definition of expression embodied in s. 2(*b*). The guarantee of free expression is not internally limited as are certain other *Charter* rights (e.g., s. 8 of the *Charter*) or as are the equivalent guarantees in the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221 (1950), and the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171 (1966). The guarantees of free expression in those documents explicitly permit a wide variety of limitations on free expression—limitations which the person asserting the right of free expression must observe. By contrast, the Canadian guarantee of free expression is more comprehensive. The provision is a very broad guarantee, and all expression is *prima facie* protected. Any infringement must be justified by the state under s. 1. Moreover, as will be observed *infra*, freedom of expression had achieved a near-constitutional status in Canada long before its specific entrenchment by the *Charter*. All this suggests that the framers of the *Charter* envisaged freedom

Les rédacteurs de la *Charte* ont reconnu à la fois le caractère fondamental de la liberté d'expression et la nécessité d'y imposer parfois des limites lorsque les risques qu'elle pose sont trop grands pour être tolérés par la société. Son importance est reflétée dans la définition large et sans restriction du mot «expression» à l'al. 2*b*). La garantie de liberté d'expression, à la différence de certains autres droits conférés par la *Charte* (par exemple, l'art. 8 de la *Charte*) ou contrairement aux garanties analogues énoncées dans la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221 (1950), et dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171 (1966), n'est assujettie à aucune limitation découlant de son texte même. La garantie de liberté d'expression dans ces documents autorise explicitement une grande variété de restrictions à cette liberté—restrictions que la personne invoquant le droit à la libre expression doit respecter. La garantie canadienne de la liberté d'expression, au contraire, est plus globale. La disposition prévoit une garantie très large et toute expression bénéficie à première vue d'une protection. Toute dérogation doit être justifiée par l'État en vertu de l'article premier. De plus, comme je le fais observer ci-

1990 CanLII 24 (SCC)

of expression as a comprehensive, fundamental right of great importance.

At the same time, the *Charter* permits freedom of speech to be restricted by law where this is justified by the need to protect more important countervailing values. Thus the broad guarantee of freedom of expression in s. 2(*b*) of the *Charter* is made subject to s. 1 which permits such reasonable limitations on the right as may be justified in a free and democratic society.

B. The Historical Perspective

Freedom of speech and the press had acquired quasi-constitutional status well before the adoption of the *Charter* in 1982. In a series of cases dealing with legislation passed by repressive provincial regimes, the Supreme Court endorsed the proposition that the right to express political ideas could not be trammelled by the legislatures: see MacKay, op. cit., at pp. 715-16.

The focus of these decisions was the division of powers between the provinces and the federal government. The Alberta Press reference (*Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100) provides a good example. At issue was a bill introduced by the Alberta Legislature to compel newspapers to disclose their sources of news information and to print government statements correcting previous articles. The bill was struck down on the basis that the province had no jurisdiction over the free working of the political institutions of the state. Political expression, vital to the country as a whole, could not be limited by provincial legislation.

This approach to free expression was accepted and amplified by some judges of this Court in *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299, and *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285. Rand J. and Abbott J. spoke of an implied bill of

après, la liberté d'expression avait acquis un statut quasi constitutionnel au Canada, bien avant d'être consacrée expressément par la *Charte*. Tout cela permet de penser que les rédacteurs de la *Charte* ont envisagé la liberté d'expression comme un droit fondamental de vaste portée et de grande importance.

La *Charte* permet néanmoins la restriction de la liberté d'expression par une règle de droit lorsque cela se justifie par la nécessité de protéger des valeurs opposées plus importantes. Ainsi, la garantie large de la liberté d'expression à l'al. 2*b*) de la *Charte* est assujettie à l'article premier qui permet que ce droit soit restreint dans des limites raisonnables dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

B. La perspective historique

La liberté d'expression et la liberté de la presse avaient acquis un statut quasi constitutionnel bien avant l'adoption de la *Charte* en 1982. Dans une série d'arrêts concernant des mesures législatives prises par des régimes provinciaux répressifs, la Cour suprême a donné son aval à la thèse selon laquelle le droit d'exprimer des idées politiques ne pouvait être limité par les législateurs provinciaux: voir MacKay, *loc. cit.*, aux pp. 715 et 716.

Ces arrêts visaient principalement le partage des compétences entre les provinces et le gouvernement fédéral. Le renvoi relatif à la presse albertaine (*Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100) en est un bon exemple. Le litige portait sur un projet de loi déposé devant la législature de l'Alberta, qui visait à contraindre les journaux à divulguer les sources de leurs nouvelles et à publier les déclarations du gouvernement corrigeant des articles antérieurs. Ce projet de loi a été déclaré invalide au motif que la province n'avait pas compétence sur le libre fonctionnement des institutions politiques de l'État. L'expression politique, vitale pour l'ensemble du pays, ne pouvait être limitée par un texte législatif provincial.

Cette position à l'égard de la liberté d'expression a été acceptée et développée par certains juges de notre Cour dans les arrêts *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, et *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285. Les juges Rand et

1990 CanLII 24 (SCC)

rights arising out of the provision in the *Constitution Act, 1867*, for "a constitution similar in principle to that of the United Kingdom."

These decisions confirmed the fundamental importance of freedom of speech and the press in Canada. The conception of freedom of speech embodied in these cases, however, was largely limited to the political process model. Subsequent cases, such as *Cherneskey v. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 S.C.R. 1067, suggested an unwillingness to promote a broad concept of freedom of expression. Furthermore, in the pre-*Charter* context fundamental notions of free speech were ultimately recognized as subservient to legislative limits. The concept of an implied bill of rights put forward in *Saumur* and *Switzman* was rejected by the Court in *Attorney General for Canada and Dupond v. City of Montreal*, [1978] 2 S.C.R. 770, and the overriding power of legislatures to define the limits of free speech was confirmed in *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307.

Nevertheless, one thing has remained constant through all the decisions. That is the recognition that freedom of speech is a fundamental Canadian value.

Other pre-*Charter* cases reflected a broader approach to the scope of free speech concerns. In *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265, this Court affirmed the fundamental value of freedom of speech not only in our political system, but also in society generally. Rand J. wrote at p. 288:

> Freedom in thought and speech and disagreement in ideas and beliefs, on every conceivable subject, are of the essence of our life. The clash of critical discussion on political, social and religious subjects has too deeply become the stuff of daily experience to suggest that mere ill-will as a product of controversy can strike down the latter with illegality.... Controversial fury is aroused constantly by differences in abstract conceptions; heresy in some fields is again a mortal sin; there

Abbott ont parlé d'une déclaration des droits implicite tirée de la disposition de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoyant «une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni».

Ces arrêts viennent confirmer l'importance fondamentale de la liberté d'expression et de la liberté de la presse au Canada. Toutefois, la conception de la liberté d'expression que renferment ces arrêts se limitait pour l'essentiel à un modèle de processus politique. Des arrêts postérieurs, tels *Cherneskey c. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 1067, laissent transparaître une certaine réticence à favoriser une conception large de la liberté d'expression. De plus, avant la *Charte*, il avait été reconnu en dernière analyse que les notions fondamentales de la liberté de parole étaient assujetties à des restrictions législatives. L'idée d'une déclaration implicite des droits, avancée dans les arrêts *Saumur* et *Switzman*, a été rejetée par notre Cour dans l'arrêt *Procureur général du Canada et Dupond c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770, et le pouvoir prépondérant des législatures de définir les limites de la liberté d'expression a été confirmé dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307.

Il y a néanmoins dans toute cette jurisprudence une constante: la reconnaissance que la liberté d'expression est une valeur fondamentale au Canada.

D'autres arrêts antérieurs à la *Charte* traduisent une approche plus globale de la portée de la liberté de parole. Dans l'arrêt *Boucher v. The King*, [1951] R.C.S. 265, notre Cour a confirmé l'importance fondamentale de la liberté de parole non seulement dans notre système politique, mais aussi dans l'ensemble de la société. Le juge Rand écrit, à la p. 288:

> [TRADUCTION] La liberté d'opinion et de parole et les divergences d'opinions en matière d'idées et de croyances sur tous les sujets concevables sont l'essence de notre vie. Le choc des discussions critiques sur des sujets politiques, sociaux et religieux est tellement ancré dans l'expérience quotidienne qu'on ne peut incriminer les controverses pour le seul motif qu'elles font naître des inimitiés. [...] Des divergences d'opinions sur des conceptions abstraites soulèvent continuellement de vives

1990 CanLII 24 (SCC)

can be fanatical puritanism in ideas as well as in mortals; but our compact of free society accepts and absorbs these differences and they are exercised at large within the framework of freedom and order on broader and deeper uniformities as bases of social stability.

The enactment of s. 2(*b*) of the *Charter* represented both the continuity of these traditions, and a new flourishing of the importance of freedom of expression in Canadian society. As Professor MacKay has stated, op. cit., at p. 714:

> Freedom of expression was not invented by the Charter of Rights and Freedoms but it has acquired new dimensions as a consequence of its entrenchment.

Continuity has been stressed in cases such as *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573. McIntyre J., at p. 583, recognized both the deep roots of freedom of expression in Canadian society, and the key role it has played in our democratic development:

> Freedom of expression is not, however, a creature of the *Charter*. It is one of the fundamental concepts that has formed the basis for the historical development of the political, social and educational institutions of western society. Representative democracy, as we know it today, which is in great part the product of free expression and discussion of varying ideas, depends upon its maintenance and protection.

At the same time, bearing in mind the breadth of the wording of the guarantee in s. 2(*b*), and the need for a broad and liberal interpretation to realize the purposes of the guarantee, this Court has shown its preference for the broad approach set forth by Rand J. in *Boucher*. Rejecting the proposition that the *Charter*'s guarantee of freedom of expression is confined to political matters, this Court held in *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, and *Irwin Toy*, *supra*, that the *Charter* applies to commercial expression. All activities which convey or attempt to convey meaning *prima facie* fall within the scope of the guarantee: *Irwin Toy*, *per* Dickson C.J., Lamer and Wilson JJ. Within the framework of this

controverses; dans certains domaines l'hérésie tient encore du péché mortel; les idées au même titre que les êtres humains peuvent porter l'empreinte d'un puritanisme fanatique; mais notre société libre accepte et assimile ces différences et, reposant sur une uniformité plus profonde et plus étendue qui constitue le fondement de la stabilité sociale, elles se manifestent dans le cadre général de la liberté et de l'ordre.

L'adoption de l'al. 2*b*) de la *Charte* représentait à la fois la continuité dans ces traditions et un nouvel essor de l'importance de la liberté d'expression au sein de la société canadienne. Comme le dit le professeur MacKay, *loc. cit.*, à la p. 714:

> [TRADUCTION] La liberté d'expression n'a pas été inventée par la Charte des droits et libertés, mais elle a pris de nouvelles dimensions par suite de sa constitutionnalisation.

L'idée de continuité a été soulignée dans des arrêts comme *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, où le juge McIntyre, à la p. 583, reconnaît que la liberté d'expression est profondément enracinée dans la société canadienne et qu'elle a joué un rôle-clé dans notre évolution démocratique:

> La liberté d'expression n'est toutefois pas une création de la *Charte*. Elle constitue l'un des concepts fondamentaux sur lesquels repose le développement historique des institutions politiques, sociales et éducatives de la société occidentale. La démocratie représentative dans sa forme actuelle, qui est en grande partie le fruit de la liberté d'exprimer des idées divergentes et d'en discuter, dépend pour son existence de la préservation et de la protection de cette liberté.

En même temps, gardant à l'esprit la large portée du libellé de la garantie à l'al. 2*b*), ainsi que la nécessité d'une interprétation large et libérale susceptible d'assurer la réalisation des objets de cette garantie, notre Cour a manifesté sa préférence pour l'interprétation large exposée par le juge Rand dans l'arrêt *Boucher*. Écartant l'idée que la garantie de liberté d'expression contenue dans la *Charte* se borne au domaine de la politique, notre Cour a jugé dans les arrêts *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, et *Irwin Toy*, précité, que la *Charte* s'applique à l'expression commerciale. Toute activité qui transmet ou tente de transmettre une signification relève à première vue de la garantie: *Irwin Toy*, le

1990 CanLII 24 (SCC)

general principle, however, some of the classic rationales for protecting freedom of expression have been given a limited role in interpreting s. 2(*b*). Where a government measure limits expressive activity not by design but in its effects, to make out a violation of s. 2(*b*) the claimant must show that the expressive activity relates to those values identified in *Irwin Toy* as underlying the guarantee of freedom of expression in s. 2(*b*) of the *Charter*: the value of seeking and attaining truth; the value of participation in social and political decision-making; and individual self-fulfillment and human flourishing.

juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson. Dans le cadre de ce principe général, toutefois, certaines justifications classiques de la protection de la liberté d'expression se sont vu attribuer un rôle limité dans l'interprétation de l'al. 2*b*). Lorsqu'une mesure gouvernementale limite une activité expressive, non par dessein, mais par ses effets, le plaignant doit, pour établir une violation de l'al. 2*b*), démontrer que l'activité expressive est reliée aux valeurs qui, d'après l'arrêt *Irwin Toy*, sous-tendent la liberté d'expression garantie à l'al. 2*b*) de la *Charte*: la recherche de la vérité; la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique; et l'enrichissement et l'épanouissement personnels.

C. Hate Propaganda and Freedom of Speech—An Overview

Before entering upon the analysis of whether s. 319(2) of the *Criminal Code* is inconsistent with the *Charter* and must be struck down, it may be useful to consider the conflicting values underlying the question of the prohibition of hate literature and how the issue has been treated in other jurisdictions.

Hate literature presents a great challenge to our conceptions about the value of free expression. Its offensive content often constitutes a direct attack on many of the other principles which are cherished by our society. Tolerance, the dignity and equality of all individuals; these and other values are all adversely affected by the propagation of hateful sentiment. The problem is not peculiarly Canadian; it is universal. Wherever racially or culturally distinct groups of people live together, one finds people, usually a small minority of the population, who take it upon themselves to denigrate members of a group other than theirs. Canada is no stranger to this conduct. Our history is replete with examples of discriminatory communications. In their time, Canadians of Asian and East Indian descent, black, and native people have been the objects of communications tending to foster hate. In the case at bar it is the Jewish people who have been singled out as objects of calumny.

C. La propagande haineuse et la liberté d'expression—un aperçu

Avant de s'engager dans l'étude de la question de savoir si le par. 319(2) du *Code criminel* est incompatible avec la *Charte* et, partant, invalide, il pourrait être utile d'examiner les valeurs opposées sous-jacentes à la question de l'interdiction des écrits haineux et la façon dont cette question a été abordée dans d'autres ressorts.

Les écrits haineux sont en conflit avec notre conception de la valeur de la liberté d'expression. Leur contenu offensant attaque souvent directement un grand nombre d'autres principes chers à notre société. La tolérance, la dignité et l'égalité de tous; ces valeurs et d'autres valeurs sont toutes affaiblies par la diffusion des sentiments de haine. Ce problème n'est pas proprement canadien; il est universel. Partout où vivent ensemble des groupes qui diffèrent par leur race ou leur culture, on trouve des gens, normalement une faible minorité de la population, qui se permettent de dénigrer les membres d'un groupe autre que les leurs. Le Canada n'est pas exempt de ce phénomène. Notre histoire abonde en exemples de communications discriminatoires. Les Canadiens d'origine asiatique, les Noirs, les autochtones ont à une époque fait l'objet de communications tendant à provoquer la haine. En l'espèce, ce sont les juifs qu'on a décidé de calomnier.

1990 CanLII 24 (SCC)

The evil of hate propaganda is beyond doubt. It inflicts pain and indignity upon individuals who are members of the group in question. In so far as it may persuade others to the same point of view, it may threaten social stability. And it is intrinsically offensive to people—the majority in most democratic countries—who believe in the equality of all people regardless of race or creed.

For these reasons, governments have legislated against the dissemination of propaganda directed against racial groups, and in some cases this legislation has been tested in the courts. Perhaps the experience most relevant to Canada is that of the United States, since its Constitution, like ours, places a high value on free expression, raising starkly the conflict between freedom of speech and the countervailing values of individual dignity and social harmony. Like s. 2(*b*), the First Amendment guarantee is conveyed in broad, unrestricted language, stating that "Congress shall make no law ... abridging the freedom of speech, or of the press". The relevance of aspects of the American experience to this case is underlined by the factums and submissions, which borrowed heavily from ideas which may be traced to the United States.

The protections of the First Amendment to the U.S. Constitution, and in particular free speech, have always assumed a particular importance within the U.S. constitutional scheme, being regarded as the cornerstone of all other democratic freedoms. As expressed by Jackson J., in *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), "[i]f there is any fixed star in our constitutional constellation, it is that no official, high or petty, can prescribe what shall be orthodox in politics, nationalism, religion, or other matters of opinion or force citizens to confess by word or act their faith therein" (p. 642). The U.S. Supreme Court, particularly in recent years, has pronounced itself strongly on the need to protect

Que la propagande haineuse soit répréhensible ne fait aucun doute. Elle fait souffrir les membres du groupe visé et les humilie. Pour autant qu'elle puisse amener d'autres personnes au même point de vue, elle risque de menacer la stabilité sociale. Elle est de plus choquante en soi aux yeux des personnes—majoritaires dans la plupart des pays démocratiques—qui croient en l'égalité de tous indépendamment de la race ou des croyances.

Pour ces raisons, les gouvernements ont légiféré contre la diffusion de propagande visant des groupes raciaux et ces mesures législatives ont parfois été contestées devant les tribunaux. Pour le Canada, c'est peut-être l'expérience des États-Unis qui est la plus pertinente puisque la constitution américaine, comme la nôtre, attache une valeur élevée à la liberté d'expression, mettant en relief le conflit entre la liberté d'expression et les valeurs de la dignité individuelle et de l'harmonie sociale qui lui font contrepoids. Comme l'al. 2*b*), le Premier amendement exprime la garantie en termes larges, non restrictifs, quand il prévoit que [TRADUCTION] «le Congrès n'adoptera pas de lois [...] qui limitent la liberté de parole ou la liberté de la presse». La pertinence de certains aspects de l'expérience américaine en l'espèce est soulignée par les mémoires et les arguments des parties, qui s'inspirent largement d'idées provenant des États-Unis.

Les protections accordées par le Premier amendement de la Constitution des États-Unis, et notamment la liberté de parole, ont toujours revêtu une importance particulière dans le système constitutionnel américain, étant considérées comme la pierre angulaire de toutes les autres libertés démocratiques. Comme le dit le juge Jackson dans la décision *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), [TRADUCTION] «s'il existe chez nous un principe constitutionnel intangible c'est celui que nul fonctionnaire, indépendamment de son rang, ne peut prescrire l'orthodoxie en matière de politique, de nationalisme, de religion ou dans d'autres questions d'opinion ni forcer les citoyens à confesser par des paroles ou par des gestes leur croyance à cette orthodoxie» (p. 642). La Cour suprême des États-Unis, surtout au cours des dernières années, a affirmé énergique-

1990 CanLII 24 (SCC)

speech even at the expense of other worthy competing values.

Nevertheless, tolerance for unpopular speech, especially speech which was perceived as a threat to vital security interests, was not initially a hallmark of the U.S. Supreme Court. When the socialist labour leader Eugene Debs made a speech critical of United States involvement in the First World War, the court was content to uphold his conviction for "wilfully caus[ing] or attempt[ing] to cause . . . insubordination, disloyalty, mutiny, or refusal of duty, in the military or naval forces . . . or . . . wilfully obstruct[ing] . . . the recruiting or enlistment service": *Debs v. United States*, 249 U.S. 211 (1919). A companion case set out the classic test for the justifiability of an abridgement of free speech:

> The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent.

(*Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919), at p. 52.)

The test was stiffened in the famous dissents of Holmes J. in *Abrams v. United States*, *supra*, at p. 628 ("present danger of immediate evil or an intent to bring it about"), and Brandeis J. (Holmes J. concurring) in *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927), at pp. 377-78:

> To courageous, self-reliant men, with confidence in the power of free and fearless reasoning applied through the processes of popular government, no danger flowing from speech can be deemed clear and present, unless the incidence of the evil apprehended is so imminent that it may befall before there is opportunity for full discussion. If there be time to expose through discussion the falsehood and fallacies, to avert the evil by the processes of education, the remedy to be applied is more speech, not enforced silence . . . .

ment la nécessité de protéger l'expression même aux dépens d'autres valeurs importantes qui lui font concurrence.

Toutefois la tolérance à l'égard de l'expression impopulaire et surtout à l'égard de celle qui était perçue comme menaçant des intérêts vitaux en matière de sécurité, n'était pas initialement l'image de marque de la Cour suprême des États-Unis. En effet, quand le dirigeant syndical socialiste Eugene Debs a prononcé un discours critiquant la participation des États-Unis à la Première Guerre mondiale, la cour s'est contentée de maintenir le verdict de culpabilité d'avoir [TRADUCTION] «volontairement provoqué ou tenté de provoquer [. . .] l'insubordination, la déloyauté, la mutinerie ou le refus de servir dans l'armée ou dans la marine [. . .] ou [d'avoir] volontairement entravé [. . .] le recrutement ou l'enrôlement»: *Debs v. United States*, 249 U.S. 211 (1919). Un arrêt connexe énonce le critère classique pour déterminer si la restriction de la liberté de parole est justifiable:

> [TRADUCTION] La question dans chaque cas est de savoir si de par les circonstances dans lesquelles ils ont été tenus et de par leur nature les propos créent un danger clair et présent d'occasionner les maux concrets que le Congrès est en droit de prévenir.

(*Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919), à la p. 52.)

Ce critère a été renforcé dans les célèbres dissidences du juge Holmes dans l'affaire *Abrams v. United States*, précitée, à la p. 628 ([TRADUCTION] «le danger présent d'un mal immédiat ou l'intention de l'occasionner»), et du juge Brandeis (avec l'appui du juge Holmes) dans l'affaire *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927), aux pp. 377 et 378:

> [TRADUCTION] Nul homme courageux et indépendant ayant confiance dans le pouvoir du raisonnement libre et sans crainte exercé dans le cadre du gouvernement populaire, ne peut estimer clair et présent un danger suscité par le discours à moins que le tort appréhendé ne soit tellement imminent qu'il risque de se produire sans laisser d'occasion pour une discussion complète. S'il est possible d'exposer au grand jour, au moyen de la discussion, ce qui est faux et erroné et de dénoncer le tort en recourant au processus de l'éducation, le remède à appliquer est de permettre la parole et non d'imposer le silence . . .

1990 CanLII 24 (SCC)

Moreover, even imminent danger cannot justify resort to prohibition of these functions essential to effective democracy, unless the evil apprehended is relatively serious . . . . There must be the probability of serious injury to the State.

This stricter formulation of the "clear and present danger" test came to be accepted as the standard for a justified infringement of the free speech guarantee, but it too was subject to varying interpretation. In the crisis atmosphere of the cold war, the court upheld convictions of communists for conspiring to advocate the overthrow of the United States government in *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951). Purporting to apply the above test, the court endorsed the following formulation (at p. 510):

In each case [courts] must ask whether the gravity of the "evil", discounted by its improbability, justifies such invasion of free speech as is necessary to avoid the danger.

This is how matters stood when hate propaganda first came to the attention of the court.

In *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952), a closely divided court upheld the constitutionality of a statute bearing some resemblance to s. 319(2) of the Canadian *Criminal Code*, prohibiting exhibition in any public place of any publication portraying "depravity, criminality, unchastity, or lack of virtue of a class of citizens, of any race, color, creed or religion [which exposes such citizens] to contempt, derision or obloquy or which is productive of breach of the peace or riots". Frankfurter J., writing the court's opinion, held that the statute prohibited libelous utterances directed against groups, and that these utterances were outside of the ambit of the First Amendment. Quoting from the court's decision in *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942), he stated (at pp. 255-57):

Today, every American jurisdiction . . . punish[es] libels directed at individuals. "There are certain well-defined and narrowly limited classes of speech, the prevention

D'autre part, pas même le danger imminent ne peut justifier l'interdiction de ces fonctions essentielles à une démocratie efficace, à moins que le tort appréhendé ne soit relativement grave [. . .] Il doit exister la probabilité que l'État subira un préjudice grave.

C'est cette formulation plus stricte du critère du «danger clair et présent» qui a été finalement acceptée comme la norme de l'atteinte justifiée à la liberté de parole, mais elle souffrait elle aussi des interprétations variées. Dans l'atmosphère de crise de la guerre froide, la Cour suprême des États-Unis, dans l'affaire *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951), a maintenu des verdicts de culpabilité d'avoir comploté en vue de préconiser le renversement du gouvernement des États-Unis, rendus contre des communistes. Sous couleur d'appliquer le critère précité, la cour a donné son approbation à la formulation suivante (à la p. 510):

[TRADUCTION] Dans chaque cas, les tribunaux doivent se demander si la gravité du «mal», compte tenu de son improbabilité, justifie les atteintes à la liberté de parole qui sont nécessaires pour éviter le danger.

Voilà où en étaient les choses lorsque la cour a été saisie pour la première fois de la question de la propagande haineuse.

Dans l'affaire *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952), la cour, à très faible majorité, a déclaré constitutionnelle une loi qui présentait une certaine ressemblance avec le par. 319(2) du *Code criminel* canadien et interdisait de montrer dans un lieu public une publication représentant [TRADUCTION] «comme dépravé, criminel, intempérant ou débauché un groupe de citoyens se différenciant par leur race, couleur, croyance ou religion, [qui expose ces citoyens] au mépris, à la dérision ou à l'opprobre ou qui incite à la violation de la paix publique ou à des émeutes». Le juge Frankfurter, qui a rédigé les motifs de la cour, a dit que la loi en cause interdisait les déclarations diffamatoires visant des groupes et que le Premier amendement ne s'appliquait pas à ces déclarations. Citant l'arrêt *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942), il dit (aux pp. 255 à 257):

[TRADUCTION] Aujourd'hui tous les états américains [sanctionnent] la diffamation de particuliers. «Il est certains types d'expression bien définis et étroitement

and punishment of which have never been thought to raise any Constitutional problem. These include the lewd and obscene, the profane, the libelous, and the insulting or "fighting" words—those which by their very utterance inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace. It has been well observed that such utterances are no essential part of any exposition of ideas, and are of such slight social value as a step to truth that any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by the social interest in order and morality . . ."

But the full flowering of First Amendment doctrine came after the *Beauharnais* case. Later cases have weakened its authority to the extent that many regard it as overruled. In the first place, the U.S. Supreme Court has recognized that libel laws do indeed "raise constitutional problems". *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), held that a public official, in order to bring an action for libel, had to show that the defamatory statement was directed at the official personally, and that the maker of the statement had actual knowledge that it was false. Secondly, the "clear and present danger" test went through yet another metamorphosis. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), struck down a statute forbidding a person to "advocat[e] . . . the duty, necessity, or propriety of crime, sabotage, violence, or unlawful methods of terrorism as a means of accomplishing industrial or political reform", in a prosecution of a Klansman who showed a film that was derogatory of Negroes and Jews and implied that "revengeance" should be taken against them. The test that emerges from *Brandenburg* is much stricter than the earlier formulations—advocacy of the use of force or violation of the law cannot be proscribed "except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action" (p. 447).

The U.S. Supreme Court subsequently refused to grant *certiorari* in two more recent cases which call *Beauharnais* into question. In *Collin v. Smith*,

circonscrits dont l'interdiction et la sanction n'ont jamais été considérées comme posant un problème constitutionnel. Il s'agit notamment de paroles lubriques, obscènes, blasphématoires et diffamatoires, de paroles injurieuses ou hostiles, bref, les paroles dont la seule articulation porte préjudice ou tend à inciter à troubler immédiatement la paix publique. On a dit avec raison que de telles paroles ne sont nullement essentielles à l'exposition d'idées et que leur valeur sociale dans la recherche de la vérité est tellement minime que tout avantage pouvant en être tiré cède manifestement le pas à l'intérêt qu'a la société dans l'ordre et la moralité. . .»

Ce n'est toutefois qu'après l'arrêt *Beauharnais* que la doctrine du Premier amendement a pris tout son essor. La jurisprudence subséquente est venue affaiblir cet arrêt à un point tel que beaucoup le tiennent pour renversé. Premièrement, la Cour suprême des États-Unis a reconnu que les lois en matière de diffamation posent effectivement [TRADUCTION] «des problèmes constitutionnels». L'arrêt *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), a statué qu'un fonctionnaire public ne pouvait intenter une action en diffamation que s'il établissait qu'il était personnellement visé par la déclaration diffamatoire et que l'auteur de la déclaration savait qu'elle était fausse. Deuxièmement, le critère du «danger clair et présent» a subi encore une autre métamorphose. L'arrêt *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), a invalidé une loi interdisant de [TRADUCTION] «prôner [. . .] le devoir, la nécessité ou la légitimité du crime, du sabotage, de la violence ou des méthodes de terrorisme illégales comme moyens de réaliser la réforme industrielle ou politique», dans le cadre de poursuites engagées contre un membre du Ku Klux Klan qui avait présenté un film dénigrant les Noirs et les juifs et laissant entendre qu'il fallait prendre revanche sur eux. Le critère qui se dégage de l'arrêt *Brandenburg* est beaucoup plus strict que les formulations antérieures: le fait de préconiser le recours à la force ou la violation des lois ne peut être proscrit [TRADUCTION] «que lorsque les paroles en cause visent à inciter ou à susciter de façon imminente des actes illégaux et risquent d'inciter ou de susciter de tels actes» (p. 447).

La Cour suprême des États-Unis a par la suite refusé d'accorder un *certiorari* dans deux autres causes récentes qui mettaient en doute l'arrêt

1990 CanLII 24 (SCC)

578 F.2d 1197 (7th Cir. 1978), a federal court struck down an ordinance forbidding the dissemination of any material (including public displays of symbolic significance) promoting and inciting racial or religious hatred, in a case where neo-Nazis proposed a march, complete with swastikas, through the predominantly Jewish village of Skokie, Illinois. And in *American Booksellers Ass'n, Inc. v. Hudnut*, 771 F.2d 323 (7th Cir. 1985), an ordinance forbidding the display of "graphic sexually explicit subordination of women" was held to be unconstitutional. The effect of these cases has been to undermine the authority of *Beauharnais*, *supra*. As Tribe, op. cit., at p. 861, n. 2, puts it:

> The continuing validity of the Beauharnais holding is very much an open question. See, e.g., Smith v. Collin, 439 U.S. 916, 919 (1978) (Blackmun, J., dissenting from denial of certiorari) (noting that Beauharnais "has not been overruled or formally limited"). In recent years, courts have given Beauharnais a very limited reading. In Collin v. Smith ... the Seventh Circuit stated that "(i)t may be questioned after such cases as Cohen v. California, (403 U.S. 15 (1971)), Gooding v. Wilson, (405 U.S. 518 (1972)), and Brandenburg v. Ohio, (395 U.S. 444 (1969) (per curiam)), whether the tendency to induce violence approach sanctioned implicitly in Beauharnais would pass constitutional muster today." ... In American Booksellers Ass'n, Inc. v. Hudnut ... the Seventh Circuit stated that subsequent cases "had so washed away the foundations of Beauharnais that it could not be considered authoritative."

It is worth describing a few doctrines associated with free speech that form part of the reasoning in the U.S. cases, and which are cited in the factums. One is a hierarchy of possible abridgements on free speech. Legislation against the content of speech has been distinguished from legislation restricting speech in other ways, with the former attracting stricter judicial scrutiny. For example, while "time, place and manner" regulation of speech has traditionally been given some latitude, an ordinance preventing picketing other than

Beauharnais. Dans *Collin v. Smith*, 578 F.2d 1197 (7th Cir. 1978), une cour fédérale a invalidé une ordonnance qui interdisait la diffusion de toute matière (y compris les expositions publiques ayant une signification symbolique) favorisant la haine raciale ou religieuse et y incitant, dans un cas où des néo-nazis voulaient défiler pacifiquement en arborant la croix gammée dans le village de Skokie (Illinois) dont la population était majoritairement juive. Dans *American Booksellers Ass'n, Inc. Hudnut*, 771 F.2d 323 (7th Cir. 1985), une ordonnance qui interdisait l'étalage de représentations [TRADUCTION] «claires et sexuellement explicites de l'asservissement de femmes» a été déclarée inconstitutionnelle. Ces arrêts ont eu pour effet de miner l'autorité de l'arrêt *Beauharnais*, précité. Comme le dit Tribe, *op. cit.*, à la p. 861, note 2:

> [TRADUCTION] La question de savoir si l'arrêt Beauharnais s'applique toujours, est loin d'être réglée. Voir, p. ex., Smith v. Collin, 439 U.S. 916, 919 (1978) (le juge Blackmun, dissident relativement au refus d'accorder le certiorari, faisant remarquer que l'arrêt Beauharnais «n'a pas été renversé ni sa portée formellement limitée»). Au cours des dernières années, les tribunaux ont donné à l'arrêt Beauharnais une interprétation très restrictive. Dans l'arrêt Collin v. Smith, [...] le Septième circuit a dit: «On peut se demander à la suite d'arrêts tels que Cohen v. California, (403 U.S. 15 (1971)), Gooding v. Wilson, (405 U.S. 518 (1972)), et Brandenburg v. Ohio, (395 U.S. 444 (1969) (la cour)), si, du point de vue constitutionnel, le critère de la tendance à inciter à la violence, implicitement approuvé dans l'arrêt Beauharnais, serait acceptable aujourd'hui.» [...] Dans l'arrêt American Booksellers Ass'n, Inc. v. Hudnut [...] le Septième circuit a dit que la jurisprudence subséquente «avait tellement rongé les fondations de l'arrêt Beauharnais qu'il ne pouvait plus être considéré comme faisant autorité».

Il est utile d'exposer quelques théories sur la liberté d'expression qui font partie du raisonnement adopté dans les arrêts américains et qui sont invoqués dans les mémoires. L'une d'elles est la hiérarchie de limitations pouvant être imposées à la liberté de parole. On a distingué en effet entre les textes législatifs interdisant le contenu de l'expression et ceux qui viennent limiter l'expression d'autres manières, les premiers étant soumis à un examen judiciaire plus attentif. Par exemple, s'il y a traditionnellement eu une certaine latitude dans

1990CanLII24(SCC)

labour picketing near schools has been struck down because it draws a distinction based on content of the speech: *Police Department of the City of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972). Viewpoint-based abridgments of speech, in which the Government selects between viewpoints, will very rarely be justifiable. Section 319(2) of the *Criminal Code* is probably best described as content-based rather than viewpoint-based, because the Government itself does not choose between viewpoints directly. For example, a statement declaring the superiority of a particular race is not preferred over a declaration suggesting the reverse hierarchy. Rather, all discussion of the superiority of a particular race over another is potentially suspect. This content-based provision is similar in this regard to the statute forbidding demonstrations critical of foreign governments within 500 feet of embassies that was struck down as an impermissible content-based restriction on speech in *Boos v. Barry*, 108 S. Ct. 1157 (1988). Although not as offensive as viewpoint-based restrictions, content-based restrictions on speech have attracted "most exacting scrutiny" from the U.S. Supreme Court, being upheld only if "necessary to serve a compelling state interest and ... narrowly drawn to achieve that end": *Perry Education Ass'n v. Perry Local Educators' Ass'n*, 460 U.S. 37 (1983), at p. 45.

la réglementation [TRADUCTION] «du moment, du lieu et du moyen» de l'expression, une ordonnance interdisant aux alentours des écoles tout piquetage autre que celui d'ouvriers a été invalidée parce qu'elle faisait une distinction fondée sur le contenu de l'expression: *Police Department of the City of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972). Les restrictions de l'expression fondées sur le point de vue, c'est-à-dire celles par lesquelles le gouvernement fait un choix entre différents points de vue, sont rarement justifiables. Il est probablement plus exact de dire que le par. 319(2) du *Code criminel* vise le contenu plutôt que le point de vue, car le gouvernement lui-même ne choisit pas directement entre des points de vue. Par exemple, l'assertion qu'une race est supérieure n'est pas préférée à l'affirmation de la hiérarchie inverse. Au contraire toute discussion de la supériorité d'une race déterminée sur une autre peut être suspecte. Cette disposition visant le contenu est similaire à cet égard à une loi interdisant des manifestations contre des gouvernements étrangers dans un rayon de 500 pieds des ambassades, qui a été invalidée dans l'arrêt *Boos v. Barry*, 108 S. Ct. 1157 (1988). Quoique moins choquantes que celles fondées sur le point de vue, les restrictions de l'expression fondées sur le contenu ont été soumises à [TRADUCTION] «un examen extrêmement minutieux» par la Cour suprême des États-Unis, qui ne les a jugées valides que si elles étaient [TRADUCTION] «nécessaires pour servir un intérêt impérieux de l'État et [...] formulées soigneusement, pour atteindre cette fin»: *Perry Education Ass'n v. Perry Local Educators' Ass'n*, 460 U.S. 37 (1983), à la p. 45.

The distinction between content-based and form-based restrictions on freedom of speech has been incorporated, although in a different form, into the analysis under s. 2(*b*) of the *Charter*: *Irwin Toy*, *supra*.

La distinction entre les restrictions de la liberté d'expression fondées sur le contenu et celles fondées sur la forme a été incluse, quoique sous une forme différente, dans l'analyse fondée sur l'al. 2*b*) de la *Charte*: *Irwin Toy*, précité.

Two other concepts employed in the United States in cases dealing with the prohibition of dissemination of racist literature figured in argument before us. These are the concepts of overbreadth and vagueness. Overbreadth is defined by Tribe, op. cit., at p. 1056, as follows:

Deux autres concepts utilisés aux États-Unis dans des affaires relatives à l'interdiction de diffuser des écrits racistes ont été invoqués au cours des débats devant nous. Il s'agit des notions de portée excessive et d'imprécision. Tribe, *op. cit.*, à la p. 1056, définit ainsi la portée excessive:

1990 CanLII 24 (SCC)

Statutes which open-endedly delegate to administering officials the power to decide how and when sanctions are applied or licenses issued are overbroad because they grant such officials the power to discriminate—to achieve indirectly through selective enforcement a censorship of communicative content that is clearly unconstitutional when achieved directly.

If legitimate activity protected by the First Amendment would come within the terms of the statute, the statute may be void on its face. Even where the actions of the litigant are not themselves worthy of protection, the litigant may rely on the constitutional defect of overbreadth. Alternatively, an argument of overbreadth may sometimes be met by a construction of the statute that clearly confines it within constitutional bounds, if one is available (i.e., reading down). If one is not, however, the statute is void on its face.

Vagueness is distinct from overbreadth, and carries different consequences in American constitutional law. To quote Tribe again at pp. 1033-34:

Vagueness is a constitutional vice conceptually distinct from overbreadth in that an overbroad law need lack neither clarity nor precision, and a vague law need not reach activity protected by the first amendment. As a matter of due process, a law is void on its face if it is so vague that persons "of common intelligence must necessarily guess at its meaning and differ as to its application." Such vagueness occurs when a legislature states its proscriptions in terms so indefinite that the line between innocent and condemned conduct becomes a matter of guesswork . . . .

But vagueness is not calculable with precision . . . [T]he Supreme Court will not ordinarily invalidate a statute because some marginal offenses may remain within the scope of a statute's language. The conclusion that a statute is too vague and therefore void as a matter of due process is thus unlikely to be triggered without two findings: that the individual challenging the statute is indeed one of the entrapped innocent, and that it

[TRADUCTION] Les lois qui délèguent inconditionnellement aux fonctionnaires chargés de leur administration le pouvoir de décider comment et quand des sanctions sont infligées ou des permis délivrés ont une portée excessive en ce qu'elles accordent à ces fonctionnaires le pouvoir d'agir d'une manière discriminatoire—de réaliser indirectement par une application sélective une censure du contenu des communications qui serait manifestement inconstitutionnelle si elle était réalisée par des moyens directs.

Si les actes légitimes protégés par le Premier amendement étaient visés par la loi, celle-ci pourrait être frappée d'invalidité. Même lorsque les actes de la partie au litige ne méritent pas en soi la protection, cette partie peut néanmoins invoquer le vice constitutionnel qu'est la portée excessive. Subsidiairement, l'argument de la portée excessive peut parfois être réfuté par une interprétation de la loi qui la circonscrit clairement dans les limites de la constitutionnalité, à supposer qu'il existe une telle interprétation (c.-à-d. une interprétation atténuée). Dans l'hypothèse contraire, cependant, la loi est manifestement invalide.

L'imprécision diffère de la portée excessive et ses conséquences sont différentes en droit constitutionnel américain. Citons de nouveau Tribe, *op. cit.*, aux pp. 1033 et 1034:

[TRADUCTION] L'imprécision est un vice constitutionnel conceptuellement distinct de la portée excessive d'une loi en ce qu'une loi trop large n'est pas forcément dépourvue de clarté ou de précision et qu'une loi imprécise ne s'applique pas forcément à des actes protégés par le Premier amendement. Du point de vue de l'équité de la procédure, une loi est manifestement nulle si elle est à ce point imprécise que des personnes «d'intelligence ordinaire se voient dans la nécessité de conjecturer quant à son sens et ont des opinions divergentes quant à son application». Une telle imprécision se produit lorsqu'une législature formule ses proscriptions dans des termes si vagues que la ligne de démarcation entre la conduite innocente et la conduite défendue devient affaire de conjecture . . .

Mais l'imprécision ne peut être établie avec exactitude [. . .] [L]a Cour suprême n'invalide pas normalement une loi du fait que certains défauts marginaux peuvent encore être compris dans son libellé. La conclusion qu'une loi est trop imprécise et, partant, nulle pour des raisons d'équité de la procédure ne sera donc probablement pas tirée en l'absence de deux constatations: que la personne contestant la loi compte vraiment parmi les

SOQUIJ AN II 24 (S.C.C.)

would have been practical for the legislature to draft more precisely. [Citations omitted.]

Thus, vagueness of a statute is a defence only in more restrictive circumstances: where the statute is vague as applied to the conduct of the litigant, or where it is vague in all possible applications. An example of the latter was an ordinance making it illegal for "three or more persons to assemble ... on any of the sidewalks ... and there conduct themselves in a manner annoying to persons passing by", struck down in *Coates v. City of Cincinnati*, 402 U.S. 611 (1971).

The rationale for invalidating statutes that are overbroad (even in a case where the litigant's conduct is clearly not protected by the First Amendment) or vague is that they have a chilling effect on legitimate speech. Protection of free speech is regarded as such a strong value that legislation aimed at legitimate ends and in practice used only to achieve those legitimate ends may be struck down, if it also tends to inhibit protected speech.

In the United States, a provision similar to s. 319(2) of the *Criminal Code* was struck down in *Collin v. Smith*, *supra*, on the ground that is was fatally overbroad. In addition, the Seventh Circuit Court of Appeals hinted that the provision might also be void for vagueness. The ordinance in *Collin* prohibited:

> ... the dissemination of any materials within the Village of Skokie which promotes and incites hatred against persons by reason of their race, national origin, or religion, and is intended to do so.

The court found that the activity in question in the case—a proposed neo-Nazi demonstration in Skokie, Illinois—was a form of expression entitled to protection under the First Amendment. The ordinance, it found, was overbroad in that it "could conceivably be applied to criminalize dissemination of *The Merchant of Venice* or a vigorous discussion of the merits of reverse racial discrimination in Skokie" (p. 1207).

innocents frappés de la sanction et que, dans la pratique, il aurait été possible au législateur de rédiger avec une plus grande précision. [Citations omises.]

Donc l'imprécision d'une loi n'est une défense que dans des circonstances plus restrictives: lorsque la loi est imprécise dans son application à la conduite de la partie au litige ou qu'elle l'est dans toutes ses applications possibles. Un exemple de ce dernier cas est celui d'une ordonnance rendant illégal le fait pour [TRADUCTION] «trois personnes ou davantage de s'assembler sur un trottoir et de s'y conduire de manière à gêner les passants», invalidée dans la décision *Coates v. City of Cincinnati*, 402 U.S. 611 (1971).

L'invalidation de lois imprécises ou de portée excessive (même dans le cas où la conduite de la partie n'est manifestement pas protégée par le Premier amendement) a été expliquée par l'effet paralysant qu'elles ont sur l'expression légitime. En effet, la protection de la liberté de parole est considérée comme une valeur tellement solide qu'une loi visant des fins légitimes et ne servant dans la pratique qu'à la réalisation de ces fins légitimes peut être déclarée invalide si elle tend aussi à entraver l'expression protégée.

Aux États-Unis, une disposition analogue au par. 319(2) du *Code criminel* a été invalidée dans l'affaire *Collin v. Smith*, précitée, au motif que sa portée était fatalement excessive. De plus, la Cour d'appel du Septième circuit a laissé entendre que la disposition en question pouvait également être invalide pour cause d'imprécision. L'ordonnance en cause dans l'affaire *Collin* interdisait:

> [TRADUCTION] ... la diffusion dans le village de Skokie de toute matière qui favorise la haine à l'endroit de certaines personnes en raison de leur race, de leur origine nationale ou de leur religion, qui y incite, et qui est conçue à ces fins.

La cour a décidé que l'activité projetée dans cette affaire—une manifestation néo-nazie à Skokie (Illinois)—était une forme d'expression protégée par le Premier amendement. L'ordonnance, a conclu la cour, avait une portée excessive, car [TRADUCTION] «elle pourrait théoriquement être appliquée pour rendre criminelles, à Skokie, la diffusion du *Marchand de Venise* ou la tenue d'une vive discussion sur la valeur de la discrimination raciale inversée» (p. 1207).

1990 CanLII 24 (SCC)

Legislation against the dissemination of racial propaganda has also been tested under various international instruments, providing a counter-example to the U.S. experience. The *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* contains the following articles:

Article 10

(1) Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers . . . .

(2) The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

The European Commission on Human Rights has had little difficulty in holding that prosecutions for dissemination of racist ideas and literature are permitted under the article: see, e.g., Eur. Comm. H. R., Applications Nos. 8348/78 and 8406/78, *Glimmerveen v. Netherlands*, October 11, 1979, D.R. 18, p. 187. In view of the breadth of the limitations clause, which specifically mentions the protection of "health or morals" and "the reputation or rights of others", this is unsurprising. In other contexts, protection for free expression under this article has at times been decidedly lukewarm, as befits an international instrument which is designed to limit as little as possible the sovereignty of the nations that signed it. For example, the European Court of Human Rights also upheld prosecution of a bookseller in Northern Ireland for distributing *The Little Red Schoolbook*, an educational book on sexuality aimed at 12- to 18-year-olds, on the grounds that the prosecution was "for the protection of health or morals": Eur. Court H. R., *Handyside* case, judgment of 7 December 1976, Series A No. 24.

Des textes législatifs interdisant la diffusion de la propagande raciale ont été contestés aussi en vertu de divers instruments internationaux, avec des résultats opposés à ceux constatés aux États-Unis. La *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* contient les dispositions suivantes:

Article 10

1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière . . .

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

La Commission européenne des droits de l'homme a conclu sans beaucoup de difficulté que cet article autorise des poursuites pour la diffusion d'idées et d'écrits racistes: voir, par exemple, Comm. Eur. D. H., Requêtes nos 8348/78 et 8406/78, *Glimmerveen c. Pays-Bas*, 11 octobre 1979, D.R. 18, p. 187. Vu la portée de la clause restrictive, qui mentionne expressément la protection «de la santé ou de la morale» et «de la réputation ou des droits d'autrui», cela n'est pas étonnant. Dans d'autres contextes, on s'est parfois montré décidément tiède à l'égard de la protection de la liberté d'expression en vertu de cet article, ce qui convient d'ailleurs dans le cas d'un instrument international destiné à limiter le moins possible la souveraineté des nations signataires. Par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme a aussi maintenu des poursuites engagées contre un libraire en Irlande du Nord pour avoir diffusé *The Little Red Schoolbook*, un livre éducatif sur la sexualité, à l'intention d'adolescents âgés de 12 à 18 ans, au motif que ces poursuites visaient «la protection de la santé ou de la morale»: Cour Eur. D. H., affaire *Handyside*, arrêt du 7 décembre 1976, série A n° 24.

CanLII (CC)

Other international instruments go further, and require state parties to prohibit some forms of hate propaganda. The *International Covenant on Civil and Political Rights*, to which Canada is a party, provides as follows:

Article 19 . . . .

2. Everyone shall have the right to freedom of expression . . .

3. The exercise of the rights provided for in paragraph 2 of this article carries with it special duties and responsibilities. It may therefore be subject to certain restrictions, but these shall only be such as are provided by law and are necessary:

(*a*) For respect of the rights or reputations of others;

(*b*) For the protection of national security or of public order . . ., or of public health or morals.

Article 20. . . .

2. Any advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence shall be prohibited by law.

The U.N. Human Rights Committee has dismissed a complaint against Canada brought by Mr. Taylor (also appealing to this Court) on the grounds that Canada was merely carrying out its international obligations in proceeding against Mr. Taylor for the dissemination of hatred against ethnic groups: see *Taylor and Western Guard Party v. Canada*, Communication No. 104/1981, Report of the Human Rights Committee, 38 U.N. GAOR, Supp. No. 40 (A/38/40) 231 (1983) (decision reported in part at (1983), 5 C.H.R.R. D/2097).

Similar obligations are set forth in another convention to which Canada is a party, the *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, Can. T.S. 1970 No. 28. Article 4 provides that States Parties:

ARTICLE 4

. . .

(a) Shall declare an offence punishable by law all dissemination of ideas based on racial superiority or hatred, incitement to racial discrimination, as well

D'autres instruments internationaux vont plus loin et exigent que les États parties interdisent certaines formes de propagande haineuse. Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, dont le Canada est signataire, porte notamment:

Article 19. . .

2. Toute personne a droit à la liberté d'expression . . .

3. L'exercice des libertés prévues au paragraphe 2 du présent article comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales. Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires:

a) Au respect des droits ou de la réputation d'autrui;

b) À la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques.

Article 20. . .

2. Tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence est interdit par la loi.

Le Comité des droits de l'homme de l'ONU a rejeté une plainte portée contre le Canada par M. Taylor (qui a aussi formé un pourvoi devant notre Cour), le motif du rejet étant que le Canada ne faisait que s'acquitter de ses obligations internationales en poursuivant M. Taylor pour la propagation de la haine contre des groupes ethniques: voir *Taylor et Western Guard Party c. Canada*, Communication n° 104/1981, Rapport du Comité des droits de l'homme, 38 N.U. GAOR, Supp. n° 40 (A/38/40) 246 (1983), décision publiée en partie à (1983), 5 C.H.R.R. D/2097.

Des obligations semblables sont énoncées dans une autre convention à laquelle le Canada est partie. Il s'agit de la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, R.T. Can. 1970 n° 28, dont l'article 4 prévoit que chaque État partie s'engage:

ARTICLE 4

. . .

a) À déclarer délits punissables par la loi toute diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale, toute incitation à la discrimination raciale,

1990 CanLII 24 (SCC)

as all acts of violence or incitement to such acts against any race or group of persons of another colour or ethnic origin, and also the provision of any assistance to racist activities, including the financing thereof;

(b) Shall declare illegal and prohibit organizations, and also organized and all other propaganda activities, which promote and incite racial discrimination, and shall recognize participation in such organizations or activities as an offence punishable by law;

(c) Shall not permit public authorities or public institutions, national or local, to promote or incite racial discrimination.

These international instruments embody quite a different conception of freedom of expression than the case law under the U.S. First Amendment. The international decisions reflect the much more explicit priorities of the relevant documents regarding the relationship between freedom of expression and the objective of eradicating speech which advocates racial and cultural hatred. The approach seems to be to read down freedom of expression to the extent necessary to accommodate the legislation prohibiting the speech in question.

Both the American and international approach recognize that freedom of expression is not absolute, and must yield in some circumstances to other values. The divergence lies in the way the limits are determined. On the international approach, the objective of suppressing hatred appears to be sufficient to override freedom of expression. In the United States, it is necessary to go much further and show clear and present danger before free speech can be overridden.

The *Charter* follows the American approach in method, affirming freedom of expression as a broadly defined and fundamental right, and contemplating balancing the values protected by and inherent in freedom of expression against the benefit conferred by the legislation limiting that freedom under s. 1 of the *Charter*. This is in keeping with the strong liberal tradition favouring free speech in this country—a tradition which had led

ainsi que tous actes de violence, ou provocation à de tels actes, dirigés contre toute race ou tout groupe de personnes d'une autre couleur ou d'une autre origine ethnique, de même que toute assistance apportée à des activités racistes, y compris leur financement;

b) À déclarer illégales et à interdire les organisations ainsi que les activités de propagande organisée et tout autre type d'activité de propagande qui incitent à la discrimination raciale et qui l'encouragent et à déclarer délit punissable par la loi la participation à ces organisations ou à ces activités;

c) À ne pas permettre aux autorités publiques ni aux institutions publiques, nationales ou locales, d'inciter à la discrimination raciale ou de l'encourager.

Ces instruments internationaux traduisent une conception de la liberté d'expression qui est bien différente de celle qui se dégage de la jurisprudence portant sur le Premier amendement américain. Les décisions internationales traduisent les priorités très explicitement exprimées dans ces documents en ce qui concerne les rapports entre la liberté d'expression et l'objectif d'éliminer le discours faisant appel à la haine raciale et culturelle. On semble donner à la liberté d'expression une interprétation suffisamment atténuée pour assurer la validité du texte législatif interdisant l'expression en question.

Les méthodes américaine et internationale reconnaissent l'une et l'autre que la liberté d'expression n'est pas absolue et doit dans certaines circonstances céder le pas à d'autres valeurs. La divergence tient au mode de détermination des limites. Suivant la méthode internationale, l'objectif de la suppression de la haine paraît suffisant pour justifier l'atteinte à la liberté d'expression. Aux États-Unis, il faut aller plus loin et démontrer l'existence d'un danger clair et présent avant de pouvoir porter atteinte à la liberté d'expression.

La *Charte* adopte la méthode américaine, faisant de la liberté d'expression un droit fondamental de large portée et envisageant de soupeser d'une part, des valeurs protégées par la liberté d'expression et inhérentes à celle-ci et, d'autre part, l'avantage conféré par le texte législatif qui limite cette liberté en vertu de l'article premier de la *Charte*. Cela est conforme à la solide tradition libérale en faveur de la liberté de parole dans notre

90DCanLII 24 (SCC)

to conferring quasi-constitutional status on free expression in this country prior to any bill of rights or *Charter*. At the same time, the tests are not necessarily the same as in the United States.

Having reviewed the American and international experience on the subject of hate propaganda, I conclude with a brief history of the attempts to curb such expression in Canada.

Two crimes with ancient roots have been treated as being relevant to hate propaganda in Canada. In *Boucher v. The King*, *supra*, the Crown attempted to charge a Jehovah's Witness, who had accused Quebeckers and Catholics of persecuting the Witnesses, with the crime of seditious libel (currently s. 59 of the *Criminal Code*). This Court, however, held that intention to produce feelings of hatred and ill will between different classes of His Majesty's subjects fell short of seditious intent. Something more, such as intention to disturb order or to resist authority, was needed.

The other offence of general application that has been considered relevant to hate propaganda is that of spreading false news (currently s. 181 of the *Criminal Code*). This crime, which may be traced back to the offence *De Scandalis Magnatum* (1275), was originally intended to prohibit the spreading of false rumours that would sow discord between the King and great men of the realm. The same pamphlet that was adjudged not to be a seditious libel in *Boucher* was the subject of a prosecution for spreading false news in *R. v. Carrier* (1951), 104 C.C.C. 75 (Que. K.B.). The Court acquitted, holding that s. 181 was similarly circumscribed, and could not be applied to a pamphlet that was not intended to arouse disorder. More recently, however, s. 181 was applied to attacks on Jews that the accused was found to have known to be false in *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129 (C.A.). Its application to hate

pays—tradition qui a mené à attribuer un statut quasi constitutionnel à la libre expression avant toute déclaration des droits ou avant la *Charte*. Cependant, les critères appliqués ne sont pas nécessairement les mêmes qu'aux États-Unis.

Ayant présenté un aperçu de l'expérience américaine et internationale en matière de propagande haineuse, je termine par un bref historique des tentatives de restriction de ce genre d'expression au Canada.

Au Canada, deux crimes d'origine ancienne ont été jugés pertinents en matière de propagande haineuse. Dans l'affaire *Boucher v. The King*, précitée, le ministère public avait tenté d'inculper du crime de libelle séditieux (prévu actuellement à l'art. 59 du *Code criminel*) un témoin de Jéhovah, qui reprochait aux Québécois et aux catholiques de persécuter les témoins de Jéhovah. Notre Cour a toutefois conclu que l'intention d'engendrer entre différentes classes des sujets de Sa Majesté des sentiments de haine et d'inimitié ne constituait pas une intention séditieuse. Il en fallait davantage, par exemple, l'intention de troubler la paix publique ou de désobéir aux autorités publiques.

L'autre infraction d'application générale qui a été jugée pertinente en matière de propagande haineuse est celle de la diffusion de fausses nouvelles (prévue actuellement à l'art. 181 du *Code criminel*). La raison d'être initiale de ce crime, qui tire son origine de l'infraction *De Scandalis Magnatum* (1275), était de réprimer la diffusion de fausses rumeurs tendant à semer la discorde entre le roi et les grands du royaume. Le tract qui, dans l'affaire *Boucher*, avait été jugé ne pas constituer un libelle séditieux, faisait l'objet de poursuites pour la diffusion de fausses nouvelles dans l'affaire *R. v. Carrier* (1951), 104 C.C.C. 75 (B.R. Qué.). La cour, concluant que la portée de l'art. 181 était circonscrite d'une façon analogue et ne pouvait s'appliquer à un tract qui n'était pas destiné à occasionner des désordres, a rendu un verdict d'acquittement. Plus récemment, toutefois, dans l'affaire *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129 (C.A.), l'art. 181 a été appliqué dans le cas d'attaques contre les juifs que, a-t-on décidé, l'accusé savait fausses. Son application à la propagande haineuse, comme les infractions relatives à

1990 CanLII 24 (SCC)

propaganda, like the hate propaganda offences themselves, has been controversial.

These provisions, especially in light of the limiting court decisions, were regarded by many as being inadequate to deal with the perceived problem of hate propaganda. In response to the representations of various groups, and after a reported upsurge in neo-Nazi activity in the early 1960's in Canada, the U.S. and Britain, the Minister of Justice in 1965 set up a Special Committee to study hate propaganda (the Cohen Committee). The Committee reported in 1966, and recommended the addition of new offences to the *Criminal Code*. In 1970, after former Committee member Pierre-Elliot Trudeau had become Prime Minister, these recommendations were acted upon. The *Criminal Code* was amended by the addition of new offences of advocating genocide (s. 318), public incitement of hatred likely to lead to a breach of the peace (s. 319(1)), and wilful promotion of hatred (s. 319(2)).

Strategies for the curtailment of hate propaganda have not been confined to the *Criminal Code*. As far back as 1934, s. 19(1) of the Manitoba *Defamation Act*, R.S.M. 1987, c. D20 (then s. 13A of the Manitoba *Libel Act*), provided injunctive relief for members of a libelled racial or religious group, where such libel was "likely to expose persons belonging to the race, or professing the religious creed, to hatred, contempt or ridicule, and tend[ed] to raise unrest or disorder among the people". Subsequently, provisions with potential application to hate propaganda were included in various human rights statutes. The first of these was Ontario's *Racial Discrimination Act, 1944*, S.O. 1944, c. 51, s. 1, which prevented the publication or display of "any notice, sign, symbol, emblem or other representation indicating discrimination or an intention to discriminate against any person or any class of persons for any purpose because of the race or creed of such person or class of persons". Gradually, all Canadian jurisdictions enacted comparable provisions, the most recent and far-reaching of these being s. 13 of the

la propagande haineuse elles-mêmes, est controversée.

Ces dispositions, compte tenu surtout de la jurisprudence qui vient en limiter la portée, ont été jugées insuffisantes par beaucoup pour faire face au problème que semblait poser la propagande haineuse. En réaction aux arguments avancés par différents groupes et à la suite de ce qu'on disait être un accroissement d'activités néo-nazies au début des années 60 au Canada, aux États-Unis et en Grande-Bretagne, le ministre de la Justice a établi en 1965 un comité spécial chargé d'étudier la propagande haineuse (le comité Cohen). Dans son rapport, produit en 1966, le comité a recommandé que de nouvelles infractions soient ajoutées au *Code criminel*. En 1970, après que Pierre-Elliot Trudeau, ancien membre du comité, fut devenu Premier ministre, on a donné suite à ces recommandations. On a donc ajouté au *Code criminel* les nouvelles infractions d'encouragement au génocide (art. 318), d'incitation publique à la haine susceptible d'entraîner une violation de la paix (par. 319(1)) et de fomentation volontaire de la haine (par. 319(2)).

Les stratégies visant à enrayer la propagande haineuse ne se limitent pas au *Code criminel*. En 1934 déjà, le par. 19(1) de la *Loi sur la diffamation* du Manitoba, L.R.M. 1987, ch. D20 (alors l'art. 13A de la *Libel Act* du Manitoba), prévoyait une réparation sous forme d'injonction pour les membres d'un groupe racial ou religieux visé, lorsque la diffamation était «de nature à exposer à la haine, à l'outrage ou au ridicule les personnes appartenant à cette race ou professant cette croyance, et susceptible de provoquer l'inquiétude ou le désordre parmi la population». Par la suite, des dispositions pouvant théoriquement s'appliquer à la propagande haineuse ont été incluses dans diverses lois relatives aux droits de la personne. La première de ces lois a été la *Racial Discrimination Act, 1944*, S.O. 1944, ch. 51, art. 1, de l'Ontario, qui interdisait de publier ou d'exposer [TRADUCTION] «des affiches, des écriteaux, des insignes, des emblèmes, des symboles ou autres représentations indiquant une discrimination ou une intention de discrimination à quelque fin que ce soit à l'égard d'une personne ou d'une catégorie de personnes en

Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33 (now R.S.C., 1985, c. H-6) which is under attack in the companion appeal of *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892.

The provisions in the provincial Acts prohibiting the publication of a "notice, sign, symbol, emblem or other representation" apply paradigmatically to signs with messages such as "No Blacks Allowed". Some attempt has been made to apply them to hate propaganda, but the courts have foreclosed such a broad interpretation. Application of the Manitoba provision to a series of allegedly discriminatory newspaper articles was rejected in *Re Warren and Chapman* (1984), 11 D.L.R. (4th) 474 (Man. Q.B.), and an editorial in a student newspaper (including cartoons) that was offensive to women was held not to be a "representation" within the meaning of s. 14(1) of *The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, c. S-24.1, in *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Engineering Students' Society* (1989), 56 D.L.R. (4th) 604 (Sask. C.A.), leave to appeal refused, [1989] 1 S.C.R. xiv. Besides being limited in scope, many of these provisions contain an exemption for "free speech" or "free expression of opinion": see, e.g., *The Saskatchewan Human Rights Code*, s. 14(2).

Section 13 of the federal Act is unique among human rights provisions. It declares to be a discriminatory practice the repeated communication by telephone of "any matter that is likely to expose a person or persons to hatred or contempt by reason of the fact that that person or those persons are identifiable on the basis of a prohibited ground of discrimination". It contains no explicit exemption for free speech or expression. Enforcement is by "cease and desist" order registrable with the

raison de la race ou des croyances de cette personne ou catégorie de personnes». Graduellement, tous les ressorts canadiens ont adopté des dispositions analogues, dont la plus récente et celle qui a la portée la plus large est l'art. 13 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33 (maintenant L.R.C. (1985), ch. H-6), contesté dans le pourvoi connexe *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892.

Les dispositions de lois provinciales interdisant de publier «des affiches, des écriteaux, des insignes, des emblèmes, des symboles ou autres représentations» s'appliquent par définition à des écriteaux portant des inscriptions telles que «Interdit aux Noirs». On a essayé de les appliquer à la propagande haineuse, mais les tribunaux ont rejeté une interprétation aussi large. Dans l'affaire *Re Warren and Chapman* (1984), 11 D.L.R. (4th) 474 (B.R. Man.), la disposition manitobaine a été jugée inapplicable à une série d'articles de journaux allégués discriminatoires et un éditorial (avec caricatures) injurieux envers les femmes publié dans un journal estudiantin a été jugé ne pas constituer une [TRADUCTION] «représentation» au sens du par. 14(1) du *Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, ch. S-24.1, dans la décision *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Engineering Students' Society* (1989), 56 D.L.R. (4th) 604 (C.A. Sask.), autorisation de pourvoi refusée, [1989] 1 R.C.S. xiv. Outre qu'elles sont d'une portée limitée, nombre de ces dispositions prévoient une exception pour la «liberté de parole» ou pour la «libre expression d'opinions»: voir, par exemple, le *Saskatchewan Human Rights Code*, par. 14(2).

L'article 13 de la loi fédérale est unique parmi les dispositions relatives aux droits de la personne. Il porte que constitue un acte discriminatoire le fait d'utiliser un téléphone de façon répétée pour aborder «des questions susceptibles d'exposer à la haine, au mépris ou au ridicule des personnes appartenant à un groupe identifiable pour un motif de distinction illicite». Il ne contient aucune exception explicite pour la liberté de parole ou d'expression. Son application est assurée au moyen d'une

1990 CanLII 24 (SCC)

Federal Court, which, if violated, can give rise to contempt proceedings.

II. *The Scope of Section 2(b) of the Charter*

Section 2(*b*) of the *Charter* guarantees freedom of thought, belief, opinion and expression in this country. It does so in broad terms. The question addressed under this heading is whether s. 319(2) of the *Criminal Code* introduces a limit on this broadly defined freedom.

I turn first to the legal principles governing the construction of s. 2(*b*) of the *Charter*. The theme established in *Dolphin Delivery* and the cases that followed was two-fold. The guarantee of freedom of expression in the *Charter* would be viewed in the light of the "large and liberal" interpretation which its history justifies and which is properly accorded to *Charter* rights. At the same time, freedom of expression was not absolute. It may be required to give way to other rights and interests in certain situations.

A series of decisions in this Court have addressed the implications of these propositions. What is the scope of the *Charter* guarantee of freedom of expression? What sorts of expression does it apply to? When can it be defeated by other rights or interests?

The Court has accorded a broad scope to s. 2(*b*). To begin with, it has defined "expression" broadly. All activities which convey or attempt to convey meaning *prima facie* fall within the scope of the guarantee: *Irwin Toy*, *per* Dickson C.J., Lamer and Wilson JJ. Secondly, it has held that the guarantee applies regardless of the nature of the content of the expression. The nature of the content of expression can never function to exclude it from the protection of the *Charter*. As stated in *Irwin Toy* (at pp. 968-69):

> Freedom of expression was entrenched in our Constitution . . . so as to ensure that everyone can manifest their thoughts, opinions, beliefs, indeed all expressions of the heart and mind, however unpopular, distasteful or contrary to the mainstream.

ordonnance «d'interdit» qui peut être enregistrée auprès de la Cour fédérale et dont la violation peut donner lieu à des procédures pour outrage au tribunal.

II. *La portée de l'al. 2b) de la Charte*

L'alinéa 2*b*) de la *Charte* garantit dans notre pays la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression. Il le fait dans des termes larges. La question que nous abordons sous cette rubrique est de savoir si le par. 319(2) du *Code criminel* impose une limite à cette liberté de large portée.

Je commence par les principes juridiques régissant l'interprétation de l'al. 2*b*) de la *Charte*. Le principe posé dans l'arrêt *Dolphin Delivery* et dans les arrêts subséquents comporte deux volets. La garantie de liberté d'expression énoncée dans la *Charte* est considérée selon l'interprétation «large et libérale» qui est justifiée par son histoire et qu'il convient de donner aux droits conférés par la *Charte*. La liberté d'expression n'est toutefois pas absolue. Elle peut devoir céder le pas à d'autres droits et intérêts dans certaines situations.

Une suite d'arrêts de notre Cour traite des implications de ces propositions: Quelle est la portée de la liberté d'expression garantie par la *Charte*? À quelles sortes d'expressions s'applique-t-elle? Dans quelles circonstances d'autres droits ou intérêts l'emportent-ils?

Notre Cour a donné à l'al. 2*b*) une large portée. Tout d'abord, elle a donné une définition large au terme «expression». Toutes les activités qui transmettent ou tentent de transmettre une signification relèvent à première vue de la garantie: *Irwin Toy*, le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson. Deuxièmement, elle a dit que la garantie s'applique indépendamment de la nature du contenu de l'expression. La nature de son contenu ne peut jamais entraîner l'exclusion de l'expression de la protection de la *Charte*. Comme on le dit dans l'arrêt *Irwin Toy*, aux pp. 968 et 969:

> La liberté d'expression a été consacrée par notre Constitution [. . .] pour assurer que chacun puisse manifester ses pensées, ses opinions, ses croyances, en fait, toutes les expressions du cœur ou de l'esprit, aussi impopulaires, déplaisantes ou contestataires soient-elles.

We cannot . . . exclude human activity from the scope of guaranteed free expression on the basis of the content or meaning being conveyed. Indeed, if the activity conveys or attempts to convey a meaning, it has expressive content and *prima facie* falls within the scope of the guarantee. [Emphasis added.]

Similarly, Lamer J. states in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1180:

Activities cannot be excluded from the scope of guaranteed freedom of expression on the basis of the content or meaning conveyed.

At the same time, the Court has affirmed that freedom of speech is not absolute. It may properly be limited. There are several ways in which it can be limited. First, there are forms of expression which can be distinguished from content and which may be excluded from the scope of s. 2(*b*) of the *Charter*. In *Dolphin Delivery* it was suggested, in *obiter dicta*, that violence and threats of violence would be excluded from the protection offered by s. 2(*b*). And in *Irwin Toy*, at p. 970, this Court stated that "a murderer or rapist cannot invoke freedom of expression in justification of the form of expression he has chosen".

Second, s. 2(*b*) is violated only if it can be shown that the purpose or effect of the government action in question (in this case s. 319(2) of the *Criminal Code*) was to restrict freedom of expression. Where the government's aim was not to limit freedom of expression, and this is but an incident of its attempt to accomplish another goal, then the person complaining of the infringement must show that its effect was to infringe his constitutional freedom. Here the composite rationale for freedom of expression suggested by Emerson and others has been given a limited role. To make out a violation of s. 2(*b*) where the government infringement of expression is incidental to its pursuit of another goal, a complainant must show that one of the suggested values underlying the guarantee is infringed, these being three. First "seeking and attaining the truth is an inherently good activity." Second, "participation in social and political decision-making is to be fostered and encouraged."

Nous ne pouvons [. . .] écarter une activité humaine du champ de la garantie de la liberté d'expression en se basant sur le contenu ou la signification. En effet, si l'activité transmet ou tente de transmettre une signification, elle a un contenu expressif et relève à première vue du champ de la garantie. [Je souligne.]

De même, le juge Lamer affirme dans *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, à la p. 1180:

Des activités ne peuvent être exclues du champ de la liberté d'expression garantie en raison du message ou du contenu transmis.

Notre Cour a affirmé aussi que la liberté d'expression n'est pas absolue. On peut légitimement y imposer des restrictions, ce qui peut se faire de plusieurs manières. En premier lieu, certaines formes d'expression peuvent être distinguées de leur contenu et exclues du champ de l'al. 2*b*) de la *Charte*. Dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, on a indiqué dans des opinions incidentes que la violence et les menaces de violence seraient exclues de la protection de l'al. 2*b*). En outre, dans l'arrêt *Irwin Toy*, à la p. 970, notre Cour affirme que «l'auteur d'un meurtre ou d'un viol ne peut invoquer la liberté d'expression pour justifier le mode d'expression qu'il a choisi».

En deuxième lieu, il n'y violation de l'al. 2*b*) que si l'on peut démontrer que l'acte gouvernemental en cause (en l'occurrence le par. 319(2) du *Code criminel*) a pour objet ou pour effet de limiter la liberté d'expression. Dans un cas où le gouvernement ne vise pas à imposer des restrictions à la liberté d'expression et ne le fait qu'accessoirement à sa tentative d'atteindre un autre but, alors la personne qui se plaint de la violation est tenue de prouver que cela a eu pour effet de porter atteinte à la liberté que lui garantit la Constitution. En l'espèce, la justification composite de la liberté d'expression, proposée notamment par Emerson, s'est vu attribuer un rôle limité. Pour établir la violation de l'al. 2*b*) lorsque l'atteinte par le gouvernement à la liberté d'expression est accessoire à sa recherche d'un autre but, il incombe au plaignant de prouver l'atteinte à une des valeurs données pour sous-jacentes à la garantie. Ces valeurs sont au nombre de trois. D'abord, «la recherche de

1990 CanLII 24 (SCC)

Third, "the diversity in forms of individual self-fulfillment and human flourishing ought to be cultivated in an essentially tolerant, indeed welcoming, environment not only for the sake of those who convey a meaning, but also for the sake of those to whom it is conveyed": *Irwin Toy*, at p. 976. Thus a government action not aimed at suppressing free expression will constitute a violation only if the complainant can show that one of these values is implicated in protecting his or her expression.

Applying these principles, the first step in an analysis under s. 2(*b*) of the *Charter* is to determine whether the impugned activity or legislation, given its form and content, lies within the sphere of conduct protected by the guarantee of freedom of expression. If it does, the next step is to determine whether the purpose or effect of the government action is to restrict freedom of expression. If the answers to both these questions are affirmative, a breach of the section is established and it is necessary to consider whether the government action or legislation is saved under s. 1 of the *Charter*.

I turn then to the question of whether the expression here at issue falls within the sphere of conduct protected by the guarantee of freedom of expression in the *Charter*. As this Court has repeatedly affirmed, the content of a statement cannot deprive it of the protection accorded by s. 2(*b*), no matter how offensive it may be. The content of Mr. Keegstra's statements was offensive and demeaning in the extreme; nevertheless, on the principles affirmed by this Court, that alone would appear not to deprive them of the protection guaranteed by the *Charter*.

Three arguments are advanced in support of the proposition that statements violating s. 319(2) do not fall within the sphere of protection accorded to freedom of speech by s. 2(*b*) of the *Charter*. The first is the argument that the form of the statements is not protected because they are akin to violence or threats of violence and are thus excluded from s. 2(*b*). The second is the submission that,

la vérité est une activité qui est bonne en soi». Deuxièmement, «la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique doit être encouragée et favorisée». Troisièmement, «la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels doit être encouragée dans une société qui est essentiellement tolérante, même accueillante, non seulement à l'égard de ceux qui transmettent un message, mais aussi à l'égard de ceux à qui il est destiné»: *Irwin Toy*, à la p. 976. Un acte gouvernemental qui ne vise pas à supprimer la liberté d'expression ne constitue donc une violation que si le plaignant peut démontrer qu'une de ces valeurs entre en jeu pour protéger son expression.

Dans l'application de ces principes, l'étape initiale d'une analyse fondée sur l'al. 2*b*) de la *Charte* consiste à déterminer si l'acte ou le texte législatif attaqué, compte tenu de sa forme et de son contenu, relève du champ de la conduite protégée par la garantie de liberté d'expression. Dans l'affirmative, il faut se demander ensuite si l'acte gouvernemental a pour objet ou effet de restreindre la liberté d'expression. Si la réponse à ces deux questions est affirmative, la violation de l'alinéa est établie et il faut examiner si l'acte gouvernemental ou le texte législatif est sauvegardé par l'article premier de la *Charte*.

Ceci m'amène d'abord à la question de savoir si l'expression en cause dans ce pourvoi relève du champ de la conduite protégée par la garantie de liberté d'expression énoncée dans la *Charte*. Comme l'a affirmé notre Cour à maintes reprises, le contenu d'une déclaration ne peut la priver de la protection de l'al. 2*b*), si offensant qu'il puisse être. Le contenu des assertions de M. Keegstra est extrêmement offensant et avilissant; néanmoins, suivant les principes posés par notre Cour, cela ne semble pas suffisant pour leur faire perdre la protection garantie par la *Charte*.

Trois arguments sont avancés pour soutenir que des déclarations qui enfreignent le par. 319(2) ne relèvent pas de la sphère de protection donnée à la liberté d'expression par l'al. 2*b*) de la *Charte*. Le premier argument est que la forme des déclarations n'est pas protégée parce qu'elles s'apparentent à de la violence ou à des menaces de violence et sont en conséquence exclues de l'application de

1990 CanLII 24 (SCC)

for a variety of reasons including other provisions of the *Charter* and Canada's international obligations, s. 2(*b*) should be construed as not extending to this type of speech. The third is the argument that the promotion of hatred is evil and of no redeeming value and hence not worthy of protection. I shall consider each of these arguments in turn.

A. The Argument Based on Violence

The first argument is that promoting hatred is equivalent to threats of violence and hence assumes a form which falls outside the protected sphere of s. 2(*b*). As already noted, this Court held in *Dolphin Delivery*, *supra*, that freedom of expression does not extend to protect threats or acts of violence. Relying on this jurisprudence, it was argued before us that in so far as Mr. Keegstra's statements promote hatred, they are analogous to threats of violence and are therefore not protected.

This argument depends on an extension of the category of exceptions to s. 2(*b*), since it is plain that Mr. Keegstra's statements constituted neither a "threat" nor an "act of violence." "Threat" is defined in *Mozley & Whiteley's Law Dictionary* (10th ed. 1988), as follows:

> Any menace of such a nature and extent as to unsettle the mind of the person on whom it operates, and to take away from his acts that free voluntary action which alone constitutes consent.

While many may find Mr. Keegstra's ideas unsettling, it is not suggested that they are made with the intention or have the effect of compelling Jewish people or anyone else to do one thing or another. Nor do they urge violence against the Jewish people. This was the context in which "threat" was used in *Dolphin Delivery*. Mr. Keegstra's communications were offensive and propagandistic, but they did not constitute threats in the usual sense of that word.

l'al. 2*b*). Le deuxième argument consiste à dire que, pour diverses raisons et notamment à cause d'autres dispositions de la *Charte* et des obligations internationales du Canada, l'al. 2*b*) ne devrait pas s'interpréter comme couvrant ce type d'expression. Selon le troisième argument, la fomentation de la haine est un acte répréhensible qui est dépourvu de toute valeur pouvant le racheter et qui ne mérite donc aucune protection. J'examine à tour de rôle chacun de ces arguments.

A. L'argument relatif à la violence

Selon le premier argument, la fomentation de la haine équivaut à des menaces de violence et revêt ainsi une forme qui est exclue du champ de protection de l'al. 2*b*). Ainsi que je l'ai déjà fait remarquer, notre Cour a jugé dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, précité, que la liberté d'expression ne va pas jusqu'à protéger les menaces ou les actes de violence. On a fait valoir, sur le fondement de cette jurisprudence, que, dans la mesure où elles fomentent la haine, les déclarations de M. Keegstra s'apparentent à des menaces de violence et, par conséquent, ne sont pas protégées.

Cet argument exige l'élargissement de la catégorie des exceptions à l'al. 2*b*), car il est évident que les déclarations de M. Keegstra ne sont ni une «menace» ni un «acte de violence». La «menace» est ainsi définie dans *Mozley & Whiteley's Law Dictionary* (10e éd. 1988):

> [TRADUCTION] Toute menace qui, par sa nature et sa portée, trouble l'esprit de la personne visée et enlève à ses actes le caractère libre et volontaire qui seul constitue le consentement.

Quoique beaucoup puissent trouver inquiétantes les idées de M. Keegstra, on ne prétend pas qu'elles sont avancées avec l'intention, ou qu'elles ont pour effet, d'astreindre les juifs ou qui que ce soit d'autre à une certaine conduite. Elles n'incitent pas non plus à la violence contre les juifs. Or, c'était le contexte dans lequel le terme «menace» avait été employé dans l'arrêt *Dolphin Delivery*. Les communications de M. Keegstra sont offensantes et tiennent de la propagande, mais elles ne constituent pas des menaces au sens courant du terme.

1990 CanLII 24 (SCC)

Nor do Mr. Keegstra's words fulfill the requirement of violence. The primary meaning of the word "violence" according to the *Shorter Oxford English Dictionary* (3rd ed. 1987) is "[t]he exercise of physical force so as to inflict injury on or damage to persons or property." This is the sense in which the term was used in *Dolphin Delivery*, as is evident from the following passage at p. 588:

> That freedom, of course, would not extend to protect threats of violence or acts of violence. It would not protect the destruction of property, or assaults, or other clearly unlawful conduct.

Violence as discussed in *Dolphin Delivery* and *Irwin Toy* connotes actual or threatened physical interference with the activities of others.

I conclude that Keegstra's statements do not constitute either violence or threats of violence. This leaves for consideration the alternative argument that statements calculated to promote hatred are akin to threats of violence and should be excluded from s. 2(*b*) on this ground.

In general, I would be reluctant to widen an exception to a *Charter* right or freedom, absent a clear showing of social or logical necessity. Such a necessity is present in the case of violence or threats of violence. Is this equally present in the case of hate propaganda?

I think not. The justification for excluding violence as a protected form of expression is not just that violence is harmful to the victim, it is rather that violence is inimical to the rule of law on which all rights and freedoms depend. Threats of violence are similarly inimical. They are coercive, taking away free choice and undermining freedom of action. Most fundamentally, they undercut one of the essential justifications of free expression—the role of free expression in enhancing the freedom to choose between ideas (the argument based on truth) or between courses of conduct (the argument based on democracy). Being antithetical to

Les propos de M. Keegstra ne revêtent pas davantage le caractère de la violence. En effet, d'après le *Shorter Oxford English Dictionary* (3e éd. 1987), le mot violence a pour sens principal [TRADUCTION] «l'usage de la force physique de manière à infliger des lésions à des personnes ou des dommages à des biens». C'est dans cette acception que le mot est employé dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, comme l'indique clairement le passage suivant, à la p. 588:

> Bien sûr, cette liberté ne jouerait pas dans le cas de menaces ou d'actes de violence. Aucune protection n'est accordée lorsqu'il y a destruction de biens, voies de fait ou autres types de conduite manifestement illégale.

La violence dont parlent les arrêts *Dolphin Delivery* et *Irwin Toy* connote une ingérence ou une menace d'ingérence matérielle réelle dans les activités d'autrui.

J'en conclus que les déclarations de M. Keegstra ne constituent ni de la violence ni des menaces de violence. Reste donc à examiner l'argument subsidiaire que des déclarations destinées à fomenter la haine s'apparentent à des menaces de violence et devraient pour ce motif être exclues du champ d'application de l'al. 2*b*).

D'une manière générale, en l'absence de démonstration claire d'une nécessité sociale ou logique, j'hésiterais à élargir la portée d'une exception à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*. Cette nécessité existe quand il y a de la violence ou des menaces de violence. Mais existe-t-elle également dans le cas de la propagande haineuse?

Je ne le crois pas. Que la violence soit exclue des formes d'expression protégées se justifie non pas simplement par le fait que la violence est préjudiciable à la victime, mais plutôt par le fait qu'elle est contraire à la notion de primauté du droit dont dépendent tous les droits et libertés. Il en va de même des menaces de violence. Coercitives, ces menaces détruisent le libre choix et sapent la liberté d'action. Mais plus fondamentalement, elles sapent l'une des justifications essentielles de la libre expression, c'est-à-dire le rôle de la libre expression dans la promotion de la liberté de choisir entre différentes idées (l'argument relatif à la

1990 CanLII 24 (SCC)

the values underlying the guarantee of free expression, it is logical and appropriate that violence and threats of violence be excluded from its scope.

How does promotion of hatred compare? In some contexts, it is not inimical to the workings of democracy. For example, in the heat of political debate protagonists frequently make overstated attacks that could easily be described as "promoting hatred". Opponents are called incompetent, or corrupt, or unintelligent—or worse. Groups of opponents—for example, cabinet ministers or members of the opposing party—may be categorically vilified. Yet, even assuming an intention to promote hatred of members of those groups or the foresight that hatred may result, there is nothing in the form of such statements which subverts democracy or our basic freedoms in the way in which violence or threats of violence may. There may of course be a world of difference between such statements and expression covered by s. 319(2), but that is a difference of content, not form.

It has been suggested that hate propaganda undermines the guarantee of free expression by attacking the credibility of speakers belonging to vilified groups, thereby reducing their ability to effectively communicate: see A. Fish, "Hate Promotion and Freedom of Expression: Truth and Consequences" (1989), 2 *Can. J.L. & Juris.* 111. There are several difficulties with this argument. The first is that it rests on the assumption that freedom of expression includes the right to be believed. I know of no historical or philosophical basis for such a proposition. The underlying assumption of the "marketplace of ideas" justification for free speech as well as the justification on political grounds is that many ideas will be rejected. Even the rationale of self-actualization does not support a right to be considered or believed. Freedom of expression guarantees the right to

vérité) ou entre différentes lignes de conduite (l'argument relatif à la démocratie). Comme elles sont diamétralement opposées aux valeurs sous-tendant la garantie de la liberté d'expression, il est logique et convenable que la violence et les menaces de violence ne soient pas comprises dans le champ de la garantie.

Qu'en est-il de la fomentation de la haine? Dans certains contextes, elle ne nuit aucunement au bon fonctionnement de la démocratie. Par exemple, dans le feu d'un débat politique, les protagonistes livrent souvent des attaques outrées qu'on pourrait facilement décrire comme «fomentant la haine». On traite ses adversaires d'incompétents, de corrompus ou d'imbéciles—ou pis encore. Des groupes d'adversaires—par exemple les membres du cabinet ou du parti opposé—peuvent être vilipendés sans ménagement. Pourtant, même à supposer l'existence d'une intention de fomenter la haine contre les membres de ces groupes ou même la prévision que la haine peut en résulter, rien dans la forme de ces déclarations ne subvertit la démocratie ou nos libertés fondamentales de la manière que peuvent le faire la violence ou les menaces de violence. Il peut évidemment y avoir une différence énorme entre de telles déclarations et l'expression visée au par. 319(2), mais il s'agit d'une différence de contenu plutôt que de forme.

On a prétendu que la propagande haineuse mine la garantie de liberté d'expression en attaquant le crédit de membres de groupes vilipendés qui s'expriment, nuisant ainsi à leur capacité de communiquer efficacement: voir A. Fish, «Hate Promotion and Freedom of Expression: Truth and Consequences» (1989), 2 *Can. J.L. & Juris.* 111. Cet argument présente plusieurs difficultés. En premier lieu, il repose sur la supposition que la liberté d'expression comporte le droit d'être cru. Or, je ne connais aucun fondement historique ou philosophique à cette proposition. Le postulat de la justification de la liberté d'expression fondée sur le «marché des idées», et de la justification fondée sur des considérations d'ordre politique, est qu'un grand nombre d'idées seront rejetées. Même la justification qu'est l'épanouissement personnel ne fonde pas un droit à être entendu et cru. La liberté

1990 CanLII 24 (SCC)

loose one's ideas on the world; it does not guarantee the right to be listened to or to be believed.

A second difficulty with this argument is that it would justify the suppression of much valuable expression. It is impossible to imagine a vigorous political debate on a contentious issue in which the speakers did not seek to undermine the credibility of the ideas, conclusions and judgment of their opponents. Yet such debate is essential to the maintenance and functioning of our democratic institutions. In support of this argument, it might be asserted that justifiable speech should be confined to rational argument on the issues and should not extend to non-rational attacks on credibility. But who is to decide what is rational argument and what is not? Furthermore, it should be permissible in vigourous debate to go beyond rational arguments on the merits and attack the credibility of one's opponent. Lack of credibility in the proponent of an idea is an important and justifiable reason for rejecting a position. In short, to suggest that speech which undermines the credibility of speakers belonging to particular groups does not fall within s. 2(*b*) of the *Charter*, is to remove from the protection of the *Charter* an enormous amount of speech which has long been accepted as important and valuable. I cannot accept that s. 2(*b*) should be so limited.

I conclude that statements promoting hatred are not akin to violence or threats or violence, and that the argument that they should for this reason be excluded from the protection of s. 2(*b*) of the *Charter* should be rejected.

B. The Construction Arguments

These submissions urge that s. 2(*b*) of the *Charter* should not be construed as extending to statements which offend s. 319(2) of the *Criminal Code*. The arguments are founded on three distinct considerations: s. 15 of the *Charter*; s. 27 of the *Charter*; and Canada's international obligations.

d'expression garantit le droit de diffuser ses idées; elle ne garantit pas le droit d'être écouté ou cru.

Une deuxième difficulté présentée par cet argument est qu'elle justifierait la suppression d'une expression très utile. Il est impossible de concevoir un vif débat politique sur une question controversée dans lequel les participants ne tentent pas de faire douter de la crédibilité des idées, des conclusions et du jugement de leurs adversaires. Ce genre de débat est pourtant indispensable au maintien et au bon fonctionnement de nos institutions démocratiques. On pourrait affirmer à l'appui de cet argument que l'expression justifiable devrait se limiter à la discussion rationnelle des questions faisant l'objet du débat et ne devrait pas s'étendre à des attaques irrationnelles contre la crédibilité de l'adversaire. Mais à qui de décider ce qui est ou ce qui n'est pas une discussion rationnelle? De plus, il devrait être permis dans le cadre d'un débat vif de ne pas se borner à des arguments rationnels sur le fond et d'attaquer le crédit de son adversaire. Le manque de crédibilité du tenant d'une idée est un motif important et justifiable de rejeter son point de vue. Bref, prétendre que l'al. 2*b*) de la *Charte* ne s'applique pas à l'expression qui mine le crédit de personnes qui s'expriment appartenant à des groupes déterminés revient à priver de la protection de la *Charte* une quantité énorme d'expressions dont l'importance et la valeur sont reconnues depuis longtemps. Je ne puis admettre que la portée de l'al. 2*b*) soit ainsi limitée.

Je conclus que les déclarations fomentant la haine ne s'apparentent pas à la violence ni à des menaces de violence et qu'il y a lieu de rejeter l'argument tendant à les exclure pour cette raison de la protection de l'al. 2*b*) de la *Charte*.

B. Les arguments tenant à l'interprétation

Suivant ces arguments, l'al. 2*b*) de la *Charte* ne doit pas s'interpréter comme s'appliquant aux déclarations qui contreviennent au par. 319(2) du *Code criminel*. Ces arguments sont fondés sur trois considérations distinctes: l'art. 15 de la *Charte*; l'art. 27 de la *Charte*; et les obligations internationales du Canada.

1990 CanLII 24 (SCC)

(1) *The Argument Based on Section 15 of the Charter*

The first argument is that the scope of s. 2(*b*) is diminished by s. 15 of the *Charter*. This argument is based on the principle of construction that where possible, the provisions of a statute should be read together so as to avoid conflict. The guarantee of equality in s. 15, it is submitted, is offended by speech which denigrates a particular ethnic or religious group. The competing values reflected by the two sections might therefore be reconciled by informing the content of s. 2(*b*) with the values of s. 15. Accordingly, the freedom of expression guarantee should be read down to exclude from protected expression statements whose content promotes such inequality.

It is important initially to define the nature of the potential conflict between s. 2(*b*) and s. 15 of the *Charter*. This is not a case of the collision of two rights which are put into conflict by the facts of the case. There is no violation of s. 15 in the case at bar, since there is no law or state action which puts the guarantee of equality into issue. The right granted by s. 15 is the right to be free from inequality and discrimination effected by the state. That right is not violated in the case at bar. The conflict, then, is not between rights, but rather between philosophies.

There are two significant considerations which militate against an acceptance of the argument based on s. 15. First, it is important to consider the nature of the two guarantees in question. On the one hand, s. 2(*b*) confers on each individual freedom of expression, unconstrained by state regulation or action, and subject only to a possible limitation under s. 1. On the other hand s. 15 grants the right to be free from inequality and discrimination effected by the state. Given that the protection under s. 2(*b*) is aimed at protecting individuals from having their expression infringed by the government, it seems a misapplication of *Charter* values to thereby limit the scope of that individual guarantee with an argument based on s. 15, which is also aimed at circumscribing the power of the state.

(1) *L'argument fondé sur l'art. 15 de la Charte*

Le premier argument allègue que l'art. 15 de la *Charte* vient limiter la portée de l'al. 2*b*). Cet argument est fondé sur le principe d'interprétation selon lequel les dispositions d'une loi doivent, autant que faire se peut, être interprétées ensemble afin d'éviter les conflits. L'expression qui dénigre un groupe ethnique ou religieux particulier, prétend-on, viole la garantie d'égalité énoncée à l'art. 15. Les valeurs concurrentes des deux articles peuvent donc être conciliées en insufflant au contenu de l'al. 2*b*) les valeurs de l'art. 15. Cela étant, la garantie de liberté d'expression doit recevoir une interprétation restreinte de manière à exclure de la catégorie de l'expression protégée les déclarations dont le contenu favorise ce genre d'inégalité.

Il importe de préciser au départ la nature du conflit potentiel entre l'al. 2*b*) et l'art. 15 de la *Charte*. Ce n'est pas un cas de collision entre deux droits qu'un cas précis fait entrer en conflit. Il n'y a pas de violation de l'art. 15 en l'espèce puisque aucune loi ni aucun acte de l'État ne met en cause la garantie d'égalité. Le droit conféré par l'art. 15 c'est celui d'être à l'abri de toute inégalité ou discrimination infligée par l'État. Ce droit n'a pas été violé en l'espèce. Ce dont il s'agit n'est donc pas un conflit entre des droits, mais bien entre des philosophies.

Deux considérations importantes militent contre l'argument fondé sur l'art. 15. D'abord, il est important de tenir compte de la nature des deux garanties en cause. D'une part, l'al. 2*b*) confère à chacun la liberté d'expression, non restreinte par la réglementation ou l'action gouvernementale, et il n'est assujetti qu'à une restriction éventuelle en vertu de l'article premier. D'autre part, l'art. 15 confère le droit de ne pas être assujetti à l'inégalité et à la discrimination qui serait le fait de l'État. Vu que la protection en vertu de l'al. 2*b*) vise à protéger les individus contre l'atteinte à leur liberté d'expression par le gouvernement, ce serait une application erronée des valeurs de la *Charte* de limiter la portée de la garantie donnée à l'individu avec une argumentation fondée sur l'art. 15 qui vise également à circonscrire les pouvoirs de l'État.

1990 CanLII 24 (SCC)

I do not mean to suggest that different sections of the *Charter* are irrelevant to the task of defining the content of individual guarantees. Indeed, the principles underlying its various provisions reflect many of the fundamental values of Canadian society. In some instances, interpretation of a particular section may be aided by relying on the values expressed in other provisions to place the guarantee in question in its proper historical and philosophical light. In the present case, however, I do not agree that the protection s. 15 provides against government action should be used to erode the scope of protection provided for an individual's expression.

This conclusion is supported by a second factor which weighs against limiting the scope of freedom of expression on the basis of the guarantee of s. 15. The cases where this Court has considered the meaning of s. 2(*b*) have expressly rejected the suggestion that certain statements should be denied the protection of the guarantee on the basis of their content. This Court has repeatedly affirmed that no matter how offensive or disagreeable the content of the expression, it cannot on that account be denied protection under s. 2(*b*) of the *Charter*: *Irwin Toy* and *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.), supra*. The argument based on s. 15 is clearly opposed to this principle, as it suggests that protection be denied expression whose content conflicts with the values underlying the s. 15 guarantee.

Even if these difficulties could be surmounted, one would be faced with the prospect of cutting back a freedom guaranteed by the *Charter* on the basis that the exercise of the freedom may run counter to the philosophy behind another section of the *Charter*. Wilson J. in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, discusses the impossibility of deciding between competing values under the *Charter* in the abstract, and emphasizes the need to weigh conflicting values in the factual context of the case. The exercise of weighing s. 2(*b*) of the *Charter* against s. 15 would pose just such difficulties. The alleged breach of s. 2(*b*) can be placed in a factual context. But since there is no breach of s. 15, the

Je ne veux pas dire par là que divers articles de la *Charte* sont sans pertinence dans la tâche de définition du contenu des garanties individuelles. En fait, les principes sous-tendant ses diverses dispositions reflètent de nombreuses valeurs fondamentales de la société canadienne. Dans certains cas, l'interprétation d'un article donné peut être facilitée par le recours aux valeurs exprimées dans d'autres dispositions afin de placer la garantie en cause dans une perspective historique et philosophique appropriée. En l'espèce, je ne suis pas d'accord pour dire que la protection fournie par l'art. 15 contre l'action gouvernementale devrait être utilisée pour éroder la protection donnée à l'expression individuelle.

Cette conclusion est étayée par un second facteur qui milite contre une restriction de la portée de la liberté d'expression qui serait fondée sur la garantie de l'art. 15. Les arrêts dans lesquels la Cour a étudié le sens de l'al. 2*b*) ont expressément rejeté l'idée que certaines déclarations devraient être privées de la protection en raison de leur contenu. Notre Cour a affirmé plusieurs fois que, si offensant ou déplaisant que soit le contenu de l'expression, ce n'est pas une raison de lui retirer la protection de l'al. 2*b*) de la *Charte*: *Irwin Toy* et *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, précités. L'argument fondé sur l'art. 15 s'oppose clairement à ce principe car il propose de priver de protection l'expression dont le contenu est en conflit avec les valeurs sous-tendant la garantie de l'art. 15.

S'il était possible de surmonter ces difficultés, on se trouverait devant la perspective de la réduction d'une liberté garantie par la *Charte*, pour la raison que l'exercice de cette liberté peut aller à l'encontre de la philosophie qui sous-tend un autre article de la *Charte*. Le juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, traite de l'impossibilité de faire un choix dans l'abstrait entre des valeurs concurrentes consacrées dans la *Charte* et elle souligne la nécessité d'apprécier les valeurs opposées dans le contexte de l'affaire. C'est précisément ce genre de difficultés qui surgiraient si on soupesait l'al. 2*b*) de la *Charte* et l'art. 15. La violation alléguée de l'al. 2*b*) peut être placée dans un

1990 CanLII 24 (SCC)

value to be weighed on that side of the balance cannot be placed in a factual context. This would render the exercise of balancing the conflicting values extremely difficult.

Assuming such balancing were to be done, the further question would arise of whether it would more appropriately take place under s. 1 than under s. 2(*b*). The rejection by the Court of narrowing the scope of s. 2(*b*) on the basis of content in cases such as *Irwin Toy*, the contextual considerations raised by Wilson J. in *Edmonton Journal*, and consideration of where the burden of proof should lie in restricting rights and freedoms—all these suggest that restrictions on the broad definition of free expression found in s. 2(*b*) may well be more appropriately made under s. 1.

I conclude that this Court should not reduce the scope of expression protected by s. 2(*b*) of the *Charter* because of s. 15 of the *Charter*.

(2) *The Argument Based on Section 27 of the Charter*

Section 27 states that the *Charter* shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians. Similar considerations apply here as applied to the argument based on s. 15 of the *Charter*. As in the case of the s. 15 argument, there is no conflict of rights, s. 27 embodying not a right or freedom but a principle of construction. As in the case of the s. 15 argument, the submission under s. 27 amounts to advocating that certain statements be denied protection under s. 2(*b*) because of their content, an approach which this court has rejected. Using s. 27 to limit the protection guaranteed by s. 2(*b*) is likewise subject to the objection that it would leave unprotected a large area of arguably legitimate social and political debate. All this is not to mention the difficulty of

contexte factuel. Mais comme il n'y a aucune violation de l'art. 15, l'autre valeur à soupeser ne peut être placée dans un contexte factuel. Cela rendrait extrêmement difficile l'évaluation relative des valeurs opposées.

À supposer que cette évaluation se fasse, se poserait alors la question de savoir s'il conviendrait mieux de la faire en vertu de l'article premier qu'en vertu de l'al. 2*b*). Le refus de notre Cour de réduire la portée de l'al. 2*b*) en raison du contenu, dans des arrêts comme *Irwin Toy*, les considérations d'ordre contextuel invoquées par le juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal* et la question de savoir à qui devrait incomber le fardeau de la preuve lorsqu'il s'agit de restreindre des droits et libertés, sont autant de facteurs qui indiquent qu'il convient peut-être mieux en effet que ce soit en vertu de l'article premier qu'on impose des restrictions à la définition large de liberté d'expression qu'on trouve à l'al. 2*b*).

Je conclus que notre Cour ne devrait pas se fonder sur l'art. 15 de la *Charte* pour réduire la portée de l'expression protégée par l'al. 2*b*) de la *Charte*.

(2) *L'argument fondé sur l'art. 27 de la Charte*

Aux termes de l'art. 27, toute interprétation de la *Charte* doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens. Les considérations applicables à cet argument sont semblables à celles appliquées à celui fondé sur l'art. 15 de la *Charte*. Pas plus que dans le cas de l'argument fondé sur l'art. 15, il ne s'agit ici d'un conflit de droits, car l'art. 27 ne confère pas un droit ou une liberté mais énonce un principe d'interprétation. Et comme dans le cas de l'argument fondé sur l'art. 15, le moyen fondé sur l'art. 27 revient à proposer que la protection de l'al. 2*b*) soit refusée à certaines déclarations à cause de leur contenu, idée qui a été rejetée par notre Cour. Le recours à l'art. 27 pour limiter la protection garantie par l'al. 2*b*) donne également prise à l'objection que cela laisserait sans protection un large champ de débat social et politique pouvant être considéré comme légitime. À tout cela vient s'ajouter la difficulté qu'il y

1990 CanLII 24 (SCC)

weighing abstract values such as multiculturalism in the balance against freedom of speech.

Further difficulties are not hard to conjure up. Different people may have different ideas about what undermines multiculturalism. The issue is inherently vague and to some extent a matter of personal opinion. For example, it might be suggested that a statement that Canada should not permit immigration from a certain part of the world is inconsistent with the preservation and enhancement of multiculturalism. Is s. 2(*b*) to be cut back to eliminate protection for such a statement, given the differing opinions one might expect on such a matter? It may be argued, moreover, that a certain latitude for expression of derogatory opinion about other groups is a necessary correlative of a multicultural society, where different groups compete for limited resources.

For example, in *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369 (Ont. C.A.), a case prosecuted under s. 319(2), the alleged hateful statements arose over the question of whether a French school should be built in a predominantly anglophone area. Such statements are regrettable. But before concluding that they should be denied all constitutional protection in all circumstances—which is the effect of removing them from s. 2(*b*)—we must ask ourselves hard questions. Will repression of such opinions deepen rather than alleviate irrational prejudices? Is not the ideal of toleration, fundamental to our traditional concept of free expression, also the essence of multiculturalism, and can multiculturalism truly be promoted by denying that ideal? Given the fact that removal of speech from s. 2(*b*) is to deny it any protection regardless of the circumstances, is it appropriate where such debates exist to remove statements argued to undermine multiculturalism from s. 2(*b*)? Questions such as these point out the difficulty inherent in determining with any precision what statements would be excluded from s. 2(*b*) on

a à soupeser, d'une part, des valeurs abstraites telles que le multiculturalisme et, d'autre part, la liberté d'expression.

On peut facilement concevoir d'autres difficultés. Différentes personnes peuvent avoir des idées différentes de ce qui mine le multiculturalisme. La question est vague en soi et elle est, dans une certaine mesure, une affaire d'opinion personnelle. Par exemple, on pourrait prétendre que la déclaration que le Canada ne devrait pas admettre d'immigrants venant d'une certaine partie du monde est incompatible avec le maintien et la valorisation du multiculturalisme. La portée de l'al. 2*b*) doit-elle alors être restreinte afin qu'une telle déclaration ne soit pas protégée, compte tenu de la divergence d'opinions à laquelle on peut s'attendre sur ce genre de questions? On pourrait soutenir d'ailleurs qu'une société multiculturelle, où différents groupes se disputent des ressources limitées, comporte nécessairement une certaine latitude dans l'expression d'opinions désobligeantes à l'égard d'autres groupes.

Par exemple, dans *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369 (C.A. Ont.), un cas de poursuites engagées en vertu du par. 319(2), les déclarations haineuses alléguées se rapportaient à la question de l'opportunité de construire une école française dans un quartier principalement anglophone. Des déclarations de ce genre sont déplorables. Mais avant de conclure qu'il faut leur refuser toute protection constitutionnelle dans toutes les circonstances—la conséquence de leur exclusion de l'al. 2*b*)—il faut se poser des questions sérieuses. La répression de telles opinions renforcerait-elle les préjugés irrationnels au lieu de les atténuer? L'idéal de tolérance, fondamental à notre conception traditionnelle de la liberté d'expression, n'est-il pas également l'essence du multiculturalisme, et peut-on promouvoir le multiculturalisme par la négation de cet idéal? Étant donné qu'une expression soustraite de la portée de l'al. 2*b*) est privée de toute protection peu importe les circonstances, convient-il dans le cas de tels débats d'exclure de la portée de l'al. 2*b*) les déclarations qui, à ce qu'on prétend, minent le multiculturalisme? Ce genre de questions font ressortir jusqu'à quel point il est difficile de déterminer avec quelque exacti-

1990 CanLII 24 (SCC)

the ground that they undermine our multicultural heritage.

Before leaving this point I would add that there is no evidence that the impugned legislation in fact contributes to the enhancement and preservation of multiculturalism in Canada. Reliance, therefore, on s. 27 to tailor or otherwise cut back the protection afforded by s. 2(*b*) risks undercutting the fundamental freedom with no guarantee of a tangible benefit in return. In my opinion, the weighing of interests and values implicit in questions such as these is better accomplished under s. 1 of the *Charter*.

(3) *The Argument Based on International Law*

The third argument based on construction is the international law argument. It is argued that exclusion of hate propaganda from the guarantee of freedom of speech is consistent with various international covenants, to some of which Canada is party. While this Court is not bound to follow international law in its interpretation of *Charter* rights and freedoms (*Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313) it is urged that as a matter of construction this Court should interpret s. 2(*b*) in a manner consistent with the international viewpoint.

I have earlier alluded to the different philosophies toward freedom of speech which inform the international tradition on the one hand and the American tradition on the other. The international tradition tends to define freedom of expression in a way which accommodates state legislation curtailing hate propaganda, thus precluding any debate about whether such measures infringe freedom of expression, and if so, whether they are justified. I have suggested that this is not the model of the Canadian *Charter*, which consistent with the pre-*Charter* quasi-constitutional status accorded to freedom of expression in this country posits a broad and unlimited right of expression under s. 2(*b*), a right which can be cut back only under s. 1 upon the state demonstrating that the limit or

tude quelles déclarations seraient exclues de l'application de l'al. 2*b*) parce qu'elles nuisent à notre patrimoine multiculturel.

Avant de conclure sur ce point j'ajouterais qu'il n'a aucunement été démontré qu'en fait la législation contestée contribue à la promotion et à la préservation du multiculturalisme au Canada. Le recours à l'art. 27 pour modeler ou restreindre autrement la protection garantie par l'al. 2*b*) risque donc de porter atteinte à une liberté fondamentale sans garantie de gains tangibles en retour. À mon avis, il est plus approprié de soupeser les intérêts et valeurs implicites dans des questions comme celles-ci dans le cadre de l'article premier de la *Charte*.

(3) *L'argument fondé sur le droit international*

Le troisième argument tenant à l'interprétation est fondé sur le droit international. On soutient que l'exclusion de la propagande haineuse de la garantie de liberté d'expression est compatible avec diverses conventions internationales, dont certaines ont été signées par le Canada. Bien que notre Cour ne soit pas liée par le droit international dans son interprétation des droits et libertés garantis par la *Charte* (*Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313), on a fait valoir que nous devrions interpréter l'al. 2*b*) d'une manière qui concorde avec la position internationale.

J'ai déjà fait mention des différentes philosophies relatives à la liberté d'expression qui informent la tradition internationale d'une part et la tradition américaine d'autre part. La tradition internationale tend à définir la liberté d'expression d'une manière qui permet à l'État d'adopter des textes législatifs imposant des limites à la propagande haineuse, ce qui exclut d'avance tout débat sur la question de savoir si de telles mesures portent atteinte à la liberté d'expression et, dans l'affirmative, si elles sont justifiées. Or, j'ai déjà indiqué que ce modèle ne s'applique pas à la *Charte* canadienne, qui, conformément au statut quasi constitutionnel donné à la liberté d'expression dans ce pays avant la *Charte*, prévoit à l'al. 2*b*) un droit large et illimité à l'expression ne

1990 CanLII 24 (SCC)

infringement of the freedom is reasonably justified in a free and democratic society.

Quite apart from this difference in approach, another consideration persuades me that it would be wrong to cut back the scope of s. 2(*b*) on the ground that Canada has signed treaties which are inconsistent with affording protection to racial propaganda.

This argument, like the arguments under ss. 15 and 27 of the *Charter*, would require cutting down the protection offered by s. 2(*b*) of the *Charter* on the basis of the content of the statements sought to be protected. It would deny certain statements constitutional protection because their content is intended to promote discrimination and hatred of certain groups in society. This Court has expressly rejected such a course.

Canada's international obligations, and the accords negotiated between international governments may well be helpful in placing *Charter* interpretation in a larger context. Principles agreed upon by free and democratic societies may inform the reading given to certain of its guarantees. It would be wrong, however, to consider these obligations as determinative of or limiting the scope of those guarantees. The provisions of the *Charter*, though drawing on a political and social philosophy shared with other democratic societies, are uniquely Canadian. As a result, considerations may point, as they do in this case, to a conclusion regarding a rights violation which is not necessarily in accord with those international covenants.

I should add that I am not of the view that any measures taken to implement Canada's international obligations to combat racial discrimination and hate propaganda must necessarily be unconstitutional. The obligations expressed in the *International Covenant on Civil and Political Rights* (to prohibit by law "[a]ny advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to

pouvant être réduit qu'en vertu de l'article premier si l'État démontre que la restriction imposée ou l'atteinte portée au droit en question peut raisonnablement se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Tout à fait indépendamment de cette différence de points de vue, il y a une autre raison de penser, à mon avis, qu'on aurait tort de limiter la portée de l'al. 2*b*) parce que le Canada a signé des traités inconciliables avec la protection de la propagande raciale.

Cette raison est que cet argument, comme ceux fondés sur les art. 15 et 27 de la *Charte*, exigerait la réduction de la protection offerte par l'al. 2*b*) de la *Charte* en fonction du contenu des déclarations qu'on veut faire protéger. Il refuserait à certaines déclarations la protection constitutionnelle du fait que leur contenu est destiné à promouvoir la discrimination et la haine à l'endroit de certains groupes de la collectivité. C'est un parti que notre Cour a expressément rejeté.

Les obligations internationales du Canada et les accords négociés entre gouvernements nationaux peuvent être utiles pour élargir le contexte de l'évaluation de la *Charte*. Des principes reconnus par des sociétés libres et démocratiques peuvent informer la compréhension de certaines de ses garanties. Ce serait toutefois une erreur de considérer que ces obligations permettent de définir ou de limiter la portée de ces garanties. Les dispositions de la *Charte*, quoiqu'inspirées par une philosophie politique et sociale partagée avec d'autres sociétés démocratiques, sont particulières au Canada. En conséquence, ces considérations peuvent mener, comme en l'espèce, à une conclusion concernant une violation de droits qui n'est pas nécessairement en accord avec ces conventions internationales.

J'ajoute que je ne suis pas d'avis que des mesures prises pour mettre en œuvre des obligations internationales en vue de lutter contre la discrimination raciale et la propagande haineuse, sont nécessairement inconstitutionnelles. Les obligations énoncées dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (d'interdire par la loi «[t]out appel à la haine nationale, raciale ou reli-

1990 CanLII 24 (SCC)

discrimination, hostility or violence") and the *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (to "declare an offence punishable by law all dissemination of ideas based on racial superiority or hatred") are general in nature. Details of methods to be used are not specified. Nothing in those instruments compels enactment of s. 319(2), as opposed to other provisions combatting racism.

I conclude that none of the arguments which are advanced for construing s. 2(*b*) of the *Charter* narrowly to exclude from its protection statements offending s. 319(2) of the *Criminal Code* can prevail.

C. Absence of Redeeming Value

The fundamental premise of the arguments advanced under this head is that only justified or meritorious expression is protected under s. 2(*b*). These arguments take several forms.

The first is the contention that the protection of the wilful promotion of hatred was never within the contemplation of the framers of the *Charter* and therefore can be criminalized without the necessity of meeting the standard of justification of s. 1. This argument draws on the language of *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 155, and *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344, to the effect that *Charter* rights must be interpreted purposively, in light of the interests they were meant to protect, and in their proper linguistic, philosophic and historical contexts. Freedom of expression, although historically recognized as an important value in Canadian society, has never been absolute, it is pointed out. Libel and slander laws, as well as the hate-mongering sections of the *Criminal Code*, were accepted as limits on freedom of expression before the adoption of the *Charter* and should continue to be accepted, the argument goes.

gieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence») et dans la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (de «déclarer délits punissables par la loi toute diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale») sont de nature générale. Il n'y a aucune précision quant aux méthodes à employer. Rien dans ces instruments n'oblige l'adoption du par. 319(2) plutôt que d'autres dispositions de lutte contre le racisme.

Je conclus qu'aucun des arguments avancés en faveur d'une interprétation restrictive de l'al. 2*b*) de la *Charte*, qui exclurait de la protection de cet alinéa les déclarations qui enfreignent le par. 319(2) du *Code criminel*, ne peut être retenu.

C. L'absence de valeur intrinsèque

Les arguments invoqués sous cette rubrique partent de cette prémisse fondamentale que seule l'expression justifiée ou méritoire bénéficie de la protection de l'al. 2*b*). Ces arguments revêtent plusieurs formes.

On soutient tout d'abord que la protection de la fomentation volontaire de la haine n'a jamais été envisagée par les rédacteurs de la *Charte* et peut en conséquence être criminalisée sans qu'il soit besoin de satisfaire à la norme de justification établie par l'article premier. C'est là un argument qui s'appuie sur les propos tenus dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 155, et dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344, d'où il ressort que les droits garantis par la *Charte* doivent s'interpréter en fonction de l'objet qu'ils visent, à la lumière des intérêts qu'ils sont destinés à protéger, et dans leurs contextes linguistique, philosophique et historique appropriés. On souligne que la liberté d'expression, quoique reconnue historiquement comme une valeur importante dans la société canadienne, n'a jamais été absolue. Toujours selon cette argumentation, les lois en matière de diffamation ainsi que les articles du *Code criminel* relatifs à la fomentation de la haine ont été acceptés comme restrictions de la liberté d'expression avant l'adoption de la *Charte* et devraient continuer de l'être.

1990 CanLII 24 (SCC)

This argument amounts to saying that the right to free expression enshrined in the *Charter* must be confined to the ambit of the rules affecting free speech which preceded the *Charter*. Generally this Court has not taken such a restrictive approach to *Charter* rights and freedoms, but has preferred a large and generous interpretation. This is in keeping with the fact that the principles enshrined in the *Charter* are general and fundamental. The spirit of the jurisprudence that preceded the *Charter* may infuse the interpretation of these rights, but it should not unduly constrain the development of principles which may better reflect the broad and progressive spirit of the *Charter*.

The argument, furthermore, is rebutted by the pre-*Charter* cases themselves. For example, the British common law made the promotion of ill-will and hostility between subjects the offence of criminal sedition. This Court in *Boucher*, *supra*, however, held that the principle of free speech required that the traditional definition of criminal sedition be narrowed to encompass only the intention to incite people to actual violence, disorder or unlawful conduct. Thus even before the *Charter*, this Court was not prepared to accept historical legal limitations on expression where they conflicted with the larger Canadian conception of free speech.

Another version of this argument looks to the generally accepted justifications for protecting freedom of speech, such as truth, democracy and self-fulfillment, and asks whether "hate-mongering" does anything to further those values.

The first difficulty with this argument is that none of the previous decisions of this Court involving free speech have followed such an approach. In *Ford*, as already mentioned, the Court declined to apply such an analysis to s. 2(*b*), on the ground that it related more to the consideration of competing claims under s. 1. The arguments from truth, democracy and self-fulfillment were given a limited role in the interpretation of s. 2(*b*) in *Irwin*

Cette argumentation revient à dire que le droit à la liberté d'expression consacré dans la *Charte* ne doit pas dépasser la portée des règles qui s'appliquaient à la liberté de parole avant l'entrée en vigueur de la *Charte*. En général, notre Cour n'a pas interprété aussi restrictivement les droits et libertés garantis par la *Charte*, mais a préféré une interprétation large et libérale, en harmonie avec le caractère général et fondamental des principes consacrés dans la *Charte*. L'interprétation de ces droits peut s'inspirer de l'esprit de la jurisprudence antérieure à la *Charte*, mais sans limiter indûment le développement de principes qui pourraient mieux traduire l'esprit large et progressif de la *Charte*.

De plus, la jurisprudence antérieure à la *Charte* réfute elle-même ces arguments. Par exemple, en common law britannique la fomentation de l'inimitié et de l'hostilité entre sujets constituait l'infraction de sédition criminelle. Dans l'arrêt *Boucher*, précité, cependant, notre Cour a dit que le principe de la liberté de parole exigeait que la portée de la définition traditionnelle de la sédition criminelle soit réduite de manière à ne comprendre que l'intention d'inciter les gens à commettre réellement des actes de violence, des atteintes à la paix publique ou des actes illégaux. Donc, même avant la *Charte*, notre Cour n'était pas disposée à accepter que l'expression soit soumise à des restrictions juridiques historiques lorsque celles-ci entraient en conflit avec la conception canadienne plus large de la liberté de parole.

Une variante de cet argument invoque les justifications généralement admises pour la protection de la liberté de parole—telles que la vérité, la démocratie et l'épanouissement personnel—et demande en quoi la «fomentation de la haine» sert à promouvoir ces valeurs.

La première difficulté que présente cet argument est qu'aucun arrêt antérieur de notre Cour portant sur la liberté d'expression n'a suivi cette démarche. Dans l'arrêt *Ford*, comme je l'ai déjà fait remarquer, la Cour a refusé d'appliquer ce genre d'analyse à l'al. 2*b*) pour le motif qu'elle convenait davantage à l'appréciation de réclamations concurrentes en vertu de l'article premier. Les arguments tirés de la vérité, de la démocratie

1990 CanLII 24 (SCC)

Toy, but only in cases where there is no clear government purpose of restricting free expression. The expression in issue in *Irwin Toy* had little redeeming value. That was why the government had banned it, a legislative act which the Court upheld as justified under s. 1. Nevertheless, the Court had little difficulty finding that the limitation of such speech infringed the guarantee of freedom of expression in s. 2(*b*) of the *Charter*.

The argument, moreover, is essentially circular. If one starts from the premise that the speech covered by s. 319(2) is dangerous and without value, then it is simple to conclude that none of the commonly-offered justifications for protecting freedom of expression are served by it.

Another problem with this approach is the difficulty of determining when speech has redeeming value. In cases such as the present, it may be easy to achieve near-unanimous consensus that the statements contribute nothing positive to our society. But the proposition underlying this argument is not confined to such cases. In order to make their case, those advancing the argument must establish *inter alia* that all expression potentially affected by s. 319(2) of the *Criminal Code* is irrelevant to the workings of representative democracy. To come within the ambit of potential prosecution under s. 319(2) speech need only wilfully demean an identifiable group. (To be "wilful", the speaker must have as his conscious purpose the promotion of hatred, or foresee that it is certain or morally certain to occur: *Buzzanga*, *supra*. However, such purpose or foresight may be readily inferred in cases of highly controversial speech.) Is it unimaginable that questions of public policy should involve speech of this kind? The Canadian Civil Liberties Association raises the example of a native leader making bitter comments about whites in frustration with governmental failure to recognize land claims. Bitter debate arising from the language of schooling has given rise to pros-

et de l'épanouissement personnel ont eu un rôle limité dans l'interprétation de l'al. 2*b*) dans l'arrêt *Irwin Toy*, mais seulement dans les situations où le gouvernement ne vise pas manifestement à restreindre la liberté d'expression. L'expression en cause dans l'affaire *Irwin Toy* n'avait que peu de valeur intrinsèque susceptible de la racheter. C'est pourquoi le gouvernement l'avait proscrite, acte législatif que notre Cour a déclaré justifié au sens de l'article premier. La Cour est néanmoins arrivée sans beaucoup de difficulté à la conclusion que la restriction de ce genre d'expression violait la garantie de liberté d'expression énoncée à l'al. 2*b*) de la *Charte*.

L'argument est par ailleurs essentiellement tautologique. En effet, si l'on part de la prémisse que l'expression visée au par. 319(2) est dangereuse et sans valeur, il est facile alors de conclure qu'aucune des justifications couramment avancées pour la protection de la liberté d'expression ne s'y applique.

Autre problème inhérent à ce raisonnement tient à la difficulté qu'il y a à déterminer quand l'expression a une valeur intrinsèque susceptible de la racheter. Dans des cas comme l'espèce, il peut être facile d'arriver à un consensus presque unanime que les déclarations en cause n'apportent rien de positif à notre société. Cependant la proposition qui sous-tend cet argument ne se limite pas à de tels cas. Pour que leur argument soit retenu, ceux qui l'avancent doivent établir notamment que toute expression pouvant théoriquement relever du par. 319(2) du *Code criminel* est dénuée de toute pertinence à l'égard du fonctionnement de la démocratie représentative. Pour donner lieu à d'éventuelles poursuites en vertu du par. 319(2), il suffit que l'expression dénigre volontairement un groupe identifiable. (Or, celui qui s'exprime agit «volontairement» s'il se fixe sciemment le but de fomenter la haine ou s'il prévoit que telle en sera la conséquence certaine ou très probable: *Buzzanga*, précité. Ce but ou cette prévision peut toutefois s'inférer facilement dans les cas où il s'agit d'une expression hautement controversée.) Est-il inconcevable que des questions intéressant l'ordre public engendrent ce type d'expression? L'Association canadienne des libertés civiles donne l'exemple

1990 CanLII 24 (SCC)

ecution under s. 319(2): *Buzzanga*. Experience shows that in actual cases it may be difficult to draw the line between speech which has value to democracy or social issues and speech which does not.

Attempts to confine the guarantee of free expression only to content which is judged to possess redeeming value or to accord with the accepted values strike at the very essence of the value of the freedom, reducing the realm of protected discussion to that which is comfortable and compatible with current conceptions. If the guarantee of free expression is to be meaningful, it must protect expression which challenges even the very basic conceptions about our society. A true commitment to freedom of expression demands nothing less.

D. The Scope of Section 2(*b*)—Summary

I cannot accept the arguments which have been advanced for the proposition that s. 2(*b*) does not afford protection to statements wilfully promoting hatred under s. 319(2) of the *Criminal Code*. Instead, I return to the affirmation in *Irwin Toy* that if the activity being regulated has expressive content, and does not convey a meaning through a violent form, then it is *prima facie* protected by s. 2(*b*) of the *Charter*. Provided that the further condition is established that the purpose or effect of the government action in issue is to restrict freedom of expression, the case for infringement of s. 2(*b*) has been made out. Both conditions are met in this case. Section 319(2) is directed at the content of certain statements. It applies where the meaning is conveyed in a non-violent form. And finally, its purpose is to curtail what people may say.

The infringement of s. 2(*b*) is established, and the analysis must proceed to the test of justification under s. 1 of the *Charter*.

d'un dirigeant autochtone qui, frustré par le refus du gouvernement de reconnaître les revendications territoriales, tient des propos amers contre les Blancs. Un débat acrimonieux sur la langue de l'enseignement a donné lieu à des poursuites en vertu du par. 319(2): *Buzzanga*. L'expérience montre que, dans la pratique, il peut être difficile de tracer une ligne de démarcation entre l'expression qui a une valeur pour la démocratie ou la discussion de questions sociales, et celle qui n'en a pas.

Les tentatives de restriction de la garantie de liberté d'expression seulement au contenu qui est considéré avoir une valeur positive ou être conforme avec des valeurs acceptées, frappent l'essence même de la valeur de la liberté, en réduisant le champ de protection des débats à ce qui ne dérange pas ou à ce qui est compatible avec les idées actuelles. Si la garantie de libre expression doit avoir un sens, elle doit protéger l'expression qui conteste même les conceptions fondamentales de notre société. Un engagement réel à l'égard de la liberté d'expression n'exige pas moins.

D. La portée de l'al. 2*b*)—résumé

Je ne puis retenir les arguments avancés au soutien de la proposition selon laquelle l'al. 2*b*) ne protège pas les déclarations fomentant volontairement la haine visées au par. 319(2) du *Code criminel*. Je reviens plutôt à l'affirmation dans l'arrêt *Irwin Toy* que si l'activité faisant l'objet de réglementation a un contenu expressif et qu'elle ne transmet pas une signification par des moyens violents, elle bénéficie à première vue de la protection de l'al. 2*b*) de la *Charte*. Pourvu qu'on établisse en outre que l'action gouvernementale en question a pour objet ou pour effet de restreindre la liberté d'expression, la violation de l'al. 2*b*) est prouvée. En l'espèce, l'une et l'autre condition a été remplie. Le paragraphe 319(2) vise le contenu de certaines déclarations. Il s'applique dans des cas où la signification est transmise par des moyens non violents. En dernier lieu, son objet est d'imposer des restrictions à ce qu'on peut dire.

La violation de l'al. 2*b*) est donc établie et nous devons passer à l'analyse de sa justification en vertu de l'article premier de la *Charte*.

1990 CanLII 24 (SCC)

III. *Section 11(d)—The Presumption of Innocence*

Section 319(3) of the *Criminal Code* provides several defences. One of them, s. 319(3)(*a*), is the defence of truth. The origins of this defence may be found in the report of the Cohen Committee, which led to the adoption of s. 319(2). That report affirmed that the truth should be a defence to the criminal charge of promoting hatred.

Under s. 319(3)(*a*), where the Crown proves beyond a reasonable doubt that the accused wilfully promoted hatred against an identifiable group, the accused will escape liability "if he establishes that the statements communicated were true". With regard to this, the first and most important of the defences established by s. 319(3), it is clear that the burden of proof lies on the accused. The question is whether this violates the presumption of innocence in s. 11(*d*) of the *Charter*.

In my view, the answer to this question is governed by this Court's decision *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3. There Dickson C.J., writing for the Court, found that the crime of driving or having care or control of a motor vehicle while impaired, combined with a provision that occupancy of the driver's seat shall be deemed to be having care and control of the vehicle, offended s. 11(*d*) of the *Charter*. The Chief Justice reiterated the view that he had taken earlier in *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914, at p. 935, that: "The basic principle of the common law has been that the accused need not prove a defence." He stated at p. 18:

> The exact characterization of a factor as an essential element, a collateral factor, an excuse, or a defence should not affect the analysis of the presumption of innocence. It is the final effect of a provision on the verdict that is decisive. If an accused is required to prove some fact on the balance of probabilities to avoid conviction, the provision violates the presumption of innocence because it permits a conviction in spite of a reasonable doubt in the mind of the trier of fact as to the guilt of the accused.

The fundamental principle that the accused cannot be required to prove a defence without an

III. *L'alinéa 11d)—la présomption d'innocence*

Le paragraphe 319(3) du *Code criminel* prévoit plusieurs moyens de défense, dont la véracité à l'al. 319(3)*a*). Cette défense tire ses origines du rapport du comité Cohen, qui a mené à l'adoption du par. 319(2). On disait dans ce rapport que la véracité devait constituer un moyen de défense opposable à l'accusation d'avoir fomenté la haine.

Aux termes de l'al. 319(3)*a*), lorsque le ministère public prouve hors de tout doute raisonnable que l'accusé a volontairement fomenté la haine contre un groupe identifiable, il est exonéré s'«il établit que les déclarations communiquées étaient vraies». En ce qui concerne cette défense, qui est la première et la plus importante des défenses prévues au par. 319(3), il est évident que le fardeau de la preuve incombe à l'accusé. Il faut se demander s'il y a ainsi violation de la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11*d*) de la *Charte*.

À mon sens, la réponse à cette question se trouve dans notre arrêt *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, où le juge en chef Dickson, au nom de la Cour, a décidé que le crime de conduire un véhicule à moteur ou d'en avoir la garde ou le contrôle avec facultés affaiblies, assorti d'une disposition prévoyant qu'une personne qui occupe la place du conducteur est réputée avoir la garde et le contrôle du véhicule, violait l'al. 11*d*) de la *Charte*. Le Juge en chef a répété l'opinion qu'il avait exprimée précédemment dans l'arrêt *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914, à la p. 935, savoir: «Selon le principe fondamental de la *common law*, l'accusé n'est pas tenu de prouver une défense.» Il dit à la p. 18:

> La qualification exacte d'un facteur comme élément essentiel, facteur accessoire, excuse ou moyen de défense ne devrait pas avoir d'effet sur l'analyse de la présomption d'innocence. C'est l'effet final d'une disposition sur le verdict qui est décisif. Si une disposition oblige un accusé à démontrer certains faits suivant la prépondérance des probabilités pour éviter d'être déclaré coupable, elle viole la présomption d'innocence parce qu'elle permet une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à la culpabilité de l'accusé.

Le principe fondamental suivant lequel un accusé ne peut être obligé de prouver un moyen de

1990 CanLII 24 (SCC)

infringement of s. 11(*d*) resulting was not altered, in my view, by the decision of this Court in *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443. The majority in *Schwartz* accepted the principle enunciated in *Whyte*, but took the view that the production of a firearms certificate by the accused did not constitute a defence, concluding that "[t]here is no reverse onus imposed upon the accused" in that "[h]e is not required to prove or disprove any element of the offence" (p. 485).

It suffices for the purposes of this case to say that that is not so here. Parliament has expressly made falsity an element of the offence by providing that truth constitutes a defence. To say that falsity is not an element of the offence is to say that the offence is established regardless of the truth or falsity of the statement. Clearly this was not Parliament's intention. It made truth a defence. By placing the burden of establishing that truth on the accused it has contravened the basic principle that the accused need not prove a defence.

The argument that it is unworkable to require the Crown to prove the falsity of the statements alleged to contravene s. 319(2) of the *Criminal Code* is more appropriately considered under s. 1 than under s. 11(*d*).

I conclude that s. 319(3)(*a*) of the *Criminal Code* violates s. 11(*d*) of the *Charter*.

IV. *The Analysis Under Section 1*

A. Section 1 and the Infringement of Freedom of Expression

The Court's function under s. 1 of the *Charter* is that of weighing and balancing. Before reaching s. 1, the Court must already have determined that the law in question infringes a right or freedom guaranteed by the *Charter*. The infringement alone, however, does not mandate that the law must fall. If the limit the law imposes on the right infringed is "reasonable" and "can be demonstrably justified in a free and democratic society", the law is valid. The demonstration of this justifi-

défense sans que cela entraîne une violation de l'al. 11*d*) n'a pas été changé, selon moi, par notre arrêt *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443. La majorité dans l'affaire *Schwartz* a accepté le principe énoncé dans l'arrêt *Whyte*, mais a estimé que la production d'un certificat d'enregistrement d'arme à feu par l'accusé ne constituait pas un moyen de défense, et a conclu qu'on «n'impose pas la charge de la preuve à l'accusé», car «[i]l n'a pas à prouver l'existence ou l'inexistence d'un élément de l'infraction» (p. 485).

Il suffit de signaler, aux fins de l'espèce qu'il n'en va pas de même ici. Le Parlement a expressément fait de la fausseté un élément de l'infraction en prévoyant que la véracité est un moyen de défense. Dire que la fausseté n'est pas un élément de l'infraction c'est affirmer que l'infraction est établie indépendamment de la véracité ou de la fausseté de la déclaration. De toute évidence, telle n'était pas l'intention du législateur fédéral. Il a fait de la véracité une défense. En imposant à l'accusé la charge d'établir la véracité, il a manqué au principe de base selon lequel l'accusé n'est pas tenu de prouver une défense.

Quant à l'argument voulant qu'il soit impraticable d'exiger que le ministère public prouve la fausseté des déclarations que l'on prétend contraires au par. 319(2) du *Code criminel*, il est plus approprié de l'étudier dans le contexte de l'article premier que dans celui de l'al. 11*d*).

Je conclus que l'al. 319(3)*a*) du *Code criminel* viole l'al. 11*d*) de la *Charte*.

IV. *L'analyse en vertu de l'article premier*

A. L'article premier et l'atteinte à la liberté d'expression

Le rôle d'un tribunal aux fins de l'article premier de la *Charte* consiste à soupeser et à apprécier. Avant même d'entreprendre l'analyse qu'exige l'article premier, le tribunal doit avoir déjà décidé que la loi en question porte atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*. Cette seule atteinte ne détermine cependant pas l'invalidité de la loi. En effet, pour peu que la limite qu'elle impose au droit violé soit «raisonnable» et que sa «justification puisse se démontrer

1990 CanLII 24 (SCC)

cation, the burden of which lies on the state, involves proving that there are other rights or interests which outweigh the right infringed in the context of that case.

The task which judges are required to perform under s. 1 is essentially one of balancing. On the one hand lies a violation or limitation of a fundamental right or freedom. On the other lies a conflicting objective which the state asserts is of greater importance than the full exercise of the right or freedom, of sufficient importance that it is reasonable and "demonstrably justified" that the limitation should be imposed. The exercise is one of great difficulty, requiring the judge to make value judgments. In this task logic and precedent are but of limited assistance. What must be determinative in the end is the court's judgment, based on an understanding of the values our society is built on and the interests at stake in the particular case. As Wilson J. has pointed out in *Edmonton Journal*, *supra*, this judgment cannot be made in the abstract. Rather than speak of values as though they were Platonic ideals, the judge must situate the analysis in the facts of the particular case, weighing the different values represented in that context. Thus it cannot be said that freedom of expression will always prevail over the objective of individual dignity and social harmony, or vice versa. The result in a particular case will depend on weighing the significance of the infringement on freedom of expression represented by the law in question, against the importance of the countervailing objectives, the likelihood the law will achieve those objectives, and the proportionality of the scope of the law to those objectives.

The test set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, provides a guide for the analysis under s. 1 which reflects the essential task of balancing conflicting values in the context of the case at hand. Two conditions must be satisfied if a law limiting constitutionally guaranteed rights and freedoms is to be sustained under s. 1. First, the objective which the limit is designed to serve must be of

dans le cadre d'une société libre et démocratique», la loi est valide. La démonstration de cette justification, dont la charge incombe à l'État, exige la preuve de l'existence d'autres droits ou intérêts qui, dans les circonstances, l'emportent sur le droit auquel il a été porté atteinte.

L'article premier donne essentiellement aux juges une tâche d'appréciation. D'une part, il y a la violation ou restriction d'un droit fondamental ou d'une liberté fondamentale; de l'autre, il y a un objectif opposé que l'État prétend plus important que le plein exercice du droit ou de la liberté en question, d'une importance suffisante pour que la restriction soit raisonnable et que sa «justification puisse se démontrer». Cette tâche très délicate oblige le juge à faire des jugements de valeur. Dans cet exercice, la logique et les précédents ne sont que d'un secours limité. Ce qui est déterminant en dernière analyse c'est le jugement du tribunal, fondé sur une compréhension des valeurs constituant le fondement de notre société et des intérêts en jeu dans l'affaire. Comme le fait observer le juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal*, précité, ce jugement ne peut pas être formé dans l'abstrait. Plutôt que de parler de valeurs comme s'il s'agissait d'idéaux platoniques, le juge doit faire son analyse en fonction des faits de l'affaire dont il est saisi, soupesant dans ce contexte les différentes valeurs en question. On ne saurait donc affirmer que la liberté d'expression l'emportera toujours sur l'objectif de la dignité individuelle et de l'harmonie sociale, ou vice versa. Le résultat dans un cas particulier dépendra de l'appréciation de l'importance de l'atteinte portée à la liberté d'expression par la loi en cause par rapport à l'importance des objectifs y faisant contrepoids, à la probabilité que la loi permettra d'atteindre ces objectifs et à la proportionnalité de la portée de la loi à ces objectifs.

Le critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, guide l'analyse requise par l'article premier et reflète les étapes de la tâche principale qui est de soupeser des valeurs contradictoires dans le contexte de l'espèce. Deux conditions doivent être remplies pour qu'une loi imposant des restrictions à des droits et libertés garantis par la Constitution soit maintenue en vertu de

1990 CanLII 24 (SCC)

sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right. Second, if such an objective is established, the party invoking s. 1 must show that the means chosen to attain the objective are reasonably and demonstrably justified in a free and democratic society. To conclude that the means chosen are reasonable and demonstrably justified, the court must be satisfied of three things:

> 1. The measures designed to meet the legislative objective (in this case s. 319(2) of the *Criminal Code*) must be rationally connected to the objective;
>
> 2. The means used should impair as little as possible the right or freedom in question; and
>
> 3. There must be proportionality between the effect of the measures which limit the *Charter* right or freedom and the legislative objective of the limit on those rights. This involves balancing the invasion of rights guaranteed by the *Charter* against the objective to which the limitation of those rights is directed.

(1) *The Objective of Section 319(2) of the Criminal Code*

In *Oakes* Dickson C.J., speaking for the majority, stated that the first consideration in an analysis under s. 1 is that the objective be "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom" (p. 138). Quoting from *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, he observed that the standard must be high in order to ensure that objectives of a trivial nature do not gain s. 1 protection. The objective must be of a pressing and substantial nature before it can be characterized as sufficiently important to override a *Charter* right.

The objective of s. 319(2) of the *Criminal Code* is to prevent the promotion of hatred toward identifiable groups within our society. As the Attorney General of Canada puts it, the objective of the

l'article premier. D'abord, il faut que l'objectif visé par la restriction ait une importance suffisante pour justifier l'atteinte à un droit protégé par la Constitution. Ensuite, si l'existence d'un tel objectif est établie, la partie qui invoque l'article premier doit prouver que les moyens choisis pour réaliser l'objectif sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Avant de conclure que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer, le tribunal doit être convaincu de trois choses:

> 1. Les mesures conçues pour réaliser l'objectif législatif (en l'occurrence le par. 319(2) du *Code criminel*) doivent avoir un lien rationnel avec cet objectif;
>
> 2. Les moyens employés doivent porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question;
>
> 3. Il doit y avoir proportionnalité entre l'effet des mesures qui limitent le droit ou la liberté garantis par la *Charte* et l'objectif législatif visé par la limitation de ces droits. Cela implique qu'on soupèse l'atteinte portée à des droits garantis par la *Charte* et l'objectif de la limitation de ces droits.

(1) *L'objet du par. 319(2) du Code criminel*

Dans l'arrêt *Oakes*, le juge en chef Dickson, au nom de la majorité, dit que le premier point à considérer dans une analyse en vertu de l'article premier est de savoir si l'objectif est «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution» (p. 138). Citant l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, il fait observer que la norme doit être sévère afin que des objectifs peu importants ne bénéficient pas de la protection de l'article premier. L'objectif doit avoir un caractère urgent et réel, sans quoi il ne peut être qualifié de suffisamment important pour l'emporter sur un droit garanti par la *Charte*.

Le paragraphe 319(2) du *Code criminel* a pour objet d'empêcher la fomentation de la haine contre des groupes identifiables dans notre société. Comme le dit le procureur général du Canada, il

1990 CanLII 24 (SCC)

legislation is, "among other things, to protect racial, religious and other groups from the wilful promotion of hatred against them, to prevent the spread of hatred and the breakdown of racial and social harmony, and "to prevent the destruction of our multicultural society"". These aims are subsumed in the twin values of social harmony and individual dignity.

These are laudable goals and serious ones. The objectives are clearly of a substantial nature. Given the history of racial and religious conflict in the world in the past fifty years, they may be said to be pressing, even though it is not asserted that an emergency exists in Canada. The *Report of the Special Committee on Hate Propaganda in Canada* (1966), at pp. 11-15 (the Cohen Report), provides an empirical foundation for the submission that defamation of particular groups is a pressing and substantial concern in Canada. Evidence of current and continuing public concern about racial and religious tension in Canada generally and the subject matter of s. 319(2) in particular, is found in *Equality Now!* (1984), the report of the House of Commons Special Committee on the Participation of Visible Minorities in Canadian Society, at pp. 1-6 and 69-74.

The continued existence of hateful communication in Canada is symptomatic of an unfortunate reality that while Canadians often pride themselves for maintaining a tolerant and welcoming society, it is undermined by the persistence of racial and religious division. The conflict is harmful both to the individuals and groups who are the target of prejudice, and to society as a whole. Members of minority groups are inclined to consider themselves outsiders in their country, and may be inhibited from contributing to the extent of their desire and ability. The loss of this potential talent and ability threatens to deprive Canada of the skills and talents of those who feel excluded and unwelcome. Moreover, the animosity created by ignorance and hatred further exacerbates the divisions of a nation.

s'agit d'une disposition législative qui vise [TRADUCTION] «notamment à protéger des groupes raciaux, religieux et autres contre la fomentation volontaire de la haine à leur endroit, à empêcher la propagation de la haine, à prévenir la discorde raciale et sociale, et «à éviter la destruction de notre société multiculturelle»». Ces objets sont compris sous les deux valeurs de l'harmonie sociale et de la dignité individuelle.

Ce sont là des buts louables et sérieux. Ils sont manifestement importants. Compte tenu de l'histoire des conflits raciaux et religieux dans le monde des cinquante dernières années, on peut aussi les qualifier d'urgents, bien qu'on ne prétende pas que la situation en soit une d'urgence au Canada. Le *Rapport du Comité spécial de la propagande haineuse au Canada* (1966), pp. 11 à 16 (le rapport Cohen), fournit un fondement empirique pour le point de vue selon lequel la diffamation de groupes particuliers est une préoccupation urgente et réelle au Canada. Une preuve de la préoccupation publique actuelle et permanente à l'égard de la tension raciale et religieuse au Canada en général et, en particulier, à l'égard de la matière traitée au par. 319(2), se trouve dans *L'égalité ça presse!* (1984), le rapport du Comité spécial de la Chambre des communes sur la participation des minorités visibles à la société canadienne, aux pp. 1 à 7 et 75 à 81.

Le fait que les communications haineuses continuent d'exister au Canada est un symptôme de la triste réalité actuelle: les Canadiens se font souvent gloire de préserver une société tolérante et accueillante, mais doivent aussi faire face à des divisions raciales et religieuses persistantes. Le conflit est préjudiciable tant pour les individus et les groupes touchés par les préjugés, que pour l'ensemble de la société. Certains membres de groupes minoritaires sont enclins à se considérer eux-mêmes comme des étrangers dans leur pays et peuvent être découragés d'apporter une contribution à la mesure de leurs souhaits et de leurs capacités. La perte de ces talents et de ces capacités en puissance menace de priver le Canada des compétences et des talents de ceux qui se sentent exclus ou rejetés. De plus, l'animosité créée par l'ignorance et la haine exacerbe encore les divisions du pays.

1990 CanLII 24 (SCC)

The problem is not new, but neither is it quickly disappearing. As the *Annual Report 1989* of the Canadian Human Rights Commission strongly remarked, intolerance among Canadians towards members of different groups remains a serious problem (at p. 22):

> The demons of racial and cultural prejudice have never been either officially or unofficially exorcised from Canadian society. We may, on occasion, have been marginally more enlightened than our southern neighbours, but instances of racism and intolerance are deeply etched in the historical record and, for that matter, not hard to find in the daily newspapers.

Given the problem of racial and religious prejudice in this country, I am satisfied that the objective of the legislation is of sufficient gravity to be capable of justifying limitations on constitutionally protected rights and freedoms.

(2) *Proportionality*

(a) General Considerations

The real question in this case, as I see it, is whether the means—the criminal prohibition of wilfully promoting hatred—are proportional and appropriate to the ends of suppressing hate propaganda in order to maintain social harmony and individual dignity. The objective of the legislation is one of great significance, such significance that it is capable of outweighing the fundamental values protected by the *Charter*. The ultimate question is whether this objective is of sufficient importance to justify the limitation on free expression effected by s. 319(2) of the *Criminal Code*. In answering this question, the Court must consider not only the importance of the right or freedom in question and the significance of its limitation, but whether the way in which the limitation is imposed is justifiable. How serious is the infringement of the constitutionally guaranteed freedom, in this case freedom of expression? Is the limiting measure likely to further the objective in practice? Is the limiting measure overbroad or unnecessarily invasive? In the final analysis, bearing all these things in mind, does the benefit to be derived from the legislation outweigh the seriousness of the infringement? These are the considerations rele-

Le problème n'est pas nouveau, mais il ne disparaît pas vite non plus. Comme le souligne très clairement le *Rapport annuel 1989* de la Commission canadienne des droits de la personne, l'intolérance parmi les Canadiens envers les membres de groupes différents demeure un problème grave (à la p. 24):

> Les démons des préjugés raciaux et culturels n'ont jamais été ni officiellement ni officieusement exorcisés de notre société. Il se peut que nous ayons été, à l'occasion, un tout petit peu plus éclairés que nos voisins du Sud, mais notre passé regorge d'histoires de racisme et d'intolérance, dont il n'est d'ailleurs pas difficile de retrouver des traces dans nos quotidiens.

Compte tenu du problème des préjugés raciaux et religieux dans notre pays, je suis convaincue que l'objectif visé par les dispositions législatives en cause est suffisamment important pour pouvoir justifier des restrictions imposées à des droits et libertés garantis par la Constitution.

(2) *La proportionnalité*

a) Généralités

La véritable question en l'espèce, selon moi, est celle de savoir si le moyen—l'interdiction pénale de la fomentation volontaire de la haine—est proportionnel et adapté à l'objet de la suppression de la propagande haineuse afin d'assurer le maintien de l'harmonie sociale et de la dignité individuelle. L'objectif visé par les dispositions législatives en cause est très important, à telle enseigne d'ailleurs qu'il peut prendre le pas sur les valeurs fondamentales protégées par la *Charte*. La question ultime est de savoir si cet objectif a une importance suffisante pour justifier la restriction imposée à la liberté d'expression par le par. 319(2) du *Code criminel*. Pour répondre à cette question, non seulement le tribunal doit-il prendre en considération l'importance du droit ou de la liberté en cause et l'importance de la restriction apportée, mais encore doit-il examiner si la façon dont la restriction est imposée peut se justifier. Quelle est la gravité de la violation de la liberté garantie par la Constitution, en l'occurrence la liberté d'expression? Dans la pratique, la mesure restrictive permettra-t-elle vraisemblablement d'atteindre l'objectif visé? La mesure restrictive a-t-elle une portée trop large ou est-elle plus envahissante qu'il

CanLII Docs

vant to the question of the proportionality of the limiting law.

I have said that the contest in this case lies between the fundamental right of free expression on the one hand, and the values of social harmony and individual liberty on the other. In approaching the difficult task of determining where the balance lies in the context of this case, it is important not to be diverted by the offensive content of much of the speech in question. As this Court has repeatedly stated, even the most reprehensible or disagreeable comments are *prima facie* entitled to the protection of s. 2(*b*). It is not the statements of Mr. Keegstra which are at issue in this case, but rather the constitutionality of s. 319(2) of the *Criminal Code*. That must be our focus.

Another general consideration relevant to the balancing of values involved in the proportionality test in this case relates peculiarly to the nature of freedom of expression. Freedom of expression is unique among the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* in two ways.

The first way in which freedom of expression may be unique was alluded to earlier in the context of the philosophical underpinnings of freedom of expression. The right to fully and openly express one's views on social and political issues is fundamental to our democracy and hence to all the other rights and freedoms guaranteed by the *Charter*. Without free expression, the vigourous debate on policies and values that underlies participatory government is lacking. Without free expression, rights may be trammelled with no recourse in the court of public opinion. Some restrictions on free expression may be necessary and justified and entirely compatible with a free and democratic society. But restrictions which touch the critical core of social and political debate require particularly close consideration because of the dangers inherent in state censorship of such debate. This is of particular importance under s. 1 of the *Charter* which expressly requires the court to have regard

ne le faut? En dernière analyse, eu égard à tous ces facteurs, l'avantage à tirer du texte législatif l'emporte-t-il sur la gravité de l'atteinte? Telles sont les considérations pertinentes à la question de la proportionnalité de la loi restrictive.

J'ai dit qu'il s'agit en l'espèce de départager le droit fondamental à la liberté d'expression, d'une part, et les valeurs que représentent l'harmonie sociale et la liberté individuelle, d'autre part. Devant la tâche difficile de déterminer ce qui doit primer dans le contexte de la présente instance, il importe de ne pas se laisser détourner par le contenu offensant d'une bonne partie de l'expression en question. Comme notre Cour l'a souvent dit, même les propos les plus répréhensibles ou déplaisants bénéficient à première vue de la protection de l'al. 2*b*). Ce ne sont pas les déclarations de M. Keegstra qui sont en cause en l'espèce, mais bien la constitutionnalité du par. 319(2) du *Code criminel*. C'est là-dessus que nous devons porter notre attention.

Une autre considération générale pertinente dans l'appréciation de valeurs pour les fins du critère de proportionnalité en l'espèce concerne directement la nature de la liberté d'expression. La liberté d'expression est unique parmi les droits et libertés garantis par la *Charte*, et ce, à deux titres.

La première façon dont la liberté d'expression peut être unique a déjà été évoquée dans le contexte de l'examen de la base philosophique de la liberté d'expression. Le droit d'exprimer complètement et ouvertement ses vues sur des questions sociales et politiques est fondamental à notre démocratie et, partant, à tous les autres droits et libertés garantis par la *Charte*. Sans liberté d'expression, il ne peut y avoir ce vif débat sur les politiques et les valeurs qui est sous-jacent au gouvernement participatif. Sans liberté d'expression, des droits peuvent être limités sans recours possible devant le tribunal de l'opinion publique. Or, certaines restrictions imposées à la liberté d'expression peuvent être nécessaires et justifiées et tout à fait compatibles avec une société libre et démocratique. Cependant les restrictions qui touchent au cœur même du débat social et politique appellent un examen particulièrement minutieux en raison des dangers inhérents à toute censure à

1990 CanLII 24 (SCC)

to whether the limits are reasonable and justified in a free and democratic society.

A second characteristic peculiar to freedom of expression is that limitations on expression tend to have an effect on expression other than that which is their target. In the United States this is referred to as the chilling effect. Unless the limitation is drafted with great precision, there will always be doubt about whether a particular form of expression offends the prohibition. There will always be limitations inherent in the use of language, but that must not discourage the pursuit of the greatest drafting precision possible. The result of a failure to do so may be to deter not only the expression which the prohibition was aimed at, but legitimate expression. The law-abiding citizen who does not wish to run afoul of the law will decide not to take the chance in a doubtful case. Creativity and the beneficial exchange of ideas will be adversely affected. This chilling effect must be taken into account in performing the balancing required by the analysis under s. 1. It mandates that in weighing the intrusiveness of a limitation on freedom of expression our consideration cannot be confined to those who may ultimately be convicted under the limit, but must extend to those who may be deterred from legitimate expression by uncertainty as to whether they might be convicted.

I make one final point before entering on the specific tests for proportionality proposed in *Oakes*. In determining whether the particular limitation of a right or freedom is justified under s. 1, it is important to consider not only the proportionality and effectiveness of the particular law in question, but alternative ways of furthering the objective. This is particularly important at stages two (minimum impairment) and three (balancing the infringement against the objective) of the proportionality analysis proposed in *Oakes*.

laquelle l'État pourrait soumettre un tel débat. Cela prend une importance particulière sous le régime de l'article premier de la *Charte*, qui exige expressément que le tribunal examine si les restrictions sont raisonnables et justifiées dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Une seconde caractéristique propre à la liberté d'expression est que les restrictions qui lui sont imposées tendent à avoir une incidence sur d'autres expressions que celle visée. C'est ce qu'on appelle aux États-Unis l'effet paralysant. Il y aura toujours des limitations inhérentes à l'utilisation de mots, mais cela ne doit pas empêcher la recherche de la plus grande précision possible dans la rédaction, à défaut de quoi l'interdiction pourrait dissuader non seulement l'expression visée mais également l'expression légitime. Le citoyen respectueux des lois qui ne veut pas commettre d'infraction décidera de ne pas courir le risque dans un cas douteux. La créativité et l'échange bénéfique d'idées en souffriront. Cet effet paralysant doit être pris en considération quand on procède à l'appréciation requise aux fins de l'analyse en vertu de l'article premier. Cela veut dire que dans l'appréciation du caractère envahissant d'une restriction imposée à la liberté d'expression, l'enquête ne peut pas se limiter à ceux qui pourraient finalement être déclarés coupables d'une violation de la restriction, mais doit englober ceux que l'incertitude quant à la possibilité d'être reconnus coupables pourrait dissuader de l'expression légitime.

Je mentionne un dernier point avant d'aborder les critères précis de proportionnalité proposés dans l'arrêt *Oakes*. Pour déterminer si une restriction particulière imposée à un droit ou à une liberté est justifiée aux termes de l'article premier, il importe non seulement de prendre en considération la proportionnalité et l'efficacité de la loi en question, mais aussi d'examiner s'il existe d'autres moyens d'atteindre l'objectif. C'est particulièrement important à la deuxième étape (l'atteinte minimale) et à la troisième étape (l'appréciation de la violation par rapport à l'objectif visé) de l'analyse de la proportionnalité proposée dans l'arrêt *Oakes*.

Against this background, I turn to the three considerations critical to determining whether the limitation on freedom of expression effected by s. 319(2) of the *Criminal Code* is reasonably and demonstrably justifiable in a free and democratic society.

(b) Rational Connection

The first question is whether s. 319(2) of the *Criminal Code* may be seen as carefully designed or rationally connected to the objectives which it is aimed at promoting. This may be viewed in two ways.

The first is whether Parliament carefully designed s. 319(2) to meet the objectives it is enacted to promote.

Although some evidence of care in linking s. 319(2) to its objectives is clear, it has been argued that it is overbroad, an allegation which I will consider in greater detail in discussing whether s. 319(2) represents a "minimum impairment" of the right of free speech guaranteed by s. 2(*b*) of the *Charter*. Nevertheless it is clear that the legislation does, at least at one level, further Parliament's objectives. Prosecutions of individuals for offensive material directed at a particular group may bolster its members' beliefs that they are valued and respected in their community, and that the views of a malicious few do not reflect those of the population as a whole. Such a use of the criminal law may well affirm certain values and priorities which are of a pressing and substantial nature.

It is necessary, however, to go further, and consider not only Parliament's intention, but whether, given the actual effect of the legislation, a rational connection exists between it and its objectives. Legislation designed to promote an objective may in fact impede that objective. In *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, this Court considered the actual effect of abortion legislation designed to preserve women's life and health and found that it had the opposite effect of the legislative goals by imposing unreasonable procedural requirements and delays. This Court was particularly mindful of the effects that these requirements

Dans ce contexte, je passe aux trois considérations qui sont cruciales pour déterminer si le par. 319(2) du *Code criminel* impose à la liberté d'expression une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

b) Le lien rationnel

La première question est de savoir si le par. 319(2) du *Code criminel* est soigneusement conçu pour atteindre les objectifs qu'il vise ou présente un lien rationnel avec ceux-ci. Il y a deux façons possibles d'aborder cette question.

Le premier consiste à se demander si le législateur fédéral a soigneusement conçu le par. 319(2) pour atteindre les objectifs visés.

Malgré l'existence d'indications claires qu'on a eu soin d'établir un lien entre le par. 319(2) et ses objectifs, on prétend que sa portée est excessive, allégation que j'examinerai plus en détail en traitant de la question de savoir si le par. 319(2) porte «le moins possible» atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte*. Il est clair néanmoins que la loi, sur un plan au moins, contribue au but visé par le Parlement. La poursuite d'individus en raison des déclarations offensantes visant un groupe particulier peut affermir chez les membres de ce groupe la conviction qu'ils sont appréciés et respectés dans leur collectivité et que le point de vue de quelques personnes malveillantes ne reflète pas l'opinion de l'ensemble de la population. Il se peut qu'une telle utilisation du droit criminel permette de consolider certaines valeurs et priorités réelles et importantes.

Il faut toutefois aller plus loin et prendre en considération non seulement l'intention du Parlement, mais se demander également si, compte tenu de l'effet réel de la loi, il existe un lien rationnel entre elle et les objectifs qu'elle vise. Il se peut en fait qu'une mesure législative destinée à atteindre un objectif y fasse obstacle. Dans l'affaire *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, notre Cour a examiné l'effet réel de dispositions législatives en matière d'avortement destinées à protéger la vie et la santé des femmes et a conclu qu'en imposant des exigences procédurales et des retards déraisonnables ces mesures avaient l'effet contraire à ce

1990 CanLII 24 (SCC)

had in practice of substantially increasing the risks to the health of pregnant women, especially in certain locations. Dickson C.J. treated this in the context of rational connection, stating, "to the extent that s. 251(4) is designed to protect the life and health of women, the procedures it establishes may actually defeat that objective" (pp. 75-76).

This approach recognizes that s. 1 of the *Charter* could easily become diluted if an intention on the part of government to act on behalf of a disadvantaged group sufficed in all cases to establish the necessary rational connection between the legislation and its objective. In some cases the link between the intention of the legislators and the achievement of the goal may be self-evident. In others, there may be doubt about whether the legislation will in fact achieve its ends; in resolving that doubt deference must be paid to the Parliament and the legislatures. But in cases such as *Morgentaler*, where it appears that the legislation not only may fail to achieve its goal but may have a contrary effect, the Court is justified in finding that the rational connection between the measure and the objective is absent. This is only a matter of common sense. How can a measure which takes away a measure of one's constitutional freedom be reasonably and demonstrably justified unless there is some likelihood that it will further the objective upon which its justification rests? Where instead of that probability there is an indication that the measure may in fact detract from the objectives it is designed to promote, the absence of a rational connection between the measure and the objective is clear.

In my view, s. 319(2) of the *Criminal Code* falls in this class of case. Section 319(2) may well have a chilling effect on defensible expression by law-abiding citizens. At the same time, it is far from clear that it provides an effective way of curbing hate-mongers. Indeed, many have suggested it may promote their cause. Prosecutions under the *Criminal Code* for racist expression have attracted extensive media coverage. Zundel, prosecuted not

qu'elles visaient. Notre Cour a tenu particulièrement compte de ce que, dans la pratique, ces exigences avaient pour effet d'augmenter considérablement les risques pour la santé de femmes enceintes, surtout dans certaines localités. Le juge en chef Dickson a traité de ce point dans le contexte du lien rationnel, disant que «dans la mesure où le par. 251(4) est conçu pour la protection de la vie et la santé des femmes, la procédure qu'il établit peut, en fait, mettre cet objectif en échec» (p. 76).

On reconnaît par là que l'article premier de la *Charte* pourrait facilement être affaibli si l'intention du gouvernement d'agir dans l'intérêt d'un groupe défavorisé suffisait dans tous les cas pour établir l'existence du lien rationnel requis entre la mesure législative et son objectif. Dans certains cas, le lien entre l'intention du législateur et la réalisation de l'objet peut être évident. Dans d'autres, on peut douter que la mesure législative atteindra en fait son but; dans la résolution de ce doute, il faut agir avec déférence à l'égard des législateurs fédéral et provinciaux. Toutefois, dans des cas comme l'affaire *Morgentaler*, où il appert non seulement que la mesure législative risque de ne pas atteindre son objet, mais qu'elle peut avoir l'effet opposé, le tribunal est justifié de conclure à l'absence d'un lien rationnel entre la mesure et l'objectif. C'est une simple question de bon sens. En effet, comment une mesure qui est jusqu'à un certain point privative d'une liberté conférée par la Constitution peut-elle être raisonnable et justifiable sans quelque probabilité qu'elle permettra d'atteindre l'objectif sur lequel repose sa justification? Lorsque, au lieu de cette probabilité, il y a lieu de croire que la mesure peut en fait aller à l'encontre des objectifs visés, l'absence de lien rationnel entre la mesure et l'objectif est évidente.

À mon avis, le par. 319(2) du *Code criminel* tombe dans cette dernière catégorie. Il se peut bien que le par. 319(2) ait un effet paralysant sur l'expression défendable de citoyens respectueux des lois. En même temps, il est loin d'être certain qu'il représente un moyen efficace de tenir en bride les fomentateurs de haine. En fait, beaucoup prétendent que cette disposition pourrait aider leur cause. Les médias ont fait beaucoup de tapage

LexisNexis (SCC) 4th Page

under s. 319(2) but for the crime of spreading false news (s. 181), claimed that his court battle had given him "a million dollars worth of publicity": *Globe and Mail*, March 1, 1985, p. P1. There is an unmistakable hint of the joy of martyrdom in some of the literature for which Andrews, in the companion appeal, was prosecuted:

> The Holocaust Hoax has been so ingrained in the minds of the hated "goyim" by now that in some countries . . . challenging its validity can land you in jail.

(*R. v. Andrews* (1988), 65 O.R. (2d) 161, at p. 165 (C.A.).)

Not only does the criminal process confer on the accused publicity for his dubious causes—it may even bring him sympathy. The criminal process is cast as a conflict between the accused and the state, a conflict in which the accused may appear at his most sympathetic. Franz Kafka was not being entirely whimsical when he wrote, "If you have the right eye for these things, you can see that accused men are often attractive" (*The Trial* (1976), at p. 203).

The argument that criminal prosecutions for this kind of expression will reduce racism and foster multiculturalism depends on the assumption that some listeners are gullible enough to believe the expression if exposed to it. But if this assumption is valid, these listeners might be just as likely to believe that there must be some truth in the racist expression because the government is trying to suppress it. Theories of a grand conspiracy between government and elements of society wrongly perceived as malevolent can become all too appealing if government dignifies them by completely suppressing their utterance. It is therefore not surprising that the criminalization of hate propaganda and prosecutions under such legislation have been subject to so much controversy in this country.

autour des poursuites intentées en vertu du *Code criminel* pour des déclarations racistes. Zundel, poursuivi non pas en vertu du par. 319(2) mais pour le crime de diffusion de fausses nouvelles (art. 181), prétendait que son procès lui avait procuré [TRADUCTION] «un million de dollars de publicité»: *Globe and Mail*, 1er mars 1985, p. P1. Certains des écrits qui ont donné lieu aux poursuites en cause dans le pourvoi connexe *Andrews* laissent transparaître un soupçon de joie du martyre:

> [TRADUCTION] Le mensonge de l'holocauste est maintenant gravé si profondément dans l'esprit des détestés «goyim», que dans certains pays [. . .] le fait de le contester peut entraîner une peine d'emprisonnement.

(*R. v. Andrews* (1988), 65 O.R. (2d) 161, à la p. 165 (C.A.).)

Non seulement le processus criminel fournit à l'accusé de la publicité pour ses causes douteuses, mais il peut aussi lui attirer de la sympathie. Le processus criminel est présenté comme un conflit entre l'accusé et l'État, conflit dans lequel l'accusé peut paraître sous son jour le plus sympathique. Cette remarque de Franz Kafka n'était pas totalement fantaisiste: «Quand on sait voir, on trouve réellement que tous les accusés sont beaux» (*Le procès* (1964), à la p. 248).

L'argument selon lequel les poursuites criminelles contre ce type d'expression réduiront le racisme et favoriseront le multiculturalisme suppose que certains auditeurs sont assez crédules pour ajouter foi aux propos en question s'ils en prennent connaissance. Mais si l'hypothèse est valable, il est peut-être tout aussi probable que ces auditeurs croiront qu'il y a du vrai dans l'expression raciste puisque le gouvernement essaie de la supprimer. Des théories sur l'existence d'un grand complot entre le gouvernement et certains éléments de la société, perçus à tort comme malveillants, peuvent devenir attrayantes si le gouvernement les valorise en interdisant totalement leur expression. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que la criminalisation de la propagande haineuse et l'exercice de poursuites en vertu des dispositions législatives à cet effet aient soulevé une si vive controverse au Canada.

1990 CanLII 24 (SCC)

Historical evidence also gives reason to be suspicious of the claim that hate propaganda laws contribute to the cause of multiculturalism and equality. This evidence is summarized by A. A. Borovoy, *When Freedoms Collide: The Case for our Civil Liberties* (1988), at p. 50:

> Remarkably, pre-Hitler Germany had laws very much like the Canadian anti-hate law. Moreover, those laws were enforced with some vigour. During the fifteen years before Hitler came to power, there were more than two hundred prosecutions based on anti-semitic speech. And, in the opinion of the leading Jewish organization of that era, no more than 10 per cent of the cases were mishandled by the authorities. As subsequent history so painfully testifies, this type of legislation proved ineffectual on the one occasion when there was a real argument for it. Indeed, there is some indication that the Nazis of pre-Hitler Germany shrewdly exploited their criminal trials in order to increase the size of their constituency. They used the trials as platforms to propagate their message.

Viewed from the point of view of actual effect, the rational connection between s. 319(2) and the goals it promotes may be argued to be tenuous. Certainly it cannot be said that there is a strong and evident connection between the criminalization of hate propaganda and its suppression.

(c) Minimum Impairment

The second matter which must be considered in determining whether the infringement represented by the legislation is proportionate to its ends is whether the legislation impairs the right to the minimum extent possible.

Those supporting s. 319(2) of the *Criminal Code* point to the fact that it applies only to wilful promotion of hatred, and not to promotion of any lesser emotion. Hatred, they argue, is the most extreme and reprehensible of human emotions. They also point out that s. 319(2) provides a number of defences, including the truth of the statements made, discussion for public benefit of a subject of public importance (provided the statements were believed to be true on reasonable grounds), and good faith opinion on a religious subject. They add that s. 319(2) does no more than

On trouve aussi dans l'Histoire des raisons de juger avec suspicion l'assertion que les lois relatives à la propagande haineuse servent la cause du multiculturalisme et de l'égalité. Cette preuve est résumée par A. A. Borovoy dans *When Freedoms Collide: The Case for our Civil Liberties* (1988), à la p. 50:

> [TRADUCTION] Fait remarquable, l'Allemagne préhitlérienne avait des lois fort semblables à la loi canadienne contre la haine. Ces lois ont en outre été appliquées assez énergiquement. Au cours des quinze années qui ont précédé l'accession d'Hitler au pouvoir, il y a eu plus de deux cents poursuites pour propos antisémites. Et, de l'avis du principal organisme juif de l'époque, dix pour cent de ces causes tout au plus ont souffert de l'incurie des autorités. Or, comme en témoigne si douloureusement l'histoire subséquente, ce genre de législation s'est avérée inefficace précisément là où elle était réellement indiquée. En fait, il y a lieu de croire que les nazis de l'Allemagne préhitlérienne ont su exploiter judicieusement leurs procès criminels afin de grossir le nombre de leurs partisans. Ils se servaient des procès comme tribunes pour la propagation de leur message.

Du point de vue de l'effet réel, on peut prétendre que le lien rationnel entre le par. 319(2) et les objets qu'il vise est ténu. Certes, on ne saurait affirmer l'existence d'un lien fort et évident entre la criminalisation de la propagande haineuse et son élimination.

c) L'atteinte minimale

La deuxième question à aborder pour déterminer si la violation que constituent les dispositions législatives en cause est proportionnée à l'objet qu'elles visent, est celle de l'atteinte minimale au droit en question.

Ceux qui plaident en faveur du par. 319(2) du *Code criminel* insistent sur le fait qu'il ne s'applique qu'à la fomentation volontaire de la haine et ne vise pas l'incitation à des émotions moins fortes. La haine, soutiennent-ils, est à la fois la plus extrême et la plus répréhensible des émotions humaines. Ils soulignent en outre que le par. 319(2) prévoit plusieurs moyens de défense, dont la véracité des déclarations, l'examen dans l'intérêt du public d'une question d'intérêt public (pourvu qu'il y ait eu des motifs raisonnables de croire que les déclarations étaient vraies), et l'expression de

fulfil Canada's international obligations and that similar provisions apply in other western democracies.

Those who maintain the unconstitutionality of s. 319(2) argue that the subjective emotion of hatred is overbroad and vague, that judges and juries will convict only if the speech is unpopular, and that there may be criminal liability even if not a single person was moved to any emotion, hatred or otherwise, by the statement. Moreover, the fact that the accused has the burden of proving the truth of his statement means that convictions may result even for true statements.

Two questions are pertinent to the inquiry into whether s. 319(2) impairs freedom of expression as little as possible. The first is whether s. 319(2) is drafted too broadly, catching more expressive conduct than can be justified by the objectives of promoting social harmony and individual dignity. The second is whether criminalization of hate mongering may in itself be an excessive response to the problem, given the alternatives. I will deal with each in turn.

Despite the limitations found in s. 319(2), a strong case can be made that it is overbroad in that its definition of offending speech may catch many expressions which should be protected.

The first difficulty lies in the different interpretations which may be placed on the word "hatred". The *Shorter Oxford English Dictionary* defines "hatred" as: "The condition or state of relations in which one person hates another; the emotion of hate; active dislike, detestation; enmity, ill-will, malevolence." The wide range of diverse emotions which the word "hatred" is capable of denoting is evident from this definition. Those who defend its use in s. 319(2) of the *Criminal Code* emphasize one end of this range—hatred, they say, indicates

bonne foi d'une opinion sur un sujet religieux. Ils affirment également que le par. 319(2) ne fait que remplir les obligations internationales du Canada et qu'il existe des dispositions analogues dans d'autres démocraties occidentales.

Les tenants de l'inconstitutionnalité du par. 319(2) font valoir que l'émotion subjective qu'est la haine est une notion de portée excessive et vague, que les juges et les jurys prononceront des verdicts de culpabilité quand l'expression est seulement impopulaire, et qu'il peut y avoir responsabilité criminelle même si la déclaration n'a incité personne à la haine ou à quelque autre émotion. D'autre part, le fait que le fardeau de prouver la véracité de sa déclaration incombe à l'accusé veut dire que même des déclarations vraies peuvent entraîner des déclarations de culpabilité.

Deux questions sont pertinentes pour déterminer si le par. 319(2) porte le moins possible atteinte à la liberté d'expression. La première est de savoir si le par. 319(2) est rédigé dans des termes trop larges de manière à englober plus de conduites expressives que ne le justifie l'objectif de la promotion de l'harmonie sociale et de la dignité individuelle. La seconde est de savoir si la criminalisation de la fomentation de la haine peut constituer en soi une réaction excessive au problème, compte tenu des autres possibilités dont on dispose. J'aborderai tout à tour chacune de ces questions.

Malgré les restrictions que comporte le par. 319(2), on peut soutenir avec des arguments puissants que sa portée est trop large en ce que sa définition de l'expression illicite peut atteindre de nombreuses expressions qui devraient être protégées.

La première difficulté est celle que pose les différentes acceptions possibles du mot «haine». Le *Shorter Oxford English Dictionary* définit la «haine» comme: [TRADUCTION] «La situation ou l'état de relations où une personne en hait une autre; l'émotion de haine; antipathie active, détestation; hostilité, inimitié, malveillance.» Cette définition fait ressortir nettement la vaste gamme d'émotions diverses que peut dénoter le mot «haine». Ceux qui défendent son emploi au par. 319(2) du *Code criminel* soulignent un extrême de

1990 CanLII 24 (SCC)

the most powerful of virulent emotions lying beyond the bounds of human decency and limiting s. 319(2) to extreme materials. Those who object to its use point to the other end of the range, insisting that "active dislike" is not an emotion for the promotion of which a person should be convicted as a criminal. To state the arguments is to make the case; "hatred" is a broad term capable of catching a wide variety of emotion.

It is not only the breadth of the term "hatred" which presents dangers; it is its subjectivity. "Hatred" is proved by inference—the inference of the jury or the judge who sits as trier of fact—and inferences are more likely to be drawn when the speech is unpopular. The subjective and emotional nature of the concept of promoting hatred compounds the difficulty of ensuring that only cases meriting prosecution are pursued and that only those whose conduct is calculated to dissolve the social bonds of society are convicted.

But "hatred" does not stand alone. To convict, it must have been "wilfully promote[d]". Does this requirement sufficiently constrain the term to meet the claim that s. 319(2) is overbroad?

In *R. v. Buzzanga and Durocher*, *supra*, the Ontario Court of Appeal held that the requirement of "wilful promotion" may be satisfied in either of two ways: (1) by proof of intention or conscious purpose of promoting hatred; or (2) by proof that the accused foresaw that the promotion of hatred against an identifiable group is certain, or "morally certain", to result from the communication.

It is argued that the requirement of "wilful promotion" eliminates from the ambit of s. 319(2) statements which are made for honest purposes such as telling a perceived truth or contributing to a political or social debate. The difficulty with this argument is that those purposes are compatible with the intention (or presumed intention by

cette gamme—le terme haine, selon eux, désigne la plus puissante des émotions virulentes, qui dépasse les bornes de la décence humaine et qui limite en conséquence l'application du par. 319(2) aux cas extrêmes. Ceux qui s'opposent à son utilisation mettent l'accent sur l'autre extrême de la gamme et insistent sur le fait qu'une «antipathie active» n'est pas une émotion dont la fomentation devrait entraîner la répression criminelle. Ces arguments prouvent d'eux-mêmes que le mot «haine» a une large portée susceptible d'englober une grande diversité d'émotions.

Il n'y a pas que la vaste portée du terme «haine» qui présente des dangers; il y a aussi sa subjectivité. La «haine» est prouvée par inférence — l'inférence du jury ou du juge siégeant en tant que juge des faits—et des inférences sont plus probables lorsqu'il s'agit de propos impopulaires. La nature subjective et émotive du concept de la fomentation de la haine accroît la difficulté qu'il y a à assurer que seuls donnent lieu à des poursuites les cas où elles sont justifiées et que seules sont reconnues coupables les personnes dont la conduite vise à dissoudre les liens sociaux.

Mais la «haine» ne doit pas être considérée isolément. Pour être condamnable, elle doit avoir été «foment[ée] volontairement». Cette exigence limite-t-elle suffisamment le terme en question pour réfuter l'argument que la portée du par. 319(2) est excessive?

Dans l'arrêt *R. v. Buzzanga and Durocher*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario a dit que l'exigence de la «fomentation volontaire» peut être remplie de l'une de deux façons: (1) par la preuve de l'intention ou du but conscient de fomenter la haine; ou (2) par la preuve que l'accusé a prévu que la fomentation de la haine contre un groupe identifiable est la conséquence certaine ou «moralement certaine» de la communication en cause.

On soutient que l'exigence de la «fomentation volontaire» fait échapper à l'application du par. 319(2) les déclarations faites dans des buts légitimes, par exemple, dire ce que l'on considère comme la vérité ou participer à un débat politique ou social. Le problème avec cet argument tient à ce que ces objets sont compatibles avec l'intention

reason of foreseeability) of promoting hatred. A belief that what one says about a group is true and important to political and social debate is quite compatible with and indeed may inspire an intention to promote active dislike of that group. Such a belief is equally compatible with foreseeing that promotion of such dislike may stem from one's statements. The result is that people who make statements primarily for non-nefarious reasons may be convicted of wilfully promoting hatred.

(ou la présumée intention en raison de la prévisibilité) de fomenter la haine. La conviction que ce qu'on dit au sujet d'un certain groupe est vrai et constitue un apport important à un débat politique et social est en effet parfaitement conciliable avec l'intention de fomenter une antipathie active contre ce groupe et peut même inspirer cette intention. Une telle conviction est tout aussi compatible avec la prévision que les déclarations pourront avoir pour conséquence de fomenter cette antipathie. Il en résulte que des personnes qui font des déclarations surtout pour des raisons qui n'ont aucun caractère répréhensible risquent d'être déclarées coupables de fomentation volontaire de la haine.

The absence of any requirement that actual harm or incitement to hatred be shown further broadens the scope of s. 319(2) of the *Criminal Code*. This, in the view of the Court of Appeal, was the section's main defect. In effect, the provision makes a crime not only of actually inciting others to hatred, but also of attempting to do so. The Court of Appeal accepted the argument that this made the crime, at least potentially, a victimless one. In the view of Kerans J.A., while a prohibition on expression that actually spread hatred would be justified, a prohibition on attempts to spread hatred was not.

L'absence de toute obligation de démontrer qu'il y a réellement eu préjudice ou incitation à la haine élargit davantage la portée du par. 319(2) du *Code criminel*. Tel était, de l'avis de la Cour d'appel, son vice principal. En réalité, cette disposition érige en crime non seulement le fait d'inciter effectivement à la haine mais aussi de tenter de le faire. La Cour d'appel a retenu l'argument que ces crimes étaient, du moins potentiellement, des crimes sans victimes. De l'avis du juge Kerans, si l'interdiction de l'expression qui propage réellement la haine est justifiée, l'interdiction de tentatives de propager la haine ne l'est pas.

Though I regard this breadth as a relevant factor, I would be hesitant to treat it as constitutionally determinative. To view hate propaganda as "victimless" in the absence of any proof that it moved its listeners to hatred is to discount the wrenching impact that it may have on members of the target group themselves. For Jews, many of whom have personally been touched by the terrible consequences of the degeneration of a seemingly civilized society into unparalleled barbarism, statements such as Keegstra's may raise very real fears of history repeating itself. Moreover, it is simply not possible to assess with any precision the effects that expression of a particular message will have on all those who are ultimately exposed to it. The process of "proving" that listeners were moved to hatred has a fictitious air about it. These considerations undermine the notion that we can draw a bright line between provisions which are justifiable

Quoique considérant cette largeur de portée comme un facteur pertinent, j'hésiterais à la juger déterminante sur le plan constitutionnel. Dire que la propagande haineuse «ne fait pas de victime» quand il n'est pas prouvé qu'elle a incité ses destinataires à la haine c'est faire abstraction de l'effet déchirant qu'elle peut avoir sur les membres du groupe cible eux-mêmes. Chez les juifs, nombre desquels ont été personnellement touchés par les conséquences terribles de la dégénérescence d'une société apparemment civilisée vers une barbarie sans parallèle, des déclarations comme celles de Keegstra peuvent faire naître des craintes très réelles que l'Histoire se répète. Par ailleurs, il n'est simplement pas possible de déterminer avec exactitude les effets que l'expression d'un message donné aura sur tous ceux qui finiront par l'entendre. Le processus qui consiste à «prouver» que les auditeurs ont été incités à la haine a quelque chose d'irréel.

1990 CanLII 24 (SCC)

because they require proof that hatred actually resulted, and provisions which are unjustifiable because they require only an intent to promote hatred.

The breadth of s. 319(2) is narrowed somewhat by the defences. Statements made in good faith on religious subjects and statements on matters of public interest which the accused reasonably believed to be true, as well as statements made for the purpose of removing hatred, are exempted.

Quite apart from the fact that the onus lies on the accused to prove these defences, it is far from clear that in practice they significantly narrow the ambit of s. 319(2) of the *Criminal Code*. The most important defence is truth—if the accused establishes that his statements are true, s. 319(2) is not violated. On the other hand, as already mentioned, conviction may result for true statements given that the onus of proof lies on the accused. Moreover, the concepts of "truth" and "reasonable belief in truth" may not always be applicable. Statements of opinion may be incapable of being classified as true or false, communicating not facts so much as sentiments and beliefs. Polemic statements frequently do not lend themselves to proof of truth or falsity. As for the defence of reasonable belief, how is a court to evaluate the reasonableness of diverse theories, political or otherwise? The defence of statements in the public interest poses similar problems. How is a court to determine what is in the public interest, given the wide range of views which may be held on matters potentially caught by s. 319(2)?

Not only is the category of speech caught by s. 319(2) defined broadly. The application of the definition of offending speech, i.e., the circum-

Ces considérations mettent en doute la notion que nous pouvons tirer une ligne de démarcation très nette entre les dispositions qui sont justifiables parce qu'elles exigent la preuve que la haine a réellement été provoquée et celles qui sont injustifiables parce qu'elles n'exigent que l'intention de fomenter la haine.

Les moyens de défense viennent restreindre dans une certaine mesure la portée du par. 319(2). Y échappent les déclarations faites de bonne foi sur des sujets religieux et les déclarations concernant des questions d'intérêt public que l'accusé, pour des motifs raisonnables, croyait vraies, ainsi que les déclarations faites dans le but de supprimer la haine.

Indépendamment du fait que c'est à l'accusé qu'il incombe d'établir chacun de ces moyens de défense, il est loin d'être évident que, dans la pratique, ils limitent sensiblement la portée du par. 319(2) du *Code criminel*. La défense la plus importante est celle de la véracité—si l'accusé prouve que ses déclarations sont vraies, il n'y a pas de violation du par. 319(2). Par ailleurs, comme je l'ai déjà fait remarquer, l'accusé peut être reconnu coupable pour des déclarations vraies, étant donné que c'est à lui qu'incombe le fardeau de la preuve. De plus, les concepts de «véracité» et de «croyance raisonnable à la véracité» ne s'appliqueront peut-être pas dans tous les cas. Il peut en effet être impossible de qualifier de vraies ou de fausses des déclarations d'opinion puisqu'elles ne communiquent pas tant des faits que des sentiments et des croyances. Souvent les déclarations polémiques ne se prêtent pas à la démonstration de leur véracité ou de leur fausseté. Pour ce qui est de la défense de la croyance raisonnable, comment un tribunal doit-il évaluer le caractère raisonnable de diverses théories, politiques ou autres? La défense relative aux déclarations faites dans l'intérêt public pose des problèmes analogues. Comment un tribunal doit-il déterminer ce qui est dans l'intérêt public vu la vaste gamme d'opinions pouvant exister sur des questions auxquelles pourrait s'appliquer le par. 319(2)?

Non seulement la définition de la catégorie d'expression visée par le par. 319(2) est large, mais l'application de la définition de l'expression illicite,

© Supreme Court of Canada

stances in which the offending statements are prohibited, is virtually unlimited. Only private conversations are exempt from state scrutiny. Section 319(2) is calculated to prevent absolutely expression of the offending ideas in any and all public forums through any and all mediums. Speeches are caught. The corner soap-box is no longer open. Books, films and works of art—all these fall under the censor's scrutiny because of s. 319(2) of the *Criminal Code*.

The real answer to the debate about whether s. 319(2) is overbroad is provided by the section's track record. Although the section is of relatively recent origin, it has provoked many questionable actions on the part of the authorities. There have been no reported convictions, other than the instant appeals. But the record amply demonstrates that intemperate statements about identifiable groups, particularly if they represent an unpopular viewpoint, may attract state involvement or calls for police action. Novels such as Leon Uris' pro-Zionist novel, *The Haj*, face calls for banning: *Toronto Star*, September 26, 1984, p. A6. Other works, such as Salman Rushdie's *Satanic Verses*, are stopped at the border on the ground that they violate s. 319(2). Films may be temporarily kept out, as happened to a film entitled *Nelson Mandela*, ordered as an educational film by Ryerson Polytechnical Institute in 1986: *Globe and Mail*, December 24, 1986, p. A14. Arrests are even made for distributing pamphlets containing the words "Yankee Go Home": *Globe and Mail*, July 4, 1975, p. 1. Experience shows that many cases are winnowed out due to prosecutorial discretion and other factors. It shows equally, however, that initially quite a lot of speech is caught by s. 319(2).

Even where investigations are not initiated or prosecutions pursued, the vagueness and subjectivity inherent in s. 319(2) of the *Criminal Code* give ground for concern that the chilling effect of the law may be substantial. The more vague the

c.-à-d. les circonstances dans lesquelles les déclarations offensantes sont interdites, est presque illimitée. Seules sont à l'abri de l'examen de l'État les conversations privées. Le paragraphe 319(2) a pour objet l'interdiction absolue de l'expression d'idées offensantes dans tout endroit public par quelque moyen que ce soit. Les discours sont visés. Les orateurs de carrefour sont réduits au silence. Livres, films, œuvres d'art—tout est soumis à l'examen du censeur en raison du par. 319(2) du *Code criminel*.

La véritable réponse au débat sur la portée excessive du par. 319(2) se dégage des antécédents de cette disposition. Bien que relativement récent, ce paragraphe a donné lieu à de nombreuses actions contestables de la part des autorités. À l'exception des présentes affaires, aucune déclaration de culpabilité n'est constatée dans les recueils de jurisprudence. Mais il ressort nettement du dossier que des déclarations outrancières au sujet de groupes identifiables, particulièrement si elles représentent un point de vue impopulaire, peuvent provoquer l'intervention de l'État ou des appels à l'action policière. On demande l'interdiction de romans tels que *Le Hadj*, roman pro-sioniste de Léon Uris: *Toronto Star*, 26 septembre 1984, p. A6. D'autres ouvrages, notamment *Les versets sataniques* de Salman Rushdie, ne peuvent entrer au Canada pour le motif qu'ils enfreignent le par. 319(2). Des films peuvent être temporairement exclus, comme cela est arrivé au film *Nelson Mandela*, commandé pour des fins éducatives par le Ryerson Polytechnical Institute en 1986: *Globe and Mail*, 24 décembre 1986, p. A14. On procède même à des arrestations pour la distribution de tracts contenant les mots «Yankee Go Home»: *Globe and Mail*, 4 juillet 1975, p. 1. L'expérience révèle que bien des cas ont été écartés par l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public et grâce à d'autres facteurs. Elle révèle également, toutefois, qu'au départ le par. 319(2) s'applique à beaucoup de sortes d'expressions.

Même dans les cas où aucune enquête n'est lancée ni aucune poursuite engagée, l'imprécision et la subjectivité inhérentes au par. 319(2) du *Code criminel* justifient la crainte que l'effet paralysant de cette disposition soit considérable. Plus la

1990 CanLII 24 (SCC)

language of the prohibition, the greater the danger that right-minded citizens may curtail the range of their expression against the possibility that they may run afoul of the law. The danger here is not so much that the legislation will deter those bent on promoting hatred—in so far as it does so (and of this I remain skeptical) it is arguably not overbroad. The danger is rather that the legislation may have a chilling effect on legitimate activities important to our society by subjecting innocent persons to constraints born out of a fear of the criminal process. Given the vagueness of the prohibition of expression in s. 319(2), one may ask how speakers are to know when their speech may be seen as encroaching on the forbidden area. The reaction is predictable. The combination of overbreadth and criminalization may well lead people desirous of avoiding even the slightest brush with the criminal law to protect themselves in the best way they can—by confining their expression to non-controversial matters. Novelists may steer clear of controversial characterizations of ethnic characteristics, such as Shakespeare's portrayal of Shylock in *The Merchant of Venice*. Scientists may well think twice before researching and publishing results of research suggesting difference between ethnic or racial groups. Given the serious consequences of criminal prosecution, it is not entirely speculative to suppose that even political debate on crucial issues such as immigration, educational language rights, foreign ownership and trade may be tempered. These matters go to the heart of the traditional justifications for protecting freedom of expression.

formulation de l'interdiction est imprécise, plus le danger est grand que des citoyens bien-pensants ne limitent l'étendue de leur expression afin de ne pas courir le risque de contrevenir à la loi. Le danger dont il s'agit ici n'est pas tant que les dispositions législatives en cause serviront à dissuader ceux qui ont la ferme intention de fomenter la haine—pour autant que tel soit leur effet (ce sur quoi je demeure sceptique) leur portée n'est peut-être pas excessive. Le danger est plutôt que ces dispositions législatives aient un effet paralysant sur des activités légitimes qui sont importantes pour notre société en soumettant des personnes innocentes à des contraintes nées de la peur du processus criminel. Étant donné l'imprécision de l'interdiction de l'expression au par. 319(2), on peut se demander comment ceux qui s'expriment vont savoir quand leurs propos pourront être considérés comme entrant dans le domaine interdit. La réaction est prévisible. La combinaison de la portée excessive et de la criminalisation pourrait amener des gens désireux d'éviter même le moindre démêlé avec la justice criminelle à se protéger du mieux qu'ils peuvent—en limitant leur expression à des sujets non controversés. Les romanciers pourraient se tenir loin d'évocations controversées de caractéristiques ethniques, telles que la représentation de Shylock par Shakespeare dans *Le Marchand de Venise*. Les scientifiques pourraient hésiter à entreprendre des recherches tendant à établir l'existence de différences entre des groupes ethniques ou raciaux et à publier les résultats de telles recherches. Vu la gravité des conséquences de poursuites criminelles, ce n'est pas pure conjecture de supposer qu'un frein pourrait être mis même aux débats politiques sur des questions vitales comme l'immigration, les droits linguistiques en matière d'enseignement, la propriété étrangère d'entreprises et le commerce. Ce sont là des questions qui touchent au cœur des justifications traditionnelles de la protection de la liberté d'expression.

This brings me to the second aspect of minimum impairment. The examples I have just given suggest that the very fact of criminalization itself may be argued to represent an excessive response to the problem of hate propagation. The procedures and sanctions associated with the criminal law are

Voilà qui m'amène au deuxième aspect de l'atteinte minimale. Les exemples que je viens de mentionner permettent de penser que le fait même de la criminalisation représente une réaction excessive au problème de la propagation de la haine. Les procédures et les sanctions du droit criminel

1990 CanLII 24 (SCC)

comparatively severe. Given the stigma that attaches and the freedom which is at stake, the contest between the individual and the state imposed by a criminal trial must be regarded as difficult and harrowing in the extreme. The seriousness of the imprisonment which may follow conviction requires no comment. Moreover, the chilling effect of prohibitions on expression is at its most severe where they are effected by means of the criminal law. It is this branch of the law more than any other which the ordinary, law-abiding citizen seeks to avoid. The additional sanction of the criminal law may pose little deterrent to a convinced hate-monger who may welcome the publicity it brings; it may, however, deter the ordinary individual.

Moreover, it is arguable whether criminalization of expression calculated to promote racial hatred is necessary. Other remedies are perhaps more appropriate and more effective. Discrimination on grounds of race and religion is worthy of suppression. Human rights legislation, focusing on reparation rather than punishment, has had considerable success in discouraging such conduct. This is the conclusion of Borovoy, op. cit., at pp. 221-25. After noting the emphasis in human rights codes on amendment of conduct and their general success in effecting settlements before hearing, Borovoy addresses the suggestion that "racial discriminators be prosecuted or sued without having any opportunity to make amends" (p. 223). He concludes that criminal prosecution is not only unnecessary, but may be counterproductive. It is unnecessary because proceedings under the human rights codes show strong success in achieving their essential purpose, the curtailment of discrimination. It may be counterproductive in that: (1) racial discriminators threatened with prosecution may have little or no incentive to cooperate with human rights boards and voluntarily amend their conduct (p. 223); and (2) it leaves open the argument that "where a prosecutorial remedy exists, the state is obliged to adopt such a route first" (p. 225), thereby eliminating the possibility of voluntary amendment of conduct. For these reasons, Borovoy concludes that: "[a]part from collateral

sont comparativement sévères. Compte tenu des stigmates qui en résultent et de la liberté qui est en jeu, la lutte entre le particulier et l'État que représente le procès criminel doit être considérée comme extrêmement difficile et pénible. La gravité de la peine d'emprisonnement que peut entraîner une déclaration de culpabilité se passe de commentaires. En outre, l'effet paralysant des interdictions frappant l'expression est le plus prononcé lorsqu'on recourt au droit criminel pour les imposer. C'est en effet cet aspect de la loi plus que tout autre que cherche à éviter le citoyen ordinaire, respectueux des lois. La sanction supplémentaire du droit criminel peut n'avoir qu'un faible effet dissuasif sur un fomentateur convaincu de la haine, qui pourra d'ailleurs se réjouir de la publicité qu'elle lui procure; elle pourrait toutefois dissuader le citoyen ordinaire.

On peut aussi se demander si la criminalisation de l'expression destinée à fomenter la haine raciale est nécessaire. Il est possible en effet que d'autres recours conviennent mieux et soient plus efficaces. La discrimination fondée sur la race et la religion mérite d'être supprimée. Les lois en matière de droits de la personne, qui mettent l'accent sur la réparation plutôt que sur le châtiment, ont pu, avec un succès considérable, décourager ce genre de conduite. C'est ce que conclut Borovoy, op. cit., aux pp. 221 à 225. Ayant fait remarquer que les codes des droits de la personne mettent l'accent sur l'amélioration de la conduite et que, sous leur régime, il est généralement possible de parvenir à des règlements avant l'audience, Borovoy traite de la proposition que [TRADUCTION] «ceux qui pratiquent la discrimination raciale soient poursuivis sans possibilité de s'amender» (p. 223). Il conclut que non seulement les poursuites criminelles ne sont pas nécessaires, mais que leur effet peut être contraire à celui souhaité. Elles ne sont pas nécessaires parce que les procédures engagées en vertu des codes des droits de la personne réussissent dans une large mesure à atteindre leur objet essentiel, soit la réduction de la discrimination. Leur effet peut être contraire à celui recherché en ce sens (1) que les personnes qui pratiquent la discrimination raciale et qui sont menacées de poursuites n'auront peut-être que peu ou pas d'intérêt à prêter leur concours aux commissions des droits de la per-

1990 CanLII 24 (SCC)

matters such as obstructing complaint investigations, the criminal process can safely be eliminated from human rights matters" (p. 225).

It is true that the focus of most human rights legislation is acts rather than words. But if it is inappropriate and ineffective to criminalize discriminatory conduct, it must necessarily be unjustifiable to criminalize discriminatory expression falling short of conduct.

Finally, it can be argued that greater precision is required in the criminal law than, for example, in human rights legislation because of the different character of the two types of proceedings. The consequences of alleging a violation of s. 319(2) of the *Criminal Code* are direct and serious in the extreme. Under the human rights process a tribunal has considerable discretion in determining what messages or conduct should be banned and by its order may indicate more precisely their exact nature, all of which occurs before any consequences inure to the alleged violator.

In summary, s. 319(2) of the *Criminal Code* catches a broad range of speech and prohibits it in a broad manner, allowing only private conversations to escape scrutiny. Moreover, the process by which the prohibition is effected—the criminal law—is the severest our society can impose and is arguably unnecessary given the availability of alternate remedies. I conclude that the criminalization of hate statements does not impair free speech to the minimum extent permitted by its objectives.

sonne en changeant volontairement leur comportement (p. 223); et (2) qu'elles ouvrent la voie à l'argument selon lequel [TRADUCTION] «quand l'exercice de poursuites criminelles est prévu, l'État est tenu de recourir en premier lieu à ce moyen» (p. 225), ce qui écarte d'emblée la possibilité d'une amélioration volontaire de la conduite. Pour ces raisons, Borovoy conclut que: [TRADUCTION] «[m]ises à part les questions accessoires comme celle de l'entrave à l'enquête sur une plainte, on peut sans inconvénient éliminer le processus criminel du domaine des droits de la personne» (p. 225).

Il est vrai que la plupart des lois sur les droits de la personne sont axées sur les actes plutôt que les paroles. Mais s'il est peu approprié et inefficace de criminaliser la conduite discriminatoire, la criminalisation de l'expression discriminatoire qui ne constitue pas une conduite est forcément injustifiable.

Finalement, on peut soutenir que le droit criminel commande une plus grande précision que, par exemple, la législation en matière de droits de la personne, et ce, en raison de la nature différente des procédures dans les deux cas. Les conséquences de l'allégation d'une violation du par. 319(2) du *Code criminel* sont directes et extrêmement graves. Dans le processus suivi dans le domaine des droits de la personne, le tribunal jouit d'un large pouvoir discrétionnaire pour déterminer quels messages ou quelles conduites devraient être interdits et il peut, dans son ordonnance en préciser davantage la nature, tout cela avant que le contrevenant ne subisse quelque conséquence.

En résumé, le par. 319(2) du *Code criminel* vise une large gamme d'expressions qu'il interdit globalement, ne faisant échapper à l'examen que les conversations privées. De plus, le processus de mise en œuvre de l'interdiction—le droit criminel—est le plus sévère que notre société puisse imposer et sans être nécessairement indispensable étant donné l'existence d'autres recours. Je conclus que, compte tenu de ses objectifs, la criminalisation des déclarations haineuses ne porte pas le moins possible atteinte à la liberté d'expression.

1990 CanLII 24 (SCC)

(d) Importance of the Right versus Benefit Conferred

The third consideration in determining whether the infringement represented by the legislation is proportionate to the ends is the balance between the importance of the infringement of the right in question and the benefit conferred by the legislation. The analysis is essentially a cost-benefit analysis. On the one hand, how significant is the infringement of the fundamental right or freedom in question? On the other hand, how significant is the benefit conferred by the impugned legislation? Weighing these countervailing considerations, has the state met the burden upon it of establishing that the limit on the constitutionally guaranteed freedom or right is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society?

I deal first with the significance of the infringement of the constitutionally guaranteed freedom at issue in this case. Viewed from the perspective of our society as a whole, the infringement of the guarantee of freedom of expression before this Court is a serious one. Section 319(2) of the *Criminal Code* does not merely regulate the form or tone of expression—it strikes directly at its content and at the viewpoints of individuals. It strikes, moreover, at viewpoints in widely diverse domains, whether artistic, social or political. It is capable of catching not only statements like those at issue in this case, but works of art and the intemperate statement made in the heat of social controversy. While few may actually be prosecuted to conviction under s. 319(2), many fall within the shadow of its broad prohibition. These dangers are exacerbated by the fact that s. 319(2) applies to all public expression. In short, the limitation on freedom of expression created by s. 319(2) of the *Criminal Code* invokes all of the values upon which s. 2(*b*) of the *Charter* rests—the value of fostering a vibrant and creative society through the marketplace of ideas; the value of the vigourous and open debate essential to democratic government and preservation of our rights and freedoms;

d) L'importance relative du droit et de l'avantage conféré

Le troisième point à considérer pour déterminer si la violation résultant des dispositions législatives en cause est proportionnée aux buts visés est l'importance relative de la violation du droit en question par rapport à l'avantage conféré par ces dispositions législatives. Il s'agit essentiellement d'une analyse coûts-avantages. D'une part, quelle est la gravité de la violation du droit fondamental ou de la liberté fondamentale en question? D'autre part, quelle est l'importance de l'avantage conféré par les dispositions attaquées? En soupesant ces considérations opposées, l'État s'est-il acquitté de l'obligation qui lui incombe d'établir que la limite imposée à la liberté ou au droit garantis par la Constitution est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

J'aborde en premier la question de la gravité de la violation de la liberté garantie par la Constitution en l'espèce. Vue dans la perspective de notre société dans son ensemble, la violation en cause de la garantie de la liberté d'expression est grave. Le paragraphe 319(2) du *Code criminel* ne fait pas que réglementer la forme ou le ton de l'expression—il vise directement son contenu et les points de vue de particuliers. Il vise en outre des points de vue relevant de domaines très divers, tant artistique, que social ou politique. Il peut s'appliquer non seulement à des déclarations comme celles en cause, mais aussi à des œuvres d'art et aux déclarations outrancières faites dans le feu d'une controverse sociale. Même si peu d'entre elles sont poursuivies jusqu'à des déclarations de culpabilité en vertu du par. 319(2), nombreuses sont celles auxquelles s'applique sa large interdiction. Ces dangers sont aggravés par le fait que le par. 319(2) vise toute expression publique. Bref, la restriction que le par. 319(2) du *Code criminel* impose à la liberté d'expression met en cause toutes les valeurs sur lesquelles repose l'al. 2*b*) de la *Charte*—la valeur qui consiste à favoriser une société dynamique et créative au moyen du marché des idées; la valeur représentée par le débat vif et ouvert essentiel au gouvernement démocratique et à la sauvegarde de nos droits et libertés; et la valeur d'une

1990 CanLII 24 (SCC)

and the value of a society which fosters the self-actualization and freedom of its members.

The consequences of the infringement of freedom of speech imposed by s. 319(2) of the *Criminal Code* considered from the viewpoint of the individual caught within its net are equally serious. The exercise of the right of free speech contrary to its provisions may result in a criminal record and imprisonment of up to two years. No warning, other than the description in s. 319(2) itself (which necessarily includes subjective elements), is given as to what speech is liable to result in prosecution. And those individuals not caught may find their expression restricted by the fear of running afoul of a vague and subjective law.

These considerations establish an infringement of the guarantee of freedom of expression of the most serious nature—much more serious, for example, than that which this Court upheld under s. 1 in *Irwin Toy*. There the only value which could be prayed in aid of free expression was the right to earn a profit. Section 319(2) of the *Criminal Code*, in contrast, touches on values vital to the preservation of democratic government and our fundamental rights and freedoms, as well as our right to individual self-actualization. And its broad sweep makes the infringement it effects not only serious in nature, but in extent. An infringement of this seriousness can only be justified by a countervailing state interest of the most compelling nature.

I turn then to the other side of the scale and the benefit to be gained by maintenance of the limitation on freedom of expression effected by s. 319(2) of the *Criminal Code*. As indicated earlier, there is no question but that the objectives which underlie this legislation are of a most worthy nature. Unfortunately, the claims of gains to be achieved at the cost of the infringement of free speech represented by s. 319(2) are tenuous. It is far from clear that the legislation does not promote the cause of hate-mongering extremists and hinder the possibility of voluntary amendment of conduct more than it discourages the spread of hate propaganda.

société qui encourage l'épanouissement personnel et la liberté de ses membres.

Considérées du point de vue de l'individu touché, les conséquences de l'atteinte portée à la liberté d'expression par le par. 319(2) du *Code criminel* sont tout aussi graves. L'exercice de la liberté d'expression contrairement à ses dispositions peut entraîner une déclaration de culpabilité et une peine maximale de deux ans d'emprisonnement. Exception faite de la description que renferme le par. 319(2) lui-même (laquelle comporte nécessairement des éléments subjectifs), aucune indication n'est donnée quant au genre de discours pouvant donner lieu à des poursuites. Par ailleurs, l'expression d'individus qui ne sont pas visés pourrait être restreinte par la crainte d'enfreindre une loi vague et subjective.

Ces considérations établissent l'existence d'une violation extrêmement grave de la garantie de liberté d'expression—bien plus grave, par exemple, que celle qu'a maintenue notre Cour en vertu de l'article premier dans l'arrêt *Irwin Toy* où l'unique valeur pouvant être invoquée au soutien de la liberté d'expression était le droit au profit. Le paragraphe 319(2) du *Code criminel*, au contraire, touche des valeurs qui sont vitales pour la sauvegarde du gouvernement démocratique, de nos droits et libertés fondamentaux et aussi de notre droit à l'épanouissement personnel. De plus, en raison de sa large portée, l'atteinte qu'il porte est grave non seulement de par sa nature mais de par son ampleur. Une atteinte aussi grave ne peut se justifier que par l'existence d'un intérêt très impérieux de l'État qui lui fait contrepoids.

Cela m'amène donc à l'autre plateau de la balance, c'est-à-dire à l'avantage à tirer du maintien de la restriction de la liberté d'expression par le par. 319(2) du *Code criminel*. Comme je l'ai déjà indiqué, il est incontestable que les objectifs qui sous-tendent les dispositions en cause sont des plus valables. Malheureusement, les prétentions quant aux gains à obtenir au prix de la violation de la liberté d'expression par le par. 319(2) sont douteuses. Il est loin d'être certain que cette disposition n'aide pas la cause des extrémistes qui fomentent la haine, ni qu'elle ne fait pas davantage obstacle à l'amélioration volontaire de conduite

1990 CanLII 24 (SCC)

Accepting the importance to our society of the goals of social harmony and individual dignity, of multiculturalism and equality, it remains difficult to see how s. 319(2) fosters them.

In my opinion, the result is clear. Any questionable benefit of the legislation is outweighed by the significant infringement on the constitutional guarantee of free expression effected by s. 319(2) of the *Criminal Code*.

(3) *Conclusion—Section 1 in Relation to Infringement of Free Speech*

Is the limit on free expression effected by s. 319(2) of the *Criminal Code* reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society? On all three criteria for proportionality laid down in *Oakes*—rational connection between the legislation with its objectives, infringement to the minimum extent possible, and the balance between the importance of the infringement of the right of free speech and the benefit conferred by the legislation—s. 319(2) of the *Criminal Code* emerges wanting. Accepting that the objectives of the legislation are valid and important and potentially capable of overriding the guarantee of freedom of expression, I cannot conclude that the means chosen to achieve them—the criminalization of the potential or foreseeable promotion of hatred—are proportionate to those ends.

B. Section 1 and the Infringement of the Presumption of Innocence

I arrive at the same conclusion with respect to the infringement of s. 11(*d*) of the *Charter*, as I did with respect to the infringement of s. 2(*b*) of the *Charter*. Again, the necessary proportionality between infringement and the ends achieved is doubtful.

A rational connection between the aims of s. 319(3)(*a*) and its requirement that the accused prove the truth of his statements is difficult to discern. It is argued that without the reverse onus, it would be difficult if not impossible to obtain convictions for much speech promoting hate. If the objection is that it is merely difficult to prove the

qu'elle ne décourage la diffusion de la propagande haineuse. Si on admet l'importance que revêtent pour notre société les objectifs de l'harmonie sociale et de la dignité individuelle, du multiculturalisme et de l'égalité, il est difficile de concevoir en quoi le par. 319(2) sert à les promouvoir.

À mon avis, le résultat est clair. Tout avantage hypothétique découlant des dispositions législatives en cause cède le pas à l'atteinte grave portée par le par. 319(2) du *Code criminel* à la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression.

(3) *Conclusion—l'article premier et l'atteinte à la liberté d'expression*

La restriction que le par. 319(2) du *Code criminel* apporte à la liberté d'expression est-elle raisonnable et sa justification peut-elle se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique? Le paragraphe 319(2) du *Code criminel* ne satisfait à aucun des trois critères de proportionnalité énoncés dans l'arrêt *Oakes*—l'existence d'un lien rationnel entre le texte législatif et ses objectifs, l'atteinte minimale à des droits et l'évaluation relative de la gravité de l'atteinte à la liberté d'expression et de l'avantage conféré par le texte législatif. Tenant pour acquis que les objectifs visés par cette disposition sont valides et importants et qu'ils pourraient en principe l'emporter sur la garantie de liberté d'expression, je ne puis conclure que les moyens choisis pour les atteindre, savoir la criminalisation de la fomentation éventuelle ou prévisible de la haine, y sont proportionnés.

B. L'article premier et la violation de la présomption d'innocence

Ma conclusion sur la violation de l'al. 11*d*) de la *Charte* est identique à ma conclusion sur la violation de l'al. 2*b*) de la *Charte*. Dans ce cas également, l'existence de la proportionnalité nécessaire entre la violation et les buts à atteindre est douteuse.

En effet, il est difficile de voir un lien rationnel entre les objets de l'al. 319(3)*a*) et son exigence que l'accusé prouve la véracité de ses déclarations. On prétend que sans le renversement du fardeau de la preuve, il serait difficile, voire impossible, dans la plupart des cas d'obtenir des déclarations de culpabilité pour la tenue de propos tendant à

1990 CanLII 24 (SCC)

statements true or false, the answer is that the burden should be on the state because it has superior resources. If the objection is that it is impossible to know if the statements are true or false (i.e. true opinion), then the answer is that it cannot be ruled out that the statements may be more valuable than harmful, if we accept the ultimate value of the exchange of truthful ideas. The same considerations suggest that s. 319(3)(*a*)'s infringement of the presumption of innocence is neither minimal nor, given the importance of the infringement in the context of prosecutions under s. 319(2), sufficient to outweigh the dubious benefit of such a provision.

Similar considerations arise on the question of whether s. 319(3)(*a*) of the *Criminal Code* impairs the presumption of innocence under s. 11(*d*) as little as possible. It is said that hate promotion against identifiable groups is highly unlikely to be true. But that would be small comfort to a particular accused in the case where such a defence lay but he or she, because of restricted means or for whatever other reason, was unable to prove it. The presumption of innocence should not depend on the percentage of cases in which the defence in question may arise. It is also said that hate promotion consists as much in how it is said as in what is said, and it is sound policy to require individuals who choose to persuade by objectionable means to be certain they are speaking the truth before they make an utterance. But section 319(2) is not confined to expression in an objectionable form. It criminalizes expression not on the basis of its form but its content. Finally, it may be suggested in this context too that it is better to place the onus on the accused because of the difficulty of proving the falsity of negative assertions about identifiable groups. But, as I have pointed out above, proving the truth of such statements may be equally difficult. The accused, lacking the resources of the

fomenter la haine. Si l'on objecte qu'il est simplement difficile de prouver que les déclarations sont vraies ou fausses, la réponse est que le fardeau incombe à l'État parce qu'il dispose de plus grands moyens. Si par contre l'objection est qu'il est impossible de savoir si les déclarations sont vraies ou fausses (c.-à-d. qu'il s'agit d'une véritable opinion), alors la réponse est qu'il n'est pas exclu que ces déclarations soient plus utiles que nuisibles, si nous reconnaissons la valeur fondamentale de l'échange d'idées exprimant la vérité. Il se dégage des mêmes considérations que la violation de la présomption d'innocence par l'al. 319(3)*a*) n'est ni minime ni suffisante, compte tenu de la gravité de la violation dans le contexte de poursuites engagées en vertu du par. 319(2), pour l'emporter sur l'avantage douteux découlant d'une telle disposition.

Des considérations analogues jouent relativement à la question de savoir si l'al. 319(3)*a*) du *Code criminel* porte le moins possible atteinte à la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11*d*). On dit qu'il est hautement improbable que des déclarations tendant à fomenter la haine contre des groupes identifiables soient vraies. Mais cela n'aide en rien un accusé qui aurait pu se prévaloir de ce moyen de défense mais qui, en raison de ses moyens limités ou pour quelque autre raison, n'a pu en apporter la preuve. La présomption d'innocence ne devrait pas dépendre du pourcentage de cas dans lesquels la défense en question peut être invoquée. On fait valoir en outre que la fomentation de la haine est autant dans la façon dont les déclarations sont faites que dans leur contenu, et que c'est une saine politique d'exiger que les individus qui choisissent la persuasion par des moyens inacceptables soient certains de l'exactitude de ce qu'ils avancent. Toutefois, le par. 319(2) ne s'applique pas uniquement à l'expression qui revêt une forme inacceptable. Il criminalise l'expression non pas en raison de sa forme, mais en raison de son contenu. Finalement, on pourrait prétendre dans ce contexte également qu'il vaut mieux imposer le fardeau de la preuve à l'accusé parce qu'il est difficile de prouver la fausseté d'assertions médisantes au sujet de groupes identifiables. Mais, comme je l'ai déjà fait observer, il peut être tout aussi difficile de prouver la véracité de telles décla-

1990 CanLII 24 (SCC)

state, is arguably in a worse position than the Crown to prove his or her assertions to be true.

The final test of proportionality between the effects of the infringement and the objectives it promotes encounters other difficulties. We must start from the proposition that Parliament intended the truth to be a defence and that falsehood is an important element of the offence created by s. 319(2) of the *Criminal Code*. That fact, coupled with the centrality of the presumption of innocence in our criminal law, suggests that only a countervailing state interest of the most compelling kind could justify the infringement. But, as discussed in connection with the infringement of the guarantee of freedom of expression, it is difficult to see what benefits s. 319(2) in fact produces in terms of stemming hate propaganda and promoting social harmony and individual dignity. Thus Fish, op. cit., in defending the proportionality of infringement to benefit, is driven finally to negate the defence itself, concluding at p. 121: "The defence of truth does not presume falsity so much as it does that truth is not exculpatory of hate promotion." I conclude that s. 319(3)(*a*) is not saved by s. 1 of the *Charter*.

Conclusion

Section 319(2) breaches the guarantee of freedom of expression enshrined in the *Charter*. Moreover, the defence provided under s. 319(3)(*a*) infringes an accused's right to be presumed innocent. The importance of such objectives as avoiding discrimination, racial violence and promoting multiculturalism, is such that a limited and measured infringement of free speech may be justifiable under s. 1 of the *Charter*, provided that the means chosen are proportionate. However, the broad criminalization of virtually all expression which might be construed as promoting hatred effected by s. 319(2) of the *Criminal Code* is not, in my view, a proportionate and appropriate means of achieving the ends to which the legislation is directed. The breadth of the category of speech it

rations. L'accusé, qui n'a pas les moyens dont dispose l'État, peut être moins bien placé que le ministère public pour prouver la véracité de ses affirmations.

Le dernier volet du critère de proportionnalité entre les effets de la violation et les objectifs qu'elle vise se heurte à d'autres difficultés. Nous devons partir de la proposition que le Parlement a voulu que la véracité soit un moyen de défense, et que la fausseté soit un élément important de l'infraction que crée le par. 319(2) du *Code criminel*. Ce fait, conjugué à l'importance capitale de la présomption d'innocence dans notre droit criminel, permet de penser que la violation ne pourrait se justifier que par un intérêt étatique très impérieux qui lui ferait contrepoids. Toutefois, comme je l'ai dit en traitant de la violation de la garantie de liberté d'expression, on conçoit mal quels avantages le par. 319(2) confère lorsqu'il s'agit d'endiguer la propagande haineuse et de promouvoir l'harmonie sociale et la dignité individuelle. C'est ainsi que Fish, *loc. cit.*, en défendant la proportionnalité de la violation à l'avantage reçu, est finalement obligé de nier la défense elle-même, car il conclut, à la p. 121: [TRADUCTION] «La défense de la véracité ne présume pas tant la fausseté que le fait que la véracité ne disculpe pas de la fomentation de la haine.» Je conclus que l'al. 319(3)*a*) n'est pas sauvegardé par l'article premier de la *Charte*.

Conclusion

Le paragraphe 319(2) viole la garantie de la liberté d'expression consacrée dans la *Charte*. De plus, le moyen de défense prévu à l'al. 319(3)*a*) viole le droit de l'accusé d'être présumé innocent. Des objectifs comme la suppression de la discrimination et de la violence raciale et la promotion du multiculturalisme revêtent une telle importance qu'une atteinte limitée et mesurée à la liberté d'expression peut être justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*, pourvu que les moyens choisis soient proportionnés. Toutefois, la criminalisation globale de la quasi-totalité de l'expression qui pourrait être considérée comme fomentant la haine, au par. 319(2) du *Code criminel*, ne constitue pas, selon moi, un moyen proportionné et approprié d'atteindre les objets visés par ce para-

1990 CanLII 24 (SCC)

catches, the absolute nature of the prohibition it applies to such speech, the draconian criminal consequences it imposes coupled with the availability of preferable remedies, and finally, the counter-productive nature of its actual effects—all these features of s. 319(2) of the *Criminal Code* combine to make it an inappropriate means of protecting our society against the evil of hate propaganda.

I would dismiss the appeal, and answer the constitutional questions as follows:

1. Is s. 281.2(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) an infringement of freedom of expression as guaranteed under s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

   Answer: Yes.

2. If s. 281.2(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) is an infringement of s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, can it be upheld under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society?

   Answer: No.

3. Is s. 281.2(3)(*a*) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(3)(*a*) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) an infringement of the right to be presumed innocent, as guaranteed under s. 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

   Answer: Yes.

4. If s. 281.2(3)(*a*) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(3)(*a*) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) is an infringement of s. 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, can it be upheld under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society?

   Answer: No.

graphe. L'ampleur de l'expression visée, le caractère absolu de l'interdiction dont il frappe cette expression, les conséquences criminelles draconiennes qu'il entraîne ainsi que l'existence de recours préférables et, en dernier lieu, son effet réel contraire à l'effet souhaité, tous ces aspects du par. 319(2) du *Code criminel* se combinent pour en faire un moyen inadéquat de protéger notre société contre le mal de la propagande haineuse.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de donner aux questions constitutionnelles les réponses suivantes:

1. Le paragraphe 281.2(2) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le par. 319(2) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte-t-il atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

   Réponse: Oui.

2. Si le paragraphe 281.2(2) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le par. 319(2) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte atteinte à l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, constitue-t-il une limite raisonnable imposée par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

   Réponse: Non.

3. L'alinéa 281.2(3)*a*) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'al. 319(3)*a*) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte-t-il atteinte au droit d'être présumé innocent garanti par l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

   Réponse: Oui.

4. Si l'alinéa 281.2(3)*a*) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'al. 319(3)*a*) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte atteinte à l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, constitue-t-il une limite raisonnable imposée par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

   Réponse: Non.

1990 CanLII 24 (SCC)

Appeal allowed, LA FOREST, SOPINKA *and* MCLACHLIN JJ. *dissenting.*

Solicitor for the appellant: The Attorney General for Alberta, Calgary.

Solicitor for the respondent: Douglas H. Christie, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Jean Bouchard, Marise Visocchi and Gilles Laporte, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: Paul M. LeBreton, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitors for the intervener the Canadian Jewish Congress: Davies, Ward & Beck, Toronto.

Solicitors for the intervener the League for Human Rights of B'nai Brith, Canada: Cooper, Sandler & West, Toronto.

Solicitors for the intervener Interamicus: Ahern, Lalonde, Nuss, Drymer, Montréal.

Solicitors for the Women's Legal Education and Action Fund: Kathleen Mahoney, Calgary; Code Hunter, Calgary.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Greenspan, Rosenberg, Toronto.

Pourvoi accueilli, *les juges* LA FOREST, SOPINKA *et* MCLACHLIN *sont dissidents.*

Procureur de l'appelante: Le procureur général de l'Alberta, Calgary.

Procureur de l'intimé: Douglas H. Christie, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Jean Bouchard, Marise Visocchi et Gilles Laporte, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Paul M. LeBreton, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenant le Congrès juif canadien: Davies, Ward & Beck, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith, Canada: Cooper, Sandler & West, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Interamicus: Ahern, Lalonde, Nuss, Drymer, Montréal.

Procureurs de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes: Kathleen Mahoney, Calgary; Code Hunter, Calgary.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: Greenspan, Rosenberg, Toronto.

1990 CanLII 24 (SCC)

Erin Lee MacDonald *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

- and -

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Erin Lee MacDonald *Respondent*

and

Director of Public Prosecutions and Attorney General of Ontario *Interveners*

Indexed as: R. *v.* MacDonald

2014 SCC 3

File No.: 34914.

2013: May 23; 2014: January 17.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Moldaver and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Police responding to noise complaint at accused's residence — Accused answering door while concealing loaded restricted firearm — Police pushing door open further to ascertain concealment — Whether officer's conduct constituted search and if so, whether search reasonable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

Criminal law — Offences — Elements of offence — Mens rea — Possession of loaded restricted firearm — Police responding to noise complaint at accused's residence — Accused answering door while concealing loaded restricted firearm — Accused's licence to possess firearm in Alberta not extending to Nova Scotia, but accused believing it did — Whether Crown required to prove accused knew or was wilfully blind to fact that

Erin Lee MacDonald *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

- et -

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Erin Lee MacDonald *Intimé*

et

Directeur des poursuites pénales et procureur général de l'Ontario *Intervenants*

Répertorié : R. *c.* MacDonald

2014 CSC 3

N° du greffe : 34914.

2013 : 23 mai; 2014 : 17 janvier.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Moldaver et Wagner.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Policier répondant à une plainte de bruit à la résidence de l'accusé — Accusé dissimulant une arme à feu à autorisation restreinte chargée en ouvrant la porte — Policier poussant la porte pour l'ouvrir un peu plus afin de voir ce que dissimulait l'accusé — La conduite du policier constituait-elle une fouille et, dans l'affirmative, la fouille était-elle abusive? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

Droit criminel — Infractions — Éléments de l'infraction — Mens rea — Possession d'une arme à feu à autorisation restreinte chargée — Policier répondant à une plainte de bruit à la résidence de l'accusé — Accusé dissimulant une arme à feu à autorisation restreinte chargée en ouvrant la porte — Accusé croyant à tort que son permis de possession d'une arme à feu en Alberta était valide en Nouvelle-Écosse — Le ministère public devait-il

2014 SCC 3 (CanLII)

possession of firearm was unauthorized — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 95.

Police responded to a noise complaint at M's home in Halifax. When M opened the door, an officer observed that M had an object in his hand, hidden behind his leg. The officer twice asked M what was in his hand. Because M did not answer, the officer pushed the door open a few inches further to see. A struggle ensued and M was disarmed of a loaded handgun. M was licensed to possess and transport the handgun in Alberta, but not in Nova Scotia as he believed he was. At trial, the judge concluded that M's possession of the gun was unauthorized. He also concluded that the officer's pushing the door open further did not breach M's s. 8 *Charter* right to be free from unreasonable search. The trial judge convicted M of careless handling of a firearm (under s. 86 of the *Criminal Code*), possessing a weapon for a dangerous purpose (s. 88), and possessing a loaded restricted firearm (s. 95). The trial judge sentenced M to a three-year imprisonment and a ten-year weapons prohibition. A majority of the Court of Appeal upheld the trial judge's decision that the officer did not breach M's s. 8 *Charter* right. It upheld M's ss. 86 and 88 *Criminal Code* convictions, but significantly reduced the sentences. However, the Court of Appeal allowed M's appeal of his s. 95 conviction and substituted an acquittal.

Held: The appeal of the s. 8 *Charter* issue should be dismissed and the Crown's appeal of the s. 95 *Criminal Code* acquittal should be allowed. The matter is remitted to the Court of Appeal for sentencing.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Fish and Abella JJ.: The officer's action of pushing the door open further constituted a "search" for purposes of s. 8 of the *Charter*. The action went beyond the implied licence to knock on the door and constituted an invasion of M's reasonable expectation of privacy in his home. Although the officer's action constituted a search for s. 8 purposes, that search was reasonable because both stages of the *Waterfield*

prouver que l'accusé savait ou avait ignoré volontairement que sa possession de l'arme à feu n'était pas autorisée? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 95.

La police a répondu à une plainte de bruit à la résidence de M à Halifax. Lorsque M a ouvert la porte, un policier a remarqué que M tenait un objet dans sa main, dissimulé derrière sa jambe. Le policier a demandé deux fois à M ce qu'il tenait dans sa main. Comme M ne répondait pas, le policier a poussé la porte pour l'ouvrir quelques pouces de plus pour mieux voir. Après un bref corps à corps, le policier a enlevé à M l'arme de poing chargée qu'il tenait. M était titulaire d'un permis de possession et de transport de l'arme de poing valide en Alberta mais, contrairement à ce qu'il croyait, non valide en Nouvelle-Écosse. Le juge du procès a conclu que M n'était pas autorisé à posséder l'arme à feu. Il a aussi conclu qu'en poussant la porte pour l'ouvrir un peu plus, le policier n'avait pas violé le droit de M à la protection contre les fouilles abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte*. Le juge du procès a déclaré M coupable d'avoir manipulé une arme à feu d'une manière négligente (aux termes de l'art. 86 du *Code criminel*), d'avoir eu en sa possession une arme dans un dessein dangereux (art. 88) et d'avoir eu en sa possession une arme à feu à autorisation restreinte chargée (art. 95). Il a condamné M à trois ans d'emprisonnement et lui a interdit de posséder une arme à feu pendant dix ans. La Cour d'appel, à la majorité, a maintenu la décision du premier juge selon laquelle le policier n'avait pas violé le droit que l'art. 8 de la *Charte* garantit à M. Elle a maintenu les déclarations de culpabilité fondées sur les art. 86 et 88 du *Code criminel* mais a atténué considérablement les peines. Cependant, la Cour d'appel a accueilli l'appel de M interjeté à l'encontre de la déclaration de culpabilité fondée sur l'art. 95 et a ordonné un acquittement.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté sur la question relative à l'art. 8 de la *Charte* et le pourvoi du ministère public contre l'acquittement relatif à l'accusation portée en vertu de l'art. 95 du *Code criminel* est accueilli. L'affaire est renvoyée à la Cour d'appel pour la détermination de la peine.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish et Abella : L'intervention du policier, lorsqu'il a poussé la porte un peu plus loin, constituait une « fouille » au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Ce geste allait au-delà de l'autorisation implicite de frapper à la porte et constituait une atteinte à une attente raisonnable de M en matière de respect de la vie privée dans sa demeure. Même si l'intervention du policier constituait une fouille au sens

2014 SCC 3 (CanLII)

test were satisfied. The first stage was satisfied because the warrantless search falls within the scope of the common law police duty to protect life and safety and the second, because the search constitutes a justifiable exercise of powers associated with the duty.

To determine whether a safety search is reasonably necessary, and therefore justifiable, a number of factors must be weighed to balance the police duty against the liberty interest in question. These factors include: the importance of the duty to the public good; the necessity of the infringement for the performance of the duty; and the extent of the infringement. The duty to protect life and safety is of the utmost importance to the public good, but an infringement on individual liberty may be necessary when, for example, the officer has reasonable grounds to believe that the individual is armed and dangerous. That infringement will be justified only to the extent that it is necessary for the officer to search for weapons. In other words, and as this Court recognized in *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59, the powers of the police are limited. Courts must consider not only the extent of the infringement, but how it was carried out. Restraints on safety searches are particularly important in homes, where such searches can often give the police access to a considerable amount of very sensitive personal information.

In this case, the officer had reasonable grounds to believe that there was an imminent threat to public and police safety and that the search was necessary to eliminate that threat. The manner in which he carried out the search was also reasonable. The trial judge found that the officer pushed the door open no more than was necessary to find out what M had behind his leg. The officer twice asked M what he had in his hand but received no answer. In these circumstances, it is hard to imagine a less invasive way of determining whether M was concealing a weapon and thereby eliminating any threat. It follows that M's rights under s. 8 of the *Charter* were not violated.

As for a s. 95 *Criminal Code* conviction, the Court of Appeal erred in requiring the Crown to prove that M knew that his possession and acquisition licence and authorization to transport the firearm did not extend to his Halifax home. That requirement is inconsistent with

de l'art. 8, cette fouille n'était pas abusive parce que les deux volets du critère de l'arrêt *Waterfield* étaient respectés. Le premier volet était respecté puisque la fouille sans mandat s'inscrivait dans le cadre du devoir qu'ont les policiers en common law de protéger la vie et la sécurité, et le second, puisque la fouille constituait un exercice justifiable des pouvoirs afférents à ce devoir.

Pour déterminer si une fouille de sécurité est raisonnablement nécessaire, et donc justifiable, un certain nombre de facteurs doivent être pris en considération pour mettre en équilibre le devoir des policiers et le droit à la liberté en cause. Ces facteurs englobent l'importance de ce devoir pour l'intérêt public, la nécessité de l'atteinte pour l'accomplissement de ce devoir et l'ampleur de l'atteinte. Le devoir de protéger la vie et la sécurité est de la plus haute importance pour l'intérêt public, mais une atteinte à la liberté d'une personne peut être nécessaire lorsque, par exemple, le policier a des motifs raisonnables de croire que cette personne est armée et dangereuse. Cette atteinte à la liberté ne sera justifiée que dans la mesure où il est nécessaire que le policier vérifie la présence d'armes. En d'autres mots, et comme notre Cour l'a reconnu dans *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59, les pouvoirs des policiers sont limités. Les tribunaux doivent prendre en compte non seulement l'ampleur de l'atteinte, mais aussi la façon dont la fouille a été effectuée. Des limites à l'égard des fouilles de sécurité effectuées dans une résidence privée sont particulièrement importantes car ces fouilles peuvent souvent permettre à la police d'obtenir de nombreux renseignements personnels très délicats.

En l'espèce, le policier avait des motifs raisonnables de croire à l'existence d'une menace imminente pour la sécurité du public et celle des policiers et que la fouille était nécessaire pour éliminer cette menace. La façon dont il a effectué la fouille n'était pas non plus abusive. Le juge du procès a conclu que le policier n'a pas ouvert la porte plus qu'il n'était nécessaire pour découvrir ce qui se trouvait derrière la jambe de M. Le policier a demandé deux fois à M ce qu'il tenait dans sa main, sans obtenir de réponse. Dans de telles circonstances, il est difficile d'imaginer une façon moins envahissante de déterminer si M cachait une arme et, par le fait même, d'éliminer toute menace. Par conséquent, il n'y a pas eu violation des droits que l'art. 8 de la *Charte* confère à M.

Pour ce qui est de la déclaration de culpabilité fondée sur l'art. 95 du *Code criminel*, la Cour d'appel a commis une erreur en obligeant le ministère public à prouver que M savait que son permis de possession et d'acquisition de l'arme à feu et son autorisation de transporter l'arme

2014 SCC 3 (CanLII)

the rule, codified in s. 19 of the *Code*, that ignorance of the law is no excuse. Section 95 is a *mens rea* offence, but does not include knowledge of *unauthorized* possession. Rather, knowledge of possession, together with intention to possess in a particular place, is enough.

In this case, M's subjective belief that he could possess the firearm in his Halifax home is a mistake of law and that mistake is no defence. Therefore, M's s. 95 conviction must be restored and the matter remitted to the Court of Appeal both for sentencing and for assessing the constitutional validity of the mandatory minimum sentence under s. 95.

Per Rothstein, Moldaver and Wagner JJ.: The majority concludes that the officer's conduct in this case was only justified because he had reasonable grounds to believe that M was armed and dangerous. In doing so, they effectively overturn the "safety search" power recognized in *Mann* and a decade of subsequent jurisprudence.

This Court decided in *Mann* that officers may conduct protective searches when they have reasonable grounds to *suspect* that an individual is armed and dangerous. And that is why the search was justified in this case. Five reasons support this conclusion.

First, the language of *Mann* makes clear that it recognized a protective search power predicated on reasonable suspicion. Second, *Mann* relies on the U.S. Supreme Court's seminal decision in *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968), a decision which recognized a directly analogous protective search power on a reasonable suspicion standard. Third, subsequent judgments from this Court and courts of appeal have affirmed that *Mann* employed the reasonable suspicion standard. Fourth, the logical consequences of a reasonable grounds to believe standard make little sense in this context; if *Mann* required reasonable grounds to believe for a pat-down search, it would seem that all that *Mann* achieves is a power to *search* when there are already grounds to *arrest*. Fifth, the facts of this case do not support a finding that the officer had reasonable grounds to believe that M was armed and dangerous.

n'étaient pas valides à sa résidence de Halifax. Cette exigence contrevient à la règle, codifiée à l'art. 19 du *Code*, selon laquelle l'ignorance de la loi n'est pas une excuse. L'article 95 crée une infraction exigeant la *mens rea*, mais il ne comporte pas comme élément la connaissance que la possession de l'arme *n'est pas autorisée*. Il suffit plutôt de prouver que la personne sait qu'elle a l'arme en sa possession et qu'elle a l'intention de la posséder dans un lieu donné.

En l'espèce, la croyance subjective de M qu'il pouvait avoir l'arme à feu en sa possession dans sa résidence de Halifax est une erreur de droit et cette erreur ne constitue pas un moyen de défense. Par conséquent, la déclaration de culpabilité de M fondée sur l'art. 95 doit être rétablie et l'affaire doit être renvoyée à la Cour d'appel pour la détermination de la peine et pour qu'elle détermine la validité constitutionnelle de la peine minimale obligatoire applicable aux termes de l'art. 95.

Les juges Rothstein, Moldaver et Wagner : Selon les juges majoritaires, la conduite du policier en l'espèce était justifiée uniquement parce qu'il avait des motifs raisonnables de croire que M était armé et dangereux. De ce fait, ils infirment effectivement le pouvoir de procéder à une « fouille de sécurité » reconnu dans *Mann* et dans la jurisprudence des 10 années qui ont suivi.

Dans l'arrêt *Mann*, notre Cour a statué que les policiers peuvent procéder à des fouilles préventives lorsqu'ils ont des motifs raisonnables de *soupçonner* qu'une personne est armée et dangereuse. Et c'est pourquoi la fouille était justifiée en l'espèce. Cinq raisons confirment cette conclusion.

Premièrement, le libellé de *Mann* indique clairement que cet arrêt reconnaît un pouvoir de fouille préventive fondé sur des soupçons raisonnables. Deuxièmement, la Cour dans *Mann* s'appuie sur l'arrêt de principe *Terry c. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968), rendu par la Cour suprême des États-Unis, une décision qui a reconnu un pouvoir de fouilles préventives directement analogue fondé sur une norme de soupçons raisonnables. Troisièmement, les décisions subséquentes de notre Cour et des cours d'appel ont confirmé que l'arrêt *Mann* avait adopté la norme des soupçons raisonnables. Quatrièmement, il n'est guère logique d'appliquer la norme des motifs raisonnables de croire dans ce contexte; s'il établit que des motifs raisonnables de croire sont exigés pour justifier une fouille par palpation, l'arrêt *Mann* ne fait donc apparemment que reconnaître un pouvoir de *fouille* lorsqu'il existe déjà des motifs de procéder à une *arrestation*. Cinquièmement, les faits de l'espèce ne permettent pas de conclure que le policier avait des motifs raisonnables de croire que M était armé et dangereux.

2014 SCC 3 (CanLII)

These five reasons — the language of *Mann*, the history from which *Mann* emerged, the consequences of interpreting *Mann* as requiring reasonable grounds to believe, the jurisprudence that has interpreted *Mann*, and the facts of this case — all lead to the same unavoidable conclusion: *Mann* recognized a protective search power predicated on reasonable suspicion.

This case ought to have been resolved by extending the logic of *Mann*. First, the officer, while lawfully engaged in his duties, had a reasonable suspicion that M was armed and dangerous. Second, in response to that reasonable suspicion, the officer's conduct — pushing M's door open a few more inches — was no more intrusive of M's privacy interests than was reasonably necessary to address the threat. Accordingly, the search was reasonable for s. 8 purposes.

The consequence of the majority's decision is to deprive officers of the ability to conduct protective searches except in circumstances where they already have grounds to arrest. As of today, officers are empowered to detain individuals they *suspect* are armed and dangerous for investigatory purposes, but they have no power to conduct pat-down searches to ensure their safety or the safety of the public as they conduct these investigations. However, a police officer in the field, faced with a realistic risk of imminent harm, should be able to act immediately and take reasonable steps, in the form of a minimally intrusive safety search, to alleviate the risk.

Cases Cited

By LeBel J.

Applied: *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59; *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *R. v. Clayton*, 2007 SCC 32, [2007] 2 S.C.R. 725; *R. v. Forster*, [1992] 1 S.C.R. 339; **referred to:** *R. v. A.M.*, 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569; *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13; *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297; *R. v. Stenning*, [1970] S.C.R. 631; *Knowlton v. The Queen*, [1974] S.C.R. 443; *Wiretap Reference*, [1984] 2 S.C.R. 697; *R. v. Tse*, 2012 SCC 16, [2012] 1 S.C.R. 531; *Lévis (City) v. Tétreault*, 2006 SCC 12, [2006] 1 S.C.R. 420; *The Queen v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *Beaver v. The Queen*, [1957] S.C.R. 531.

À la lumière de ces cinq motifs — le libellé de *Mann*, le contexte historique ayant mené à cet arrêt, les conséquences de l'interprétation selon laquelle l'arrêt *Mann* exige des motifs raisonnables de croire, la jurisprudence qui a interprété ce précédent, et les faits de l'espèce — une seule conclusion s'impose : l'arrêt *Mann* reconnaît un pouvoir de fouille préventive fondé sur des soupçons raisonnables.

Il aurait fallu résoudre la présente affaire suivant la logique de *Mann*. Premièrement, le policier, dans l'exercice légitime de ses fonctions, soupçonnait raisonnablement que M était armé et dangereux. Deuxièmement, à cause de ces soupçons raisonnables, l'intervention du policier — en poussant la porte de M pour l'ouvrir quelques pouces de plus — n'a porté atteinte au droit de M au respect de sa vie privée que dans la mesure raisonnablement nécessaire pour faire face à la menace. En conséquence, la fouille n'était pas abusive au sens de l'art. 8.

La décision rendue par les juges majoritaires a pour conséquence de priver les policiers du pouvoir d'effectuer une fouille préventive, sauf s'ils ont déjà des motifs de procéder à une arrestation. À partir d'aujourd'hui, les policiers peuvent détenir à des fins d'enquête les personnes *soupçonnées* d'être armées et dangereuses, mais ne sont pas autorisés à effectuer des fouilles par palpation pour assurer leur sécurité ou celle du public dans le cadre d'une enquête. Toutefois, un policier sur le terrain, exposé à un risque réaliste de préjudice imminent, devrait pouvoir agir immédiatement et prendre des mesures raisonnables, sous la forme d'une fouille de sécurité peu envahissante, pour atténuer ce risque.

Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

Arrêts appliqués : *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59; *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *R. c. Clayton*, 2007 CSC 32, [2007] 2 R.C.S. 725; *R. c. Forster*, [1992] 1 R.C.S. 339; **arrêts mentionnés :** *R. c. A.M.*, 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569; *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297; *R. c. Stenning*, [1970] R.C.S. 631; *Knowlton c. La Reine*, [1974] R.C.S. 443; *Renvoi sur l'écoute électronique*, [1984] 2 R.C.S. 697; *R. c. Tse*, 2012 CSC 16, [2012] 1 R.C.S. 531; *Lévis (Ville) c. Tétreault*, 2006 CSC 12, [2006] 1 R.C.S. 420; *La Reine c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *Beaver c. The Queen*, [1957] R.C.S. 531.

2014 SCC 3 (CanLII)

By Moldaver and Wagner JJ.

Applied: *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59; **referred to:** *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; *R. v. MacKenzie*, 2013 SCC 50, [2013] 3 S.C.R. 250; *R. v. Chehil*, 2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456; *R. v. A.M.*, 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569; *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968); *Arizona v. Johnson*, 129 S. Ct. 781 (2009); *R. v. Clayton*, 2007 SCC 32, [2007] 2 S.C.R. 725; *R. v. Aucoin*, 2012 SCC 66, [2012] 3 S.C.R. 408; *R. v. Crocker*, 2009 BCCA 388, 275 B.C.A.C. 190, leave to appeal refused, [2010] 1 S.C.R. viii; *R. v. Atkins*, 2013 ONCA 586, 310 O.A.C. 397; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13; *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311; *R. v. Golub* (1997), 34 O.R. (3d) 743, leave to appeal refused, [1998] 1 S.C.R. ix.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 12, 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 19, 86, 88, 95, 487.11, 529.3(2).
Firearms Act, S.C. 1995, c. 39, s. 17.

Authors Cited

Healy, Patrick. "Investigative Detention in Canada", [2005] *Crim. L.R.* 98.
LaFave, Wayne R. *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment*, 5th ed., vol. 4. St. Paul, Minn.: West, 2012.
Oxford English Dictionary (online: www.oed.com), "risk".
Ruby, Clayton C., Gerald J. Chan and Nader R. Hasan. *Sentencing*, 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.
Stribopoulos, James. "The Limits of Judicially Created Police Powers: Investigative Detention after *Mann*" (2007), 52 *Crim. L.Q.* 299.

APPEALS from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (MacDonald C.J. and Saunders and Beveridge JJ.A.), 2012 NSCA 50, 317 N.S.R. (2d) 90, 1003 A.P.R. 90, 283 C.C.C. (3d) 308, 261 C.R.R. (2d) 303, [2012] N.S.J. No. 252 (QL), 2012 CarswellNS 328, setting aside the accused's conviction for possession of a loaded restricted firearm. Appeal of Erin Lee MacDonald dismissed and appeal of Her Majesty The Queen allowed.

Citée par les juges Moldaver et Wagner

Arrêt appliqué : *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59; **arrêts mentionnés :** *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; *R. c. MacKenzie*, 2013 CSC 50, [2013] 3 R.C.S. 250; *R. c. Chehil*, 2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456; *R. c. A.M.*, 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569; *Terry c. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968); *Arizona c. Johnson*, 129 S. Ct. 781 (2009); *R. c. Clayton*, 2007 CSC 32, [2007] 2 R.C.S. 725; *R. c. Aucoin*, 2012 CSC 66, [2012] 3 R.C.S. 408; *R. c. Crocker*, 2009 BCCA 388, 275 B.C.A.C. 190, autorisation d'appel refusée, [2010] 1 R.C.S. viii; *R. c. Atkins*, 2013 ONCA 586, 310 O.A.C. 397; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311; *R. c. Golub* (1997), 34 O.R. (3d) 743, autorisation de pourvoi refusée, [1998] 1 R.C.S. ix.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 12, 24(2).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 19, 86, 88, 95, 487.11, 529.3(2).
Loi sur les armes à feu, L.C. 1995, ch. 39, art. 17.

Doctrine et autres documents cités

Healy, Patrick. « Investigative Detention in Canada », [2005] *Crim. L.R.* 98.
LaFave, Wayne R. *Search and Seizure : A Treatise on the Fourth Amendment*, 5th ed., vol. 4. St. Paul, Minn. : West, 2012.
Oxford English Dictionary (online : www.oed.com), « *risk* ».
Ruby, Clayton C., Gerald J. Chan and Nader R. Hasan. *Sentencing*, 8th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2012.
Stribopoulos, James. « The Limits of Judicially Created Police Powers : Investigative Detention after *Mann* » (2007), 52 *Crim. L.Q.* 299.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (le juge en chef MacDonald et les juges Saunders et Beveridge), 2012 NSCA 50, 317 N.S.R. (2d) 90, 1003 A.P.R. 90, 283 C.C.C. (3d) 308, 261 C.R.R. (2d) 303, [2012] N.S.J. No. 252 (QL), 2012 CarswellNS 328, qui a annulé la déclaration de culpabilité de l'accusé de possession d'une arme à feu à autorisation restreinte chargée. Pourvoi d'Erin Lee MacDonald rejeté et pourvoi de Sa Majesté la Reine accueilli.

2014 SCC 3 (CanLII)

Hersh Wolch, *Q.C.*, and *Janna Watts*, for the appellant/respondent.

William D. Delaney, *Q.C.*, and *Timothy S. O'Leary*, for the respondent/appellant.

James C. Martin and *Ann Marie Simmons*, for the intervener the Director of Public Prosecutions.

John C. Pearson and *Michelle Campbell*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Fish and Abella JJ. was delivered by

LeBel J. —

I. Introduction

[1] This case requires us to consider the scope of police search powers in the context of everyday interactions with private citizens at the doorsteps of their homes. The police in this case responded to a noise complaint and, without warning, became engaged in a dangerous situation that, in their opinion, put their safety, and the safety of others, in jeopardy. The charges laid as a result of this incident afford us an opportunity to consider the operation of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in this context, the *mens rea* required for conviction under s. 95(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and some corollary issues related to sentencing.

II. Background Facts

[2] In 2009, Mr. MacDonald was employed in the oil and gas industry. His employment required him to spend time in both Calgary and Halifax. On the evening of December 28, 2009, Mr. MacDonald entertained a co-worker and his co-worker's friend at his Halifax condominium (the "unit"). Some alcohol was consumed during the evening as Mr. MacDonald and his colleague — who was about to replace him in Halifax — discussed work.

Hersh Wolch, *c.r.*, et *Janna Watts*, pour l'appelant/intimé.

William D. Delaney, *c.r.*, et *Timothy S. O'Leary*, pour l'intimée/appelante.

James C. Martin et *Ann Marie Simmons*, pour l'intervenant le directeur des poursuites pénales.

John C. Pearson et *Michelle Campbell*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Fish et Abella rendu par

Le juge LeBel —

I. Introduction

[1] Dans la présente affaire, il nous faut examiner l'étendue des pouvoirs en matière de fouille dont disposent les policiers dans leurs interactions quotidiennes avec des citoyens lorsqu'ils se présentent à leur porte. En l'espèce, les policiers ont répondu à une plainte de bruit. Sans s'y attendre, ils se sont trouvés dans une situation dangereuse mettant, selon eux, leur sécurité et celle d'autrui en péril. Les accusations portées à la suite de cet incident nous donnent l'occasion d'examiner l'application de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans ce contexte, la *mens rea* requise pour une déclaration de culpabilité fondée sur le par. 95(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, ainsi que certaines questions accessoires liées à la détermination de la peine.

II. Contexte factuel

[2] En 2009, M. MacDonald travaillait dans l'industrie pétrolière et gazière. Son travail l'amenait à partager son temps entre Calgary et Halifax. Le soir du 28 décembre 2009, il recevait un collègue et l'amie de celui-ci à son condominium de Halifax (l'« unité »). Ils ont consommé une certaine quantité d'alcool pendant la soirée, alors que M. MacDonald et son collègue — qui devait prendre le poste de M. MacDonald à Halifax — discutaient de leur travail.

2014 SCC 3 (CanLII)

[3] Later in the evening, the concierge of Mr. MacDonald's building, Mr. Sears, received a noise complaint regarding loud music reverberating from the unit. Mr. Sears went to the unit, heard the loud music and knocked on the door. He received no response. Just as he was about to leave, he saw Mr. MacDonald's guests leaving the unit and saying good night. At this point, Mr. Sears asked Mr. MacDonald to turn down his music. Mr. MacDonald, swearing at him, refused to do so.

[4] Mr. Sears contacted the Halifax Regional Police and asked them to deal with the complaint about the noise issue. Cst. Pierce went to the building and, together with Mr. Sears, approached Mr. MacDonald's unit. Cst. Pierce knocked on his door and asked him to turn his music down or off. Mr. MacDonald swore at her and slammed the door shut.

[5] Cst. Pierce contacted her supervisor, Sgt. Boyd, who arrived at the building approximately a half hour later. Sgt. Boyd, Cst. Pierce and Mr. Sears went to the unit. Sgt. Boyd tried to get Mr. MacDonald to answer the door by knocking on it and kicking it, and also shouted that he was from the Halifax Regional Police.

[6] About five minutes later, Mr. MacDonald opened the door, but only about 16 inches — enough for the officers to see the right side of his body and face. Sgt. Boyd noticed something "black and shiny" in Mr. MacDonald's right hand that was in a shadow and was partially hidden by his right leg (A.R., at p. 167). He believed it might be a knife. He twice asked Mr. MacDonald what was behind his leg, gesturing toward his right hand. Mr. MacDonald did not respond.

[7] Wanting to get a better look at what Mr. MacDonald had in his hand, Sgt. Boyd pushed the door open a few inches further. The resulting light enabled him to identify it as a handgun. He yelled "gun!" and quickly forced his way into the

[3] Plus tard dans la soirée, le concierge de l'immeuble, M. Sears, a reçu une plainte de bruit causé par la force de la musique qui résonnait de l'unité de M. MacDonald. Monsieur Sears s'est alors rendu chez ce dernier, a entendu cette musique et a frappé à la porte de l'unité. Personne n'a répondu. Alors que M. Sears s'apprêtait à partir, il a vu les invités de M. MacDonald sortir de l'unité et s'en aller. À ce moment, M. Sears a demandé à ce dernier de baisser le son de la musique. Celui-ci a refusé en l'injuriant.

[4] Monsieur Sears a communiqué avec la police régionale de Halifax et lui a demandé de s'occuper du problème de bruit. L'agente Pierce s'est donc présentée à l'immeuble et, accompagnée de M. Sears, s'est rendue à l'unité de M. MacDonald. Elle a frappé à sa porte et lui a demandé de baisser le son ou d'arrêter sa musique. Celui-ci l'a injuriée en claquant la porte.

[5] L'agente Pierce a appelé son superviseur, le sergent Boyd, qui est arrivé environ 30 minutes plus tard. Le sergent Boyd, l'agente Pierce et M. Sears se sont rendus à l'unité de M. MacDonald. Pour l'amener à ouvrir, le sergent Boyd a frappé à la porte et y a donné un coup de pied, tout en annonçant d'une voix forte que la police régionale de Halifax était à la porte.

[6] Environ cinq minutes plus tard, M. MacDonald a ouvert la porte, mais seulement d'environ 16 pouces — assez pour montrer le côté droit de son corps et de son visage. Le sergent Boyd a remarqué quelque chose de [TRADUCTION] « noir et brillant » dans la main droite de M. MacDonald, dans la pénombre et dissimulé en partie derrière sa jambe droite (d.a., p. 167). Croyant qu'il puisse s'agir d'un couteau, il a demandé à deux reprises à M. MacDonald ce qui se trouvait derrière sa jambe, en indiquant sa main droite. Ce dernier n'a pas répondu.

[7] Afin de mieux voir l'objet qui se trouvait dans la main de M. MacDonald, le sergent Boyd a poussé la porte pour l'ouvrir de quelques pouces de plus. Un meilleur éclairage lui a permis de constater qu'il s'agissait d'une arme de poing. Il a crié [TRADUCTION]

2014 SCC 3 (CanLII)

unit. After a brief struggle, he was able to disarm Mr. MacDonald.

[8] The gun that Mr. MacDonald was holding when he opened the door was found to be a 9-mm Beretta — a restricted firearm. It was registered to him. The gun was loaded.

[9] Mr. MacDonald was charged with numerous offences, three of which are relevant here: handling a firearm in a careless manner or without reasonable precautions for the safety of other persons, contrary to s. 86(1) of the *Code*; unlawfully having in his possession a weapon for a purpose dangerous to the public peace, contrary to s. 88(1); and possessing, in a place, a loaded restricted firearm without being the holder of an authorization or a licence under which he may possess the said firearm in that place, contrary to s. 95(1).

III. Judicial History

A. *Nova Scotia Provincial Court*

[10] At trial, a *voir dire* was held to determine whether Mr. MacDonald's right to be secure against an unreasonable search guaranteed by s. 8 of the *Charter* had been violated when Sgt. Boyd pushed the door to the unit open a few inches further to ascertain what he was holding. Judge Digby found that there is an exception that permits an officer to enter a home to ensure his or her safety, particularly where, as here, the intrusion is minor. He concluded that "there is no *Charter* breach and the burden is on the accused to prove on a balance of probabilities that there is a *Charter* breach" (A.R., at p. 250).

[11] After weighing all the circumstances, Judge Digby found Mr. MacDonald guilty of the charges under ss. 86(1) and 88(1). Others could have been injured as a result of his conduct, which was out

« arme! » et est rapidement entré de force dans l'unité de M. MacDonald. Il est parvenu à le désarmer après un bref corps à corps.

[8] La suite de l'enquête a révélé que l'arme à feu que tenait M. MacDonald lorsqu'il a ouvert la porte était un pistolet Beretta de calibre 9 mm — une arme à autorisation restreinte — enregistrée à son nom. L'arme était chargée.

[9] Monsieur MacDonald a été accusé de nombreuses infractions, dont trois sont pertinentes dans le cadre du présent pourvoi : avoir manipulé une arme à feu d'une manière négligente ou sans prendre suffisamment de précautions pour la sécurité d'autrui, contrairement au par. 86(1) du *Code*; avoir eu illégalement en sa possession une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique, contrairement au par. 88(1); et avoir eu en sa possession une arme à feu à autorisation restreinte chargée, sans être titulaire d'une autorisation ou d'un permis qui l'y autorisait dans ce lieu, contrairement au par. 95(1).

III. Historique judiciaire

A. *Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse*

[10] Au procès, le juge a tenu un voir-dire pour déterminer si le droit de M. MacDonald à la protection contre une fouille abusive garanti par l'art. 8 de la *Charte* avait été violé lorsque le sergent Boyd avait poussé la porte de l'unité pour l'ouvrir quelques pouces de plus afin de vérifier ce que M. MacDonald tenait dans sa main. Le juge Digby a conclu à l'existence d'une exception permettant à un policier d'entrer dans une résidence pour assurer sa sécurité, en particulier si, comme en l'espèce, l'intrusion est mineure. Selon lui, [TRADUCTION] « il n'y a pas eu violation de la *Charte* et il incombe à l'accusé de prouver selon la prépondérance des probabilités qu'une telle violation a été commise » (d.a., p. 250).

[11] Après avoir évalué l'ensemble des circonstances, le juge Digby a déclaré M. MacDonald coupable des infractions prévues aux par. 86(1) et 88(1). Le comportement de ce dernier aurait pu

2014 SCC 3 (CanLII)

of proportion to any threat, actual or reasonably perceived. Before opening the door, Mr. MacDonald knew the people there were police officers or people claiming to be police officers. He also knew that if they were in fact police officers, they would react to his holding a handgun, and this would put his own safety at risk as well as that of the officers themselves and of the public.

[12] Judge Digby also found Mr. MacDonald guilty of the charge under s. 95(1). In so finding, he noted that Mr. MacDonald and the Crown agreed on the following facts:

. . . it is common ground that Mr. MacDonald had a possession and acquisition license, that the Beretta firearm was properly registered in Mr. MacDonald's name and that he had a right to possess it in his dwelling. It was registered with the Canadian Firearms Centre or another place approved for storage by the chief firearms officer.

. . .

It is common ground that [Mr. MacDonald] had a loaded, restricted firearm in his residence at Bishop's Landing. . . . He had documentation which he submitted in evidence from the Nova Scotia Rifle Association indicating that he was a member and invited to use their facility. I take it it is common ground, and certainly the case has proceeded on the basis of common ground, that Nova Scotia Rifle Association is an organization which falls under section 19(1)(*a*) of the *Firearms Act*. [A.R., at pp. 19 and 21]

[13] Mr. MacDonald had an authorization to transport the firearm, but, the learned trial judge held, it entitled him to transport the firearm only between his residence in Calgary and shooting ranges and border crossings in Alberta. He therefore had no right to take it to Halifax. Mr. MacDonald was guilty under s. 95(1) because he had the firearm in the unit without holding a licence which permitted him to possess it in that place.

causer des blessures à autrui et était disproportionné par rapport à une menace, réelle ou raisonnablement perçue, dont il pouvait faire l'objet. Avant d'ouvrir, M. MacDonald savait que des policiers ou des personnes prétendant l'être se trouvaient à sa porte. Il savait aussi que, si ces personnes appartenaient effectivement à la police, elles réagiraient à la vue d'une arme de poing, ce qui mettrait sa sécurité, celle des policiers et celle du public en péril.

[12] Le juge Digby a aussi déclaré M. MacDonald coupable de l'infraction prévue au par. 95(1). Ce faisant, il a souligné que ce dernier et le ministère public s'entendaient sur les faits suivants :

[TRADUCTION] . . . il est admis que M. MacDonald détenait un permis de possession et d'acquisition, que le pistolet Beretta était dûment enregistré au nom de M. MacDonald et que ce dernier avait le droit de l'avoir en sa possession dans sa résidence. Le pistolet en question était enregistré auprès du Centre canadien des armes à feu ou d'un autre endroit approuvé pour l'entreposage par le contrôleur des armes à feu.

. . .

Il est admis qu'il [M. MacDonald] possédait une arme à feu à autorisation restreinte chargée dans sa résidence de Bishop's Landing. [. . .] Il possédait, et a présenté en preuve, des documents de la Nova Scotia Rifle Association indiquant qu'il était membre de cette association et qu'il pouvait utiliser ses installations. Il est à mon avis admis, et il a certainement été tenu pour avéré, que la Nova Scotia Rifle Association est une organisation visée par l'al. 19(1)*a*) de la *Loi sur les armes à feu*. [d.a., p. 19 et 21]

[13] M. MacDonald était autorisé à transporter l'arme à feu, mais le savant juge du procès a conclu que cette autorisation lui permettait seulement de transporter l'arme de sa résidence de Calgary aux champs de tir et aux postes frontaliers de l'Alberta. Il n'avait donc pas le droit de l'apporter à Halifax. M. MacDonald a été déclaré coupable de l'infraction prévue au par. 95(1) parce qu'il avait l'arme à feu en sa possession dans l'unité sans être titulaire d'un permis l'autorisant à posséder cette arme dans ce lieu.

2014 SCC 3 (CanLII)

[14] Judge Digby sentenced Mr. MacDonald to three years' imprisonment. He found that two years in a federal penitentiary was an appropriate sentence for the offence under s. 86(1). For the offence under s. 88(1), the proper sentence was three years in a federal penitentiary concurrent with the first sentence. As for the s. 95(1) offence, he found that the minimum sentence of three years in a federal penitentiary was appropriate and ordered that it be served concurrently with the other two sentences. Judge Digby rejected Mr. MacDonald's contention that the minimum three-year sentence violated the right not to be subjected to cruel and unusual punishment guaranteed by s. 12 of the *Charter*, finding, despite the consequences for him and despite certain hypothetical scenarios, that it was not grossly disproportionate. He ordered that the firearm be forfeited and prohibited Mr. MacDonald from possessing any weapons for 10 years and any restricted weapons for life.

[14] Le juge Digby a condamné M. MacDonald à trois ans d'emprisonnement. Il a estimé qu'il convenait d'infliger une peine d'emprisonnement de deux ans dans un pénitencier fédéral pour l'infraction prévue au par. 86(1). Pour celle prévue au par. 88(1), il y avait lieu d'infliger une peine d'emprisonnement de trois ans dans un pénitencier fédéral, concurrente à la première peine. Quant à l'infraction prévue au par. 95(1), il a jugé appropriée la peine minimale de trois ans d'emprisonnement dans un pénitencier fédéral, et il a ordonné qu'elle soit purgée concurremment avec les deux autres peines. Le juge Digby a rejeté l'argument de M. MacDonald selon lequel la peine minimale de trois ans d'emprisonnement violait le droit à la protection contre toutes peines cruelles et inusitées garanti par l'art. 12 de la *Charte*, et il a estimé qu'elle n'était pas exagérément disproportionnée, en dépit des conséquences pour M. MacDonald et malgré certains scénarios hypothétiques. Le juge a ordonné la confiscation de l'arme à feu, a interdit à M. MacDonald de posséder des armes pendant une période de 10 ans et lui a infligé une interdiction perpétuelle de posséder des armes à autorisation restreinte.

B. *Nova Scotia Court of Appeal, 2012 NSCA 50, 317 N.S.R. (2d) 90*

B. *Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, 2012 NSCA 50, 317 N.S.R. (2d) 90*

[15] MacDonald C.J.N.S. (Saunders J.A. concurring) found that no *Charter* violation had occurred on the evening in question. He noted that warrantless entry into a home is *prima facie* illegal and that the onus was therefore on the Crown to justify the entry. Relying on this Court's decision in *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59, he concluded that there is a common law police power to search without a warrant where the safety of the public or the police is at stake. He acknowledged, however, that this power is limited to situations in which, "in addition to acting within the general scope of their authority, [the police] have no other feasible less intrusive alternative", and he added that "the manner of carrying out the impugned activity must also be reasonable" (para. 31). He found that Sgt. Boyd had exercised the power validly in the case at bar. The police were acting within the general scope of their authority by going to Mr. MacDonald's place of residence to deal with a noise complaint.

[15] Le juge en chef MacDonald (avec l'accord du juge Saunders) a conclu que la *Charte* n'avait aucunement été violée le soir où est survenu l'incident. Il a fait remarquer qu'une entrée sans mandat dans une résidence est à première vue illégale et qu'il incombe au ministère public de justifier l'entrée. S'appuyant sur la décision de notre Cour dans *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59, il a conclu que la common law reconnaît aux policiers le pouvoir de procéder à une fouille sans mandat lorsque la sécurité du public ou des policiers est en jeu. Il a toutefois reconnu que les policiers ne peuvent exercer ce pouvoir que dans les situations où, [TRADUCTION] « en plus d'agir dans le cadre général de leurs pouvoirs, [ils] ne disposent d'aucune autre solution pratique moins envahissante », ajoutant que « la façon de mener l'activité reprochée ne doit pas être abusive » (par. 31). Il a estimé que, en l'espèce, le sergent Boyd avait validement exercé son pouvoir. Les policiers agissaient dans le cadre général

2014 SCC 3 (CanLII)

Sgt. Boyd acted reasonably in the circumstances in pushing the door open further to see what he was hiding. Furthermore, no other action would have been appropriate, as it was too late to simply retreat or issue a noise violation ticket.

de leurs pouvoirs en se rendant chez M. MacDonald pour répondre à une plainte de bruit. Dans les circonstances, le sergent Boyd n'avait pas agi de manière abusive en ouvrant la porte un peu plus pour voir ce que cachait M. MacDonald. En outre, aucune autre mesure n'aurait été appropriée car il était trop tard pour que le policier puisse simplement se retirer ou donner une contravention pour bruit excessif.

[16] MacDonald C.J.N.S. upheld the convictions under ss. 86 and 88, but overturned the one under s. 95. On the latter conviction, he acknowledged that pursuant to s. 17 of the *Firearms Act*, S.C. 1995, c. 39, Mr. MacDonald's licence did not extend to his Halifax residence. However, he found that Mr. MacDonald should be acquitted on the basis of an honest but mistaken belief that it did extend to the unit. For the majority, this belief was a mistake of *fact* which negated the *mens rea* of the s. 95 offence. The Crown had to prove that Mr. MacDonald knew or was wilfully blind to the fact that his possession was unauthorized. It had failed to do so, as Mr. MacDonald genuinely believed that he was authorized to possess the firearm in the unit. MacDonald C.J.N.S. accordingly set aside the verdict and substituted an acquittal on the s. 95 charge.

[16] Toutefois, le juge en chef MacDonald a maintenu les déclarations de culpabilité fondées sur les art. 86 et 88, mais a annulé celle fondée sur l'art. 95. En ce qui a trait à cette dernière déclaration de culpabilité, il a reconnu qu'aux termes de l'art. 17 de la *Loi sur les armes à feu*, L.C. 1995, ch. 39, le permis de M. MacDonald n'était pas valide à sa résidence de Halifax. Les juges majoritaires ont toutefois conclu que M. MacDonald devait être acquitté au motif qu'il croyait honnêtement, quoiqu'à tort, que son permis était valide à son unité. Selon les juges majoritaires, cette croyance constituait une erreur de *fait* annulant la *mens rea* de l'infraction prévue à l'art. 95. Le ministère public devait prouver que M. MacDonald savait — ou avait ignoré volontairement le fait — qu'il n'était pas autorisé à garder son arme dans ce lieu. Il n'y était pas parvenu puisque M. MacDonald croyait sincèrement être autorisé à posséder l'arme à feu dans l'unité. Par conséquent, les juges majoritaires ont annulé le verdict et ordonné un acquittement relativement à l'accusation fondée sur l'art. 95.

[17] Finally, the majority reassessed the fitness of Mr. MacDonald's sentences for the convictions under ss. 86 and 88. The majority found that a review of these sentences was warranted because, rather than conducting an independent analysis for each offence, the trial judge had considered the incident globally. Because they had set aside the conviction under s. 95, they found it necessary to scrutinize the dispositions for the other convictions.

[17] Enfin, les juges majoritaires ont réexaminé la justesse des peines imposées à M. MacDonald pour les infractions prévues aux art. 86 et 88. Selon eux, l'examen de ces peines s'imposait parce que le juge du procès n'avait pas analysé séparément chaque infraction mais avait plutôt considéré l'incident globalement. Puisqu'ils avaient annulé la déclaration de culpabilité fondée sur l'art. 95, il devenait nécessaire à leur avis d'examiner de plus près les décisions relatives aux autres déclarations de culpabilité.

[18] MacDonald C.J.N.S. found the three-year sentence for the conviction under s. 88 to be too harsh, since Mr. MacDonald's actions "did not involve

[18] Le juge en chef MacDonald a estimé que la peine de trois ans d'emprisonnement relative à la déclaration de culpabilité fondée sur l'art. 88

2014 SCC 3 (CanLII)

the more typical scenario such as a highly volatile public confrontation or a dangerous domestic dispute" and since "the gun was neither fired, nor . . . intentionally pointed" (para. 117). He reviewed a number of cases which suggested that three years was outside the sentencing range for this offence. He found the sentence to be demonstrably unfit and concluded:

> Considering the principles of sentencing, the circumstances of this offence and Mr. MacDonald's individual circumstances, particularly his positive presentence report and his previous unblemished record, in my view a sentence of time served would be appropriate. This would represent 18 days in custody (considering the 2 days following his arrest, his release on his own recognizance and then the 16 days between his sentencing and his release on bail pending appeal). [para. 123]

[19] As for the sentence for the conviction under s. 86, the majority found the imposition of the maximum two-year sentence to be unduly harsh in comparison with other cases. They held this sentence to be demonstrably unfit and imposed a sentence of 14 days concurrent with the sentence imposed for the s. 88 offence.

[20] Finally, MacDonald C.J.N.S. ordered a two-year term of probation, a prohibition on possession of weapons for five years, and forfeiture of the firearm.

[21] Beveridge J.A., in dissent, held that Sgt. Boyd had infringed Mr. MacDonald's right under s. 8 of the *Charter* by pushing the door to the unit open further and extending his hand into Mr. MacDonald's home. In Beveridge J.A.'s view, the authority of the police to enter an individual's home for the purpose of ensuring officer safety did not apply in the circumstances of this case:

était trop sévère car les actes de M. MacDonald [TRADUCTION] « ne comportaient pas un scénario plus typique, par exemple un affrontement public explosif ou une querelle conjugale dangereuse », et que « [ce dernier] n'a[vait] tiré aucun coup de feu ni [. . .] intentionnellement pointé l'arme » (par. 117). Le juge en chef a examiné un certain nombre de décisions indiquant qu'une peine de trois ans d'emprisonnement excédait la gamme des peines infligées pour cette infraction. Estimant que la peine était manifestement inappropriée, il a conclu en ces termes :

> [TRADUCTION] Compte tenu des principes de détermination de la peine, des circonstances liées à la perpétration de l'infraction et de la situation de M. MacDonald, en particulier son rapport présentenciel favorable et son casier judiciaire vierge, j'estime qu'une peine correspondant à la période de détention purgée serait appropriée. Cela représenterait 18 jours de détention (vu les 2 jours passés en détention suivant son arrestation, sa mise en liberté sur son propre engagement et les 16 jours passés en détention entre la détermination de sa peine et sa mise en liberté sous caution en attendant l'issue de l'appel). [par. 123]

[19] Au sujet de la peine relative à la déclaration de culpabilité fondée sur l'art. 86, les juges majoritaires ont conclu que la peine maximale de deux ans d'emprisonnement était trop sévère par rapport aux peines infligées dans les cas semblables. À leur avis, la peine de deux ans d'emprisonnement était manifestement inappropriée. La cour a alors imposé une peine de 14 jours, concurrente à la peine relative à l'infraction prévue à l'art. 88.

[20] Enfin, le juge en chef MacDonald a ordonné une période de probation de deux ans, une interdiction de posséder des armes pendant une période de cinq ans et la confiscation de l'arme à feu.

[21] Le juge Beveridge, dissident, a conclu qu'en ouvrant un peu plus la porte de l'unité et en passant sa main dans l'ouverture, le sergent Boyd avait violé le droit garanti à M. MacDonald par l'art. 8 de la *Charte*. À son avis, les policiers ne détenaient pas, dans les circonstances, le pouvoir d'entrer dans la résidence d'un particulier pour assurer leur sécurité :

2014 SCC 3 (CanLII)

While I have no difficulty with the premise that the officers were lawfully present and carrying out their duties, they did not acquire any power to intrude into [Mr. MacDonald's] home as a result of Sgt. Boyd's concern that [he] was concealing something. Sergeant Boyd never suggested that he suspected, let alone had reasonable grounds to believe, that it was a firearm. He said it was something black and shiny. At best he said he "thought he might have a weapon in his hand". In my view, this is more akin to hunch or suspicion than reasonable grounds to believe. In fact, the trial judge made no finding that reasonable grounds existed. Despite ample opportunity to give evidence that he did, Sgt. Boyd said no such thing.

. . .

The issue is not whether Sgt. Boyd acted reasonably in pushing open the door. The issue is did he have lawful authority to do so. That would only materialize if he had reasonable grounds to believe that his safety, or the safety of others, was at risk and his search in pushing open the door was reasonably necessary in the circumstances.

Absent a new-found power to enter a private dwelling based on a suspicion that officer safety concerns are triggered, the conclusion is inescapable that [Mr. MacDonald's] reasonable expectation of privacy protected by s. 8 of the *Charter* was infringed or denied. [paras. 156 and 173-74]

[22] In light of all the circumstances, Beveridge J.A. would have excluded the firearm as evidence at trial, because its admission would bring the administration of justice into disrepute. He would accordingly have set aside the convictions and directed acquittals on all three of the charges.

IV. Analysis

A. *Issues*

[23] This case raises three issues, which I will discuss in turn:

1. Was Mr. MacDonald's right under s. 8 of the *Charter* to be free from unreasonable search

[TRADUCTION] Bien que j'accepte sans difficulté la prémisse selon laquelle les policiers se trouvaient sur les lieux légalement et accomplissaient leur devoir, cela ne leur donnait pas le pouvoir d'entrer chez [M. MacDonald] parce que le sergent Boyd craignait que [celui-ci] dissimule quelque chose. Le sergent Boyd n'a jamais laissé entendre qu'il soupçonnait, et encore moins qu'il avait des motifs raisonnables de croire, qu'il s'agissait d'une arme à feu. Il a dit avoir vu quelque chose de noir et brillant. Tout au plus, il a dit qu'il « pensait qu'il pouvait tenir une arme à la main ». À mon avis, cela ressemble davantage à une intuition ou à un soupçon qu'à des motifs raisonnables de croire. En fait, le juge du procès n'a aucunement conclu à l'existence de motifs raisonnables. Même s'il a eu amplement l'occasion de le faire, le sergent Boyd n'a pas témoigné qu'il avait des motifs raisonnables de croire que [M. MacDonald] tenait une arme.

. . .

La question n'est pas de savoir si le sergent Boyd a agi raisonnablement en poussant la porte, mais s'il était légalement autorisé à le faire. Ce serait le cas seulement s'il avait des motifs raisonnables de croire que sa sécurité, ou celle d'autrui, était menacée, et si la fouille qu'il a effectuée en poussant la porte était raisonnablement nécessaire dans les circonstances.

En l'absence d'un nouveau pouvoir d'entrer dans une habitation privée sur le fondement de soupçons que la sécurité du policier soit menacée, il faut inévitablement conclure qu'il y a eu violation de l'attente raisonnable de [M. MacDonald] en matière de vie privée garantie par l'art. 8 de la *Charte*. [par. 156 et 173-174]

[22] Compte tenu de l'ensemble des circonstances, le juge Beveridge aurait exclu l'arme à feu de la preuve au procès au motif que son utilisation serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Par conséquent, il aurait annulé les déclarations de culpabilité et ordonné l'acquittement relativement aux trois chefs d'accusation.

IV. Analyse

A. *Questions en litige*

[23] La présente affaire soulève trois questions que j'examinerai successivement :

1. Le droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives garanti à

2014 SCC 3 (CanLII)

and seizure violated and, if so, what is the appropriate remedy?

2. Does the *mens rea* of the offence provided for in s. 95(1) of the *Code* include knowledge that one's licence does not extend to the place where the firearm is possessed?

3. Should the sentences imposed by the Court of Appeal for the convictions under ss. 86(1) and 88(1) be varied?

B. *Mr. MacDonald's Charter Challenge*

[24] Mr. MacDonald's central argument is that Sgt. Boyd's action of pushing the door open further constituted an unreasonable search, contrary to s. 8 of the *Charter*. He submits that the evidence obtained by the police as a result of the search — namely the firearm — ought to be excluded under s. 24(2) of the *Charter*, as its admission would bring the administration of justice into disrepute. I cannot accept this argument. As I will explain, although Sgt. Boyd's action constituted a "search" for the purposes of s. 8 of the *Charter*, that search was not unreasonable.

(1) Did Sgt. Boyd's Action Constitute a Search?

[25] *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8, is a leading case on what constitutes a "search" for the purposes of s. 8. The facts of that case were not dissimilar to those of the instant case in that the search was carried out by police at the doorstep of the accused person's home. Sopinka J. laid down the following test for determining whether a police action constitutes a "search":

. . . it is only where a person's reasonable expectations of privacy are somehow diminished by an investigatory technique that s. 8 of the *Charter* comes into play. As a result, not every form of examination conducted by the government will constitute a "search" for constitutional purposes. On the contrary, only where those state examinations constitute an intrusion upon some

M. MacDonald par l'art. 8 de la *Charte* a-t-il été violé et, dans l'affirmative, quelle réparation convient-il d'accorder?

2. La *mens rea* de l'infraction prévue au par. 95(1) du *Code* comporte-t-elle la connaissance du caractère inapplicable du permis dans le lieu où l'accusé possède l'arme à feu?

3. Les peines infligées par la Cour d'appel relativement aux infractions visées aux par. 86(1) et 88(1) devraient-elles être modifiées?

B. *La contestation de M. MacDonald fondée sur la Charte*

[24] Monsieur MacDonald plaide principalement que le fait que le sergent Boyd ait poussé la porte un peu plus loin avec sa main constitue une fouille abusive contraire à l'art. 8 de la *Charte*. Il prétend que la preuve ultérieurement obtenue par la police — en l'occurrence l'arme à feu — devrait être exclue en application du par. 24(2) de la *Charte*, puisque son utilisation serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Je ne puis accepter cet argument. Comme je l'expliquerai, même si l'intervention du sergent Boyd constituait une « fouille » au sens de l'art. 8 de la *Charte*, cette fouille n'était pas abusive.

(1) L'intervention du sergent Boyd constituait-elle une fouille?

[25] L'arrêt *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8, est un arrêt de principe relativement à ce qui constitue une « fouille » au sens de l'art. 8. Cet arrêt présentait des faits similaires à ceux de l'espèce dans la mesure où la fouille avait été effectuée par un policier à la porte de la maison de l'accusé. À cette occasion, le juge Sopinka a énoncé le critère suivant pour déterminer si une intervention policière constitue une « fouille » :

. . . ce n'est que lorsque les attentes raisonnables d'une personne en matière de vie privée sont affectées d'une manière ou d'une autre par une technique d'enquête que l'art. 8 de la *Charte* entre en jeu. Par conséquent, tout type d'enquête gouvernementale ne constituera pas forcément, sur le plan constitutionnel, une « fouille ou perquisition ». Au contraire, ce n'est que lorsque les enquêtes de l'État

2014 SCC 3 (CanLII)

reasonable privacy interest of individuals does the government action in question constitute a "search" within the meaning of s. 8. [Emphasis added; para. 11.]

In other words, a s. 8 search "may be defined as the state invasion of a reasonable expectation of privacy" (*R. v. A.M.*, 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569, at para. 8).

[26] There is no question that individuals have a reasonable, indeed a strong, expectation of privacy in their homes (*R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311, at para. 19; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13; *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297), as well as in the approaches to their homes (*Evans*, at para. 21). However, *Evans* also established that the police have an implied licence to approach the door of a residence and knock. Doing so will not be considered an invasion of privacy constituting a search if the purpose of the police is to communicate with the occupant. But "[w]here the conduct of the police . . . goes beyond that which is permitted by the implied licence to knock, the implied 'conditions' of that licence have effectively been breached, and the person carrying out the unauthorized activity approaches the dwelling as an intruder" (*Evans*, at para. 15). In such circumstances, the police action constitutes a "search".

[27] Initially, Sgt. Boyd's actions were compatible with the implied licence to knock. He approached Mr. MacDonald's door, knocked on it and kicked it for the purpose of communicating to the occupant that he needed to turn his music down. After Mr. MacDonald had opened the door, however, Sgt. Boyd's purpose in pushing it open further was to get a better view of what was in his hand (A.R., at pp. 168-69). Simply put, Mr. MacDonald's implied waiver of his privacy rights did not extend that far. Speaking or shouting through the door or knocking on it falls within the waiver; pushing it open further does not. Sgt. Boyd's action of pushing the door open further constituted an intrusion upon Mr. MacDonald's reasonable privacy interest in his dwelling.

empiètent sur un droit raisonnable des particuliers à la vie privée que l'action gouvernementale en cause constitue une « fouille ou perquisition » au sens de l'art. 8. [Je souligne; par. 11.]

Autrement dit, une fouille au sens de l'art. 8 est « une atteinte de l'État à une attente raisonnable en matière de vie privée » (*R. c. A.M.*, 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569, par. 8).

[26] Il ne fait aucun doute qu'un particulier a, dans sa résidence, une attente raisonnable, voire considérable, en matière de vie privée (*R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311, par. 19; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297), ainsi qu'aux abords de sa résidence (*Evans*, par. 21). Cependant, l'arrêt *Evans* a aussi établi que les policiers sont implicitement autorisés à s'approcher de la porte d'une résidence et à y frapper. L'intervention des policiers ne sera pas considérée comme une atteinte à la vie privée assimilable à une fouille si leur but demeure de communiquer avec l'occupant. Toutefois, « [l]orsque la conduite des policiers [. . .] va au-delà de ce qui est permis en vertu de l'autorisation implicite de frapper à la porte, les "conditions" implicites de cette autorisation sont effectivement violées et l'auteur de l'activité non autorisée qui s'approche de la maison devient un intrus » (*Evans*, par. 15). Dans une telle situation, l'intervention policière constitue une « fouille ».

[27] Au départ, la conduite du sergent Boyd était conforme à l'autorisation implicite de frapper à la porte. Il s'est approché de la porte de M. MacDonald, a frappé et a donné un coup de pied dans celle-ci dans le but d'informer l'occupant qu'il devait baisser le son de sa musique. Toutefois, après que M. MacDonald eut ouvert la porte, le sergent Boyd voulait, en ouvrant la porte un peu plus, voir mieux ce que M. MacDonald tenait dans sa main (d.a., p. 168-169). Plus simplement, la renonciation implicite de M. MacDonald à son droit au respect de sa vie privée n'allait pas jusque-là. Cette renonciation permet au policier de parler ou de crier à travers la porte, ou même d'y frapper, mais pas de la pousser pour l'ouvrir. En poussant la porte pour l'ouvrir davantage, le sergent Boyd a porté atteinte à l'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée de M. MacDonald dans sa demeure.

2014 SCC 3 (CanLII)

[28] Having found that the police action constituted a search of Mr. MacDonald's home, I must now consider whether that search was unreasonable, and therefore in violation of s. 8 of the *Charter*. At this stage, because the search was warrantless, the Crown has the burden of showing that it was reasonable (*R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278).

(2) Was the Search Unreasonable?

[29] The framework for scrutinizing warrantless searches for *Charter* compliance was summarized by this Court in *Mann*:

> [Warrantless] searches are presumed to be unreasonable unless they can be justified, and hence found reasonable, pursuant to the test established in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265. Under *Collins*, warrantless searches are deemed reasonable if (a) they are authorized by law, (b) the law itself is reasonable, and (c) the manner in which the search was carried out was also reasonable (p. 278). The Crown bears the burden of demonstrating, on the balance of probabilities, that the warrantless search was authorized by a reasonable law and carried out in a reasonable manner: *R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631, 2003 SCC 30, at para. 32. [para. 36]

[30] Applying the *Collins* test to the facts of the instant case, I find that the search carried out by Sgt. Boyd was reasonable.

(a) *The Search Was Authorized by Law and the Law Itself Is Reasonable*

[31] Where the first prong of the *Collins* test is concerned, a search will be authorized by law if it is authorized by a valid police power. In *Godoy*, Lamer C.J. affirmed that the police have a common law duty to protect life and safety. Nevertheless, "[p]olice powers and police duties are not necessarily correlative" (*Mann*, at para. 35). Indeed, the police power to search is not unlimited. This power is constrained by a requirement of objectively verifiable necessity (para. 26). In *Mann*, Iacobucci J. accepted the need for a general police power to conduct pat-down searches, but solely in appropriate circumstances. He was mindful of the risks of abuse of such a power, as he observed that

[28] Ayant conclu que l'action policière constituait une fouille de la demeure de M. MacDonald, je dois maintenant examiner si cette fouille était abusive et contraire à l'art. 8 de la *Charte*. À cette étape, parce que la fouille n'était pas autorisée par un mandat, le ministère public doit démontrer qu'elle n'était pas abusive (*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278).

(2) La fouille était-elle abusive?

[29] Dans l'arrêt *Mann*, la Cour a résumé le cadre permettant de déterminer si les fouilles sans mandat sont conformes à la *Charte* :

> [Les] fouilles [sans mandat] sont présumées abusives à moins qu'elles puissent être justifiées et, partant, jugées non abusives conformément au critère établi dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265. D'après cet arrêt, une fouille sans mandat est réputée non abusive lorsque les conditions suivantes sont réunies : a) elle est autorisée par la loi; b) la loi elle-même n'a rien d'abusif; c) la fouille n'a pas non plus été effectuée de manière abusive (p. 278). Il incombe au ministère public d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que la fouille effectuée sans mandat était autorisée par une loi non abusive et qu'elle n'a pas été effectuée de manière abusive : *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, 2003 CSC 30, par. 32. [par. 36]

[30] En appliquant le critère énoncé dans l'arrêt *Collins* aux faits de l'espèce, j'estime que la fouille effectuée par le sergent Boyd n'était pas abusive.

a) *La fouille était autorisée par une règle de droit qui n'avait elle-même rien d'abusif*

[31] Suivant le premier volet du critère énoncé dans *Collins*, la fouille est autorisée par une règle de droit si l'exercice d'un pouvoir policier valide le permet. Dans *Godoy*, le juge en chef Lamer a confirmé que la common law imposait au policier un devoir de protéger la vie et la sécurité. Cependant, « [i]l n'y a pas nécessairement correspondance entre les pouvoirs dont disposent les policiers et les devoirs qui leur incombent » (*Mann*, par. 35). En fait, le pouvoir des policiers de procéder à une fouille n'est pas absolu. Il ne peut être exercé qu'en cas de nécessité objectivement vérifiable (par. 26). Dans *Mann*, le juge Iacobucci a reconnu la nécessité d'un pouvoir général des policiers de procéder

2014 SCC 3 (CanLII)

"[s]uch a search power does not exist as a matter of course: the officer must believe on reasonable grounds that his or her own safety, or the safety of others, is at risk" (para. 40).

[32] A search that is reasonably necessary to eliminate threats to the safety of the public or the police — which I will term a "safety search" — will generally be conducted by the police as a reactionary measure. In other words, although such searches may arise in a wide variety of contexts, they will generally be unplanned, as they will be carried out in response to dangerous situations created by individuals, to which the police must react "on the sudden". Binnie J.'s observation in *A.M.* in relation to sniffer-dog searches that "the police are generally required to take quick action guided by on-the-spot observations" (at para. 90) is equally applicable to safety searches. Thus, safety searches will typically be warrantless, as the police will generally not have sufficient time to obtain prior judicial authorization for them. In a sense, such searches are driven by exigent circumstances. Even if exigent circumstances exist, however, "safety searches" must be authorized by law.

[33] In arguing that Sgt. Boyd's search was authorized by law, the Crown relies on the test from *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.C.A.), as set out by this Court in *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2. It will be recalled that in *Waterfield*, two police officers had attempted to detain *personal property* (a car) belonging to the accused. The court set down a two-part test to determine whether the officers were *acting in the execution of their duties* when they sought to stop the accused from removing his property. As Professor P. Healy notes, the *Waterfield* test served in *Dedman*, as in earlier Canadian cases in which it had been applied (*R. v. Stenning*, [1970] S.C.R. 631, and *Knowlton v. The Queen*, [1974] S.C.R. 443), to mark "the limits of liability when there [was] some question whether

à des fouilles par palpation, mais seulement si les circonstances le justifient. Il est demeuré conscient des risques d'abus de ce pouvoir. Il a d'ailleurs fait les remarques suivantes : « Un tel pouvoir de fouille n'existe pas de manière autonome; le policier doit croire, pour des motifs raisonnables, que sa propre sécurité ou celle d'autrui est menacée » (par. 40).

[32] Une fouille policière raisonnablement nécessaire pour éliminer les menaces à la sécurité du public ou du policier — que j'appellerai une « fouille de sécurité » — est généralement menée en réaction à une menace. C'est-à-dire que, même si de telles fouilles peuvent être effectuées dans toutes sortes de situations, elles sont généralement imprévues parce qu'elles constituent une réponse à une situation dangereuse créée par une personne, situation à laquelle les policiers doivent réagir « sous l'impulsion du moment ». Le propos du juge Binnie dans l'arrêt *A.M.* relativement aux fouilles effectuées avec des chiens renifleurs, selon lequel « les policiers sont généralement obligés de prendre rapidement des mesures en fonction des observations faites sur place » (par. 90), s'applique également aux fouilles de sécurité. Ces fouilles sont donc habituellement effectuées sans mandat, car les policiers n'ont généralement pas le temps d'obtenir une autorisation judiciaire préalable. Elles procèdent en quelque sorte d'une situation d'urgence. Malgré cette situation d'urgence, les « fouilles de sécurité » doivent néanmoins être autorisées par une règle de droit.

[33] En plaidant que la fouille effectuée par le sergent Boyd était autorisée par une règle de droit, le ministère public s'appuie sur le critère établi dans l'arrêt *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.A.C.), et énoncé par notre Cour dans *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2. Il convient de rappeler que dans *Waterfield*, deux policiers avaient essayé de détenir un *bien personnel* (une automobile) appartenant à l'accusé. La cour a établi un critère à deux volets pour déterminer si les policiers *agissaient dans l'exercice de leurs fonctions* lorsqu'ils avaient tenté d'empêcher l'accusé de déplacer le bien lui appartenant. Comme le souligne le professeur P. Healy, le critère proposé dans *Waterfield* a servi, dans *Dedman* et dans les premières décisions canadiennes l'ayant appliqué (*R. c. Stenning*, [1970]

2014 SCC 3 (CanLII)

a police officer [had] acted in the execution of his or her duty": "Investigative Detention in Canada", [2005] *Crim. L.R.* 98, at p. 102. It was of assistance in the determination of whether a police officer who had been assaulted was acting as an officer at the time of the assault, in which case the accused would be guilty of assaulting a police officer and not a regular citizen. *Waterfield* is therefore an imperfect authority on the question whether police have a *common law power* to search an *individual* in a safety search.

[34] Instead, we must consider this Court's jurisprudence. This Court has elaborated on and applied the two-step *Waterfield* test in a variety of contexts comparable to safety searches in assessing whether an action constituting *prima facie* infringement of an individual's liberty falls within an officer's power (*Dedman* and *Mann*).

[35] At the first stage of the *Waterfield* test, the court must ask whether the action falls within the general scope of a police duty imposed by statute or recognized at common law. For safety searches, the requirement at this first stage of the analysis is easily satisfied. In the case at bar, the police action falls within the general scope of the common law police duty to protect life and safety that I mentioned above. This duty is well established (*Mann*, at para. 38; *R. v. Clayton*, 2007 SCC 32, [2007] 2 S.C.R. 725, at paras. 20-21; *Dedman*).

[36] At the second stage, if the answer at the first is affirmative, as it is in this case, the court must inquire into whether the action constitutes a justifiable exercise of powers associated with the duty. As this Court held in *Dedman*,

> [t]he interference with liberty must be necessary for the carrying out of the particular police duty and it must be reasonable, having regard to the nature of the liberty interfered with and the importance of the public purpose served by the interference. [Emphasis added; p. 35.]

R.C.S. 631, et *Knowlton c. La Reine*, [1974] R.C.S. 443), à établir [TRADUCTION] « le cadre de la responsabilité applicable lorsqu'il s'agi[ssait] de déterminer si un policier a[vait] agi dans l'exercice de ses fonctions » : « Investigative Detention in Canada », [2005] *Crim. L.R.* 98, p. 102. Ce critère aidait à déterminer si un policier victime d'une agression agissait, au moment de l'agression, à titre de policier, et si l'accusé s'était donc rendu coupable de voies de fait à l'endroit d'un policier plutôt qu'à l'endroit d'un citoyen ordinaire. L'arrêt *Waterfield* ne répond donc pas parfaitement à la question de savoir si les policiers ont le *pouvoir en common law* d'effectuer des fouilles de sécurité touchant des *personnes*.

[34] Tournons-nous plutôt vers notre jurisprudence. Notre Cour a précisé et appliqué le critère à deux volets de l'arrêt *Waterfield* dans des contextes divers, comparables à celui des fouilles de sécurité, afin de déterminer si le pouvoir des policiers englobait une conduite constituant à première vue une atteinte à la liberté d'une personne (*Dedman* et *Mann*).

[35] Pour satisfaire au premier volet du critère établi dans l'arrêt *Waterfield*, le tribunal doit se demander si la conduite s'inscrit dans le cadre général d'un devoir incombant aux policiers aux termes d'un texte de loi ou de la common law. Dans le cas des fouilles de sécurité, il est facile de satisfaire à ce premier volet du critère. Comme nous l'avons vu, la conduite des policiers en l'espèce s'inscrit dans le cadre général du devoir qu'ont les policiers en common law de protéger la vie et la sécurité. Ce devoir est bien établi (*Mann*, par. 38; *R. c. Clayton*, 2007 CSC 32, [2007] 2 R.C.S. 725, par. 20-21; *Dedman*).

[36] Ensuite, si la réponse à la première question est affirmative, comme en l'espèce, le tribunal doit se demander si la conduite constitue un exercice justifiable des pouvoirs afférents à ce devoir. Comme la Cour l'a affirmé dans *Dedman* :

> L'atteinte à la liberté doit être nécessaire à l'accomplissement du devoir particulier de la police et elle doit être raisonnable, compte tenu de la nature de la liberté entravée et de l'importance de l'objet public poursuivi par cette atteinte. [Je souligne; p. 35.]

2014 SCC 3 (CanLII)

Thus, for the infringement to be justified, the police action must be *reasonably necessary* for the carrying out of the particular duty in light of all the circumstances (*Mann*, at para. 39; *Clayton*, at paras. 21 and 29).

[37] To determine whether a safety search is reasonably necessary, and therefore justifiable, a number of factors must be weighed to balance the police duty against the liberty interest in question. These factors include:

1. the importance of the performance of the duty to the public good (*Mann*, at para. 39);

2. the necessity of the interference with individual liberty for the performance of the duty (*Dedman*, at p. 35; *Clayton*, at paras. 21, 26 and 31); and

3. the extent of the interference with individual liberty (*Dedman*, at p. 35).

If these three factors, weighed together, lead to the conclusion that the police action was reasonably necessary, then the action in question will not constitute an "unjustifiable use" of police powers (*Dedman*, at p. 36). If the requirements of both stages of the *Waterfield* test are satisfied, the court will then be able to conclude that the search in question was authorized by law.

[38] As can be seen, the *Dedman-Mann* line of cases does not stand for the proposition that all acts related to an officer's duties are authorized by law. Quite the opposite, only such acts as are reasonably necessary for the performance of an officer's duties can be considered, in the appropriate circumstances, to be so authorized. The English Court of Appeal was clear on this point in *Waterfield*, in a passage quoted by this Court in *Dedman*:

Thus, while it is no doubt right to say in general terms that police constables have a duty to prevent crime and a duty, when crime is committed, to bring the offender to justice, it is also clear from the decided cases that

Ainsi, pour que l'atteinte soit justifiable, la conduite des policiers doit, eu égard à l'ensemble des circonstances, être *raisonnablement nécessaire* à l'accomplissement du devoir en question (*Mann*, par. 39; *Clayton*, par. 21 et 29).

[37] Pour déterminer si une fouille de sécurité est raisonnablement nécessaire, et donc justifiable, un certain nombre de facteurs sont pris en considération pour mettre en équilibre le devoir des policiers et le droit à la liberté en cause. Ces facteurs englobent les suivants :

1. l'importance que présente l'accomplissement de ce devoir pour l'intérêt public (*Mann*, par. 39);

2. la nécessité de l'atteinte à la liberté individuelle pour l'accomplissement de ce devoir (*Dedman*, p. 35; *Clayton*, par. 21, 26 et 31);

3. l'ampleur de l'atteinte à la liberté individuelle (*Dedman*, p. 35).

Si ces trois facteurs, examinés globalement, indiquent que l'intervention policière en cause était raisonnablement nécessaire, la conduite en question ne constituera pas un « emploi injustifiable » d'un pouvoir de la police (*Dedman*, p. 36). Si les deux volets du critère de l'arrêt *Waterfield* sont respectés, le tribunal sera alors en mesure de conclure que la fouille en cause était autorisée par une règle de droit.

[38] Ainsi, le courant jurisprudentiel découlant des arrêts *Dedman* et *Mann* ne permet pas d'affirmer que toute conduite découlant de l'accomplissement des devoirs d'un policier est autorisée par une règle de droit. Bien au contraire, seuls les actes raisonnablement nécessaires à l'accomplissement de tels devoirs peuvent être considérés, si les circonstances s'y prêtent, comme étant autorisés par une règle de droit. La Cour d'appel d'Angleterre a été claire sur ce point dans *Waterfield*, dans un passage cité par notre Cour dans l'arrêt *Dedman* :

[TRADUCTION] Ainsi, comme on peut affirmer en termes généraux que les agents de police ont le devoir d'empêcher le crime et le devoir, lorsque le crime a été perpétré, de traduire le délinquant en justice, il est également

2014 SCC 3 (CanLII)

when the execution of these general duties involves interference with the person or property of a private person, the powers of constables are not unlimited. [Emphasis added; p. 33.]

Likewise, Dickson J., in a powerful dissent in the *Wiretap Reference*, [1984] 2 S.C.R. 697, stressed the critical importance of a narrow reading of the *Waterfield* test:

> The fact that police officers could be described as acting within the general scope of their duties to investigate crime cannot empower them to violate the law whenever such conduct could be justified by the public interest in law enforcement. Any such principle would be nothing short of a fiat for illegality on the part of the police whenever the benefit of police action appeared to outweigh the infringement of an individual's rights. [pp. 718-19]

Such restraints on safety searches are particularly important in the context of a search in a private home, as in the case at bar, which concerns a serious invasion of Mr. MacDonald's privacy in his home. Moreover, safety searches can often give the police access to a considerable amount of very sensitive personal information.

[39] With this clarification in mind, we must sensitively weigh the factors of the second stage of the *Dedman-Mann* test. The factors assist both in determining whether a police power exists and in defining the limits of that power:

1. Importance of the duty: No one can reasonably dispute that the duty to protect life and safety is of the utmost importance to the public good and that, in some circumstances, some interference with individual liberty is necessary to carry out that duty.

2. Necessity of the infringement for the performance of the duty: When the performance of a police duty requires an officer to interact with an individual who they have reasonable

évident, selon la jurisprudence, que, lorsque l'accomplissement de ces devoirs généraux comporte des atteintes à la personne ou aux biens d'un particulier, les pouvoirs des policiers ne sont pas illimités. [Je souligne; p. 33.]

De même, dans la forte dissidence qu'il a exprimée dans le *Renvoi sur l'écoute électronique*, [1984] 2 R.C.S. 697, le juge Dickson a insisté sur l'importance cruciale d'interpréter restrictivement le critère de l'arrêt *Waterfield* :

> Même si on peut prétendre qu'un policier agit dans le cadre général de son devoir d'enquêter sur le crime, cela ne l'autorise pas à violer la loi chaque fois que cela pourrait se justifier par l'intérêt public à ce que la loi soit appliquée. Tout principe de ce genre ne constituerait rien de moins qu'une autorisation donnée à la police de commettre des actes illégaux dès lors que les avantages de ces actes semblent l'emporter sur les inconvénients qu'entraînerait la violation des droits d'une personne. [p. 718-719]

De telles limites à l'égard des fouilles de sécurité sont particulièrement importantes lorsque la fouille est effectuée dans une résidence privée, comme en l'espèce, où est survenue une atteinte grave à l'intimité du foyer de M. MacDonald. De plus, de telles fouilles peuvent souvent permettre à la police d'obtenir de nombreux renseignements personnels très délicats.

[39] En gardant ces éclaircissements à l'esprit, nous devons soupeser judicieusement les facteurs à prendre en considération pour l'application du deuxième volet du critère des arrêts *Dedman* et *Mann*. Ces facteurs aident non seulement à déterminer s'il existe un pouvoir policier, mais aussi à définir les limites de ce pouvoir :

1. Importance du devoir : Nul ne peut raisonnablement contester que le devoir de protéger la vie et la sécurité est de la plus haute importance pour l'intérêt public, et qu'il peut être nécessaire que le policier, dans certaines circonstances, porte atteinte à la liberté individuelle pour s'acquitter de ce devoir.

2. Nécessité de l'atteinte pour l'accomplissement du devoir : Lorsque l'accomplissement d'un devoir exige d'un policier qu'il traite avec une personne dont il a des motifs raisonnables

2014 SCC 3 (CanLII)

grounds to believe is armed and dangerous, an infringement on individual liberty may be necessary.

3. Extent of the infringement: The infringement on individual liberty will be justified only to the extent that it is necessary to search for weapons. Although the specific manner (be it a pat-down, the shining of a flashlight or, as in this case, the further opening of a door) in which a safety search is conducted will vary from case to case, such a search will be lawful only if all aspects of the search serve a protective function. In other words, the authority for the search runs out at the point at which the search for weapons is finished. The premise of the *Collins* test — a warrantless search is presumed to be unreasonable unless it can be justified — must be borne in mind in determining whether the interference with individual liberty involved in a safety search is reasonable.

[40] On balancing these factors, I am convinced that the duty of police officers to protect life and safety may justify the power to conduct a safety search in certain circumstances. At the very least, where a search is reasonably necessary to eliminate an imminent threat to the safety of the public or the police, the police should have the power to conduct the search.

[41] But although I acknowledge the importance of safety searches, I must repeat that the power to carry one out is not unbridled. In my view, the principles laid down in *Mann* and reaffirmed in *Clayton* require the existence of circumstances establishing the necessity of safety searches, reasonably and objectively considered, to address an imminent threat to the safety of the public or the police. Given the high privacy interests at stake in such searches, the search will be authorized by law only if the police officer believes on reasonable grounds that his or her safety is at stake and that, as a result, it is necessary to conduct a search (*Mann*, at para. 40; see also para. 45). The legality of the search therefore turns

de croire qu'elle est armée et dangereuse, une atteinte à la liberté de cette personne peut être nécessaire.

3. Ampleur de l'atteinte : L'atteinte à la liberté d'une personne ne sera justifiée que dans la mesure où elle est nécessaire pour vérifier la présence d'armes. Bien que la manière précise dont la fouille de sécurité est effectuée variera d'une affaire à l'autre (fouille par palpation, utilisation d'une lampe de poche ou, comme en l'espèce, ouverture plus grande d'une porte), une telle fouille ne sera légale que si, sous tous ses aspects, elle exerce une fonction protectrice. Autrement dit, le pouvoir autorisant la fouille s'arrête à partir du moment où l'on ne cherche plus à vérifier la présence d'armes. Dans l'évaluation du caractère raisonnable de l'atteinte à la liberté individuelle dans le cas d'une fouille de sécurité, il faut garder à l'esprit la prémisse sur laquelle repose le critère de l'arrêt *Collins* — une fouille sans mandat est présumée abusive à moins qu'elle puisse être justifiée.

[40] Après avoir soupesé ces facteurs, je suis convaincu que le devoir qu'ont les policiers de protéger la vie et la sécurité peut justifier l'exercice du pouvoir d'effectuer une fouille de sécurité dans certaines circonstances. À tout le moins, lorsqu'une fouille est raisonnablement nécessaire pour éliminer une menace imminente à leur sécurité ou à celle du public, les policiers devraient pouvoir effectuer une telle fouille.

[41] Bien que je reconnaisse l'importance des fouilles de sécurité, je tiens toutefois à répéter que le pouvoir d'effectuer ces fouilles n'est pas absolu. À mon avis, suivant les principes établis dans *Mann* et confirmés dans *Clayton*, les circonstances doivent établir qu'une telle fouille est raisonnablement et objectivement nécessaire pour écarter une menace imminente à la sécurité du public ou des policiers. En raison de l'importance des droits au respect de la vie privée qui sont en jeu, pour être légalement autorisés à effectuer une fouille de sécurité, les policiers doivent croire pour des motifs raisonnables que leur sécurité est menacée et qu'il est donc nécessaire de procéder à une fouille (*Mann*, par. 40; voir aussi par. 45). Pour

2014 SCC 3 (CanLII)

on its reasonable, objectively verifiable necessity in the circumstances of the matter (see *R. v. Tse*, 2012 SCC 16, [2012] 1 S.C.R. 531, at para. 33). As the Court stated in *Mann*, a search cannot be justified on the basis of a vague concern for safety. Rather, for a safety search to be lawful, the officer must act on "reasonable and specific inferences drawn from the known facts of the situation" (*Mann*, at para. 41).

déterminer si une fouille est légale, il faut donc se demander si elle est raisonnablement nécessaire et si cette nécessité est objectivement vérifiable dans les circonstances (voir *R. c. Tse*, 2012 CSC 16, [2012] 1 R.C.S. 531, par. 33). Comme la Cour l'a affirmé dans *Mann*, de vagues inquiétudes en matière de sécurité ne sauraient justifier une fouille. Pour effectuer une fouille de sécurité légale, le policier doit plutôt agir à partir d'« inférences raisonnables et précises fondées sur les faits connus se rapportant à la situation » (*Mann*, par. 41).

[42] A safety search is a physical search that could uncover a broad array of information about an individual. In the instant case, even though all Sgt. Boyd did was push the door open slightly further, this had the potential to reveal to the officers any number of things about Mr. MacDonald, as they could now see more of the interior of the unit. However, because Sgt. Boyd had reasonable grounds to believe that Mr. MacDonald was armed and dangerous, the further opening of the door was authorized by law.

[42] Les fouilles de sécurité sont des fouilles physiques susceptibles de révéler un large éventail de renseignements sur une personne. En l'espèce, même si le sergent Boyd n'a fait qu'ouvrir la porte un peu plus, ce geste risquait de révéler aux policiers un certain nombre de choses à propos de M. MacDonald, car ils pouvaient alors mieux voir l'intérieur de l'unité. Cependant, comme le sergent Boyd avait des motifs raisonnables de croire que M. MacDonald était armé et dangereux, il était légalement autorisé à ouvrir la porte un peu plus.

[43] As for the second prong of the *Collins* test, it cannot be disputed that the lawful authority underlying safety searches outlined above is reasonable. Indeed, the execution of the police duty to protect life and safety lies at the very core of the existence of the police as a social entity. Further, the law will justify the exercise of this police power only if exercising it is *reasonably necessary* in order for the police to conduct the safety search in question (*Clayton*, at paras. 21, 26 and 31). As I explained above, it is only when police officers have reasonable grounds to believe that there is an imminent threat to their safety that it will be reasonably necessary to conduct such a search. This limit guarantees that the lawful police power is not excessively broad. In so doing, it ensures that the law itself is reasonable and can be reasonably delineated.

[43] Suivant le deuxième volet du critère énoncé dans l'arrêt *Collins*, nul ne peut contester que l'autorisation légale de procéder à une fouille de sécurité n'a rien d'abusif. En fait, l'accomplissement du devoir incombant aux policiers de protéger la vie et la sécurité est au cœur même de l'existence de la police en tant qu'entité sociale. De plus, le droit ne justifie l'accomplissement de ce devoir policier que dans le cas où il est *raisonnablement nécessaire* pour la police d'effectuer la fouille de sécurité en question (*Clayton*, par. 21, 26 et 31). Comme je l'ai expliqué précédemment, il ne sera raisonnablement nécessaire pour les policiers d'effectuer une telle fouille que s'ils ont des motifs raisonnables de croire à l'existence d'une menace imminente pour leur sécurité. Cette restriction garantit que le droit n'étend pas de manière excessive les pouvoirs des policiers. Elle fournit ainsi l'assurance que le droit lui-même n'a rien d'abusif et peut être raisonnablement circonscrit.

[44] This common law power to conduct searches for safety purposes is the reasonable lawful authority for the search carried out by Sgt. Boyd. The power was engaged because Sgt. Boyd had reasonable

[44] Ce pouvoir de common law d'effectuer une fouille de sécurité constitue l'autorisation légale non abusive justifiant la fouille effectuée par le sergent Boyd. Ce pouvoir est en cause parce que

2014 SCC 3 (CanLII)

grounds to believe that there was an imminent threat to the safety of the public or the police and that the search was necessary in order to eliminate that threat. More specifically, the trial judge found that Sgt. Boyd had observed the following when Mr. MacDonald answered the door:

1. Mr. MacDonald had his hand behind his leg and was clearly holding an object;

2. what he was holding was "black and shiny" and therefore could have been a weapon; and

3. when twice asked what he had behind his back, he refused to answer or to provide any explanation.

[45] In my opinion, the search conducted by Sgt. Boyd was authorized by law and the law itself, in the form of a well-established common law principle, is reasonable. As I will explain below, the manner in which he carried out the search was also reasonable.

(b) *The Manner in Which the Search Was Carried Out Was Reasonable*

[46] Two aspects of this prong of the *Collins* test must be addressed. First, as we have seen, an officer must have reasonable grounds to believe that there is an imminent threat to the safety of the public or the police before a safety search will be deemed reasonable. I agree that Sgt. Boyd had such grounds in the circumstances of this case.

[47] Second, the actions of the police in conducting the search must be scrutinized to determine whether the search was carried out reasonably. To a certain extent, this analysis relates to the second stage of the *Waterfield* test. If the extent of the infringement is greater than what is required to search for weapons, the search will not be authorized by law. At this point, however, the overall reasonableness of the search must be assessed in light of the totality of the circumstances (*Mann*, at para. 44). It is necessary to consider not only the *extent* of the

le sergent Boyd avait des motifs raisonnables de croire à l'existence d'une menace imminente pour la sécurité du public ou pour celle des policiers et que la fouille était nécessaire pour écarter cette menace. Plus particulièrement, le juge du procès a conclu que le sergent Boyd avait fait les observations suivantes quand M. MacDonald avait ouvert la porte :

1. M. MacDonald cachait sa main derrière sa jambe et, de toute évidence, il tenait un objet;

2. il s'agissait d'un objet « noir et brillant », donc possiblement d'une arme;

3. lorsqu'on lui a demandé à deux reprises ce qu'il tenait derrière son dos, M. MacDonald a refusé de répondre ou de fournir toute autre explication.

[45] À mon avis, la fouille effectuée par le sergent Boyd était autorisée par une règle de droit, en l'occurrence une règle de common law maintenant bien établie, et cette règle de droit n'a rien d'abusif. Comme je l'explique ci-après, la façon dont celui-ci a effectué la fouille n'était pas non plus abusive.

b) *La façon dont la fouille a été effectuée n'avait rien d'abusif*

[46] Ce volet du critère établi dans l'arrêt *Collins* comporte deux aspects. Premièrement, nous avons vu que l'agent doit avoir des motifs raisonnables de croire à l'existence d'une menace imminente pour sa sécurité ou celle du public avant que l'on puisse conclure au caractère non abusif d'une fouille de sécurité. J'estime que le sergent Boyd avait de tels motifs dans les circonstances de l'espèce.

[47] Deuxièmement, les actes accomplis par les policiers lors de la fouille doivent être attentivement examinés pour déterminer si la fouille a été effectuée de manière non abusive. Dans une certaine mesure, cette analyse concerne le deuxième volet du critère de l'arrêt *Waterfield*. Si l'atteinte est plus importante que ce qui est nécessaire pour vérifier la présence d'armes, la fouille ne sera pas autorisée en droit. À ce stade cependant, il faut examiner le caractère globalement non abusif de la fouille eu égard à l'ensemble des circonstances (*Mann*,

2014 SCC 3 (CanLII)

interference, but *how* it was carried out. This inquiry turns on whether the search was minimally intrusive on the privacy interest at stake. In other words, the manner in which the search was carried out must have been reasonably *necessary* to eliminate any threat.

[48] In the instant case, the trial judge found that Sgt. Boyd had, in pushing the door open further, done no more than was necessary to find out what Mr. MacDonald had behind his leg. His action was therefore reasonably necessary in order to determine what was behind Mr. MacDonald's leg and in so doing eliminate any threat to the safety of the public or the police. In fact, one could go further and state that there was no less intrusive way to do so. Sgt. Boyd twice asked Mr. MacDonald what he had in his hand but received no answer. In these circumstances, it is hard to imagine a less invasive way of determining whether Mr. MacDonald was concealing a weapon (and thereby eliminating any threat in that regard).

[49] Indeed, when the officer's evidence is read as a whole, it appears that he had reasonable grounds to believe that Mr. MacDonald had a weapon in his hands. He simply was not sure what kind of weapon it was (see, for example, A.R., at p. 180).

[50] On this basis, Sgt. Boyd's pushing the door to the unit open further constituted a reasonable search. It was authorized by a reasonable law and was carried out in a reasonable manner. It follows that Mr. MacDonald's rights under s. 8 of the *Charter* were not violated. As a result, I need not consider the issue of a remedy under s. 24(2) of the *Charter*.

C. *Appeal of the Acquittal on the Charge Under Section 95 of the Code*

[51] The Crown is appealing Mr. MacDonald's acquittal on the charge under s. 95 of the *Code*.

par. 44). Il est nécessaire d'examiner non seulement l'*ampleur* de l'atteinte, mais également *de quelle façon* la fouille a été effectuée. La question est de savoir si la fouille constitue une atteinte minimale au droit à la protection de la vie privée en jeu. Autrement dit, la façon dont la fouille de sécurité a été effectuée devait être raisonnablement *nécessaire* pour éliminer la menace.

[48] En l'espèce, le juge du procès a conclu qu'en poussant la porte un peu plus loin, le sergent Boyd n'avait fait que ce qui était nécessaire pour trouver ce que M. MacDonald dissimulait derrière sa jambe. Ce geste était donc raisonnablement nécessaire pour découvrir ce qui se trouvait derrière la jambe de M. MacDonald et, partant, éliminer toute menace pour la sécurité du public ou des policiers. En fait, on pourrait même dire qu'il n'y avait pas de façon moins envahissante de le faire. Le sergent Boyd a demandé deux fois à M. MacDonald ce qu'il tenait dans sa main, sans obtenir de réponse. Dans de telles circonstances, il est difficile d'imaginer une façon moins envahissante de déterminer si M. MacDonald cachait une arme (et, par le fait même, d'éliminer toute menace à cet égard).

[49] En fait, si l'on considère l'ensemble du témoignage du policier, il apparaît évident que ce dernier possédait des motifs raisonnables de croire que M. MacDonald tenait une arme dans sa main. Il ne savait tout simplement pas de quel type d'arme il s'agissait (voir, par exemple, d.a., p. 180).

[50] Dans ce contexte, la fouille effectuée dans la résidence de M. MacDonald lorsque le sergent Boyd a poussé la porte un peu plus loin n'était pas abusive. Elle était autorisée par une règle de droit non abusive et a été effectuée de manière non abusive. Par conséquent, il n'y a pas eu violation des droits conférés à M. MacDonald par l'art. 8 de la *Charte*. Il n'est donc pas nécessaire que je me penche sur la question de la réparation fondée sur le par. 24(2) de la *Charte*.

C. *Appel interjeté à l'encontre de l'acquittement sur l'accusation portée en vertu de l'art. 95 du Code*

[51] Le ministère public interjette appel de l'acquittement de M. MacDonald sur l'accusation

2014 SCC 3 (CanLII)

It submits that the Court of Appeal erred in interpreting the *mens rea* requirement of the offence of possession of a loaded restricted firearm provided for in s. 95 and imposed a nearly insurmountable burden on the Crown which is inconsistent with the principle that ignorance of the law is no excuse. Mr. MacDonald takes the position that the Court of Appeal correctly interpreted the *mens rea* requirement of that offence and correctly held that the *mens rea* had not been made out. I agree with the Crown that the Court of Appeal made an error in requiring the Crown to prove, in order to secure a conviction under s. 95, that the accused knew his possession and acquisition licence and authorization to transport the firearm did not extend to the place where he unlawfully had it in his possession. As I will explain, such a requirement is inconsistent with the rule, codified in s. 19 of the *Code*, that ignorance of the law is no excuse.

[52] Section 95(1) of the *Code* reads as follows:

95. (1) Subject to subsection (3), every person commits an offence who, in any place, possesses a loaded prohibited firearm or restricted firearm, or an unloaded prohibited firearm or restricted firearm together with readily accessible ammunition that is capable of being discharged in the firearm, unless the person is the holder of

(*a*) an authorization or a licence under which the person may possess the firearm in that place; and

(*b*) the registration certificate for the firearm.

[53] In this Court, Mr. MacDonald's argument on his conviction under s. 95 relates to the *mens rea* of the offence. He does not dispute that he possessed a loaded restricted firearm in the unit. Nor does Mr. MacDonald deny that he possessed the firearm there without being the holder of an authorization or a licence that entitled him to possess it in that place. Rather, he argues that s. 95 is a *mens rea* offence and that, to secure a conviction, the Crown must show that he knew his possession of the firearm in the unit was unauthorized. This, Mr. MacDonald

portée en vertu de l'art. 95 du *Code*. Il plaide que la Cour d'appel a commis une erreur dans son interprétation de la *mens rea* qu'exige l'infraction de possession d'une arme à feu à autorisation restreinte chargée prévue à l'art. 95 et qu'elle lui a imposé un fardeau quasi insurmontable, incompatible avec le principe selon lequel l'ignorance de la loi n'est pas une excuse. Pour sa part, M. MacDonald plaide que la Cour d'appel a correctement interprété la *mens rea* applicable à l'infraction, et qu'elle a eu raison de conclure à l'absence de preuve de la *mens rea*. Je suis d'accord avec le ministère public pour conclure que la Cour d'appel a commis une erreur en l'obligeant à prouver, pour obtenir une déclaration de culpabilité sous le régime de l'art. 95, que l'accusé savait que le permis de possession et d'acquisition de l'arme à feu et l'autorisation de transporter l'arme à feu n'étaient pas valides dans le lieu où il possédait illégalement cette arme. Comme je vais l'expliquer, l'imposition d'une telle exigence contrevient à la règle, codifiée à l'art. 19 du *Code*, selon laquelle l'ignorance de la loi n'est pas une excuse.

[52] Le paragraphe 95(1) du *Code* prévoit ce qui suit :

95. (1) Sous réserve du paragraphe (3), commet une infraction quiconque a en sa possession dans un lieu quelconque soit une arme à feu prohibée ou une arme à feu à autorisation restreinte chargées, soit une telle arme non chargée avec des munitions facilement accessibles qui peuvent être utilisées avec celle-ci, sans être titulaire à la fois :

a) d'une autorisation ou d'un permis qui l'y autorise dans ce lieu;

b) du certificat d'enregistrement de l'arme.

[53] L'argument invoqué par M. MacDonald devant la Cour à propos de sa déclaration de culpabilité fondée sur l'art. 95 porte sur la *mens rea* de l'infraction. Il ne conteste pas avoir eu en sa possession dans son unité une arme à feu à autorisation restreinte chargée. Il ne nie pas non plus qu'il avait l'arme en sa possession dans ce lieu sans être titulaire d'une autorisation ou d'un permis l'autorisant à la posséder dans ce lieu. Il plaide plutôt que l'art. 95 crée une infraction exigeant la *mens rea* et que, pour obtenir une déclaration de culpabilité, le

2014 SCC 3 (CanLII)

says, the Crown failed to do, whereas he testified at trial that he had a subjective belief that the authorization he had obtained in Alberta extended to his condominium in Halifax.

[54] In my view, the offence provided for in s. 95 is a *mens rea* offence. As this Court recognized in *Lévis (City) v. Tétreault*, 2006 SCC 12, [2006] 1 S.C.R. 420, at para. 16, classifying an offence as either a *mens rea* offence, a strict liability offence or an absolute liability offence is a question of statutory interpretation. The Crown agreed at the hearing of this case that the offence at issue is a *mens rea* offence, and in any event, we may validly rely on the presumption that an offence should be classified as a *mens rea* offence where, as here, nothing in the statute indicates a contrary intention (*The Queen v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, at pp. 1309-10; *Beaver v. The Queen*, [1957] S.C.R. 531).

[55] The *mens rea* the Crown is required to prove under s. 95(1) does not, however, include knowledge that possession in the place in question is *unauthorized*. Rather, knowledge that one possesses a loaded restricted firearm, together with an intention to possess the loaded firearm in that place, is enough. An individual who knowingly possesses a loaded restricted firearm in a particular place with an intention to do so will be liable to punishment for the offence provided for in s. 95(1) unless he or she holds an authorization or a licence under which the firearm may be possessed in that place. Thus, a proper authorization or licence serves to negate the *actus reus* of the offence, thereby allowing someone who legitimately possesses a restricted firearm in a given place to avoid liability.

[56] With respect, the Court of Appeal erred in law by improperly reading a defence of ignorance of the law into s. 95(1). In the majority's view, the Crown had to prove that Mr. MacDonald knew or was

ministère public doit prouver qu'il savait qu'il n'était pas autorisé à posséder l'arme à feu dans son unité. Selon lui, le ministère public n'a pas prouvé ce fait car M. MacDonald a affirmé au procès qu'il croyait subjectivement que le permis obtenu en Alberta était aussi valide à son condominium à Halifax.

[54] À mon avis, l'art. 95 crée une infraction exigeant la *mens rea*. Comme la Cour l'a reconnu dans *Lévis (Ville) c. Tétreault*, 2006 CSC 12, [2006] 1 R.C.S. 420, par. 16, le classement d'une infraction dans la catégorie des infractions exigeant la *mens rea*, des infractions de responsabilité stricte ou des infractions de responsabilité absolue, est une question d'interprétation législative. À l'audience, le ministère public a reconnu qu'il s'agit d'une infraction exigeant la *mens rea* et, de toute façon, nous pouvons valablement nous fonder sur la présomption selon laquelle les infractions appartiennent à la catégorie des infractions exigeant la *mens rea* si, tout comme en l'espèce, le texte de loi n'indique pas une intention contraire (*La Reine c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, p. 1309-1310; *Beaver c. The Queen*, [1957] R.C.S. 531).

[55] La *mens rea* que doit prouver le ministère public sous le régime du par. 95(1) ne comporte cependant pas comme élément la connaissance que la possession de l'arme au lieu en question *n'*est *pas autorisée*. Il suffit de prouver la connaissance de la possession d'une arme à feu à autorisation restreinte chargée et l'intention de posséder l'arme chargée dans ce lieu. Si une personne, intentionnellement et en toute connaissance de cause, a en sa possession dans un lieu donné une arme à feu à autorisation restreinte chargée, elle sera passible d'une peine pour l'infraction prévue au par. 95(1) si elle n'est pas titulaire d'une autorisation ou d'un permis qui autorise la possession de cette arme dans ce lieu. Ainsi, l'autorisation ou le permis de possession valide vient annuler l'*actus reus* de l'infraction, ce qui permet à quiconque a la possession légitime d'une arme à feu à autorisation restreinte d'échapper à toute responsabilité.

[56] En toute déférence, la Cour d'appel a commis une erreur de droit en considérant à tort que le par. 95(1) renferme implicitement un moyen de défense fondé sur l'ignorance de la loi. Les juges

2014 SCC 3 (CanLII)

wilfully blind to the fact that his possession was unauthorized. Such a burden would compel the Crown to prove that an accused knew the conditions of his or her authorization or licence. This amounts to requiring the Crown to prove that the accused knew the law.

majoritaires ont conclu que le ministère public devait prouver que M. MacDonald savait que sa possession n'était pas autorisée ou qu'il avait ignoré volontairement ce fait. L'imposition d'un tel fardeau au ministère public obligerait celui-ci à prouver que l'accusé connaissait les conditions de son autorisation ou son permis. Cela reviendrait à dire que le ministère public doit prouver que l'accusé connaissait la loi.

[57] The following example illustrates the point that an error made by an accused in interpreting his or her authorization or licence is a mistake of law and not one of fact. Suppose the *Code* provided that restricted firearms could be possessed only in the province of Alberta, and nowhere else in Canada. Surely, if that were the case, there could be no dispute that Mr. MacDonald's possession of such a firearm in Halifax contravened this rule, and any suggestion that he thought he could lawfully possess it there would have to be considered a mistake of law and would therefore afford no defence to a charge of unlawful possession. For my part, I find no distinction when such a rule is expanded to an individual's authorization and the applicable section of the *Code* merely refers to such a document. Mr. MacDonald's subjective belief that he could possess the firearm in Halifax is therefore nothing other than a mistake of law.

[57] L'exemple suivant montre que l'erreur que commet un accusé en interprétant son autorisation ou son permis constitue une erreur de droit et non une erreur de fait. Supposons que le *Code* ne permette la possession d'armes à feu à autorisation restreinte qu'en Alberta et nulle part ailleurs au Canada. Certes, si tel était le cas, nul ne pourrait contester que la possession d'une telle arme par M. MacDonald à Halifax contreviendrait à cette règle. L'allégation selon laquelle il croyait pouvoir posséder l'arme légalement dans cette ville devrait être considérée comme une erreur de droit et ne pourrait servir comme moyen de défense à une accusation de possession illégale. Quant à moi, je ne vois aucune différence lorsqu'une telle règle est étendue à l'autorisation accordée à une personne et que la disposition applicable du *Code* renvoie simplement à cette autorisation. Par conséquent, la croyance subjective de M. MacDonald qu'il pouvait avoir l'arme à feu en sa possession à Halifax n'est rien d'autre qu'une erreur de droit.

[58] I therefore find that a requirement that an accused knew or was wilfully blind to the fact that his possession was unauthorized would be grounded on the acceptance of mistake of law as a defence to a charge under s. 95(1). It is trite law that, except in the case of an officially induced error, a mistake of law is no defence in our criminal justice system. Section 19 of the *Code* states:

[58] J'estime par conséquent qu'en exigeant la preuve que l'accusé savait, ou ignorait volontairement, que sa possession n'était pas autorisée, on accepterait l'erreur de droit comme moyen de défense à une accusation fondée sur le par. 95(1). Il est bien établi en droit que, sauf dans le cas d'une erreur provoquée par une personne en autorité, une erreur de droit ne constitue pas un moyen de défense dans notre système de justice criminelle. L'article 19 du *Code* prévoit ce qui suit :

19. Ignorance of the law by a person who commits an offence is not an excuse for committing that offence.

19. L'ignorance de la loi chez une personne qui commet une infraction n'excuse pas la perpétration de l'infraction.

2014 SCC 3 (CanLII)

[59] In *R. v. Forster*, [1992] 1 S.C.R. 339, Lamer C.J. accurately and succinctly explained this as follows:

> It is a principle of our criminal law that an honest but mistaken belief in respect of the legal consequences of one's deliberate actions does not furnish a defence to a criminal charge, even when the mistake cannot be attributed to the negligence of the accused: *Molis v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 356. This Court recently reaffirmed in *R. v. Docherty*, [1989] 2 S.C.R. 941, at p. 960, the principle that knowledge that one's actions are contrary to the law is not a component of the *mens rea* for an offence, and consequently does not operate as a defence. [p. 346]

[60] In sum, the Court of Appeal erred by treating Mr. MacDonald's mistake of law as a mistake of fact which exonerated him of the charge resulting from his actions. I would allow the Crown's appeal on this issue and restore the conviction under s. 95(1).

[61] Although I am of the view that the conviction must be restored, I nevertheless appreciate the Court of Appeal's concern that Mr. MacDonald may as a result of this conviction be sentenced to a mandatory three-year term of imprisonment despite the fact that, in ordinary circumstances, his mistake of law would be a mitigating factor to be considered in fashioning a sentence that is proportionate to his crime (C. C. Ruby, G. J. Chan and N. R. Hasan, *Sentencing* (8th ed. 2012), at pp. 319-21). Whether the mandatory minimum three-year term of imprisonment provided for in s. 95(2)(*a*)(i) is constitutional will now be a matter for the Court of Appeal to decide.

D. *Appeal Against the Sentence Imposed by the Court of Appeal*

[62] Having restored Mr. MacDonald's conviction under s. 95(1), this Court is not in a position to consider the Crown's appeal against the sentences imposed by the Court of Appeal on the charges under ss. 86(1) and 88(1). Because the Court of Appeal acquitted Mr. MacDonald on the charge

[59] Dans l'arrêt *R. c. Forster*, [1992] 1 R.C.S. 339, le juge en chef Lamer a ainsi exprimé sa pensée de façon exacte et succincte :

> Un principe de notre droit criminel veut qu'une croyance honnête mais erronée quant aux conséquences juridiques d'actes délibérés ne constitue pas un moyen de défense opposable à une accusation criminelle, même si l'erreur ne peut être attribuée à la négligence de l'accusé : *Molis c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 356. Récemment, dans l'arrêt *R. c. Docherty*, [1989] 2 R.C.S. 941, à la p. 960, notre Cour a réaffirmé le principe que le fait de savoir que les actes qu'on accomplit sont contraires à la loi ne constitue pas un élément de la *mens rea* d'une infraction et ne peut donc pas servir de moyen de défense. [p. 346]

[60] En résumé, la Cour d'appel a commis une erreur en considérant l'erreur de droit de M. MacDonald comme une erreur de fait qui l'exonérait de l'accusation résultant de son geste. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi du ministère public sur ce point et de rétablir la déclaration de culpabilité fondée sur le par. 95(1).

[61] Même si j'estime qu'il faut rétablir la déclaration de culpabilité, je comprends néanmoins la réserve de la Cour d'appel selon laquelle M. MacDonald peut, en raison de cette déclaration de culpabilité, être condamné à la peine obligatoire de trois ans d'emprisonnement, en dépit du fait que son erreur de droit constituerait, dans des circonstances ordinaires, un facteur atténuant au moment de déterminer une peine proportionnelle à la gravité de son crime (C. C. Ruby, G. J. Chan et N. R. Hasan, *Sentencing* (8e éd. 2012), p. 319-321). La constitutionnalité de la peine minimale obligatoire de trois ans d'emprisonnement prévue au sous-al. 95(2)*a*)(i) est désormais une question que la Cour d'appel devra trancher.

D. *Appel de la peine imposée par la Cour d'appel*

[62] Ayant rétabli la déclaration de culpabilité de M. MacDonald fondée sur le par. 95(1), la Cour n'est pas en mesure d'examiner l'appel que le ministère public a interjeté contre les peines imposées par la Cour d'appel relativement aux accusations portées en vertu des par. 86(1) et 88(1). Étant donné qu'elle

2014 SCC 3 (CanLII)

under s. 95(1), it did not consider his argument that the mandatory minimum three-year sentence provided for in s. 95(2)(*a*)(i) is unconstitutional. Given the decision to restore Mr. MacDonald's conviction on this count, the matter should be remitted to the Court of Appeal for consideration of this argument. Because of the close factual tie between the sentences imposed for the convictions under ss. 86 and 88 and the one imposed for the conviction under s. 95, the Court of Appeal should reconsider all the sentences together after deciding whether s. 95(2)(*a*)(i) is constitutionally valid.

V. Disposition

[63] For the reasons set out above, I would dismiss Mr. MacDonald's appeal on the s. 8 issue and allow the Crown's appeal on the charge under s. 95(1). Mr. MacDonald's acquittal on that charge is set aside, and his conviction is restored. This matter will be remitted to the Court of Appeal for sentencing, and it will be necessary for that court to determine whether the mandatory minimum sentence applicable under s. 95(2)(*a*)(i) of the *Code* is constitutionally valid.

The reasons of Rothstein, Moldaver and Wagner JJ. were delivered by

[64] Moldaver and Wagner JJ. — Every day, throughout this country, police officers put their lives and safety at risk in order to preserve and protect the lives and safety of others. In return, they are entitled to know that when potentially dangerous situations arise, the law permits them to conduct minimally intrusive safety searches to alleviate the risks they face. That is the fundamental bargain we, as a society, have struck with the police — and it is a fundamental commitment upon which the police are entitled to rely.

a acquitté M. MacDonald de l'accusation fondée sur le par. 95(1), la Cour d'appel n'a pas examiné l'argument soulevé par celui-ci selon lequel la peine minimale obligatoire de trois ans prévue par le sous-al. 95(2)*a*)(i) est inconstitutionnelle. En raison de la décision de rétablir la déclaration de culpabilité de M. MacDonald à l'égard de ce chef d'accusation, l'affaire doit être renvoyée à la Cour d'appel pour qu'elle puisse examiner cet argument. Étant donné que les peines imposées pour les déclarations de culpabilité fondées sur les art. 86 et 88 sont, dans les faits, étroitement liées à la peine imposée pour la déclaration de culpabilité fondée sur l'art. 95, toutes les peines devraient être réexaminées ensemble par la Cour d'appel une fois qu'elle se sera prononcée sur la validité constitutionnelle du sous-al. 95(2)*a*)(i).

V. Dispositif

[63] Pour les motifs ci-dessus, je suis d'avis de rejeter le pourvoi de M. MacDonald sur la question relative à l'art. 8 et d'accueillir le pourvoi du ministère public relativement à l'accusation portée en vertu du par. 95(1). L'acquittement de M. MacDonald à l'égard de cette accusation est annulé et la déclaration de culpabilité est rétablie. La présente affaire sera renvoyée à la Cour d'appel pour la détermination de la peine, et cette cour devra déterminer si la peine minimale obligatoire applicable aux termes du sous-al. 95(2)*a*)(i) du *Code* est constitutionnellement valide.

Version française des motifs des juges Rothstein, Moldaver et Wagner rendus par

[64] Les juges Moldaver et Wagner — Tous les jours, partout au pays, des policiers mettent leur vie et leur sécurité en péril pour protéger la vie et la sécurité d'autrui. En retour, ils ont le droit de savoir que, si une situation potentiellement dangereuse se présente, ils sont légalement autorisés à effectuer des fouilles de sécurité peu envahissantes pour atténuer les risques auxquels ils s'exposent. C'est là le marché fondamental que nous avons conclu, en tant que société, avec la police, et il s'agit d'un engagement important sur lequel la police peut compter.

2014 SCC 3 (CanLII)

[65] The commitment of which we speak was acknowledged by this Court in *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59. *Mann* recognized a limited police power to search without a warrant solely for protective purposes where a police officer has reasonable grounds to suspect a threat to his or her safety or the safety of others. The majority in this case purports to apply *Mann*. Respectfully, however, it does not. Instead, it renders *Mann* redundant, depriving police officers of the limited search powers they need to protect themselves and the public in fluid and often unpredictable situations of potential danger.

[66] In the instant case, while we agree with the majority on all three issues in this case, including Mr. MacDonald's claim under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, we part company with our colleagues on the proper interpretation of *Mann*. Our colleagues assert, relying on *Mann*, that officers are only empowered to conduct "safety searches" where they have reasonable grounds to *believe* an individual is armed and dangerous (paras. 39 and 44). With respect, we do not agree with that conclusion. In our view, *Mann* decided that officers may conduct safety searches when they have reasonable grounds to *suspect* an individual is armed and dangerous. The balance of these reasons will focus on explaining why.

[67] The case law reveals that the *rationale* justifying the police power to perform protective searches is the protection of public or officer safety. It seems to us that such a power is a necessary corollary of the duties imposed on the police, two of which include the duty to preserve the peace and to protect life and property. Police officers cannot be asked to intervene in dangerous or fluid situations and, at the same time, be denied the authority to take protective measures when they reasonably suspect their own safety is at risk, especially when there is a suspicion weapons are present.

[65] L'engagement auquel nous référons a été reconnu par la Cour dans *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59. Cet arrêt reconnaît aux policiers un pouvoir de fouille limité sans mandat, à des fins uniquement préventives, lorsqu'ils ont des motifs raisonnables de soupçonner que leur sécurité ou celle d'autrui est menacée. Les juges majoritaires en l'espèce disent appliquer les enseignements de l'arrêt *Mann*. Avec égard, toutefois, ce n'est pas le cas. Ils rendent plutôt superflue cette décision et privent les policiers des pouvoirs de fouille limités dont ils ont besoin pour se protéger et protéger le public dans des situations potentiellement dangereuses, nébuleuses et souvent imprévisibles.

[66] Bien que nous partagions la décision des juges majoritaires relativement aux trois questions soulevées en l'espèce, notamment en ce qui concerne l'argument de M. MacDonald fondé sur l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, nous divergeons d'opinion avec nos collègues sur l'interprétation qu'il convient de donner à l'arrêt *Mann*. Se fondant sur cette décision, nos collègues affirment que les policiers ne sont autorisés à effectuer des « fouilles de sécurité » que s'ils ont des motifs raisonnables de *croire* qu'une personne est armée et dangereuse (par. 39 et 44). En toute déférence, nous ne souscrivons pas à cette conclusion. À notre avis, la Cour a décidé dans *Mann* que les policiers peuvent procéder à des fouilles de sécurité lorsqu'ils ont des motifs raisonnables de *soupçonner* qu'une personne est armée et dangereuse. C'est ce que nous tâcherons d'expliquer ci-après.

[67] Selon la jurisprudence, la protection du public ou la sécurité des policiers constitue le *fondement* du pouvoir de fouille préventive conféré à ces derniers. À notre avis, ce pouvoir est le corollaire nécessaire des obligations imposées aux policiers, dont les deux suivantes : maintenir la paix et protéger la vie des gens et les biens. On ne peut demander aux policiers d'intervenir dans des situations dangereuses ou nébuleuses et, en même temps, les priver du pouvoir de prendre des mesures de protection lorsqu'ils soupçonnent raisonnablement que leur propre sécurité est menacée, notamment lorsqu'ils soupçonnent la présence d'armes.

2014 SCC 3 (CanLII)

[68] *Mann* affirmed as much. Our starting point then is the language of the case itself:

> . . . where a police officer has reasonable grounds to believe that his or her safety or that of others is at risk, the officer may engage in a protective pat-down search of the detained individual. [Emphasis added; para. 45.]

[69] Read in isolation, the "reasonable grounds to believe" language connotes the "reasonable and probable grounds" standard. See *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416, at p. 447. But one cannot stop reading there, because the concept of being "at risk" inherently builds in the concept of possibility. See, e.g., the *Oxford English Dictionary* (online), *sub verbo* "risk" ("the possibility of loss, injury, or other adverse or unwelcome circumstance; a chance or situation involving such a possibility" (emphasis added)).

[70] The language of *Mann* thus appears to stack a *probability* on top of a *possibility* — a chance upon a chance. In other words, *Mann* says a safety search is justified if it is *probable* that something *might* happen, not that it is *probable* that something *will* happen. As this Court only recently explained, the former is the language of "reasonable suspicion" (*R. v. MacKenzie*, 2013 SCC 50, [2013] 3 S.C.R. 250, at para. 74). The latter is the language of "reasonable and probable grounds".

[71] Admittedly, the language of *Mann* could have been clearer. Indeed, the ambiguity in the key paragraph of *Mann* has led at least one authority in this field to suggest that the Court simply "misspoke": J. Stribopoulos, "The Limits of Judicially Created Police Powers: Investigative Detention after *Mann*" (2007), 52 *Crim. L.Q.* 299, at p. 311. While it would have been helpful if the Court in *Mann* had simply said either "reasonable grounds *to believe* an individual is armed and dangerous" or "reasonable grounds *to suspect* an individual is armed and dangerous", the fact is that it did not. Fortunately, however, we are able to resolve any lingering doubt about the meaning of *Mann* with the tools available to us. As we will explain, each of

[68] C'est ce que la Cour a affirmé dans *Mann*. Prenons donc comme point de départ le libellé de cet arrêt lui-même :

> . . . le policier qui possède des motifs raisonnables de croire que sa sécurité ou celle d'autrui est menacée peut soumettre la personne qu'il détient à une fouille par palpation préventive. [Nous soulignons; par. 45.]

[69] Considérés isolément, les termes « motifs raisonnables de croire » renvoient à la norme des « motifs raisonnables et probables ». Voir *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, p. 447. La lecture ne doit toutefois pas s'arrêter là, parce que le terme « menacée » évoque intrinsèquement la notion de possibilité. Voir, p. ex., le dictionnaire *Oxford English Dictionary* (en ligne), *sub verbo* « *risk* » ([TRADUCTION] « risque » : « . . . la possibilité d'une perte, d'un préjudice ou de toute autre circonstance défavorable ou fâcheuse; chance ou situation comportant une telle possibilité » (nous soulignons)).

[70] Le libellé de l'arrêt *Mann* semble donc accoler une *probabilité* à une *possibilité* : une chance à une chance. Autrement dit, selon l'arrêt *Mann*, une fouille de sécurité est justifiée s'il est *probable* que quelque chose *puisse* se produire, et non s'il est *probable* que quelque chose *se produise*. Comme la Cour l'a tout récemment expliqué, la première éventualité évoque des « soupçons raisonnables » (*R. c. MacKenzie*, 2013 CSC 50, [2013] 3 R.C.S. 250, par. 74). La seconde renvoie quant à elle à des « motifs raisonnables et probables ».

[71] L'arrêt *Mann* aurait certes pu être plus clair. En fait, l'ambiguïté du paragraphe clé de cette décision a amené au moins un expert en la matière à laisser entendre que la Cour s'est peut-être tout simplement [TRADUCTION] « mal exprimée » : J. Stribopoulos, « The Limits of Judicially Created Police Powers : Investigative Detention after *Mann* » (2007), 52 *Crim. L.Q.* 299, p. 311. Il aurait été utile que la Cour, dans *Mann*, indique simplement si les motifs requis sont des « motifs raisonnables *de croire* qu'une personne est armée et dangereuse », ou des « motifs raisonnables *de soupçonner* qu'une personne est armée et dangereuse »; elle ne l'a toutefois pas fait. Heureusement, cependant, nous disposons des outils nécessaires pour

2014 SCC 3 (CanLII)

these tools points away from the majority's interpretation.

[72] Since legal terms of art are not always self-defining, we begin with how the *Mann* Court actually described the standard it was adopting. A close reading leaves no doubt it was describing reasonable suspicion. For example, *Mann* held that "[t]he search must be grounded in objectively discernible facts to prevent 'fishing expeditions' on the basis of irrelevant or discriminatory factors" (para. 43 (emphasis added)). As we recently held in *R. v. Chehil*, 2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220, reasonable suspicion must be grounded in "objectively discernible facts, and . . . prevents the indiscriminate and discriminatory exercise of police power" (para. 3 (emphasis added)). Similarly, *Mann* spoke of a "logical possibility that the [suspect] . . . was in possession of break-and-enter tools, which could be used as weapons" (para. 48 (emphasis added)). Again, *Chehil* makes clear that "reasonable suspicion . . . engages [a] reasonable possibility, rather than probability" (para. 27 (emphasis added)). Finally, *Mann* required that an officer "not be acting solely on a hunch" (para. 41 (emphasis added)). And again, *Chehil* cautioned "hunches . . . will [not] suffice" (para. 47 (emphasis added)). We know of no case that has described the reasonable and probable grounds standard using this language.

[73] To look at the matter another way, had *Mann* intended to adopt a reasonable and probable grounds standard, these detailed elaborations would have been unnecessary since reasonable and probable grounds was at the time a well-known standard. Indeed, it was and remains the *presumptive* standard under the *Charter* (see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145). In contrast, *Mann* represented one of the first attempts by this Court to define the standard of reasonable suspicion (see also *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R.

dissiper tout doute qui pourrait subsister quant à l'interprétation à donner à l'arrêt *Mann*. Comme nous le verrons, chacun de ces outils tend à exclure l'interprétation retenue par la majorité.

[72] Comme les termes techniques propres au domaine juridique n'ont pas toujours un sens évident, examinons tout d'abord la façon dont la Cour, dans *Mann*, décrit la norme qu'elle adopte. Une lecture attentive de cette décision ne laisse aucun doute : la Cour y décrit la norme des soupçons raisonnables. À titre d'exemple, selon *Mann*, « [l]a fouille doit être fondée sur des faits objectivement discernables afin d'éviter une "recherche à l'aveuglette" motivée par des facteurs discriminatoires et non pertinents » (par. 43 (nous soulignons)). Comme il a été conclu récemment dans *R. c. Chehil*, 2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220, les soupçons raisonnables doivent reposer sur des « faits objectivement vérifiables, et [. . .] fai[re] obstacle à l'exercice aveugle et discriminatoire des pouvoirs policiers » (par. 3 (nous soulignons)). De même, l'arrêt *Mann* parle d'une « [possibilité] logiqu[e] que le [suspect] [. . .] fut en possession d'outils utilisés pour commettre l'infraction et pouvant servir d'armes » (par. 48 (nous soulignons)). Par ailleurs, l'arrêt *Chehil* indique clairement que les soupçons raisonnables « évoquent [une] possibilité — plutôt qu['une] probabilité — raisonnable » (par. 27 (nous soulignons)). Enfin, selon *Mann*, le policier ne doit pas agir « uniquement en suivant son intuition » (par. 41 (nous soulignons)). Et là encore, *Chehil* précise que « l'intuition [. . .] [ne] suffira [pas] » (par. 47 (nous soulignons)). Il n'existe à notre connaissance aucune décision décrivant en ces termes la norme des motifs raisonnables et probables.

[73] D'un autre point de vue, ces précisions détaillées n'auraient pas été nécessaires si la Cour, dans *Mann*, avait voulu adopter la norme des motifs raisonnables et probables, laquelle constituait en effet une norme bien connue à l'époque. En fait, l'application de cette norme était et demeure *présumée* sous le régime de la *Charte* (voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145). *Mann* constitue par ailleurs l'une des premières affaires où la Cour tente de définir la norme des soupçons raisonnables (voir aussi *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008]

2014 SCC 3 (CanLII)

456; *R. v. A.M.*, 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569; *Chehil*; *MacKenzie*).

[74] Second, we look at the history from which *Mann* emerged. In recognizing a power of investigative detention and a related power to search for protective purposes incidental to that detention, *Mann* explicitly relied on the U.S. Supreme Court's seminal decision in *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968). Significant for present purposes, *Mann* quoted the following passage from *Terry* (at p. 27) when articulating the standard upon which an officer safety search must be measured:

> . . . there must be a narrowly drawn authority to permit a reasonable search for weapons for the protection of the police officer, where he has reason to believe that he is dealing with an armed and dangerous individual, regardless of whether he has probable cause to arrest the individual for a crime. [Emphasis added; para. 41.]

[75] As the excerpt makes clear, Chief Justice Warren clearly distinguished the *Terry* standard from the "probable cause" standard — the equivalent of our reasonable and probable grounds — traditionally used for arrests. And though there has never been any serious debate about what *Terry* meant, in speaking of a "reason to believe", the language of *Terry* risked being "confusing and contradictory" because "it is precisely the language the [U.S. Supreme] Court has used time and again to define the probable cause requisite for arrest" (W. R. LaFave, *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment* (5th ed. 2012), vol. 4, at §9.6(a)). As our American colleagues only recently affirmed, however, under *Terry*, "the police must harbor reasonable suspicion that the person . . . is armed and dangerous" (*Arizona v. Johnson*, 129 S. Ct. 781 (2009), at p. 784 (emphasis added)). It is surely ironic, then, that in borrowing from *Terry*'s diction, *Mann* inadvertently imported the same confusion and contradiction into Canada.

1 R.C.S. 456; *R. c. A.M.*, 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569; *Chehil*; *MacKenzie*).

[74] Examinons deuxièmement le contexte historique ayant mené à l'arrêt *Mann*. En reconnaissant un pouvoir de détention aux fins d'enquête ainsi qu'un pouvoir connexe de fouille préventive accessoire à la détention, la Cour dans *Mann* s'appuie expressément sur l'arrêt de principe *Terry c. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968), rendu par la Cour suprême des États-Unis. Fait important en l'espèce, la Cour cite l'extrait suivant de cet arrêt (p. 27) en formulant la norme applicable à une fouille policière de sécurité :

> [TRADUCTION] . . . il convient de reconnaître aux policiers un pouvoir étroitement circonscrit d'assurer leur protection en procédant à une fouille non abusive pour vérifier la présence d'armes, lorsqu'ils ont des raisons de croire qu'ils sont en présence d'un individu armé et dangereux, peu importe qu'ils possèdent ou non des motifs probables d'arrêter l'individu relativement à la commission d'un crime. [Nous soulignons; par. 41.]

[75] Comme l'indique clairement cet extrait, le juge en chef Warren fait une distinction claire entre la norme établie dans *Terry* et celle des [TRADUCTION] « motifs probables » — l'équivalent de notre norme des motifs raisonnables et probables — traditionnellement utilisée pour les arrestations. Or, bien qu'il n'y ait jamais eu de débat sérieux sur le sens à donner à *Terry*, son libellé, en ce qui concerne les « raisons de croire », risque de [TRADUCTION] « cré[er] de la confusion et [d'être] contradictoire », parce qu'« il s'agit précisément des termes utilisés à maintes reprises par la Cour [suprême des États-Unis] pour définir les motifs probables exigés pour procéder à une arrestation » (W. R. LaFave, *Search and Seizure : A Treatise on the Fourth Amendment* (5e éd. 2012), vol. 4, §9.6(a)). Comme nos collègues américains l'ont cependant tout récemment affirmé relativement à cet arrêt, [TRADUCTION] « les policiers doivent raisonnablement soupçonner que la personne [. . .] est armée et dangereuse » (*Arizona c. Johnson*, 129 S. Ct. 781 (2009), p. 784 (nous soulignons)). Il est certes ironique, donc, qu'en citant *Terry*, la Cour dans *Mann* ait introduit par inadvertance la même confusion et la même contradiction au Canada.

2014 SCC 3 (CanLII)

[76] That brings us to our third point. Until today, it was thought that the subsequent interpretation and application of *Mann* by this Court and others had put that confusion to rest. Most significantly, in *R. v. Clayton*, 2007 SCC 32, [2007] 2 S.C.R. 725, as Abella J. explained, the two accused were detained because the police had a "reasonable suspicion" they were in possession of firearms and "as a result, the lives of the police officers and of the public were at risk" (para. 46). Those very safety concerns — without more — justified searches of the accused incidental to their detention (para. 48). In other words, the officers were entitled to conduct a minimally intrusive search for safety purposes because they had reason to suspect that the accused were armed and dangerous.

[77] Beyond *Clayton*, this Court has on at least three distinct occasions expressed, albeit in *obiter*, that *Mann* authorized a protective search incidental to investigative detention on the basis of reasonable suspicion. First, Binnie J., writing for himself and the Chief Justice in *Kang-Brown*, referred to "the Court's decision in *Mann* to lower the bar from reasonable and probable cause to reasonable suspicion in the context of a warrantless search" (para. 62 (emphasis added)). In *R. v. Aucoin*, 2012 SCC 66, [2012] 3 S.C.R. 408, at para. 44, n. 3, the majority expressly declined to endorse the minority's assertion that *Mann* required a reasonable and probable grounds standard for pat-down searches. And, lastly, only a few months ago — in an opinion joined by every member of today's majority — we noted that *Mann* authorized "limited searches accompanying investigative detentions" on the basis of "reasonable suspicion" (*Chehil*, at para. 22, n. 1). With respect, the majority does not explain why these comments were mistaken.

[78] Beyond our own cases, lower courts have relied on this Court's jurisprudence and have,

[76] Passons maintenant au troisième point. Jusqu'à ce jour, on pensait que les tribunaux, dont la Cour, avaient dissipé cette confusion par leur interprétation et leur application de l'arrêt *Mann*. Plus particulièrement, dans *R. c. Clayton*, 2007 CSC 32, [2007] 2 R.C.S. 725, la juge Abella a expliqué que les policiers avaient détenu les deux accusés en raison d'un « soupçon raisonnable » que ceux-ci aient des armes à feu en leur possession et « partant, que la vie des policiers et des citoyens [était] menacée » (par. 46). Ce souci d'assurer leur propre sécurité justifiait — à lui seul — les policiers de fouiller les accusés accessoirement à la détention (par. 48). Autrement dit, les policiers avaient le pouvoir de procéder à une fouille de sécurité peu envahissante parce qu'ils avaient des motifs de soupçonner que les accusés soient armés et dangereux.

[77] Outre l'arrêt *Clayton*, la Cour a affirmé au moins à trois occasions distinctes, quoique dans des remarques incidentes, que l'arrêt *Mann* autorisait une fouille préventive effectuée accessoirement à une détention aux fins d'enquête en cas de soupçons raisonnables. D'abord, s'exprimant en son nom et en celui de la Juge en chef dans *Kang-Brown*, le juge Binnie a mentionné « la décision de la Cour, dans l'arrêt *Mann*, d'abaisser la norme applicable en la faisant passer de la norme des motifs raisonnables et probables à celle des soupçons raisonnables dans le cas d'une fouille sans mandat » (par. 62 (nous soulignons)). Dans *R. c. Aucoin*, 2012 CSC 66, [2012] 3 R.C.S. 408, par. 44, note 3, les juges majoritaires ont expressément refusé de souscrire à l'affirmation des juges minoritaires selon laquelle les fouilles par palpation commandent, suivant l'arrêt *Mann*, l'application d'une norme fondée sur des motifs raisonnables et probables. Et, finalement, il y a quelques mois à peine — dans une opinion à laquelle se rallient tous les juges formant la majorité d'aujourd'hui — nous avons souligné que l'arrêt *Mann* autorisait la « fouille limitée accessoire à une détention aux fins d'enquête » fondée sur des « soupçons raisonnables » (*Chehil*, par. 22, note 1). Avec égards, les juges majoritaires n'expliquent pas en quoi ces commentaires sont erronés.

[78] De surcroît, des tribunaux inférieurs se sont fondés sur notre jurisprudence et ont, comme on

2014 SCC 3 (CanLII)

unsurprisingly, concluded that *Mann* adopted a reasonable suspicion standard. For example, in *R. v. Crocker*, 2009 BCCA 388, 275 B.C.A.C. 190, leave to appeal refused, [2010] 1 S.C.R. viii, the court held that "[a] lawful protective safety search . . . need only meet the legal standard of reasonable suspicions . . . required by *Mann*" (para. 72 (emphasis added)). Just a few months ago, the same conclusion was reached in *R. v. Atkins*, 2013 ONCA 586, 310 O.A.C. 397: "The pat-down search that followed the detention was justified on officer safety grounds" because "[t]he officers reasonably suspected that the appellant was in possession of a weapon" (para. 15 (emphasis added)).

pouvait s'y attendre, conclu que l'arrêt *Mann* avait adopté la norme des soupçons raisonnables. À titre d'exemple, dans *R. c. Crocker*, 2009 BCCA 388, 275 B.C.A.C. 190, autorisation d'appel refusée, [2010] 1 R.C.S. viii, la cour a conclu qu'[TRADUCTION] « [u]ne fouille de sécurité légale effectuée à des fins préventives [. . .] doit uniquement satisfaire à la norme juridique des soupçons raisonnables [. . .] imposée dans *Mann* » (par. 72 (nous soulignons)). Il y a seulement quelques mois, la même conclusion a été tirée dans *R. c. Atkins*, 2013 ONCA 586, 310 O.A.C. 397 : [TRADUCTION] « La fouille par palpation ayant fait suite à la détention était justifiée pour assurer la sécurité des policiers » parce que « [c]es derniers soupçonnaient raisonnablement l'appelant d'avoir une arme en sa possession » (par. 15 (nous soulignons)).

[79] Fourth, the logical consequences of a reasonable and probable grounds standard in the context of *Mann* make little sense. Had the officer possessed reasonable grounds to believe that the accused in *Mann* was armed and dangerous, he could have arrested him. See, e.g., *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 88 (possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace). In other words, if *Mann* required reasonable and probable grounds for a pat-down search, it would seem all that *Mann* achieves is a power to *search* when there are already grounds to *arrest*. See also Stribopoulos, at p. 311. Manifestly, this is an anomalous result.

[79] Quatrièmement, il n'est guère logique d'appliquer la norme des motifs raisonnables et probables dans le contexte de l'arrêt *Mann*. Si le policier avait des motifs raisonnables de croire que l'accusé dans *Mann* était armé et dangereux, il aurait pu l'arrêter. Voir, p. ex., l'art. 88 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (port d'arme dans un dessein dangereux pour la paix publique). Autrement dit, s'il établit que des motifs raisonnables et probables sont exigés pour justifier une fouille par palpation, l'arrêt *Mann* ne fait donc apparemment que reconnaître un pouvoir de *fouille* dans un cas où il existe déjà des motifs de procéder à une *arrestation*. Voir aussi Stribopoulos, p. 311. Il s'agit manifestement là d'un résultat incongru.

[80] An officer who has reasonable grounds to believe an individual is armed and dangerous will always have an immediate need to assert control over that person. That need will inevitably entail *arresting* the individual, and, as soon as it is safe to do so, subjecting that person to a search incident to arrest, predicated on a lower standard (see *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51, at para. 25). Indeed, it defies common sense to suggest that an officer confronted with an individual who is reasonably believed to be armed and dangerous would forgo the lawful option of arresting the individual in favour of a mere pat-down search. Notably, a search incident to arrest is far more intrusive than the

[80] Un policier ayant des motifs raisonnables de croire qu'une personne est armée et dangereuse éprouvera toujours le besoin immédiat de maîtriser cette personne. Il devra donc inévitablement l'*arrêter*, et, dès qu'il pourra le faire en toute sécurité, procéder à une fouille accessoire à l'arrestation fondée sur une norme moins rigoureuse (voir *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, par. 25). En fait, il est contraire au bon sens de laisser entendre qu'un policier croyant pour des motifs raisonnables qu'une personne est armée et dangereuse renoncerait à la possibilité légitime d'arrêter celle-ci pour procéder à la place à une simple fouille par palpation. Il convient de souligner que la fouille accessoire à

2014 SCC 3 (CanLII)

minimally intrusive search recognized under *Mann*. A search incident to arrest would include a search of the person, but could also include a search of his or her belongings or automobile (see *Caslake*, at para. 15).

[81] Against that background, it is worth recalling that each time this Court has asked itself whether it should recognize a new common law police power, it has been "because of perceived gaps in the law" (*Kang-Brown*, at para. 6, *per* LeBel J. (emphasis added)). The identification of such gaps has quite rightly been a prerequisite to doing so given this Court's reluctance to take upon itself the task of creating new police powers under the common law. We fail to understand then why the Court in *Mann* would recognize a protective search power on a standard that renders the power unnecessary. Put simply, on the majority's interpretation, *Mann* fills no gap. With respect, that result cannot be what *Mann* intended.

[82] Fifth, and turning to the facts of this case, the majority's conclusion that Sgt. Boyd had reasonable and probable grounds to believe that Mr. MacDonald was armed and dangerous does not conform with the evidence. Of greater concern, the majority's approach appears to appreciably lower the standard for what constitutes reasonable and probable grounds.

[83] To be sure, on the facts as found by the trial judge, Sgt. Boyd's *suspicion* that Mr. MacDonald was armed and dangerous was reasonable. The context of the encounter with him indicates a degree of hostility toward the building staff and police. To begin, Mr. MacDonald dismissed the building concierge's attempts to turn down the music in what the trial judge diplomatically characterized as an "undiplomatic manner" (trial reasons, MacDonald's A.R., at p. 5). He showed "some evidence of intoxication" (*ibid.*). When Cst. Pierce attended on the scene, Mr. MacDonald "proceeded to shut the door requiring the constable to remove her foot from the threshold, telling the constable to fuck off

l'arrestation est beaucoup plus envahissante que la fouille peu envahissante reconnue dans *Mann*. La fouille accessoire à l'arrestation comprend la fouille de la personne, mais peut aussi inclure la fouille de ses biens ou de son automobile (voir *Caslake*, par. 15).

[81] Dans ce contexte, il semble utile de rappeler que, chaque fois que la Cour s'est demandé si elle devrait reconnaître un nouveau pouvoir policier en common law, elle l'a fait « à cause de lacunes perçues dans le droit » (*Kang-Brown*, par. 6, le juge LeBel (nous soulignons)). La constatation préalable de telles lacunes est à juste titre nécessaire, étant donné la réticence de la Cour de se charger de créer de nouveaux pouvoirs policiers en common law. Nous ne comprenons donc pas pourquoi la Cour reconnaîtrait dans *Mann* un pouvoir de procéder à une fouille préventive fondée sur une norme rendant ce pouvoir inutile. Autrement dit, suivant l'interprétation retenue par la majorité, l'arrêt *Mann* ne comble aucune lacune. En toute déférence, la Cour dans l'arrêt *Mann* ne peut avoir souhaité un tel résultat.

[82] Cinquièmement, et au vu des faits de l'espèce, la conclusion de la majorité selon laquelle le sergent Boyd avait des motifs raisonnables et probables de croire que M. MacDonald était armé et dangereux n'est pas conforme à la preuve. Fait plus significatif, le raisonnement des juges majoritaires à cet égard semble abaisser considérablement la norme de ce qui constitue des motifs raisonnables et probables.

[83] Vu les faits constatés par le juge de première instance, les *soupçons* du sergent Boyd selon lesquels M. MacDonald était armé et dangereux étaient certes raisonnables. Le contexte de la rencontre avec ce dernier révèle qu'il affichait une certaine hostilité envers le personnel de l'immeuble et la police. Tout d'abord, M. MacDonald a repoussé les tentatives du concierge pour lui faire baisser le son de sa musique d'une manière qualifiée avec diplomatie par le juge de première instance de [TRADUCTION] « peu diplomatique » (motifs de première instance, d.a. de M. MacDonald, p. 5). Monsieur MacDonald manifestait « des indices d'intoxication » (*ibid.*). Quand l'agente Pierce s'est

2014 SCC 3 (CanLII)

or words to that effect" (p. 6). The trial judge accepted that Sgt. Boyd saw a "black and shiny" object in Mr. MacDonald's hand (*voir dire* reasons, MacDonald's A.R., at p. 248). Significantly, "[i]t was concealed behind [his] right leg" (*ibid.*). Moreover, Sgt. Boyd thought "it might be a knife" (p. 249). In these circumstances, Sgt. Boyd had reason to suspect that Mr. MacDonald, who had been acting in a hostile and aggressive fashion, was armed and dangerous — but he surely did not have reasonable grounds to believe that he was armed and dangerous.

présentée sur les lieux, M. MacDonald « a fermé la porte, obligeant l'agente à retirer son pied du seuil, et lui a dit d'aller au diable ou quelque chose du genre » (p. 6). Le juge de première instance a accepté la thèse suivant laquelle le sergent Boyd avait vu un objet [TRADUCTION] « noir et brillant » dans la main de M. MacDonald (motifs du voir-dire, d.a. de M. MacDonald, p. 248). Fait important, « M. MacDonald dissimulait celui-ci derrière sa jambe droite » (*ibid.*). De plus, le sergent Boyd a cru qu'« il pouvait s'agir d'un couteau » (p. 249). Dans ces circonstances, le sergent Boyd avait des motifs de soupçonner que M. MacDonald, qui avait manifesté un comportement hostile et agressif, était armé et dangereux — mais il n'avait certainement pas de motifs raisonnables de croire qu'il était armé et dangereux.

[84] Our colleagues do not give effect to the officer's clear evidence and find instead that Sgt. Boyd had reasonable grounds to believe that Mr. MacDonald was armed and dangerous. With respect, we cannot accept this conclusion. This is the first time such a finding has been made. The trial judge made no such finding, nor did any justice of the Court of Appeal reach this conclusion. Second, no party before this Court advances such a claim. Indeed, the Crown submits that a reasonable and probable grounds standard is "completely unrealistic" in this context (R.F., at para. 46).

[84] Nos collègues ne tiennent pas compte du témoignage clair du sergent Boyd et concluent plutôt que celui-ci avait des motifs raisonnables de croire que M. MacDonald était armé et dangereux. En toute déférence, nous ne sommes pas d'accord avec eux. C'est la première fois qu'une telle conclusion est tirée. Ni le juge de première instance, ni aucun des juges de la Cour d'appel n'ont conclu en ce sens. De plus, nul n'a soulevé pareil argument en l'espèce. En fait, selon le ministère public, il est [TRADUCTION] « totalement irréaliste » d'appliquer une norme des motifs raisonnables et probables dans ce contexte (m.i., par. 46).

[85] Overstating Sgt. Boyd's evidence is not just inconsistent with the evidence in this case; it also significantly lowers the reasonable grounds to believe threshold by eliminating the subjective requirement that the standard demands (*R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241, at pp. 250-51). The law is clear that an officer must *subjectively* believe he has reasonable and probable grounds; it is not enough that he objectively did. In this case, however, Sgt. Boyd's testimony of his "concern" that Mr. MacDonald "might" have had a weapon does not fit with the majority's conclusion that Sgt. Boyd himself believed he had reasonable and probable grounds. Sgt. Boyd believed in a possibility,

[85] Exagérer la nature du témoignage livré par le sergent Boyd n'est pas seulement incompatible avec la preuve en l'espèce, mais abaisse aussi considérablement la norme des motifs raisonnables de croire en éliminant la condition subjective à respecter pour y satisfaire (*R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241, p. 250-251). Il est clair en droit que le policier doit croire *subjectivement* à l'existence de motifs raisonnables et probables; une croyance objective ne suffit pas. En l'espèce, toutefois, le témoignage du sergent Boyd selon lequel il « craignait » que M. MacDonald « puisse » être armé est incompatible avec la conclusion des juges majoritaires selon laquelle le sergent Boyd croyait lui-même à

2014 SCC 3 (CanLII)

not a probability.[1] In other words, he subjectively *suspected* that Mr. MacDonald had a weapon, and this suspicion was objectively reasonable.

[86] These five reasons — the language of *Mann*, the history from which *Mann* emerged, the logical consequences of interpreting *Mann* as requiring reasonable grounds to believe, the jurisprudence that has interpreted *Mann*, and the facts of this case — all lead to the same unavoidable conclusion: *Mann* recognized a protective search power predicated on reasonable suspicion.

[87] This case could have been — and ought to have been — resolved by extending the logic of *Mann*. First, Sgt. Boyd, while lawfully engaged in his duties, had a reasonable suspicion that Mr. MacDonald was armed and dangerous. Second, in response to that reasonable suspicion, Sgt. Boyd's conduct — pushing Mr. MacDonald's door open a few more inches — was "no more intrusive of liberty interests than [was] reasonably necessary to address the risk" (*Aucoin*, at para. 36, quoting *Clayton*, at para. 31). Accordingly, the search was reasonable for purposes of s. 8.

[88] It must be stressed that in cases such as the one at hand, the "*Mann* standard" for protective searches, as properly understood, does not empower an officer to engage in random searches based on a whim or a hunch. Rather, the officer's suspicion that the individual is armed and dangerous must be reasonable having regard to the totality of the circumstances. As this Court said recently in *Chehil*, the belief must be derived from "objectively discernible facts, which can then be subjected to independent judicial scrutiny" (para. 26).

1 In *Hunter*, this Court held that *probabilities* and not *possibilities* satisfy the reasonable grounds to believe standard (p. 167).

l'existence de motifs raisonnables et probables. Le sergent Boyd croyait à une possibilité, et non à une probabilité[1]. Autrement dit, il *soupçonnait* subjectivement M. MacDonald d'être armé, et ces soupçons étaient objectivement raisonnables.

[86] À la lumière de ces cinq motifs — le libellé de *Mann*, le contexte historique ayant mené à cet arrêt, les conséquences logiques de l'interprétation selon laquelle l'arrêt *Mann* exige des motifs raisonnables de croire, la jurisprudence qui a interprété ce précédent, et les faits de l'espèce — une seule conclusion s'impose : l'arrêt *Mann* reconnaît un pouvoir de fouille préventive fondé sur des soupçons raisonnables.

[87] On aurait pu — et il aurait fallu — résoudre la présente affaire suivant la logique de *Mann*. Premièrement, le sergent Boyd, dans l'exercice légitime de ses fonctions, soupçonnait raisonnablement que M. MacDonald était armé et dangereux. Deuxièmement, à cause de ces soupçons raisonnables, la conduite du sergent Boyd — pousser la porte de M. MacDonald pour l'ouvrir quelques pouces de plus — « n'a porté atteinte à la liberté que dans la mesure raisonnablement nécessaire pour faire face au risque » (*Aucoin*, par. 36, citant *Clayton*, par. 31). En conséquence, la fouille était non abusive pour les besoins de l'art. 8.

[88] Il importe de souligner que, dans des cas comme celui-ci, la « norme de l'arrêt *Mann* » relative aux fouilles préventives, interprétée adéquatement, n'autorise pas les policiers à effectuer des fouilles au hasard à leur gré ou en se fiant à leur intuition. Au contraire, les soupçons d'un policier selon lesquels une personne est armée et dangereuse doivent être raisonnables eu égard à l'ensemble des circonstances. Tout comme l'a récemment affirmé la Cour dans *Chehil*, la croyance doit découler de « faits objectivement discernables, qui peuvent ensuite être soumis à l'examen judiciaire indépendant » (par. 26).

1 Suivant l'arrêt *Hunter*, le respect de la norme des motifs raisonnables de croire exige des *probabilités*, et non des *possibilités* (p. 167).

2014 SCC 3 (CanLII)

[89] Nor is the proposition of a reasonable suspicion standard — even where it authorizes entry into a home — unfaithful to the *Charter*. Though *Hunter* established a presumption of reasonable and probable grounds, Dickson J. (as he then was) was careful to observe that in some circumstances "the relevant standard might well be a different one" (p. 168). That is to say, the purpose of a search matters. While the general rule is that a warrant secured on reasonable and probable grounds is required for entry into a home to effect an arrest (*R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13), the *Criminal Code* provides for warrantless entry in "exigent circumstances" where there are "reasonable grounds to suspect that entry into the dwelling-house is necessary to prevent imminent bodily harm or death to any person" (see, e.g., ss. 487.11 and 529.3(2)). Moreover, this Court has recognized that warrantless entry into a home is authorized by a 911 distress call, as it reveals a potential threat to life (see *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311). Similarly, in *R. v. Golub* (1997), 34 O.R. (3d) 743, leave to appeal refused, [1998] 1 S.C.R. ix, the Ontario Court of Appeal recognized a power to search a home without a warrant incidental to arrest on the basis of "a reasonable suspicion" that a threat to safety existed (pp. 758-59).

[89] La norme proposée des soupçons raisonnables — même si elle autorise l'entrée dans une résidence — ne déroge pas non plus à la *Charte*. Bien qu'il ait établi une présomption d'application de la norme des motifs raisonnables et probables, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Hunter* a pris soin de préciser que, dans certaines circonstances, « le critère pertinent pourrait fort bien être différent » (p. 168). Autrement dit, l'objectif de la fouille est important. Bien que, en règle générale, un mandat décerné sur la foi de motifs raisonnables et probables soit nécessaire pour pouvoir pénétrer dans une résidence afin de procéder à une arrestation (*R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13), le *Code criminel* autorise certaines entrées sans mandat en situation d'« urgence » lorsqu'il existe « des motifs raisonnables de soupçonner qu'il est nécessaire de pénétrer dans la maison d'habitation pour éviter à une personne des lésions corporelles imminentes ou la mort » (voir, p. ex., l'art. 487.11 et le par. 529.3(2)). De plus, la Cour a reconnu qu'un appel de détresse au 911 justifie une entrée sans mandat dans une résidence, parce qu'il révèle une menace potentielle pour la vie (voir *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311). De même, dans *R. c. Golub* (1997), 34 O.R. (3d) 743, autorisation de pourvoi refusée, [1998] 1 R.C.S. ix, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que les policiers peuvent fouiller sans mandat une résidence accessoirement à une arrestation s'ils ont des [TRADUCTION] « soupçons raisonnables » qu'il existe une menace pour la sécurité (p. 758-759).

[90] In the end, this case illustrates the danger of leaving police powers to be developed in a piecemeal fashion by the courts. Today, our colleagues impose a standard requiring that an officer have reasonable grounds to believe an individual is armed and dangerous before a "safety search" is authorized, effectively overturning the search power recognized in *Mann* and a decade of subsequent jurisprudence in the process.

[90] En fin de compte, la présente affaire illustre bien le danger de laisser les tribunaux établir au cas par cas les pouvoirs des policiers. Nos collègues imposent aujourd'hui une norme selon laquelle un policier doit avoir des motifs raisonnables de croire qu'une personne est armée et dangereuse avant d'être autorisé à effectuer une « fouille de sécurité », ce qui supprime dans les faits le pouvoir de fouille reconnu dans *Mann* et écarte du même coup la jurisprudence des dix années qui ont suivi.

[91] We should be clear about the consequences of the majority's decision: officers are deprived of the ability to conduct protective searches except in circumstances where they already have grounds

[91] Il est important de bien saisir les conséquences de la décision rendue par les juges majoritaires : les policiers sont privés du pouvoir d'effectuer une fouille préventive, sauf s'ils ont déjà des motifs

2014 SCC 3 (CanLII)

to arrest. As of today, officers are empowered to detain individuals they *suspect* are armed and dangerous for investigatory purposes, but they have no power to conduct pat-down searches to ensure their safety or the safety of the public as they conduct these investigations. In our view, a police officer in the field, faced with a realistic risk of imminent harm, should be able to act immediately and take reasonable steps, in the form of a minimally intrusive safety search, to alleviate the risk.

[92] Subject to this disagreement with the majority, we join the balance of Justice LeBel's reasons and would dispose of the case as he proposes.

Appeal of Erin Lee MacDonald dismissed and appeal of Her Majesty The Queen allowed.

Solicitors for the appellant/respondent: Wolch, Hursh, deWit, Silverberg & Watts, Calgary.

Solicitor for the respondent/appellant: Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.

Solicitor for the intervener the Director of Public Prosecutions: Public Prosecution Service of Canada, Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

de procéder à une arrestation. À partir d'aujourd'hui, les policiers peuvent détenir à des fins d'enquête les personnes *soupçonnées* d'être armées et dangereuses, mais ne sont pas autorisés à effectuer des fouilles par palpation pour assurer leur sécurité ou celle du public dans le cadre d'une enquête. À notre avis, un policier sur le terrain exposé à un risque réaliste de préjudice imminent devrait pouvoir agir immédiatement et prendre des mesures raisonnables, sous la forme d'une fouille peu envahissante, pour atténuer ce risque.

[92] Sous réserve de cette divergence d'opinions, nous souscrivons pour le reste aux motifs du juge LeBel et nous sommes d'avis de trancher l'affaire comme il le propose.

Pourvoi d'Erin Lee MacDonald rejeté et pourvoi de Sa Majesté la Reine accueilli.

Procureurs de l'appelant/intimé : Wolch, Hursh, deWit, Silverberg & Watts, Calgary.

Procureur de l'intimée/appelante : Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.

Procureur de l'intervenant le directeur des poursuites pénales : Service des poursuites pénales du Canada, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

2014 SCC 3 (CanLII)

1999 CanLII 637 (SCC)

L.C. (The Complainant) and the Attorney General for Alberta *Appellants*

v.

Brian Joseph Mills *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Nova Scotia, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General of Prince Edward Island, the Attorney General for Saskatchewan, the Canadian Mental Health Association, the Canadian Psychiatric Association, the Child and Adolescent Services Association, the Criminal Lawyers' Association (Ontario), the Association québécoise des avocats et avocates de la défense, the Women's Legal Education and Action Fund, the Canadian Civil Liberties Association, the Canadian Council of Criminal Defence Lawyers, the Alberta Association of Sexual Assault Centres and the Sexual Assault Centre of Edmonton *Interveners*

INDEXED AS: R. *v.* MILLS

File No.: 26358.

1999: January 19; 1999: November 25.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory,* McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE ALBERTA COURT OF QUEEN'S BENCH

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Right to fair trial — Right to make full answer and defence — Right to privacy — Right to

*Cory J. took no part in the judgment.

L.C. (la plaignante) et le procureur général de l'Alberta *Appelants*

c.

Brian Joseph Mills *Intimé*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, le procureur général de la Saskatchewan, l'Association canadienne pour la santé mentale, l'Association des psychiatres du Canada, la Child and Adolescent Services Association, la Criminal Lawyers' Association (Ontario), l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, l'Association canadienne des libertés civiles, le Conseil canadien des avocats de la défense, l'Alberta Association of Sexual Assault Centres et le Sexual Assault Centre of Edmonton *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* MILLS

N° du greffe: 26358.

1999: 19 janvier; 1999: 25 novembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory*, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR DU BANC DE LA REINE DE L'ALBERTA

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Droit à un procès équitable — Droit à une défense pleine et entière — Droit à la vie privée —

*Le juge Cory n'a pas pris part au jugement.

equality — Sexual offences — Production of records to accused — Balancing of rights and interests: privacy, equality and full answer and defence — Whether Criminal Code provisions dealing with production of records in sexual offence proceedings infringing ss. 7 and 11(d) of Charter — If so, whether infringement justified — Whether constitutional challenge premature — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 11(d), 15 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 278.1 to 278.91.

Criminal law — Sexual offences — Production of records to accused — Whether Criminal Code provisions dealing with production of records in sexual offence proceedings unconstitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 11(d), 15 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 278.1 to 278.91.

The accused was charged with one count of sexual assault and one count of unlawful sexual touching. On the scheduled day of the trial, the Crown provided the accused with a statement of the complainant L.C. Counsel for the accused also obtained partial disclosure of therapeutic records and notes relating to the complainant that were in the possession of a counselling organization. Counsel for the accused later sought production of records relating to the complainant held by a psychiatrist and a child and adolescent services association. The trial judge then informed the parties that on May 12, 1997, Bill C-46 was proclaimed into force and amended the *Criminal Code* to include ss. 278.1 to 278.91, which deal with the production of records in sexual offence proceedings. The accused brought a constitutional challenge attacking the validity of these provisions on the basis that they violated ss. 7 and 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The trial judge concluded that the new *Criminal Code* provisions infringed the accused's rights under ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter* and, in a separate judgment, ruled that the impugned provisions were not saved by s. 1 of the *Charter*.

Held (Lamer C.J. dissenting in part): The appeal should be allowed. Sections 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code* are constitutional.

Droit à l'égalité — Infractions d'ordre sexuel — Communication de dossiers à l'accusé — Évaluation de droits et d'intérêts en matière de vie privée, d'égalité et de défense pleine et entière — Les dispositions du Code criminel qui concernent la communication de dossiers dans des poursuites relatives à une infraction d'ordre sexuel portent-elles atteinte aux art. 7 et 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — La contestation constitutionnelle est-elle prématurée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 11d), 15 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 278.1 à 278.91.

Droit criminel — Infractions d'ordre sexuel — Communication de dossiers à l'accusé — Les dispositions du Code criminel qui concernent la communication de dossiers dans des poursuites relatives à une infraction d'ordre sexuel sont-elles inconstitutionnelles? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 11d), 15 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 278.1 à 278.91.

L'accusé devait répondre à un chef d'agression sexuelle et à un chef d'attouchements sexuels illicites. À la date prévue pour la tenue du procès, le ministère public a remis à l'accusé une déclaration de la plaignante L.C. L'avocat de l'accusé a aussi obtenu une communication partielle des dossiers thérapeutiques et des notes relatives à la plaignante qui étaient en la possession d'un organisme de consultation. Par la suite, l'avocat de l'accusé a demandé la communication de dossiers relatifs à la plaignante qui étaient en la possession d'un psychiatre et d'une association offrant des services aux enfants et aux adolescents. Le juge du procès a alors informé les parties que le projet de loi C-46 (ci-après «loi C-46») était entré en vigueur le 12 mai 1997 et qu'il modifiait le *Code criminel* en y ajoutant les art. 278.1 à 278.91, qui concernent la communication de dossiers dans des poursuites relatives à une infraction d'ordre sexuel. L'accusé a contesté la constitutionnalité de ces dispositions en faisant valoir qu'elles violaient l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge du procès a conclu que les nouvelles dispositions du *Code criminel* portaient atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte* et il a décidé, dans un jugement distinct, que les dispositions attaquées n'étaient pas sauvegardées par l'article premier de la *Charte*.

Arrêt (le juge en chef Lamer est dissident en partie): Le pourvoi est accueilli. Les articles 278.1 à 278.91 du *Code criminel* sont conformes à la Constitution.

1999 CanLII 637 (SCC)

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.: To challenge the constitutionality of the impugned legislation, the accused need not prove that the legislation would probably violate his right to make full answer and defence. It is sufficient that he establish that the legislation is unconstitutional in its general effect. In determining whether a constitutional challenge is premature, one must ask whether the record provides sufficient facts to permit a court to adjudicate properly the issues raised. The record in this case contains sufficient facts to resolve the issues posed by the present appeal and the constitutional challenge is therefore not premature. A determination that the legislation at issue in this appeal is unconstitutional in its general effect involves an assessment of its effects under reasonable hypothetical circumstances.

Although the procedure governing the production of private records of complainants in sexual assault proceedings set out in Bill C-46 differs significantly from the *O'Connor* regime, it does not follow that Bill C-46 is unconstitutional. Parliament may build on the Court's decision, and develop a different scheme as long as it meets the required constitutional standards. A posture of respect towards Parliament has been adopted by the courts. The relationship between the courts and the legislature should be one of dialogue. The courts do not hold a monopoly on the protection and promotion of rights and freedoms. Parliament also plays a role in this regard and is often able to act as a significant ally for vulnerable groups, especially in the context of sexual violence. While it is the role of the courts to specify constitutional standards, there may be a range of permissible regimes that can meet these standards. In adopting Bill C-46, Parliament sought to recognize the prevalence of sexual violence against women and children and its disadvantageous impact on their rights, to encourage the reporting of incidents of sexual violence, to recognize the impact of the production of personal information on the efficacy of treatment, and to reconcile fairness to complainants with the rights of the accused. Parliament may also be understood to be recognizing "horizontal" equality concerns, where women's inequality results from the acts of other individuals and groups rather than the state.

At issue in the present case is whether the procedure established in Bill C-46 violates the principles of fundamental justice. Two principles of fundamental justice seem to conflict: the right to full answer and defence

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie: Pour contester la constitutionnalité de la mesure législative en cause, l'accusé n'a pas à prouver qu'elle porterait vraisemblablement atteinte à son droit à une défense pleine et entière. Il lui suffit d'établir que cette mesure législative est inconstitutionnelle sur le plan de son incidence générale. Pour déterminer si une contestation constitutionnelle est prématurée, il faut se demander si le dossier contient suffisamment de faits pour permettre au tribunal de bien trancher les questions soulevées. En l'espèce, le dossier contient suffisamment de faits pour trancher les questions soulevées par le pourvoi et la contestation constitutionnelle n'est donc pas prématurée. Pour déterminer si la mesure législative en cause dans le présent pourvoi est inconstitutionnelle sur le plan de son incidence générale, il faut en évaluer les effets dans des circonstances hypothétiques raisonnables.

Bien que la procédure que la loi C-46 établit relativement à la communication des dossiers privés de plaignants dans des procédures en matière d'agression sexuelle diffère sensiblement du régime prévu par l'arrêt *O'Connor*, il ne s'ensuit pas que la loi C-46 est inconstitutionnelle. Le législateur peut s'inspirer de la décision de la Cour et concevoir un régime différent pourvu qu'il respecte les normes constitutionnelles requises. Les tribunaux ont adopté une attitude de respect envers le législateur. Les rapports entre les tribunaux et le législateur doivent être caractérisés par le dialogue. Les tribunaux n'ont pas le monopole de la protection et de la promotion des droits et libertés. Le législateur joue également un rôle à cet égard et il est souvent en mesure de faire fonction d'allié important pour les groupes vulnérables, particulièrement dans le contexte de la violence sexuelle. Bien qu'il appartienne aux tribunaux de préciser les normes constitutionnelles, il peut y avoir une gamme de régimes acceptables qui y satisfont. En adoptant la loi C-46, le législateur a cherché à reconnaître la fréquence des agressions sexuelles contre les femmes et les enfants ainsi que leurs effets néfastes sur leurs droits, à encourager la dénonciation des cas de violence sexuelle, à reconnaître l'incidence de la communication de renseignements personnels sur l'efficacité des traitements et à concilier l'équité pour le plaignant avec les droits de l'accusé. On peut aussi considérer que le législateur reconnaît des soucis d'égalité «horizontale» lorsque l'inégalité des femmes résulte d'actes accomplis par d'autres personnes et groupes plutôt que par l'État.

La question qui se pose en l'espèce est de savoir si la procédure établie par la loi C-46 viole les principes de justice fondamentale. Deux principes de justice fondamentale semblent entrer en conflit: le droit à une

1999 CanLII 637 (SCC)

and the right to privacy. Neither right may be defined in such a way as to negate the other and both sets of rights are informed by the equality rights at play in this context. No single principle is absolute and capable of trumping the others; they must all be defined in light of competing claims. A contextual approach to the interpretation of rights should be adopted as they often inform, and are informed by, other rights at issue in the circumstances. It is important, however, to distinguish between balancing the principles of fundamental justice under s. 7 and balancing interests under s. 1 of the *Charter*. The issue under s. 7 is the delineation of the boundaries of the rights in question whereas under s. 1 the question is whether the violation of these boundaries may be justified. In this context, the right to make full answer and defence, the right to privacy, and the right to equality must be defined.

The right of an accused to make full answer and defence is crucial to ensuring that the innocent are not convicted. In the context of records production, it is important not to place the accused in a Catch-22 situation as often the accused may be in the difficult position of making submissions regarding the importance to full answer and defence of records that he or she has not seen. The accused's right to make full answer and defence must be understood in light of other principles of fundamental justice which may embrace interests and perspectives beyond those of the accused. In this context, full answer and defence does not include the right to evidence that would distort the search for truth inherent in the trial process.

An order for the production of records made pursuant to ss. 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code* is a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*. The reasonable expectation of privacy or right to be left alone by the state protected by s. 8 includes the ability to control the dissemination of confidential information. Privacy is also necessarily related to many fundamental human relations. The therapeutic relationship is one that is characterized by trust, an element of which is confidentiality. The protection of the complainant's reasonable expectation of privacy in her therapeutic records protects the therapeutic relationship and the mental integrity of complainants and witnesses. Security of the person is violated by state action interfering with an individual's mental integrity. Therefore, in cases where a therapeutic relationship is threatened by the disclosure of private records, security of the person and not just privacy is implicated. The right to privacy is one which

défense pleine et entière et le droit à la vie privée. Aucun de ces droits ne saurait être défini de manière à annuler l'autre, et les deux reposent sur le droit à l'égalité qui est en jeu dans le présent contexte. Aucun de ces principes n'est absolu et n'est susceptible de l'emporter sur les autres; ils doivent tous être définis à la lumière de revendications opposées. Il y a lieu de donner à ces droits une interprétation fondée sur le contexte parce qu'ils sous-tendent ou s'inspirent souvent d'autres droits en cause dans les circonstances. Il importe, cependant, d'établir une distinction entre l'évaluation des principes de justice fondamentale au sens de l'art. 7 et l'évaluation d'intérêts fondée sur l'article premier de la *Charte*. La question qui se pose en vertu de l'art. 7 est celle de la délimitation des droits en question tandis que la question qui se pose en vertu de l'article premier est de savoir si le non-respect de ces limites peut être justifié. Les droits à une défense pleine et entière, à la vie privée et à l'égalité doivent être définis dans ce contexte.

Le droit d'un accusé à une défense pleine et entière est crucial pour éviter qu'un innocent ne soit déclaré coupable. Dans le contexte de la communication de dossiers, il est important de ne pas placer l'accusé dans une situation sans issue, car souvent il peut se trouver dans la situation délicate où il doit présenter des observations concernant l'importance, aux fins d'assurer une défense pleine et entière, de dossiers qu'il n'a pas vus. Le droit de l'accusé à une défense pleine et entière doit être interprété en fonction des autres principes de justice fondamentale qui peuvent englober des intérêts et des points de vue autres que ceux de l'accusé. Dans ce contexte, le droit à une défense pleine et entière n'inclut pas le droit à des éléments de preuve qui fausseraient la recherche de la vérité inhérente au processus judiciaire.

Une ordonnance de communication de dossiers fondée sur les art. 278.1 à 278.91 du *Code criminel* est une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*. L'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée ou le droit de ne pas être importuné par l'État que garantit l'art. 8 comporte la capacité de contrôler la diffusion de renseignements confidentiels. La vie privée est aussi nécessairement liée à de nombreux rapports humains fondamentaux. La relation thérapeutique est caractérisée par la confiance, dont un élément est la confidentialité. La protection de l'attente raisonnable du plaignant quant au respect du caractère privé de ses dossiers thérapeutiques préserve la relation thérapeutique et l'intégrité mentale des plaignants et des témoins. L'action de l'État qui nuit à l'intégrité mentale d'une personne porte atteinte à la sécurité de cette dernière. Par conséquent, dans les affaires où une relation thérapeutique est compromise par la communication de dossiers privés, il y va

1999 CanLII 637 (SCC)

may be limited as reasonable searches and seizures are permitted by s. 8 of the *Charter*. Given that s. 8 addresses a particular application of the principles of fundamental justice it may be inferred that a reasonable search or seizure is consistent with the principles of fundamental justice and accommodates both the accused's ability to make full answer and defence and the complainant's privacy right. The accused will have no right to the records in question insofar as they contain information that is either irrelevant or would serve to distort the search for truth. On the other hand, the accused's right must prevail where the lack of disclosure or production of the record would render him unable to make full answer and defence. Between these extremes lies a spectrum of possibilities regarding where to strike a balance between these competing rights in any particular context. Full answer and defence will be more centrally implicated where the information contained in a record is part of the case to meet or where its potential probative value is high. Privacy rights will be most directly at stake where a record concerns aspects of one's individual identity or where confidentiality is crucial to a therapeutic or trust-like relationship.

de la sécurité de la personne en cause et non seulement de sa vie privée. Le droit à la vie privée est un droit qui peut être limité étant donné que l'art. 8 de la *Charte* permet les fouilles, perquisitions et saisies non abusives. Étant donné que l'art. 8 vise une application particulière des principes de justice fondamentale, on peut en déduire qu'une fouille, perquisition ou saisie non abusive est conforme aux principes de justice fondamentale et tient compte à la fois de la capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière, et du droit à la vie privée du plaignant. L'accusé n'a pas droit aux dossiers en cause dans la mesure où ils contiennent des renseignements qui ne sont pas pertinents ou qui contribueraient à fausser la recherche de la vérité. Par contre, le droit de l'accusé doit l'emporter lorsque l'omission de communiquer le dossier le rend incapable de présenter une défense pleine et entière. Il existe, entre ces extrêmes, un éventail de possibilités quant à l'équilibre à atteindre entre ces droits opposés dans un contexte particulier. Le droit à une défense pleine et entière est impliqué plus directement si les renseignements contenus dans un dossier font partie de la preuve du ministère public ou si leur valeur probante est élevée. Le droit à la vie privée est le plus directement touché lorsqu'un dossier porte sur des aspects de l'identité d'une personne ou lorsque la confidentialité est essentielle à une relation thérapeutique ou à une autre relation également fondée sur la confiance.

Equality concerns must also inform the contextual circumstances in which the rights of full answer and defence and privacy will come into play. An appreciation of myths and stereotypes in the context of sexual violence is essential to delineate properly the boundaries of full answer and defence. An appreciation of the equality dimensions of record production in cases concerning sexual violence highlights the need to balance privacy and full answer and defence in a manner that fully respects the privacy interests of complainants.

Des soucis d'égalité doivent aussi sous-tendre les circonstances factuelles dans lesquelles le droit à une défense pleine et entière et le droit à la vie privée entrent en jeu. Une appréciation des mythes et des stéréotypes dans le contexte de la violence sexuelle est essentielle pour bien délimiter le droit à une défense pleine et entière. Une appréciation des répercussions, sur le plan de l'égalité, de la communication des dossiers dans des affaires de violence sexuelle fait ressortir la nécessité d'établir un équilibre entre la vie privée et la défense pleine et entière d'une manière qui respecte pleinement les intérêts en matière de vie privée des plaignants.

The definition of the records subject to Bill C-46 is not overly broad as the legislation only applies to records in which there is a reasonable expectation of privacy. The legislation is therefore consistent with the definition of privacy rights under s. 8 of the *Charter*. Documents falling within the ambit of Bill C-46 may or may not be ordered to be disclosed to the accused pursuant to the legislative regime. It is therefore the procedures established by Bill C-46 and not the spectrum of

La définition des dossiers visés par la loi C-46 n'est pas trop large étant donné que cette mesure législative ne s'applique qu'aux dossiers pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée. La mesure législative est donc compatible avec la définition des droits en matière de vie privée garantis par l'art. 8 de la *Charte*. Les documents qui relèvent de la loi C-46 peuvent faire l'objet d'une ordonnance de communication à l'accusé, conformément au régime que cette loi établit. C'est donc la procédure établie par la loi C-46, et non la gamme de dossiers soumis à cette

1999 CanLII 637 (SCC)

records subject to these procedures that will determine the fairness or constitutionality of the legislation.

The mere fact that s. 278.2 of the *Criminal Code* prevents the automatic disclosure of all relevant and non-privileged information in the possession of the Crown does not deprive the accused of his right to full answer and defence. This provision does not by itself deny access to documents to which the defence is constitutionally entitled. It was open for Parliament to determine what procedure was to be followed where third party records were in the possession of the Crown without the existence of an express waiver. Crown possession or control of such records cannot be equated with a total loss of any reasonable expectation of privacy. Although the Crown can obtain private records through a search warrant or subpoena while the accused, in the absence of an express waiver, can only apply for the documents under Bill C-46, s. 278.2 of the *Criminal Code* does not provide the Crown with an unconstitutional advantage. It is constitutionally permissible for the Crown to be subject to different treatment, to different procedures, or even to end up with documents that the accused has not seen, as long as the accused can make full answer and defence and the trial is fundamentally fair. Any unfairness to the accused is offset by the provision that requires disclosure to the defence if the protection of the legislation is waived and the requirement under s. 278.2(3) that the prosecutor notify the accused of the private documents in his or her possession. A fully informed complainant may waive the protection of the legislation by express declaration or by voluntarily providing records to the Crown. The fact that the Crown may possess documents that the accused has not seen does not violate s. 7 of the *Charter* as the remainder of Bill C-46 gives the accused sufficient access to all relevant documents.

Section 278.3(4) of the *Criminal Code*, which lists a series of assertions that cannot on their own establish that a record is likely relevant, does not violate s. 7 of the *Charter*. The purpose of this provision is to prevent speculative and unmeritorious requests for production. It does not entirely prevent an accused from relying on the factors listed, but simply prevents reliance on bare assertions of the listed matters where there is no other evidence and they stand on their own. This provision prevents speculative myths, stereotypes, and generalized assumptions about sexual assault victims and classes of

procédure, qui détermine l'équité ou la constitutionnalité de la mesure législative.

Le simple fait que l'art. 278.2 du *Code criminel* empêche la divulgation automatique de tout renseignement pertinent non protégé qui est en la possession du ministère public ne prive pas l'accusé de son droit à une défense pleine et entière. Cette disposition ne refuse pas en soi l'accès aux documents auxquels la défense a droit suivant la Constitution. Il était loisible au législateur de déterminer la procédure à suivre lorsque des dossiers de tiers sont en la possession du ministère public en l'absence de renonciation expresse. On ne saurait assimiler la possession ou le contrôle de tels dossiers par le ministère public à une perte totale de toute attente raisonnable en matière de protection de la vie privée. Bien que le ministère public puisse obtenir des dossiers privés au moyen d'un mandat de perquisition ou d'un bref d'assignation, alors qu'en l'absence de renonciation expresse l'accusé ne peut que présenter une demande fondée sur la loi C-46 en vue d'obtenir ces documents, l'art. 278.2 du *Code criminel* ne confère pas au ministère public un avantage inconstitutionnel. Il est constitutionnellement acceptable que le ministère public fasse l'objet d'un traitement différent, d'une procédure différente, ou même qu'il se retrouve en possession de documents que l'accusé n'a pas vus, pourvu que l'accusé puisse présenter une défense pleine et entière et que le procès soit fondamentalement équitable. Toute iniquité envers l'accusé est supprimée par la disposition qui prescrit la divulgation à la défense en cas de renonciation à la protection de la mesure législative et par l'exigence du par. 278.2(3) que le poursuivant informe l'accusé des documents privés qu'il a en sa possession. Un plaignant peut renoncer, en toute connaissance de cause, à la protection de la mesure législative au moyen d'une déclaration expresse ou en remettant volontairement ses dossiers au ministère public. Le fait que le ministère public puisse posséder des documents que l'accusé n'a pas vus ne contrevient pas à l'art. 7 de la *Charte* et les autres dispositions de la loi C-46 donnent à l'accusé un accès suffisant à tous les documents pertinents.

Le paragraphe 278.3(4) du *Code criminel*, qui énumère une série d'affirmations qui ne sont pas susceptibles en soi d'établir qu'un dossier est vraisemblablement pertinent, ne contrevient pas à l'art. 7 de la *Charte*. Cette disposition a pour objet d'empêcher les demandes de communication qui reposent sur la conjecture et qui sont mal fondées. Elle n'empêche pas totalement l'accusé d'invoquer les facteurs énumérés, mais ne fait que l'empêcher d'invoquer de simples affirmations au sujet des questions énumérées, lorsqu'il n'y a pas d'autres éléments de preuve et que ces facteurs doivent être

1999 CanLII 637 (SCC)

records from forming the entire basis of an otherwise unsubstantiated order for production of private records. Where any one of the listed assertions is made and supported by the required evidentiary and informational foundation, the trial judge remains the ultimate arbiter in deciding whether the likely relevance threshold is met.

In s. 278.5(1) of the *Criminal Code* Parliament supplemented the "likely relevant" standard for production to the judge proposed in *O'Connor* with the further requirement that production be "necessary in the interests of justice". This new standard is the result of a lengthy consultation process and is a notable example of the dialogue between the judicial and legislative branches. Under the new provision a trial judge is required to consider the salutary and deleterious effects of production to the court on the accused's right to make full answer and defence and on the rights to privacy and equality of the complainant or witness. Once likely relevance is established, the fact that a consideration of the rights and interests of those affected by production to the court might result in production not being ordered does not necessarily render the legislation unconstitutional. The non-disclosure of third party records with a high privacy interest that may contain relevant evidence will not compromise trial fairness where such non-disclosure would not prejudice the accused's right to full answer and defence. The criterion that production to the court be necessary in the interests of justice invests the trial judge with the discretion to consider the full range of rights and interests at issue before ordering production, in a manner scrupulously respectful of the requirements of the *Charter*. If the judge concludes that it is necessary to examine the documents at issue in order to determine whether they should be produced to enable the accused to make full answer and defence, then production to the judge is necessary in the interests of justice. Likewise if the judge is left uncertain about whether the production of the documents is necessary to make full answer and defence, then the judge should rule in favour of inspecting the document.

In determining whether production is necessary in the interests of justice, the judge need not engage in a

considérés en soi. Cette disposition empêche que les mythes, les stéréotypes et les hypothèses générales au sujet des victimes d'agression sexuelle et des catégories de dossiers ne constituent le seul fondement d'une ordonnance de communication de dossiers privés qui serait par ailleurs non justifiée. Lorsqu'une des affirmations énumérées est faite et qu'elle est étayée par les éléments de preuve ou les renseignements requis, le juge du procès demeure l'arbitre qui, en fin de compte, jouit du droit de décider si le seuil de la pertinence vraisemblable est franchi.

Au paragraphe 278.5(1) du *Code criminel*, le législateur a complété la norme de la «pertinence probable» en matière de communication au juge, qui avait été proposée dans l'arrêt *O'Connor*, par l'exigence supplémentaire que la communication «ser[ve] les intérêts de la justice». Cette nouvelle norme résulte d'un long processus de consultation et est un exemple remarquable du dialogue entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif. En vertu de la nouvelle disposition, le juge du procès doit prendre en considération les effets bénéfiques et préjudiciables de la communication au tribunal sur le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et sur les droits à la vie privée et à l'égalité du plaignant ou du témoin. Une fois que la pertinence vraisemblable est établie, le fait que l'examen des droits et intérêts des personnes touchées par la communication au tribunal soit susceptible d'entraîner le refus d'ordonner la communication ne rend pas nécessairement la mesure législative inconstitutionnelle. La non-communication des dossiers de tiers qui font l'objet d'un intérêt élevé en matière de vie privée et qui peuvent contenir des éléments de preuve pertinents ne compromet pas l'équité du procès lorsqu'elle ne préjudicie pas au droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Le critère selon lequel la communication au tribunal doit servir les intérêts de la justice confère au juge du procès le pouvoir discrétionnaire de prendre en considération, d'une manière qui respecte scrupuleusement les exigences de la *Charte*, la gamme complète des droits et intérêts en cause avant d'ordonner la communication. Si le juge conclut qu'il est nécessaire d'examiner les documents en cause pour déterminer s'ils devraient être communiqués à l'accusé afin de lui permettre de présenter une défense pleine et entière, la communication au juge sert alors les intérêts de la justice. De même, si le juge n'est pas certain que la communication des documents soit nécessaire à la présentation d'une défense pleine et entière, celui-ci doit alors décider d'examiner le document.

Pour déterminer si la communication sert les intérêts de la justice, le juge n'a pas à entreprendre une évalua-

1999 CanLII 637 (SCC)

conclusive and in-depth analysis of each of the factors listed in s. 278.5(2). The provision merely requires that the judge take these factors into account. Even at this early stage, the analysis required can have a sufficient evidentiary basis through Crown disclosure, defence witnesses, the cross-examination of Crown witnesses at both the preliminary inquiry and trial, and expert evidence. In addition to the evidentiary foundation of a case, considerations such as the nature of the records sought and the manner in which these records were taken will often provide trial judges with sufficient information to be able to consider and take into account the factors listed in s. 278.5(2) and fulfil the requirements of s. 278.5(1).

When determining whether production of part or all of the impugned record to the accused is necessary in the interests of justice under s. 278.7(1) of the *Criminal Code*, trial judges are only asked to take into account the factors listed in s. 278.5(2) and are not required to rule conclusively on each factor. Trial judges are also not required to determine whether factors relating to the privacy and equality of the complainant or witness outweigh factors relating to the accused's right to full answer and defence. The inclusion of societal interest factors in the analysis does not alter the constitutional balance established in *O'Connor*. The requirement that the judge consider the effect of the determination on the integrity of the trial process relates to whether the search for truth would be advanced by the production of the records in question or whether the material would introduce discriminatory biases and beliefs into the fact-finding process. The scheme created by Parliament permits judges to exercise wide discretion and consider a variety of factors in order to preserve the complainant's privacy and equality rights to the maximum extent possible, and also ensure that the accused has access to the documents required to make full answer and defence.

Per Lamer C.J. (dissenting in part): Although Bill C-46 complies with ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter* as it applies to the production of records in the possession of third parties, ss. 278.3(3)(*b*) and 278.5(1)(*b*) of the *Criminal Code* infringe these *Charter* provisions as they apply to records in the Crown's possession or control. Parliament was unquestionably free to fashion a legislative scheme to address the issue of the procedure applicable to the production of records in the Crown's possession in the absence of an express waiver. However,

tion définitive et approfondie de chacun des facteurs énumérés au par. 278.5(2). La disposition exige simplement que le juge tienne compte de ces facteurs. Même à cette étape initiale, l'analyse requise peut être étayée par un fondement probatoire suffisant établi au moyen des documents et dossiers communiqués par le ministère public, des témoins de la défense, du contre-interrogatoire des témoins du ministère public tant à l'enquête préliminaire qu'au procès, et au moyen d'une preuve d'expert. Outre le fondement probatoire d'une affaire, des éléments comme la nature des dossiers demandés et la manière dont ces dossiers ont été constitués fourniront souvent au juge du procès suffisamment de renseignements pour qu'il puisse prendre en considération les facteurs énumérés au par. 278.5(2) et en tenir compte, et pour qu'il puisse satisfaire aux exigences du par. 278.5(1).

Pour décider si la communication à l'accusé de la totalité ou d'une partie du dossier contesté sert les intérêts de la justice, au sens du par. 278.7(1) du *Code criminel*, le juge du procès n'est requis que de tenir compte des facteurs énumérés au par. 278.5(2) et n'est pas tenu de se prononcer de façon définitive sur chacun de ceux-ci. Il n'est pas non plus tenu de décider si les facteurs relatifs au droit à la vie privée et au droit à l'égalité du plaignant ou du témoin l'emportent sur ceux concernant le droit de l'accusé à une défense pleine et entière. L'inclusion des facteurs de l'intérêt de la société dans l'analyse ne modifie pas l'équilibre constitutionnel établi dans l'arrêt *O'Connor*. L'exigence que le juge prenne en considération l'effet de la décision sur l'intégrité du processus judiciaire a trait à la question de savoir si la communication des dossiers en question favoriserait la recherche de la vérité ou si les documents en cause introduiraient des préjugés et des croyances discriminatoires dans l'appréciation des faits. Le régime créé par le législateur permet aux juges d'exercer un large pouvoir discrétionnaire et d'examiner divers facteurs afin de préserver le plus possible les droits à la vie privée et à l'égalité du plaignant et de veiller à ce que l'accusé ait accès aux documents dont il a besoin pour présenter une défense pleine et entière.

Le juge en chef Lamer (dissident en partie): Bien que la loi C-46 soit conforme à l'art. 7 et à l'al. 11*d*) de la *Charte* en ce qui concerne la communication de dossiers en la possession de tiers, les al. 278.3(3)*b*) et 278.5(1)*b*) du *Code criminel* portent atteinte à ces dispositions de la *Charte* dans la mesure où ils s'appliquent aux dossiers que le ministère public a en sa possession ou sous son contrôle. Le législateur était incontestablement libre d'établir un régime législatif pour traiter de la question de la procédure applicable à la communication de

1999 CanLII 637 (SCC)

the legislative means chosen are not impeccably consistent with ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter*. The Crown's constitutional and ethical duty to disclose all information in its possession reasonably capable of affecting the accused's ability to raise a reasonable doubt flows from the right to make full answer and defence, which is itself a principle of fundamental justice protected by ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter*. The duty of disclosure is premised on the presumption that material in the Crown's possession has probative value. The requirement in Bill C-46 that the accused must prove the relevance of records that form part of the case to meet is a serious incursion on the meaningful exercise of the right to make full answer and defence. By displacing the presumption of relevance and increasing the relevance threshold, ss. 278.3(3)(*b*) and 278.5(1)(*b*) of the *Code* give the Crown a distinct advantage over the defence, as it holds information that the accused must surmount a significant obstacle to obtain. These provisions therefore infringe the accused's right to a fair trial.

The infringement of ss. 7 and 11(*d*) is not justified by s. 1 of the *Charter*. Sections 278.3(3)(*b*) and 278.5(1)(*b*) fail to protect the privacy and equality rights of complainants and witnesses in sexual assault trials in a manner that minimally impairs the right of an accused to make full answer and defence. The burden on the accused to demonstrate likely relevance is more intrusive than reasonably necessary to achieve the important legislative goals. In addition, the risk of suppressing relevant evidence and of convicting an innocent person outweighs the salutary effects of the impugned provisions on privacy and equality rights. A combination of reading down and reading in new language is the most appropriate way to vindicate the *Charter* rights at issue. Sections 278.3(3)(*b*) and 278.5(1)(*b*) should be read as not applying to records in the possession or control of the prosecutor in the proceedings. The existing principles for Crown disclosure as enunciated in *Stinchcombe* and *O'Connor* would partially apply instead of those paragraphs, such that the Crown would have the opportunity to show the trial judge that the documents are irrelevant or privileged. If the Crown is unable to discharge this burden, then the records should, to protect the complainant's privacy rights, be disclosed to the trial judge rather than the accused if the trial judge is satisfied that the other requirements in s. 278.5(1) and (2) are met. The second stage of the legislative regime — judi-

dossiers en la possession du ministère public, en l'absence de renonciation expresse. Toutefois, les moyens choisis par le législateur ne sont pas irréprochablement compatibles avec l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte*. L'obligation constitutionnelle et déontologique qu'a le ministère public de divulguer à l'accusé tous les renseignements dont il dispose et qui sont raisonnablement susceptibles d'influer sur la capacité de l'accusé de soulever un doute raisonnable découle du droit à une défense pleine et entière, qui est lui-même un principe de justice fondamentale garanti par l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte*. L'obligation de divulgation est fondée sur la présomption que les documents en la possession du ministère public ont une valeur probante. L'exigence de la loi C-46 que l'accusé établisse la pertinence de dossiers qui font partie de la preuve du ministère public est une ingérence grave dans l'exercice utile du droit à une défense pleine et entière. En remplaçant la présomption de pertinence et en haussant le seuil de pertinence, les al. 278.3(3)*b*) et 278.5(1)*b*) du *Code* confèrent au ministère public un net avantage sur la défense, étant donné qu'il détient des renseignements pour l'obtention desquels l'accusé doit surmonter un obstacle important. Ces dispositions portent donc atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable.

L'atteinte à l'art. 7 et à l'al. 11*d*) n'est pas justifiée par l'article premier de la *Charte*. Les alinéas 278.3(3)*b*) et 278.5(1)*b*) ne protègent pas les droits à la vie privée et à l'égalité des plaignants et des témoins dans des procès en matière d'agression sexuelle, d'une manière qui porte le moins possible atteinte au droit de l'accusé à une défense pleine et entière. L'obligation qui incombe à l'accusé de démontrer la pertinence vraisemblable est plus attentatoire qu'il est raisonnablement nécessaire pour réaliser les objectifs législatifs importants dont il est question. En outre, le risque que des éléments de preuve pertinents soient supprimés et qu'une personne innocente soit déclarée coupable l'emporte sur les effets bénéfiques que les dispositions contestées peuvent avoir sur les droits à la vie privée et à l'égalité. Un mélange d'interprétation atténuée et d'interprétation large est la meilleure façon d'assurer la protection des droits garantis par la *Charte* qui sont en cause. Les alinéas 278.3(3)*b*) et 278.5(1)*b*) ne devraient pas être interprétés comme ne s'appliquant pas aux dossiers en la possession ou sous le contrôle du poursuivant. Les principes applicables à la divulgation par le ministère public, énoncés dans les arrêts *Stinchcombe* et *O'Connor*, s'appliqueraient en partie au lieu de ces alinéas, de sorte que le ministère public aurait la possibilité de démontrer au juge du procès que les documents ne sont pas pertinents ou sont protégés. Si le ministère public est incapable de

1999 CanLII 637 (SCC)

cial examination of the documents to determine whether and to what extent they should be produced to the accused — would then proceed according to the criteria in ss. 278.6 to 278.91.

Cases Cited

By McLachlin and Iacobucci JJ.

Considered: *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; **referred to:** *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536; *R. v. Weeseekase* (1997), 161 Sask. R. 264; *R. v. G.C.B.*, [1997] O.J. No. 5019 (QL); *R. v. Fiddler*, [1998] O.J. No. 5819 (QL); *R. v. D.H.C.* (1998), 163 Nfld. & P.E.I.R. 116; *R. v. O'Neill* (1998), 172 Nfld. & P.E.I.R. 136; *R. v. E.M.F.*, [1997] O.J. No. 4828 (QL); *R. v. Lee* (1997), 35 O.R. (3d) 594; *R. v. E.H.*, [1998] O.J. No. 4515 (QL); *R. v. G.J.A.*, [1997] O.J. No. 5354 (QL); *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944; *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59; *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262; *R. v. CIP Inc.*, [1992] 1 S.C.R. 843; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637; *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. E. (A.W.)*, [1993] 3 S.C.R. 155; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680; *Marks v. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Inves-*

s'acquitter de cette obligation et si le juge du procès est convaincu que les autres exigences des par. 278.5(1) et (2) sont remplies, les dossiers doivent alors être communiqués au juge du procès plutôt qu'à l'accusé, afin de protéger le droit à la vie privée du plaignant. La deuxième étape du régime législatif — l'examen par le juge des documents dans le but de décider si et dans quelle mesure ils doivent être communiqués à l'accusé — se déroulerait alors conformément aux critères des art. 278.6 à 278.91.

Jurisprudence

Citée par les juges McLachlin et Iacobucci

Arrêt examiné: *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; **arrêts mentionnés:** *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536; *R. c. Weeseekase* (1997), 161 Sask. R. 264; *R. c. G.C.B.*, [1997] O.J. No. 5019 (QL); *R. c. Fiddler*, [1998] O.J. No. 5819 (QL); *R. c. D.H.C.* (1998), 163 Nfld. & P.E.I.R. 116; *R. c. O'Neill* (1998), 172 Nfld. & P.E.I.R. 136; *R. c. E.M.F.*, [1997] O.J. No. 4828 (QL); *R. c. Lee* (1997), 35 O.R. (3d) 594; *R. c. E.H.*, [1998] O.J. No. 4515 (QL); *R. c. G.J.A.*, [1997] O.J. No. 5354 (QL); *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59; *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262; *R. c. CIP Inc.*, [1992] 1 R.C.S. 843; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. E. (A.W.)*, [1993] 3 R.C.S. 155; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680; *Marks c. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145;

1999 CanLII 637 (SCC)

tigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission), [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *Comité paritaire de l'industrie de la chemise v. Potash*, [1994] 2 S.C.R. 406; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Regan* (1998), 174 N.S.R. (2d) 230; *R. v. Boudreau*, [1998] O.J. No. 3526 (QL); *R. v. Hurrie* (1997), 12 C.R. (5th) 180; *R. v. Stromner* (1997), 205 A.R. 385; *R. v. J.F.G.*, [1997] N.W.T.J. No. 47 (QL); *R. v. J.S.P.*, B.C.S.C., Vancouver Registry Nos. CC970130 & CC960237, May 15, 1997.

Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce), [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash*, [1994] 2 R.C.S. 406; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Regan* (1998), 174 N.S.R. (2d) 230; *R. c. Boudreau*, [1998] O.J. No. 3526 (QL); *R. c. Hurrie* (1997), 12 C.R. (5th) 180; *R. c. Stromner* (1997), 205 A.R. 385; *R. c. J.F.G.*, [1997] N.W.T.J. No. 47 (QL); *R. c. J.S.P.*, C.S.C.-B., greffe de Vancouver nos CC970130 et CC960237, 15 mai 1997.

By Lamer C.J. (dissenting in part)

R. v. Stinchcombe, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *R. v. Laba*, [1994] 3 S.C.R. 965.

Citée par le juge en chef Lamer (dissident en partie)

R. c. Stinchcombe, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8 to 14, 11(*d*), 15(1), 28.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 278.1 to 278.91 [ad. 1997, c. 30, s. 1].
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40 [am. c. 34 (3rd Supp.), s. 3; am. 1990, c. 8, s. 37].

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8 à 14, 11*d*), 15(1), 28.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 278.1 à 278.91 [aj. 1997, ch. 30, art. 1].
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40 [mod. ch. 34 (3e suppl.), art. 3; mod. 1990, ch. 8, art. 37].

Authors Cited

Busby, Karen. "Discriminatory Uses of Personal Records in Sexual Violence Cases" (1997), 9 *C.J.W.L.* 148.
Busby, Karen. "Third Party Records Cases Since *R.* v. *O'Connor*: A Preliminary Analysis". A study funded by the Research and Statistics Section, Department of Justice Canada, July 1998.

Doctrine citée

Busby, Karen. «Discriminatory Uses of Personal Records in Sexual Violence Cases» (1997), 9 *R.F.D.* 148.
Busby, Karen. «Third Party Records Cases Since *R.* v. *O'Connor*: A Preliminary Analysis». A study funded by the Research and Statistics Section, Department of Justice Canada, July 1998.

1999 CanLII 637 (SCC)

Feldman, David J. "Privacy-related Rights and their Social Value". In Peter Birks, ed., *Privacy and Loyalty*. Oxford: Clarendon Press, 1997, 15.
Fried, Charles. "Privacy" (1967-68), 77 *Yale L.J.* 475.
Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. "The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The *Charter Of Rights* Isn't Such A Bad Thing After All)" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.
Holmes, Heather J. "An Analysis of Bill C-46, Production of Records in Sexual Offence Proceedings" (1997), 2 *Can. Crim. L.R.* 71.
Kelly, Katharine D. "'You must be crazy if you think you were raped': Reflections on the Use of Complainants' Personal and Therapy Records in Sexual Assault Trials" (1997), 9 *C.J.W.L.* 178.
Nova Scotia. Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, vol. 1, *Findings and Recommendations*. Halifax: The Commission, 1989.
Rachels, James. "Why Privacy Is Important" (1975), 4 *Philosophy & Public Affairs* 323.
Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

APPEAL from judgments of the Alberta Court of Queen's Bench (1997), 56 Alta. L.R. (3d) 277, 205 A.R. 321, 12 C.R. (5th) 138, 47 C.R.R. (2d) 104, [1998] 4 W.W.R. 83, [1997] A.J. No. 891 (QL), and (1997), 56 Alta. L.R. (3d) 301, 207 A.R. 161, 12 C.R. (5th) 163, 47 C.R.R. (2d) 237, [1998] 4 W.W.R. 107, [1997] A.J. No. 1036 (QL). Appeal allowed, Lamer C.J. dissenting in part.

Mary A. Marshall and *Teresa L. Meadows*, for the appellant L.C.

James A. Bowron, for the appellant the Attorney General for Alberta.

Dennis Edney and *Robert Shaigec*, for the respondent.

Graham M. Garton, *Q.C.*, and *Donna Valgardson*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Feldman, David J. «Privacy-related Rights and their Social Value». In Peter Birks, ed., *Privacy and Loyalty*. Oxford: Clarendon Press, 1997, 15.
Fried, Charles. «Privacy» (1967-68), 77 *Yale L.J.* 475.
Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. «The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The *Charter Of Rights* Isn't Such A Bad Thing After All)» (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.
Holmes, Heather J. «An Analysis of Bill C-46, Production of Records in Sexual Offence Proceedings» (1997), 2 *Rev. can. D.P.* 71.
Kelly, Katharine D. «"You must be crazy if you think you were raped": Reflections on the Use of Complainants' Personal and Therapy Records in Sexual Assault Trials» (1997), 9 *R.F.D.* 178.
Nova Scotia. Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution,* vol. 1, *Findings and Recommendations*. Halifax: The Commission, 1989.
Rachels, James. «Why Privacy Is Important» (1975), 4 *Philosophy & Public Affairs* 323.
Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

POURVOI contre des jugements de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (1997), 56 Alta. L.R. (3d) 277, 205 A.R. 321, 12 C.R. (5th) 138, 47 C.R.R. (2d) 104, [1998] 4 W.W.R. 83, [1997] A.J. No. 891 (QL), et (1997), 56 Alta. L.R. (3d) 301, 207 A.R. 161, 12 C.R. (5th) 163, 47 C.R.R. (2d) 237, [1998] 4 W.W.R. 107, [1997] A.J. No. 1036 (QL). Pourvoi accueilli, le juge en chef Lamer est dissident en partie.

Mary A. Marshall et *Teresa L. Meadows*, pour l'appelante L.C.

James A. Bowron, pour l'appelant le procureur général de l'Alberta.

Dennis Edney et *Robert Shaigec*, pour l'intimé.

Graham M. Garton, *c.r.*, et *Donna Valgardson*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

1999 CanLII 637 (SCC)

Susan Chapman and *Christine Bartlett-Hughes*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Daniel Grégoire and *Jacques Gauvin*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Denise C. Smith, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Marva J. Smith, *Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

W. J. Scott Bell, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Written submissions only by *Catherine C. Flanagan*, for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island.

Graeme G. Mitchell, *Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Aleck H. Trawick, *Q.C.*, and *Emi Bossio*, for the intervener the Canadian Mental Health Association.

Brian A. Crane, *Q.C.*, for the intervener the Canadian Psychiatric Association.

Bruce F. Hughson and *Claire M. Klassen*, for the intervener the Child and Adolescent Services Association.

David M. Porter and *Danielle T. Miller*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Guy Cournoyer, for the intervener the Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

Anne S. Derrick and *Peggy Kobly*, for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund.

Patricia D. S. Jackson and *Sherri A. Pinsler*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Susan Chapman et *Christine Bartlett-Hughes*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Daniel Grégoire et *Jacques Gauvin*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Denise C. Smith, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Marva J. Smith, *c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

W. J. Scott Bell, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *Catherine C. Flanagan*, pour l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard.

Graeme G. Mitchell, *c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Aleck H. Trawick, *c.r.*, et *Emi Bossio*, pour l'intervenante l'Association canadienne pour la santé mentale.

Brian A. Crane, *c.r.*, pour l'intervenante l'Association des psychiatres du Canada.

Bruce F. Hughson et *Claire M. Klassen*, pour l'intervenante la Child and Adolescent Services Association.

David M. Porter et *Danielle T. Miller*, pour l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Guy Cournoyer, pour l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

Anne S. Derrick et *Peggy Kobly*, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes.

Patricia D. S. Jackson et *Sherri A. Pinsler*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

1999 CanLII 637 (SCC)

David M. Paciocco, for the intervener the Canadian Council of Criminal Defence Lawyers.

Sheilah Martin, *Q.C.*, for the intervener the Alberta Association of Sexual Assault Centres.

Dale Gibson and *Ritu Khullar*, for the intervener the Sexual Assault Centre of Edmonton.

The following are the reasons delivered by

THE CHIEF JUSTICE (dissenting in part) — The issue in this appeal is whether Bill C-46 (now S.C. 1997, c. 30) strikes the appropriate constitutional balance between protecting the accused's right to a fair trial and the privacy and equality rights of complainants and witnesses when an accused seeks access to their confidential records in sexual assault proceedings. While I agree with McLachlin and Iacobucci JJ.'s finding that Bill C-46 complies with ss. 7 and 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as it applies to the production of records in the possession of third parties, I take a different view of the legislative regime's approach to records in the hands of the Crown. In my opinion, Bill C-46's treatment of records that form part of the case to meet tips the balance too heavily in favour of privacy to the detriment of the accused's right to make full answer and defence.

As my colleagues have explained, s. 278.2(2) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, extends the application of the legislative scheme for the production of therapeutic records to documents in the Crown's possession or control. If the complainant or witness expressly waives the protection of the legislation, then the records may be produced to the accused as at common law according to the principles in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326.

Absent waiver, however, Bill C-46 requires the accused to submit to the same two-stage procedure

David M. Paciocco, pour l'intervenant le Conseil canadien des avocats de la défense.

Sheilah Martin, *c.r.*, pour l'intervenante l'Alberta Association of Sexual Assault Centres.

Dale Gibson et *Ritu Khullar*, pour l'intervenant le Sexual Assault Centre of Edmonton.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF (dissident en partie) — Le présent pourvoi porte sur la question de savoir si le projet de loi C-46 (maintenant L.C. 1997, ch. 30) (ci-après «loi C-46») établit un juste équilibre constitutionnel entre la protection du droit de l'accusé à un procès équitable et celle des droits à la vie privée et à l'égalité des plaignants et des témoins quand l'accusé cherche à avoir accès à leurs dossiers confidentiels dans des poursuites relatives à une agression sexuelle. Bien que je sois d'accord avec la conclusion des juges McLachlin et Iacobucci que la loi C-46 est conforme à l'art. 7 et à l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* en ce qui concerne la communication de dossiers en la possession de tiers, j'adopte un point de vue différent en ce qui a trait à la façon dont le régime législatif aborde les dossiers en la possession du ministère public. À mon avis, la façon dont la loi C-46 traite les dossiers qui font partie de la preuve du ministère public fait trop pencher la balance en faveur du droit à la vie privée au détriment du droit de l'accusé à une défense pleine et entière. 1

Comme l'ont expliqué mes collègues, le par. 278.2(2) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, étend le régime législatif applicable à la communication de dossiers thérapeutiques aux documents en la possession ou sous le contrôle du ministère public. Si le plaignant ou le témoin renonce expressément à la protection de la mesure législative, les dossiers peuvent alors être communiqués à l'accusé conformément à la common law, selon les principes établis dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. 2

En l'absence de renonciation, la loi C-46 exige toutefois que l'accusé suive la même procédure en 3

1999 CanLII 637 (SCC)

for production applicable to records held by third parties: disclosure to the trial judge and production to the accused. The first stage obliges the accused to establish that the record in the Crown's possession is "likely relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify" (ss. 278.3(3)(*b*) and 278.5(1)(*b*)). The trial judge must also decide whether disclosure to the court is "necessary in the interests of justice" and consider the salutary and deleterious effects of production on the accused's right to make full answer and defence, and on the complainant's or witness's right to privacy and equality (s. 278.5(1)(*c*) and 278.5(2)). If the first step is satisfied, the second stage involves judicial inspection of the documents to determine whether and to what extent they should be produced to the accused (ss. 278.6 to 278.91).

deux étapes applicable à la communication de dossiers en la possession de tiers: communication au juge du procès et communication à l'accusé. À la première étape, l'accusé doit établir que le dossier en la possession du ministère public est «vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner» (al. 278.3(3)*b*) et 278.5(1)*b*)). Le juge du procès doit également décider si la communication au tribunal «sert les intérêts de la justice» et prendre en considération les effets bénéfiques et préjudiciables de la communication sur le droit de l'accusé à une défense pleine et entière de même que sur le droit à la vie privée et à l'égalité du plaignant ou du témoin (al. 278.5(1)*c*) et par. 278.5(2)). Si la première étape est franchie, la deuxième étape comporte un examen des documents par le juge pour décider si et dans quelle mesure ils doivent être communiqués à l'accusé (art. 278.6 à 278.91).

4 My colleagues observe that the majority in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, did not comment on the procedure applicable to the production of records which the Crown possesses in the absence of an express waiver. Parliament was unquestionably free to fashion a legislative scheme to address this issue. I agree entirely with the appellant L.C.'s submission that the courts' creation of a common law procedure for production does not curtail Parliament's jurisdiction to modify that scheme, particularly after having the benefit of evaluating its impact. However, I cannot agree with my colleagues that the legislative means chosen are impeccably consistent with ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter*.

Mes collègues font remarquer que les juges majoritaires, dans l'arrêt *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, n'ont pas fait de commentaires sur la procédure applicable à la communication de dossiers en la possession du ministère public, en l'absence de renonciation expresse. Le législateur était incontestablement libre d'établir un régime législatif pour traiter de cette question. Je suis entièrement d'accord avec l'argument de l'appelante L.C. que l'établissement par les tribunaux d'une procédure de common law en matière de communication ne restreint pas le pouvoir du législateur de modifier ce régime, particulièrement après avoir eu l'avantage d'en évaluer l'incidence. Cependant, je ne puis convenir avec mes collègues que les moyens choisis par le législateur sont irréprochablement compatibles avec l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte*.

5 As this Court maintained in *Stinchcombe*, *supra*, at p. 336, the right of an accused to make full answer and defence is a pillar of criminal justice on which we rely heavily to prevent the conviction of the innocent. It is a principle of fundamental justice protected by ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter*. Flowing from the right to make full answer and defence is the Crown's constitutional and ethical duty to disclose all information in its possession

Comme notre Cour l'a maintenu dans l'arrêt *Stinchcombe*, précité, à la p. 336, le droit de l'accusé à une défense pleine et entière est un pilier de la justice criminelle, sur lequel nous comptons grandement pour empêcher que des innocents soient déclarés coupables. Il s'agit d'un principe de justice fondamentale garanti par l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte*. Le droit à une défense pleine et entière fait en sorte que le ministère

1999 CanLII 637 (SCC)

reasonably capable of affecting the accused's ability to raise a reasonable doubt concerning his innocence: *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451, at p. 466. This obligation is subject only to the Crown's discretion to withhold disclosure on the basis that the material is irrelevant or privileged.

public a l'obligation constitutionnelle et déontologique de divulguer à l'accusé tous les renseignements dont il dispose et qui sont raisonnablement susceptibles d'influer sur la capacité de l'accusé de soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité: *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, à la p. 466. Cette obligation n'est assujettie qu'au pouvoir discrétionnaire du ministère public de refuser la divulgation pour le motif que les documents en cause ne sont pas pertinents ou qu'ils sont protégés.

The duty of disclosure is premised on the presumption that material in the Crown's possession has probative value. The *O'Connor* majority endorsed this presumption at para. 12, where we surmised that "[g]enerally speaking, the Crown would not obtain possession or control of therapeutic records unless the information the records contained was somehow relevant to the case against the accused." This reasoning applies with even greater force, in my view, when the Crown seeks access to documents without the complainant's cooperation, such as by way of a search warrant.

6 L'obligation de divulgation est fondée sur la présomption que les documents en la possession du ministère public ont une valeur probante. Au paragraphe 12 de l'arrêt *O'Connor*, les juges majoritaires ont approuvé cette présomption en ces termes: «En règle générale, [le ministère public] n'obtiendrait pas la possession ou le contrôle des dossiers thérapeutiques à moins que les renseignements qu'ils contiennent n'aient quelque pertinence relativement à la poursuite engagée contre l'accusé.» Ce raisonnement s'applique d'autant plus, à mon avis, quand le ministère public cherche à avoir accès à des documents sans la collaboration du plaignant comme, par exemple, au moyen d'un mandat de perquisition.

McLachlin and Iacobucci JJ. emphasize in their reasons that the Crown's duty of disclosure is not absolute. The *Charter* entrenches the right to a fair trial, they maintain, not the best trial. The principles of fundamental justice do not guarantee the most favourable procedures conceivable. All of this is true. However, in my respectful view my colleagues understate the importance of Crown disclosure to trial fairness. Disclosure of records in the Crown's hands furthers the search for truth as it enables the defence to challenge the accuracy and cogency of the prosecution's case. The accused's ability to access relevant information that may ultimately deprive him of his liberty strikes at the very core of the principles of fundamental justice.

7 Dans leurs motifs, les juges McLachlin et Iacobucci soulignent que l'obligation de divulgation du ministère public n'est pas absolue. La *Charte* consacre le droit à un procès équitable, affirment-ils, et non le droit au meilleur procès. Les principes de justice fondamentale ne garantissent pas les procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer. Tout cela est vrai. J'estime cependant que mes collègues minimisent l'importance que la divulgation par le ministère public revêt pour l'équité du procès. La communication de dossiers en la possession du ministère public favorise la recherche de la vérité étant donné qu'elle permet à la défense de contester l'exactitude et la force de la preuve de la poursuite. La capacité de l'accusé d'avoir accès à des renseignements pertinents qui, en fin de compte, peuvent avoir pour effet de le priver de sa liberté est au cœur même des principes de justice fondamentale.

1999 CanLII 637 (SCC)

8 The requirement in Bill C-46 that the accused must prove the relevance of records that form part of the case to meet is a serious incursion on the meaningful exercise of the right to make full answer and defence. Not only does the legislative scheme supplant the presumption of relevance, but it also raises the relevance bar. The standard of relevance which the accused must satisfy according to ss. 278.3(3)(*b*) and 278.5(1)(*b*) — likely relevance to an issue at trial or to the competence of a witness to testify – is higher than that required for disclosure under a *Stinchcombe* application, which is whether the information "may be useful to the defence": *O'Connor*, *supra*, at para. 22, and *Stinchcombe*, *supra*, at p. 345.

L'exigence de la loi C-46 que l'accusé établisse la pertinence de dossiers qui font partie de la preuve du ministère public est une ingérence grave dans l'exercice utile du droit à une défense pleine et entière. Non seulement le régime législatif remplace-t-il la présomption de pertinence, mais encore il hausse également la barre de la pertinence. La norme de pertinence à laquelle l'accusé doit satisfaire selon les al. 278.3(3)*b*) et 278.5(1)*b*) — la pertinence vraisemblable quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner — est plus élevée que celle requise pour la divulgation en vertu d'une demande fondée sur l'arrêt *Stinchcombe*, soit «l'utilité» que ces renseignements «peuvent avoir pour la défense»: *O'Connor*, précité, au par. 22, et *Stinchcombe*, précité, à la p. 345.

9 Moreover, I do not agree with McLachlin and Iacobucci JJ.'s assertion that the notification requirement in s. 278.2(3) provides the accused with much assistance in establishing the likely relevance of a document in the Crown's possession. I reiterate the concerns which the majority expressed in *O'Connor*, *supra*, at paras. 25-26, about placing an accused in the position of having to persuade the trial judge that documents are relevant without any knowledge of their contents. It will be difficult indeed for an accused to establish the likely relevance of a record which he knows to exist, but which he has never seen. By displacing the presumption of relevance and increasing the relevance threshold, ss. 278.3(3)(*b*) and 278.5(1)(*b*) give the Crown a distinct advantage over the defence, as it holds information that the accused must surmount a significant obstacle to obtain. These provisions therefore infringe the accused's right to a fair trial.

Je ne suis pas d'accord non plus avec l'affirmation des juges McLachlin et Iacobucci que l'obligation d'informer imposée au par. 278.2(3) est d'une grande utilité à l'accusé pour ce qui est d'établir la pertinence vraisemblable d'un document en la possession du ministère public. Je réitère la crainte exprimée par les juges majoritaires dans l'arrêt *O'Connor*, précité, aux par. 25 et 26, que l'accusé ne se voit forcé de convaincre le juge du procès de la pertinence de documents dont il ne connaît pas le contenu. En fait, il sera difficile à l'accusé d'établir la pertinence vraisemblable d'un dossier dont il connaît l'existence, mais qu'il n'a jamais vu. En remplaçant la présomption de pertinence et en haussant le seuil de pertinence, les al. 278.3(3)*b*) et 278.5(1)*b*) confèrent au ministère public un net avantage sur la défense, étant donné qu'il détient des renseignements pour l'obtention desquels l'accusé doit surmonter un obstacle important. Ces dispositions portent donc atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable.

10 Having found that ss. 278.3(3)(*b*) and 278.5(1)(*b*) violate ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter* as they apply to records in the Crown's possession, I must consider whether the infringement is a reasonable limit prescribed by law that is demonstrably justified in a free and democratic society. I am mindful that violations of s. 7 are rarely saved by s. 1: *New Brunswick (Minister of Health and Com-*

Ayant conclu que les al. 278.3(3)*b*) et 278.5(1)*b*) violent l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte* dans la mesure où ils s'appliquent aux dossiers en la possession du ministère public, je dois examiner si cette violation constitue une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Je suis conscient que les viola-

1999 CanLII 637 (SCC)

munity Services) v. G. (J.), [1999] 3 S.C.R. 46, at para. 99. Iacobucci J. summarized the analytical framework applicable to s. 1 as follows in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 182:

A limitation to a constitutional guarantee will be sustained once two conditions are met. First, the objective of the legislation must be pressing and substantial. Second, the means chosen to attain this legislative end must be reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society. In order to satisfy the second requirement, three criteria must be satisfied: (1) the rights violation must be rationally connected to the aim of the legislation; (2) the impugned provision must minimally impair the *Charter* guarantee; and (3) there must be a proportionality between the effect of the measure and its objective so that the attainment of the legislative goal is not outweighed by the abridgement of the right.

Without a doubt, Bill C-46 was adopted to address a pressing and substantial objective, which is the protection of the privacy and equality rights of complainants and witnesses in the context of sexual assault trials. The legislative scheme also rationally advances this important aim. In my opinion, however, ss. 278.3(3)(*b*) and 278.5(1)(*b*) fail to protect those rights in a manner that minimally impairs the right of an accused to make full answer and defence. The requirement that the accused must demonstrate the likely relevance of records held by the Crown is more intrusive than reasonably necessary to achieve the legislative goals: see *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 118. In addition, the risk of suppressing relevant evidence and of convicting an innocent person outweighs the salutary effects of the impugned provisions on privacy and equality rights. I accordingly conclude that the violations are not justified by s. 1.

While in my view ss. 278.3(3)(*b*) and 278.5(1)(*b*) are unconstitutional as they apply to records in the Crown's hands, I remain sensitive

tions de l'art. 7 sont rarement validées par l'article premier: *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, au par. 99. Dans l'arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, au par. 182, le juge Iacobucci a résumé comme suit le cadre analytique applicable à l'article premier:

L'atteinte à une garantie constitutionnelle sera validée à deux conditions. Dans un premier temps, l'objectif de la loi doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles. Dans un deuxième temps, le moyen utilisé pour atteindre l'objectif législatif doit être raisonnable et doit pouvoir se justifier dans une société libre et démocratique. Cette seconde condition appelle trois critères: (1) la violation des droits doit avoir un lien rationnel avec l'objectif législatif, (2) la disposition contestée doit porter le moins possible atteinte au droit garanti par la *Charte*, et (3) il doit y avoir proportionnalité entre l'effet de la mesure et son objectif de sorte que l'atteinte au droit garanti ne l'emporte pas sur la réalisation de l'objectif législatif.

11 Il n'y a pas de doute que la loi C-46 a été adoptée pour répondre à des préoccupations urgentes et réelles, à savoir la protection des droits à la vie privée et à l'égalité des plaignants et des témoins dans des procès en matière d'agression sexuelle. Le régime législatif a également un lien rationnel avec cet objectif important. Cependant, j'estime que les al. 278.3(3)*b*) et 278.5(1)*b*) ne protègent pas ces droits d'une manière qui porte le moins possible atteinte au droit de l'accusé à une défense pleine et entière. L'exigence que l'accusé démontre la pertinence vraisemblable de dossiers en la possession du ministère public est plus attentatoire qu'il est raisonnablement nécessaire pour réaliser les objectifs législatifs: voir *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, au par. 118. En outre, le risque que des éléments de preuve pertinents soient supprimés et qu'une personne innocente soit déclarée coupable l'emporte sur les effets bénéfiques que les dispositions contestées peuvent avoir sur les droits à la vie privée et à l'égalité. Je conclus donc que les violations ne sont pas justifiées au sens de l'article premier.

12 Bien que, à mon avis, les al. 278.3(3)*b*) et 278.5(1)*b*) soient inconstitutionnels dans la mesure où ils s'appliquent aux dossiers en la possession du

1999 CanLII 637 (SCC)

that the production of therapeutic records to the defence is injurious to a complainant's privacy rights. Indeed, disclosure may be all the more invasive to a complainant's dignity and psychological integrity when they are obtained by the Crown without her consent.

13 In this regard, I emphasize that records which the Crown procures absent waiver would still be subject to the principles in *Stinchcombe*. The prosecution would be free to rebut the presumption that the documents are relevant. I remark in passing that this may be difficult for the Crown to accomplish in respect of documents obtained pursuant to a search warrant, as in most cases the evidentiary basis upon which the warrant was secured will itself be disclosed. As with any *Stinchcombe* application, the Crown may likewise attempt to resist disclosure by demonstrating that the records are privileged.

14 If the Crown is unable to discharge this burden, then the records should be disclosed to the trial judge rather than the accused (as they normally would under a *Stinchcombe* application), because of the privacy rights at stake, if the trial judge is satisfied that the other requirements in s. 278.5(1) and (2) are met. The second stage of the legislative regime — judicial examination of the documents to determine whether and to what extent they should be produced to the accused — would then proceed according to the criteria in ss. 278.6 to 278.91, as explained by my colleagues. In my view, relieving the accused of the burden of showing relevance strikes a more appropriate balance between the various rights at stake. It removes a significant barrier to the accused's ability to raise a reasonable doubt concerning his innocence while preserving a large measure of protection for the privacy and equality rights of complainants and witnesses.

15 I turn last to a consideration of the appropriate remedy under s. 52(1) of the *Constitution Act,*

ministère public, je demeure conscient que la communication de dossiers thérapeutiques à la défense nuit au droit à la vie privée du plaignant. En fait, la communication peut être d'autant plus dommageable pour la dignité et l'intégrité psychologique du plaignant quand le ministère public obtient les documents sans son consentement.

À cet égard, je souligne que les dossiers que le ministère public obtient en l'absence de renonciation sont toujours assujettis aux principes de l'arrêt *Stinchcombe*. La poursuite est libre de réfuter la présomption de pertinence des documents. Je fais remarquer en passant que le ministère public peut avoir de la difficulté à le faire dans le cas de documents obtenus conformément à un mandat de perquisition, parce que, la plupart du temps, la preuve sur laquelle repose la délivrance du mandat aura elle-même été divulguée. Comme dans toute demande fondée sur l'arrêt *Stinchcombe*, le ministère public peut de la même façon essayer de s'opposer à la communication de dossiers en démontrant qu'ils sont protégés.

Si le ministère public est incapable de s'acquitter de cette obligation et si le juge du procès est convaincu que les autres exigences des par. 278.5(1) et (2) sont remplies, les dossiers doivent alors être communiqués au juge du procès plutôt qu'à l'accusé (comme ils le seraient normalement dans le cas d'une demande fondée sur l'arrêt *Stinchcombe*), à cause du droit à la vie privée qui est en jeu. Comme l'expliquent mes collègues, la deuxième étape du régime législatif — l'examen par le juge des documents dans le but de décider si et dans quelle mesure ils doivent être communiqués à l'accusé — se déroulerait alors conformément aux critères des art. 278.6 à 278.91. À mon avis, dégager l'accusé de son obligation de démontrer la pertinence permet d'établir un équilibre plus juste entre les divers droits en jeu. Cela supprime un obstacle important à la capacité de l'accusé de soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité tout en maintenant une large mesure de protection des droits à la vie privée et à l'égalité des plaignants et des témoins.

J'examine enfin la question de la réparation qu'il convient d'accorder aux termes du par. 52(1)

1999 CanLII 637 (SCC)

1982. My finding of unconstitutionality is limited to two provisions of an otherwise complex legislative scheme. I believe that a combination of reading down the sections and reading in new language is the most appropriate way to vindicate the *Charter* rights at play "while refraining from intrusion into the legislative sphere beyond what is necessary": *R. v. Laba*, [1994] 3 S.C.R. 965, at p. 1012, *per* Sopinka J. Sections 278.3(3)(*b*) and 278.5(1)(*b*) of the *Criminal Code* should therefore be interpreted such that they no longer apply to an application for the production of records in the Crown's possession. Language along the following lines should be read into both ss. 278.3(3)(*b*) and 278.5(1)(*b*): "unless the record is in the possession or control of the prosecutor in the proceedings, in which case this paragraph does not apply". The principles for Crown disclosure enunciated in *Stinchcombe* and *O'Connor* would partially apply instead of those paragraphs, such that the Crown would have the opportunity to show the trial judge that the documents are irrelevant or privileged.

de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ma conclusion à l'inconstitutionnalité se limite à deux dispositions d'un régime législatif par ailleurs complexe. J'estime qu'un mélange d'interprétation atténuée et d'interprétation large des dispositions est la meilleure façon d'assurer la protection des droits garantis par la *Charte* qui sont en jeu, «sans empiéter sur le domaine législatif plus qu'il n'est nécessaire»: *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965, à la p. 1012, le juge Sopinka. Les alinéas 278.3(3)*b*) et 278.5(1)*b*) du *Code criminel* devraient donc être interprétés de façon à ce qu'ils ne s'appliquent plus aux demandes de communication de dossiers en la possession du ministère public. Les alinéas 278.3(3)*b*) et 278.5(1)*b*) devraient être considérés comme incluant une phrase du genre suivant: «à moins que le dossier ne soit en la possession ou sous le contrôle du poursuivant, auquel cas le présent alinéa ne s'applique pas». Les principes applicables à la divulgation par le ministère public énoncés dans les arrêts *Stinchcombe* et *O'Connor* s'appliqueraient en partie au lieu de ces alinéas, de sorte que le ministère public aurait la possibilité de démontrer au juge du procès que les documents ne sont pas pertinents ou sont protégés.

I would allow the appeal in part and answer the constitutional questions as follows:

1. Do ss. 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes, in part. Sections 278.3(3)(*b*) and 278.5(1)(*b*) infringe s. 7 of the *Charter* as they apply to records in the Crown's possession or control.

2. If so, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society?

Answer: No.

3. Do ss. 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe s. 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes, in part. Sections 278.3(3)(*b*) and 278.5(1)(*b*) infringe s. 11(*d*) of the

J'accueillerais le pourvoi en partie et je répondrais ainsi aux questions constitutionnelles: 16

1. Les articles 278.1 à 278.91 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, portent-ils atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui, en partie. Les alinéas 278.3(3)*b*) et 278.5(1)*b*) portent atteinte à l'art. 7 de la *Charte* dans la mesure où ils s'appliquent aux dossiers que le ministère public a en sa possession ou sous son contrôle.

2. Si oui, s'agit-il d'une atteinte dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

Réponse: Non.

3. Les articles 278.1 à 278.91 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, portent-ils atteinte à l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui, en partie. Les alinéas 278.3(3)*b*) et 278.5(1)*b*) portent atteinte à l'al. 11*d*)

1999 CanLII 637 (SCC)

Charter as they apply to records in the Crown's possession or control.

4. If so, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society?

Answer: No.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ. was delivered by

MCLACHLIN AND IACOBUCCI JJ. —

I. Introduction

17 The question of when accused persons should have access to private records of complainants and witnesses in sexual assault trials is a vexed one. This Court addressed this issue in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411. Following this decision, and a lengthy consultation process, Parliament reviewed the issue and drafted Bill C-46, (now S.C. 1997, c. 30) which came into force on May 12, 1997 and amended the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. The issue in the present appeal is whether Bill C-46 is constitutional. The resolution of this appeal requires understanding how to define competing rights, avoiding the hierarchical approach rejected by this Court in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 877. On the one hand stands the accused's right to make full answer and defence. On the other hand stands the complainant's and witness's right to privacy. Neither right may be defined in such a way as to negate the other and both sets of rights are informed by the equality rights at play in this context. Underlying this question is the relationship between the courts and Parliament when Parliament alters a judicially created common law procedure that already embodies *Charter* standards.

de la *Charte* dans la mesure où ils s'appliquent aux dossiers que le ministère public a en sa possession ou sous son contrôle.

4. Si oui, s'agit-il d'une atteinte dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

Réponse: Non.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie rendu par

LES JUGES MCLACHLIN ET IACOBUCCI —

I. Introduction

La question de savoir dans quels cas les accusés devraient avoir accès aux dossiers privés des plaignants et des témoins dans des procès en matière d'agression sexuelle est controversée. Notre Cour a abordé cette question dans *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411. À la suite de cet arrêt et d'un long processus de consultation, le législateur a examiné la question et a rédigé le projet de loi C-46 (maintenant L.C. 1997, ch. 30) (ci-après «loi C-46» ou «Loi») qui est entré en vigueur le 12 mai 1997 et qui a modifié le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Il s'agit en l'espèce de savoir si la loi C-46 est constitutionnelle. Pour trancher le présent pourvoi, il faut savoir comment définir des droits opposés, en évitant la conception hiérarchique rejetée par notre Cour dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, à la p. 877. Il y a, d'une part, le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et, d'autre part, le droit du plaignant et du témoin à la protection de leur vie privée. Aucun de ces droits ne saurait être défini de manière à annuler l'autre, et les deux reposent sur le droit à l'égalité qui est en jeu dans le présent contexte. Cette question met en cause les rapports qui existent entre les tribunaux et le législateur lorsque ce dernier modifie une procédure de common law établie par les tribunaux, qui incorpore déjà des normes imposées par la *Charte canadienne des droits et libertés*.

1999 CanLII 637 (SCC)

II. Summary

This appeal presents an apparent conflict among the rights to full answer and defence, privacy, and equality, all of which are protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (ss. 7 and 11(*d*), s. 8, and s. 15, respectively). The underlying issue is what is required by the "principles of fundamental justice" protected by s. 7. Bill C-46 reflects Parliament's effort at balancing these rights. Our task is to decide whether Parliament's balance is a constitutional one.

As a preliminary matter, we conclude that this appeal is not premature. While it is true that the accused did not actually make an application for records under Bill C-46, this does not deprive the Court of a sufficient basis to decide the issues raised in the appeal.

As noted above, this Court has previously addressed the issue of disclosure of third party records in sexual assault proceedings: see *O'Connor*, *supra*. However, it is important to keep in mind that the decision in *O'Connor* is not necessarily the last word on the subject. The law develops through dialogue between courts and legislatures: see *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493. Against the backdrop of *O'Connor*, Parliament was free to craft its own solution to the problem consistent with the *Charter*.

As this Court's decision in *Dagenais*, *supra*, makes clear, *Charter* rights must be examined in a contextual manner to resolve conflicts between them. Therefore, unlike s. 1 balancing, where societal interests are sometimes allowed to override *Charter* rights, under s. 7 rights must be defined so that they do not conflict with each other. The rights of full answer and defence, and privacy, must be defined in light of each other, and both must be defined in light of the equality provisions of s. 15.

II. Résumé

Le présent pourvoi fait ressortir un conflit apparent entre les droits à une défense pleine et entière, à la vie privée et à l'égalité qui sont tous garantis par la *Charte* (art. 7 et al. 11*d*), art. 8 et 15, respectivement). La question sous-jacente est de savoir ce qu'exigent les «principes de justice fondamentale» garantis par l'art. 7. La loi C-46 reflète la tentative du législateur d'établir un équilibre entre ces droits. Notre tâche consiste à décider si l'équilibre établi par le législateur est constitutionnel. 18

À titre préliminaire, nous concluons que le présent pourvoi n'est pas prématuré. Même s'il est vrai qu'en réalité l'accusé n'a présenté aucune demande de dossiers fondée sur la loi C-46, la Cour a un motif suffisant de trancher les questions soulevées dans le pourvoi. 19

Comme nous l'avons vu, notre Cour a déjà abordé la question de la communication des dossiers de tiers dans des procédures en matière d'agression sexuelle: voir *O'Connor*, précité. Il est cependant important de se rappeler que cet arrêt n'est pas nécessairement définitif sur ce point. L'évolution du droit passe par le dialogue entre les tribunaux et le législateur: voir *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493. Avec, comme toile de fond, l'arrêt *O'Connor*, le législateur était libre de concevoir sa propre solution au problème, en conformité avec la *Charte*. 20

Comme l'arrêt *Dagenais*, précité, de notre Cour l'indique clairement, les droits garantis par la *Charte* doivent être examinés selon une méthode contextuelle afin de résoudre les conflits qui existent entre eux. Par conséquent, à la différence de l'évaluation fondée sur l'article premier, où on permet parfois aux intérêts de la société de l'emporter sur les droits garantis par la *Charte*, l'art. 7 exige que les droits soient définis de manière à ne pas entrer en conflit les uns avec les autres. Le droit à une défense pleine et entière et le droit à la vie privée doivent être définis l'un par rapport à l'autre, et les deux doivent être définis en fonction des dispositions en matière d'égalité contenues à l'art. 15. 21

1999 CanLII 637 (SCC)

22 Turning to the legislation at issue in this appeal, we find it constitutional. It is undisputed that there are several important respects in which Bill C-46 differs from the regime set out in *O'Connor*. However, these differences are not fatal because Bill C-46 provides sufficient protection for all relevant *Charter* rights. There are, admittedly, several provisions in the Bill that are subject to differing interpretations. However, in such situations we will interpret the legislation in a constitutional manner where possible: see *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078. By so doing, we conclude that Bill C-46 is a constitutional response to the problem of production of records of complainants or witnesses in sexual assault proceedings.

Quant à la mesure législative en cause dans le présent pourvoi, nous la jugeons constitutionnelle. On ne conteste pas que la loi C-46 diffère à maints égards importants du régime énoncé dans l'arrêt *O'Connor*. Ces différences ne sont toutefois pas fatales parce que la loi C-46 protège suffisamment tous les droits pertinents garantis par la *Charte*. Certes, plusieurs dispositions de cette loi font l'objet d'interprétations divergentes. Toutefois, le cas échéant, nous donnerons, si possible, à ces dispositions une interprétation conforme à la Constitution: voir *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1078. Ce faisant, nous concluons que la loi C-46 est une réponse constitutionnelle au problème de la communication des dossiers de plaignants ou de témoins dans des procédures en matière d'agression sexuelle.

III. Proceedings and Judgments in the Court Below

III. Procédures et jugements des tribunaux d'instance inférieure

23 The appellant L.C. is the complainant in a criminal proceeding in which the respondent, Brian Mills, has been charged with one count of sexual assault and one count of unlawful sexual touching. The offences are alleged to have occurred on July 12, 1995, when the appellant L.C. was 13 years of age.

L'appelante L.C. est la plaignante dans des procédures criminelles où l'intimé, Brian Mills, doit répondre à un chef d'agression sexuelle et à un chef d'attouchements sexuels illicites. Les infractions auraient été commises le 12 juillet 1995, alors que l'appelante L.C. était âgée de 13 ans.

24 The respondent elected to waive his right to a preliminary inquiry. On the scheduled day of the trial, October 4, 1996, the Crown provided the respondent with a second statement of the appellant L.C., dated September 29, 1996. Mr. Justice Jones adjourned the trial until January 28, 1997. On January 27, 1997, counsel for the respondent brought an application to have a new preliminary inquiry, arguing that the original preliminary inquiry was waived on the basis of the original witness statement, dated July 12, 1995, which disclosed information alleged to be less substantial and serious than that provided in the second statement. Counsel for the respondent also sought full disclosure of all therapeutic records and notes relating to the appellant that were in the possession of a counselling organization known as "Changes".

L'intimé a choisi de renoncer à son droit à une enquête préliminaire. À la date prévue pour la tenue du procès, soit le 4 octobre 1996, le ministère public lui a remis une deuxième déclaration de l'appelante L.C., qui était datée du 29 septembre 1996. Le juge Jones a ajourné le procès au 28 janvier 1997. Le 27 janvier 1997, l'avocat de l'intimé a présenté une demande de nouvelle enquête préliminaire en faisant valoir que la renonciation à la première enquête préliminaire reposait sur la première déclaration du témoin, datée du 12 juillet 1995, dans laquelle, alléguait-il, les renseignements divulgués étaient moins étoffés et moins importants que ceux fournis dans la seconde déclaration. L'avocat de l'intimé demandait également la communication complète de tous les dossiers thérapeutiques et des notes relatives à l'appelante qui étaient en la possession d'un organisme de consultation connu sous le nom de «Changes».

1999 CanLII 637 (SCC)

In dismissing the application for a new preliminary inquiry, Belzil J. held that the trial could not proceed until the application for production of third party records was dealt with. On the basis of *O'Connor*, he ordered that portions of various records be produced.

En rejetant la demande de nouvelle enquête préliminaire, le juge Belzil a conclu que le procès ne pourrait être tenu que lorsque la demande de communication des dossiers de tiers aurait fait l'objet d'une décision. Se fondant sur l'arrêt *O'Connor*, il a ordonné la communication d'extraits de divers dossiers. 25

On May 14, 1997, counsel for the respondent sought the production of records relating to the appellant held by a psychiatrist, Dr. Drew Bremness, and the Child and Adolescent Services Association. On May 16, 1997, Belzil J. advised the parties that on May 12, 1997, Bill C-46 was proclaimed into force and amended the *Criminal Code* to include ss. 278.1 to 278.91. On May 26, 1997, counsel for the respondent forwarded correspondence to both Alberta Justice and the Federal Department of Justice advising that he intended to argue that the new amendments violated ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter*. Belzil J. held that the respondent could proceed with his constitutional challenge without first making an application for third party records under the new provisions, and granted full standing to intervene in respect of the constitutional challenge to both the Attorney General of Canada and the appellant L.C.

Le 14 mai 1997, l'avocat de l'intimé a demandé la communication de dossiers relatifs à l'appelante qui étaient en la possession d'un psychiatre, le Dr Drew Bremness, et de la Child and Adolescent Services Association. Le 16 mai 1997, le juge Belzil a informé les parties que la loi C-46 était entrée en vigueur le 12 mai 1997 et qu'elle modifiait le *Code criminel* en y ajoutant les art. 278.1 à 278.91. Le 26 mai 1997, l'avocat de l'intimé a fait parvenir au ministère de la Justice de l'Alberta et au ministère de la Justice du Canada une lettre les informant qu'il comptait faire valoir que les nouvelles modifications contrevenaient à l'art. 7 et à l'al. 11*d*) de la *Charte*. Le juge Belzil a décidé que l'intimé pouvait aller de l'avant avec sa contestation constitutionnelle sans d'abord présenter une demande de communication de dossiers de tiers fondée sur les nouvelles dispositions, et il a accordé au procureur général du Canada et à l'appelante L.C. pleine qualité pour intervenir relativement à cette contestation constitutionnelle. 26

On September 18, 1997, Belzil J. concluded that the new *Criminal Code* provisions infringed ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter* ((1997), 56 Alta. L.R. (3d) 277 (Q.B.)). Belzil J. first dealt with the argument that the respondent's application was premature since the accused had not been denied access to any records pursuant to the new provisions. He stated, at para. 12 of his reasons: "it would be grossly unfair to an accused to force an accused to make an application pursuant to legislation which according to the accused is unconstitutional". Furthermore, given that the respondent is not allowed unfettered access to the records, he could never know whether his access under the new provisions would differ from that under the *O'Connor* procedure. Accordingly, Belzil J. held that the respondent had the right to bring an application at this

Le 18 septembre 1997, le juge Belzil a conclu que les nouvelles dispositions du *Code criminel* portaient atteinte à l'art. 7 et à l'al. 11*d*) de la *Charte* ((1997), 56 Alta. L.R. (3d) 277 (B.R.)). Le juge Belzil a d'abord examiné l'argument selon lequel la demande de l'intimé était prématurée puisque l'accusé ne s'était pas vu refuser l'accès à des dossiers en vertu des nouvelles dispositions. Il a dit, au par. 12 de ses motifs: [TRADUCTION] «il serait extrêmement inéquitable pour un accusé de le forcer à présenter une demande fondée sur une mesure législative qu'il juge inconstitutionnelle». De plus, étant donné que l'intimé n'a pas un accès illimité aux dossiers, il ne pourrait jamais savoir si l'accès dont il bénéficierait en vertu des nouvelles dispositions différait de celui auquel il a droit selon la procédure établie dans l'arrêt *O'Con-* 27

1999 CanLII 637 (SCC)

time to determine the constitutionality of Bill C-46.

28 After ruling that the application was not premature, Belzil J. dealt with the constitutional claims. He characterized Bill C-46 as Parliament's reaction to the majority decision in *O'Connor*. He held that, if propositions of law not accepted by the majority in *O'Connor* are found within Bill C-46, that should be a relevant consideration in determining the constitutional validity of the legislation. Moreover, if Bill C-46 materially alters the balance between privacy rights and the rights of an accused to a fair trial as enunciated by the majority in *O'Connor*, this in and of itself gives rise to an argument that Bill C-46 is constitutionally invalid. In his view, there are five broad differences between Bill C-46 and *O'Connor*:

(1) The broad definition of records in Bill C-46 forces an accused to proceed with an application under the new Bill for each type of record, each of which must be supported by affidavits.

(2) Notwithstanding that in *O'Connor* this Court specifically rejected the idea that therapeutic records will rarely be relevant, Bill C-46 restricts the type of evidence that an accused may place before a judge in support of an application for production of records by imposing a higher initial threshold on an accused to show likely relevance, compelling an accused to rely on the veracity of a complainant to determine on a preliminary inquiry whether such records exist.

(3) Section 278.5(2) requires the trial judge to engage in a balancing exercise before examining the records in question, requiring the trial judge to weigh important rights in a vacuum, and exacerbating the Catch-22 situation identified in *O'Connor*.

nor. Le juge Belzil a donc conclu que l'intimé avait le droit de présenter, à ce stade, une demande visant à déterminer la constitutionnalité de la loi C-46.

Après avoir décidé que la demande n'était pas prématurée, le juge Belzil a examiné les arguments fondés sur la Constitution. Il a qualifié la loi C-46 de réaction du législateur à l'arrêt majoritaire *O'Connor*. Il a conclu que, si on trouve dans la loi C-46 des propositions de droit qui ont été rejetées par les juges majoritaires dans l'arrêt *O'Connor*, cela devrait constituer un facteur pertinent pour décider de la constitutionnalité de la mesure législative en cause. De plus, si la loi C-46 modifie sensiblement l'équilibre entre le droit à la vie privée et le droit de l'accusé à un procès équitable, tel qu'énoncé par les juges majoritaires dans *O'Connor*, cela permet en soi de faire valoir qu'elle est inconstitutionnelle. Selon lui, il existe cinq grandes différences entre la loi C-46 et l'arrêt *O'Connor*:

(1) La définition large du terme «dossier» dans la loi C-46 force un accusé à présenter une demande fondée sur la nouvelle loi pour chaque type de dossier, chaque demande devant être étayée par des affidavits.

(2) Malgré le fait que, dans l'arrêt *O'Connor*, notre Cour ait expressément rejeté l'idée que les dossiers thérapeutiques sont rarement pertinents, la loi C-46 restreint le genre d'éléments de preuve qu'un accusé peut présenter devant un juge pour étayer une demande de communication de dossiers, en imposant à l'accusé un critère préliminaire plus élevé auquel il doit satisfaire pour démontrer la pertinence vraisemblable, ce qui oblige un accusé à s'en remettre à la véracité du plaignant pour déterminer, lors d'une enquête préliminaire, si de tels dossiers existent.

(3) Le paragraphe 278.5(2) oblige le juge du procès à procéder à une évaluation avant d'examiner les dossiers en question, ce qui le force à soupeser en vase clos des droits importants et ce qui aggrave la situation sans issue décrite dans l'arrêt *O'Connor*.

1999 CanLII 637 (SCC)

(4) Section 278.5(2) compels the trial judge to use factors specifically rejected by a majority of the Supreme Court of Canada, namely factors (*f*), (*g*), and (*h*).

(5) Bill C-46 restricts the ability of the Crown to produce relevant records, weakening the Crown's obligations under *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326.

Belzil J. concluded that these differences sacrificed the balance of rights achieved by this Court in *O'Connor* by creating a presumption against disclosure and ranking privacy rights above the rights of an accused to a fair trial. Therefore, he held that Bill C-46 infringed the accused's rights under ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter*.

In a separate judgment delivered on October 31, 1997, Belzil J. ruled that Bill C-46 was not saved by s. 1 of the *Charter* ((1997), 56 Alta. L.R. (3d) 301 (Q.B.)). None of the testimony justified exclusion of therapeutic records on the basis of detrimental impacts, and the records might contain highly probative evidence. Belzil J. stated that no authority had been cited before him wherein this Court had ever sanctioned the use of s. 1 for a breach of the fundamental right to a fair trial. In his view, almost by definition an impairment of a fundamental right can never be demonstrably justified in a free and democratic society. Belzil J. held that Bill C-46 is not a proportional response and does not constitute a minimal impairment of rights, but rather constitutes a substantial impairment of the fundamental right to a fair trial. He concluded that Bill C-46 could not be saved by s. 1 and should be struck down in its entirety.

Leave to appeal was granted to the appellant L.C. by this Court. As our jurisprudence has established, a third party may challenge an interlocutory court order, issued by a superior court judge in criminal proceedings, by seeking leave to appeal to

(4) Le paragraphe 278.5(2) oblige le juge du procès à utiliser des facteurs qui ont été expressément rejetés par la Cour suprême du Canada à la majorité, à savoir les facteurs *f*), *g*) et *h*).

(5) La loi C-46 limite la capacité du ministère public de communiquer des dossiers pertinents, ce qui atténue les obligations qui lui incombent en vertu de l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326.

29 Le juge Belzil a conclu que ces différences rompaient l'équilibre entre les droits que notre Cour avait établi dans l'arrêt *O'Connor*, en créant une présomption de non-divulgation et en situant le droit à la vie privée au-dessus du droit de l'accusé à un procès équitable. Il a donc statué que la loi C-46 portait atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte*.

30 Dans un jugement distinct déposé le 31 octobre 1997, le juge Belzil a décidé que la loi C-46 n'était pas sauvegardée par l'article premier de la *Charte* ((1997), 56 Alta. L.R. (3d) 301) (B.R.)). Aucun témoignage ne justifiait l'exclusion des dossiers thérapeutiques pour cause d'effets préjudiciables, et les dossiers étaient susceptibles de contenir des éléments de preuve très probants. Le juge Belzil a dit qu'on ne lui avait cité aucun précédent où notre Cour avait déjà approuvé le recours à l'article premier pour une atteinte au droit fondamental à un procès équitable. Il était d'avis que, presque par définition, un droit fondamental ne peut jamais faire l'objet d'une atteinte dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Le juge Belzil a conclu que la loi C-46 constitue non pas une réponse proportionnelle et une atteinte minimale à des droits, mais plutôt une atteinte grave au droit fondamental à un procès équitable. Il a décidé que la loi C-46 ne pouvait pas être sauvegardée par l'article premier et qu'elle devait être annulée au complet.

31 Notre Cour a accordé à l'appelante L.C. l'autorisation de se pourvoir. Comme l'a établi notre jurisprudence, un tiers peut contester une ordonnance interlocutoire rendue en matière criminelle par un juge d'une cour supérieure, en demandant l'autori-

1999 CanLII 637 (SCC)

this Court pursuant to s. 40 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26. See *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536; *Dagenais*, *supra*.

IV. Relevant Constitutional and Legislative Provisions

32 *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

11. Any person charged with an offence has the right

. . .

(*d*) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

28. Notwithstanding anything in this Charter, the rights and freedoms referred to in it are guaranteed equally to male and female persons.

Bill C-46

An Act to amend the Criminal Code (production of records in sexual offence proceedings)

WHEREAS the Parliament of Canada continues to be gravely concerned about the incidence of sexual violence and abuse in Canadian society and, in particular, the prevalence of sexual violence against women and children;

WHEREAS the Parliament of Canada recognizes that violence has a particularly disadvantageous impact on the equal participation of women and children in society and on the rights of women and children to security of the person, privacy and equal benefit of the law as guar-

sation de se pourvoir devant notre Cour conformément à l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26. Voir *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536; *Dagenais*, précité.

IV. Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

11. Tout inculpé a le droit:

. . .

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

28. Indépendamment des autres dispositions de la présente charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes.

Loi C-46

Loi modifiant le Code criminel (communication de dossiers dans les cas d'infraction d'ordre sexuel)

Attendu:

que les cas de violence et d'exploitation sexuelles au sein de la société canadienne continuent de préoccuper sérieusement le Parlement du Canada, et, en particulier, la fréquence des agressions sexuelles contre les femmes et les enfants;

que le Parlement du Canada reconnaît que la violence a des effets particulièrement néfastes sur les chances d'égalité des femmes et des enfants au sein de la société et sur leurs droits à la sécurité de leur personne, à la vie privée ou au même bénéfice de la loi

1999 CanLII 637 (SCC)

anteed by sections 7, 8, 15 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*;

WHEREAS the Parliament of Canada intends to promote and help to ensure the full protection of the rights guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* for all, including those who are accused of, and those who are or may be victims of, sexual violence or abuse;

WHEREAS the rights guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* are guaranteed equally to all and, in the event of a conflict, those rights are to be accommodated and reconciled to the greatest extent possible;

WHEREAS the Parliament of Canada wishes to encourage the reporting of incidents of sexual violence and abuse and to provide for the prosecution of offences within a framework of laws that are consistent with the principles of fundamental justice and that are fair to complainants as well as to accused persons;

WHEREAS the Parliament of Canada recognizes that the compelled production of personal information may deter complainants of sexual offences from reporting the offence to the police and may deter complainants from seeking necessary treatment, counselling or advice;

WHEREAS the Parliament of Canada recognizes that the work of those who provide services and assistance to complainants of sexual offences is detrimentally affected by the compelled production of records and by the process to compel that production;

AND WHEREAS the Parliament of Canada recognizes that, while production to the court and to the accused of personal information regarding any person may be necessary in order for an accused to make a full answer and defence, that production may breach the person's right to privacy and equality and therefore the determination as to whether to order production should be subject to careful scrutiny;

NOW, THEREFORE, Her Majesty, by and with the advice and consent of the Senate and House of Commons of Canada, enacts as follows:

1. The *Criminal Code* is amended by adding the following after section 278:

278.1 For the purposes of sections 278.2 to 278.9, "record" means any form of record that contains personal information for which there is a reasonable expectation of privacy and includes, without limiting the generality of the foregoing, medical, psychiatric, therapeutic, counselling, education, employment, child

qui sont garantis par les articles 7, 8, 15 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*;

qu'il entend promouvoir et contribuer à assurer la pleine protection des droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* pour tous, y compris ceux qui sont accusés de violence ou d'exploitation sexuelles et ceux qui sont ou pourraient devenir des victimes de violence ou d'exploitation sexuelles;

que les droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* le sont pour tous et qu'en cas de conflit, l'équilibre entre eux doit être assuré dans la mesure du possible;

que le Parlement du Canada souhaite encourager la dénonciation des cas de violence ou d'exploitation sexuelles et faire en sorte que leur poursuite s'effectue dans un cadre juridique compatible avec les principes de la justice fondamentale et équitable à la fois à l'égard des plaignants et des accusés;

qu'il reconnaît que l'obligation de communiquer des renseignements personnels peut avoir un effet dissuasif sur la dénonciation d'agressions sexuelles et sur le recours aux traitements, thérapies ou services de consultation nécessaires;

qu'il reconnaît que le travail de ceux qui fournissent de l'aide et des services aux victimes d'agressions sexuelles est entravé par l'obligation de communiquer des renseignements personnels et par la procédure qui oblige à cette communication;

qu'il reconnaît que si la communication de renseignements personnels au tribunal et à l'accusé peut être nécessaire à une défense pleine et entière de l'accusé, elle peut aussi constituer une atteinte au droit à la vie privée et à l'égalité de la personne qu'ils concernent et que, de ce fait, la décision de l'accorder ne devrait être rendue qu'avec prudence,

Sa Majesté, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes du Canada, édicte:

1. Le *Code criminel* est modifié par adjonction, après l'article 278, de ce qui suit:

278.1 Pour l'application des articles 278.2 à 278.9, «dossier» s'entend de toute forme de document contenant des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, notamment: le dossier médical, psychiatrique ou thérapeutique, le dossier tenu par les ser-

1999 CanLII 637 (SCC)

welfare, adoption and social services records, personal journals and diaries, and records containing personal information the production or disclosure of which is protected by any other Act of Parliament or a provincial legislature, but does not include records made by persons responsible for the investigation or prosecution of the offence.

vices d'aide à l'enfance, les services sociaux ou les services de consultation, le dossier relatif aux antécédents professionnels et à l'adoption, le journal intime et le document contenant des renseignements personnels et protégé par une autre loi fédérale ou une loi provinciale. N'est pas visé par la présente définition le dossier qui est produit par un responsable de l'enquête ou de la poursuite relativement à l'infraction qui fait l'objet de la procédure.

278.2 (1) No record relating to a complainant or a witness shall be produced to an accused in any proceedings in respect of

278.2 (1) Dans les poursuites pour une infraction mentionnée ci-après, ou pour plusieurs infractions dont l'une est une infraction mentionnée ci-après, un dossier se rapportant à un plaignant ou à un témoin ne peut être communiqué à l'accusé que conformément aux articles 278.3 à 278.91:

(*a*) an offence under section 151, 152, 153, 155, 159, 160, 170, 171, 172, 173, 210, 211, 212, 213, 271, 272 or 273,

a) une infraction prévue aux articles 151, 152, 153, 155, 159, 160, 170, 171, 172, 173, 210, 211, 212, 213, 271, 272 ou 273;

(*b*) an offence under section 144, 145, 149, 156, 245 or 246 of the *Criminal Code*, chapter C-34 of the Revised Statutes of Canada, 1970, as it read immediately before January 4, 1983, or

b) une infraction prévue aux articles 144, 145, 149, 156, 245 ou 246 du *Code criminel*, chapitre C-34 des Statuts revisés du Canada de 1970, dans sa version antérieure au 4 janvier 1983;

(*c*) an offence under section 146, 151, 153, 155, 157, 166 or 167 of the *Criminal Code*, chapter C-34 of the Revised Statutes of Canada, 1970, as it read immediately before January 1, 1988,

c) une infraction prévue aux articles 146, 151, 153, 155, 157, 166 ou 167 du *Code criminel*, chapitre C-34 des Statuts revisés du Canada de 1970, dans sa version antérieure au 1er janvier 1988.

or in any proceedings in respect of two or more offences that include an offence referred to in any of paragraphs (*a*) to (*c*), except in accordance with sections 278.3 to 278.91.

(2) Section 278.1, this section and sections 278.3 to 278.91 apply where a record is in the possession or control of any person, including the prosecutor in the proceedings, unless, in the case of a record in the possession or control of the prosecutor, the complainant or witness to whom the record relates has expressly waived the application of those sections.

(2) L'article 278.1, le présent article et les articles 278.3 à 278.91 s'appliquent même si le dossier est en la possession ou sous le contrôle du poursuivant, sauf si le plaignant ou le témoin auquel il se rapporte a expressément renoncé à l'application de ces articles.

(3) In the case of a record in respect of which this section applies that is in the possession or control of the prosecutor, the prosecutor shall notify the accused that the record is in the prosecutor's possession but, in doing so, the prosecutor shall not disclose the record's contents.

(3) Le poursuivant qui a en sa possession ou sous son contrôle un dossier auquel s'applique le présent article doit en informer l'accusé mais il ne peut, ce faisant, communiquer le contenu du dossier.

278.3 (1) An accused who seeks production of a record referred to in subsection 278.2(1) must make an application to the judge before whom the accused is to be, or is being, tried.

278.3 (1) L'accusé qui veut obtenir la communication d'un dossier doit en faire la demande au juge qui préside ou présidera son procès.

1999 CanLII 637 (SCC)

(2) For greater certainty, an application under subsection (1) may not be made to a judge or justice presiding at any other proceedings, including a preliminary inquiry.

(3) An application must be made in writing and set out

(*a*) particulars identifying the record that the accused seeks to have produced and the name of the person who has possession or control of the record; and

(*b*) the grounds on which the accused relies to establish that the record is likely relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify.

(4) Any one or more of the following assertions by the accused are not sufficient on their own to establish that the record is likely relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify:

(*a*) that the record exists;

(*b*) that the record relates to medical or psychiatric treatment, therapy or counselling that the complainant or witness has received or is receiving;

(*c*) that the record relates to the incident that is the subject-matter of the proceedings;

(*d*) that the record may disclose a prior inconsistent statement of the complainant or witness;

(*e*) that the record may relate to the credibility of the complainant or witness;

(*f*) that the record may relate to the reliability of the testimony of the complainant or witness merely because the complainant or witness has received or is receiving psychiatric treatment, therapy or counselling;

(*g*) that the record may reveal allegations of sexual abuse of the complainant by a person other than the accused;

(*h*) that the record relates to the sexual activity of the complainant with any person, including the accused;

(*i*) that the record relates to the presence or absence of a recent complaint;

(*j*) that the record relates to the complainant's sexual reputation; or

(*k*) that the record was made close in time to a complaint or to the activity that forms the subject-matter of the charge against the accused.

(2) Il demeure entendu que la demande visée au paragraphe (1) ne peut être faite au juge ou juge de paix qui préside une autre procédure, y compris une enquête préliminaire.

(3) La demande de communication est formulée par écrit et donne:

a) les précisions utiles pour reconnaître le dossier en cause et le nom de la personne qui l'a en sa possession ou sous son contrôle;

b) les motifs qu'invoque l'accusé pour démontrer que le dossier est vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner.

(4) Les affirmations ci-après, individuellement ou collectivement, ne suffisent pas en soi à démontrer que le dossier est vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner:

a) le dossier existe;

b) le dossier se rapporte à un traitement médical ou psychiatrique ou une thérapie suivis par le plaignant ou le témoin ou à des services de consultation auxquels il a recours ou a eu recours;

c) le dossier porte sur l'événement qui fait l'objet du litige;

d) le dossier est susceptible de contenir une déclaration antérieure incompatible faite par le plaignant ou le témoin;

e) le dossier pourrait se rapporter à la crédibilité du plaignant ou du témoin;

f) le dossier pourrait se rapporter à la véracité du témoignage du plaignant ou du témoin étant donné que celui-ci suit ou a suivi un traitement psychiatrique ou une thérapie, ou a recours ou a eu recours à des services de consultation;

g) le dossier est susceptible de contenir des allégations quant à des abus sexuels commis contre le plaignant par d'autres personnes que l'accusé;

h) le dossier se rapporte à l'activité sexuelle du plaignant avec l'accusé ou un tiers;

i) le dossier se rapporte à l'existence ou à l'absence d'une plainte spontanée;

j) le dossier se rapporte à la réputation sexuelle du plaignant;

k) le dossier a été produit peu après la plainte ou l'événement qui fait l'objet du litige.

1999 CanLII 637 (SCC)

(5) The accused shall serve the application on the prosecutor, on the person who has possession or control of the record, on the complainant or witness, as the case may be, and on any other person to whom, to the knowledge of the accused, the record relates, at least seven days before the hearing referred to in subsection 278.4(1) or any shorter interval that the judge may allow in the interests of justice. The accused shall also serve a subpoena issued under Part XXII in Form 16.1 on the person who has possession or control of the record at the same time as the application is served.

(6) The judge may at any time order that the application be served on any person to whom the judge considers the record may relate.

278.4 (1) The judge shall hold a hearing *in camera* to determine whether to order the person who has possession or control of the record to produce it to the court for review by the judge.

(2) The person who has possession or control of the record, the complainant or witness, as the case may be, and any other person to whom the record relates may appear and make submissions at the hearing, but they are not compellable as witnesses at the hearing.

(3) No order for costs may be made against a person referred to in subsection (2) in respect of their participation in the hearing.

278.5 (1) The judge may order the person who has possession or control of the record to produce the record or part of the record to the court for review by the judge if, after the hearing referred to in subsection 278.4(1), the judge is satisfied that

(*a*) the application was made in accordance with subsections 278.3(2) to (6);

(*b*) the accused has established that the record is likely relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify; and

(*c*) the production of the record is necessary in the interests of justice.

(2) In determining whether to order the production of the record or part of the record for review pursuant to subsection (1), the judge shall consider the salutary and deleterious effects of the determination on the accused's right to make a full answer and defence and on the right to privacy and equality of the complainant or witness, as the case may be, and any other person to whom the record relates. In particular, the judge shall take the following factors into account:

(5) L'accusé signifie la demande au poursuivant, à la personne qui a le dossier en sa possession ou sous son contrôle, au plaignant ou au témoin, selon le cas, et à toute autre personne à laquelle, à sa connaissance, le dossier se rapporte, au moins sept jours avant l'audience prévue au paragraphe 278.4(1) ou dans le délai inférieur autorisé par le juge dans l'intérêt de la justice. Dans le cas de la personne qui a le dossier en sa possession ou sous son contrôle, une assignation à comparaître, rédigée selon la formule 16.1, doit lui être signifiée, conformément à la partie XXII, en même temps que la demande.

(6) Le juge peut ordonner à tout moment que la demande soit signifiée à toute personne à laquelle, à son avis, le dossier se rapporte.

278.4 (1) Le juge tient une audience à huis clos pour décider si le dossier devrait être communiqué au tribunal pour que lui-même puisse l'examiner.

(2) La personne qui a le dossier en sa possession ou sous son contrôle, le plaignant ou le témoin, selon le cas, et toute autre personne à laquelle le dossier se rapporte peuvent comparaître et présenter leurs arguments à l'audience mais ne peuvent être contraints à témoigner.

(3) Aucune ordonnance de dépens ne peut être rendue contre une personne visée au paragraphe (2) en raison de sa participation à l'audience.

278.5 (1) Le juge peut ordonner à la personne qui a le dossier en sa possession ou sous son contrôle de le communiquer, en tout ou en partie, au tribunal pour examen par lui-même si, après l'audience, il est convaincu de ce qui suit:

a) la demande répond aux exigences formulées aux paragraphes 278.3(2) à (6);

b) l'accusé a démontré que le dossier est vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner;

c) la communication du dossier sert les intérêts de la justice.

(2) Pour décider s'il doit rendre l'ordonnance prévue au paragraphe (1), le juge prend en considération les effets bénéfiques et préjudiciables qu'entraînera sa décision, d'une part, sur le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et, d'autre part, sur le droit à la vie privée et à l'égalité du plaignant ou du témoin, selon le cas, et de toute autre personne à laquelle le dossier se rapporte et, en particulier, tient compte des facteurs suivants:

1999 CanLII 637 (SCC)

(*a*) the extent to which the record is necessary for the accused to make a full answer and defence;

(*b*) the probative value of the record;

(*c*) the nature and extent of the reasonable expectation of privacy with respect to the record;

(*d*) whether production of the record is based on a discriminatory belief or bias;

(*e*) the potential prejudice to the personal dignity and right to privacy of any person to whom the record relates;

(*f*) society's interest in encouraging the reporting of sexual offences;

(*g*) society's interest in encouraging the obtaining of treatment by complainants of sexual offences; and

(*h*) the effect of the determination on the integrity of the trial process.

278.6 (1) Where the judge has ordered the production of the record or part of the record for review, the judge shall review it in the absence of the parties in order to determine whether the record or part of the record should be produced to the accused.

(2) The judge may hold a hearing *in camera* if the judge considers that it will assist in making the determination.

(3) Subsections 278.4(2) and (3) apply in the case of a hearing under subsection (2).

278.7 (1) Where the judge is satisfied that the record or part of the record is likely relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify and its production is necessary in the interests of justice, the judge may order that the record or part of the record that is likely relevant be produced to the accused, subject to any conditions that may be imposed pursuant to subsection (3).

(2) In determining whether to order the production of the record or part of the record to the accused, the judge shall consider the salutary and deleterious effects of the determination on the accused's right to make a full answer and defence and on the right to privacy and equality of the complainant or witness, as the case may be, and any other person to whom the record relates and, in particular, shall take the factors specified in paragraphs 278.5(2)(*a*) to (*h*) into account.

(3) Where the judge orders the production of the record or part of the record to the accused, the judge

a) la mesure dans laquelle le dossier est nécessaire pour permettre à l'accusé de présenter une défense pleine et entière;

b) sa valeur probante;

c) la nature et la portée de l'attente raisonnable au respect de son caractère privé;

d) la question de savoir si sa communication reposerait sur une croyance ou un préjugé discriminatoire;

e) le préjudice possible à la dignité ou à la vie privée de toute personne à laquelle il se rapporte;

f) l'intérêt qu'a la société à ce que les infractions d'ordre sexuel soient signalées;

g) l'intérêt qu'a la société à ce que les plaignants, dans les cas d'infraction d'ordre sexuel, suivent des traitements;

h) l'effet de la décision sur l'intégrité du processus judiciaire.

278.6 (1) Dans les cas où il a rendu l'ordonnance visée au paragraphe 278.5(1), le juge examine le dossier ou la partie en cause en l'absence des parties pour décider si le dossier devrait, en tout ou en partie, être communiqué à l'accusé.

(2) Le juge peut tenir une audience à huis clos s'il l'estime utile pour en arriver à la décision visée au paragraphe (1).

(3) Les paragraphes 278.4(2) et (3) s'appliquent à toute audience tenue en vertu du paragraphe (2).

278.7 (1) S'il est convaincu que le dossier est en tout ou en partie vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner et que sa communication sert les intérêts de la justice, le juge peut ordonner que le dossier — ou la partie de celui-ci qui est vraisemblablement pertinente — soit, aux conditions qu'il fixe éventuellement en vertu du paragraphe (3), communiqué à l'accusé.

(2) Pour décider s'il doit rendre l'ordonnance prévue au paragraphe (1), le juge prend en considération les effets bénéfiques et préjudiciables qu'entraînera sa décision, d'une part, sur le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et, d'autre part, sur le droit à la vie privée et à l'égalité du plaignant ou du témoin, selon le cas, et de toute autre personne à laquelle le dossier se rapporte et, en particulier, tient compte des facteurs mentionnés aux alinéas 278.5(2)*a*) à *h*).

(3) Le juge peut assortir l'ordonnance de communication des conditions qu'il estime indiquées pour protéger

1999 CanLII 637 (SCC)

may impose conditions on the production to protect the interests of justice and, to the greatest extent possible, the privacy and equality interests of the complainant or witness, as the case may be, and any other person to whom the record relates, including, for example, the following conditions:

(*a*) that the record be edited as directed by the judge;

(*b*) that a copy of the record, rather than the original, be produced;

(*c*) that the accused and counsel for the accused not disclose the contents of the record to any other person, except with the approval of the court;

(*d*) that the record be viewed only at the offices of the court;

(*e*) that no copies of the record be made or that restrictions be imposed on the number of copies of the record that may be made; and

(*f*) that information regarding any person named in the record, such as their address, telephone number and place of employment, be severed from the record.

(4) Where the judge orders the production of the record or part of the record to the accused, the judge shall direct that a copy of the record or part of the record be provided to the prosecutor, unless the judge determines that it is not in the interests of justice to do so.

(5) The record or part of the record that is produced to the accused pursuant to an order under subsection (1) shall not be used in any other proceedings.

(6) Where the judge refuses to order the production of the record or part of the record to the accused, the record or part of the record shall, unless a court orders otherwise, be kept in a sealed package by the court until the later of the expiration of the time for any appeal and the completion of any appeal in the proceedings against the accused, whereupon the record or part of the record shall be returned to the person lawfully entitled to possession or control of it.

278.8 (1) The judge shall provide reasons for ordering or refusing to order the production of the record or part of the record pursuant to subsection 278.5(1) or 278.7(1).

(2) The reasons referred to in subsection (1) shall be entered in the record of the proceedings or, where the proceedings are not recorded, shall be provided in writing.

l'intérêt de la justice et, dans la mesure du possible, les intérêts en matière de droit à la vie privée et d'égalité du plaignant ou du témoin, selon le cas, et de toute personne à laquelle le dossier se rapporte, notamment:

a) établissement, selon ses instructions, d'une version révisée du dossier;

b) communication d'une copie, plutôt que de l'original, du dossier;

c) interdiction pour l'accusé et son avocat de divulguer le contenu du dossier à quiconque, sauf autorisation du tribunal;

d) interdiction d'examiner le contenu du dossier en dehors du greffe du tribunal;

e) interdiction de la production d'une copie du dossier ou restriction quant au nombre de copies qui peuvent en être faites;

f) suppression de renseignements sur toute personne dont le nom figure dans le dossier, tels l'adresse, le numéro de téléphone et le lieu de travail.

(4) Dans les cas où il ordonne la communication d'un dossier en tout ou en partie à l'accusé, le juge ordonne qu'une copie du dossier ou de la partie soit donnée au poursuivant, sauf s'il estime que cette mesure serait contraire aux intérêts de la justice.

(5) Les dossiers — ou parties de dossier — communiqués à l'accusé dans le cadre du paragraphe (1) ne peuvent être utilisés dans une autre procédure.

(6) Sauf ordre contraire d'un tribunal, tout dossier — ou toute partie d'un dossier — dont le juge refuse la communication à l'accusé est scellé et reste en la possession du tribunal jusqu'à l'épuisement des voies de recours dans la procédure contre l'accusé; une fois les voies de recours épuisées, le dossier — ou la partie — est remis à la personne qui a droit à la possession légitime de celui-ci.

278.8 (1) Le juge est tenu de motiver sa décision de rendre ou refuser de rendre l'ordonnance prévue aux paragraphes 278.5(1) ou 278.7(1).

(2) Les motifs de la décision sont à porter dans le procès-verbal des débats ou, à défaut, à donner par écrit.

1999 CanLII 637 (SCC)

278.9 (1) No person shall publish in a newspaper, as defined in section 297, or in a broadcast, any of the following:

(*a*) the contents of an application made under section 278.3;

(*b*) any evidence taken, information given or submissions made at a hearing under subsection 278.4(1) or 278.6(2); or

(*c*) the determination of the judge pursuant to subsection 278.5(1) or 278.7(1) and the reasons provided pursuant to section 278.8, unless the judge, after taking into account the interests of justice and the right to privacy of the person to whom the record relates, orders that the determination may be published.

(2) Every person who contravenes subsection (1) is guilty of an offence punishable on summary conviction.

278.91 For the purposes of sections 675 and 676, a determination to make or refuse to make an order pursuant to subsection 278.5(1) or 278.7(1) is deemed to be a question of law.

V. Issues

On June 11, 1998, the Chief Justice stated the following constitutional questions:

1. Do ss. 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If so, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society?
3. Do ss. 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe s. 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
4. If so, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society?

A further issue is whether this constitutional challenge has been brought prematurely.

VI. Analysis

A. *Introduction*

We have chosen to address the issues raised by this appeal in the following manner. First, we will

278.9 (1) Il est interdit de publier dans un journal, au sens de l'article 297, ou de diffuser à la radio ou à la télévision:

a) le contenu de la demande présentée en application de l'article 278.3;

b) tout ce qui a été dit ou présenté en preuve à l'occasion de toute audience tenue en vertu du paragraphe 278.4(1) ou 278.6(2);

c) la décision rendue sur la demande dans le cadre des paragraphes 278.5(1) ou 278.7(1) et les motifs mentionnés à l'article 278.8, sauf si le juge rend une ordonnance autorisant la publication ou diffusion après avoir pris en considération l'intérêt de la justice et le droit à la vie privée de la personne à laquelle le dossier se rapporte.

(2) Quiconque contrevient au paragraphe (1) commet une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

278.91 Pour l'application des articles 675 et 676, la décision rendue en application des paragraphes 278.5(1) ou 278.7(1) est réputée constituer une question de droit.

V. Les questions en litige

Le 11 juin 1998, le Juge en chef a formulé les 33
questions constitutionnelles suivantes:

1. Les articles 278.1 à 278.91 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, portent-ils atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si oui, s'agit-il d'une atteinte dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?
3. Les articles 278.1 à 278.91 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, portent-ils atteinte à l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
4. Si oui, s'agit-il d'une atteinte dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

Une autre question est de savoir si la présente contestation constitutionnelle est prématurée.

VI. Analyse

A. *Introduction*

Nous avons décidé d'examiner les questions 34
soulevées par le présent pourvoi de la façon sui-

1999 CanLII 637 (SCC)

outline why this constitutional challenge is not premature. Second, we will discuss the relevant background considerations such as the relationship between the courts and Parliament in light of this Court's decision in *O'Connor*, *supra*, and the definition of the constitutional rights at stake in this appeal. Third, with this background and context, we will consider the constitutionality of the impugned provisions.

B. *Prematurity*

35 The appellant the Attorney General for Alberta ("Alberta") submitted that Belzil J.'s finding of constitutional invalidity was premature and lacked an adequate factual foundation. Alberta argued that as no application for records had been made by the respondent under the new provisions, it is unclear what records, if any, would be denied to the respondent. Several lower courts have endorsed this reasoning. For example, see *R. v. Weeseekase* (1997), 161 Sask. R. 264 (Q.B.); *R. v. G.C.B.*, [1997] O.J. No. 5019 (QL) (Gen. Div.); *R. v. Fiddler*, [1998] O.J. No. 5819 (QL) (Prov. Div.); *R. v. D.H.C.* (1998), 163 Nfld. & P.E.I.R. 116 (Nfld. S.C.T.D.); *R. v. O'Neill* (1998), 172 Nfld. & P.E.I.R. 136 (Nfld. S.C.T.D.); *R. v. E.M.F.*, [1997] O.J. No. 4828 (QL) (Gen. Div.). However, other courts have adopted Belzil J.'s reasoning in the court below: see, e.g., *R. v. Lee* (1997), 35 O.R. (3d) 594 (Gen. Div.); *R. v. E.H.*, [1998] O.J. No. 4515 (QL) (Gen. Div.); *R. v. G.J.A.*, [1997] O.J. No. 5354 (QL) (Gen. Div.).

36 The mere fact that it is not clear whether the respondent will in fact be denied access to records potentially necessary for full answer and defence does not make the claim premature. The respondent need not prove that the impugned legislation would probably violate his right to make full answer and defence. Establishing that the legislation is unconstitutional in its general effects would suffice, as s. 52 of the *Constitution Act, 1982*,

vante. En premier lieu, nous allons exposer pourquoi la présente contestation constitutionnelle n'est pas prématurée. En deuxième lieu, nous allons analyser les facteurs contextuels pertinents, comme les rapports entre les tribunaux et le législateur, à la lumière de l'arrêt *O'Connor*, précité, de notre Cour et de la définition des droits constitutionnels en jeu dans le présent pourvoi. En troisième lieu, nous allons, dans ce contexte, examiner la constitutionnalité des dispositions contestées.

B. *Le caractère prématuré*

L'appelant le procureur général de l'Alberta («Alberta») a soutenu que la conclusion à l'inconstitutionnalité tirée par le juge Belzil était prématurée et n'avait aucun fondement factuel adéquat. L'Alberta a fait valoir qu'étant donné que l'intimé n'avait fait aucune demande de dossiers fondée sur les nouvelles dispositions, on ne savait pas clairement à quels dossiers, le cas échéant, l'intimé se verrait refuser l'accès. Plusieurs tribunaux d'instance inférieure ont adopté ce raisonnement. Voir, par exemple, *R. c. Weeseekase* (1997), 161 Sask. R. 264 (B.R.); *R. c. G.C.B.*, [1997] O.J. No. 5019 (QL) (Div. gén.); *R. c. Fiddler*, [1998] O.J. No. 5819 (QL) (Div. prov.); *R. c. D.H.C.* (1998), 163 Nfld. & P.E.I.R. 116 (C.S.T.-N. 1re inst.); *R. c. O'Neill* (1998), 172 Nfld. & P.E.I.R. 136 (C.S.T.-N. 1re inst.); *R. c. E.M.F.*, [1997] O.J. No. 4828 (QL) (Div. gén.). D'autres tribunaux ont cependant suivi le raisonnement adopté au procès par le juge Belzil: voir, par exemple, *R. c. Lee* (1997), 35 O.R. (3d) 594 (Div. gén.); *R. c. E.H.*, [1998] O.J. No. 4515 (QL) (Div. gén.); *R. c. G.J.A.*, [1997] O.J. No. 5354 (QL) (Div. gén.).

Le simple fait qu'il ne soit pas clair que l'intimé se verra effectivement refuser l'accès à des dossiers susceptibles d'être nécessaires pour pouvoir présenter une défense pleine et entière ne rend pas la demande prématurée. L'intimé n'a pas à prouver que la mesure législative contestée porterait vraisemblablement atteinte à son droit à une défense pleine et entière. Il suffirait d'établir que cette mesure législative est inconstitutionnelle sur le plan de son incidence générale, étant donné que l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* rend

1999 CanLII 637 (SCC)

declares a law to be of no force or effect to the extent that it is inconsistent with the Constitution.

However, accepting that the respondent may challenge the general constitutionality of the impugned legislation does not answer the question of whether the respondent must first apply for, and be denied, the production of third party records before bringing a constitutional challenge. The question to answer is whether the appeal record provides sufficient facts to permit the Court to adjudicate properly the issues raised. As Sopinka J. stated for the Court in *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944, at p. 955, when discussing the general rule that constitutional challenges should be disposed of at the end of a case: "An apparently meritorious *Charter* challenge of the law under which the accused is charged which is not dependent on facts to be elicited during the trial may come within this exception to the general rule" (emphasis added).

This Court has often stressed the importance of a factual basis in *Charter* cases. See, for example, *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, at p. 361; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at pp. 762 and 767-68, *per* Dickson C.J.; *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59, at p. 83; *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086, at p. 1099; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416, at p. 452; *DeSousa*, *supra*, at p. 954; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, at para. 15. These facts have been broken into two categories: legislative and adjudicative. In *Danson*, *supra*, at p. 1099, Sopinka J., for the Court, outlined these categories as follows:

These terms derive from Davis, *Administrative Law Treatise* (1958), vol. 2, para. 15.03, p. 353. (See also Morgan, "Proof of Facts in Charter Litigation", in Sharpe, ed., *Charter Litigation* (1987).) Adjudicative facts are those that concern the immediate parties: in

inopérante la règle de droit qui est incompatible avec la Constitution.

37 Toutefois, accepter que l'intimé peut contester la constitutionnalité générale de la mesure législative en cause ne répond pas à la question de savoir si, avant de procéder à une contestation constitutionnelle, il doit préalablement demander et se voir refuser la communication de dossiers de tiers. La question à laquelle il faut répondre est de savoir si le dossier d'appel contient suffisamment de faits pour permettre à la Cour de bien trancher les questions soulevées. Comme le juge Sopinka l'a dit au nom de notre Cour dans l'arrêt *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944, à la p. 955, lorsqu'il analysait la règle générale selon laquelle les contestations constitutionnelles devaient être tranchées à la fin des débats: «Une attaque, fondée sur la *Charte*, contre la loi en vertu de laquelle l'accusé a été inculpé, qui semble bien fondée et qui ne dépend pas de faits devant être prouvés au cours du procès pourrait être visée par cette exception à la règle générale» (nous soulignons).

38 Notre Cour a souvent souligné l'importance de l'existence d'un fondement factuel dans les affaires relatives à la *Charte*. Voir, par exemple, *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, à la p. 361; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, aux pp. 762, 767 et 768, le juge en chef Dickson; *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59, à la p. 83; *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, à la p. 1099; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, à la p. 452; *DeSousa*, précité, à la p. 954; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, au par. 15. Ces faits ont été divisés en deux catégories: les faits législatifs et les faits en litige. Dans l'arrêt *Danson*, précité, à la p. 1099, le juge Sopinka, s'exprimant au nom de notre Cour, a exposé ces catégories de la façon suivante:

Ces expressions proviennent de l'ouvrage de Davis, *Administrative Law Treatise* (1958), vol. 2, para. 15.03, à la p. 353. (Voir également Morgan, «Proof of Facts in Charter Litigation», dans Sharpe, ed., *Charter Litigation* (1987).) Les faits en litige sont ceux qui concernent les

1999 CanLII 637 (SCC)

Davis' words, "who did what, where, when, how, and with what motive or intent . . . ." Such facts are specific, and must be proved by admissible evidence. Legislative facts are those that establish the purpose and background of legislation, including its social, economic and cultural context. Such facts are of a more general nature, and are subject to less stringent admissibility requirements: see e.g., *Re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, *per* Laskin C.J., at p. 391; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714, *per* Dickson J. (as he then was), at p. 723; and *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297, *per* McIntyre J., at p. 318.

39 The argument that the present appeal is premature rests on the contention that there are few adjudicative facts before the Court. Two points may be made in response.

40 First, it is not clear what further adjudicative facts would arise if the respondent had gone through the impugned procedure and been refused production. Although, pursuant to s. 278.8(1) of the *Criminal Code*, the trial judge must provide reasons for refusing to order production of any record, or part of any record, presumably these reasons could not divulge much about the content of the records in question for that would defeat the very purpose of the new provisions.

41 Second, the record contains sufficient facts to resolve the issues posed by the present appeal. Indeed, no argument was made that the adjudicative facts, sparse as they may be, are insufficient. Moreover, a determination that the legislation at issue in this appeal is unconstitutional in its general effect involves an assessment of the effects of the legislation under reasonable hypothetical circumstances. In *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485, Gonthier J. stated, for the majority, at pp. 515-16:

It is true that this Court has been vigilant, wherever possible, to ensure that a proper factual foundation exists before measuring legislation against the *Charter* (*Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086, at p. 1099, and *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, at pp. 361-62). Yet it has been noted above

parties au litige: pour reprendre les termes de Davis [TRADUCTION] «qui a fait quoi, où, quand, comment et dans quelle intention . . .» Ces faits sont précis et doivent être établis par des éléments de preuve recevables. Les faits législatifs sont ceux qui établissent l'objet et l'historique de la loi, y compris son contexte social, économique et culturel. Ces faits sont de nature plus générale et les conditions de leur recevabilité sont moins sévères: par exemple, voir *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, le juge en chef Laskin, à la p. 391; *Renvoi: Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), à la p. 723; et *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297, le juge McIntyre, à la p. 318.

L'argument que le présent pourvoi est prématuré repose sur la prétention que notre Cour est saisie de peu de faits en litige. On peut répondre à cet argument de deux façons.

Premièrement, on ne sait pas clairement quels seraient les autres faits en litige si l'intimé avait suivi la procédure contestée et s'était vu refuser la communication. Bien que, en vertu du par. 278.8(1) du *Code criminel*, le juge du procès doive motiver sa décision de refuser d'ordonner la communication d'un dossier ou d'une partie d'un dossier, ses motifs ne pourraient vraisemblablement pas en dire long sur le contenu du dossier en question car cela contrecarrerait l'objet même des nouvelles dispositions.

Deuxièmement, le dossier contient suffisamment de faits pour trancher les questions soulevées par le présent pourvoi. En réalité, on n'a pas prétendu que les faits en litige, si clairsemés soient-ils, sont insuffisants. De plus, pour déterminer si la mesure législative en cause dans le présent pourvoi est inconstitutionnelle sur le plan de son incidence générale, il faut en évaluer les effets dans des circonstances hypothétiques raisonnables. Dans *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485, le juge Gonthier a affirmé, au nom de la majorité, aux pp. 515 et 516:

Notre Cour a certes veillé autant que possible à s'assurer de l'existence d'une base factuelle appropriée avant d'évaluer une loi en fonction de la *Charte* (*Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, à la p. 1099, et *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, aux pp. 361 et 362). Pourtant, comme nous l'avons

1999 CanLII 637 (SCC)

that s. 12 jurisprudence does not contemplate a standard of review in which that kind of factual foundation is available in every instance. The applicable standard must focus on imaginable circumstances which could commonly arise in day-to-day life. [Emphasis added.]

indiqué plus haut, la jurisprudence portant sur l'art. 12 n'envisage pas une norme d'examen qui repose dans chaque cas sur ce genre de base factuelle. La norme applicable doit être centrée sur des circonstances imaginables qui pourraient se présenter couramment dans la vie quotidienne. [Nous soulignons.]

Likewise, given the nature of the statutory framework, where the accused and the Court remain unaware of the contents of the records sought, many of the arguments by necessity focus upon such "imaginable circumstances".

De même, compte tenu de la nature du cadre législatif, où l'accusé et le tribunal ignorent le contenu des dossiers demandés, un bon nombre d'arguments portent nécessairement sur des «circonstances imaginables».

Given these considerations, we are satisfied that there is an appropriate factual basis in this case and that the application is therefore not premature.

42 Compte tenu de ces facteurs, nous sommes convaincus qu'il y a un fondement factuel approprié en l'espèce et que la demande n'est donc pas prématurée.

C. *Background Considerations*

C. *Les facteurs contextuels*

(1) The *O'Connor* Regime and Bill C-46

(1) Le régime de l'arrêt *O'Connor* et la loi C-46

43 The respondent in this appeal and several interveners argued that the provisions of Bill C-46 are unconstitutional to the extent that they are inconsistent with the reasons of the majority of this Court in *O'Connor*, *supra*. Belzil J., for the court below, similarly held that Bill C-46 is unconstitutional because it alters the constitutional balance achieved in *O'Connor*. Before addressing these arguments, we will briefly review the production regimes at issue.

43 Dans le présent pourvoi, l'intimé et plusieurs intervenants ont prétendu que les dispositions de la loi C-46 sont inconstitutionnelles dans la mesure où elles sont incompatibles avec les motifs prononcés par notre Cour, à la majorité, dans l'arrêt *O'Connor*, précité. De même, le juge Belzil a conclu, au procès, que la loi C-46 est inconstitutionnelle parce qu'elle modifie l'équilibre constitutionnel établi dans l'arrêt *O'Connor*. Avant d'aborder ces arguments, nous allons examiner brièvement les régimes de communication en cause.

(a) *The O'Connor Regime*

a) *Le régime de l'arrêt O'Connor*

44 This Court's decision in *O'Connor*, concerned the common law procedure to be followed by an accused seeking production of therapeutic records in the hands of third parties. As a preliminary matter, Lamer C.J. and Sopinka J., for the majority on the issue of production, also discussed the issue of disclosure of therapeutic records in the hands of the Crown. In their opinion, the Crown's obligation to disclose records in its possession or control, as established in *Stinchcombe*, *supra*, is unaltered by the confidential nature of therapeutic records where the records have been shared with the Crown or "confidentiality has been waived for the purpose of proceeding against the accused"

44 L'arrêt *O'Connor* de notre Cour portait sur la procédure de common law que devait suivre l'accusé qui cherchait à obtenir la communication de dossiers thérapeutiques en la possession de tiers. À titre préliminaire, le juge en chef Lamer et le juge Sopinka, s'exprimant au nom de la majorité sur la question de la communication, ont également analysé la question de la communication des dossiers thérapeutiques qui sont en la possession du ministère public. Ils étaient d'avis que l'obligation du ministère public de communiquer les dossiers qui sont en sa possession ou sous son contrôle, qui a été établie dans l'arrêt *Stinchcombe*, précité, n'est pas modifiée par la nature confidentielle des dos-

1999 CanLII 637 (SCC)

(para. 9). Even if privileged, these records must be disclosed to the accused where "clearly relevant and important to the ability of the accused to raise a defence" (para. 11).

45 In the context of ordering production of records that are in the hands of third parties, Lamer C.J. and Sopinka J. outlined a two-stage process. At the first stage, the issue is whether the document sought by the accused ought to be produced to the judge; at the second stage, the trial judge must balance the competing interests to decide whether to order production to the accused. At the first stage, the onus is on the accused to establish that the information in question is "likely to be relevant" (para. 19 (emphasis in original)). Unlike in the Crown disclosure context, where relevance is understood to mean "may be useful to the defence", the threshold of likely relevance in this context requires that the presiding judge be satisfied "that there is a reasonable possibility that the information is logically probative to an issue at trial or the competence of a witness to testify" (para. 22 (emphasis in original)). This shift in onus and the higher threshold, as compared to when records are in the possession of the Crown, was necessitated by the fact that the information in question is not part of the state's "case to meet", the state has not been given access to it, and third parties are under no obligation to assist the defence.

46 Lamer C.J. and Sopinka J. held that the threshold of likely relevance at this first stage is not a significant or onerous burden. It is meant to prevent requests for production that are "speculative, fanciful, disruptive, unmeritorious, obstructive and time-consuming" (para. 24). Although Lamer C.J. and Sopinka J. disagreed with L'Heureux-Dubé J. that therapeutic records are rarely relevant to the

siers thérapeutiques lorsque ces dossiers ont été communiqués au ministère public ou que «l'on a renoncé à ce caractère confidentiel afin de poursuivre l'accusé» (par. 9). Même s'ils sont protégés, ces dossiers doivent être communiqués à l'accusé lorsqu'ils sont «manifestement pertinents et importants pour permettre à l'accusé de faire valoir un moyen de défense» (par. 11).

En ce qui concerne l'ordonnance de communication de dossiers qui sont en la possession de tiers, le juge en chef Lamer et le juge Sopinka ont exposé une procédure en deux étapes. À la première étape, il s'agit de savoir si le document demandé par l'accusé devrait être communiqué au juge; à la deuxième étape, le juge du procès doit évaluer les intérêts opposés pour décider s'il y a lieu d'ordonner la communication à l'accusé. À la première étape, il incombe à l'accusé d'établir que les renseignements en cause sont d'une «pertinence probable» (par. 19 (souligné dans l'original)). Contrairement au contexte de la communication par le ministère public, où la pertinence est interprétée comme signifiant «l'utilité que [cela peut] avoir pour la défense», le seuil de la pertinence probable dans ce contexte exige que le juge qui préside le procès soit convaincu «qu'il existe une possibilité raisonnable que les renseignements aient une valeur logiquement probante relativement à une question en litige ou à l'habilité à témoigner d'un témoin» (par. 22 (souligné dans l'original)). Ce déplacement d'obligation ainsi que le seuil plus élevé, comparativement aux cas où les dossiers sont en la possession du ministère public, sont devenus nécessaires du fait que les renseignements en cause ne font pas partie de la «preuve à charge» de l'État, que ce dernier n'y a pas eu accès et que les tiers ne sont pas tenus d'aider la défense.

Le juge en chef Lamer et le juge Sopinka ont statué que le seuil de la pertinence probable à cette première étape ne constitue pas un fardeau important ou onéreux. Il vise à empêcher les demandes de communication «qui reposent sur la conjecture et qui sont fantaisistes, perturbatrices, mal fondées, obstructionnistes et dilatoires» (par. 24). Même s'ils ne partageaient pas l'avis du

1999 CanLII 637 (SCC)

accused, they declined to set out "categories of relevance" (para. 27).

If the first stage is passed, the record is disclosed to the court and the application for production moves onto the second stage where the judge determines whether the record should be produced to the accused. At this second stage, Lamer C.J. and Sopinka J. require the trial judge to balance the competing interests in order to determine whether a non-production order would be a reasonable limit on the accused's ability to make full answer and defence. They list a series of factors that trial judges should consider in making this determination (at para. 31):

(1) the extent to which the record is necessary for the accused to make full answer and defence; (2) the probative value of the record in question; (3) the nature and extent of the reasonable expectation of privacy vested in that record; (4) whether production of the record would be premised upon any discriminatory belief or bias; and (5) the potential prejudice to the complainant's dignity, privacy or security of the person that would be occasioned by production of the record in question.

Although L'Heureux-Dubé J., for the minority on this issue, outlined the same five factors as the majority, she also included two additional factors: the integrity of the trial process and the societal interest in reporting sexual crimes. Lamer C.J. and Sopinka J. held that the former is better dealt with when determining admissibility of the evidence and that the latter, while a relevant factor, was "not a paramount consideration" as there are many other avenues open to the trial judge to protect this interest than declining production (at paras. 32 and 33).

(b) *Bill C-46*

On May 12, 1997, approximately 17 months after this Court released its decision in *O'Connor*, Bill C-46 came into force. Bill C-46 sets out a process to govern the production of the private

juge L'Heureux-Dubé que les dossiers thérapeutiques sont rarement utiles à l'accusé, le juge en chef Lamer et le juge Sopinka ont refusé d'établir des «catégories de pertinence» (par. 27).

47 Si la première étape est franchie, le dossier est communiqué au tribunal et la demande de communication passe à la deuxième étape, où le juge décide s'il y a lieu de communiquer le dossier à l'accusé. Le juge en chef Lamer et le juge Sopinka exigent qu'à cette étape le juge du procès évalue les intérêts opposés afin de déterminer si une ordonnance de non-communication constituerait une limite raisonnable à la capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Ils énumèrent une série de facteurs dont le juge du procès devrait tenir compte pour prendre sa décision (au par. 31):

(1) la mesure dans laquelle ce dossier est nécessaire pour que l'accusé puisse présenter une défense pleine et entière; (2) la valeur probante du dossier en question; (3) la nature et la portée de l'attente raisonnable au respect du caractère privé de ce dossier; (4) la question de savoir si la production du dossier reposerait sur une croyance ou un préjugé discriminatoires; et (5) le préjudice possible à la dignité, à la vie privée ou à la sécurité de la personne [du plaignant] que pourrait causer la production du dossier en question.

Bien qu'elle ait exposé les cinq mêmes facteurs que les juges majoritaires, le juge L'Heureux-Dubé, s'exprimant au nom des juges dissidents sur cette question, a ajouté deux facteurs supplémentaires: l'intégrité du processus judiciaire et l'intérêt de la société à ce que les crimes d'ordre sexuel soient signalés. Le juge en chef Lamer et le juge Sopinka ont conclu qu'il valait mieux examiner le premier facteur en déterminant l'admissibilité de la preuve et que l'autre facteur, quoique pertinent, n'était «pas une considération primordiale» puisque le juge du procès dispose de nombreux moyens, autres que refuser la communication, de protéger cet intérêt (aux par. 32 et 33).

b) *La loi C-46*

48 Le 12 mai 1997, environ 17 mois après que notre Cour eut rendu l'arrêt *O'Connor*, la loi C-46 est entrée en vigueur. Cette loi énonce une procédure régissant la communication des dossiers

1999 CanLII 637 (SCC)

records of complainants and witnesses in sexual assault trials in place of the common law regime this Court established in *O'Connor*. The preamble to the Bill indicates that Parliament was concerned about the incidence of sexual violence and abuse in Canadian society, its prevalence against women and children, and its "particularly disadvantageous impact on the equal participation of women and children in society and on the rights of women and children to security of the person, privacy and equal benefit of the law as guaranteed by sections 7, 8, 15 and 28 of the [*Charter*]". The preamble expressly declares that Parliament seeks to provide a framework of laws that are fair to and protect the rights of both accused persons and complainants.

49 While the Bill retains the two-stage structure set out in *O'Connor*, there are significant differences between the two regimes. Many of these are uncontentious. In the following overview of the Bill, we expound on only the provisions brought under review in this appeal.

50 Bill C-46 begins by defining the records to which it applies: "any form of record that contains personal information for which there is a reasonable expectation of privacy", excluding investigatory or prosecutorial records: s. 278.1. It goes on to define the types of offences that will trigger its application: s. 278.2(1). Generally, these are sexual assault and similar sexual offences. Section 278.2(1) states that an accused person charged with these offences cannot obtain the records relating to complainants or witnesses covered by s. 278.1, except in accordance with the process set out by the Bill.

51 A third preliminary section, s. 278.2(2), states that the Bill applies to records in the possession or control of any person, including the Crown prosecutor, unless the complainant or witness "has expressly waived the application of [the Bill]". Absent waiver, documents in the possession of the prosecution are treated in the same manner as doc-

privés des plaignants et des témoins dans des procès en matière d'agression sexuelle, qui vient remplacer le régime de common law établi par notre Cour dans l'arrêt *O'Connor*. Son préambule indique que le législateur était préoccupé par les cas de violence et d'exploitation sexuelles au sein de la société canadienne, par la fréquence des agressions sexuelles contre les femmes et les enfants et par leurs «effets particulièrement néfastes sur les chances d'égalité des femmes et des enfants au sein de la société et sur leurs droits à la sécurité de leur personne, à la vie privée ou au même bénéfice de la loi qui sont garantis par les articles 7, 8, 15 et 28 de la *Charte*». Le préambule précise que le législateur cherche à établir un cadre juridique qui soit équitable et qui protège à la fois les droits des accusés et ceux des plaignants.

Bien que la Loi maintienne la procédure en deux étapes énoncée dans l'arrêt *O'Connor*, il existe entre les deux régimes d'importantes différences qui, dans une large mesure, sont incontestées. Dans l'aperçu suivant de la Loi, nous expliquons seulement les dispositions qui sont examinées dans le présent pourvoi.

La loi C-46 définit d'abord les dossiers auxquels elle s'applique comme étant «toute forme de document contenant des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée», à l'exclusion des dossiers d'enquête et ceux de la poursuite: art. 278.1. Elle définit ensuite les genres d'infractions qui vont déclencher son application: par. 278.2(1). En général, ce sont l'agression sexuelle et les infractions d'ordre sexuel similaires. Le paragraphe 278.2(1) prévoit que la personne accusée de ces infractions ne peut obtenir les dossiers concernant les plaignants et les témoins visés par l'art. 278.1 qu'en conformité avec la procédure énoncée par la Loi.

Une troisième disposition préliminaire, soit le par. 278.2(2), prévoit que la Loi s'applique aux dossiers en la possession ou sous le contrôle de toute personne, y compris le procureur du ministère public, sauf si le plaignant ou le témoin «a expressément renoncé à l'application» de la Loi. En l'absence de renonciation, les documents

1999 CanLII 637 (SCC)

uments in the hands of a private individual or organization and therefore are subject to disclosure pursuant to the Bill's procedures.

Yet another preliminary provision sets out "assertions" that are "not sufficient on their own" on an application for production to establish that a record is "likely relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify": s. 278.3(4).

This brings us to the heart of the Bill — the process established to govern the production of private records to an accused person in sexual offence proceedings. Like *O'Connor*, Parliament has set up a two-stage process: (1) disclosure to the judge; and (2) production to the accused. At the first stage, the accused must establish that the record sought is "likely relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify" and that "the production of the record is necessary in the interests of justice" (s. 278.5(1)). Bill C-46 diverges from *O'Connor* by directing the trial judge to consider the salutary and deleterious effects of production to the court on the accused's right to full answer and defence and the complainant's or witness's right to privacy and equality. A series of factors is listed that the trial judge is directed to take into account in deciding whether the document should be produced to the court (s. 278.5(2)):

(*a*) the extent to which the record is necessary for the accused to make a full answer and defence;

(*b*) the probative value of the record;

(*c*) the nature and extent of the reasonable expectation of privacy with respect to the record;

(*d*) whether production of the record is based on a discriminatory belief or bias;

(*e*) the potential prejudice to the personal dignity and right to privacy of any person to whom the record relates;

(*f*) society's interest in encouraging the reporting of sexual offences;

en la possession de la poursuite sont traités de la même manière que les documents détenus par un particulier ou par un organisme privé, et ils sont donc sujets à communication selon la procédure établie par la Loi.

52 Encore est-il qu'une autre disposition préliminaire énonce les «affirmations» qui, dans une demande de communication, ne «suffisent pas en soi» à démontrer qu'un dossier est «vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner»: par. 278.3(4).

53 Cela nous amène au cœur de la Loi — la procédure établie pour régir la communication de dossiers privés à un accusé dans des poursuites relatives à une infraction d'ordre sexuel. À l'instar de l'arrêt *O'Connor*, le législateur a établi une procédure en deux étapes: (1) la communication au juge, et (2) la communication à l'accusé. À la première étape, l'accusé doit établir que le dossier demandé est «vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner» et que sa communication «sert les intérêts de la justice» (par. 278.5(1)). La loi C-46 diffère de l'arrêt *O'Connor* en ce sens qu'elle ordonne au juge du procès de prendre en considération les effets bénéfiques et préjudiciables de la communication au tribunal sur le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et sur le droit à la vie privée et à l'égalité du plaignant ou du témoin. Suit une liste de facteurs dont le juge du procès doit tenir compte pour décider si le document doit être communiqué ou non au tribunal (par. 278.5(2)):

a) la mesure dans laquelle le dossier est nécessaire pour permettre à l'accusé de présenter une défense pleine et entière;

b) sa valeur probante;

c) la nature et la portée de l'attente raisonnable au respect de son caractère privé;

d) la question de savoir si sa communication reposerait sur une croyance ou un préjugé discriminatoire;

e) le préjudice possible à la dignité ou à la vie privée de toute personne à laquelle il se rapporte;

f) l'intérêt qu'a la société à ce que les infractions d'ordre sexuel soient signalées;

1999 CanLII 637 (SCC)

(*g*) society's interest in encouraging the obtaining of treatment by complainants of sexual offences; and

(*h*) the effect of the determination on the integrity of the trial process.

54 If the requirements of this first stage are met, the record will be ordered produced to the trial judge. At the second stage, the judge looks at the record in the absence of the parties (s. 278.6(1)), holds a hearing if necessary (s. 278.6(2)), and determines whether the record should be produced on the basis that it is "likely relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify" and that its production is "necessary in the interests of justice" (s. 278.7). Again at this stage, the judge must consider the salutary and deleterious effects on the accused's right to make full answer and defence and on the right to privacy and equality of the complainant or witness, and is directed to "take into account" the factors set out at s. 278.5(2): s. 278.7(2). When ordering production, the judge may impose conditions on production: s. 278.7(3).

55 The respondent and several supporting interveners argue that Bill C-46 is unconstitutional to the extent that it establishes a regime for production that differs from or is inconsistent with that established by the majority in *O'Connor*. However, it does not follow from the fact that a law passed by Parliament differs from a regime envisaged by the Court in the absence of a statutory scheme, that Parliament's law is unconstitutional. Parliament may build on the Court's decision, and develop a different scheme as long as it remains constitutional. Just as Parliament must respect the Court's rulings, so the Court must respect Parliament's determination that the judicial scheme can be improved. To insist on slavish conformity would belie the mutual respect that underpins the relationship between the courts and legislature that is so essential to our constitutional democracy: *Vriend*, *supra*. We turn now to a brief discussion of that relationship.

g) l'intérêt qu'a la société à ce que les plaignants, dans les cas d'infraction d'ordre sexuel, suivent des traitements;

h) l'effet de la décision sur l'intégrité du processus judiciaire.

Si les exigences de la première étape sont respectées, la communication du dossier au juge du procès sera ordonnée. À la deuxième étape, le juge examine le dossier en l'absence des parties (par. 278.6(1)), tient une audience si nécessaire (par. 278.6(2)) et décide s'il y a lieu de communiquer le dossier pour le motif qu'il est «vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner» et que sa communication «sert les intérêts de la justice» (art. 278.7). Là encore, à cette étape, le juge doit prendre en considération les effets bénéfiques et préjudiciables sur le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et sur le droit à la vie privée et à l'égalité du plaignant ou du témoin, et il doit «tenir compte» des facteurs énumérés au par. 278.5(2): par. 278.7(2). Lorsqu'il ordonne la communication, le juge peut l'assujettir à des conditions: par. 278.7(3).

L'intimé et plusieurs intervenants qui l'appuient font valoir que la loi C-46 est inconstitutionnelle dans la mesure où elle établit un régime de communication qui diffère de celui établi par les juges majoritaires dans l'arrêt *O'Connor*, ou qui est incompatible avec celui-ci. Le fait qu'une loi adoptée par le législateur diffère d'un régime envisagé par la Cour, en l'absence d'un régime législatif, ne veut toutefois pas dire que cette loi est inconstitutionnelle. Le législateur peut s'inspirer de la décision de la Cour et concevoir un régime différent pourvu que celui-ci demeure constitutionnel. Tout comme le législateur doit respecter les décisions de la Cour, la Cour doit respecter la décision du législateur que le régime qu'elle a créé peut être amélioré. Insister sur une conformité servile irait à l'encontre du respect mutuel qui sous-tend les rapports entre les tribunaux et le législateur et qui est si essentiel à notre démocratie constitutionnelle: *Vriend*, précité. Nous passons maintenant à une brève analyse de ces rapports.

1999 CanLII 637 (SCC)

(2) Relationship Between the Courts and the Legislature Generally

A posture of respect towards Parliament was endorsed by this Court in *Slaight Communications*, *supra*, at p. 1078, where we held that if legislation is amenable to two interpretations, a court should choose the interpretation that upholds the legislation as constitutional. Thus courts must presume that Parliament intended to enact constitutional legislation and strive, where possible, to give effect to this intention.

This Court has also discussed the relationship between the courts and the legislature in terms of a dialogue, and emphasized its importance to the democratic process. In *Vriend*, *supra*, at para. 139, Iacobucci J. stated:

> To my mind, a great value of judicial review and this dialogue among the branches is that each of the branches is made somewhat accountable to the other. The work of the legislature is reviewed by the courts and the work of the court in its decisions can be reacted to by the legislature in the passing of new legislation (or even overarching laws under s. 33 of the *Charter*). This dialogue between and accountability of each of the branches have the effect of enhancing the democratic process, not denying it.

See also P. W. Hogg and A. A. Bushell, "The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75. If the common law were to be taken as establishing the only possible constitutional regime, then we could not speak of a dialogue with the legislature. Such a situation could only undermine rather than enhance democracy. Legislative change and the development of the common law are different. As this Court noted in *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 666, the common law changes incrementally, "while complex changes to the law with uncertain ramifications should be left to the legislature". While this dialogue obviously is of a somewhat different nature when the common law rule involves interpretation of the *Charter*, as in *O'Connor*, it remains a dialogue nonetheless.

(2) Les rapports généraux entre les tribunaux et le législateur

56 Notre Cour a adopté une attitude de respect envers le législateur dans l'arrêt *Slaight Communications*, précité, à la p. 1078, où elle a conclu que, si une mesure législative prête à deux interprétations, le tribunal doit choisir celle qui en maintient le caractère constitutionnel. Par conséquent, les tribunaux doivent présumer que le législateur avait l'intention d'adopter une mesure législative constitutionnelle et ils doivent s'efforcer, autant que possible, de mettre à exécution cette intention.

57 Notre Cour a également analysé les rapports entre les tribunaux et le législateur sous l'angle d'un dialogue, et elle a souligné leur importance pour le processus démocratique. Dans l'arrêt *Vriend*, précité, au par. 139, le juge Iacobucci a dit:

> La révision judiciaire et ce dialogue sont précieux, selon moi, parce qu'ils obligent en quelque sorte les divers organes du gouvernement à se rendre mutuellement des comptes. Les tribunaux examinent le travail du législateur, et le législateur réagit aux décisions des tribunaux en adoptant d'autres textes de loi (ou même en se prévalant de l'art. 33 de la *Charte* pour les soustraire à la *Charte*). Ce dialogue et ce processus de reddition de compte entre organes du gouvernement, loin de nuire au processus démocratique, l'enrichissent.

Voir aussi P. W. Hogg et A. A. Bushell, «The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures» (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75. S'il fallait considérer que la common law établit le seul régime constitutionnel possible, on ne pourrait pas alors parler de dialogue avec le législateur. Une telle situation ne pourrait que miner la démocratie au lieu de la favoriser. La modification législative et l'évolution de la common law sont deux choses différentes. Comme notre Cour l'a souligné dans l'arrêt *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, à la p. 666, la common law change progressivement, tandis qu'il «convient de laisser au législateur le soin d'apporter au droit des changements complexes dont les conséquences sont incertaines». Bien que ce dialogue diffère évidemment quelque peu lorsque la règle de common law nécessite l'interprétation de la *Charte*, comme dans l'arrêt *O'Connor*, il n'en demeure pas moins un dialogue.

1999 CanLII 637 (SCC)

58 Moreover, in this Court's recent decision *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, we affirmed the proposition that constitutionalism can facilitate democracy rather than undermine it, and that one way in which it does this is by ensuring that fundamental human rights and individual freedoms are given due regard and protection (at paras. 74-78). Courts do not hold a monopoly on the protection and promotion of rights and freedoms; Parliament also plays a role in this regard and is often able to act as a significant ally for vulnerable groups. This is especially important to recognize in the context of sexual violence. The history of the treatment of sexual assault complainants by our society and our legal system is an unfortunate one. Important change has occurred through legislation aimed at both recognizing the rights and interests of complainants in criminal proceedings, and debunking the stereotypes that have been so damaging to women and children, but the treatment of sexual assault complainants remains an ongoing problem. If constitutional democracy is meant to ensure that due regard is given to the voices of those vulnerable to being overlooked by the majority, then this court has an obligation to consider respectfully Parliament's attempt to respond to such voices.

De plus, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, notre Cour a récemment confirmé que le constitutionnalisme peut faciliter la démocratie au lieu de la miner, et que l'une des façons dont il le fait est de garantir le respect et la protection qui sont dus aux droits fondamentaux et aux libertés individuelles de la personne (au par. 74 à 78). Les tribunaux n'ont pas le monopole de la protection et de la promotion des droits et libertés; le législateur joue également un rôle à cet égard et il est souvent en mesure de faire fonction d'allié important pour les groupes vulnérables. Il importe particulièrement de reconnaître ce fait dans le contexte de la violence sexuelle. La façon dont notre société et notre système judiciaire ont traité les plaignants en matière d'agression sexuelle dans le passé est regrettable. D'importantes modifications ont été effectuées par voie législative dans le but de reconnaître les droits et intérêts des plaignants en matière criminelle et de mettre fin aux stéréotypes qui ont fait tant de tort aux femmes et aux enfants, mais le traitement des plaignants en matière d'agression sexuelle constitue toujours un problème. Si la démocratie constitutionnelle vise à garantir que la majorité écoute comme il se doit la voix des personnes vulnérables, notre Cour a donc l'obligation de faire preuve de déférence en examinant la tentative du législateur de répondre à cette voix.

59 Parliament has enacted this legislation after a long consultation process that included a consideration of the constitutional standards outlined by this Court in *O'Connor*. While it is the role of the courts to specify such standards, there may be a range of permissible regimes that can meet these standards. It goes without saying that this range is not confined to the specific rule adopted by the Court pursuant to its competence in the common law. In the present case, Parliament decided that legislation was necessary in order to address the issue of third party records more comprehensively. As is evident from the language of the preamble to Bill C-46, Parliament also sought to recognize the prevalence of sexual violence against women and children and its disadvantageous impact on their rights, to encourage the reporting of incidents of sexual violence, to recognize the impact of the pro-

Le législateur a adopté la présente mesure législative à la suite d'un long processus de consultation qui a comporté un examen des normes constitutionnelles exposées par notre Cour dans l'arrêt *O'Connor*. Bien qu'il appartienne aux tribunaux de préciser ces normes, il peut y avoir une gamme de régimes acceptables qui y satisfont. Il va sans dire que cette gamme ne se limite pas à la règle particulière que la Cour a adoptée conformément à sa compétence en matière de common law. En l'espèce, le législateur a décidé qu'une mesure législative était nécessaire pour aborder de façon plus exhaustive la question des dossiers de tiers. Comme l'indique clairement le préambule de la loi C-46, le législateur a également cherché à reconnaître la fréquence des agressions sexuelles contre les femmes et les enfants ainsi que leurs effets néfastes sur leurs droits, à encourager la dénoncia-

1999 CanLII 637 (SCC)

duction of personal information on the efficacy of treatment, and to reconcile fairness to complainants with the rights of the accused. Many of these concerns involve policy decisions regarding criminal procedure and its relationship to the community at large. Parliament may also be understood to be recognizing "horizontal" equality concerns, where women's inequality results from the acts of other individuals and groups rather than the state, but which nonetheless may have many consequences for the criminal justice system. It is perfectly reasonable that these many concerns may lead to a procedure that is different from the common law position but that nonetheless meets the required constitutional standards.

tion des cas de violence sexuelle, à reconnaître l'incidence de la communication de renseignements personnels sur l'efficacité des traitements et à concilier l'équité pour le plaignant avec les droits de l'accusé. Un bon nombre de ces préoccupations nécessitent des décisions de principe concernant la procédure criminelle et son lien avec la collectivité en général. On peut aussi considérer que le législateur reconnaît des soucis d'égalité «horizontale» lorsque l'inégalité des femmes, qui résulte d'actes accomplis par d'autres personnes et groupes plutôt que par l'État, peut néanmoins avoir de nombreuses conséquences sur le système de justice criminelle. Il est tout à fait raisonnable que ces nombreuses préoccupations puissent mener à une procédure qui diffère de la position de la common law mais qui respecte néanmoins les normes constitutionnelles requises.

We cannot presume that the legislation is unconstitutional simply because it is different from the common law position. The question before us is not whether Parliament can amend the common law; it clearly can. The question before us is whether in doing so Parliament has nonetheless outlined a constitutionally acceptable procedure for the production of private records of complainants in sexual assault trials. This question is considered at length below, following the discussion of the constitutional rights at stake in this appeal.

60 Nous ne pouvons pas présumer que la mesure législative est inconstitutionnelle simplement parce qu'elle diffère de la position de la common law. La question dont nous sommes saisis n'est pas de savoir si le législateur peut modifier la common law; il le peut manifestement. La question dont nous sommes saisis est de savoir si, en le faisant, le législateur a malgré tout exposé une procédure constitutionnellement acceptable relativement à la communication des dossiers privés de plaignants dans des procès en matière d'agression sexuelle. Cette question est examinée en détail plus loin, après une analyse des droits constitutionnels en jeu dans le présent pourvoi.

(3) Tensions Among Full Answer and Defence, Privacy, and Equality

(a) *Balancing Interests and Defining Rights*

(3) Les tensions entre défense pleine et entière, vie privée et égalité

a) *Évaluation des intérêts et définition des droits*

61 At play in this appeal are three principles, which find their support in specific provisions of the *Charter*. These are full answer and defence, privacy, and equality. No single principle is absolute and capable of trumping the others; all must be defined in light of competing claims. As Lamer C.J. stated in *Dagenais*, *supra*, at p. 877: "When the protected rights of two individuals come into conflict . . . *Charter* principles require a balance to

Trois principes étayés par des dispositions particulières de la *Charte* sont en jeu dans le présent pourvoi. Ce sont les principes de la défense pleine et entière, de la vie privée et de l'égalité. Aucun de ces principes n'est absolu et n'est susceptible de l'emporter sur les autres; tous doivent être définis à la lumière de revendications opposées. Comme le juge en chef Lamer l'a dit dans l'arrêt *Dagenais*, précité, à la p. 877: «Lorsque les droits de deux

1999 CanLII 637 (SCC)

be achieved that fully respects the importance of both sets of rights." This illustrates the importance of interpreting rights in a contextual manner — not because they are of intermittent importance but because they often inform, and are informed by, other similarly deserving rights or values at play in particular circumstances.

62 The respondent's right to liberty under s. 7 of the *Charter* is engaged because he faces the possibility of imprisonment. The question therefore becomes whether the procedure outlined in ss. 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code* violates the principles of fundamental justice. To answer this we must determine what the relevant rights are. First of all, the denial of the accused's ability to make full answer and defence implicates s. 7. An unreasonable search and seizure of a complainant's records, however, violates the complainant's right to privacy protected under s. 8. As this Court made clear in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 502, both of these rights are instances of the "principles of fundamental justice" enshrined in s. 7. Insofar as the rights at stake all fall within ss. 7 to 14, the "principles of fundamental justice" provide a useful context for defining these rights in light of each other.

63 Considered in the abstract, these principles of fundamental justice may seem to conflict. The conflict is resolved by considering conflicting rights in the factual context of each particular case. Therefore, we do not say that a complainant's right to be free from an unreasonable search and seizure may be justifiably infringed by the accused's right to make full answer and defence or vice versa. Rather, part of what defines both a reasonable search or seizure and full answer and defence is a full appreciation of these principles of fundamental justice as they operate within a particular context.

64 Moreover, a full interpretation and discussion of these principles will implicate other *Charter* rights

individus sont en conflit, [. . .] les principes de la *Charte* commandent un équilibre qui respecte pleinement l'importance des deux catégories de droits.» Cela montre l'importance de donner aux droits une interprétation fondée sur le contexte — non parce qu'ils ont une importance sporadique, mais parce qu'ils sous-tendent ou s'inspirent souvent d'autres droits ou valeurs aussi louables qui sont en jeu dans des circonstances particulières.

Le droit à la liberté que l'art. 7 de la *Charte* garantit à l'intimé est en jeu parce que celui-ci est passible d'emprisonnement. Se pose donc la question de savoir si la procédure exposée aux art. 278.1 à 278.91 du *Code criminel* viole les principes de justice fondamentale. Pour répondre à cette question, nous devons déterminer quels sont les droits pertinents. Premièrement, un refus de permettre à l'accusé de présenter une défense pleine et entière fait intervenir l'art. 7. Une fouille et une saisie abusives des dossiers d'un plaignant violent toutefois le droit à la vie privée que lui garantit l'art. 8. Comme notre Cour l'a affirmé clairement dans le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 502, ces deux droits sont des exemples de «principes de justice fondamentale» consacrés à l'art. 7. Dans la mesure où les droits en jeu relèvent tous des art. 7 à 14, les «principes de justice fondamentale» fournissent un contexte utile pour définir ces droits les uns par rapport aux autres.

Examinés dans l'abstrait, ces principes de justice fondamentale peuvent sembler entrer en conflit. Ce conflit est résolu par l'examen des droits contradictoires en fonction des faits de chaque affaire. Par conséquent, nous n'affirmons pas que le droit de l'accusé à une défense pleine et entière peut, de façon justifiable, porter atteinte au droit d'un plaignant de ne pas faire l'objet d'une fouille, perquisition ou saisie abusive, ou vice versa. Au contraire, pour qu'il y ait fouille, perquisition ou saisie non abusive et défense pleine et entière, il faut notamment une compréhension complète de la façon dont ces principes de justice fondamentale s'appliquent dans un contexte donné.

De plus, l'interprétation et l'analyse complètes de ces principes fait intervenir d'autres droits

1999 CanLII 637 (SCC)

such as equality and security of the person. When the rights involved are outside of ss. 7 to 14, resort to the principles of fundamental justice will of course not be sufficient to resolve the question. However, it will not change the analysis. Whether or not all the rights involved are "principles of fundamental justice", *Charter* rights must always be defined contextually.

garantis par la *Charte*, comme l'égalité et la sécurité de la personne. Si les droits en cause ne relèvent pas des art. 7 à 14, il est évident que le recours aux principes de justice fondamentale ne sera pas suffisant pour résoudre la question. Toutefois, cela ne changera rien à l'analyse. Peu importe que les droits en cause soient tous ou non des «principes de justice fondamentale», les droits garantis par la *Charte* doivent toujours être définis en fonction du contexte.

It is also important to distinguish between balancing the principles of fundamental justice under s. 7 and balancing interests under s. 1 of the *Charter*. The s. 1 jurisprudence that has developed in this Court is in many respects quite similar to the balancing process mandated by s. 7. As McLachlin J. stated for the Court in *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143, at p. 152, regarding the latter: "The . . . question is whether, from a substantive point of view, the change in the law strikes the right balance between the accused's interests and the interests of society." Much the same could be said regarding the central question posed by s. 1.

65 Il est également important d'établir une distinction entre l'évaluation des principes de justice fondamentale au sens de l'art. 7 et l'évaluation d'intérêts fondée sur l'article premier de la *Charte*. La jurisprudence de notre Cour relative à l'article premier est, à maints égards, fort semblable au processus d'évaluation prescrit par l'art. 7. Comme le juge McLachlin l'a dit au nom de notre Cour dans l'arrêt *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143, à la p. 152, relativement à ce processus: «La [. . .] question est de savoir si, du point de vue du fond, la modification de la loi établit un juste équilibre entre les droits de l'accusé et les intérêts de la société.» On pourrait en dire presque autant de la question principale soulevée par l'article premier.

However, there are several important differences between the balancing exercises under ss. 1 and 7. The most important difference is that the issue under s. 7 is the delineation of the boundaries of the rights in question whereas under s. 1 the question is whether the violation of these boundaries may be justified. The different role played by ss. 1 and 7 also has important implications regarding which party bears the burden of proof. If interests are balanced under s. 7 then it is the rights claimant who bears the burden of proving that the balance struck by the impugned legislation violates s. 7. If interests are balanced under s. 1 then it is the state that bears the burden of justifying the infringement of the *Charter* rights.

66 Il y a cependant plusieurs différences importantes entre l'évaluation fondée sur l'article premier et celle qui est fondée sur l'art. 7. La différence la plus importante réside dans le fait que la question qui se pose en vertu de l'art. 7 est celle de la délimitation des droits en question tandis que la question qui se pose en vertu de l'article premier est de savoir si le non-respect de ces limites peut être justifié. Le rôle différent que jouent l'article premier et l'art. 7 a également des répercussions importantes sur l'identité de la partie à qui incombe le fardeau de la preuve. Si les intérêts sont évalués en vertu de l'art. 7, c'est la personne qui revendique des droits qui a le fardeau de prouver que l'équilibre établi par la mesure législative contestée viole l'art. 7. Si les intérêts sont évalués en vertu de l'article premier, il incombe alors à l'État de justifier l'atteinte aux droits garantis par la *Charte*.

Because of these differences, the nature of the issues and interests to be balanced is not the same

67 À cause de ces différences, la nature des questions et des intérêts qui doivent être évalués n'est

1999 CanLII 637 (SCC)

under the two sections. As Lamer J. (as he then was) stated in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 503: "the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system". In contrast, s. 1 is concerned with the values underlying a free and democratic society, which are broader in nature. In *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, Dickson C.J. stated, at p. 136, that these values and principles "embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society". In *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at p. 737, Dickson C.J. described such values and principles as "numerous, covering the guarantees enumerated in the *Charter* and more".

68 Keeping these differences in mind, the first question to ask is how to define full answer and defence, privacy, and equality in this context, and not how they may be justifiably limited. We therefore now turn to a more detailed consideration of these rights and their animating principles.

(b) *Nature of the Charter Principles*

(i) Full Answer and Defence

69 It is well established that the ability of the accused to make full answer and defence is a principle of fundamental justice protected by s. 7: *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505. Full answer and defence is also linked to other principles of fundamental justice "such as the presumption of innocence, the right to a fair trial, and the principle against self-incrimination": *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262, *per* Cory, Iacobucci and Bastarache JJ., at para. 98. Many of these principles of fundamental justice are informed by the legal rights outlined in ss. 8 to 14

pas la même pour les deux articles. Comme le juge Lamer (maintenant Juge en chef) l'a dit dans le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 503, «les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique». Par contre, l'article premier touche les valeurs qui sous-tendent une société libre et démocratique, qui sont plus larges par nature. Dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, le juge en chef Dickson a affirmé, à la p. 136, que ces valeurs et ces principes «comprennent [. . .] le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société». Dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, à la p. 737, le juge en chef Dickson a décrit ces valeurs et principes comme étant «nombreux, englobant les garanties énumérées dans la *Charte* et plus encore».

Tout en ayant ces différences à l'esprit, la première question qu'il faut se poser est de savoir comment définir les droits à une défense pleine et entière, à la vie privée et à l'égalité dans ce contexte, et non pas comment ils peuvent être restreints de façon justifiable. Nous passons donc maintenant à un examen plus détaillé de ces droits et des principes qui les animent.

b) *Nature des principes de la Charte*

(i) La défense pleine et entière

Il est bien établi que la capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière est un principe de justice fondamentale garanti par l'art. 7: *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505. La défense pleine et entière est également liée à d'autres principes de justice fondamentale «comme la présomption d'innocence, le droit à un procès équitable et le principe interdisant l'auto-incrimination»: *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262, les juges Cory, Iacobucci et Bastarache, au par. 98. Un bon nombre de ces principes de justice fondamentale reposent sur les garanties juridiques

1999 CanLII 637 (SCC)

of the *Charter*: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*; *R. v. CIP Inc.*, [1992] 1 S.C.R. 843. Indeed, in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 603, the majority of this Court recognized that both s. 7 and the guarantee of a right to a fair trial enshrined in s. 11(*d*) are "inextricably intertwined" and protect a right to full answer and defence.

Indeed, this Court recognized in *Stinchcombe*, *supra*, that non-disclosure of relevant information by the Crown can seriously erode the right to make full answer and defence and carries with it the very real threat of convicting an innocent person. Sopinka J. noted, at p. 336, that the Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution found that the Crown's failure to disclose prior inconsistent statements played a key role in the miscarriage of justice that occurred in that case, prompting the Commissioners to recommend that "anything less than complete disclosure by the Crown falls short of decency and fair play" (see *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, vol. 1, *Findings and Recommendations* (1989), at p. 238).

Our jurisprudence has recognized on several occasions "the danger of placing the accused in a 'Catch-22' situation as a condition of making full answer and defence": *O'Connor*, *supra*, at para. 25; see also *Dersch*, *supra*, at pp. 1513-14; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, at pp. 1463-64; *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637; *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469. This is an important consideration in the context of records production as often the accused may be in the difficult position of making submissions regarding the importance to full answer and defence of records that he or she has not seen. Where the records are part of the case to meet, this concern is particularly acute as such a situation very directly implicates the accused's ability to raise a doubt concerning his or her innocence. As the Court stated in *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281, at para. 24, "[t]his Court has consistently affirmed that it is a fundamental prin-

exposées aux art. 8 à 14 de la *Charte*: *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité; *R. c. CIP Inc.*, [1992] 1 R.C.S. 843. En fait, dans l'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 603, notre Cour, à la majorité, a reconnu que l'art. 7 et le droit à un procès équitable garanti par l'al. 11*d*) étaient «inextricablement liés» et qu'ils protègent le droit à une défense pleine et entière.

70 En outre, notre Cour a reconnu, dans l'arrêt *Stinchcombe*, précité, que la non-divulgation de renseignements pertinents par le ministère public peut miner gravement le droit à une défense pleine et entière et risque fortement d'entraîner la déclaration de culpabilité d'un innocent. Le juge Sopinka a souligné, à la p. 336, que la Commission royale d'enquête sur les poursuites contre Donald Marshall, fils, avait conclu que l'omission du ministère public de divulguer des déclarations antérieures incompatibles avait contribué de façon majeure à l'erreur judiciaire commise dans cette affaire, ce qui avait incité les commissaires à affirmer que [TRADUCTION] «la décence et le franc-jeu ne commandent rien de moins que la communication intégrale de sa preuve par le ministère public» (voir *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, vol. 1, *Findings and Recommendations* (1989), à la p. 238).

71 Notre jurisprudence a reconnu, à maintes reprises, qu'il est «dangereux de placer l'accusé dans une situation sans issue comme condition pour présenter une défense pleine et entière»: *O'Connor*, précité, au par. 25; voir également *Dersch*, précité, aux pp. 1513 et 1514; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, aux pp. 1463 et 1464; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469. Ce facteur est important dans le contexte de la communication de dossiers, car souvent l'accusé peut se trouver dans la situation délicate où il doit présenter des observations concernant l'importance, aux fins d'assurer une défense pleine et entière, de dossiers qu'il n'a pas vus. Lorsque les dossiers font partie de la preuve du ministère public, cette préoccupation est d'autant plus grande qu'une telle situation influe très directement sur la capacité de l'accusé de soulever un doute quant à sa culpabilité. Comme notre Cour l'a

1999 CanLII 637 (SCC)

ciple of justice, protected by the *Charter*, that the innocent must not be convicted". Where the records to which the accused seeks access are not part of the case to meet, however, privacy and equality considerations may require that it be more difficult for accused persons to gain access to therapeutic or other records.

72 That said, the principles of fundamental justice do not entitle the accused to "the most favourable procedures that could possibly be imagined": *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, *per* La Forest J., at p. 362. This is because fundamental justice embraces more than the rights of the accused. For example, this Court has held that an assessment of the fairness of the trial process must be made "from the point of view of fairness in the eyes of the community and the complainant" and not just the accused: *R. v. E. (A.W.)*, [1993] 3 S.C.R. 155, *per* Cory J., at p. 198. In a similar vein, McLachlin J., in *Seaboyer*, *supra*, at p. 603, stated:

> The principles of fundamental justice reflect a spectrum of interests, from the rights of the accused to broader societal concerns. Section 7 must be construed having regard to those interests and "against the applicable principles and policies that have animated legislative and judicial practice in the field" (*Beare*, [[1988] 2 S.C.R. 387], at pp. 402-3 *per* La Forest J.). The ultimate question is whether the legislation, viewed in a purposive way, conforms to the fundamental precepts which underlie our system of justice.

She concluded, at p. 606, that "the avoidance of unprobative and misleading evidence, the encouraging of reporting and the protection of the security and privacy of the witnesses" conform to these fundamental precepts.

73 This spectrum of interests reflected in the principles of fundamental justice highlights the need to avoid viewing any particular principle in isolation

dit dans l'arrêt *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281, au par. 24, «[n]otre Cour a constamment affirmé que la règle selon laquelle l'innocent ne doit pas être déclaré coupable est un principe de justice fondamentale garanti par la *Charte*». Toutefois, lorsque les dossiers auxquels l'accusé cherche à avoir accès ne font pas partie de la preuve du ministère public, des considérations de vie privée et d'égalité peuvent exiger qu'il lui soit plus difficile d'avoir accès à des dossiers thérapeutiques ou autres.

Cela dit, les principes de justice fondamentale ne donnent pas à l'accusé le droit de bénéficier «des procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer»: *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, le juge La Forest, à la p. 362. Il en est ainsi parce que la justice fondamentale englobe plus que les droits de l'accusé. Par exemple, notre Cour a conclu que l'équité du processus judiciaire doit être considérée «du point de vue de la collectivité et du plaignant», et non pas uniquement du point de vue de l'accusé: *R. c. E. (A.W.)*, [1993] 3 R.C.S. 155, le juge Cory, à la p. 198. Dans la même veine, le juge McLachlin a affirmé, dans l'arrêt *Seaboyer*, précité, à la p. 603:

> Les principes de justice fondamentale touchent toute une gamme d'intérêts qui vont des droits de l'accusé à des préoccupations sociales plus globales. On doit interpréter l'art. 7 en tenant compte de ces intérêts et «en regard des principes applicables et des politiques qui ont animé la pratique législative et judiciaire dans le domaine» (*Beare*, [[1988] 2 R.C.S. 387], le juge La Forest, à la p. 403). Il faut déterminer en définitive si le texte législatif, interprété en fonction de l'objet, respecte les préceptes fondamentaux de notre système de justice.

Elle a conclu, à la p. 606, que «l'élimination d'éléments de preuve trompeurs ou à faible valeur probante, l'incitation au dépôt de plaintes et la protection de la sécurité et de la vie privée des témoins» respectent ces préceptes fondamentaux.

Cette gamme d'intérêts que reflètent les principes de justice fondamentale fait ressortir la nécessité d'éviter d'examiner un principe donné

1999 CanLII 637 (SCC)

from the others. As La Forest J. stated in *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at para. 14:

> As in other cases involving broad concepts like "fairness" and "principles of fundamental justice", one is not engaged in absolute or immutable requirements; these concepts vary with the context in which they are invoked; see *Lyons*, at p. 361. Specifically here, one is engaged in a delicate balancing to achieve a just accommodation between the interests of the individual and those of the state in providing a fair and workable system of justice; see my remarks in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 539.

See also *Cunningham*, *supra*, at p. 152. The ability to make full answer and defence, as a principle of fundamental justice, must therefore be understood in light of other principles of fundamental justice which may embrace interests and perspectives beyond those of the accused.

One example is society's interest in having the trial process arrive at the truth. Accordingly, this Court has held that full answer and defence does not entitle the accused to admit at trial all evidence that tends to prove his or her innocence irrespective of the ordinary rules governing admissibility of evidence, such as the hearsay exclusion: *Dersch*, *supra*, at p. 1515. In *Seaboyer*, *supra*, at pp. 609 *et seq.*, McLachlin J. stated that the underlying principle of many such exclusionary rules is that they disclose circumstances where the potential prejudice to the fact-finding process of the evidence to be admitted outweighs its probative value. Similarly, the accused has never had a right to irrelevant evidence. In other words, the accused is not permitted to distort the truth-seeking function of the trial process.

The foregoing considerations do not mean that the accused's right to make full answer and defence is automatically breached where he or she

indépendamment des autres. Comme le juge La Forest l'a dit dans l'arrêt *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, au par. 14:

> Comme dans les autres affaires soulevant des concepts généraux tels «l'équité» et «les principes de justice fondamentale», nous ne sommes pas en présence d'exigences absolues ou immuables; ces concepts varient suivant le contexte dans lequel ils sont invoqués; voir l'arrêt *Lyons*, précité, à la p. 361. De façon plus particulière, en l'espèce, il faut accomplir une tâche délicate, c'est-à-dire établir un juste équilibre entre les intérêts de l'individu visé et l'intérêt de l'État qui est d'assurer un système de justice applicable et équitable; voir mes commentaires dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, à la p. 539.

Voir également l'arrêt *Cunningham*, précité, à la p. 152. La capacité de présenter une défense pleine et entière, en tant que principe de justice fondamentale, doit donc être interprétée en fonction des autres principes de justice fondamentale qui peuvent englober des intérêts et des points de vue autres que ceux de l'accusé.

74 Un exemple est l'intérêt qu'a la société à ce que le processus judiciaire aboutisse à la vérité. Par conséquent, notre Cour a conclu que le droit à une défense pleine et entière ne permet pas à l'accusé d'admettre, lors du procès, tous les éléments de preuve qui tendent à établir son innocence, sans égard aux règles ordinaires qui régissent l'admissibilité de la preuve, comme l'exclusion de la preuve par ouï-dire: *Dersch*, précité, à la p. 1515. Dans l'arrêt *Seaboyer*, précité, aux pp. 609 et suiv., le juge McLachlin a affirmé que le principe sous-jacent d'un bon nombre de ces règles d'exclusion est qu'elles révèlent des circonstances où l'effet préjudiciable que l'élément de preuve à admettre peut avoir sur l'appréciation des faits l'emporte sur sa valeur probante. De même, l'accusé n'a jamais eu droit à des éléments de preuve non pertinents. En d'autres termes, il n'est pas permis à l'accusé de fausser la fonction de recherche de la vérité du processus judiciaire.

75 Les considérations qui précèdent ne signifient pas qu'il y a automatiquement atteinte au droit de l'accusé à une défense pleine et entière lorsque ce

1999 CanLII 637 (SCC)

is deprived of relevant information. As this Court outlined in *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680, at para. 25, where the claim is based on lost evidence, "the accused must establish actual prejudice to his or her right to make full answer and defence". Other public interests may similarly limit the accused's ability to gain access to potentially relevant information. This is clear from *Stinchcombe*, *supra*, where this Court held that the Crown's disclosure obligation is subject to a privilege exception. Similarly, our law has long recognized the importance of protecting the identity of police informers through an informer privilege, subject to the "innocence at stake" exception: see *Marks v. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494 (C.A.); *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, at p. 93; *Leipert*, *supra*, at p. 295.

dernier est privé de renseignements pertinents. Comme notre Cour l'a exposé dans l'arrêt *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680, au par. 25, lorsque la demande est fondée sur la perte d'un élément de preuve, «l'accusé [. . .] doit démontrer que cette perte cause un préjudice concret à son droit de présenter une défense pleine et entière». D'autres intérêts d'ordre public peuvent, de la même façon, limiter la capacité de l'accusé d'avoir accès à des renseignements potentiellement pertinents. Cela ressort nettement de l'arrêt *Stinchcombe*, précité, où notre Cour a conclu que l'obligation de divulgation du ministère public est assujettie à l'exception du privilège. De même, notre droit reconnaît depuis longtemps l'importance de préserver l'identité des indicateurs de police au moyen du privilège relatif aux indicateurs, sous réserve de l'exception concernant la démonstration de l'innocence de l'accusé; voir *Marks c. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494 (C.A.); *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, à la p. 93; *Leipert*, précité, à la p. 295.

76 Several principles regarding the right to make full answer and defence emerge from the preceding discussion. First, the right to make full answer and defence is crucial to ensuring that the innocent are not convicted. To that end, courts must consider the danger of placing the accused in a Catch-22 situation as a condition of making full answer and defence, and will even override competing considerations in order to protect the right to make full answer and defence in certain circumstances, such as the "innocence at stake" exception to informer privilege. Second, the accused's right must be defined in a context that includes other principles of fundamental justice and *Charter* provisions. Third, full answer and defence does not include the right to evidence that would distort the search for truth inherent in the trial process.

Plusieurs principes relatifs au droit à une défense pleine et entière émanent de l'analyse qui précède. Premièrement, le droit à une défense pleine et entière est crucial pour éviter qu'un innocent ne soit déclaré coupable. À cette fin, les tribunaux doivent tenir compte du danger de placer l'accusé dans une situation sans issue à titre de condition pour présenter une défense pleine et entière, et ils vont même passer outre à des intérêts opposés pour protéger le droit à une défense pleine et entière dans certains cas comme celui de l'exception concernant la démonstration de l'innocence de l'accusé, qui s'applique au privilège de l'indicateur de police. Deuxièmement, le droit de l'accusé doit être défini dans un contexte qui englobe d'autres principes de justice fondamentale et dispositions de la *Charte*. Troisièmement, le droit à une défense pleine et entière n'inclut pas le droit à des éléments de preuve qui fausseraient la recherche de la vérité inhérente au processus judiciaire.

(ii) Privacy

(ii) La vie privée

77 Since *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, this Court has recognized that s. 8 of the

Depuis l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, notre Cour reconnaît que l'art. 8 de la

1999 CanLII 637 (SCC)

Charter protects a person's reasonable expectation of privacy. This right is relevant to the present appeal, as an order for the production of documents is a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter* (*Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627), as is the power to make copies of documents (*Comité paritaire de l'industrie de la chemise v. Potash*, [1994] 2 S.C.R. 406). Therefore, an order for the production of records made pursuant to ss. 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code*, falls within the ambit of s. 8.

Charte protège l'attente raisonnable d'une personne en matière de vie privée. Ce droit est pertinent en l'espèce puisqu'une ordonnance de communication de documents est une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte* (*Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627), à l'instar du pouvoir de faire des copies de documents (*Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash*, [1994] 2 R.C.S. 406). Une ordonnance de communication de dossiers fondée sur les art. 278.1 à 278.91 du *Code criminel* est donc visée par l'art. 8.

Section 278.1 of the *Criminal Code* defines the records apposite to ss. 278.2 to 278.9 as:

> . . . any form of record that contains personal information for which there is a reasonable expectation of privacy and includes, without limiting the generality of the foregoing, medical, psychiatric, therapeutic, counselling, education, employment, child welfare, adoption and social services records, personal journals and diaries, and records containing personal information the production or disclosure of which is protected by any other Act of Parliament or a provincial legislature, but does not include records made by persons responsible for the investigation or prosecution of the offence.

78 L'article 278.1 du *Code criminel* définit les dossiers visés par les art. 278.2 à 278.9 comme étant:

> . . . toute forme de document contenant des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, notamment: le dossier médical, psychiatrique ou thérapeutique, le dossier tenu par les services d'aide à l'enfance, les services sociaux ou les services de consultation, le dossier relatif aux antécédents professionnels et à l'adoption, le journal intime et le document contenant des renseignements personnels et protégé par une autre loi fédérale ou une loi provinciale. N'est pas visé par la présente définition le dossier qui est produit par un responsable de l'enquête ou de la poursuite relativement à l'infraction qui fait l'objet de la procédure.

Therefore, if a record does not contain information regarding which there is a reasonable expectation of privacy, then it is not subject to the impugned provisions governing production.

Par conséquent, les dispositions contestées qui régissent la communication ne visent pas le dossier qui ne renferme aucun renseignement pour lequel il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée.

This Court has most often characterized the values engaged by privacy in terms of liberty, or the right to be left alone by the state. For example, in *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 427, La Forest J. commented that "privacy is at the heart of liberty in a modern state". In *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 50, *per* Cory J., privacy was characterized as including "[t]he right to be free from intrusion or interference".

79 Notre Cour considère le plus souvent que les valeurs liées à la protection de la vie privée sont la liberté ou le droit de ne pas être importuné par l'État. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, à la p. 427, le juge La Forest a fait remarquer que «la notion de vie privée est au cœur de celle de la liberté dans un État moderne». Dans l'arrêt *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, au par. 50, le juge Cory décrit la vie privée comme comportant «[l]e droit d'être à l'abri de toute intrusion ou ingérence».

1999 CanLII 637 (SCC)

80 This interest in being left alone by the state includes the ability to control the dissemination of confidential information. As La Forest J. stated in *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at pp. 53-54:

> . . . it has long been recognized that this freedom not to be compelled to share our confidences with others is the very hallmark of a free society. Yates J., in *Millar v. Taylor* (1769), 4 Burr. 2303, 98 E.R. 201, states, at p. 2379 and p. 242:
>
> > It is certain every man has a right to keep his own sentiments, if he pleases: he has certainly a right to judge whether he will make them public, or commit them only to the sight of his friends.

These privacy concerns are at their strongest where aspects of one's individual identity are at stake, such as in the context of information "about one's lifestyle, intimate relations or political or religious opinions": *Thomson Newspapers*, *supra*, at p. 517, *per* La Forest J., cited with approval in *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, at para. 62.

81 The significance of these privacy concerns should not be understated. Many commentators have noted that privacy is also necessarily related to many fundamental human relations. As C. Fried states in "Privacy" (1967-68), 77 *Yale L.J.* 475, at pp. 477-78:

> To respect, love, trust, feel affection for others and to regard ourselves as the objects of love, trust and affection is at the heart of our notion of ourselves as persons among persons, and privacy is the necessary atmosphere for these attitudes and actions, as oxygen is for combustion.

See also D. Feldman, "Privacy-related Rights and their Social Value", in P. Birks, ed., *Privacy and Loyalty* (1997), 15, at pp. 26-27, and J. Rachels, "Why Privacy Is Important" (1975), 4 *Philosophy & Public Affairs* 323. This Court recognized these fundamental aspects of privacy in *R. v. Plant*,

Ce droit de ne pas être importuné par l'État comporte la capacité de contrôler la diffusion de renseignements confidentiels. Comme le juge La Forest l'a affirmé dans l'arrêt *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, aux pp. 53 et 54:

> Il est [. . .] reconnu depuis longtemps que la liberté de ne pas être obligé de partager nos confidences avec autrui est la marque certaine d'une société libre. Le juge Yates, dans la décision *Millar v. Taylor* (1769), 4 Burr. 2303, 98 E.R. 201, dit, à la p. 2379 et à la p. 242:
>
> > [TRADUCTION] Il est certain que tout homme a le droit de ne pas exprimer ses opinions, s'il ne le veut pas: il a certainement le droit de juger s'il les rendra publiques ou s'il ne les livrera qu'à ses amis.

Ces préoccupations en matière de vie privée sont à leur plus fort lorsque des aspects de l'identité d'une personne sont en jeu, comme dans le cas des renseignements «relatifs au mode de vie d'une personne, à ses relations intimes ou à ses convictions politiques ou religieuses»: *Thomson Newspapers*, précité, aux pp. 517 et 518, le juge La Forest, cité avec approbation dans l'arrêt *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, au par. 62.

Il ne faut pas minimiser l'importance de ces préoccupations en matière de vie privée. Plusieurs commentateurs ont souligné que la vie privée est aussi nécessairement liée à de nombreux rapports humains fondamentaux. Comme C. Fried le dit, dans «Privacy» (1967-68), 77 *Yale L.J.* 475, aux pp. 477 et 478:

> [TRADUCTION] Respecter et aimer les autres, leur faire confiance et ressentir de l'affection à leur égard, et nous considérer nous-mêmes comme étant l'objet d'amour, de confiance et d'affection sont au cœur de notre perception de nous-mêmes en tant que personnes parmi d'autres personnes, et la vie privée constitue l'élément ambiant nécessaire à ces attitudes et à ces actes, comme l'oxygène l'est pour la combustion.

Voir également D. Feldman, «Privacy-related Rights and their Social Value», dans P. Birks, dir., *Privacy and Loyalty* (1997), 15, aux pp. 26 et 27, et J. Rachels, «Why Privacy Is Important» (1975), 4 *Philosophy & Public Affairs* 323. Notre Cour a reconnu ces aspects fondamentaux de la vie privée

1999 CanLII 637 (SCC)

[1993] 3 S.C.R. 281, where Sopinka J., for the majority, stated, at p. 293:

> In fostering the underlying values of dignity, integrity and autonomy, it is fitting that s. 8 of the *Charter* should seek to protect a biographical core of personal information which individuals in a free and democratic society would wish to maintain and control from dissemination to the state. This would include information which tends to reveal intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual. [Emphasis added.]

That privacy is essential to maintaining relationships of trust was stressed to this Court by the eloquent submissions of many interveners in this case regarding counselling records. The therapeutic relationship is one that is characterized by trust, an element of which is confidentiality. Therefore, the protection of the complainant's reasonable expectation of privacy in her therapeutic records protects the therapeutic relationship.

Confidential relationships have a long history of being protected through the common law doctrine of privilege. The "Wigmore test" sets out the generally accepted criteria for determining whether, in a particular case, the communications at issue should be privileged and therefore excluded as evidence at trial (*Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), §2285, at p. 527). See *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157, at para. 20.

Of course, where state action is implicated, and competing *Charter* rights are at stake such as in the present appeal, a common law test like Wigmore's will not be sufficient. We therefore advocate a different approach to balancing interests from that found in the Wigmore test for privilege. However, we accept that confidential relationships may be protected under s. 8 of the *Charter*.

Many interveners in this case pointed out that the therapeutic relationship has important implications for the complainant's psychological integrity.

dans l'arrêt *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, à la p. 293, où le juge Sopinka a affirmé au nom de la majorité:

> Étant donné les valeurs sous-jacentes de dignité, d'intégrité et d'autonomie qu'il consacre, il est normal que l'art. 8 de la *Charte* protège un ensemble de renseignements biographiques d'ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l'État. Il pourrait notamment s'agir de renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l'individu. [Nous soulignons.]

82 Le fait que la vie privée soit essentielle au maintien de rapports de confiance a été souligné devant notre Cour dans les observations éloquentes que de nombreux intervenants en l'espèce ont présentées relativement aux dossiers de consultation. La relation thérapeutique est caractérisée par la confiance, dont un élément est la confidentialité. La protection de l'attente raisonnable du plaignant quant au respect du caractère privé de ses dossiers thérapeutiques préserve donc la relation thérapeutique.

83 Les relations confidentielles sont protégées depuis longtemps par la règle de common law du privilège. Le «critère de Wigmore» est le critère qui sert généralement à déterminer si, dans une affaire donnée, les communications en cause doivent être protégées et, partant, être écartées à titre d'éléments de preuve au procès (*Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), §2285, à la p. 527). Voir *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157, au par. 20.

84 Naturellement, lorsque, comme c'est le cas dans le présent pourvoi, il est question d'action de l'État et de droits opposés garantis par la *Charte*, un critère de common law comme le critère de Wigmore ne suffit pas. Nous préconisons donc une méthode d'évaluation des intérêts différente de celle que comporte le critère de Wigmore en matière de privilège. Nous acceptons toutefois que les relations confidentielles peuvent être protégées en vertu de l'art. 8 de la *Charte*.

85 Plusieurs intervenants en l'espèce ont souligné que la relation thérapeutique pouvait avoir des répercussions importantes sur l'intégrité psycholo-

1999 CanLII 637 (SCC)

Counselling helps an individual to recover from his or her trauma. Even the possibility that this confidentiality may be breached affects the therapeutic relationship. Furthermore, it can reduce the complainant's willingness to report crime or deter him or her from counselling altogether. In our view, such concerns indicate that the protection of the therapeutic relationship protects the mental integrity of complainants and witnesses. This Court has on several occasions recognized that security of the person is violated by state action interfering with an individual's mental integrity: *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at paras. 58-60; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at pp. 919-20, *per* Lamer J.; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1177, *per* Lamer J.; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at pp. 55-56, *per* Dickson C.J., and p. 173, *per* Wilson J. Therefore, in cases where a therapeutic relationship is threatened by the disclosure of private records, security of the person and not just privacy is implicated.

gique du plaignant. La consultation aide une personne à se remettre de son traumatisme. Même la possibilité que ce caractère confidentiel soit violé affecte la relation thérapeutique. En outre, elle peut diminuer la volonté du plaignant de signaler le crime ou le dissuader carrément de recourir à la consultation. Nous estimons que ces préoccupations indiquent que la protection de la relation thérapeutique préserve l'intégrité mentale des plaignants et des témoins. Notre Cour a reconnu, à plusieurs reprises, que l'action de l'État qui nuit à l'intégrité mentale d'une personne porte atteinte à la sécurité de cette dernière: *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, aux par. 58 à 60; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, aux pp. 919 et 920, le juge Lamer; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, à la p. 1177, le juge Lamer; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, aux pp. 55 et 56, le juge en chef Dickson et, à la p. 173, le juge Wilson. Par conséquent, dans les affaires où une relation thérapeutique est compromise par la communication de dossiers privés, il y va de la sécurité de la personne en cause et non seulement de sa vie privée.

86 Despite the importance of the interests protected by privacy, this right may be limited; a reasonable search or seizure is permitted by s. 8 of the *Charter*. In *Hunter v. Southam*, *supra*, Dickson J. stated, for the Court, at pp. 159-60, that the limitation on the right guaranteed by s. 8

Malgré l'importance des intérêts protégés par le droit à la vie privée, ce droit peut être limité: une fouille, une perquisition ou une saisie non abusive est permise par l'art. 8 de la *Charte*. Aux pages 159 et 160 de l'arrêt *Hunter c. Southam*, précité, le juge Dickson a affirmé, au nom de la Cour, que la limitation du droit garanti par l'art. 8

> indicates that an assessment must be made as to whether in a particular situation the public's interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement.

> indique qu'il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi.

This balance of interests is not to be assessed *ex post facto*. Thus, where feasible, a search or seizure requires prior authorization. Such authorization is to be provided by an individual who is capable of acting judicially, and who must assess the balance of interests at stake. As Dickson J. stated, at pp. 167-68:

Cette évaluation des intérêts en cause ne doit pas être effectuée après coup. Ainsi, lorsque cela est possible, une fouille, une perquisition ou une saisie doit être préalablement autorisée. Cette autorisation doit être fournie par une personne capable d'agir judiciairement, qui doit procéder à une évaluation des intérêts en jeu. Comme le juge Dickson l'a dit, aux pp. 167 et 168:

1999 CanLII 637 (SCC)

The state's interest in detecting and preventing crime begins to prevail over the individual's interest in being left alone at the point where credibly-based probability replaces suspicion. History has confirmed the appropriateness of this requirement as the threshold for subordinating the expectation of privacy to the needs of law enforcement. Where the state's interests is not simply law enforcement as, for instance, where state security is involved, or where the individual's interest is not simply his expectation of privacy as, for instance, when the search threatens his bodily integrity, the relevant standard might well be a different one.

Le droit de l'État de déceler et de prévenir le crime commence à l'emporter sur le droit du particulier de ne pas être importuné lorsque les soupçons font place à la probabilité fondée sur la crédibilité. L'histoire confirme la justesse de cette exigence comme point à partir duquel les attentes en matière de la vie privée doivent céder le pas à la nécessité d'appliquer la loi. Si le droit de l'État ne consistait pas simplement à appliquer la loi comme, par exemple, lorsque la sécurité de l'État est en cause, ou si le droit du particulier ne correspondait pas simplement à ses attentes en matière de vie privée comme, par exemple, lorsque la fouille ou la perquisition menace son intégrité physique, le critère pertinent pourrait fort bien être différent.

Therefore, the appropriateness of the balance is assessed according to the nature of the interests at stake in a particular context, and the place of these interests within our legal and political traditions.

Le caractère approprié de l'évaluation dépend donc de la nature des intérêts en jeu dans un contexte particulier et de la place qu'ils occupent dans nos traditions juridiques et politiques.

87

The present appeal asks how to define the privacy rights of third parties in light of the accused's right to gain access to evidence in order to make full answer and defence. As the right to make full answer and defence is a principle of fundamental justice protected by s. 7 of the *Charter*, it is helpful to explore the connection between ss. 7 and 8 of the *Charter*. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 502, Lamer J. stated for the majority:

Dans le présent pourvoi, il s'agit de savoir comment définir le droit à la vie privée de tiers en fonction du droit de l'accusé d'avoir accès à des éléments de preuve afin de présenter une défense pleine et entière. Étant donné que le droit à une défense pleine et entière est un principe de justice fondamentale garanti par l'art. 7 de la *Charte*, il est utile d'examiner le lien qui existe entre les art. 7 et 8 de la *Charte*. Dans le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 502, le juge Lamer affirme au nom de la majorité:

> Sections 8 to 14, in other words, address specific deprivations of the "right" to life, liberty and security of the person in breach of the principles of fundamental justice, and as such, violations of s. 7. They are designed to protect, in a specific manner and setting, the right to life, liberty and security of the person set forth in s. 7. It would be incongruous to interpret s. 7 more narrowly than the rights in ss. 8 to 14.

> En d'autres termes, les art. 8 à 14 visent des atteintes spécifiques au «droit» à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui violent les principes de justice fondamentale et qui, à ce titre, constituent des violations de l'art. 7. Ils sont conçus pour protéger, d'une manière précise et dans un contexte précis, le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne énoncé à l'art. 7. Il serait absurde d'interpréter l'art. 7 de façon plus étroite que les droits garantis aux art. 8 à 14.

Of course, later cases have held that the text of the *Charter* supports some differences between ss. 7 and 8. For example, s. 8 applies to corporations whereas s. 7 does not: *Hunter v. Southam*, *supra*; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927. In *CIP Inc.*, *supra*, at p. 854, this Court held that the concern that there be no incongruity between ss. 7 and 8-14 related to the

Naturellement, il a été conclu dans des arrêts subséquents que le texte de la *Charte* étaye l'existence de certaines différences entre les art. 7 et 8. Par exemple, l'art. 8 s'applique aux personnes morales, contrairement à l'art. 7: *Hunter c. Southam*, précité; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927. Dans l'arrêt *CIP Inc.*, précité, à la p. 854, notre Cour a conclu que le souci qu'il n'y ait aucune incongruité entre l'art. 7 et les art. 8 à 14 concernait les principes de

1999 CanLII 637 (SCC)

principles of fundamental justice and not to the scope of life, liberty and security of the person.

88 Given that s. 8 protects a person's privacy by prohibiting unreasonable searches or seizures, and given that s. 8 addresses a particular application of the principles of fundamental justice, we can infer that a reasonable search or seizure is consistent with the principles of fundamental justice. Moreover, as we have already discussed, the principles of fundamental justice include the right to make full answer and defence. Therefore, a reasonable search and seizure will be one that accommodates both the accused's ability to make full answer and defence and the complainant's privacy right.

89 From our preceding discussion of the right to make full answer and defence, it is clear that the accused will have no right to the records in question insofar as they contain information that is either irrelevant or would serve to distort the search for truth, as access to such information is not included within the ambit of the accused's right. In this regard, it is important to note that several interveners before this Court stressed the importance of understanding the context in which therapeutic records are made and their potential unreliability as a factual account of an event. However, the accused's right must prevail where the lack of disclosure or production of the record would render him unable to make full answer and defence. This is because our justice system has always held that the threat of convicting an innocent individual strikes at the heart of the principles of fundamental justice. However, between these extremes lies a spectrum of possibilities regarding where to strike a balance between these competing rights in any particular context. The values protected by privacy rights will be most directly at stake where the confidential information contained in a record concerns aspects of one's individual identity or where the maintenance of confidentiality is crucial to a therapeutic, or other trust-like, relationship.

justice fondamentale, et non pas la portée du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne.

Étant donné que l'art. 8 garantit le droit à la vie privée d'une personne en interdisant les fouilles, perquisitions ou saisies abusives, et étant donné que cet article vise une application particulière des principes de justice fondamentale, nous pouvons en déduire qu'une fouille, perquisition ou saisie non abusive est conforme aux principes de justice fondamentale. De plus, comme nous l'avons vu, les principes de justice fondamentale incluent le droit à une défense pleine et entière. Par conséquent, la fouille, perquisition ou saisie non abusive est celle qui tient compte à la fois de la capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière, et du droit à la vie privée du plaignant.

Il ressort nettement de notre analyse précédente du droit à une défense pleine et entière que l'accusé n'a pas droit aux dossiers en question dans la mesure où ils contiennent des renseignements qui ne sont pas pertinents ou qui contribueraient à fausser la recherche de la vérité, étant donné que le droit de l'accusé ne comporte pas l'accès à de tels renseignements. À cet égard, il importe de faire remarquer que plusieurs intervenants devant notre Cour ont souligné l'importance de comprendre le contexte dans lequel les dossiers thérapeutiques sont constitués et qu'il se peut qu'ils ne soient pas fiables en tant que compte rendu d'un événement. Le droit de l'accusé doit cependant l'emporter lorsque l'omission de communiquer le dossier le rend incapable de présenter une défense pleine et entière. Il en est ainsi parce que notre système de justice a toujours considéré que le risque de déclarer coupable un innocent est au cœur des principes de justice fondamentale. Il existe toutefois, entre ces extrêmes, un éventail de possibilités quant à l'équilibre à atteindre entre ces droits opposés dans un contexte particulier. Les valeurs protégées par le droit à la vie privée sont les plus directement touchées lorsque les renseignements confidentiels contenus dans un dossier portent sur des aspects de l'identité d'une personne ou lorsque la préservation de la confidentialité est essentielle à une relation thérapeutique ou à toute autre relation également fondée sur la confiance.

1999 CanLII 637 (SCC)

(iii) Equality

Equality concerns must also inform the contextual circumstances in which the rights of full answer and defence and privacy will come into play. In this respect, an appreciation of myths and stereotypes in the context of sexual violence is essential to delineate properly the boundaries of full answer and defence. As we have already discussed, the right to make full answer and defence does not include the right to information that would only distort the truth-seeking goal of the trial process. In *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, Cory J., for the majority on this issue, stated, at pp. 669-70:

> The provisions of ss. 15 and 28 of the *Charter* guaranteeing equality to men and women, although not determinative should be taken into account in determining the reasonable limitations that should be placed upon the cross-examination of a complainant. . . . A complainant should not be unduly harassed and pilloried to the extent of becoming a victim of an insensitive judicial system. . . .
>
> The reasons in *Seaboyer* make it clear that eliciting evidence from a complainant for the purpose of encouraging inferences pertaining to consent or the credibility of rape victims which are based on groundless myths and fantasized stereotypes is improper.

The accused is not permitted to "whack the complainant" through the use of stereotypes regarding victims of sexual assault.

In addition, an appreciation of the equality dimensions of records production in cases concerning sexual violence highlights the need to balance privacy and full answer and defence in a manner that fully respects the privacy interests of complainants. McLachlin J. made this clear in *M. (A.) v. Ryan*, *supra*, at para. 30, while discussing the interests at stake in determining whether counselling records were privileged or should be

(iii) L'égalité

90 Des soucis d'égalité doivent aussi sous-tendre les circonstances factuelles dans lesquelles le droit à une défense pleine et entière et le droit à la vie privée entrent en jeu. À cet égard, une appréciation des mythes et des stéréotypes dans le contexte de la violence sexuelle est essentielle pour bien délimiter le droit à une défense pleine et entière. Comme nous l'avons vu, le droit à une défense pleine et entière n'inclut pas le droit d'obtenir des renseignements qui ne feraient que fausser l'objectif de recherche de la vérité du processus judiciaire. Dans l'arrêt *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, aux pp. 669 et 670, le juge Cory a affirmé, au nom de la majorité sur cette question:

> Même si elles ne sont pas déterminantes, les dispositions des art. 15 et 28 de la *Charte* qui garantissent l'égalité des hommes et des femmes devraient être prises en considération lorsqu'il s'agit d'établir les limites raisonnables à apporter au contre-interrogatoire d'un plaignant. Il va de soi qu'on applique des limites raisonnables à un tel contre-interrogatoire. Le plaignant ne devrait pas être indûment tourmenté et mis au pilori au point de le transformer en victime d'un système judiciaire insensible. . .
>
> Les motifs de l'arrêt *Seaboyer* montrent clairement qu'il ne convient pas d'obtenir d'un plaignant des éléments de preuve en vue de susciter des inférences quant au consentement ou à la crédibilité des victimes de viol sur la base de mythes sans fondement et de stéréotypes fantaisistes.

Il n'est pas permis à l'accusé «d'assommer le plaignant» au moyen de stéréotypes concernant les victimes d'agression sexuelle.

91 En outre, une appréciation des répercussions, sur le plan de l'égalité, de la communication des dossiers dans des affaires de violence sexuelle fait ressortir la nécessité d'établir un équilibre entre la vie privée et la défense pleine et entière d'une manière qui respecte pleinement les intérêts en matière de vie privée des plaignants. Le juge McLachlin a indiqué clairement cela dans l'arrêt *M. (A.) c. Ryan*, précité, au par. 30, lorsqu'elle a abordé les intérêts qui étaient en jeu au moment de décider si les dossiers de consultation étaient protégés ou s'ils devaient être communiqués dans des pour-

1999 CanLII 637 (SCC)

produced in a civil action for damages allegedly caused by sexual assault:

> A rule of privilege which fails to protect confidential doctor/patient communications in the context of an action arising out of sexual assault perpetuates the disadvantage felt by victims of sexual assault, often women. The intimate nature of sexual assault heightens the privacy concerns of the victim and may increase, if automatic disclosure is the rule, the difficulty of obtaining redress for the wrong. The victim of a sexual assault is thus placed in a disadvantaged position as compared with the victim of a different wrong. The result may be that the victim of sexual assault does not obtain the equal benefit of the law to which s. 15 of the *Charter* entitles her. She is doubly victimized, initially by the sexual assault and later by the price she must pay to claim redress — redress which in some cases may be part of her program of therapy.

suites civiles intentées pour le préjudice qui aurait résulté d'une agression sexuelle:

> Une règle du privilège qui omet de préserver la confidentialité des communications entre un médecin et son patient, dans le contexte d'une action intentée à la suite d'une agression sexuelle, perpétue le désavantage que ressentent les victimes d'agression sexuelle, qui sont souvent des femmes. La nature intime de l'agression sexuelle accentue les craintes que la victime éprouve au sujet de sa vie privée et est susceptible d'augmenter la difficulté d'obtenir réparation, si la divulgation automatique est la règle. La victime d'une agression sexuelle est alors défavorisée par rapport à la victime d'un autre méfait. Il se peut alors que la victime d'une agression sexuelle n'obtienne pas l'égalité de bénéfice de la loi à laquelle elle a droit en vertu de l'art. 15 de la *Charte*. Elle est alors pénalisée doublement, d'abord par l'agression sexuelle elle-même, ensuite par le prix qu'elle doit payer pour demander réparation — une réparation qui, dans certains cas, peut faire partie de son programme de thérapie.

92 When the boundary between privacy and full answer and defence is not properly delineated, the equality of individuals whose lives are heavily documented is also affected, as these individuals have more records that will be subject to wrongful scrutiny. K. Busby cautions that the use of records to challenge credibility at large

> will subject those whose lives already have been subject to extensive documentation to extraordinarily invasive review. This would include women whose lives have been documented under conditions of multiple inequalities and institutionalization such as Aboriginal women, women with disabilities, or women who have been imprisoned or involved with child welfare agencies.

("Discriminatory Uses of Personal Records in Sexual Violence Cases" (1997), 9 *C.J.W.L.*148, at pp. 161-62.)

Lorsque la ligne de démarcation entre le droit à la vie privée et le droit à une défense pleine et entière n'est pas bien tracée, l'égalité des personnes dont la situation est abondamment documentée est aussi touchée puisqu'elles possèdent davantage de dossiers qui seront examinés erronément. K. Busby prévient que l'utilisation de dossiers pour mettre en doute la crédibilité en général

> [TRADUCTION] soumettra à un examen excessivement envahissant les personnes dont la situation a déjà été abondamment documentée. Sont notamment visées ici les femmes qui souffrent de multiples inégalités ou qui ont été institutionnalisées, telles les femmes autochtones, les femmes atteintes de déficiences et les femmes qui ont été emprisonnées ou qui ont eu des démêlés avec des organismes de protection de l'enfance.

(«Discriminatory Uses of Personal Records in Sexual Violence Cases» (1997), 9 *R.F.D.* 148, aux pp. 161 et 162.)

93 These concerns highlight the need for an acute sensitivity to context when determining the content of the accused's right to make full answer and defence, and its relationship to the complainant's privacy right.

Ces préoccupations font ressortir la nécessité de tenir compte fortement du contexte lorsqu'il s'agit de déterminer le contenu du droit de l'accusé à une défense pleine et entière, et son lien avec le droit à la vie privée du plaignant.

1999 CanLII 637 (SCC)

(c) *Summary*

In summary, the following broad considerations apply to the definition of the rights at stake in this appeal. The right of the accused to make full answer and defence is a core principle of fundamental justice, but it does not automatically entitle the accused to gain access to information contained in the private records of complainants and witnesses. Rather, the scope of the right to make full answer and defence must be determined in light of privacy and equality rights of complainants and witnesses. It is clear that the right to full answer and defence is not engaged where the accused seeks information that will only serve to distort the truth-seeking purpose of a trial, and in such a situation, privacy and equality rights are paramount. On the other hand, where the information contained in a record directly bears on the right to make full answer and defence, privacy rights must yield to the need to avoid convicting the innocent. Most cases, however, will not be so clear, and in assessing applications for production, courts must determine the weight to be granted to the interests protected by privacy and full answer and defence in the particular circumstances of each case. Full answer and defence will be more centrally implicated where the information contained in a record is part of the case to meet or where its potential probative value is high. A complainant's privacy interest is very high where the confidential information contained in a record concerns the complainant's personal identity or where the confidentiality of the record is vital to protect a therapeutic relationship.

c) *Résumé*

94 En résumé, les considérations générales suivantes s'appliquent à la définition des droits en jeu dans le présent pourvoi. Le droit de l'accusé à une défense pleine et entière est un principe essentiel de justice fondamentale, mais il ne lui donne pas automatiquement le droit d'avoir accès aux renseignements contenus dans les dossiers privés des plaignants et des témoins. La portée du droit à une défense pleine et entière doit plutôt être déterminée en fonction des droits à la vie privée et à l'égalité des plaignants et des témoins. Il est clair que le droit à une défense pleine et entière ne s'applique pas lorsque l'accusé cherche à obtenir des renseignements qui ne contribueront qu'à fausser l'objectif de recherche de la vérité d'un procès, et, dans un tel cas, les droits à la vie privée et à l'égalité sont prépondérants. En revanche, si les renseignements contenus dans un dossier influent directement sur le droit à une défense pleine et entière, le droit à la vie privée doit céder le pas à la nécessité d'éviter de déclarer coupable un innocent. La situation n'est toutefois pas toujours aussi claire, et, lorsqu'ils évaluent une demande de communication, les tribunaux doivent déterminer le poids à accorder aux intérêts protégés par le droit à la vie privée et par le droit à une défense pleine et entière dans les circonstances particulières de chaque affaire. Le droit à une défense pleine et entière est impliqué plus directement si les renseignements contenus dans un dossier font partie de la preuve du ministère public ou si leur valeur probante est élevée. L'intérêt qu'a un plaignant dans la protection de sa vie privée est très élevé lorsque les renseignements confidentiels contenus dans un dossier portent sur son identité personnelle ou que la confidentialité du dossier est essentielle pour protéger une relation thérapeutique.

With this background in mind, we now proceed to discuss the statutory provisions under attack.

95 Avec ce contexte à l'esprit, nous passons maintenant à l'analyse des dispositions législatives contestées.

D. *Analysis of Sections 278.1 to 278.91 of Bill C-46*

D. *Analyse des art. 278.1 à 278.91 de la loi C-46*

96 In enacting Bill C-46, Parliament was concerned with preserving an accused's access to private

En adoptant la loi C-46, le législateur a voulu préserver l'accès d'un accusé aux dossiers privés

1999 CanLII 637 (SCC)

records that may be relevant to an issue on trial, while protecting the right to privacy of complainants and witnesses to the greatest extent possible. Notwithstanding Parliament's good intentions, the respondent suggests that Bill C-46 violates the constitutional right of the accused to a fair trial and full defence on a number of grounds. We will consider each in turn.

(1) The Definition of Documents Subject to the Legislation: Sections 278.1 and 278.2(1)

97 An initial issue to address is the definition of documents subject to the legislation. Pursuant to ss. 278.1 and 278.2(1), the Bill applies to all records of complainants and witnesses in sexual offence proceedings containing "personal information for which there is a reasonable expectation of privacy", including "medical, psychiatric, therapeutic, counselling, education, employment, child welfare, adoption and social services records, personal journals and diaries, and records containing personal information the production or disclosure of which is protected by any other Act of Parliament or a provincial legislature".

98 Belzil J., for the court below, found that the definition of records under the Bill is "extremely broad" (para. 47) and that the Bill therefore accords legislative protection to records not contemplated under *O'Connor*. The broader scope of the legislation, he held, imposes a significant burden on accused persons by requiring them to proceed with an application, supported by affidavits, for each different type of record listed. Belzil J. considered the greater reach of the Bill to be one of five significant differences between the Bill and *O'Connor* which led him to conclude that the Bill as a whole was unconstitutional.

99 The response to these claims is to remember that the legislation applies only to records "for which there is a reasonable expectation of privacy"

susceptibles d'être pertinents quant à une question en litige, tout en protégeant le plus possible le droit à la vie privée des plaignants et des témoins. L'intimé prétend que, malgré les bonnes intentions du législateur, la loi C-46 porte atteinte, pour plusieurs motifs, au droit constitutionnel de l'accusé à un procès équitable et à une défense pleine et entière. Nous allons examiner ces motifs à tour de rôle.

(1) La définition des documents visés par la mesure législative: art. 278.1 et par. 278.2(1)

La première question à examiner est la définition des documents visés par la mesure législative. Selon l'art. 278.1 et le par. 278.2(1), la Loi s'applique à tous les dossiers des plaignants et des témoins dans des poursuites pour une infraction d'ordre sexuel, qui contiennent «des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée», notamment «le dossier médical, psychiatrique ou thérapeutique, le dossier tenu par les services d'aide à l'enfance, les services sociaux ou les services de consultation, le dossier relatif aux antécédents professionnels et à l'adoption, le journal intime et le document contenant des renseignements personnels et protégé par une autre loi fédérale ou une loi provinciale».

Au procès, le juge Belzil a conclu que la Loi donne une définition [TRADUCTION] «extrêmement large» (par. 47) des dossiers et qu'elle protège donc des dossiers non envisagés par l'arrêt *O'Connor*. Il a conclu que la portée plus large de cette mesure législative impose un lourd fardeau aux accusés en les obligeant à présenter une demande, étayée par des affidavits, pour chaque type différent de dossier énuméré. Le juge Belzil a considéré que la portée plus large de la Loi constituait l'une des cinq différences majeures entre ce dernier et l'arrêt *O'Connor*, qui l'ont amené à conclure à l'inconstitutionnalité de la Loi dans son ensemble.

On peut répondre à cela que la mesure législative ne s'applique qu'aux dossiers «pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protec-

1999 CanLII 637 (SCC)

(s. 278.1 (emphasis added)). Only documents that truly raise a legally recognized privacy interest are caught and protected: see *R. v. Regan* (1998), 174 N.S.R. (2d) 230 (S.C.). The Bill is therefore carefully tailored to reflect the problem Parliament was addressing — how to preserve an accused's access to private records that may be relevant to an issue on trial while protecting, to the greatest extent possible, the privacy rights of the subjects of such records, including both complainants and witnesses. By limiting its coverage to records in which there is a reasonable expectation of privacy, the Bill is consistent with the definition of s. 8 privacy rights discussed above. Moreover, as will be discussed below, the mere fact that records are within the ambit of Bill C-46 will not, in itself, prevent the accused from obtaining access to them. Applied in this way, ss. 278.1 and 278.2(1) will not catch more records than they should, and are not overly broad.

tion de la vie privée» (art. 278.1 (nous soulignons)). Ne sont visés et protégés que les documents qui suscitent vraiment un intérêt en matière de vie privée reconnu en droit: voir *R. c. Regan* (1998), 174 N.S.R. (2d) 230 (C.S.). La Loi est donc soigneusement conçue pour refléter le problème auquel le législateur s'attaquait — comment préserver l'accès de l'accusé aux dossiers privés qui peuvent être pertinents relativement à une question en litige tout en protégeant le plus possible le droit à la vie privée des personnes auxquelles se rapportent ces dossiers, notamment les plaignants et les témoins. En limitant sa portée aux dossiers pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, la Loi est compatible avec la définition des droits en matière de vie privée garantis par l'art. 8 qui ont été analysés précédemment. De plus, comme nous le verrons plus loin, le seul fait que des dossiers soient visés par la loi C-46 n'empêche pas l'accusé d'y avoir accès. Ainsi appliqués, l'art. 278.1 et le par. 278.2(1) ne visent pas un plus grand nombre de dossiers qu'il le faut, et ils n'ont pas une portée trop large.

It must also be remembered that the definition of records in ss. 278.1 and 278.2(1) simply establishes the starting point for the analysis proposed by the Bill. Documents falling within the ambit of these provisions, after being subject to the legislative regime, may or may not be ordered to be disclosed to the accused. It is therefore the procedures established by the Bill and not the spectrum of records subject to these procedures that will determine the fairness or constitutionality of the legislation. If the legislative regime fairly provides access to all constitutionally required documents, then the spectrum of records brought under the Bill, if in keeping with the Bill's objectives, cannot be challenged.

100 Il faut aussi se rappeler que la définition des dossiers qui figure à l'art. 278.1 et au par. 278.2(1) ne fait qu'établir le point de départ de l'analyse proposée par la Loi. Après avoir été assujettis au régime législatif, les documents qui relèvent de ces dispositions peuvent faire l'objet d'une ordonnance de communication à l'accusé. C'est donc la procédure établie par la Loi, et non la gamme de dossiers soumis à cette procédure, qui détermine l'équité ou la constitutionnalité de la mesure législative. Si le régime législatif donne équitablement accès à tous les documents requis suivant la Constitution, la gamme de dossiers alors assujettis à la Loi ne peut pas être contestée, dans la mesure où elle est conforme aux objectifs de cette dernière.

The broad scope of Bill C-46 has also been challenged as imposing an excessive burden on judicial resources. However, the Bill safeguards the efficiency and resources of the judicial system while furthering its objective of protecting, to the greatest extent possible, the rights of all those involved in sexual offence proceedings, by mandating that

101 La portée générale de la loi C-46 a également été contestée pour le motif qu'elle impose un fardeau excessif aux ressources judiciaires. Cependant, la Loi préserve l'efficacité et les ressources du système judiciaire tout en favorisant la réalisation de son objectif de protéger le plus possible les droits de toutes les parties en cause dans des pour-

1999 CanLII 637 (SCC)

judges can only review the records in question once these records have been established as likely relevant and their production to the court has been established as necessary in the interests of justice. The balancing process required at the first stage ensures that records are not needlessly or casually produced to the court for review: see *O'Connor*, *supra*, at para. 152, *per* L'Heureux-Dubé J. Moreover, as many interveners have pointed out, production of records to the court had become almost routine in sexual assault cases. It is unlikely that Bill C-46's procedures will be substantially more onerous on judicial resources. Finally, Parliament, with the benefit of a full legislative inquiry, has ruled on such questions of administrative convenience. We see no reason to disturb its conclusion. If the system proves unworkable in practice, then Parliament, not this Court, is better positioned to fix it.

(2) Third Party Records in the Possession of the Crown: Sections 278.2(2) and (3)

102 The next provision at issue extends the application of the legislative regime for the production of private records to records "in the possession or control of any person", including the Crown: s. 278.2(2).

103 Where private records are in the possession or control of the Crown two important variations on the regime for production exist. First, the legislative regime does not apply if the complainant or witness has expressly waived the protections of the Bill (s. 278.2(2)). Second, s. 278.2(3) requires the prosecutor to notify the accused of any records in the Crown's possession.

104 The respondent objects to the fact that this provision prevents the automatic disclosure of all relevant and non-privileged information in the possession of the Crown. He submits that this is contrary to the constitutional obligation upon the Crown set

suites relatives à une infraction d'ordre sexuel, en prévoyant que les juges ne peuvent examiner les dossiers en question qu'une fois qu'il est établi qu'ils sont vraisemblablement pertinents et que leur communication au tribunal servira les intérêts de la justice. Le processus d'évaluation requis à la première étape garantit que les dossiers ne seront pas communiqués inutilement et fortuitement au tribunal pour fins d'examen; voir *O'Connor*, précité, au par. 152, le juge L'Heureux-Dubé. De plus, comme de nombreux intervenants l'ont souligné, la communication des dossiers au tribunal était presque devenue routinière dans les affaires d'agression sexuelle. Il est peu probable que la procédure établie par la loi C-46 sera beaucoup plus onéreuse sur le plan des ressources judiciaires. Enfin, le législateur, qui a procédé à un examen complet de la mesure législative, s'est prononcé sur ces questions de commodité administrative. Nous ne voyons aucune raison de modifier sa conclusion. Si le système se révèle inapplicable, c'est le législateur, et non pas notre Cour, qui est le mieux placé pour le corriger.

(2) Les dossiers de tiers en la possession du ministère public: par. 278.2(2) et 278.2(3)

La disposition suivante qui est en cause prévoit que le régime législatif en matière de communication de dossiers privés s'applique «même si le dossier est en la possession ou sous le contrôle du poursuivant»: par. 278.2(2).

Lorsque les dossiers privés sont en la possession ou sous le contrôle du ministère public, le régime de communication comporte deux variations importantes. Premièrement, le régime législatif ne s'applique pas si le plaignant ou le témoin a expressément renoncé aux protections de la Loi (par. 278.2(2)). Deuxièmement, le par. 278.2(3) oblige le poursuivant à informer l'accusé de l'existence de tout dossier en la possession du ministère public.

L'intimé s'oppose au fait que cette disposition empêche la divulgation automatique de tout renseignement pertinent non protégé qui est en la possession du ministère public. Il soutient que cela est contraire à l'obligation constitutionnelle du minis-

1999 CanLII 637 (SCC)

out in *Stinchcombe*, and is inconsistent with this Court's conclusion in *O'Connor* that "the Crown's disclosure obligations established in the *Stinchcombe* decision are unaffected by the confidential nature of therapeutic records" (para. 13, *per* Lamer C.J. and Sopinka J.). The respondent also argues that s. 278.2(2) gives the Crown an unfair advantage in that only the accused is subject to the legislative regime. The Crown can obtain private records through the complainant directly or through the power of a search warrant. The Bill not only exempts the Crown from the obligation to comply with the legislation regime when seeking private records, but also allows the Crown to possess information that the defence does not have.

tère public qui a été énoncée dans l'arrêt *Stinchcombe* et que cela est incompatible avec la conclusion tirée par notre Cour dans l'arrêt *O'Connor*, selon laquelle «le caractère confidentiel des dossiers thérapeutiques n'influe pas sur l'obligation de divulguer du ministère public reconnue dans *Stinchcombe*» (par. 13, le juge en chef Lamer et le juge Sopinka). L'intimé prétend également que le par. 278.2(2) confère au ministère public un avantage inéquitable du fait que seul l'accusé est assujetti au régime législatif. Le ministère public peut obtenir des dossiers privés en s'adressant directement au plaignant ou en recourant à un mandat de perquisition. Non seulement la Loi dispense-t-elle le ministère public de l'obligation de se conformer au régime législatif lorsqu'il cherche à obtenir des dossiers privés, mais encore elle lui permet de posséder des renseignements dont ne dispose pas la défense.

The first response to the respondent's argument is that it is premature. Section 278.2 simply defines the scope of the legislation. It does not by itself deny access to documents to which the defence is constitutionally entitled. If the procedures set out in the sections that follow fairly provide access to all constitutionally required documents, then the accused has no constitutional complaint.

105 En premier lieu, on peut répondre à l'argument de l'intimé en disant qu'il est prématuré. L'article 278.2 ne fait que définir la portée de la mesure législative. Il ne refuse pas en soi l'accès aux documents auxquels la défense a droit suivant la Constitution. Si la procédure énoncée dans les dispositions qui suivent donne équitablement accès à tous les documents requis suivant la Constitution, l'accusé ne peut alors faire aucune plainte fondée sur la Constitution.

Second, the argument that this provision contradicts *Stinchcombe* and *O'Connor* rests on an overstatement of the Crown obligation to disclose that was affirmed in those cases. It is true that *Stinchcombe* spoke of a duty on the Crown to disclose to the defence all relevant documents in the Crown's possession, subject to privilege. Privacy interests, however, were not at issue in *Stinchcombe*. In *O'Connor*, the Court considered the Crown's obligation to disclose private records in the context of sexual offence proceedings where the complainant has made an informed waiver of her privacy rights. The majority in *O'Connor* concluded that "the Crown's well-established duty to disclose all information in its possession is not affected by the confidential nature of therapeutic records": *O'Connor*, *supra*, at para. 7. This conclu-

106 En deuxième lieu, l'argument selon lequel cette disposition va à l'encontre des arrêts *Stinchcombe* et *O'Connor* repose sur une exagération de l'obligation de divulgation du ministère public qui a été confirmée dans ces arrêts. Il est vrai que l'arrêt *Stinchcombe* parlait de l'obligation du ministère public de communiquer à la défense tous les documents pertinents en sa possession, sauf les documents protégés. Le droit à la protection de la vie privée n'était toutefois pas en cause dans *Stinchcombe*. Dans l'arrêt *O'Connor*, la Cour a examiné l'obligation qui incombe au ministère public de communiquer des dossiers privés dans des poursuites relatives à une infraction d'ordre sexuel, lorsque le plaignant a renoncé de façon éclairée à son droit à la protection de la vie privée. Dans l'arrêt *O'Connor*, les juges majoritaires ont

1999 CanLII 637 (SCC)

sion, however, was premised upon the assumption that the records in the Crown's possession have been freely and voluntarily surrendered by the complainant or witness: "where the documents in question have been shared with an agent of the state (namely, the Crown), it is apparent that the complainant's privacy interest in those records has disappeared" (*O'Connor*, *supra*, at para 8). Lamer C.J. and Sopinka J. further found that "fairness must require that if the complainant is willing to release this information in order to further the criminal prosecution, then the accused should be entitled to use the information in the preparation of his or her defence" (*O'Connor*, *supra*, at para. 9 (emphasis added)). Bill C-46 imposes the same waiver rule. Where a fully informed complainant expressly waives the protection of the legislation, by declaration or by voluntarily providing her records to the Crown, the Bill C-46 procedure does not apply and the records are producible as at common law: s. 278.2(2). Bill C-46 thus conforms to the constitutional standard of *O'Connor*.

conclu que «le caractère confidentiel des dossiers thérapeutiques n'a pas d'incidence sur l'obligation reconnue du ministère public de divulguer tous les renseignements en sa possession»: *O'Connor*, précité, au par. 7. Cette conclusion reposait cependant sur la présomption que les dossiers en la possession du ministère public avaient été librement et volontairement remis par le plaignant ou le témoin: «lorsque les documents en question ont été partagés avec un représentant de l'État (à savoir le ministère public), il est évident que le droit à la protection de la vie privée que le plaignant avait relativement à ces dossiers n'existe plus» (*O'Connor*, précité, au par. 8). Le juge en chef Lamer et le juge Sopinka ont également conclu que «[l]'équité exige [. . .] que, si le plaignant est d'accord pour communiquer ces renseignements afin de favoriser la poursuite criminelle, l'accusé devrait alors avoir le droit d'utiliser les renseignements dans la préparation de sa défense» (*O'Connor*, précité, au par. 9 (nous soulignons)). La loi C-46 impose la même règle de renonciation. Lorsqu'en toute connaissance de cause un plaignant renonce expressément à la protection de la mesure législative, au moyen d'une déclaration ou en remettant volontairement ses dossiers au ministère public, la procédure établie par la loi C-46 ne s'applique pas et les dossiers peuvent être communiqués conformément à la common law: par. 278.2(2). La loi C-46 respecte donc la norme constitutionnelle de l'arrêt *O'Connor*.

107 The respondent argues, however, that *O'Connor* should not be read as requiring the disclosure of confidential records pursuant to *Stinchcombe* only in cases of an express waiver and that s. 278.2(2) is unconstitutional. He asserts that any reasonable expectation of privacy is lost once the records are in the possession of the Crown, regardless of how the records came into the Crown's possession. Once in the Crown's hands, the records become "the property of the public" to be used to ensure that justice is done and must be disclosed pursuant to the common law.

L'intimé fait cependant valoir, d'une part, qu'il ne faut pas considérer que l'arrêt *O'Connor* exige la communication de dossiers confidentiels, conformément à l'arrêt *Stinchcombe*, uniquement dans le cas où il y a eu renonciation expresse, et d'autre part, que le par. 278.2(2) est inconstitutionnel. Il affirme que toute attente raisonnable en matière de protection de la vie privée est perdue dès que les dossiers sont en la possession du ministère public, peu importe la façon dont ils sont entrés en sa possession. Une fois qu'ils sont entre les mains du ministère public, les dossiers deviennent «la propriété du public» qui doit être utilisée de manière à assurer que justice soit rendue, et doivent être communiqués conformément à la common law.

1999 CanLII 637 (SCC)

This argument erroneously equates Crown possession or control with a total loss of any reasonable expectation of privacy. Privacy is not an all or nothing right. It does not follow from the fact that the Crown has possession of the records that any reasonable expectation of privacy disappears. Privacy interests in modern society include the reasonable expectation that private information will remain confidential to the persons to whom and restricted to the purposes for which it was divulged, *Dyment*, *supra*, at p. 429. Where private information is disclosed to individuals outside of those to whom, or for purposes other than for which, it was originally divulged, the person to whom the information pertains may still hold a reasonable expectation of privacy in this information, *R. v. Boudreau*, [1998] O.J. No. 3526 (QL) (Gen. Div.), at para. 18. Third party records may fall into the possession of the Crown without the knowledge, consent, or assistance of the complainant or witness. Where the complainant or witness has not expressly waived her privacy right, Parliament can legitimately take steps to protect those privacy rights. Such protection is to be found in the procedures for production set out in ss. 278.5 and 278.7 of the Bill.

Cet argument assimile à tort la possession ou le contrôle par le ministère public à une perte totale de toute attente raisonnable en matière de protection de la vie privée. Le droit à la vie privée n'est pas un droit absolu. Toute attente raisonnable en matière de protection de la vie privée ne disparaît pas du simple fait que le ministère public est en possession des dossiers. Dans une société moderne, le droit à la protection de la vie privée comporte l'attente raisonnable que les renseignements privés ne resteront connus que des personnes à qui ils ont été divulgués et qu'ils ne seront utilisés que dans le but pour lequel ils ont été divulgués: *Dyment*, précité, aux pp. 429 et 430. Lorsque des renseignements privés sont divulgués à des personnes autres qu'à celles à qui ils avaient initialement été divulgués ou qu'ils sont utilisés dans un but autre que celui pour lequel ils avaient initialement été divulgués, la personne à laquelle se rapportent ces renseignements peut encore conserver une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée à leur égard: *R. c. Boudreau*, [1998] O.J. No. 3526 (QL) (Div. gén.), au par. 18. Les dossiers de tiers peuvent se retrouver en la possession du ministère public à l'insu ou sans le consentement ni l'assistance du plaignant ou du témoin. Lorsque le plaignant ou le témoin n'a pas expressément renoncé à son droit à la protection de la vie privée, le législateur peut légitimement prendre des mesures pour protéger ce droit. Cette protection se trouve dans la procédure de communication énoncée aux art. 278.5 et 278.7 de la Loi.

The *O'Connor* majority did not address what procedure was to be followed where third party records were in the possession of the Crown without the existence of an express waiver. It was therefore open to Parliament to fill this void legislatively. Viewed in this context, s. 278.2(2) ensures that the range of interests triggered by production will be balanced pursuant to the procedure set out in ss. 278.5 and 278.7. The mere fact that this procedure differs from that set out in *Stinchcombe* does not, without more, establish a constitutional violation. As noted, *Stinchcombe* and *O'Connor* did not address the situation at issue here, namely, records in the Crown's possession in which a com-

Dans l'arrêt *O'Connor*, les juges majoritaires n'ont pas abordé la question de la procédure à suivre lorsque des dossiers de tiers sont en la possession du ministère public en l'absence de renonciation expresse. Il était donc loisible au législateur de combler cette lacune par voie législative. Considéré dans ce contexte, le par. 278.2(2) garantit que la gamme des droits mis en jeu par la communication seront évalués conformément à la procédure énoncée aux art. 278.5 et 278.7. Le simple fait que cette procédure diffère de celle énoncée dans *Stinchcombe* n'établit pas sans plus l'existence d'une violation de la Constitution. Comme nous l'avons vu, les arrêts *Stinchcombe* et *O'Connor*

1999 CanLII 637 (SCC)

plainant or witness has a reasonable, and non-waived, expectation of privacy. We are thus returned to our starting point — that s. 278.2 in itself violates no rights and any violation can be determined only by examining its impact in conjunction with ss. 278.5 through 278.8.

n'ont pas abordé la situation en cause en l'espèce, à savoir les dossiers qui sont en la possession du ministère public et au sujet desquels un plaignant ou un témoin a une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, à laquelle il n'a pas renoncé. Cela nous ramène donc à notre point de départ, à savoir que l'art. 278.2 lui-même ne porte atteinte à aucun droit et que l'existence d'une atteinte ne peut être déterminée qu'en en examinant l'incidence conjointement avec les art. 278.5 à 278.8.

110 When the arguments that s. 278.2 is inconsistent with *Stinchcombe* and *O'Connor* are cleared away, the respondent's fundamental objection to the section emerges — it unfairly favours the Crown. The Crown can obtain the complainant's private records through a search warrant or subpoena. Where the complainant or witness does not expressly waive the protection of the legislation, the accused can get these documents only by applying under the Bill C-46 regime. If the accused does not succeed, the Crown may possess documents that the accused does not have. This, it is argued, puts the Crown at an advantage.

Lorsqu'on écarte l'argument que l'art. 278.2 est incompatible avec les arrêts *Stinchcombe* et *O'Connor*, l'objection fondamentale de l'intimé à cet article apparaît — il favorise inéquitablement le ministère public. Le ministère public peut obtenir les dossiers privés du plaignant au moyen d'un mandat de perquisition ou d'un bref d'assignation. Lorsque le plaignant ou le témoin ne renonce pas expressément à la protection de la mesure législative, l'accusé ne peut obtenir ces documents qu'en présentant une demande fondée sur le régime de la loi C-46. Si l'accusé ne réussit pas à les obtenir, il se peut alors que le ministère public possède des documents dont ne dispose pas l'accusé. Cela, fait-on valoir, confère un avantage au ministère public.

111 All this is true. But it begs the real question — is the Crown's advantage unconstitutional? In other words, does it deprive the accused of his right to make full answer and defence? That will be so only if the legislation prevents the accused from getting access to all constitutionally required documents. There is no principle of fundamental justice that the Crown and defence must enjoy precisely the same privileges and procedures. See *Leipert*, *supra*. The real question is whether the procedures that Parliament has enacted prevent the accused from making full answer and defence. This is the true meaning of the passage from *O'Connor*, *supra*, at para. 34, which states that "[f]airness requires that the accused be treated on an equal footing" with the Crown, which has access to search warrants. Obviously, the search warrant procedure involves a different array of factors from those that are relevant to production of third party records to the accused. All that was meant by

Tout cela est vrai. Mais cela élude la véritable question — l'avantage conféré au ministère public est-il inconstitutionnel? En d'autres termes, prive-t-il l'accusé de son droit à une défense pleine et entière? Il en sera ainsi seulement si la mesure législative empêche l'accusé d'avoir accès à tous les documents requis suivant la Constitution. Aucun principe de justice fondamentale n'exige que le ministère public et la défense bénéficient exactement des mêmes privilèges et de la même procédure. Voir *Leipert*, précité. La véritable question est de savoir si la procédure que le législateur a adoptée empêche l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Tel est le vrai sens du passage tiré du par. 34 de l'arrêt *O'Connor*, précité, qui dispose que «[l]'équité exige que l'accusé bénéficie d'un traitement égal» à celui du ministère public, qui a accès aux mandats de perquisition. Manifestement, la procédure relative aux mandats de perquisition fait intervenir un ensem-

1999 CanLII 637 (SCC)

this passage is that the accused must have a procedure for obtaining evidence that respects all the relevant constitutional rights at stake, just as the prosecution does through the warrant process. As we will explain below, Bill C-46 is just such a procedure.

In *Stinchcombe*, this Court acknowledged that the Crown, by virtue of its unique role as agent of the state, has greater access to certain types of information than the accused. The Court therefore imposed a duty on the Crown to disclose all relevant information to the defence. The goal behind imposing this duty upon the Crown was not, however, to ensure equivalency of treatment between the accused and the Crown. Rather, the duty to disclose was imposed to advance the overall fairness, justice, efficacy, and truth finding elements of criminal proceedings. Since the right to full answer and defence must be defined in light of other principles of fundamental justice, that right is not an absolute one. Thus, while acknowledging the disparity in access to certain types of information, Sopinka J. conditioned the Crown's duty to disclose by investing in the Crown a discretion to withhold information where necessary to respect the rules of privilege, to protect persons from harassment or injury, or where this information is clearly irrelevant, at pp. 336 and 339. Similarly, in *O'Connor*, *supra*, at para. 16, Lamer C.J. and Sopinka J. held:

> . . . *Stinchcombe* recognized that, even in the context of disclosure, there are limits on the right of an accused to access information. For example, when the Crown asserts that the information is privileged, the trial judge must then balance the competing claims at issue. In such cases, the information will only be disclosed where the trial judge concludes that the asserted privilege "does not constitute a reasonable limit on the constitutional

ble de facteurs différents de ceux qui sont pertinents en ce qui concerne la communication de dossiers de tiers à l'accusé. Tout ce que ce passage signifie, c'est que l'accusé doit disposer d'une procédure d'obtention d'éléments de preuve qui respecte tous les droits constitutionnels en jeu, comme c'est le cas de la procédure des mandats dont dispose la poursuite. Comme nous le verrons plus loin, c'est justement la procédure qu'offre la loi C-46.

Dans l'arrêt *Stinchcombe*, notre Cour a reconnu que, en vertu de son rôle exceptionnel de mandataire de l'État, le ministère public a un meilleur accès que l'accusé à certains types de renseignements. La Cour a donc imposé au ministère public l'obligation de divulguer tous les renseignements pertinents à la défense. L'imposition de cette obligation au ministère public ne visait pas cependant à assurer que l'accusé et le ministère public bénéficieraient d'un traitement équivalent. L'obligation de divulgation a plutôt été imposée pour promouvoir globalement les éléments d'équité, de justice, d'efficacité et de recherche de la vérité des poursuites criminelles. Étant donné que le droit à une défense pleine et entière doit être défini en fonction d'autres principes de justice fondamentale, ce droit n'est pas absolu. Ainsi, tout en reconnaissant la disparité de l'accès à certains types de renseignements, le juge Sopinka a tempéré l'obligation de divulgation du ministère public en lui donnant le pouvoir discrétionnaire de ne pas divulguer des renseignements lorsque ces renseignements ne sont manifestement pas pertinents ou encore lorsque cela est nécessaire pour respecter les règles du privilège et pour protéger des personnes contre le harcèlement ou contre tout préjudice (aux pp. 336 et 339). De même, dans l'arrêt *O'Connor*, précité, au par. 16, le juge en chef Lamer et le juge Sopinka ont conclu:

> . . . l'arrêt *Stinchcombe* a reconnu que, même dans le contexte de la divulgation, il existe des limites au droit d'un accusé d'avoir accès à des renseignements. Par exemple, lorsque le ministère public affirme que les renseignements font l'objet d'un privilège, le juge du procès doit alors pondérer les revendications contradictoires en cause. Les renseignements ne seront alors divulgués que lorsque le juge du procès conclut que le privilège

112

1999 CanLII 637 (SCC)

right to make full answer and defence" (*Stinchcombe*, at p. 340).

Stinchcombe and *O'Connor* accept that it is constitutionally permissible for the Crown to be subject to different treatment, to different procedures, or even to end up with documents that the accused has not seen, as long as the accused can make full answer and defence and the trial is fundamentally fair.

113 Furthermore, when addressing the disparity of treatment between defence counsel and the Crown, we must remember the specific problem Bill C-46 was enacted to address. Through Bill C-46, Parliament sought to preserve an accused's access to private records that may be relevant to the defence in a sexual offence proceeding while protecting, to the greatest extent possible, the privacy rights of complainants and witnesses. The context of the Bill is one in which defence counsel were routinely seeking access to the private records of complainants or witnesses in sexual offence proceedings (K. Kelly, "'You must be crazy if you think you were raped': Reflections on the Use of Complainants' Personal and Therapy Records in Sexual Assault Trials" (1997), 9 *C.J.W.L.* 178; K. Busby, "Third Party Records Cases Since *R.* v. *O'Connor*: A Preliminary Analysis", a study funded by the Research and Statistics Section, Department of Justice Canada, July 1998.). As H. Holmes aptly summarizes:

> The *O'Connor* issue arose from new defence intrusion into the rights and interests of third parties. Defence applications for access to third party records are quite properly motivated *only* by the accused's concern to make full answer and defence to the charge. The Crown, by contrast, is responsible for a larger set of interests including those of third parties and the general public as well as those of the accused. [Emphasis in original.]

revendiqué «ne constitue pas une restriction raisonnable du droit constitutionnel de présenter une défense pleine et entière» (*Stinchcombe*, à la p. 340).

Les arrêts *Stinchcombe* et *O'Connor* reconnaissent qu'il est constitutionnellement acceptable que le ministère public fasse l'objet d'un traitement différent, d'une procédure différente, ou même qu'il se retrouve en possession de documents que l'accusé n'a pas vus, pourvu que l'accusé puisse présenter une défense pleine et entière et que le procès soit fondamentalement équitable.

De plus, lorsqu'on aborde la disparité de traitement entre l'avocat de la défense et le ministère public, il faut se rappeler du problème particulier auquel la loi C-46 était destinée à remédier. En adoptant la loi C-46, le législateur a cherché à préserver l'accès de l'accusé aux dossiers privés susceptibles d'être pertinents pour la défense dans des poursuites relatives à une infraction d'ordre sexuel, tout en protégeant le plus possible le droit à la vie privée des plaignants et des témoins. La Loi a été adoptée dans un contexte où les avocats de la défense cherchaient couramment à avoir accès aux dossiers privés des plaignants et des témoins lors de poursuites relatives à une infraction d'ordre sexuel (K. Kelly, «"You must be crazy if you think you were raped": Reflections on the Use of Complainants' Personal and Therapy Records in Sexual Assault Trials» (1997), 9 *R.F.D.* 178; K. Busby, «Third Party Records Cases Since *R.* v. *O'Connor*: A Preliminary Analysis», une étude subventionnée par la Division de la recherche et de la statistique du ministère de la Justice du Canada, juillet 1998.). Comme H. Holmes le résume bien:

> [TRADUCTION] La question soulevée dans l'arrêt *O'Connor* découlait d'un nouvel empiétement de la défense sur les droits et intérêts de tiers. Les demandes de la défense visant à obtenir l'accès aux dossiers de tiers sont motivées tout à fait à bon droit par le *seul* souci de l'accusé de présenter une défense pleine et entière contre l'accusation. Par contre, le ministère public doit veiller au respect d'un ensemble plus large d'intérêts, dont ceux des tiers et du public en général de même que ceux de l'accusé. [En italique dans l'original.]

1999 CanLII 637 (SCC)

("An Analysis of Bill C-46, Production of Records in Sexual Offence Proceedings" (1997), 2 *Can. Crim. L.R.* 71, at p. 86.)

The greater procedural burden placed on the accused under Bill C-46 reflects the fact that unlike the Crown, the accused bears no responsibility to protect the rights of others. To protect such rights, when they are threatened by the acts of the accused, greater procedural protections are required.

The defence concern that it will be unable to obtain records relevant to its defence will be considered in greater detail later. However, in relation to s. 278.2(2) it is worth pointing out that Parliament inserted two provisions to offset any unfairness that might flow from the Crown's being in possession of documents that the defence has not seen. As discussed above, the first is the provision that if the complainant or witness waives the protection of the legislation, the documents must be disclosed to the defence: s. 278.2(2). Waiver should not be read in a technical sense. Where the complainant or witness, with knowledge that the legislation protects her privacy interest in the records, indicates by words or conduct that she is relinquishing her privacy right, waiver may be found. Turning records over to the police or Crown, with knowledge of the law's protections and the consequences of waiving these protections, will constitute an express waiver pursuant to s. 278.2(2).

The second aid to the accused is the requirement in s. 278.2(3) that the prosecutor notify the accused of the private documents in his or her possession. While the contents are not to be disclosed at this stage, the notification requirement reveals the existence of the record to the accused and allows the accused to make an application for production. When notifying an accused, the Crown should ensure that information as to date and context are provided so that the documents can be sufficiently identified. This will help furnish the accused with a basis for arguing that the docu-

(«An Analysis of Bill C-46, Production of Records in Sexual Offence Proceedings» (1997), 2 *Rev. can. D.P.* 71, à la p. 86.)

Le fardeau procédural plus lourd que la loi C-46 impose à l'accusé reflète le fait que, contrairement au ministère public, l'accusé n'est pas tenu de protéger les droits d'autrui. Pour protéger ces droits lorsqu'ils sont compromis par les actes de l'accusé, de plus grandes protections procédurales sont requises.

114 Nous examinerons davantage plus loin la crainte de l'intimé d'être incapable d'obtenir des dossiers pertinents pour assurer sa défense. Il vaut cependant la peine de souligner, au sujet du par. 278.2(2), que le législateur a inclus deux dispositions pour supprimer toute iniquité qui pourrait découler de la possession par le ministère public de documents que la défense n'a pas vus. Comme nous l'avons mentionné précédemment, la première disposition est celle qui prévoit que, si le plaignant ou le témoin renonce à la protection de la mesure législative, les documents doivent être communiqués à la défense: par. 278.2(2). Il ne faut pas donner un sens technique à la renonciation. On peut conclure qu'il y a renonciation lorsque le plaignant ou le témoin, qui sait que la mesure législative protège son droit au respect du caractère privé des dossiers en cause, indique par ses paroles ou par sa conduite qu'il renonce à ce droit. Le fait de remettre les dossiers à la police ou au ministère public, en toute connaissance des protections conférées par la loi et des conséquences de la renonciation à ces protections, constitue une renonciation expresse au sens du par. 278.2(2).

115 Le deuxième élément utile à l'accusé est l'exigence du par. 278.2(3) que le poursuivant l'informe des documents privés qu'il a en sa possession. Bien que le contenu ne doive pas être divulgué à cette étape, l'obligation d'informer permet à l'accusé de prendre connaissance de l'existence du dossier et de présenter une demande de communication. Lorsqu'il informe l'accusé, le ministère public doit s'assurer que des renseignements relatifs à la date et au contexte soient fournis, de sorte que les documents puissent être suffisamment identifiés. Cela contribuera à fournir à

1999 CanLII 637 (SCC)

ments may be relevant to the defence under s. 278.5: see *Boudreau*, *supra*, *per* Ewaschuk J.

116 We conclude that the fact that s. 278.2 may result in the Crown holding documents that the accused does not possess does not of itself deprive the accused of the right to make full answer and defence. Parliament has balanced the inevitably advantageous documentary position the prosecution enjoys with safeguards to protect the accused's interest in getting those documents that may be relevant to the defence. Provided the remainder of Bill C-46 permits the accused to obtain the documents to which the defence is entitled, the fact that the Crown may possess documents that the accused does not, does not vitiate the process. Section 278.2 is constitutional in that it does not violate ss. 7 or 11(*d*) of the *Charter*.

(3) The "Insufficient Grounds" Section: Section 278.3(4)

117 Section 278.3(4) lists a series of "assertions" that cannot "on their own" establish that a record is likely relevant. The respondent submits that on a plain reading, this provision prevents the accused from relying on the listed factors when attempting to establish the likely relevance of the records. This, he argues, interferes with the right to make full answer and defence by restricting what the judge can consider in determining whether the records must be produced to the defence. The legislation raises the bar for production, he asserts, making it difficult if not impossible for the accused to meet the likely relevance test of ss. 278.5 and 278.7. The Respondent contends that it is unconstitutional to exclude the assertions listed in s. 278.3(4) as irrelevant.

118 This submission forgets that when legislation is susceptible to more than one interpretation, we must always choose the constitutional reading. See

l'accusé un motif de prétendre que les documents peuvent être pertinents pour assurer sa défense au sens de l'art. 278.5: voir *Boudreau*, précité, le juge Ewaschuk.

Nous concluons que le fait que l'art. 278.2 puisse permettre au ministère public de détenir des documents que l'accusé ne possède pas ne prive pas en soi l'accusé du droit à une défense pleine et entière. Le législateur a compensé la position nécessairement avantageuse du ministère public en matière documentaire par des garanties destinées à protéger le droit de l'accusé d'obtenir les documents qui peuvent être pertinents pour assurer sa défense. Pourvu que les autres dispositions de la loi C-46 permettent à l'accusé d'obtenir les documents auxquels il a droit pour assurer sa défense, le fait que le ministère public puisse posséder des documents dont l'accusé ne dispose pas ne vicie pas le processus. L'article 278.2 est conforme à la Constitution en ce sens qu'il ne viole ni l'art. 7 ni l'al. 11*d*) de la *Charte*.

(3) La disposition de «l'insuffisance des motifs»: par. 278.3(4)

Le paragraphe 278.3(4) énumère une série d'«affirmations» qui ne sont pas susceptibles «en soi» d'établir qu'un dossier est vraisemblablement pertinent. L'intimé soutient que, suivant son sens ordinaire, cette disposition empêche l'accusé d'invoquer les facteurs énumérés lorsqu'il tente d'établir la pertinence vraisemblable des dossiers. Cela, prétend-il, porte atteinte au droit de présenter une défense pleine et entière en restreignant ce que le juge peut prendre en considération pour décider si les dossiers doivent être communiqués à la défense. Il affirme que la mesure législative hausse la barre en matière de communication, de sorte qu'il est difficile, voire impossible, pour l'accusé de satisfaire au critère de la pertinence vraisemblable énoncé aux art. 278.5 et 278.7. L'intimé soutient qu'il est inconstitutionnel d'écarter les affirmations énumérées au par. 278.3(4) pour le motif qu'elles ne sont pas pertinentes.

Cet argument ne tient pas compte du fait que, lorsqu'une mesure législative prête à plus d'une interprétation, nous devons toujours choisir celle

1999 CanLII 637 (SCC)

Slaight, *supra*, at p. 1078. This mistake leads the respondent to overstate the purpose and effect of s. 278.3(4). As has frequently been held, its purpose is to prevent speculative and unmeritorious requests for production: *R. v. Hurrie* (1997), 12 C.R. (5th) 180 (B.C.S.C.), at paras. 16-17; *Boudreau*, *supra*, at para. 6; *Regan*, *supra*, at paras. 26-27; *R. v. Stromner* (1997), 205 A.R. 385 (Prov. Ct.), at paras. 39-42; *R. v. J.F.G.*, [1997] N.W.T.J. No. 47 (QL) (S.C.), at paras. 27-28. It does not entirely prevent an accused from relying on the factors listed, but simply prevents reliance on bare "assertions" of the listed matters, where there is no other evidence and they stand "on their own".

qui est conforme à la Constitution. Voir *Slaight*, précité, à la p. 1078. Cette erreur amène l'intimé à exagérer l'objet et l'effet du par. 278.3(4). Comme il a fréquemment été conclu, son objet est d'empêcher les demandes de communication qui reposent sur la conjecture et qui sont mal fondées: *R. c. Hurrie* (1997), 12 C.R. (5th) 180 (C.S.C.-B.), aux par. 16 et 17; *Boudreau*, précité, au par. 6; *Regan*, précité, aux par. 26 et 27; *R. c. Stromner* (1997), 205 A.R. 385 (C. prov.), aux par. 39 à 42; *R. c. J.F.G.*, [1997] N.W.T.J. No. 47 (QL) (C.S.), aux par. 27 et 28. Il n'empêche pas totalement l'accusé d'invoquer les facteurs énumérés, mais ne fait que l'empêcher d'invoquer de simples «affirmations» au sujet des questions énumérées, lorsqu'il n'y a pas d'autres éléments de preuve et que ces facteurs doivent être considérés «en soi».

As has frequently been noted, speculative myths, stereotypes, and generalized assumptions about sexual assault victims and classes of records have too often in the past hindered the search for truth and imposed harsh and irrelevant burdens on complainants in prosecutions of sexual offences. See *Seaboyer*, *supra*, at p. 634. The myths that a woman's testimony is unreliable unless she made a complaint shortly after the event (recent complaint), or if she has had previous sexual relations, are but two of the more notorious examples of the speculation that in the past has passed for truth in this difficult area of human behaviour and the law. The notion that consultation with a psychiatrist is, by itself, an indication of untrustworthiness is a more recent, but equally invidious, example of such a myth. The purpose of s. 278.3(4) is to prevent these and other myths from forming the entire basis of an otherwise unsubstantiated order for production of private records.

119 Comme on l'a fréquemment souligné, les mythes, les stéréotypes et les hypothèses générales au sujet des victimes d'agression sexuelle et des catégories de dossiers ont trop souvent, dans le passé, entravé la recherche de la vérité et imposé un fardeau lourd et inutile aux plaignants dans des poursuites relatives à une infraction d'ordre sexuel. Voir *Seaboyer*, précité, à la p. 634. Le mythe que le témoignage d'une femme n'est pas digne de foi à moins qu'elle ait porté plainte peu de temps après l'épisode (plainte récente), ou si elle a déjà eu des relations sexuelles, ne sont que deux des plus célèbres exemples des hypothèses qui, par le passé, ont été considérées comme vraies dans ce domaine difficile du comportement humain et du droit. L'idée que le fait de consulter un psychiatre indique en soi un manque de fiabilité est un exemple plus récent, mais tout aussi odieux, de ce genre de mythe. Le paragraphe 278.3(4) a pour objet d'empêcher ces mythes et d'autres mythes de constituer le seul fondement d'une ordonnance de communication de dossiers privés qui serait par ailleurs non justifiée.

The purpose and wording of s. 278.3 do not prevent an accused from relying on the assertions set out in s. 278.3(4) where there is an evidentiary or informational foundation to suggest that they may be related to likely relevance. (An exception is "recent complaint" which has been abolished by

120 L'objet et le libellé de l'art. 278.3 n'empêchent pas l'accusé d'invoquer les affirmations énoncées au par. 278.3(4) lorsqu'il y a des éléments de preuve ou des renseignements qui indiquent qu'elles peuvent être liées au critère de la pertinence vraisemblable (à l'exception de la «plainte

1999 CanLII 637 (SCC)

the jurisprudence and cannot be relied on in any event, quite apart from the section.) The section requires only that the accused be able to point to case specific evidence or information to show that the record in issue is likely relevant to an issue at trial or the competence of a witness to testify: see *Leipert*, *supra*, at para. 21. Conversely, where an accused does provide evidence or information to support an assertion listed in s. 278.3(4), this does not mean that likely relevance is made out. Section 278.3(4) does not supplant the ultimate discretion of the trial judge. Where any one of the listed assertions is made and supported by the required evidentiary and informational foundation, the trial judge is the ultimate arbiter in deciding whether the likely relevance threshold set out in ss. 278.5 and 278.7 is met.

121 We conclude that s. 278.3(4) does not violate ss. 7 or 11(*d*) of the *Charter*.

(4) The First Stage — Production to the Judge: Sections 278.4 and 278.5

122 Bill C-46, as noted, contemplates a two-stage procedure for gaining access to documents. At the first stage, the issue is whether the document should be produced to the judge. If that stage is passed, the judge looks at the document to determine whether it should be produced to the accused. Section 278.5 establishes the procedure for production to the judge at the first stage.

123 Section 278.4 also deals with procedure. The judge holds the hearing *in camera*, and may hear witnesses and take submissions. Witnesses are not, however, compellable, though under s. 278.4(2) they "may appear and make submissions". None of the parties or interveners in this appeal directly challenged the non-compellability of witnesses under s. 278.4(2) (though this section falls within the stated constitutional questions, and was addressed by Belzil J.). We are therefore reluctant to assess its constitutionality. That said, and without deciding the issue, we would note that the fact

récente», qui a été abolie par la jurisprudence et qui ne peut être invoquée en aucun cas, indépendamment de l'article). Cet article exige seulement que l'accusé soit capable d'indiquer des éléments de preuve ou des renseignements particuliers dans le but de démontrer que le dossier en cause est vraisemblablement pertinent quant à une question en litige ou à l'habilité d'un témoin à déposer: voir *Leipert*, précité, au par. 21. À l'inverse, lorsque l'accusé fournit des éléments de preuve ou des renseignements à l'appui d'une affirmation énumérée au par. 278.3(4), cela ne signifie pas que la pertinence vraisemblable est établie. Le paragraphe 278.3(4) ne remplace pas le pouvoir discrétionnaire dont jouit en fin de compte le juge du procès. Lorsqu'une des affirmations énumérées est faite et qu'elle est étayée par les éléments de preuve ou les renseignements requis, le juge du procès est l'arbitre qui, en fin de compte, jouit du droit de décider si le seuil de la pertinence vraisemblable énoncé aux art. 278.5 et 278.7 est franchi.

Nous concluons que le par. 278.3(4) ne viole ni l'art. 7 ni l'al. 11*d*) de la *Charte*.

(4) Première étape — La communication au juge: art. 278.4 et 278.5

Comme nous l'avons vu, la loi C-46 prescrit une procédure en deux étapes en matière d'accès à des documents. À la première étape, il s'agit de savoir s'il y a lieu de communiquer le document au juge. Si cette étape est franchie, le juge examine le document pour déterminer s'il y a lieu de le communiquer à l'accusé. L'article 278.5 établit la procédure de communication au juge à la première étape.

L'article 278.4 touche également à la procédure. Le juge tient une audience à huis clos et il peut entendre des témoins et des arguments. Cependant, les témoins ne peuvent pas être contraints à déposer même si, en vertu du par. 278.4(2), ils «peuvent comparaître et présenter leurs arguments». Aucune partie ni aucun intervenant, dans le présent pourvoi, ne conteste directement la non-contraignabilité des témoins en vertu du par. 278.4(2) (même si cette disposition est visée par les questions constitutionnelles formulées et a été abordée par le juge Belzil). Nous hésitons donc à en éva-

1999 CanLII 637 (SCC)

that witnesses are not compellable must be viewed in light of the preliminary, investigatory nature of the process at this stage and the other sources upon which the judge can draw in assessing whether the documents may be relevant and whether their production is necessary to the interests of justice, discussed more fully below. While *Stinchcombe* affirmed the right of the defence to obtain documents in the possession of the Crown which may be relevant to the defence, it did not suggest that the defence should have the right to examine witnesses on what documents are relevant. The common law has never compelled witnesses to testify as to records at the investigatory stage, although many inquisitorial, civilian systems do so. The fact that witnesses are not compellable under s. 278.4(2) is consistent, at the very least, with the common law tradition and with *Stinchcombe*. Moreover, as we discuss more fully *infra*, trial judges retain a broad discretion under s. 278.5(1) to order production. We must presume that Parliament intended for trial judges to exercise that discretion in a manner consistent with the *Charter* principles discussed above.

luer la constitutionnalité. Cela dit, et sans trancher la question, nous tenons à souligner que le fait que les témoins ne soient pas contraignables doit être perçu en fonction de la nature préliminaire du processus qui est un processus d'enquête à ce stade et des autres sources auxquelles le juge peut recourir pour évaluer si les documents peuvent être pertinents et si leur communication servira les intérêts de la justice, lesquelles sont analysées davantage plus loin. Bien que l'arrêt *Stinchcombe* ait confirmé le droit de la défense d'obtenir les documents susceptibles de lui être utiles qui sont en la possession du ministère public, il n'a pas laissé entendre que la défense devrait avoir le droit d'interroger les témoins pour savoir quels documents sont pertinents. La common law n'a jamais contraint les témoins à déposer relativement à des dossiers à l'étape de l'enquête, bien que de nombreux systèmes civils inquisitoires le fassent. Le fait que les témoins ne soient pas contraignables en vertu du par. 278.4(2) est compatible tout au moins avec la tradition de common law et avec l'arrêt *Stinchcombe*. En outre, comme nous le verrons plus en détail plus loin, le juge du procès conserve, en vertu du par. 278.5(1), un large pouvoir discrétionnaire d'ordonner la communication. Nous devons présumer que le législateur a voulu que le juge du procès exerce ce pouvoir discrétionnaire d'une manière conforme aux principes de la *Charte* analysés précédemment.

Both the majority and minority of this Court in *O'Connor* held that records must be produced to the judge for inspection if the accused can demonstrate that the information is "likely to be relevant": *O'Connor*, *supra*, at para. 19, *per* Lamer C.J. and Sopinka J., and at para. 138, *per* L'Heureux-Dubé J. The Court defined the standard of likely relevance as "a reasonable possibility that the information is logically probative to an issue at trial or the competence of a witness to testify" (para. 22 (emphasis in original)). Although the majority recognized that complainants have a constitutional right to privacy (at para. 17), it held that no balancing of rights should be undertaken at the first stage (at para. 24). This conclusion was premised on the finding that: (1) to require the accused to meet more than the likely relevance

124 Dans l'arrêt *O'Connor* de notre Cour, tant les juges majoritaires que les juges dissidents ont conclu que les dossiers doivent être communiqués au juge pour qu'il les examine, si l'accusé peut démontrer que les renseignements en question sont «d'une pertinence probable»: *O'Connor*, précité, au par. 19, le juge en chef Lamer et le juge Sopinka, et au par. 138, le juge L'Heureux-Dubé. Notre Cour a défini la norme de la pertinence probable comme étant «une possibilité raisonnable que les renseignements aient une valeur logiquement probante relativement à une question en litige ou à l'habilité à témoigner d'un témoin» (par. 22 (souligné dans l'original)). Bien que les juges majoritaires aient reconnu que les plaignants ont un droit constitutionnel à la vie privée (au par. 17), ils ont conclu qu'aucune évaluation de droits ne

1999 CanLII 637 (SCC)

stage would be to "put the accused in the difficult situation of having to make submissions to the judge without precisely knowing what is contained in the records" (para. 25); and (2) there is not enough information before a trial judge at this initial stage of production for an informed balancing procedure to take place (at para. 21). To this end, the majority held that the analysis should be confined to determining "likely relevance" and "whether the right to make full answer and defence is implicated by information contained in the records" (para. 21). In contrast, the minority held that once the accused meets the "likely relevance" threshold, he must then satisfy the judge that the salutary effects of ordering the documents produced to the court for inspection outweigh the deleterious effects of such production, having regard to the accused's right to make full answer and defence, and the effect of such production on the privacy and equality rights of the subject of the records (at para. 150). L'Heureux-Dubé J. found that a sufficient evidentiary basis could be established at this stage through Crown disclosure, defence witnesses, the cross-examination of Crown witnesses at both the preliminary inquiry and the trial and, on some occasions, expert evidence (at para. 146).

devait être entreprise à la première étape (au par. 24). Cette conclusion reposait sur la constatation (1) qu'obliger l'accusé à franchir davantage que l'étape de la pertinence probable reviendrait à «le pla[cer] dans la situation difficile de devoir présenter des arguments au juge sans savoir précisément ce que contiennent les dossiers» (par. 25), et (2) que le juge du procès ne dispose pas de suffisamment de renseignements à cette étape initiale de communication pour qu'un processus d'évaluation éclairé ait lieu (au par. 21). À cette fin, les juges majoritaires ont statué que l'analyse devait se limiter à déterminer la «pertinence probable» et à «la question de savoir si les renseignements figurant dans le dossier ont une incidence sur le droit de présenter une défense pleine et entière» (par. 21). Par contre, les juges dissidents ont conclu qu'une fois que l'accusé satisfait au critère préliminaire de la «pertinence probable», il doit ensuite convaincre le juge que les effets bénéfiques d'une ordonnance de communication des documents au tribunal pour fins d'examen l'emportent sur ses effets préjudiciables, compte tenu du droit de l'accusé à une défense pleine et entière et de l'effet d'une telle communication sur les droits à la vie privée et à l'égalité de la personne à laquelle se rapportent les dossiers (au par. 150). Le juge L'Heureux-Dubé a conclu qu'une preuve suffisante pouvait être établie à cette étape au moyen des documents et dossiers communiqués par le ministère public, des témoins de la défense, du contre-interrogatoire des témoins du ministère public tant à l'enquête préliminaire qu'au procès et, parfois, au moyen d'une preuve d'expert (au par. 146).

125 Parliament, after studying the issue, concluded that the rights of both the complainant and the accused should be considered when deciding whether to order production to the judge. In coming to this conclusion, Parliament must be taken to have determined, as a result of lengthy consultations, and years of Parliamentary study and debate, that trial judges have sufficient evidence to engage in an informed balancing process at this stage. Parliament began consultations on the production of complainants' private records in sexual assault cases in June 1994. The *O'Connor* decision

Après avoir étudié la question, le législateur a conclu qu'il faut tenir compte tant des droits du plaignant que de ceux de l'accusé pour décider s'il y a lieu d'ordonner la communication au juge. Il faut tenir pour acquis qu'en arrivant à cette conclusion le législateur a décidé, à la suite de longues consultations et d'années d'études et de débats parlementaires, que le juge du procès dispose de suffisamment d'éléments de preuve pour entreprendre un processus d'évaluation éclairé à cette étape. Le législateur a entamé, en juin 1994, des consultations au sujet de la communication des dossiers

1999 CanLII 637 (SCC)

1999 CanLII 637 (SCC)

became a part of that discussion when it was released December 14, 1995, and was subsequently addressed in the consultations which continued until March 1997. In developing the Bill C-46 production regime, we must therefore remember that Parliament had the benefit of information not available to the Court when it penned *O'Connor*. Specifically, Parliament had the advantage of being able to assess how the *O'Connor* regime was operating. The record indicates that Parliament received many submissions that under the *O'Connor* regime, private records were routinely being produced to the court at the first stage, leading to the recurring violation of the privacy interests of complainants and witnesses. While it is true that little statistical data existed at the time of the drafting of Bill C-46 on the application of *O'Connor*, it was open to Parliament to give what weight it saw fit to the evidence presented at the consultations. As a result of the consultation process, Parliament decided to supplement the "likely relevant" standard for production to the judge proposed in *O'Connor* with the further requirement that production be "necessary in the interests of justice". The result was s. 278.5. This process is a notable example of the dialogue between the judicial and legislative branches discussed above. This Court acted in *O'Connor*, and the legislature responded with Bill C-46. As already mentioned, the mere fact that Bill C-46 does not mirror *O'Connor* does not render it unconstitutional.

privés de plaignants dans des affaires d'agression sexuelle. L'arrêt *O'Connor* a fait l'objet de ces débats une fois qu'il a été rendu le 14 décembre 1995, et il a par la suite été abordé dans les consultations qui se sont poursuivies jusqu'en mars 1997. Il faut donc se rappeler qu'en établissant le régime de communication de la loi C-46, le législateur bénéficiait de renseignements dont notre Cour ne disposait pas lorsqu'elle a rédigé l'arrêt *O'Connor*. En particulier, le législateur avait l'avantage de pouvoir évaluer la manière dont le régime de l'arrêt *O'Connor* fonctionnait. Le dossier indique que le législateur a reçu de nombreuses observations selon lesquelles, en vertu du régime établi par l'arrêt *O'Connor*, les dossiers privés étaient couramment communiqués au tribunal à la première étape, ce qui menait à la violation répétée du droit à la vie privée des plaignants et des témoins. Bien qu'il soit vrai qu'il existait peu de données statistiques sur l'application de l'arrêt *O'Connor* au moment où la loi C-46 a été rédigée, il était loisible au législateur d'accorder l'importance qu'il jugeait bon aux témoignages présentés lors des consultations. À la suite du processus de consultation, le législateur a décidé de compléter la norme de la «pertinence probable» en matière de communication au juge, qui avait été proposée dans l'arrêt *O'Connor*, par l'exigence supplémentaire que la communication «ser[ve] les intérêts de la justice», d'où l'art. 278.5. Ce processus est un exemple remarquable du dialogue entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif qui a été mentionné précédemment. Notre Cour a agi dans l'arrêt *O'Connor*, et le législateur a réagi au moyen de la loi C-46. Comme nous l'avons vu, la Loi n'est pas inconstitutionnelle du simple fait qu'elle ne reflète pas l'arrêt *O'Connor*.

Section 278.5(1) requires the accused at the stage of production to a judge to demonstrate not only that the information is "likely relevant" but, in addition, that the production of the record "is necessary in the interests of justice". The first requirement takes up the unanimous view in *O'Connor* that the accused, to get production to the judge, must show that the record is "likely relevant". The additional requirement that production to the judge be "necessary in the interests of jus-

126 Le paragraphe 278.5(1) exige qu'à l'étape de la communication au juge l'accusé démontre non seulement que les renseignements sont «vraisemblablement pertinent[s]», mais en outre que la communication du dossier «ser[vira] les intérêts de la justice». La première exigence reprend l'opinion unanime de l'arrêt *O'Connor* que, pour obtenir la communication au juge, l'accusé doit démontrer que le dossier est «vraisemblablement pertinent» («*likely relevant*»). L'exigence supplémentaire que

tice" encompasses (but is not confined to) the concern of the minority in *O'Connor* that even where likely relevance is shown, there should be room for the court to consider the rights and interests of all those affected by disclosure before documents are ordered disclosed to the court.

127 Section 278.5(1) is followed by s. 278.5(2) which gives substance to the requirement that trial judges consider the broad range of rights and interests affected before ordering disclosure to the court. Under this section, a trial judge is required to consider the salutary and deleterious effects of production to the court on the accused's right to make full answer and defence and on the rights to privacy and equality of the complainant or witness and any other person to whom the record relates. The section directs the trial judge to "take into account" a series of factors in deciding whether the document should be produced to the court: (a) the extent to which the record is necessary for the accused to make full answer and defence; (b) the probative value of the record; (c) the nature and extent of the reasonable expectation of privacy with respect to the record; (d) whether production of the record is based on a discriminatory belief or bias; (e) the potential prejudice to the personal dignity and right to privacy of any person to whom the record relates; (f) society's interest in encouraging the reporting of sexual offences; (g) society's interest in encouraging the obtaining of treatment by complainants of sexual offences; and (h) the effect of the determination on the integrity of the trial process.

128 The respondent takes no issue with the requirement that the records be established as likely relevant before production to the judge is ordered. His objection is that the accused must also show that disclosure to the judge is "necessary in the interests of justice". He argues that this requires a weighing and balancing of interests that cannot properly be done without reviewing the documents in question. To this end, s. 278.5 calls upon the

la communication au juge «ser[ve] les intérêts de la justice» englobe (sans s'y limiter) la préoccupation des juges dissidents dans l'arrêt *O'Connor*, selon laquelle même lorsque la pertinence probable («*likely relevance*») est démontrée, il devrait être loisible au tribunal d'examiner les droits et les intérêts de tous ceux qui seront touchés par la communication avant d'ordonner que les documents lui soient communiqués.

Le paragraphe 278.5(1) est suivi du par. 278.5(2) qui précise l'exigence que le juge du procès examine la vaste gamme de droits et intérêts touchés avant d'ordonner la communication au tribunal. En vertu de ce paragraphe, le juge du procès doit prendre en considération les effets bénéfiques et préjudiciables de la communication au tribunal sur le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et sur les droits à la vie privée et à l'égalité du plaignant, du témoin et de toute autre personne à laquelle le dossier se rapporte. Le paragraphe ordonne au juge du procès de «tenir compte» d'une série de facteurs pour décider si le document doit être communiqué au tribunal: a) la mesure dans laquelle le dossier est nécessaire pour permettre à l'accusé de présenter une défense pleine et entière; b) sa valeur probante; c) la nature et la portée de l'attente raisonnable au respect de son caractère privé; d) la question de savoir si sa communication reposerait sur une croyance ou un préjugé discriminatoire; e) le préjudice possible à la dignité ou à la vie privée de toute personne à laquelle il se rapporte; f) l'intérêt qu'a la société à ce que les infractions d'ordre sexuel soient signalées; g) l'intérêt qu'a la société à ce que les plaignants, dans les cas d'infractions d'ordre sexuel, suivent des traitements; et h) l'effet de la décision sur l'intégrité du processus judiciaire.

L'intimé ne conteste pas l'exigence que la pertinence vraisemblable des dossiers soit établie avant que leur communication au juge ne soit ordonnée. Il s'oppose au fait que l'accusé doit également démontrer que la communication «sert les intérêts de la justice». Il prétend que cela requiert une évaluation des intérêts qui ne peut pas être faite convenablement sans examiner les documents en question. À cette fin, l'art. 278.5 demande au juge

1999 CanLII 637 (SCC)

trial judge to do the impossible — to weigh competing rights in a vacuum. The respondent contends that likely relevance should be the only requirement at the stage of deciding whether the judge can see the document. In imposing the additional requirement that production be established as "necessary in the interests of justice", s. 278.5 risks depriving the accused of documents relevant to his defence and hence is unconstitutional.

du procès de faire l'impossible — évaluer des droits opposés en vase clos. L'intimé soutient que le critère de la pertinence vraisemblable devrait constituer la seule exigence à l'étape où il faut décider si le juge peut voir le document. En imposant l'exigence supplémentaire d'établir que la communication «sert les intérêts de la justice», l'art. 278.5 risque de priver l'accusé de documents qui sont pertinents pour assurer sa défense, et est donc inconstitutionnel.

The question comes down to this: once likely relevance is established, is it necessarily unconstitutional that a consideration of the rights and interests of those affected by production to the court might result in production not being ordered? The answer to this question depends on whether a consideration of the range of rights and interests affected, in addition to a finding of likely relevance, will ultimately prevent the accused from seeing documents that are necessary to enable him to defend himself — to raise all the defences that might be open to him at trial. The non-disclosure of third party records with a high privacy interest that may contain relevant evidence will not compromise trial fairness where such non-disclosure would not prejudice the accused's right to full answer and defence.

129 La question se résume à ceci: une fois que la pertinence vraisemblable est établie, est-il nécessairement non conforme à la Constitution que l'examen des droits et intérêts des personnes touchées par la communication au tribunal soit susceptible d'entraîner le refus d'ordonner la communication? La réponse à cette question dépend de la question de savoir si l'examen de la gamme des droits et intérêts touchés, ajouté à la constatation de pertinence vraisemblable, empêchera, en fin de compte, l'accusé de voir les documents qui lui sont nécessaires pour pouvoir se défendre — pour invoquer tous les moyens de défense dont il pourrait se prévaloir au procès. La non-communication des dossiers de tiers qui font l'objet d'un intérêt élevé en matière de vie privée et qui peuvent contenir des éléments de preuve pertinents ne compromet pas l'équité du procès lorsqu'elle ne préjudicie pas au droit de l'accusé à une défense pleine et entière.

Section 278.5(1) is a very wide and flexible section. It accords the trial judge great latitude. Parliament must be taken to have intended that judges, within the broad scope of the powers conferred, would apply it in a constitutional manner — a way that would ultimately permit the accused access to all documents that may be constitutionally required. Indeed, a production regime that denied this would not be production "necessary in the interests of justice".

130 Le paragraphe 278.5(1) est une disposition très large et très souple. Il confère beaucoup de latitude au juge du procès. Il faut considérer que le législateur a voulu que, dans le cadre général des pouvoirs conférés, les juges l'appliquent d'une manière conforme à la Constitution — d'une manière qui permettrait, en fin de compte, à l'accusé d'avoir accès à tous les documents qui peuvent être requis suivant la Constitution. En fait, un régime de communication qui refuserait cet accès ne constituerait pas de la communication qui «sert les intérêts de la justice».

The requirement that production be "necessary in the interests of justice" at this stage refers to whether production to the judge is necessary in the interests of justice. That is a phrase capable of encompassing a great deal. It permits the judge to

131 L'exigence que la communication «ser[ve] les intérêts de la justice» à cette étape renvoi à la question de savoir si la communication au juge sert les intérêts de la justice. Cette expression est susceptible d'avoir plusieurs sens. Elle permet au juge

1999 CanLII 637 (SCC)

look at factors other than relevancy, like the privacy rights of complainants and witnesses, in deciding whether to order production to himself or herself. Where the privacy right in a record is strong and the record is of low probative value or relates to a peripheral issue, the judge might decide that non-disclosure will not prejudice the accused's right to full answer and defence and dismiss the application for production.

d'examiner d'autres facteurs que la pertinence, comme le droit à la vie privée des plaignants et des témoins, pour décider s'il y a lieu d'ordonner que les documents lui soient communiqués. Lorsque le dossier fait l'objet d'un solide droit au respect de son caractère privé et qu'il a une faible valeur probante ou porte sur une question secondaire, le juge peut éventuellement décider que la non-communication ne nuira pas au droit de l'accusé à une défense pleine et entière et rejeter la demande de communication.

132 However, pursuant to the first factor of s. 278.5(2), the judge must consider the accused's right to make full answer and defence. If the judge concludes that it is necessary to examine the documents at issue in order to determine whether they should be produced to enable the accused to make full answer and defence, then production to the judge is "necessary in the interests of justice". This answers the argument that s. 278.5(1) may require the judge to decide against production to himself or herself of documents necessary to the defence, and hence foreclose production to the accused in an unconstitutional manner. If a record is established to be "likely relevant" and, after considering the various factors, the judge is left uncertain about whether its production is necessary to make full answer and defence, then the judge should rule in favour of inspecting the document. As L'Heureux-Dubé J. stated in *O'Connor*, *supra*, at para. 152, "[i]n borderline cases, the judge should err on the side of production to the court". The interests of justice require nothing less.

Selon le premier facteur du par. 278.5(2), le juge doit cependant prendre en considération le droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Si le juge conclut qu'il est nécessaire d'examiner les documents en cause pour déterminer s'ils devraient être communiqués à l'accusé afin de lui permettre de présenter une défense pleine et entière, la communication au juge «sert [alors] les intérêts de la justice». Cela répond à l'argument que le par. 278.5(1) peut obliger le juge à refuser d'ordonner que lui soient communiqués des documents nécessaires à la défense et ainsi empêcher, d'une manière non conforme à la Constitution, la communication à l'accusé. S'il est établi qu'un dossier est «vraisemblablement pertinent» et, si, après avoir pris en considération les différents facteurs, le juge n'est pas certain que la communication de ce dossier soit nécessaire à la présentation d'une défense pleine et entière, celui-ci doit alors décider d'examiner le document. Comme le juge L'Heureux-Dubé l'a dit dans l'arrêt *O'Connor*, précité, au par. 152, «[d]ans les cas limites, le juge devrait pencher du côté de la production au tribunal». Les intérêts de la justice n'exigent rien de moins.

133 The criterion in s. 278.5 that production must be "necessary in the interests of justice" invests trial judges with the discretion to consider the full range of rights and interests at issue before ordering production, in a manner scrupulously respectful of the requirements of the *Charter*; see: *Baron*, *supra*, at p. 442, *per* Sopinka J. The fact that the approach set out in s. 278.5 does not accord with *O'Connor*'s pronouncement, at para. 24, that at the stage of production to the Court, "considerations of

Le critère de l'art. 278.5, selon lequel la communication doit «ser[vir] les intérêts de la justice», confère au juge du procès le pouvoir discrétionnaire de prendre en considération, d'une manière qui respecte scrupuleusement les exigences de la *Charte*, la gamme complète des droits et intérêts en cause avant d'ordonner la communication; voir *Baron*, précité, à la p. 442, le juge Sopinka. La méthode prévue à l'art. 278.5 n'est pas inconstitutionnelle du fait qu'elle ne concorde pas avec

1999 CanLII 637 (SCC)

privacy should not enter into the analysis", does not render it unconstitutional. In *O'Connor*, the Court was operating in a legislative vacuum, and fashioned what it considered to be the preferred common law rule. While the rule from that case was of course informed by the *Charter*, it should not be read as a rigid constitutional template. As discussed above, the relationship between the courts and legislatures allows a range of constitutional options. While this Court may have considered it preferable not to consider privacy rights at the production stage, that does not preclude Parliament from coming to a different conclusion, so long as its conclusion is consistent with the *Charter* in its own right. As we have explained, the Bill's directive to consider what is "necessary in the interests of justice", read correctly, does include appropriate respect for the right to full answer and defence.

l'énoncé de l'arrêt *O'Connor*, au par. 24, selon lequel, à l'étape de la communication au tribunal, «des considérations relatives à la protection de la vie privée ne devraient pas entrer dans l'analyse». Dans *O'Connor*, notre Cour agissait dans un vide législatif et a établi ce qu'elle considérait être la règle de common law la plus appropriée. Même si la règle établie dans cet arrêt s'inspirait naturellement de la *Charte*, elle ne doit pas être interprétée comme un modèle constitutionnel rigide. Comme nous l'avons vu précédemment, les rapports entre les tribunaux et le législateur permettent une gamme de choix sur le plan constitutionnel. Bien que notre Cour puisse avoir jugé préférable de ne pas prendre en considération le droit à la vie privée à l'étape de la communication, cela n'empêche pas le législateur d'arriver à une conclusion différente pourvu que sa conclusion soit elle-même compatible avec la *Charte*. Comme nous l'avons expliqué, si on l'interprète correctement, la directive de la Loi de prendre en considération ce qui «sert les intérêts de la justice» inclut le respect qui est dû au droit à une défense pleine et entière.

This leaves the argument that the judge cannot consider the factors listed in s. 278.5(2) without looking at the documents. However, s. 278.5(2) does not require that the judge engage in a conclusive and in-depth evaluation of each of the factors. It rather requires the judge to "take them into account" — to the extent possible at this early stage of proceedings — in deciding whether to order a particular record produced to himself or herself for inspection. Section 278.5(2) serves as a check-list of the various factors that may come into play in making the decision regarding production to the judge. Therefore, while the s. 278.5(2) factors are relevant, in the final analysis the judge is free to make whatever order is "necessary in the interests of justice" — a mandate that includes all of the applicable "principles of fundamental justice" at stake.

134 Il reste l'argument que le juge ne peut pas prendre en considération les facteurs énumérés au par. 278.5(2) sans examiner les documents. Cependant, le par. 278.5(2) n'exige pas que le juge entreprenne une évaluation définitive et approfondie de chacun des facteurs. Il exige plutôt que le juge «en tienne compte» — dans la mesure du possible à cette étape initiale des procédures — pour décider s'il y a lieu d'ordonner qu'un dossier particulier lui soit communiqué pour fins d'examen. Le paragraphe 278.5(2) sert de liste de vérification des différents facteurs qui peuvent entrer en jeu lorsqu'il s'agit de prendre une décision au sujet de la communication au juge. Par conséquent, bien que les facteurs du par. 278.5(2) soient pertinents, le juge est libre, en dernière analyse, de rendre toute ordonnance qui «sert les intérêts de la justice» — un mandat qui englobe tous les «principes de justice fondamentale» applicables qui sont en jeu.

Furthermore, contrary to the respondent's submissions, there is a sufficient evidentiary basis to support such an analysis at this early stage. This basis can be established through Crown disclosure,

135 De plus, contrairement aux arguments de l'intimé, il y a un fondement probatoire suffisant pour justifier une telle analyse à cette étape initiale. Ce fondement peut être établi au moyen des docu-

1999 CanLII 637 (SCC)

defence witnesses, the cross-examination of Crown witnesses at both the preliminary inquiry and the trial, and expert evidence, see: *O'Connor*, *supra*, at para. 146, *per* L'Heureux-Dubé J. As noted by Taylor J. for the British Columbia Supreme Court, "the criminal process provides a reasonable process for the acquisition of the evidentiary basis", *Hurrie*, *supra*, at para. 39. To this end, as the Attorney of British Columbia submitted: "Laying the groundwork prior to trial, or comprehensive examination of witnesses at trial, will go a long way to establishing a meritorious application under this legislation."

ments et dossiers communiqués par le ministère public, des témoins de la défense, du contre-interrogatoire des témoins du ministère public tant à l'enquête préliminaire qu'au procès, et au moyen d'une preuve d'expert: voir *O'Connor*, précité, au par. 146, le juge L'Heureux-Dubé. Comme l'a souligné le juge Taylor de la Cour suprême de la Colombie-Britannique: [TRADUCTION] «la procédure en matière criminelle établit un processus raisonnable d'obtention du fondement probatoire»: *Hurrie*, précité, au par. 39. À cette fin, comme le procureur de la Colombie-Britannique l'a fait remarquer: [TRADUCTION] «La préparation du terrain avant le procès, ou l'interrogatoire exhaustif des témoins au procès, contribuera largement au succès d'une demande présentée en vertu de cette mesure législative.»

136 The nature of the records in question will also often provide the trial judge with an important informational foundation. For example, with respect to the privacy interest in records, the expectation of privacy in adoption or counselling records may be very different from that in school attendance records (see, for example, *R. v. J.S.P.*, B.C.S.C., Vancouver Registry Nos. CC970130 & CC960237, May 15, 1997). Similarly, a consideration of the probative value of records can often be informed by the nature and purposes of a record, as well as the record taking practices used to create it. As noted above, many submissions were made regarding the different levels of reliability of certain records. Counselling or therapeutic records, for example, can be highly subjective documents which attempt merely to record an individual's emotions and psychological state. Often such records have not been checked for accuracy by the subject of the records, nor have they been recorded verbatim. All of these factors may help a trial judge when considering the probative value of a record being sought by an accused.

La nature des dossiers en question fournira aussi souvent au juge du procès des renseignements importants sur lesquels il pourra se fonder. Par exemple, en ce qui concerne le droit au respect du caractère privé de dossiers, l'attente en matière de respect du caractère privé des dossiers d'adoption ou de consultation peut être très différente de celle relative aux dossiers d'assiduité scolaire (voir, par exemple, *R. c. J.S.P.*, C.S.C.-B., greffe de Vancouver nos CC970130 et CC960237, 15 mai 1997). De même, l'examen de la valeur probante d'un dossier peut souvent être guidé par sa nature et par ses objets, ainsi que par la méthode de consignation de données utilisée pour le constituer. Comme nous l'avons vu précédemment, de nombreux arguments ont été avancés au sujet des différents degrés de fiabilité de certains dossiers. Les dossiers thérapeutiques ou de consultation, par exemple, peuvent être des documents très subjectifs qui ne font que tenter de décrire les émotions et l'état psychologique d'une personne. Souvent, ces dossiers ne constituent pas un compte rendu textuel et leur exactitude n'est pas vérifiée par la personne à laquelle ils se rapportent. Tous ces facteurs peuvent être utiles au juge du procès lorsqu'il examine la valeur probante d'un dossier demandé par l'accusé.

137 The evidentiary foundation of a case, and considerations such as the nature of the records sought

Le fondement probatoire d'une affaire et des éléments comme la nature des dossiers demandés

1999 CanLII 637 (SCC)

and the manner in which these records were taken, will often provide trial judges with sufficient information to be able to "consider" and to "take into account" the factors listed in s. 278.5(2) and to fulfil the requirements of s. 278.5(1). As a final protection for the accused, the trial judge is always free to make whatever order is "necessary in the interests of justice". As discussed above in the context of defining the right to full answer and defence, courts must as a general matter ensure that the accused can obtain all pertinent evidence required to make full answer and defence, and must be wary of the danger of putting the accused in a Catch-22 situation in seeking to obtain such evidence. Where there is a danger that the accused's right to make full answer and defence will be violated, the trial judge should err on the side of production to the court.

et la manière dont ces dossiers ont été constitués fourniront souvent au juge du procès suffisamment de renseignements pour qu'il puisse «prendre en considération» les facteurs énumérés au par. 278.5(2) et en «tenir compte», et pour qu'il puisse satisfaire aux exigences du par. 278.5(1). À titre de dernière mesure de protection de l'accusé, le juge du procès peut toujours rendre toute ordonnance qui «sert les intérêts de la justice». Comme nous l'avons vu dans le cadre de la définition du droit à une défense pleine et entière, les tribunaux doivent, en général, s'assurer que l'accusé puisse obtenir tous les éléments de preuve pertinents dont il a besoin pour présenter une défense pleine et entière, et ils doivent être conscients du risque de placer l'accusé dans une situation sans issue en cherchant à obtenir ces éléments de preuve. S'il y a un risque de violation du droit de l'accusé à une défense pleine et entière, le juge du procès devrait pécher par excès de prudence et ordonner la communication au tribunal.

We conclude that s. 278.5 is constitutional. The respondent's argument depends on reading the requirement in s. 278.5(1)(*c*), that production can only be ordered where "necessary in the interests of justice", as capable of blocking production even where the accused might constitutionally require access to the documents in question. A finding of unconstitutionality also hinges on reading s. 278.5(2) as consisting of a check-list of factors and rights to be conclusively assessed and weighed-off against one other. Such readings, however, cannot stand. It can never be in the interests of justice for an accused to be denied the right to make full answer and defence and, pursuant to s. 278.5(2) the trial judge is merely directed to "consider" and "take into account" the factors and rights listed. Where the record sought can be established as "likely relevant", the judge must consider the rights and interests of all those affected by production and decide whether it is necessary in the interests of justice that he or she take the next step

138 Nous concluons que l'art. 278.5 n'est pas inconstitutionnel. L'argument de l'intimé repose sur une interprétation de l'exigence de l'al. 278.5(1)*c*) — que la communication ne puisse être ordonnée que si elle «sert les intérêts de la justice» — suivant laquelle elle peut empêcher la communication même dans le cas où l'accusé pourrait, en vertu de la Constitution, nécessiter l'accès aux documents en question. Une conclusion à l'inconstitutionnalité repose également sur une interprétation du par. 278.5(2) suivant laquelle il constitue une liste de vérification de facteurs et de droits qui doivent être évalués et soupesés de façon concluante les uns par rapport aux autres. Ces interprétations ne sauraient toutefois tenir. Il ne peut jamais être dans l'intérêt de la justice qu'un accusé se voie refuser le droit à une défense pleine et entière, et, selon le par. 278.5(2), le juge du procès n'est tenu que de «prendre en considération» les facteurs et les droits énumérés et d'en «tenir compte». Lorsqu'il est possible d'établir que le dossier demandé est «vraisemblablement pertinent», le juge doit prendre en considération les droits et intérêts de toutes les personnes touchées par la communication et décider s'il servirait les intérêts de la justice qu'il entreprenne ensuite

1999 CanLII 637 (SCC)

of viewing the documents. If in doubt, the interests of justice require that the judge take that step.

(5) Stage Two — Production to the Accused, Section 278.7: The Consideration of Societal Interests, Sections 278.5(2)(*f*) and (*g*), and the Integrity of the Trial Process, Section 278.5(2)(*h*)

139 Once the first hurdle is passed and the records are produced to the judge, the judge must determine whether it is in the interests of justice that they be produced to the defence. Again the judge must be satisfied that the records are "likely relevant" and that production, this time to the accused, is necessary in the interests of justice. In making this decision, the judge must once again consider the factors set out in s. 278.5(2).

140 The respondent accepts that weighing competing interests is appropriate at this second stage of the analysis. However, the respondent contends that the requirement under s. 278.7(2), that the trial judge take the factors specified in s. 278.5(2)(*a*) to (*h*) into account, inappropriately alters the constitutional balance established in *O'Connor*. Specifically, the respondent contends that ss. 278.5(2)(*f*) and (*g*) elevate the societal interest in encouraging the reporting of sexual offences and encouraging of treatment of complainants of sexual offences, to a status equal to the accused's right to make full answer and defence. This, he suggests, alters the constitutional balance established in *O'Connor*, where the majority specifically determined these factors to be of secondary importance to defence interests in any balancing of competing interests and better taken into account through other avenues. The respondent also contends that s. 278.5(2)(*h*) unfairly requires trial judges to consider the effect of disclosure on the integrity of the trial process. The respondent submits that this is a question going to admissibility.

141 These concerns are largely answered by the analysis advanced under s. 278.5(2), discussed at

d'examiner les documents. En cas de doute, les intérêts de la justice exigent que le juge entreprenne cet examen.

(5) Deuxième étape — La communication à l'accusé, art. 278.7: L'examen de l'intérêt de la société, al. 278.5(2)*f*) et *g*), et de l'intégrité du processus judiciaire, al. 278.5(2)*h*)

Une fois que le premier obstacle est franchi et que les dossiers sont communiqués au juge, ce dernier doit décider si leur communication à la défense servirait les intérêts de la justice. Là encore, le juge doit être convaincu que les dossiers sont «vraisemblablement pertinent[s]» et que leur communication, cette fois à l'accusé, sert les intérêts de la justice. En rendant cette décision, le juge doit de nouveau prendre en considération les facteurs énoncés au par. 278.5(2).

L'intimé reconnaît que l'évaluation des intérêts opposés est appropriée à cette deuxième étape de l'analyse. Il soutient cependant que l'exigence du par. 278.7(2) que le juge du procès tienne compte des facteurs indiqués aux al. 278.5(2)*a*) à *h*) modifie indûment l'équilibre constitutionnel établi dans l'arrêt *O'Connor*. En particulier, l'intimé fait valoir que les al. 278.5(2)*f*) et *g*) élèvent à un rang égal au droit de l'accusé à une défense pleine et entière l'intérêt qu'a la société à ce que les infractions d'ordre sexuel soient signalées et à ce que les plaignants dans le cas de telles infractions suivent des traitements. Il prétend que cela modifie l'équilibre constitutionnel établi dans l'arrêt *O'Connor*, où les juges majoritaires ont expressément décidé que ces facteurs avaient une importance secondaire par rapport aux intérêts de la défense dans toute évaluation d'intérêts opposés et qu'il y avait d'autres moyens de mieux en tenir compte. L'intimé soutient également que l'al. 278.5(2)*h*) oblige inéquitablement le juge du procès à prendre en considération l'effet de la communication sur l'intégrité du processus judiciaire. L'intimé fait valoir qu'il s'agit là d'une question touchant l'admissibilité.

Ces préoccupations sont largement dissipées par l'analyse fondée sur le par. 278.5(2), qui a fait

1999 CanLII 637 (SCC)

greater length above. Trial judges are not required to rule conclusively on each of the factors nor are they required to determine whether factors relating to the privacy and equality of the complainant or witness "outweigh" factors relating to the accused's right to full answer and defence. To repeat, trial judges are only asked to "take into account" the factors listed in s. 278.5(2) when determining whether production of part or all of the impugned record to the accused is necessary in the interest of justice (s. 278.7(1)).

l'objet d'un examen plus détaillé précédemment. Le juge du procès n'est pas tenu de se prononcer de façon définitive sur chacun des facteurs, et il n'est pas non plus tenu de décider si les facteurs relatifs au droit à la vie privée et au droit à l'égalité du plaignant ou du témoin «l'emportent» sur ceux concernant le droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Là encore, on ne demande au juge du procès que de «tenir compte» des facteurs énumérés au par. 278.5(2) pour décider si la communication à l'accusé de la totalité ou d'une partie du dossier contesté sert les intérêts de la justice (par. 278.7(1)).

1999 CanLII 637 (SCC)

The respondent argues that the inclusion of the societal interest factors in ss. 278.5(2)(*f*) and (*g*) alters the constitutional balance established by the *O'Connor* majority. With respect, this argument is unsound. Lamer C.J. and Sopinka J. explicitly held that such factors were relevant and ought to be "taken into account in weighing the competing interests" (para. 33). Their concern was solely that such factors not be given controlling weight. The interpretation of s. 278.5(2) advanced above respects this concern. Nonetheless, it is worth noting that when considering the factors set out in ss. 278.5(2)(*f*) and (*g*), trial judges should acknowledge that such factors will likely arise in every case and may be more readily supported by evidence, and take them into account accordingly.

142 L'intimé prétend que l'inclusion des facteurs de l'intérêt de la société aux al. 278.5(2)*f*) et *g*) modifie l'équilibre constitutionnel établi par les juges majoritaires dans l'arrêt *O'Connor*. En toute déférence, cet argument est mal fondé. Le juge en chef Lamer et le juge Sopinka ont expressément conclu que ces facteurs étaient pertinents et qu'ils devaient être «pris en considération dans la pondération des intérêts opposés» (par. 33). Leur seul souci était que ces facteurs ne se voient pas accorder un poids déterminant. L'interprétation du par. 278.5(2) avancée précédemment tient compte de ce souci. Il vaut néanmoins la peine de souligner que, lorsqu'il examine les facteurs énoncés aux al. 278.5(2)*f*) et *g*), le juge du procès doit reconnaître que ces facteurs se présenteront vraisemblablement dans chaque affaire et pourront être plus facilement étayés par la preuve, et qu'il doit donc en tenir compte.

This leaves the argument that s. 278.5(2)(*h*) goes to admissibility and that any consideration of it at the stage of production distorts the fairness of the trial. While the *O'Connor* majority held that this factor was "more appropriately dealt with at the admissibility stage", this conclusion does not amount to a finding that a consideration of this factor at the stage of production would result in unfairness to the accused: see *O'Connor*, at para. 32. As noted above, when preparing Bill C-46 Parliament had the advantage of being able to assess how the *O'Connor* regime was operating. From the information available to Parliament and the submissions it received during the consultation pro-

143 Il reste l'argument que l'al. 278.5(2)*h*) touche l'admissibilité et que l'examen de cet alinéa à l'étape de la communication nuit à l'équité du procès. Même si les juges majoritaires, dans l'arrêt *O'Connor*, ont conclu qu'il convenait «mieux de traiter de ce [. . .] facteur à l'étape de l'admissibilité», cette conclusion ne revient pas à dire que l'examen de ce facteur à l'étape de la communication entraînerait une iniquité envers l'accusé; voir *O'Connor*, au par. 32. Comme nous l'avons souligné précédemment, le législateur avait l'avantage d'être en mesure d'évaluer la façon de fonctionner du régime de l'arrêt *O'Connor* lorsqu'il a rédigé la loi C-46. À partir des renseignements dont il dis-

cess, Parliament concluded that the effect of production on the integrity of the trial was a factor that should be included in the list of factors for trial judges to "take into account" at both stages of an application for production. Several interveners have interpreted this factor as requiring courts to consider, along with the other enumerated factors, whether the search for truth would be advanced by the production of the records in question; that is, the question is whether the material in question would introduce discriminatory biases and beliefs into the fact-finding process. We agree with this interpretation of the inquiry required by s. 278.5(2)(*h*) and believe it to be in keeping with the purposes set out in the preamble of the legislation.

posait et des observations qu'il a reçues pendant le processus de consultation, le législateur a conclu que l'effet de la communication sur l'intégrité du procès était un facteur qui devrait être inclus dans la liste des facteurs dont le juge du procès doit «tenir compte» aux deux étapes d'une demande de communication. Plusieurs intervenants ont interprété ce facteur comme obligeant les tribunaux à se demander, en examinant les autres facteurs énumérés, si la communication des dossiers en question favoriserait la recherche de la vérité; en d'autres termes, il s'agit de savoir si les documents en question introduiraient des préjugés et des croyances discriminatoires dans l'appréciation des faits. Nous sommes d'accord avec cette interprétation de l'examen requis par l'al. 278.5(2)*h*), et nous croyons qu'elle est conforme aux objets énoncés dans le préambule de la mesure législative.

144 By giving judges wide discretion to consider a variety of factors and requiring them to make whatever order is necessary in the interest of justice at both stages of an application for production, Parliament has created a scheme that permits judges not only to preserve the complainant's privacy and equality rights to the maximum extent possible, but also to ensure that the accused has access to the documents required to make full answer and defence.

En conférant aux juges un large pouvoir discrétionnaire d'examiner toute une gamme de facteurs et en exigeant d'eux qu'ils rendent toute ordonnance qui sert l'intérêt de la justice aux deux étapes d'une demande de communication, le législateur a créé un régime qui permet aux juges non seulement de préserver le plus possible les droits à la vie privée et à l'égalité du plaignant, mais encore de s'assurer que l'accusé ait accès aux documents dont il a besoin pour présenter une défense pleine et entière.

(6) Timing

(6) Le moment opportun

145 Concerns were raised as to how the legislation would work in practice. One concern was that the application must be made to the trial judge: s. 278.3(1). This suggests that it may be deferred to the eve of trial or at the trial itself, allowing the accused little time for consideration of whether and how the records may relate to the accused's defence. One way of avoiding this is through the early assignment of the trial judge, a common practice in prosecutions of serious criminal offences. The trial judge may canvas the possibility of applications for production well in advance

Des préoccupations ont été exprimées au sujet de la manière dont la mesure législative s'appliquerait en pratique. L'une d'elles concernait le fait que la demande doit être présentée au juge du procès: par. 278.3(1). Cela indique que cette demande peut être reportée à la veille du procès ou au procès lui-même, ce qui ne laisse que peu de temps à l'accusé pour examiner si et comment les dossiers peuvent toucher à sa défense. Un moyen d'éviter cela consiste à choisir rapidement le juge du procès, ce qui constitue une pratique courante dans les poursuites relatives aux infractions criminelles graves. Le juge du procès peut examiner la possibilité qu'il y ait des demandes de communication bien avant

1999 CanLII 637 (SCC)

of the trial, leaving time for follow-up applications if the first is unsuccessful.

VII. Conclusion and Disposition

In the result we would allow the appeal, set aside the judgments of Belzil J., and uphold the constitutionality of Bill C-46. We answer the constitutional questions as follows:

1. Do ss. 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If so, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society?

Answer: Given the answer to question 1, it is not necessary to answer this question.

3. Do ss. 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe s. 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

4. If so, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society?

Answer: Given the answer to question 3, it is not necessary to answer this question.

Appeal allowed, LAMER C.J. *dissenting in part.*

Solicitors for the appellant L.C.: Cook Duke Cox, Edmonton.

Solicitor for the appellant the Attorney General for Alberta: Alberta Justice, Edmonton.

Solicitors for the respondent: Edney, Hattersley & Dolphin, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

le procès, ce qui laisse du temps pour présenter d'autres demandes si la première est rejetée.

VII. Conclusion et dispositif

En définitive, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer les jugements du juge Belzil et de confirmer la constitutionnalité de la loi C-46. Nous répondons aux questions constitutionnelles de la façon suivante: 146

1. Les articles 278.1 à 278.91 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, portent-ils atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

2. Si oui, s'agit-il d'une atteinte dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

Réponse: Étant donné la réponse donnée à la première question, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. Les articles 278.1 à 278.91 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, portent-ils atteinte à l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

4. Si oui, s'agit-il d'une atteinte dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

Réponse: Étant donné la réponse donnée à la troisième question, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Pourvoi accueilli, le juge en chef LAMER *est dissident en partie.*

Procureurs de l'appelante L.C.: Cook Duke Cox, Edmonton.

Procureur de l'appelant le procureur général de l'Alberta: Justice Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intimé: Edney, Hattersley & Dolphin, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

1999 CanLII 637 (SCC)

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: The Public Prosecution Service (Appeals), Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse: The Public Prosecution Service (Appeals), Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island: The Attorney General, Charlottetown.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard: Le Procureur général, Charlottetown.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: The Deputy Attorney General, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Le Sous-procureur général, Regina.

Solicitors for the intervener the Canadian Mental Health Association: Blake, Cassels & Graydon, Calgary.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne pour la santé mentale: Blake, Cassels & Graydon, Calgary.

Solicitors for the intervener the Canadian Psychiatric Association: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association des psychiatres du Canada: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Child and Adolescent Services Association: Emery Jamieson, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante la Child and Adolescent Services Association: Emery Jamieson, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario): McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitor for the intervener the Association québécoise des avocats et avocates de la défense: Guy Cournoyer, Montréal.

Procureur de l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense: Guy Cournoyer, Montréal.

Solicitors for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund: Buchan, Derrick & Ring, Halifax.

Procureurs de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes: Buchan, Derrick & Ring, Halifax.

1999 CanLII 637 (SCC)

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Council of Criminal Defence Lawyers: Edelson & Associates, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Alberta Association of Sexual Assault Centres: Evans Martin Wilson, Calgary.

Solicitors for the intervener the Sexual Assault Centre of Edmonton: Dale Gibson Associates, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Conseil canadien des avocats de la défense: Edelson & Associates, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Alberta Association of Sexual Assault Centres: Evans Martin Wilson, Calgary.

Procureurs de l'intervenant le Sexual Assault Centre of Edmonton: Dale Gibson Associates, Edmonton.

1999 CanLII 637 (SCC)

Dr. Henry Morgentaler, Dr. Leslie Frank Smoling and Dr. Robert Scott *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada *Intervener*

INDEXED AS: R. *v.* MORGENTALER

File No.: 19556.

1986: October 7, 8, 9, 10; 1988: January 28.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security of the person — Fundamental justice — Abortion — Criminal Code prohibiting abortion except where life or health of woman endangered — Whether or not abortion provisions infringe right to life, liberty and security of the person — If so, whether or not such infringement in accord with fundamental justice — Whether or not impugned legislation reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 251.

Constitutional law — Jurisdiction — Superior court powers and inter-delegation — Whether or not therapeutic abortion committees exercising s. 96 court functions — Whether or not abortion provisions improperly delegate criminal law powers — Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 96.

Constitutional law — Charter of Rights — Whether or not Attorney General's right of appeal constitutional — Costs — Whether or not prohibition on costs constitutional — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 605, 610(3).

Criminal law — Abortion — Criminal Code prohibiting abortion and procuring of abortion except where life or health of woman endangered — Whether or not abortion provisions ultra vires Parliament — Whether or not abortion provisions infringe right to life, liberty and security of the person — If so, whether or not such infringement in accord with fundamental justice —

Dr Henry Morgentaler, Dr Leslie Frank Smoling et Dr Robert Scott *Appelants*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* MORGENTALER

N° du greffe: 19556.

1986: 7, 8, 9, 10 octobre; 1988: 28 janvier.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité de la personne — Justice fondamentale — Avortement — Le Code criminel interdit l'avortement, sauf si la vie ou la santé de la femme est en danger — Les dispositions sur l'avortement portent-elles atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne? — Si oui, une telle atteinte est-elle en conformité avec la justice fondamentale? — La loi en cause est-elle raisonnable et peut-elle être justifiée dans une société libre et démocratique? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 251.

Droit constitutionnel — Compétence — Pouvoirs des cours supérieures et délégation — Les comités de l'avortement thérapeutique exercent-ils les fonctions d'une cour créée en vertu de l'art. 96? — Les dispositions sur l'avortement constituent-elles une délégation irrégulière de la compétence en matière criminelle? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 96.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Le droit d'appel du procureur général est-il constitutionnel? — Dépens — L'interdiction relative aux dépens est-elle constitutionnelle? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 605, 610(3).

Droit criminel — Avortement — Le Code criminel interdit l'avortement et de procurer un avortement, sauf si la vie ou la santé de la femme est en danger — Les dispositions sur l'avortement excèdent-elles les pouvoirs du Parlement? — Les dispositions sur l'avortement portent-elles atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne? — Si oui, une telle atteinte est-elle en conformité avec la justice fondamentale? — La loi en cause est-elle raisonnable et

1988 CanLII 90 (SCC)

Whether or not impugned legislation reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society.

Criminal law — Juries — Address to jury advising them to ignore law as stated by judge — Counsel wrong.

Appellants, all duly qualified medical practitioners, set up a clinic to perform abortions upon women who had not obtained a certificate from a therapeutic abortion committee of an accredited or approved hospital as required by s. 251(4) of the *Criminal Code*. The doctors had made public statements questioning the wisdom of the abortion laws in Canada and asserting that a woman has an unfettered right to choose whether or not an abortion is appropriate in her individual circumstances. Indictments were preferred against the appellants charging that they had conspired with each other with intent to procure abortions contrary to ss. 423(1)(*d*) and 251(1) of the *Criminal Code*.

Counsel for the appellants moved to quash the indictment or to stay the proceedings before pleas were entered on the grounds that s. 251 of the *Criminal Code* was *ultra vires* the Parliament of Canada, in that it infringed ss. 2(*a*), 7 and 12 of the *Charter*, and was inconsistent with s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights*. The trial judge dismissed the motion, and the Ontario Court of Appeal dismissed an appeal from that decision. The trial proceeded before a judge sitting with a jury, and the three accused were acquitted. The Crown appealed the acquittal and the appellants filed a cross-appeal. The Court of Appeal allowed the appeal, set aside the acquittal and ordered a new trial. The Court held that the cross-appeal related to issues already raised in the appeal, and the issues, therefore, were examined as part of the appeal.

The Court stated the following constitutional questions:

1. Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 2(*a*), 7, 12, 15, 27 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If section 251 of the *Criminal Code* of Canada infringes or denies the rights and freedoms guaranteed by ss. 2(*a*), 7, 12, 15, 27 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is s. 251 justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

peut-elle être justifiée dans une société libre et démocratique?

Droit criminel — Jury — Exposé au jury lui conseillant d'ignorer les règles de droit énoncées par le juge — Erreur de l'avocat.

Les appelants sont tous docteurs en médecine; ensemble, ils ont ouvert une clinique pour pratiquer des avortements sur des femmes qui n'avaient pas obtenu le certificat du comité de l'avortement thérapeutique d'un hôpital accrédité ou approuvé requis par le par. 251(4) du *Code criminel*. Les médecins ont fait des déclarations publiques dans lesquelles ils ont mis en doute la sagesse de la législation canadienne sur l'avortement et ont affirmé qu'une femme a le droit souverain de décider si un avortement s'impose ou non dans sa situation personnelle. Des actes d'accusation ont été portés contre les appelants les inculpant de complot, les uns avec les autres, avec l'intention de procurer des avortements, infractions prévues à l'al. 423(1)*d*) et au par. 251(1) du *Code criminel*.

L'avocat des appelants a demandé l'annulation de l'acte d'accusation ou la suspension des poursuites avant d'inscrire les plaidoyers, pour le motif que l'art. 251 du *Code criminel* excéderait les pouvoirs du Parlement du Canada, enfreindrait l'al. 2*a*) et les art. 7 et 12 de la *Charte* et entrerait en conflit avec l'al. 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits*. Le juge de première instance a rejeté la requête et l'appel interjeté à la Cour d'appel de l'Ontario a aussi été rejeté. Le procès s'est poursuivi devant juge et jury et les trois accusés ont été acquittés. Le ministère public a interjeté appel de l'acquittement et les appelants ont formé un appel incident. La Cour d'appel a accueilli l'appel, annulé le verdict d'acquittement et ordonné un nouveau procès. La Cour a jugé que l'appel incident se rapportait à des points déjà soulevés dans l'appel principal et on les a donc étudiés dans le cadre de ce dernier.

La Cour a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. L'article 251 du *Code criminel* du Canada porte-t-il atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'al. 2*a*) et les art. 7, 12, 15, 27 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. Si l'article 251 du *Code criminel* du Canada porte atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'al. 2*a*) et les art. 7, 12, 15, 27 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

1988 CanLII 90 (SCC)

3. Is section 251 of the *Criminal Code* of Canada *ultra vires* the Parliament of Canada?
4. Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada violate s. 96 of the *Constitution Act, 1867*?
5. Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada unlawfully delegate federal criminal power to provincial Ministers of Health or Therapeutic Abortion Committees, and in doing so, has the Federal Government abdicated its authority in this area?
6. Do sections 605 and 610(3) of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 7, 11(*d*), 11(*f*), 11(*h*) and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
7. If sections 605 and 610(3) of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 7, 11(*d*) 11(*f*), 11(*h*) and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are ss. 605 and 610(3) justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Held (McIntyre and La Forest JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the acquittals restored. The first constitutional question should be answered in the affirmative as regards s. 7 and the second in the negative as regards s. 7. The third, fourth and fifth constitutional questions should be answered in the negative. The sixth constitutional question should be answered in the negative with respect to s. 605 of the *Criminal Code* and should not be answered as regards s. 610(3). The seventh constitutional question should not be answered.

Per Dickson C.J. and Lamer J.: Section 7 of the *Charter* requires that the courts review the substance of legislation once the legislation has been determined to infringe an individual's right to "life, liberty and security of the person". Those interests may only be impaired if the principles of fundamental justice are respected. It was sufficient here to investigate whether or not the impugned legislative provisions met the procedural standards of fundamental justice and the Court accordingly did not need to tread the fine line between substantive review and the adjudication of public policy.

State interference with bodily integrity and serious state-imposed psychological stress, at least in the criminal law context, constitutes a breach of security of the person. Section 251 clearly interferes with a woman's physical and bodily integrity. Forcing a woman, by threat of criminal sanction, to carry a foetus to term unless she meets certain criteria unrelated to her own priorities and aspirations, is a profound interference

3. L'article 251 du *Code criminel* du Canada excède-t-il les pouvoirs du Parlement du Canada?
4. L'article 251 du *Code criminel* du Canada viole-t-il l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
5. L'article 251 du *Code criminel* du Canada délègue-t-il illégalement la compétence fédérale en matière criminelle aux ministres de la Santé provinciaux ou aux comités de l'avortement thérapeutique et, ce faisant, le gouvernement fédéral a-t-il abdiqué son autorité dans ce domaine?
6. L'article 605 et le par. 610(3) du *Code criminel* du Canada portent-ils atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'art. 7, les al. 11*d*), 11*f*), 11*h*) et le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
7. Si l'article 605 et le par. 610(3) du *Code criminel* du Canada portent atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'art. 7, les al. 11*d*), 11*f*), 11*h*) et le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Arrêt (les juges McIntyre et La Forest sont dissidents): Le pourvoi est accueilli et les acquittements sont rétablis. La première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative en ce qui concerne l'art. 7 et la deuxième question une réponse négative en ce qui concerne l'art. 7. Les troisième, quatrième et cinquième questions reçoivent une réponse négative. La sixième question reçoit une réponse négative en ce qui concerne l'art. 605 du *Code criminel* et ne reçoit aucune réponse en ce qui concerne le par. 610(3). Il n'est pas nécessaire de répondre à la septième question.

Le juge en chef Dickson et le juge Lamer: L'article 7 de la *Charte* impose aux tribunaux le devoir d'examiner, au fond, les textes législatifs une fois qu'il a été jugé qu'ils enfreignent le droit de l'individu «à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne». Il ne peut être porté atteinte à ces intérêts que si les principes de justice fondamentale sont respectés. Il suffit en l'espèce d'examiner si les dispositions législatives en cause sont conformes aux normes procédurales de justice fondamentale et il n'est donc pas nécessaire que la Cour touche à l'équilibre fragile entre examen du fond et décision de politiques générales.

L'atteinte que l'État porte à l'intégrité physique et la tension psychologique causée par l'État, du moins dans le contexte du droit criminel, constituent une violation de la sécurité de la personne. L'article 251 constitue clairement une atteinte à l'intégrité physique et émotionnelle d'une femme. Forcer une femme, sous la menace d'une sanction criminelle, à mener le fœtus à terme, à moins qu'elle ne remplisse certains critères indépendants

1988 CanLII 90 (SCC)

with a woman's body and thus an infringement of security of the person. A second breach of the right to security of the person occurs independently as a result of the delay in obtaining therapeutic abortions caused by the mandatory procedures of s. 251 which results in a higher probability of complications and greater risk. The harm to the psychological integrity of women seeking abortions was also clearly established.

Any infringement of the right to life, liberty and security of the person must comport with the principles of fundamental justice. These principles are to be found in the basic tenets of our legal system. One of the basic tenets of our system of criminal justice is that when Parliament creates a defence to a criminal charge, the defence should not be illusory or so difficult to attain as to be practically illusory.

The procedure and restrictions stipulated in s. 251 for access to therapeutic abortions make the defence illusory resulting in a failure to comply with the principles of fundamental justice. A therapeutic abortion may be approved by a "therapeutic abortion committee" of an "accredited or approved hospital". The requirement of s. 251(4) that at least four physicians be available at that hospital to authorize and to perform an abortion in practice makes abortions unavailable in many hospitals. The restrictions attaching to the term "accredited" automatically disqualifies many Canadian hospitals from undertaking therapeutic abortions. The provincial approval of a hospital for the purpose of performing therapeutic abortions further restricts the number of hospitals offering this procedure. Even if a hospital is eligible to create a therapeutic abortion committee, there is no requirement in s. 251 that the hospital need do so. Provincial regulation as well can heavily restrict or even deny the practical availability of the exculpatory provisions of s. 251(4).

The administrative system established in s. 251(4) fails to provide an adequate standard for therapeutic abortion committees which must determine when a therapeutic abortion should, as a matter of law, be granted. The word "health" is vague and no adequate guidelines have been established for therapeutic abortion committees. It is typically impossible for women to know in advance what standard of health will be applied by any given committee.

The argument that women facing difficulties in obtaining abortions at home can simply travel elsewhere would not be especially troubling if those difficulties

de ses propres priorités et aspirations, est une ingérence profonde à l'égard de son corps et donc une atteinte à la sécurité de sa personne. Une deuxième violation du droit à la sécurité de la personne se produit indépendamment par suite du retard à obtenir un avortement thérapeutique en raison de la procédure imposée par l'art. 251 qui entraîne une augmentation de la probabilité de complications et accroît les risques. Il a été clairement établi que l'art. 251 porte atteinte à l'intégrité psychologique des femmes voulant un avortement.

Toute atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne doit être en accord avec les principes de justice fondamentale. On trouve ces principes dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique. L'un des préceptes fondamentaux de notre système de justice criminelle est que, lorsque le Parlement crée une défense à l'égard d'une accusation criminelle, celle-ci ne doit être ni illusoire ni à ce point difficile à faire valoir qu'elle soit pratiquement illusoire.

La procédure et les restrictions établies par l'art. 251 pour avoir droit à un avortement rendent la défense illusoire et reviennent au non-respect des principes de justice fondamentale. Un avortement thérapeutique doit être approuvé par un «comité de l'avortement thérapeutique» d'un hôpital «accrédité ou approuvé». L'obligation du par. 251(4) qu'au moins quatre médecins soient disponibles dans cet hôpital pour autoriser et pratiquer un avortement, signifie en pratique que beaucoup d'hôpitaux ne peuvent pas pratiquer des avortements. Les restrictions découlant du terme «accrédité» interdisent automatiquement à un grand nombre d'hôpitaux canadiens de pratiquer des avortements thérapeutiques. L'accréditation provinciale d'un hôpital aux fins de pratiquer des avortements thérapeutiques restreint encore plus le nombre d'hôpitaux où on peut les pratiquer. Même si un hôpital est autorisé à former un comité de l'avortement thérapeutique, rien dans l'art. 251 ne l'oblige à le faire. La réglementation provinciale peut fortement limiter et même supprimer le recours en pratique aux dispositions disculpatoires du par. 251(4).

Le système administratif établi par le par. 251(4) n'offre pas de norme adéquate à laquelle les comités de l'avortement thérapeutique doivent se référer lorsqu'ils ont à décider si un avortement thérapeutique devrait, en droit, être autorisé. Le terme «santé» est vague et aucunes directives adéquates n'ont été établies pour les comités de l'avortement thérapeutique. Il est, en général, impossible que les femmes sachent à l'avance quelle norme de santé un comité donné appliquera.

L'argument voulant que les femmes qui éprouvent des difficultés à se faire avorter au lieu de leur domicile n'ont qu'à se rendre ailleurs ne serait pas spécialement

1988 CanLII 90 (SCC)

were not in large measure created by the procedural requirements of s. 251. The evidence established convincingly that it is the law itself which in many ways prevents access to local therapeutic abortion facilities.

Section 251 cannot be saved under s. 1 of the *Charter*. The objective of s. 251 as a whole, namely to balance the competing interests identified by Parliament, is sufficiently important to pass the first stage of the s. 1 inquiry. The means chosen to advance its legislative objectives, however, are not reasonable or demonstrably justified in a free and democratic society. None of the three elements for assessing the proportionality of means to ends is met. Firstly, the procedures and administrative structures created by s. 251 are often unfair and arbitrary. Moreover, these procedures impair s. 7 rights far more than is necessary because they hold out an illusory defence to many women who would *prima facie* qualify under the exculpatory provisions of s. 251(4). Finally, the effects of the limitation upon the s. 7 rights of many pregnant women are out of proportion to the objective sought to be achieved and may actually defeat the objective of protecting the life and health of women.

Per Beetz and Estey JJ.: Before the advent of the *Charter*, Parliament recognized, in adopting s. 251(4) of the *Criminal Code*, that the interest in the life or health of the pregnant woman takes precedence over the interest in prohibiting abortions, including the interest of the state in the protection of the foetus, when "the continuation of the pregnancy of such female person would or would be likely to endanger her life or health". This standard in s. 251(4) became entrenched at least as a minimum when the "right to life, liberty and security of the person" was enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* at s. 7.

"Security of the person" within the meaning of s. 7 of the *Charter* must include a right of access to medical treatment for a condition representing a danger to life or health without fear of criminal sanction. If an act of Parliament forces a pregnant woman whose life or health is in danger to choose between, on the one hand, the commission of a crime to obtain effective and timely medical treatment and, on the other hand, inadequate treatment or no treatment at all, her right to security of the person has been violated.

gênant si ces difficultés ne résultaient pas dans une large mesure des exigences de procédure de l'art. 251. La preuve établit de façon convaincante que c'est la loi elle-même qui, de bien des manières, empêche de s'adresser aux institutions locales offrant l'avortement thérapeutique.

L'article 251 ne peut être sauvé par l'article premier de la *Charte*. L'objectif de l'art. 251 dans son ensemble, soit d'équilibrer les intérêts en concurrence identifiés par le Parlement, est suffisamment important pour passer le premier stade de l'examen au regard de l'article premier. Les moyens choisis pour mettre en œuvre ces objectifs législatifs ne sont pas raisonnables et leur justification ne peut se démontrer dans une société libre et démocratique. On ne trouve aucun des trois éléments permettant d'évaluer la proportionnalité des moyens et de la fin. Premièrement, la procédure et les structures administratives instaurées par l'art. 251 sont souvent arbitraires et injustes. En outre, ces procédures portent atteinte aux droits garantis par l'art. 7 au-delà de ce qui est nécessaire, puisqu'elle ne fournit qu'une défense illusoire à nombre de femmes qui, *prima facie*, pourraient se prévaloir des dispositions disculpatoires du par. 251(4). Enfin, les effets de la limitation des droits garantis par l'art. 7, pour nombre de femmes enceintes, sont disproportionnés par rapport à l'objectif recherché et peuvent effectivement mettre en échec l'objectif de protection de la vie et de la santé des femmes.

Les juges Beetz et Estey: Avant l'avènement de la *Charte*, le Parlement a reconnu, en adoptant le par. 251(4) du *Code criminel*, que l'intérêt que représente la vie ou la santé de la femme enceinte l'emporte sur celui qu'il y a à interdire les avortements, y compris l'intérêt qu'a l'État dans la protection du fœtus, lorsque «la continuation de la grossesse de cette personne du sexe féminin mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière». Ce critère du par. 251(4) a été consacré, au moins comme minimum, lorsque le «droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne» a été enchâssé dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, à l'art. 7.

L'expression «sécurité de la personne», au sens de l'art. 7 de la *Charte*, doit inclure le droit au traitement médical d'un état dangereux pour la vie ou la santé, sans menace de répression pénale. Si une loi du Parlement force une femme enceinte dont la vie ou la santé est en danger à choisir entre, d'une part, la perpétration d'un crime pour obtenir un traitement médical efficace en temps opportun et, d'autre part, un traitement inadéquat, voire aucun traitement, son droit à la sécurité de sa personne a été violé.

1988 CanLII 90 (SCC)

According to the evidence, the procedural requirements of s. 251 of the *Criminal Code* significantly delay pregnant women's access to medical treatment resulting in an additional danger to their health, thereby depriving them of their right to security of the person. This deprivation does not accord with the principles of fundamental justice. While Parliament is justified in requiring a reliable, independent and medically sound opinion as to the "life or health" of the pregnant woman in order to protect the state interest in the foetus, and while any such statutory mechanism will inevitably result in some delay, certain of the procedural requirements of s. 251 of the *Criminal Code* are nevertheless manifestly unfair. These requirements are manifestly unfair in that they are unnecessary in respect of Parliament's objectives in establishing the administrative structure and in that they result in additional risks to the health of pregnant women.

The following statutory requirements contribute to the manifest unfairness of the administrative structure imposed by the *Criminal Code*: (1) the requirement that all therapeutic abortions must take place in an "accredited" or "approved" hospital as defined in s. 251(6); (2) the requirement that the committee come from the accredited or approved hospital in which the abortion is to be performed; (3) the provision that allows hospital boards to increase the number of members of a committee; (4) the requirement that all physicians who practise lawful therapeutic abortions be excluded from the committees.

The primary objective of s. 251 of the *Criminal Code* is the protection of the foetus. The protection of the life and health of the pregnant woman is an ancillary objective. The primary objective does relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society and which, pursuant to s. 1 of the *Charter*, justify reasonable limits to be put on a woman's right. However, the means chosen in s. 251 are not reasonable and demonstrably justified. The rules unnecessary in respect of the primary and ancillary objectives which they are designed to serve, such as the above-mentioned rules contained in s. 251, cannot be said to be rationally connected to these objectives under s. 1 of the *Charter*. Consequently, s. 251 does not constitute a reasonable limit to the security of the person.

It is not necessary to answer the question concerning the circumstances in which there is a proportionality between the effects of s. 251 which limit the right of pregnant women to security of the person and the

D'après la preuve soumise, les exigences procédurales de l'art. 251 du *Code criminel* ont pour effet de retarder considérablement l'obtention par les femmes enceintes d'un traitement médical, ce qui cause un danger additionnel pour leur santé et porte atteinte, par le fait même, à leur droit à la sécurité de leur personne. Cette atteinte n'est pas compatible avec les principes de justice fondamentale. Quoique le Parlement soit justifié d'exiger une opinion médicale éclairée, indépendante et fiable relativement à la vie ou à la santé de la femme enceinte, pour protéger l'intérêt qu'a l'État à l'égard du fœtus et quoiqu'un tel dispositif législatif entraîne inévitablement des délais, certaines des exigences procédurales de l'art. 251 du *Code criminel* sont néanmoins nettement injustes. Ces exigences sont nettement injustes en ce sens qu'elles sont inutiles au regard des objectifs poursuivis par le Parlement en établissant la structure administrative et qu'elles entraînent des risques additionnels pour la santé des femmes enceintes.

Les exigences législatives suivantes rendent nettement injuste la structure administrative imposée par le *Code criminel*: (1) l'obligation que tous les avortements thérapeutiques soient pratiqués dans des hôpitaux «accrédités» ou «approuvés» selon la définition du par. 251(6); (2) l'obligation que le comité provienne de l'hôpital accrédité ou approuvé où l'avortement doit être pratiqué; (3) la disposition qui autorise un conseil d'hôpital à augmenter le nombre de membres d'un comité; (4) l'exclusion du sein de ces comités de tous les médecins qui pratiquent des avortements thérapeutiques licites.

L'objectif premier de l'art. 251 du *Code criminel* est la protection du fœtus. La protection de la vie et de la santé de la femme enceinte est un objectif secondaire. L'objectif premier, celui de la protection du fœtus, touche effectivement à des questions qui sont urgentes et importantes dans une société libre et démocratique et qui, conformément à l'article premier de la *Charte*, justifient que des limites raisonnables soient imposées au droit d'une femme. Toutefois, les moyens choisis par l'art. 251 ne sont pas raisonnables et leur justification ne peut être démontrée. On ne peut dire que les règles inutiles aux fins des objectifs premier et secondaire qu'elles sont censées appuyer, comme les règles susmentionnées de l'art. 251, ont un lien rationnel avec ces objectifs aux termes de l'article premier de la *Charte*. Par conséquent, l'art. 251 ne constitue pas une limite raisonnable à la sécurité de la personne.

Il n'est pas nécessaire de répondre à la question relative aux circonstances dans lesquelles il y a proportionnalité entre les effets de l'art. 251 qui limite le droit des femmes enceintes à la sécurité de leur personne et

1988 CanLII 90 (SCC)

objective of the protection of the foetus. In any event, the objective of protecting the foetus would not justify the severity of the breach of pregnant women's right to security of the person which would result if the exculpatory provision of s. 251 was completely removed from the *Criminal Code*. However, it is possible that a future enactment by Parliament that would require a higher degree of danger to health in the latter months of pregnancy, as opposed to the early months, for an abortion to be lawful, could achieve a proportionality which would be acceptable under s. 1 of the *Charter*.

Given the conclusion that s. 251 contains rules unnecessary to the protection of the foetus, the question as to whether a foetus is included in the word "everyone" in s. 7, so as to have a right to "life, liberty and security of the person" under the *Charter*, need not be decided.

Section 251 is not colourable provincial legislation in relation to health but rather a proper exercise of Parliament's criminal law power pursuant to s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. The section does not offend s. 96 of the *Constitution Act, 1867* because the therapeutic abortion committees are not given judicial powers which were exercised by county, district and superior courts at the time of Confederation. These committees exercise a medical judgment on a medical question. Finally, s. 251 does not constitute an unlawful delegation of federal legislative power nor does it represent an abdication of the criminal law power by Parliament.

There is no merit in the argument based on s. 605(1)(*a*) of the *Criminal Code*. It is unnecessary to decide whether or not s. 610(3) of the *Criminal Code* violates ss. 7, 11(*d*), (*f*), (*h*) and 15 of the *Charter* or whether this Court has the power to award costs on appeals under s. 24(1) of the *Charter*. Whatever this Court's power to award costs in appeals such as this one, costs should not be awarded in this case.

Per Wilson J.: Section 251 of the *Criminal Code*, which limits the pregnant woman's access to abortion, violates her right to life, liberty and security of the person within the meaning of s. 7 of the *Charter* in a way which does not accord with the principles of fundamental justice.

The right to "liberty" contained in s. 7 guarantees to every individual a degree of personal autonomy over important decisions intimately affecting his or her pri-

l'objectif de la protection du fœtus. De toute façon, l'objectif de la protection du fœtus ne justifierait pas la gravité de la violation du droit des femmes enceintes à la sécurité de leur personne qui se produirait si la disposition disculpatoire de l'art. 251 était totalement exclue du *Code criminel*. Toutefois, il est possible qu'une loi éventuelle adoptée par le Parlement qui imposerait que la santé soit plus gravement menacée dans les derniers mois de la grossesse que dans les premiers mois pour qu'un avortement soit licite, pourrait atteindre un degré de proportionnalité acceptable aux termes de l'article premier de la *Charte*.

Vu la conclusion que l'art. 251 contient des règles inutiles pour la protection du fœtus, il n'est pas nécessaire de décider si un fœtus est visé par le mot «chacun» à l'art. 7 de la *Charte* de façon à avoir le droit «à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne» en vertu de la *Charte*.

L'article 251 n'est pas un texte législatif provincial déguisé relatif à la santé, mais il constitue plutôt un exercice valide de la compétence du Parlement en matière de droit criminel conformément au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'article n'enfreint pas l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* parce qu'il ne donne pas aux comités de l'avortement thérapeutique les pouvoirs judiciaires que les cours de comté, de district et supérieures exerçaient au moment de la Confédération. Ces comités portent un jugement médical sur une question médicale. Enfin, l'art. 251 ne constitue pas une délégation illégale d'un pouvoir législatif fédéral et ne représente pas non plus une renonciation du Parlement à son pouvoir en matière de droit criminel.

L'argument fondé sur l'al. 605(1)*a*) du *Code criminel* est mal fondé. Il n'est pas nécessaire de décider si le par. 610(3) du *Code criminel* viole l'art. 7 et les al. 11*d*), *f*), *h*) et l'art. 15 de la *Charte* ni si cette Cour a le pouvoir d'accorder des dépens lors d'un pourvoi en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Quel que soit le pouvoir de cette Cour d'accorder des dépens dans des pourvois comme celui-ci, aucuns dépens ne devraient être accordés en l'espèce.

Le juge Wilson: L'article 251 du *Code criminel*, qui limite le recours d'une femme enceinte à l'avortement, viole son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne au sens de l'art. 7 de la *Charte* d'une façon qui n'est pas conforme avec les principes de justice fondamentale.

Le droit à la «liberté» énoncé à l'art. 7 garantit à chaque individu une marge d'autonomie personnelle sur les décisions importantes touchant intimement à sa vie

1988 CanLII 90 (SCC)

vate life. Liberty in a free and democratic society does not require the state to approve such decisions but it does require the state to respect them.

A woman's decision to terminate her pregnancy falls within this class of protected decisions. It is one that will have profound psychological, economic and social consequences for her. It is a decision that deeply reflects the way the woman thinks about herself and her relationship to others and to society at large. It is not just a medical decision; it is a profound social and ethical one as well.

Section 251 of the *Criminal Code* takes a personal and private decision away from the woman and gives it to a committee which bases its decision on "criteria entirely unrelated to [the pregnant woman's] own priorities and aspirations".

Section 251 also deprives a pregnant woman of her right to security of the person under s. 7 of the *Charter*. This right protects both the physical and psychological integrity of the individual. Section 251 is more deeply flawed than just subjecting women to considerable emotional stress and unnecessary physical risk. It asserts that the woman's capacity to reproduce is to be subject, not to her own control, but to that of the state. This is a direct interference with the woman's physical "person".

This violation of s. 7 does not accord with either procedural fairness or with the fundamental rights and freedoms laid down elsewhere in the *Charter*. A deprivation of the s. 7 right which has the effect of infringing a right guaranteed elsewhere in the *Charter* cannot be in accordance with the principles of fundamental justice.

The deprivation of the s. 7 right in this case offends freedom of conscience guaranteed in s. 2(*a*) of the *Charter*. The decision whether or not to terminate a pregnancy is essentially a moral decision and in a free and democratic society the conscience of the individual must be paramount to that of the state. Indeed, s. 2(*a*) makes it clear that this freedom belongs to each of us individually. "Freedom of conscience and religion" should be broadly construed to extend to conscientiously-held beliefs, whether grounded in religion or in a secular morality and the terms "conscience" and "religion" should not be treated as tautologous if capable of independent, although related, meaning. The state here is endorsing one conscientiously-held view at the expense of another. It is denying freedom of conscience to some, treating them as means to an end, depriving them of their "essential humanity".

privée. La liberté, dans une société libre et démocratique, n'oblige pas l'État à approuver ces décisions, mais elle l'oblige cependant à les respecter.

La décision que prend une femme d'interrompre sa grossesse relève de cette catégorie de décisions protégées. Cette décision aura des conséquences psychologiques, économiques et sociales profondes pour la femme enceinte. C'est une décision qui reflète profondément l'opinion qu'une femme a d'elle-même, ses rapports avec les autres et avec la société en général. Ce n'est pas seulement une décision d'ordre médical; elle est aussi profondément d'ordre social et éthique.

L'article 251 du *Code criminel* enlève une décision personnelle et privée à la femme pour la confier à un comité qui fonde sa décision sur "des critères totalement sans rapport avec ses [celles de la femme enceinte] propres priorités et aspirations".

L'article 251 prive également une femme enceinte du droit à la «sécurité de sa personne» garanti par l'art. 7 de la *Charte*. Ce droit protège à la fois l'intégrité physique et psychologique de la personne. Le défaut de l'art. 251 est beaucoup plus profond qu'un simple assujettissement des femmes à une tension émotionnelle considérable et à un risque physique inutile. Il affirme que la capacité de reproduction de la femme ne doit pas être soumise à son propre contrôle, mais à celui de l'État. C'est aussi une atteinte directe à sa «personne» physique.

Cette violation du droit conféré par l'art. 7 n'est conforme ni à l'équité dans la procédure ni aux droits et libertés fondamentaux énoncés par ailleurs dans la *Charte*. Une atteinte au droit conféré par l'art. 7 qui a pour effet d'enfreindre un droit que garantit par ailleurs la *Charte* ne peut être conforme aux principes de justice fondamentale.

L'atteinte au droit conféré par l'art. 7 en l'espèce enfreint la liberté de conscience garantie par l'al. 2*a*) de la *Charte*. La décision d'interrompre ou non une grossesse est essentiellement une décision morale et, dans une société libre et démocratique, la conscience de l'individu doit primer sur celle de l'État. D'ailleurs l'al. 2*a*) dit clairement que cette liberté appartient à chacun de nous pris individuellement. La «liberté de conscience et de religion» devrait être interprétée largement et s'étendre aux croyances dictées par la conscience, qu'elles soient fondées sur la religion ou sur une morale laïque et les termes «conscience» et «religion» ne devraient pas être considérés comme tautologiques quand ils peuvent avoir un sens distinct, quoique relié. L'État épouse en l'espèce une opinion dictée par la conscience des uns aux dépens d'une autre. Il nie la liberté de conscience à certains, en les traitant comme un moyen pour une fin, en les privant de «l'essence de leur humanité».

1988 CanLII 90 (SCC)

The primary objective of the impugned legislation is the protection of the foetus. This is a perfectly valid legislative objective. It has other ancillary objectives, such as the protection of the life and health of the pregnant woman and the maintenance of proper medical standards.

The situation respecting a woman's right to control her own person becomes more complex when she becomes pregnant, and some statutory control may be appropriate. Section 1 of the *Charter* authorizes reasonable limits to be put upon the woman's right having regard to the fact of the developing foetus within her body.

The value to be placed on the foetus as potential life is directly related to the stage of its development during gestation. The undeveloped foetus starts out as a newly fertilized ovum; the fully developed foetus emerges ultimately as an infant. A developmental progression takes place between these two extremes and it has a direct bearing on the value of the foetus as potential life. Accordingly, the foetus should be viewed in differential and developmental terms. This view of the foetus supports a permissive approach to abortion in the early stages where the woman's autonomy would be absolute and a restrictive approach in the later stages where the states's interest in protecting the foetus would justify its prescribing conditions. The precise point in the development of the foetus at which the state's interest in its protection becomes "compelling" should be left to the informed judgment of the legislature which is in a position to receive submissions on the subject from all the relevant disciplines.

Section 251 of the *Criminal Code* cannot be saved under s. 1 of the *Charter*. It takes the decision away from the woman at all stages of her pregnancy and completely denies, as opposed to limits, her right under s. 7. Section 251 cannot meet the proportionality test; it is not sufficiently tailored to the objective; it does not impair the woman's right "as little as possible". Accordingly, even if s. 251 were to be amended to remedy the procedural defects in the legislative scheme, it would still not be constitutionally valid.

The question whether a foetus is covered by the word "everyone" in s. 7 so as to have an independent right to life under that section was not dealt with.

Per McIntyre and La Forest JJ. (dissenting): Save for the provisions of the *Criminal Code* permitting abortion where the life or health of the woman is at risk, no right of abortion can be found in Canadian law, custom or tradition and the *Charter*, including s. 7, does not create

L'objectif premier de la loi contestée est la protection du fœtus. C'est un objectif législatif parfaitement valide. Elle a d'autres objectifs secondaires, telle la protection de la vie et de la santé de la femme enceinte et le maintien de normes médicales appropriées.

La situation en ce qui a trait au droit d'une femme d'être maîtresse de sa propre personne se complique lorsqu'elle devient enceinte et qu'un certain contrôle de la loi peut être approprié. L'article premier de la *Charte* permet de fixer des limites raisonnables au droit de la femme compte tenu du fœtus qui se développe dans son corps.

La valeur attribuée au fœtus en tant que vie potentielle est directement reliée au stade de son développement au cours de la grossesse. Le fœtus au stade embryonnaire provient d'un ovule nouvellement fécondé; le fœtus totalement développé devient en définitive un nouveau-né. Le développement progresse entre ces deux extrêmes et il influe directement sur la valeur à attribuer au fœtus en tant que vie potentielle. On devrait donc considérer le fœtus en termes de développement et de phases. Cette conception du fœtus appuie une approche permissive de l'avortement dans les premiers stades de la grossesse, où l'autonomie de la femme serait absolue, et une approche restrictive dans les derniers stades, où l'intérêt qu'a l'État de protéger le fœtus justifierait l'imposition de conditions. Le point précis du développement du fœtus où l'intérêt qu'a l'État de le protéger devient "supérieur" relève du jugement éclairé du législateur, qui est en mesure de recevoir des avis à ce sujet de l'ensemble des disciplines pertinentes.

L'article 251 du *Code criminel* ne peut être sauvé par l'article premier de la *Charte*. Il enlève la décision à la femme à tous les stades de la grossesse et nie complètement au lieu de simplement limiter son droit garanti par l'art. 7. L'article 251 ne saurait répondre aux critères de la proportionnalité: il n'est pas suffisamment adapté à l'objectif et ne porte pas «le moins possible» atteinte au droit de la femme. Par conséquent, même si l'art. 251 devait être modifié pour remédier aux vices de procédure de la structure législative, il demeurerait inconstitutionnel.

La question de savoir si le terme «chacun», à l'art. 7, vise aussi le fœtus et lui confère un droit indépendant à la vie en vertu de cet article n'a pas été traitée.

Les juges McIntyre et La Forest (dissidents): À part les dispositions du *Code criminel* qui autorisent l'avortement lorsque la vie ou la santé de la femme est en danger, il n'existe aucun droit à l'avortement en droit canadien ou selon la coutume ou la tradition canadien-

1988 CanLII 90 (SCC)

such a right. Section 251 of the *Criminal Code* accordingly does not violate s. 7 of the *Charter*.

The power of judicial review of legislation, although given greater scope under the *Charter*, is not unlimited. The courts must confine themselves to such democratic values as are clearly expressed in the *Charter* and refrain from imposing or creating rights with no identifiable base in the *Charter*. The Court is not entitled to define a right in a manner unrelated to the interest that the right in question was meant to protect.

The infringement of a right such as the right to security of the person will occur only when legislation goes beyond interfering with priorities and aspirations and abridges rights included in or protected by the concept. The proposition that women enjoy a constitutional right to have an abortion is devoid of support in either the language, structure or history of the constitutional text, in constitutional tradition, or in the history, traditions or underlying philosophies of our society.

Historically, there has always been a clear recognition of a public interest in the protection of the unborn and there is no evidence or indication of general acceptance of the concept of abortion at will in our society. The interpretive approach to the *Charter* adopted by this Court affords no support for the entrenchment of a constitutional right of abortion.

As to the asserted right to be free from state interference with bodily integrity and serious state-imposed psychological stress, an invasion of the s. 7 right of security of the person, there would have to be more than state-imposed stress or strain. A breach of the right would have to be based upon an infringement of some interest which would be of such nature and such importance as to warrant constitutional protection. This would be limited to cases where the state-action complained of, in addition to imposing stress and strain, also infringed another right, freedom or interest which was deserving of protection under the concept of security of the person. Abortion is not such an interest. Even if a general right to have an abortion could be found under s. 7, the extent to which such right could be said to be infringed by the requirements of s. 251 of the *Code* was not clearly shown.

A defence created by Parliament could only be said to be illusory or practically so when the defence is not available in the circumstances in which it is held out as

nes, et la *Charte*, y compris l'art. 7, ne crée pas un tel droit. L'article 251 du *Code criminel* ne viole donc pas l'art. 7 de la *Charte*.

Le pouvoir d'exercer un contrôle judiciaire sur les lois, qui a pris de l'envergure aux termes de la *Charte*, n'est pas illimité. Les tribunaux doivent s'en tenir aux valeurs démocratiques qui sont clairement énoncées dans la *Charte* et s'abstenir d'imposer ou de créer des droits sans fondement identifiable dans la *Charte*. La Cour ne peut définir un droit d'une façon qui n'a aucun rapport avec l'intérêt que le droit en question est destiné à protéger.

L'atteinte à un droit comme le droit à la sécurité de la personne se produira seulement lorsque la loi va au-delà de l'ingérence dans les priorités et aspirations et restreint des droits compris et protégés par cette notion. La proposition selon laquelle les femmes jouissent d'un droit constitutionnel à l'avortement ne trouve aucun appui dans le texte, la structure ou l'historique du texte constitutionnel ni dans la tradition constitutionnelle ou l'histoire, les traditions et les philosophies sous-jacentes dans notre société.

Historiquement, l'existence d'un intérêt public dans la protection des enfants non encore nés a toujours été clairement reconnue et rien ne prouve ni n'indique que le concept de l'avortement à volonté soit généralement accepté dans notre société. La façon d'interpréter la *Charte* adoptée par cette Cour ne justifie aucunement l'enchâssement d'un droit constitutionnel à l'avortement.

Pour ce qui de la revendication d'un droit à la protection contre toute atteinte de l'État à l'intégrité physique et contre toute tension psychologique causée par l'État, une atteinte au droit à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7 nécessite plus que des tensions ou de l'angoisse causées par l'État. Une violation de ce droit doit dépendre d'une atteinte à un intérêt dont la nature et l'importance justifieraient une protection constitutionnelle. Cette violation se limite aux cas où l'action de l'État dont on se plaint a, en plus d'engendrer des tensions et de l'angoisse, porté également atteinte à un autre droit, à une autre liberté ou à un autre intérêt qui mérite d'être protégé selon le concept de la sécurité de la personne. L'avortement ne constitue pas un tel intérêt. Même s'il était possible de conclure à l'existence d'un droit général à l'avortement en vertu de l'art. 7, on n'a pas démontré clairement la mesure dans laquelle on pourrait dire que les exigences de l'art. 251 du *Code* peuvent porter atteinte à ce droit.

Un moyen de défense créé par le Parlement n'est illusoire ou pratiquement illusoire que lorsqu'on ne peut pas y recourir dans les circonstances où l'on a dit qu'il

1988 CanLII 90 (SCC)

being available. The very nature of the test assumes that Parliament is to define the defence and, in so doing, designate the terms upon which it may be available. The allegation of procedural unfairness is not supported by the claim that many women wanting abortions have been unable to get them in Canada because the failure of s. 251(4) to respond to this need. This machinery was considered adequate to deal with the type of abortion Parliament had envisaged. Any inefficiency in the administrative scheme is caused principally by forces external to the statute — the general demand for abortion irrespective of the provisions of s. 251. A court cannot strike down a statutory provision on this basis.

Section 605(1)(*a*), which gives the Crown a right of appeal against an acquittal in a trial court on any ground involving a question of law alone, does not offend ss. 7, 11(*d*), (*f*) and (*h*) of the *Charter*. The words of s. 11(*h*), "if finally acquitted" and "if finally found guilty", must be construed to mean after the appellate procedures have been completed, otherwise there would be no point or meaning in the word "finally".

Section 251 did not infringe the equality rights of women, abridge freedom of religion, or inflict cruel or unusual punishment. The section was not in pith and substance legislation for the protection of health and therefore within provincial competence but rather was validly enacted under the federal criminal law power. There was no merit to the arguments that s. 251 purported to give powers to therapeutic abortion committees exercised by county, district, and superior courts at the time of Confederation or that it delegated powers relating to criminal law to the provinces generally. No evidence supported the defence of necessity.

Per Curiam: In a trial before judge and jury, the judge's role is to state the law and the jury's role is to apply that law to the facts of the case. To encourage a jury to ignore a law it does not like could not only lead to gross inequities but could also irresponsibly disturb the balance of the criminal law system. It was quite simply wrong to say to the jury that if they did not like the law they need not enforce it. Such practice, if commonly adopted, would undermine and place at risk the whole jury system.

était possible de le faire. De par sa nature même, ce critère sous-entend que c'est au Parlement qu'il incombe de définir le moyen de défense et, ce faisant, de préciser les conditions à remplir pour pouvoir l'invoquer. L'allégation de l'inéquité dans la procédure n'est pas justifiée par la prétention qu'un bon nombre de femmes désireuses d'obtenir un avortement n'ont pas pu l'obtenir au Canada parce que le par. 251(4) ne répond pas à ce besoin. Ce mécanisme a été considéré comme suffisant pour traiter le type d'avortement envisagé par le Parlement. L'inefficacité du régime administratif est principalement due à des facteurs étrangers à la loi, savoir la demande générale d'avortements en dépit des dispositions de l'art. 251. Un tribunal ne peut, pour ce motif, invalider une disposition législative.

L'alinéa 605(1)*a*), qui habilite le ministère public à interjeter appel contre un verdict d'acquittement prononcé en première instance pour tout motif comportant une question de droit seulement n'est pas contraire à l'art. 7 et aux al. 11*d*), *f*) et *h*) de la *Charte*. Les expressions «définitivement acquitté» et «définitivement déclaré coupable» employées à l'al. 11*h*) doivent s'interpréter comme signifiant après que toutes les procédures d'appel sont terminées, sinon le mot «définitivement» serait inutile ou dénué de tout sens.

L'article 251 du *Code criminel* ne porte pas atteinte aux droits des femmes à l'égalité, ni à la liberté de religion et n'inflige pas non plus une peine cruelle et inusitée. L'article ne vise pas, de par son caractère véritable, la santé, relèvent donc de la compétence provinciale, mais il a été validement adopté en vertu de la compétence fédérale en matière criminelle. Les arguments voulant que l'art. 251 ait pour effet d'investir les comités de l'avortement thérapeutique de pouvoirs exercés, à l'époque de la Confédération, par les cours de comté et de district et les cours supérieures et qu'il délègue aux provinces en général des pouvoirs en matière de droit criminel sont mal fondés. Aucun élément de preuve ne justifie le moyen de défense de nécessité.

La Cour: Au cours d'un procès devant juge et jury, le rôle du juge est d'énoncer les règles de droit, et le rôle du jury de l'appliquer aux faits de l'espèce. Encourager le jury à ignorer une règle de droit qu'il n'aime pas pourrait non seulement entraîner de graves inéquités, mais pourrait aussi perturber de façon irresponsable l'équilibre du système de justice criminelle. Il était absolument erroné de dire au jury que, s'il n'aime pas la règle de droit, il n'a pas besoin de l'appliquer. Une telle pratique, communément adoptée, minerait et mettrait en danger tout le système des procès par jury.

1988 CanLII 90 (SCC)

Cases Cited

By Dickson C.J.

Referred to: *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Paton v. United Kingdom* (1980), 3 E.H.R.R.; *The Abortion Decision of the Federal Constitutional Court — First Senate — of the Federal Republic of Germany*, February 25, 1975, translated and reprinted in (1976), 9 John Marshall J. Prac. and Proc. 605; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *R. v. Caddedu* (1982), 40 O.R. (2d) 128; *R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Joshua v. The Queen*, [1955] A.C. 121; *R. v. Shipley* (1784), 4 Dougl. 73, 99 E.R. 774; *United States v. Dougherty*, 473 F.2d 1113 (1972).

By Beetz J.

Considered: *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *United States v. Vuitch*, 402 U.S. 62 (1971); **referred to:** *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Collin v. Lussier*, [1983] 1 F.C. 218, rev'd [1985] 1 F.C. 124; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 462 U.S. 416 (1983); *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112; *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802.

By Wilson J.

Referred to: *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925); *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942); *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972); *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973); *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 462 U.S. 416 (1983); *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 106 S. Ct. 2169 (1986); *Mills v. The Queen*, [1986] 1

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Dickson

Arrêts mentionnés: *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Paton c. Royaume-Uni* (1980), 3 E.H.R.R.; *The Abortion Decision of the Federal Constitutional Court — First Senate — of the Federal Republic of Germany*, February 25, 1975, traduit en anglais et réédité à (1976), 9 John Marshall J. Prac. and Proc. 605; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *R. v. Caddedu* (1982), 40 O.R. (2d) 128; *R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Joshua v. The Queen*, [1955] A.C. 121; *R. v. Shipley* (1784), 4 Dougl. 73, 99 E.R. 774; *United States v. Dougherty*, 473 F.2d 1113 (1972).

Citée par le juge Beetz

Arrêts examinés: *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *United States v. Vuitch*, 402 U.S. 62 (1971); **arrêts mentionnés**: *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Collin c. Lussier*, [1985] 1 C.F. 124, infirmant [1983] 1 C.F. 218; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 462 U.S. 416 (1983); *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112; *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802.

Citée par le juge Wilson

Arrêts mentionnés: *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925); *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942); *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972); *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973); *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 462 U.S. 416 (1983); *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 106 S. Ct. 2169 (1986); *Mills*

1988 CanLII 90 (SCC)

S.C.R. 863; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309.

By McIntyre J. (dissenting)

Morgentaler v. The Queen, [1976] 1 S.C.R. 616; *Ferguson v. Skrupka*, 372 U.S. 726 (1963); *New Orleans v. Dukes*, 427 U.S. 297 (1976); *Minnesota v. Clover Leaf Creamery Co.*, 449 U.S. 456 (1981); *Hoffman Estates v. The Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489 (1982); *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Reference Re Public Service Employee Relations Act*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Re Peralta and The Queen in Right of Ontario* (1985), 49 O.R. (2d) 705; *Harrison v. University of British Columbia*, [1986] 6 W.W.R. 7.

Statutes and Regulations Cited

Abortion Act, 1967, 1967, c. 87, s. 1(1)(*a*) (U.K.)
Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 1(*a*), (*b*).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*a*), (*d*), 7, 11(*b*), (*d*), (*f*), (*h*), 12, 15, 24(1), 27, 28.
Civil Code of Lower Canada, art. 19.
Code de la santé publique, art. 162-1, 162-12 (France).
Code pénal, art. 317 (France).
Code pénal suisse, art. 120(1).
Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(7), 96.
Constitution Act, 1982, Preamble, s. 52(1).
Crimes Act 1961, as amended by the *Crimes Amendment Act 1977* and the *Crimes Amendment Act 1978*, s. 187A(1)(a), (4) (New Zealand).
Criminal Code, as amended by the *Fifteenth Criminal Law Amendment Act* (1976), ss. 218a(1), 219 (Federal Republic of Germany).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 251(1), (2), (3)(*a*), (*b*), (*c*), (4)(*a*), (*b*), (*c*), (*d*), (5)(*a*), (*b*), (6), (7), 423(1)(*d*), 605(1)(*a*), 610(3).
Criminal Law Amendment Act, 1968-69, S.C. 1968-69, c. 38, s. 18.
Criminal Law Consolidation Act, 1935-1975, s. 82a(1)(*a*) (South Australia).
Criminal Law Consolidation Act and Ordinance, s. 79 A(3)(a) (Australian Northern Territory).
O. Reg. 248/70, now R.R.O. 1980, Reg. 865, under *The Public Hospitals Act*, R.S.O. 1960, c. 322.
Penal Law, 5737-1977 (as amended), ss. 315, 316(*a*)(4) (Israel).
United States Constitution, 14th and 15th Amendments.

c. La Reine, [1986] 1 R.C.S. 863; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309.

a Citée par le juge McIntyre (dissident)

Morgentaler c. La Reine, [1976] 1 R.C.S. 616; *Ferguson v. Skrupka*, 372 U.S. 726 (1963); *New Orleans v. Dukes*, 427 U.S. 297 (1976); *Minnesota v. Clover Leaf Creamery Co.*, 449 U.S. 456 (1981); *Hoffman Estates v. The Flipside Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489 (1982); *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Re Peralta and The Queen in Right of Ontario* (1985), 49 O.R. (2d) 705; *Harrison v. University of British Columbia*, [1986] 6 W.W.R. 7.

Lois et règlements cités

Abortion Act, 1967, 1967, chap. 87, art. 1(1)*a*) (R.-U.)
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*a*), *d*), 7, 11*b*), *d*), *f*), *h*), 12, 15, 24(1), 27, 28.
Code civil du Bas-Canada, art. 19.
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 251(1), (2), (3)*a*), *b*), *c*), (4)*a*), *b*), *c*), *d*), (5)*a*), *b*), (6), (7), 423(1)*d*), 605(1)*a*), 610(3).
Code de la santé publique, art. 162-1, 162-12 (France).
Code pénal, art. 317 (France).
Code pénal suisse, art. 120(1).
Constitution des États-Unis, 14e et 15e amendements.
Crimes Act 1961, modifiée par la *Crimes Amendment Act 1977* et la *Crimes Amendment Act 1978*, art. 187A(1)a), (4) (Nouvelle-Zélande).
Criminal Code, modifié par la *Fifteenth Criminal Law Amendment Act* (1976), art. 218a(1), 219 (République fédérale de l'Allemagne).
Criminal Law Consolidation Act, 1935-1975, art. 82a(1)*a*) (Australie-Méridionale).
Criminal Law Consolidation Act and Ordinance, art. 79 A(3)a) (Territoire du Nord de l'Australie).
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III, art. 1*a*), *b*).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(7), 96.
Loi constitutionnelle de 1982, préambule, art. 52(1).
Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal, S.C. 1968-69, chap. 38, art. 18.
O. Reg. 248/70, maintenant R.R.O. 1980, Reg. 865, en vertu de *The Public Hospitals Act*, R.S.O. 1960, chap. 322.
Penal Law, 5737-1977 (modifiée), art. 315, 316*a*)(4) (Israël).

1988 CanLII 90 (SCC)

Authors Cited

Burrows, Noreen. "International Law and Human Rights: the Case of Women's Rights". In Tom Campbell, et al., eds., *Human Rights: From Rhetoric to Reality*. Oxford: Basil Blackwell, 1986.

Canada. Department of Justice. *Report of the Committee on the Operation of the Abortion Law* (Badgley Report). Ottawa: Minister of Supply and Services, 1977.

Canada. Law Reform Commission. Fetal Status Working Group Protection of Life Project. *Options for Abortion Policy Reform: A Consultation Document*. Ottawa: (unpublished), 1986.

Canada. Law Reform Commission. Working Paper 27. *The Jury in Criminal Trials*. Ottawa: Law Reform Commission, 1980.

Canada. Statistics Canada. *Basic Facts on Therapeutic Abortions, Canada: 1982*. Ottawa: Minister of Supply and Services, 1983.

Canada. Statistics Canada. *Therapeutic abortions, 1982*. Ottawa: Minister of Supply and Services, 1984.

Canada. Statistics Canada. *Therapeutic abortions, 1985*. Ottawa: Minister of Supply and Services, 1986.

Cates, Willard, Jr. and David A. Grimes. "Deaths from Second Trimester Abortion by Dilation and Evacuation: Causes, Prevention, Facilities" (1981), 58 *Obstetrics and Gynecology* 401.

Cook, Rebecca J. and Bernard M. Dickens. *Abortion Laws in Commonwealth Countries*. Granchamp, France: World Health Organization, 1979.

Cook, Rebecca J. and Bernard M. Dickens. *Emerging Issues in Commonwealth Abortion Laws, 1982*. London: Commonwealth Secretariat, 1983.

Garant, Patrice. "Fundamental Freedoms and Natural Justice." In *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary*. Edited by Walter S. Tarnopolsky and Gérald-A. Beaudoin. Toronto: Carswells, 1982.

Isaacs, Natalie Fochs. "Abortion and the Just Society" (1970), 5 *R.J.T* 27.

Isaacs, Stephen L. "Reproductive Rights 1983: An International Survey" (1982-83), 14 *Columbia Human Rights Law Rev.* 311.

Joad, C. E. M. *Guide to the Philosophy of Morals and Politics*. London: Victor Gollancz Ltd., 1938.

MacCormick, Neil. *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1982.

Macdonald, R. "Procedural Due Process in Canadian Constitutional Law", 39 *U. Fla. L. Rev.* 217 (1987).

Ontario. Ministry of Health. *Report on Therapeutic Abortion Services in Ontario* (Powell Report). Toronto: Ministry of Health, 1987.

Organization of American States. Inter-American Specialized Conference on Human Rights. "American

Doctrine citée

Burrows, Noreen. «International Law and Human Rights: the Case of Women's Rights». In Tom Campbell, et al., eds., *Human Rights: From Rhetoric to Reality*. Oxford: Basil Blackwell, 1986.

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 27. *Le jury en droit pénal*. Ottawa: Commission de réforme du droit, 1980.

Canada. Commission de réforme du droit. Groupe de travail sur le statut juridique du fœtus. *La réforme en matière d'avortement: les solutions possibles*. Ottawa: (inédit), 1986.

Canada. Ministère de la Justice. *Rapport du Comité sur l'application des dispositions législatives sur l'avortement* (le rapport Badgley). Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services, 1977.

Canada. Statistique Canada. *Avortements thérapeutiques, 1982*. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services, 1984.

Canada. Statistique Canada. *Avortements thérapeutiques, 1985*. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services, 1986.

Canada. Statistique Canada. *Principales statistiques sur les avortements thérapeutiques, Canada: 1982*. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services, 1983.

Cates, Willard, Jr. and David A. Grimes. «Deaths from Second Trimester Abortion by Dilation and Evacuation: Causes, Prevention, Facilities» (1981), 58 *Obstetrics and Gynecology* 401.

Cook, Rebecca J. and Bernard M. Dickens. *Emerging Issues in Commonwealth Abortion Laws, 1982*. London: Commonwealth Secretariat, 1983.

Cook, Rebecca J. et Bernard M. Dickens. *La législation de l'avortement dans les pays du Commonwealth*. Granchamp, France: Organisation mondiale de la santé, 1979.

Garant, Patrice. "Libertés fondamentales et justice naturelle (article 7)". Dans *Charte canadienne des droits et libertés*. Édité par Walter S. Tarnopolsky et Gérald-A. Beaudoin. Montréal: Wilson & Lafleur/Sorej, 1982.

Isaacs, Natalie Fochs. "Abortion and the Just Society" (1970), 5 *R.J.T* 27.

Isaacs, Stephen L. «Reproductive Rights 1983: An International Survey» (1982-83), 14 *Columbia Human Rights Law Rev.* 311.

Joad, C. E. M. *Guide to the Philosophy of Morals and Politics*. London: Victor Gollancz Ltd., 1938.

MacCormick, Neil. *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1982.

Macdonald, R. «Procedural Due Process in Canadian Constitutional Law», 39 *U. Fla. L. Rev.* 217 (1987).

Ontario. Ministry of Health. *Report on Therapeutic*

1988 CanLII 90 (SCC)

Convention on Human Rights," Doc. 65 (English) Rev. 1 Corr. 2, January 7, 1970. Original: Spanish. OAS Official Records, OEA/Ser.K/xvl/1.1 (English).
Sumner, L. W. *Abortion and Moral Theory*. Princeton: Princeton University Press, 1981.
Tribe, Lawrence H. *American Constitutional Law*. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1978.
Tyler, Carl W., Jr. et al. "Second Trimester Induced Abortion in the United States", in Garry S. Berger, William F. Brenner and Louis Keith, eds., *Second-Trimester Abortion: Perspectives After a Decade of Experience*. Boston: PSG Pub. Co., 1981.
Whyte, John D. "Fundamental Justice: The Scope and Application of Section 7 of the Charter" (1983), 13 *Man L.J.* 455.

Abortion Services in Ontario (Powell Report). Toronto: Ministry of Health, 1987.
Organization of American States. Inter-American Specialized Conference on Human Rights. "American Convention on Human Rights," Doc. 65 (English) Rev. 1 Corr. 2, January 7, 1970. Original: Spanish. OAS Official Records, OEA/Ser.K/xvl/1.1 (English).
Sumner, L. W. *Abortion and Moral Theory*. Princeton: Princeton University Press, 1981.
Tribe, Lawrence H. *American Constitutional Law*. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1978.
Tyler, Carl W., Jr. et al. «Second Trimester Induced Abortion in the United States», in Garry S. Berger, William F. Brenner and Louis Keith, eds., *Second-Trimester Abortion: Perspectives After a Decade of Experience*. Boston: PSG Pub. Co., 1981.
Whyte, John D. "Fundamental Justice: The Scope and Application of Section 7 of the Charter" (1983), 13 *Man. L.J.* 455.

1988 CanLII 90 (SCC)

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1985), 52 O.R. (2d) 353, 22 D.L.R. (4th) 641, 22 C.C.C. (3d) 353, 48 C.R. (3d) 1, 17 C.R.R. 223, setting aside an acquittal found by Parker A.C.J.H.C. sitting with jury (1984), 47 O.R. (2d) 353, 12 D.L.R. (4th) 502, 14 C.C.C. (3d) 258, 41 C.R. (3d) 193, 11 C.R.R. 116. Appeal allowed and acquittals restored, McIntyre and La Forest JJ. dissenting. The first constitutional question should be answered in the affirmative as regards s. 7 and the second in the negative as regards s. 7. The third, fourth and fifth constitutional questions should be answered in the negative. The sixth constitutional question should be answered in the negative with respect to s. 605 of the *Criminal Code* and should not be answered as regards s. 610(3). The seventh constitutional question should not be answered.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1985), 52 O.R. (2d) 353, 22 D.L.R. (4th) 641, 22 C.C.C. (3d) 353, 48 C.R. (3d) 1, 17 C.R.R. 223, qui a infirmé un acquittement prononcé par le juge en chef adjoint Parker de la Haute Cour siégeant avec jury (1984), 47 O.R. (2d) 353, 12 D.L.R. (4th) 502, 14 C.C.C. (3d) 258, 41 C.R. (3d) 193, 11 C.R.R. 116. Le pourvoi est accueilli et les acquittements sont rétablis; les juges McIntyre et La Forest sont dissidents. La première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative en ce qui concerne l'art. 7 et la deuxième question une réponse négative en ce qui concerne l'art. 7. Les troisième, quatrième et cinquième questions reçoivent une réponse négative. La sixième question reçoit une réponse négative en ce qui concerne l'art. 605 du *Code criminel* et aucune réponse en ce qui concerne l'art. 610(3). Il n'est pas nécessaire de répondre à la septième question.

Morris Manning, Q.C., and *Paul B. Schabas*, for the appellants.

Morris Manning, c.r., et *Paul B. Schabas*, pour les appelants.

Bonnie J. Wien and *W. James Blacklock*, for the respondent.

Bonnie J. Wien et *W. James Blacklock*, pour l'intimée.

Edward R. Sojonky, Q.C., and *Marilyn Doering Steffen*, for the intervener.

Edward R. Sojonky, c.r., et *Marilyn Doering Steffen*, pour l'intervenant.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer J. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The principal issue raised by this appeal is whether the abortion provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, infringe the "right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice" as formulated in s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The appellants, Dr. Henry Morgentaler, Dr. Leslie Frank Smoling and Dr. Robert Scott, have raised thirteen distinct grounds of appeal. During oral submissions, however, it became apparent that the primary focus of the case was upon the s. 7 argument. It is submitted by the appellants that s. 251 of the *Criminal Code* contravenes s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that s. 251 should be struck down. Counsel for the Crown admitted during the course of her submissions that s. 7 of the *Charter* was indeed "the key" to the entire appeal. As for the remaining grounds of appeal, only a few brief comments are necessary. First of all, I agree with the disposition made by the Court of Appeal of the non-*Charter* issues, many of which have already been adequately dealt with in earlier cases by this Court. I am also of the view that the arguments concerning the alleged invalidity of s. 605 under ss. 7 and 11 of the *Charter* are unfounded. In view of my resolution of the s. 7 issue, it will not be necessary for me to address the appellants' other *Charter* arguments and I expressly refrain from commenting upon their merits.

During argument before this Court, counsel for the Crown emphasized repeatedly that it is not the role of the judiciary in Canada to evaluate the wisdom of legislation enacted by our democratically elected representatives, or to second-guess difficult policy choices that confront all governments. In *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616, at p. 671, [hereinafter "*Morgentaler (1975)*"] I stressed that the Court had "not been called upon to decide, or even to enter, the loud and continuous public debate on abortion." Eleven years later, the controversy persists, and it remains

Version française du jugement du juge en chef Dickson et du juge Lamer rendu par

LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi vise principalement à déterminer si les dispositions du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, sur l'avortement enfreignent le «droit [de chacun] à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne», vu qu'«il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale», selon la formulation de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les appelants, le Dr Henry Morgentaler, le Dr Leslie Frank Smoling et le Dr Robert Scott, font valoir treize moyens distincts de pourvoi. Au cours des plaidoiries cependant, il est devenu apparent que le litige portait surtout sur l'argument tiré de l'art. 7. Les appelants soutiennent que l'art. 251 du *Code criminel*, contrevient à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'il doit être invalidé. Le substitut du procureur général a reconnu, au cours de sa plaidoirie, que l'art. 7 de la *Charte* était bel et bien «la clé» de tout le pourvoi. Quant aux moyens d'appel restant, il me suffit de faire un bref commentaire. Premièrement, je suis d'accord avec les solutions apportées par la Cour d'appel aux questions en litige ne relevant pas de la *Charte* dont plusieurs ont déjà fait l'objet de décisions de cette Cour. Je suis également d'avis que les arguments relatifs à la prétendue invalidité de l'art. 605 en vertu des art. 7 et 11 de la *Charte* sont mal fondés. Vu la solution que j'apporte à la question soulevée par l'art. 7, il ne me sera pas nécessaire de statuer sur les autres arguments des appelants relatifs à la *Charte* et je m'abstiens donc expressément de me prononcer sur leur fondement.

Au cours des plaidoiries devant nous, le substitut du procureur général a rappelé à plusieurs reprises que le pouvoir judiciaire au Canada n'a pas comme rôle d'évaluer la sagesse des lois édictées par nos députés élus démocratiquement, ni de réinterpréter les choix difficiles de politique auxquels tous les gouvernements sont confrontés. Dans l'arrêt *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616, à la p. 671, [ci-après l'arrêt «*Morgentaler (1975)*»] j'ai souligné que la Cour "n'est pas appelée à trancher, ni même à aborder, le débat public animé et constant sur l'avortement". Onze

1988 CanLII 90 (SCC)

true that this Court cannot presume to resolve all of the competing claims advanced in vigorous and healthy public debate. Courts and legislators in other democratic societies have reached completely contradictory decisions when asked to weigh the competing values relevant to the abortion question. See, e.g., *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Paton v. United Kingdom* (1980), 3 E.H.R.R. (European Court of Human Rights); *The Abortion Decision of the Federal Constitutional Court — First Senate — of the Federal Republic of Germany*, February 25, 1975, translated and reprinted in (1976), 9 John Marshall J. Prac. and Proc. 605; and the *Abortion Act, 1967*, 1967, c. 87 (U.K.)

But since 1975, and the first *Morgentaler* decision, the Court has been given added responsibilities. I stated in *Morgentaler (1975)*, at p. 671, that:

> The values we must accept for the purposes of this appeal are those expressed by Parliament which holds the view that the desire of a woman to be relieved of her pregnancy is not, of itself, justification for performing an abortion.

Although no doubt it is still fair to say that courts are not the appropriate forum for articulating complex and controversial programmes of public policy, Canadian courts are now charged with the crucial obligation of ensuring that the legislative initiatives pursued by our Parliament and legislatures conform to the democratic values expressed in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As Justice McIntyre states in his reasons for judgment, at p. 138, "the task of the Court in this case is not to solve nor seek to solve what might be called the abortion issue, but simply to measure the content of s. 251 against the *Charter*." It is in this latter sense that the current *Morgentaler* appeal differs from the one we heard a decade ago.

I

The Court stated the following constitutional questions:

ans plus tard, la controverse fait toujours rage et il est tout aussi vrai que la Cour ne saurait prétendre concilier toutes les allégations contradictoires avancées dans le vigoureux et sain débat public ainsi suscité. Tant les tribunaux que les législateurs, dans d'autres sociétés démocratiques, sont arrivés à des décisions entièrement contradictoires lorsqu'il leur a été demandé de soupeser les valeurs que la question de l'avortement oppose. Voir, p. ex., l'arrêt *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); l'arrêt *Paton c. Royaume-Uni* (1980), 3 E.H.R.R. (Cour européenne des droits de l'homme); *The Abortion Decision of the Federal Constitutional Court — First Senate — of the Federal Republic of Germany*, 25 février 1975, traduit en anglais et réédité dans (1976), 9 John Marshall J. Prac. and Proc. 605; et l'*Abortion Act, 1967*, 1967, chap. 87 (R.-U.)

Mais depuis 1975, et le premier arrêt *Morgentaler*, la Cour s'est vue confier des responsabilités additionnelles. Je disais dans l'arrêt *Morgentaler (1975)*, à la p. 671:

> Les valeurs que nous devons accepter aux fins du pourvoi sont celles qu'a proclamées le Parlement, qui s'en tient à l'opinion que le désir d'une femme d'être soulagée de sa grossesse ne justifie pas en soi l'avortement.

Quoiqu'on puisse toujours sans aucun doute affirmer que les tribunaux ne sont pas le lieu où doivent s'élaborer les politiques générales complexes et controversées, les tribunaux canadiens se voient néanmoins confier aujourd'hui l'obligation cruciale de veiller à ce que les initiatives législatives de notre Parlement et de nos législatures se conforment aux valeurs démocratiques qu'exprime la *Charte canadienne des droits et libertés*. Comme le dit le juge McIntyre dans ses motifs, à la p. 138 "notre tâche en l'espèce consiste non pas à résoudre ni à tenter de résoudre ce qu'on pourrait appeler la question de l'avortement, mais simplement à examiner le contenu de l'art. 251 en fonction de la *Charte*." C'est en ce dernier sens que le présent pourvoi diffère de celui dont nous étions saisis voici une décennie.

I

La Cour a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1988 CanLII 90 (SCC)

1. Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 2(*a*), 7, 12, 15, 27 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If section 251 of the *Criminal Code* of Canada infringes or denies the rights and freedoms guaranteed by ss. 2(*a*), 7, 12, 15, 27 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is s. 251 justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?
3. Is section 251 of the *Criminal Code* of Canada *ultra vires* the Parliament of Canada?
4. Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada violate s. 96 of the *Constitution Act, 1867*?
5. Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada unlawfully delegate federal criminal power to provincial Ministers of Health or Therapeutic Abortion Committees, and in doing so, has the Federal Government abdicated its authority in this area?
6. Do sections 605 and 610(3) of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 7, 11(*d*), 11(*f*), 11(*h*) and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
7. If sections 605 and 610(3) of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 7, 11(*d*) 11(*f*), 11(*h*) and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are ss. 605 and 610(3) justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

The Attorney General of Canada intervened to support the respondent Crown.

II

Relevant Statutory and Constitutional Provisions

Criminal Code

251. (1) Every one who, with intent to procure the miscarriage of a female person, whether or not she is pregnant, uses any means for the purpose of carrying out his intention is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life.

(2) Every female person who, being pregnant, with intent to procure her own miscarriage, uses any means or permits any means to be used for the purpose of carrying out her intention is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for two years.

(3) In this section, "means" includes

1. L'article 251 du *Code criminel* du Canada porte-t-il atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'al. 2*a*) et les art. 7, 12, 15, 27 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si l'article 251 du *Code criminel* du Canada porte atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'al. 2*a*) et les art. 7, 12, 15, 27 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?
3. L'article 251 du *Code criminel* du Canada excède-t-il les pouvoirs du Parlement du Canada?
4. L'article 251 du *Code criminel* du Canada viole-t-il l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
5. L'article 251 du *Code criminel* du Canada délègue-t-il illégalement la compétence fédérale en matière criminelle aux ministres de la Santé provinciaux ou aux comités de l'avortement thérapeutique et, ce faisant, le gouvernement fédéral a-t-il abdiqué son autorité dans ce domaine?
6. L'article 605 et le par. 610(3) du *Code criminel* du Canada portent-ils atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'art. 7, les al. 11*d*), 11*f*), 11*h*) et le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
7. Si l'article 605 et le par. 610(3) du *Code criminel* du Canada portent atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'art. 7, les al. 11*d*), 11*f*), 11*h*) et le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Le procureur général du Canada est intervenu en faveur du ministère public intimé.

II

Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

Code criminel

251. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité, quiconque, avec l'intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin, qu'elle soit enceinte ou non, emploie quelque moyen pour réaliser son intention.

(2) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans, toute personne du sexe féminin qui, étant enceinte, avec l'intention d'obtenir son propre avortement, emploie, ou permet que soit employé quelque moyen pour réaliser son intention.

(3) Au présent article, l'expression «moyen» comprend

1988 CanLII 90 (SCC)

(*a*) the administration of a drug or other noxious thing,

(*b*) the use of an instrument, and

(*c*) manipulation of any kind.

(4) Subsections (1) and (2) do not apply to

(*a*) a qualified medical practitioner, other than a member of a therapeutic abortion committee for any hospital, who in good faith uses in an accredited or approved hospital any means for the purpose of carrying out his intention to procure the miscarriage of a female person, or

(*b*) a female person who, being pregnant, permits a qualified medical practitioner to use in an accredited or approved hospital any means described in paragraph (*a*) for the purpose of carrying out her intention to procure her own miscarriage,

if, before the use of those means, the therapeutic abortion committee for that accredited or approved hospital, by a majority of the members of the committee and at a meeting of the committee at which the case of such female person has been reviewed,

(*c*) has by certificate in writing stated that in its opinion the continuation of the pregnancy of such female person would or would be likely to endanger her life or health, and

(*d*) has caused a copy of such certificate to be given to the qualified medical practitioner.

(5) The Minister of Health of a province may by order

(*a*) require a therapeutic abortion committee for any hospital in that province, or any member thereof, to furnish to him a copy of any certificate described in paragraph (4)(*c*) issued, by that committee, together with such other information relating to the circumstances surrounding the issue of that certificate as he may require, or

(*b*) require a medical practitioner who, in that province, has procured the miscarriage of any female person named in a certificate described in paragraph (4)(*c*), to furnish to him a copy of that certificate, together with such other information relating to the procuring of the miscarriage as he may require.

(6) For the purposes of subsections (4) and (5) and this subsection

"accredited hospital" means a hospital accredited by the Canadian Council on Hospital Accreditation

a) l'administration d'une drogue ou autre substance délétère,

b) l'emploi d'un instrument, et

c) toute manipulation.

(4) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent pas

a) à un médecin qualifié, autre qu'un membre d'un comité de l'avortement thérapeutique de quelque hôpital, qui emploie de bonne foi, dans un hôpital accrédité ou approuvé, quelque moyen pour réaliser son intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin, ou

b) à une personne du sexe féminin qui, étant enceinte, permet à un médecin qualifié d'employer, dans un hôpital accrédité ou approuvé, quelque moyen mentionné à l'alinéa *a*) aux fins de réaliser son intention d'obtenir son propre avortement,

si, avant que ces moyens ne soient employés, le comité de l'avortement thérapeutique de cet hôpital accrédité ou approuvé, par décision de la majorité des membres du comité et lors d'une réunion du comité au cours de laquelle le cas de cette personne du sexe féminin a été examiné,

c) a déclaré par certificat qu'à son avis la continuation de la grossesse de cette personne du sexe féminin mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière, et

d) a fait remettre une copie de ce certificat au médecin qualifié.

(5) Le ministre de la Santé d'une province peut, par ordonnance,

a) requérir un comité de l'avortement thérapeutique de quelque hôpital, dans cette province, ou un membre de ce comité, de lui fournir une copie d'un certificat mentionné à l'alinéa (4)*c*) émis par ce comité, ainsi que les autres renseignements qu'il peut exiger au sujet des circonstances entourant l'émission de ce certificat, ou

b) requérir un médecin qui, dans cette province, a procuré l'avortement d'une personne de sexe féminin nommée dans un certificat mentionné à l'alinéa (4)*c*), de lui fournir une copie de ce certificat, ainsi que les autres renseignements qu'il peut exiger au sujet de l'obtention de l'avortement.

(6) Aux fins des paragraphes (4) et (5) et du présent paragraphe,

«comité de l'avortement thérapeutique" d'un hôpital désigne un comité formé d'au moins trois membres qui sont tous des médecins qualifiés, nommé par le conseil de cet hôpital pour examiner et

1988 CanLII 90 (SCC)

in which diagnostic services and medical, surgical and obstetrical treatment are provided;

"approved hospital" means a hospital in a province approved for the purposes of this section by the Minister of Health of that province;

"board" means the board of governors, management or directors, or the trustees, commission or other person or group of persons having the control and management of an accredited or approved hospital;

"Minister of Health" means

(*a*) in the Provinces of Ontario, Quebec, New Brunswick, Manitoba, Newfoundland and Prince Edward Island, the Minister of Health,

(*a*.1) in the Province of Alberta, the Minister of Hospitals and Medical Care,

(*b*) in the Province of British Columbia, the Minister of Health Services and Hospital Insurance,

(*c*) in the Provinces of Nova Scotia and Saskatchewan, the Minister of Public Health, and

(*d*) in the Yukon Territory and the Northwest Territories, the Minister of National Health and Welfare;

"qualified medical practitioner" means a person entitled to engage in the practice of medicine under the laws of the province in which the hospital referred to in subsection (4) is situated;

"therapeutic abortion committee" for any hospital means a committee, comprised of not less than three members each of whom is a qualified medical practitioner, appointed by the board of that hospital for the purpose of considering and determining questions relating to terminations of pregnancy within that hospital.

(7) Nothing in subsection (4) shall be construed as making unnecessary the obtaining of any authorization or consent that is or may be required, otherwise than under this Act, before any means are used for the purpose of carrying out an intention to procure the miscarriage of a female person.

The Canadian Charter of Rights and Freedoms

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject

décider les questions relatives aux arrêts de grossesse dans cet hôpital;

«conseil» désigne le conseil des gouverneurs, le conseil de direction ou le conseil d'administration ou les *trustees*, la commission ou une autre personne ou un autre groupe de personnes ayant le contrôle et la direction d'un hôpital accrédité ou approuvé;

«hôpital accrédité» désigne un hôpital accrédité par le Conseil canadien d'accréditation des hôpitaux, dans lequel sont fournis des services de diagnostic et des traitements médicaux, chirurgicaux et obstétricaux;

«hôpital approuvé» désigne un hôpital approuvé aux fins du présent article par le ministre de la Santé de la province où il se trouve;

«médecin qualifié» désigne une personne qui a le droit d'exercer la médecine en vertu des lois de la province dans laquelle est situé l'hôpital mentionné au paragraphe (4);

«ministre de la Santé» désigne

a) dans la province d'Ontario, de Québec, du Nouveau-Brunswick, du Manitoba, de Terre-Neuve et de l'Île-du-Prince-Édouard, le ministre de la Santé;

a.1) dans la province d'Alberta, le ministre de la Santé (hôpitaux et assurance-maladie);

b) dans la province de Colombie-Britannique, le ministre des Services de santé et de l'assurance-hospitalisation,

c) dans les provinces de Nouvelle-Écosse et de Saskatchewan, le ministre de la Santé publique, et,

d) dans le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest, le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social.

(7) Rien au paragraphe (4) ne doit s'interpréter de manière à faire disparaître la nécessité d'obtenir une autorisation ou un consentement qui est ou peut être requis, autrement qu'en vertu de la présente loi, avant l'emploi de moyens destinés à réaliser une intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin.

La Charte canadienne des droits et libertés

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent

1988 CanLII 90 (SCC)

only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

. . .

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

. . .

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

III

Procedural History

The three appellants are all duly qualified medical practitioners who together set up a clinic in Toronto to perform abortions upon women who had not obtained a certificate from a therapeutic abortion committee of an accredited or approved hospital as required by s. 251(4). The doctors had made public statements questioning the wisdom of the abortion laws in Canada and asserting that a woman has an unfettered right to choose whether or not an abortion is appropriate in her individual circumstances.

Indictments were preferred against the appellants charging that they conspired with each other between November 1982 and July 1983 with intent to procure the miscarriage of female persons, using an induced suction technique to carry out that intent, contrary to s. 423(1)(*d*) and s. 251(1) of the *Criminal Code*.

Counsel for the appellants moved to quash the indictment or to stay the proceedings before pleas were entered on the grounds that s. 251 of the *Criminal Code* was *ultra vires* the Parliament of Canada, infringed ss. 2(*a*), 7 and 12 of the *Charter*, and was inconsistent with s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights*. The trial judge, Parker A.C.J.H.C., dismissed the motion, and an appeal to the Ontario Court of Appeal was dismissed. The trial proceeded before Parker A.C.J.H.C. and a jury, and the three accused were acquitted. The Crown appealed the acquittal to the Court of

III

La procédure

Les trois appelants sont des médecins dûment qualifiés; ensemble, ils ont ouvert une clinique, à Toronto, pour pratiquer des avortements sur des femmes qui n'avaient pas obtenu le certificat du comité de l'avortement thérapeutique d'un hôpital accrédité ou approuvé requis par le par. 251(4). Les médecins ont fait des déclarations publiques dans lesquelles ils ont mis en doute la sagesse de la législation canadienne sur l'avortement et ont affirmé qu'une femme a le droit souverain de décider si un avortement s'impose ou non dans sa situation personnelle.

Des actes d'accusation en bonne et due forme inculpent les appelants d'avoir comploté, les uns avec les autres, entre novembre 1982 et juillet 1983, avec l'intention de provoquer l'avortement de personnes du sexe féminin, en employant la technique de l'aspiration pour réaliser cette intention, infractions prévues à l'al. 423(1)*d*) et au par. 251(1) du *Code criminel*.

L'avocat des appelants a demandé l'annulation de l'acte d'accusation ou la suspension des poursuites avant même d'inscrire les plaidoyers, pour le motif que l'art. 251 du *Code criminel* excéderait les pouvoirs du Parlement du Canada, enfreindrait l'al. 2*a*) et les art. 7 et 12 de la *Charte* et entrerait en conflit avec l'al. 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits*. Le juge de première instance, le juge Parker, juge en chef adjoint de la Haute Cour, a rejeté la requête et l'appel interjeté à la Cour d'appel de l'Ontario a aussi été rejeté. Le procès s'est poursuivi devant le juge Parker et un

1988 CanLII 90 (SCC)

Appeal and the appellants filed a cross-appeal. The Court of Appeal allowed the appeal, set aside the verdict of acquittal and ordered a new trial. The Court held that the cross-appeal related to issues already raised in the appeal, and the issues were therefore examined as part of the appeal.

jury et les trois accusés ont été acquittés. Le ministère public a interjeté appel de l'acquittement à la Cour d'appel et les appelants ont formé un appel incident. La Cour d'appel a accueilli l'appel, annulé le verdict d'acquittement et ordonné un nouveau procès. La Cour a jugé que l'appel incident se rapportait à des points déjà soulevés par l'appel principal, qui ont donc été étudiés dans le cadre de ce dernier.

IV

Section 7 of the *Charter*

In his submissions, counsel for the appellants argued that the Court should recognize a very wide ambit for the rights protected under s. 7 of the *Charter*. Basing his argument largely on American constitutional theories and authorities, Mr. Manning submitted that the right to "life, liberty and security of the person" is a wide-ranging right to control one's own life and to promote one's individual autonomy. The right would therefore include a right to privacy and a right to make unfettered decisions about one's own life.

In my opinion, it is neither necessary nor wise in this appeal to explore the broadest implications of s. 7 as counsel would wish us to do. I prefer to rest my conclusions on a narrower analysis than that put forward on behalf of the appellants. I do not think it would be appropriate to attempt an all-encompassing explication of so important a provision as s. 7 so early in the history of *Charter* interpretation. The Court should be presented with a wide variety of claims and factual situations before articulating the full range of s. 7 rights. I will therefore limit my comments to some interpretive principles already set down by the Court and to an analysis of only two aspects of s. 7, the right to "security of the person" and "the principles of fundamental justice".

A. *Interpreting s. 7*

The goal of *Charter* interpretation is to secure for all people "the full benefit of the *Charter*'s protection": *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344. To attain that goal, this

IV

L'article 7 de la *Charte*

Selon la thèse de l'avocat des appelants, la Cour devrait accorder une portée très large aux droits garantis par l'art. 7 de la *Charte*. Se fondant largement sur la doctrine et la jurisprudence constitutionnelles américaines, Me Manning a fait valoir que le droit de chacun à «la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne» est un droit très large d'assumer sa destinée et de promouvoir son autonomie individuelle. Ce droit inclurait donc le droit à la vie privée et celui de décider souverainement de tout ce qui touche à sa vie personnelle.

À mon avis, il n'est ni nécessaire ni sage, dans le cadre de ce pourvoi, d'explorer les répercussions les plus larges que pourrait avoir l'art. 7, comme l'avocat le voudrait. Je préfère fonder mes conclusions sur une analyse plus étroite que celle avancée au nom des appelants. Je ne pense pas qu'il soit opportun de tenter d'arriver à une explication exhaustive d'une disposition aussi importante que l'art. 7 si tôt dans l'histoire de l'interprétation de la *Charte*. La Cour devra être saisie d'un large éventail d'espèces avant de pouvoir brosser un tableau complet des droits visés par l'art. 7. Je limiterai donc mes commentaires à certains principes interprétatifs déjà énoncés par la Cour et à une analyse de seulement deux aspects de l'art. 7, le droit de chacun à «la sécurité de sa personne» et «les principes de justice fondamentale».

A. *L'interprétation de l'art. 7*

L'interprétation de la *Charte* doit viser à faire en sorte que tous «bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*»: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344.

1988 CanLII 90 (SCC)

Court has held consistently that the proper technique for the interpretation of *Charter* provisions is to pursue a "purposive" analysis of the right guaranteed. A right recognized in the *Charter* is "to be understood, in other words, in the light of the interests it was meant to protect": *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, at p. 344. (See also *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; and *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613.)

In *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 204, Justice Wilson emphasized that there are three distinct elements to the s. 7 right, that "life, liberty, and security of the person" are independent interests, each of which must be given independent significance by the Court (p. 205). This interpretation was adopted by a majority of the Court, *per* Justice Lamer, in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 500. It is therefore possible to treat only one aspect of the first part of s. 7 before determining whether any infringement of that interest accords with the principles of fundamental justice. (See *Singh*, *Re B.C. Motor Vehicle Act*, and *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284.)

With respect to the second part of s. 7, in early academic commentary one of the principal concerns was whether the reference to "principles of fundamental justice" enables the courts to review the substance of legislation. (See, e.g., Whyte, "Fundamental Justice: The Scope and Application of Section 7 of the Charter" (1983), 13 *Man. L.J.* 455, and Garant, "Fundamental Freedoms and Natural Justice" in W. S. Tarnopolsky and G.-A. Beaudoin, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary* (1982).) In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, Lamer J. noted at p. 497 that any attempt to draw a sharp line between procedure and substance would be ill-conceived. He suggested further that it would not be beneficial in Canada to allow a debate which is rooted in United States constitutional dilemmas to shape our interpretation of s. 7 (p. 498):

Pour atteindre ce but, il faut recourir, selon la jurisprudence constante de la Cour, à la technique d'interprétation des dispositions de la *Charte* qui consiste à procéder à une analyse de «l'objet visé» par le droit garanti. Les droits reconnus par la *Charte* doivent "en d'autres termes . . . s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger": l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, à la p. 344. (Voir aussi les arrêts *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145 et *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613.)

Dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la p. 204, le juge Wilson souligne que le droit conféré par l'art. 7 comporte trois éléments distincts, que «la vie, la liberté et la sécurité de sa personne» sont trois intérêts indépendants auxquels la Cour doit respectivement donner un sens indépendant (à la p. 205). La Cour, à la majorité, a adopté cette interprétation, voir le juge Lamer, dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 500. Il est donc possible de ne traiter qu'un seul aspect du premier volet de l'art. 7 avant de rechercher si une violation de cet intérêt concorde avec les principes de justice fondamentale. (Voir les arrêts *Singh*, *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* et *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284.)

Quant à la seconde clause de l'art. 7, dans les premières analyses de doctrine, on s'est principalement intéressé à la question de savoir si la référence aux «principes de justice fondamentale» permet aux tribunaux d'examiner le fond de la législation. (Voir, par ex., Whyte, «Fundamental Justice: The Scope and Application of Section 7 of the Charter» (1983), 13 *Man. L.J.* 455, et Garant, «Libertés fondamentales et justice naturelle» dans W. S. Tarnopolsky et G.-A. Beaudoin, *Charte canadienne des droits et libertés* (1982).) Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, le juge Lamer constate, à la p. 497, qu'il serait imprudent de tenter de confiner dans des limites précises la procédure, d'une part, et le fond, de l'autre. Il laisse aussi entendre qu'il n'y aurait pas avantage au Canada à laisser ce débat, dont la source réside dans les dilemmes constitutionnels des États-Unis, façonner notre interprétation de l'art. 7 (à la p. 498):

1988 CanLII 90 (SCC)

We would, in my view, do our own Constitution a disservice to simply allow the American debate to define the issue for us, all the while ignoring the truly fundamental structural differences between the two constitutions.

Lamer J. went on to hold that the principles of fundamental justice referred to in s. 7 can relate both to procedure and to substance, depending upon the circumstances presented before the Court.

I have no doubt that s. 7 does impose upon courts the duty to review the substance of legislation once it has been determined that the legislation infringes an individual's right to "life, liberty and security of the person". The section states clearly that those interests may only be impaired if the principles of fundamental justice are respected. Lamer J. emphasized, however, that the courts should avoid "adjudication of the merits of public policy" (p. 499). In the present case, I do not believe that it is necessary for the Court to tread the fine line between substantive review and the adjudication of public policy. As in the *Singh* case, it will be sufficient to investigate whether or not the impugned legislative provisions meet the procedural standards of fundamental justice. First it is necessary to determine whether s. 251 of the *Criminal Code* impairs the security of the person.

B. *Security of the Person*

The law has long recognized that the human body ought to be protected from interference by others. At common law, for example, any medical procedure carried out on a person without that person's consent is an assault. Only in emergency circumstances does the law allow others to make decisions of this nature. Similarly, art. 19 of the *Civil Code of Lower Canada* provides that "The human person is inviolable" and that "No person may cause harm to the person of another without his consent or without being authorized by law to do so". "Security of the person", in other words, is not a value alien to our legal landscape. With the advent of the *Charter*, security of the person has been elevated to the status of a constitutional norm. This is not to say that the various forms of

À mon avis, nous rendrions un mauvais service à notre propre Constitution en permettant simplement que le débat américain définisse la question pour nous, tout en ignorant les différences de structure vraiment fondamentales entre les deux constitutions.

Le juge Lamer poursuit en disant que les principes de justice fondamentale mentionnés à l'art. 7 peuvent se rapporter tant à la procédure qu'au fond, selon les faits dont la Cour est saisie.

J'estime sans aucun doute que l'art. 7 impose aux tribunaux le devoir d'examiner, au fond, des textes législatifs une fois qu'il a été jugé qu'ils enfreignent le droit de l'individu à «la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne». L'article dit clairement qu'il ne peut être porté atteinte à ces intérêts que si les principes de justice fondamentale sont respectés. Le juge Lamer souligne néanmoins que les tribunaux devraient éviter «de se prononcer sur le bien-fondé de politiques générales» (à la p. 499). En l'espèce, je ne crois pas qu'il soit nécessaire que la Cour touche à l'équilibre fragile entre examen du fond et décision de politiques générales. Comme dans l'affaire *Singh*, il suffit de rechercher si oui ou non les dispositions législatives contestées répondent aux normes procédurales de la justice fondamentale. En premier lieu, il est nécessaire de rechercher si l'art. 251 du *Code criminel* porte atteinte à la sécurité de la personne.

B. *La sécurité de la personne*

Il est depuis longtemps admis en droit que le corps humain doit être protégé des ingérences de tiers. En *common law*, par exemple, une intervention médicale effectuée sans le consentement du patient constitue des voies de fait. C'est seulement en cas d'urgence que le droit autorise des tiers à prendre des décisions de cette nature. De même, l'art. 19 du *Code civil du Bas-Canada* déclare que «la personne humaine est inviolable» et que «Nul ne peut porter atteinte à la personne d'autrui sans son consentement ou sans y être autorisé par la loi». La «sécurité de la personne», en d'autres termes, n'est pas une valeur étrangère à notre régime juridique. Avec l'avènement de la *Charte*, la sécurité de la personne a été promue au rang de norme constitutionnelle. Cela ne veut pas dire que

protection accorded to the human body by the common and civil law occupy a similar status. "Security of the person" must be given content in a manner sensitive to its constitutional position. The above examples are simply illustrative of our respect for individual physical integrity. (See R. Macdonald, "Procedural Due Process in Canadian Constitutional Law", 39 *U. Fla. L. Rev.* 217 (1987), at p. 248.) Nor is it to say that the state can never impair personal security interests. There may well be valid reasons for interfering with security of the person. It is to say, however, that if the state does interfere with security of the person, the *Charter* requires such interference to conform with the principles of fundamental justice.

les différentes formes de protection accordées au corps humain par le droit civil et la *common law* occupent le même rang. Le contenu donné à «la sécurité de la personne» doit être sensible à sa situation constitutionnelle. Les exemples fournis ci-dessus ne sont que des illustrations de notre respect pour l'intégrité physique de chacun. (Voir R. Macdonald, «Procedural Due Process in Canadian Constitutional Law», 39 *U. Fla. L. Rev.* 217 (1987), à la p. 248.) Cela ne revient pas non plus à dire que l'État ne peut jamais porter atteinte aux intérêts en matière de sécurité personnelle. Il peut fort bien exister des motifs valides d'ingérence à l'égard de la sécurité de la personne. Cela veut cependant dire que si l'État touche effectivement à la sécurité de la personne, la *Charte* impose que cette ingérence soit conforme aux principes de justice fondamentale.

The appellants submitted that the "security of the person" protected by the *Charter* is an explicit right to control one's body and to make fundamental decisions about one's life. The Crown contended that "security of the person" is a more circumscribed interest and that, like all of the elements of s. 7, it at most relates to the concept of physical control, simply protecting the individual's interest in his or her bodily integrity.

Les appelants font valoir que la «sécurité de la personne» protégée par la *Charte* est un droit qui permet explicitement d'être maître de son propre corps et de prendre des décisions fondamentales au sujet de sa propre vie. Le ministère public soutient que «la sécurité de la personne» est en fait un intérêt plus circonscrit et que, comme tous les autres éléments de l'art. 7, elle est liée, au mieux, à la notion de contrôle physique, protégeant simplement l'intérêt de chacun à assurer son intégrité corporelle.

Canadian courts have already had occasion to address the scope of the interest protected under the rubric of "security of the person". In *R. v. Caddedu* (1982), 40 O.R. (2d) 128, at p. 139, the Ontario High Court emphasized that the right to security of the person, like each aspect of s. 7, is a basic right, the deprivation of which has severe consequences for an individual. This characterization was approved by this Court in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, at p. 501. The Ontario Court of Appeal has held that the right to life, liberty and security of the person "would appear to relate to one's physical or mental integrity and one's control over these . . . " (*R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395, at p. 433.)

Les tribunaux canadiens ont déjà eu à statuer sur la portée de l'intérêt que protège la rubrique «la sécurité de sa personne». Dans l'affaire *R. v. Caddedu* (1982), 40 O.R. (2d) 128, à la p. 139, la Haute Cour de l'Ontario a rappelé que le droit à la sécurité de la personne, comme chacun des volets de l'art. 7, est un droit fondamental qui, lorsqu'on y porte atteinte, a des conséquences graves pour l'individu. La Cour a approuvé cette caractérisation dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, à la p. 501. La Cour d'appel de l'Ontario a jugé que le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne [TRADUCTION] «semble se rapporter à l'intégrité physique ou mentale d'une personne et au contrôle qu'elle exerce à cet égard . . .» (*R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395, à la p. 433.)

That conclusion is consonant with the holding of Lamer J. in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863. In *Mills*, Lamer J. was the only judge of this Court to treat the right to security of the person in any detail. Although the right arose in the context of s. 11(*b*) of the *Charter*, Lamer J. stressed the close connection between the specific rights in ss. 8 to 14 and the more generally applicable rights expressed in s. 7. Lamer J. held, at pp. 919-20, that even in the specific context of s. 11(*b*):

> ... security of the person is not restricted to physical integrity; rather, it encompasses protection against "overlong subjection to the vexations and vicissitudes of a pending criminal accusation" ... These include stigmatization of the accused, loss of privacy, stress and anxiety resulting from a multitude of factors, including possible disruption of family, social life and work, legal costs, uncertainty as to the outcome and sanction.

If state-imposed psychological trauma infringes security of the person in the rather circumscribed case of s. 11(*b*), it should be relevant to the general case of s. 7 where the right is expressed in broader terms. (See Whyte, *supra*, p. 39).

I note also that the Court has held in other contexts that the psychological effect of state action is relevant in assessing whether or not a *Charter* right has been infringed. In *R. v. Therens*, at p. 644, Justice Le Dain held that "The element of psychological compulsion, in the form of a reasonable perception of suspension of freedom of choice, is enough to make the restraint of liberty involuntary" for the purposes of defining "detention" in s. 10 of the *Charter*. A majority of the Court accepted the conclusions of Le Dain J. on this issue.

It may well be that constitutional protection of the above interests is specific to, and is only triggered by, the invocation of our system of criminal justice. It must not be forgotten, however, that s. 251 of the *Code*, subject to subs. (4), makes it an indictable offence for a person to procure the

Cette conclusion est conforme à celle du juge Lamer dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863. Dans cet arrêt, le juge Lamer est le seul juge de la Cour qui ait approfondi le droit à la sécurité de la personne. Quoique ce droit fût mis en cause dans le cadre de l'al. 11*b*) de la *Charte*, le juge Lamer a souligné le rapport étroit qu'il y a entre les droits particuliers conférés par les art. 8 à 14 et les droits d'application plus générale que l'on retrouve à l'art. 7. Le juge Lamer a conclu, aux pp. 919 et 920, que même dans le cadre précis de l'al. 11*b*):

> ... [la] sécurité de la personne ne se limite pas à l'intégrité physique; elle englobe aussi celle de protection contre [TRADUCTION] "un assujettissement trop long aux vexations et aux vicissitudes d'une accusation criminelle pendante" ... Celles-ci comprennent la stigmatisation de l'accusé, l'atteinte à la vie privée, la tension et l'angoisse résultant d'une multitude de facteurs, y compris éventuellement les perturbations de la vie familiale, sociale et professionnelle, les frais de justice et l'incertitude face à l'issue et face à la peine.

Si le traumatisme psychologique infligé par l'État porte atteinte à la sécurité de la personne dans le cas plutôt limité de l'al. 11*b*), on doit en tenir compte dans le cadre général de l'art. 7, où ce droit est énoncé en termes plus larges. (Voir Whyte, précité, à la p. 39.)

Je rappelle aussi que la Cour a déjà jugé, dans d'autres contextes, que l'effet psychologique de l'action de l'État a de l'importance lorsqu'on recherche si un droit garanti par la *Charte* a ou non été enfreint. Dans l'arrêt *R. c. Therens*, à la p. 644, le juge Le Dain estime que «L'élément de contrainte psychologique, sous forme d'une perception raisonnable qu'on n'a vraiment pas le choix, suffit pour rendre involontaire la privation de liberté" quand il s'agit de définir le terme "détention" à l'art. 10 de la *Charte*. La Cour, à la majorité, a accepté les conclusions du juge Le Dain sur ce point.

Il est bien possible que la protection constitutionnelle des intérêts susmentionnés soit spécifique au recours à notre système de justice criminelle et seulement déclenchée par ce dernier. On ne doit toutefois pas oublier que l'art. 251 du *Code*, sous réserve du par. (4), érige en infraction criminelle le

1988 CanLII 90 (SCC)

miscarriage and provides a maximum sentence of two years in the case of the woman herself, and a maximum sentence of life imprisonment in the case of another person. Like Beetz J., I do not find it necessary to decide how s. 7 would apply in other cases.

The case law leads me to the conclusion that state interference with bodily integrity and serious state-imposed psychological stress, at least in the criminal law context, constitute a breach of security of the person. It is not necessary in this case to determine whether the right extends further, to protect either interests central to personal autonomy, such as a right to privacy, or interests unrelated to criminal justice.

I wish to reiterate that finding a violation of security of the person does not end the s. 7 inquiry. Parliament could choose to infringe security of the person if it did so in a manner consistent with the principles of fundamental justice. The present discussion should therefore be seen as a threshold inquiry and the conclusions do not dispose definitively of all the issues relevant to s. 7. With that caution, I have no difficulty in concluding that the encyclopedic factual submissions addressed to us by counsel in the present appeal establish beyond any doubt that s. 251 of the *Criminal Code* is *prima facie* a violation of the security of the person of thousands of Canadian women who have made the difficult decision that they do not wish to continue with a pregnancy.

At the most basic, physical and emotional level, every pregnant woman is told by the section that she cannot submit to a generally safe medical procedure that might be of clear benefit to her unless she meets criteria entirely unrelated to her own priorities and aspirations. Not only does the removal of decision-making power threaten women in a physical sense; the indecision of knowing whether an abortion will be granted inflicts emotional stress. Section 251 clearly interferes with a woman's bodily integrity in both a physical and emotional sense. Forcing a woman, by threat of criminal sanction, to carry a foetus to term unless

fait pour une personne de procurer un avortement et prévoit une peine maximale de deux ans d'emprisonnement pour la femme elle-même et d'emprisonnement à perpétuité dans le cas d'une autre personne. Comme le juge Beetz, je juge inutile de décider si l'art. 7 devrait s'appliquer dans d'autres cas.

La jurisprudence m'amène à conclure que l'atteinte que l'État porte à l'intégrité corporelle et la tension psychologique grave causée par l'État, du moins dans le contexte du droit criminel, constituent une atteinte à la sécurité de la personne. Il n'est pas nécessaire en l'espèce de se demander si le droit va plus loin et protège les intérêts primordiaux de l'autonomie personnelle, tel le droit à la vie privée ou des intérêts sans lien avec la justice criminelle.

Je réitère que la constatation qu'il y a atteinte à la sécurité de la personne ne met pas fin à la recherche exigée par l'art. 7. Le Parlement peut choisir de porter atteinte à la sécurité de la personne, pourvu qu'il le fasse en conformité avec les principes de justice fondamentale. Il faut donc considérer la présente analyse comme la première étape de recherche dont les conclusions ne régleront pas définitivement tous les points intéressant l'art. 7. Cela dit, je n'éprouve aucune difficulté à conclure que la somme encyclopédique produite par les avocats en l'espèce établit hors de tout doute que l'art. 251 du *Code criminel* constitue *prima facie* une atteinte à la sécurité de la personne de milliers de Canadiennes qui ont eu à prendre la difficile décision de ne pas mener une grossesse à terme.

Au niveau physique et émotionnel le plus fondamental, chaque femme enceinte se fait dire par cet article qu'elle ne peut subir une intervention médicale, généralement sans danger, qui pourrait manifestement être à son avantage, à moins qu'elle ne satisfasse à des critères totalement sans rapport avec ses propres priorités et aspirations. Non seulement en privant les femmes du pouvoir de décision, on les menace physiquement; en outre, l'incertitude qui plane sur le point de savoir si l'avortement sera accordé inflige une tension émotionnelle. L'article 251 porte clairement atteinte à l'intégrité corporelle, tant physique qu'émotionnelle d'une

she meets certain criteria unrelated to her own priorities and aspirations, is a profound interference with a woman's body and thus a violation of security of the person. Section 251, therefore, is required by the *Charter* to comport with the principles of fundamental justice.

Although this interference with physical and emotional integrity is sufficient in itself to trigger a review of s. 251 against the principles of fundamental justice, the operation of the decision-making mechanism set out in s. 251 creates additional glaring breaches of security of the person. The evidence indicates that s. 251 causes a certain amount of delay for women who are successful in meeting its criteria. In the context of abortion, any unnecessary delay can have profound consequences on the woman's physical and emotional well-being.

More specifically, in 1977, the *Report of the Committee on the Operation of the Abortion Law* (the Badgley Report) revealed that the average delay between a pregnant woman's first contact with a physician and a subsequent therapeutic abortion was eight weeks (p. 146). Although the situation appears to have improved since 1977, the extent of the improvement is not clear. The intervener, the Attorney General of Canada, submitted that the average delay in Ontario between the first visit to a physician and a therapeutic abortion was now between one and three weeks. Yet the respondent Crown admitted in a supplementary factum filed on November 27, 1986 with the permission of the Court that (p. 3):

> ... the evidence discloses that some women may find it very difficult to obtain an abortion: by necessity, abortion services are limited, since hospitals have budgetary, time, space and staff constraints as well as many medical responsibilities. As a result of these problems a woman may have to apply to several hospitals.

If forced to apply to several different therapeutic abortion committees, there can be no doubt that a woman will experience serious delay in obtaining a

femme. Forcer une femme, sous la menace d'une sanction criminelle, à mener un fœtus à terme à moins qu'elle ne satisfasse à des critères sans rapport avec ses propres priorités et aspirations est une ingérence grave à l'égard de son corps et donc une violation de la sécurité de sa personne. La *Charte* exige donc que l'art. 251 soit conforme aux principes de justice fondamentale.

Quoique cette atteinte à l'intégrité physique et émotionnelle suffise en soi pour déclencher un examen de l'art. 251 en fonction des principes de justice fondamentale, le fonctionnement du mécanisme décisionnel établi par l'art. 251 crée d'autres violations flagrantes de la sécurité de la personne. La preuve indique que l'art. 251 est cause d'un certain retard pour les femmes qui satisfont à ses critères. Dans le contexte de l'avortement, tout retard inutile peut avoir de profondes répercussions sur le bien-être physique et émotionnel d'une femme.

Pour être plus précis, en 1977, le *Rapport du Comité sur l'application des dispositions législatives sur l'avortement* (le rapport Badgley) a révélé que le délai moyen entre la première consultation d'un médecin par une femme enceinte et l'avortement thérapeutique subséquent est de huit semaines (à la p. 146). Bien qu'il semble que la situation se soit améliorée depuis 1977, l'ampleur de cette amélioration n'est pas claire. L'intervenant, le procureur général du Canada, fait valoir que le délai moyen en Ontario entre une première visite chez le médecin et l'avortement thérapeutique est maintenant d'une à trois semaines. Pourtant, le ministère public intimé admet, dans un mémoire supplémentaire produit le 27 novembre 1986, avec l'autorisation de la Cour, que (à la p. 3):

> [TRADUCTION] ... la preuve révèle que certaines femmes peuvent éprouver de grandes difficultés à obtenir un avortement: les services d'avortement sont forcément limités, puisque les hôpitaux ont des contraintes de budget, de temps, d'espace et de personnel, outre leurs nombreuses responsabilités médicales. Il s'ensuit qu'une femme peut devoir s'adresser à plusieurs hôpitaux.

Si une femme est forcée de s'adresser à plusieurs comités de l'avortement thérapeutique différents, il ne peut y avoir de doute qu'elle a à faire face à un

1988 CanLII 90 (SCC)

therapeutic abortion. In her *Report on Therapeutic Abortion Services in Ontario* (the Powell Report), Dr. Marion Powell emphasized that (p. 7):

> The entire process [of obtaining an abortion] was found to be protracted with women requiring three to seven contacts with health professionals . . . .

Revealing the full extent of this problem, Dr. Augustin Roy, the President of the Corporation professionnelle des médecins du Québec, testified that studies showed that in Quebec the waiting time for a therapeutic abortion in hospital varied between one and six weeks.

These periods of delay may not seem unduly long, but in the case of abortion, the implications of any delay, according to the evidence, are potentially devastating. The first factor to consider is that different medical techniques are employed to perform abortions at different stages of pregnancy. The testimony of expert doctors at trial indicated that in the first twelve weeks of pregnancy, the relatively safe and simple suction dilation and curettage method of abortion is typically used in North America. From the thirteenth to the sixteenth week, the more dangerous dilation and evacuation procedure is performed, although much less often in Canada than in the United States. From the sixteenth week of pregnancy, the instillation method is commonly employed in Canada. This method requires the intra-amniotic introduction of prostaglandin, urea, or a saline solution, which causes a woman to go into labour, giving birth to a foetus which is usually dead, but not invariably so. The uncontroverted evidence showed that each method of abortion progressively increases risks to the woman. (See, e.g., Tyler, et al., "Second Trimester Induced Abortion in the United States", in Garry S. Berger, William Brenner and Louis Keith, eds., *Second-Trimester Abortion: Perspectives After a Decade of Experience.*)

délai considérable pour obtenir un avortement thérapeutique. Dans son *Report on Therapeutic Abortion Services in Ontario* (le rapport Powell), le Dr Marion Powell souligne (à la p. 7):

> [TRADUCTION] Il est apparu que tout le processus [d'obtention d'un avortement] traîne en longueur, les femmes étant obligées de rencontrer de trois à sept professionnels de la santé . . .

Révélant l'ampleur du problème, le Dr Augustin Roy, président de la Corporation professionnelle des médecins du Québec, a dit dans son témoignage que les études qu'il avait faites montraient qu'au Québec l'attente pour un avortement thérapeutique dans un hôpital variait d'une à six semaines.

Ces délais peuvent ne pas sembler très longs, mais, dans le cas d'un avortement, tout retard, d'après la preuve, peut avoir des conséquences dévastatrices. Le premier facteur dont il faut tenir compte est que différentes techniques médicales sont utilisées pour pratiquer les avortements à différents stades de la grossesse. Le témoignage des médecins au procès, à titre d'experts, a montré que, dans les douze premières semaines de la grossesse, la méthode d'avortement relativement sûre et simple de la dilatation et de l'aspiration, suivies d'un curetage, est normalement utilisée en Amérique du Nord. De la treizième à la seizième semaines, la méthode, plus dangereuse, de la dilatation cervicale et de l'évacuation utérine est pratiquée, moins souvent au Canada qu'aux États-Unis. À partir de la seizième semaine de grossesse, la méthode médicamenteuse est habituellement utilisée au Canada. Elle requiert l'introduction dans le liquide amniotique de prostaglandine, d'urée ou d'une solution saline qui provoque les contractions; la femme accouche d'un fœtus, habituellement mort-né, encore que ce ne soit pas toujours le cas. La preuve non contredite démontre que d'une méthode à l'autre, les risques courus par la femme s'accroissent. (Voir, par ex., Tyler, et al., «Second Trimester Induced Abortion in the United States», in Garry S. Berger, William Brenner and Louis Keith, eds., *Second-Trimester Abortion: Perspectives After a Decade of Experience.*)

1988 CanLII 90 (SCC)

The second consideration is that even within the periods appropriate to each method of abortion, the evidence indicated that the earlier the abortion was performed, the fewer the complications and the lower the risk of mortality. For example, a study emanating from the Centre for Disease Control in Atlanta confirmed that "D & E [dilation and evacuation] procedures performed at 13 to 15 weeks' gestation were nearly 3 times safer than those performed at 16 weeks or later". (Cates and Grimes, "Deaths from Second Trimester Abortion by Dilation and Evacuation: Causes, Prevention, Facilities" (1981), 58 *Obstetrics and Gynecology* 401, at p. 401. See also the Powell Report, at p. 36.) The Court was advised that because of their perceptions of risk, Canadian doctors often refuse to use the dilation and evacuation procedure from the thirteenth to sixteenth weeks and instead wait until they consider it appropriate to use the instillation technique. Even more revealing were the overall mortality statistics evaluated by Drs. Cates and Grimes. They concluded from their study of the relevant data that:

> Anything that contributes to delay in performing abortions increases the complication rates by 15 to 30%, and the chance of dying by 50% for each week of delay.

These statistics indicate clearly that even if the average delay caused by s. 251 *per arguendo* is of only a couple of weeks' duration, the effects upon any particular woman can be serious and, occasionally, fatal.

It is no doubt true that the overall complication and mortality rates for women who undergo abortions are very low, but the increasing risks caused by delay are so clearly established that I have no difficulty in concluding that the delay in obtaining therapeutic abortions caused by the mandatory procedures of s. 251 is an infringement of the purely physical aspect of the individual's right to security of the person. I should stress that the marked contrast between the relative speed with which abortions can be obtained at the government-sponsored community clinics in Quebec and in hospitals under the s. 251 procedure was estab-

La seconde considération est que, même au cours des périodes où chaque méthode d'avortement peut être employée, la preuve indique que plus l'avortement a lieu tôt, moins il y a de complications et inférieur est le risque de décès. Par exemple, une étude du Centre for Disease Control d'Atlanta a confirmé que [TRADUCTION] «la méthode D & E [dilatation cervicale et évacuation utérine] utilisée de la treizième à la quinzième semaines de grossesse est presque trois fois plus sûre qu'après seize semaines ou plus». (Cates et Grimes, «Deaths from Second Trimester Abortion by Dilation and Evacuation: Causes, Prevention, Facilities» (1981), 58 *Obstetrics and Gynecology* 401, à la p. 401. Voir aussi le rapport Powell, à la p. 36.) Il a été porté à la connaissance de la Cour qu'à cause des risques possibles les médecins canadiens refusent souvent d'employer la méthode de la dilatation cervicale et de l'évacuation utérine entre la treizième et la seizième semaines, préférant attendre le moment où ils jugeront pouvoir avoir recours à la méthode médicamenteuse. Les statistiques globales de mortalité évaluées par les Dr Cates et Grimes sont encore plus révélatrices. Ils concluent, après une étude des données pertinentes:

> [TRADUCTION] Tout retard à pratiquer l'avortement augmente le taux de complication de 15 à 30 % et les probabilités de décès de 50 % par semaine de retard.

Ces statistiques indiquent clairement que même si le retard moyen causé par l'art. 251 n'est, par hypothèse, que de quelque deux semaines, les effets pour une femme donnée peuvent être graves et parfois mortels.

Il est certainement vrai que les taux globaux de complication et de mortalité pour les femmes qui subissent un avortement sont très faibles, mais l'augmentation des risques causés par tout retard est si clairement établie que je n'ai aucune difficulté à conclure que tout retard à obtenir un avortement thérapeutique, en raison de la procédure imposée par l'art. 251, est une atteinte à l'aspect purement physique du droit de chacun à la sécurité de sa personne. Je dois souligner que le contraste marqué entre la relative rapidité avec laquelle des avortements peuvent être obtenus dans les Centres locaux de santé communautaire du

1988 CanLII 90 (SCC)

lished at trial. The evidence indicated that at the government-sponsored clinics in Quebec, the maximum delay was less than a week. One must conclude, and perhaps underline, that the delay experienced by many women seeking a therapeutic abortion, be it of one, two, four, or six weeks' duration, is caused in large measure by the requirements of s. 251 itself.

The above physical interference caused by the delays created by s. 251, involving a clear risk of damage to the physical well-being of a woman, is sufficient, in my view, to warrant inquiring whether s. 251 comports with the principles of fundamental justice. However, there is yet another infringement of security of the person. It is clear from the evidence that s. 251 harms the psychological integrity of women seeking abortions. A 1985 report of the Canadian Medical Association, discussed in the Powell Report, at p. 15, emphasized that the procedure involved in s. 251, with the concomitant delays, greatly increases the stress levels of patients and that this can lead to more physical complications associated with abortion. A specialist in fertility control, Dr. Henry David, was qualified as an expert witness at trial on the psychological impact upon women of delay in the process of obtaining an abortion. He testified that his own studies had demonstrated that there is increased psychological stress imposed upon women who are forced to wait for abortions, and that this stress is compounded by the uncertainty whether or not a therapeutic abortion committee will actually grant approval.

Perhaps the most powerful testimony regarding the psychological impact upon women caused by the delay inherent in s. 251 procedures was offered at trial by Dr. Jane Hodgson, the Medical Director of the Women's Health Center in Duluth, Minnesota. She was called to testify as to her experiences with Canadian women who had come to the Women's Health Center for abortions. Her testimony was extensive, but the flavour may be gleaned from the following short excerpts:

Québec, subventionnés par le gouvernement, et dans les hôpitaux en vertu de la procédure de l'art. 251 a été établi au procès. D'après la preuve, dans les CLSC du Québec, l'attente maximum est inférieure à une semaine. On doit conclure, et peut-être souligner, que l'attente que doivent subir de nombreuses femmes voulant un avortement thérapeutique, qu'il s'agisse d'une, de deux, de quatre ou de six semaines, est due dans une large mesure aux exigences de l'art. 251 lui-même.

L'ingérence physique exposée ci-dessus, imputable aux délais découlant de l'art. 251 et impliquant un risque clair de préjudice pour le bien-être physique d'une femme, suffit, à mon avis, pour justifier qu'on se demande si l'art. 251 est conforme avec les principes de justice fondamentale. Il y a toutefois une autre violation de la sécurité de la personne. Il ressort de la preuve que l'art. 251 porte atteinte à l'intégrité psychologique des femmes voulant un avortement. Un rapport de 1985 de l'Association médicale canadienne, étudié dans le rapport Powell, à la p. 15, souligne que la procédure qu'implique l'art. 251, avec les délais qui en découlent, accroît de beaucoup le niveau d'angoisse des patientes, ce qui peut accroître le nombre de complications somatiques liées à l'avortement. Un spécialiste en fertilité, le Dr Henry David, a témoigné à titre d'expert au procès au sujet de l'effet psychologique sur les femmes des délais d'obtention d'un avortement. D'après son témoignage, ses propres études ont démontré que la tension psychologique augmente chez les femmes forcées d'attendre pour se faire avorter, d'autant que cette tension est accrue par l'incertitude quant à savoir si un comité de l'avortement thérapeutique donnera ou non son approbation.

Le Dr Jane Hodgson, directrice médicale du Women's Health Center de Duluth, au Minnesota, a sans doute donné, au procès, le témoignage le plus impressionnant au sujet de l'effet psychologique sur les femmes des délais inhérents à la procédure de l'art. 251. Elle avait été assignée afin de faire part de son expérience avec les femmes canadiennes qui se rendent au Women's Health Center pour se faire avorter. Son témoignage est long, mais ces brefs extraits peuvent en transmettre l'idée:

1988 CanLII 90 (SCC)

May I add one other thing that I think is very vital, and that is that many of these [Canadian] women come down because they know they will be delayed in getting, first, permission, then delayed in getting a hospital bed, or getting into the hospital, and so they know they will have to have saline [instillation] procedures. And some of them have been through this, and others know what it is about, and they will do almost anything to avoid having a saline procedure.

And of course, that is — I consider that a very cruel type of medical care and will do anything to help them to avoid this type of treatment.

. . .

The cost, the time consumed, the medical risks, the mental anguish — all of this is cruelty, in this day and age, because it's [the instillation procedure] an obsolete procedure that is essentially disappearing in the United States.

I have already noted that the instillation procedure requires a woman actually to experience labour and to suffer through the birth of a foetus that is usually but not always dead. Statistics from 1982 indicated that 33.4 per cent of second trimester abortions in Ontario were done by instillation, and the Powell Report revealed, at p. 36, that even in 1986 there persisted a high incidence of second trimester abortions in Ontario. The psychological injury caused by delay in obtaining abortions, much of which must be attributed to the procedures set out in s. 251, constitutes an additional infringement of the right to security of the person.

In its supplementary factum and in oral submissions, the Crown argued that evidence of what could be termed "administrative inefficiency" is not relevant to the evaluation of legislation for the purposes of s. 7 of the *Charter*. The Crown argued that only evidence regarding the purpose of legislation is relevant. The assumption, of course, is that any impairment to the physical or psychological interests of individuals caused by s. 251 of the *Criminal Code* does not amount to an infringement of security of the person because the injury is caused by practical difficulties and is not intended by the legislator.

[TRADUCTION] Puis-je ajouter un autre point qui me paraît des plus vital: beaucoup de femmes [canadiennes] font le voyage parce qu'elles savent qu'elles devront attendre d'abord de recevoir l'autorisation, puis qu'un lit d'hôpital soit disponible, ou d'obtenir l'admission dans un hôpital, et qu'elles savent donc qu'il faudra qu'on leur administre la méthode médicamenteuse. Certaines d'entre elles sont déjà passées par là, d'autres savent ce que ça veut dire, aussi sont-elles prêtes à faire à peu près n'importe quoi pour l'éviter.

Et, bien entendu, c'est-à-dire [. . .] j'estime qu'il s'agit là d'une thérapeutique des plus cruelles, aussi suis-je prête à tout faire pour les aider à l'éviter.

. . .

Le coût, le temps perdu, les risques médicaux, l'angoisse mentale: tout cela c'est de la cruauté, aujourd'hui, à notre époque, parce qu'il s'agit d'une méthode [la méthode médicamenteuse] désuette, à peu près en voie de disparition aux États-Unis.

J'ai déjà dit que la méthode médicamenteuse oblige la femme à subir les contractions et à endurer l'accouchement d'un fœtus généralement mais pas toujours mort-né. Les statistiques de 1982 montrent que, dans 33,4 pour 100 des avortements en Ontario, on a utilisé la méthode médicamenteuse et le rapport Powell révèle, à la p. 36, que, même en 1986, il y avait toujours une haute incidence d'avortements pratiqués au second trimestre en Ontario. Le dommage psychologique causé par le délai d'obtention des avortements, dont une grande part doit être attribuée à la procédure prévue à l'art. 251, constitue une atteinte supplémentaire au droit à la sécurité de la personne.

Dans son mémoire supplémentaire et au cours des plaidoiries, le ministère public a soutenu que les éléments de preuve relatifs à ce qu'on pourrait qualifier de «lenteurs administratives» ne sauraient entrer en ligne de compte dans l'évaluation d'une loi aux fins de l'art. 7 de la *Charte*. Le ministère public fait valoir que seuls les éléments de preuve portant sur l'objet de la loi sont pertinents. Ceci présume donc que les atteintes aux intérêts physiques ou psychologiques des individus causées par l'art. 251 du *Code criminel* ne constituent pas une atteinte à la sécurité de la personne, car le dommage résulte de difficultés pratiques et n'est pas l'objectif du législateur.

1988 CanLII 90 (SCC)

The submission is faulty on two counts. First, as a practical matter it is not possible in the case of s. 251 to erect a rigid barrier between the purposes of the section and the administrative procedures established to carry those purposes into effect. For example, although it may be true that Parliament did not enact s. 251 intending to create delays in obtaining therapeutic abortions, the evidence demonstrates that the system established by the section for obtaining a therapeutic abortion certificate inevitably does create significant delays. It is not possible to say that delay results only from administrative constraints, such as limited budgets or a lack of qualified persons to sit on therapeutic abortion committees. Delay results from the cumbersome operating requirements of s. 251 itself. (See, by way of analogy, *R. v. Therens*, *per* Le Dain J., at p. 645.) Although the mandate given to the courts under the *Charter* does not, generally speaking, enable the judiciary to provide remedies for administrative inefficiencies, when denial of a right as basic as security of the person is infringed by the procedure and administrative structures created by the law itself, the courts are empowered to act.

Secondly, were it nevertheless possible in this case to dissociate purpose and administration, this Court has already held as a matter of law that purpose is not the only appropriate criterion in evaluating the constitutionality of legislation under the *Charter*. In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, at p. 331, the Court stated that:

> . . . both purpose and effect are relevant in determining constitutionality; either an unconstitutional purpose or an unconstitutional effect can invalidate legislation.

Even if the purpose of legislation is unobjectionable, the administrative procedures created by law to bring that purpose into operation may produce unconstitutional effects, and the legislation should then be struck down. It is important to note that, in speaking of the effects of legislation, the Court in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* was still referring to effects that can invalidate legislation under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* and not to individual effects that might lead a court to provide a person-

L'argument est spécieux pour deux raisons. D'abord, en pratique, il n'est pas possible, dans le cas de l'art. 251, d'ériger une cloison étanche entre l'objet recherché par l'article et la procédure administrative établie pour l'atteindre. Par exemple, quoiqu'il puisse être vrai que le législateur n'a pas adopté l'art. 251 dans le but de retarder l'obtention des avortements thérapeutiques, la preuve démontre que le système établi par l'article pour obtenir un certificat d'avortement thérapeutique crée inévitablement des délais importants. Il n'est pas possible de dire que ces retards ne résultent que des contraintes administratives, tels les budgets restreints ou le manque de personnel qualifié apte à siéger aux comités de l'avortement thérapeutique. Les délais résultent de la lourdeur du mécanisme prévu à l'art. 251 lui-même. (Voir par analogie l'arrêt *R. c. Therens*, le juge Le Dain, à la p. 645.) Si le mandat conféré aux tribunaux par la *Charte* n'autorise pas, généralement parlant, le pouvoir judiciaire à accorder un recours contre les lenteurs administratives, néanmoins, lorsqu'un droit aussi fondamental que la sécurité de la personne est enfreint par la procédure et les structures administratives créées par la loi elle-même, les tribunaux ont le pouvoir d'agir.

En second lieu, même s'il était possible en l'espèce de dissocier objet et administration, la Cour a déjà statué en droit que l'objet n'est pas le seul critère valable d'évaluation de la constitutionnalité d'une loi en fonction de la *Charte*. Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, à la p. 331, la Cour dit:

> . . . l'objet et l'effet d'une loi sont tous les deux importants pour déterminer sa constitutionnalité; un objet inconstitutionnel ou un effet inconstitutionnel peuvent l'un et l'autre rendre une loi invalide.

Même si l'objet d'une loi est inattaquable, la procédure administrative créée par la loi pour la mise en œuvre de cet objet peut produire des effets inconstitutionnels et la loi doit alors être invalidée. Il importe de rappeler qu'en parlant des effets d'une loi, la Cour, dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, se référait encore aux effets qui peuvent invalider une loi en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et non aux effets individuels, qui pourraient amener un tribunal à accor-

1988 CanLII 90 (SCC)

al remedy under s. 24(1) of the *Charter*. In the present case, the appellants are complaining of the general effects of s. 251. If section 251 of the *Criminal Code* does indeed breach s. 7 of the *Charter* through its general effects, that can be sufficient to invalidate the legislation under s. 52. As an aside, I should note that the appellants have standing to challenge an unconstitutional law if they are liable to conviction for an offence under that law even though the unconstitutional effects aré not directed at the appellants *per se*: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, at p. 313. The standing of the appellants was not challenged by the Crown.

In summary, s. 251 is a law which forces women to carry a foetus to term contrary to their own priorities and aspirations and which imposes serious delay causing increased physical and psychological trauma to those women who meet its criteria. It must, therefore, be determined whether that infringement is accomplished in accordance with the principles of fundamental justice, thereby saving s. 251 under the second part of s. 7.

C. *The Principles of Fundamental Justice*

Although the "principles of fundamental justice" referred to in s. 7 have both a substantive and a procedural component (*Re B.C. Motor Vehicle Act*, at p. 499), I have already indicated that it is not necessary in this appeal to evaluate the substantive content of s. 251 of the *Criminal Code*. My discussion will therefore be limited to various aspects of the administrative structure and procedure set down in s. 251 for access to therapeutic abortions.

In outline, s. 251 operates in the following manner. Subsection (1) creates an indictable offence for any person to use any means with the intent "to procure the miscarriage of a female person". Subsection (2) establishes a parallel indictable offence for any pregnant woman to use or to permit any means to be used with the intent "to procure her own miscarriage". The "means" referred to in subss. (1) and (2) are defined in subs. (3) as the administration of a drug or "other noxious thing", the use of an instrument, and

der une réparation à une personne en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. En l'espèce, les appelants se plaignent des effets généraux de l'art. 251. Si l'article 251 du *Code criminel* viole effectivement l'art. 7 de la *Charte* par suite de ses effets généraux, cela peut suffir à invalider la loi en vertu de l'art. 52. Par ailleurs, je rappellerais que les appelants ont qualité pour contester une loi inconstitutionnelle s'ils risquent d'être déclarés coupables d'une infraction à cette loi, même s'ils n'ont pas directement à pâtir des effets inconstitutionnels: l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, à la p. 313. Le ministère public n'a d'ailleurs pas contesté leur qualité pour agir.

En résumé, l'art. 251 est un texte législatif qui oblige des femmes à mener un fœtus à terme à l'encontre de leurs propres priorités et aspirations et qui impose des délais considérables qui accroissent le traumatisme physique et psychologique des femmes qui satisfont à ses critères. Il faut donc déterminer si l'atteinte a eu lieu en conformité avec les principes de justice fondamentale, ce qui sauverait l'art. 251 en vertu de la seconde partie de l'art. 7.

C. *Les principes de justice fondamentale*

Bien que les «principes de justice fondamentale» mentionnés à l'art. 7 aient une composante de fond et une composante de procédure (*Renvoi: Motor Vehicule Act de la C.-B.*, à la p. 499), j'ai déjà dit qu'il n'est pas nécessaire en l'espèce de se prononcer sur le fond de l'art. 251 du *Code criminel*. Mon analyse se limitera donc aux divers aspects de la structure et de la procédure administratives établies par l'art. 251 pour l'obtention des avortements thérapeutiques.

En bref, l'art. 251 fonctionne de la manière suivante. Le paragraphe (1) fait un acte criminel de l'emploi, par qui que ce soit, de quelque moyen avec l'intention «de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin». Le paragraphe (2) prévoit, en parallèle, que se rend coupable d'un acte criminel toute femme enceinte qui emploie ou permet que soit employé quelque moyen avec l'intention «d'obtenir son propre avortement». Les «moyens» dont il est question aux par. (1) et (2) sont définis au par. (3) comme étant l'administra-

1988 CanLII 90 (SCC)

"manipulation of any kind". The crucial provision for the purposes of the present appeal is subs. (4) which states that the offences created in subss. (1) and (2) "do not apply" in certain circumstances. The Ontario Court of Appeal in the proceedings below characterized s. 251(4) as an "exculpatory provision" ((1985), 52 O.R. (2d) 353, at p. 365). In *Morgentaler (1975)*, at p. 673, a majority of this Court held that the effect of s. 251(4) was to afford "a complete answer and defence to those who respect its terms".

The procedure surrounding the defence is rather complex. A pregnant woman who desires to have an abortion must apply to the "therapeutic abortion committee" of an "accredited or approved hospital". Such a committee is empowered to issue a certificate in writing stating that in the opinion of a majority of the committee, the continuation of the pregnancy would be likely to endanger the pregnant woman's life or health. Once a copy of the certificate is given to a qualified medical practitioner who is not a member of the therapeutic abortion committee, he or she is permitted to perform an abortion on the pregnant woman and both the doctor and the woman are freed from any criminal liability.

A number of definitions are provided in subs. (6) which have a bearing on the disposition of this appeal. An "accredited hospital" is described as a hospital accredited by the Canadian Council on Hospital Accreditation "in which diagnostic services and medical, surgical and obstetrical treatment" are provided. An "approved hospital" is a hospital "approved for the purposes of this section by the Minister of Health" of a province. A "therapeutic abortion committee" must be "comprised of not less than three members each of whom is a qualified medical practitioner" who is appointed by a hospital's administrative board. Interestingly, the term "health" is not defined for the purposes of s. 251, so it would appear that the therapeutic abortion committees are free to develop their own theories as to when a potential impairment of a woman's "health" would justify the granting of a therapeutic abortion certificate.

tion d'une drogue ou «autre substance délétère», l'emploi d'un instrument et «toute manipulation». La disposition cruciale en l'espèce est le par. (4) selon lequel les infractions prévues aux par. (1) et (2) «ne s'appliquent pas» dans certaines circonstances. La Cour d'appel de l'Ontario, en l'espèce, a qualifié le par. 251(4) de [TRADUCTION] «disposition disculpatoire» ((1985), 52 O.R. (2d) 353, à la p. 365). Dans l'arrêt *Morgentaler (1975)*, à la p. 673, cette Cour, à la majorité, a jugé que le par. 251(4) avait pour effet d'offrir «à ceux qui satisfont à ses conditions, un moyen de défense complet».

La procédure entourant cette défense est plutôt complexe. Une femme enceinte qui désire un avortement doit s'adresser au «comité de l'avortement thérapeutique» d'un hôpital «accrédité ou approuvé». Ce comité a le pouvoir de délivrer un certificat écrit attestant que, par décision de la majorité des membres du comité, la continuation de la grossesse risque de mettre la vie ou la santé de la femme enceinte en danger. Sur remise d'une copie du certificat à un médecin qualifié qui n'est pas membre du comité de l'avortement thérapeutique, celui-ci est autorisé à procurer un avortement à la femme enceinte et tant le médecin que la femme échappent à toute responsabilité criminelle.

Le paragraphe (6) fournit plusieurs définitions qui ont des répercussions sur l'issue de ce pourvoi. Un «hôpital accrédité» désigne un hôpital accrédité par le Conseil canadien d'accréditation des hôpitaux «dans lequel sont fournis des services de diagnostic et des traitements médicaux, chirurgicaux et obstétricaux». Un «hôpital approuvé» est un hôpital «approuvé aux fins du présent article par le ministre de la Santé» d'une province. Un «comité de l'avortement thérapeutique» doit être «formé d'au moins trois membres qui sont tous des médecins qualifiés» nommés par le Conseil d'administration de l'hôpital. Curieusement, le terme «santé» n'est pas défini à l'art. 251, de sorte qu'il semble que les comités de l'avortement thérapeutique sont libres d'élaborer leur propre théorie pour déterminer quand une atteinte éventuelle à la «santé» d'une femme peut justifier l'octroi d'un certificat d'avortement thérapeutique.

1988 CanLII 90 (S.C.C.)

As is so often the case in matters of interpretation, however, the straightforward reading of this statutory scheme is not fully revealing. In order to understand the true nature and scope of s. 251, it is necessary to investigate the practical operation of the provisions. The Court has been provided with a myriad of factual submissions in this area. One of the most useful sources of information is the Badgley Report. The Committee on the Operation of the Abortion Law was established by Orders-in-Council P.C. 1975-2305, -2306, and -2307 of September 29, 1975 and its terms of reference instructed it to "conduct a study to determine whether the procedure provided in the Criminal Code for obtaining therapeutic abortions is operating equitably across Canada". Statistics were provided to the Committee by Statistics Canada and the Committee conducted its own research, meeting with officials of the departments of the provincial attorneys general and of health, and visiting 140 hospitals throughout Canada. The Committee also commissioned national hospital, hospital staff, physician, and patient surveys. The overall conclusion of the Committee was that "The procedures set out for the operation of the Abortion Law are not working equitably across Canada" (p. 17). Of course, that conclusion does not lead to the necessary inference that s. 251 procedures violate the principles of fundamental justice. Unfair functioning of the law could be caused by external forces which do not relate to the law itself.

Cependant, comme c'est souvent le cas en matière d'interprétation, la simple lecture des dispositions législatives ne dit pas tout. Pour comprendre la nature et la portée véritables de l'art. 251, il est nécessaire d'examiner l'application pratique des dispositions. La Cour a reçu une myriade de mémoires sur les faits à cet égard. L'une des sources d'information les plus utiles est le rapport Badgley. Le comité sur l'application des dispositions législatives sur l'avortement a été créé par les décrets C.P. 1975-2305, -2306, -2307 du 29 septembre 1975 avec pour mandat «d'entreprendre une étude visant à déterminer si les dispositions prévues par le Code criminel relativement à la pratique d'avortements thérapeutiques sont appliquées de manière équitable dans tout le Canada». Statistique Canada a fourni des statistiques au comité et celui-ci a aussi procédé à ses propres recherches, rencontrant les fonctionnaires des ministères des procureurs généraux et des ministères provinciaux de la santé et procédant à la visite de 140 hôpitaux canadiens. Le comité a aussi fait procéder à des sondages, à l'échelle nationale, sur les hôpitaux, leur personnel, les médecins et les patients. Le comité a conclu en somme que: «Le recours prévu par la Loi sur l'avortement n'est pas appliqué de façon équitable à travers le Canada» (à la p. 19). Bien entendu, cette conclusion n'amène pas nécessairement à dire que la procédure prévue à l'art. 251 viole les principes de justice fondamentale. Une application injuste de la loi peut être imputable à des forces externes qui n'ont rien à voir avec la loi elle-même.

The Badgley Report contains a wealth of detailed information which demonstrates, however, that many of the most serious problems with the functioning of s. 251 are created by procedural and administrative requirements established in the law. For example, the Badgley Committee noted, at p. 84, that:

> . . . the Abortion Law implicitly establishes a minimum requirement of three qualified physicians to serve on a therapeutic abortion committee, plus a qualified medical practitioner who is not a member of the therapeutic abortion committee, to perform the procedure.

The Committee went on to make the following observation at p. 102:

Le rapport Badgley est une mine de renseignements qui démontre cependant qu'un grand nombre des problèmes les plus graves dans l'application de l'art. 251 résultent des exigences administratives et de procédures établies par la loi. Par exemple, le comité Badgley note, à la p. 92:

> . . . la Loi sur l'avortement exige implicitement un minimum de trois médecins qualifiés agissant comme membres du comité de l'avortement thérapeutique, plus un médecin qualifié qui n'est pas membre de ce comité, pour pratiquer l'intervention.

Le comité poursuit avec l'observation suivante (à la p. 113):

1988 CanLII 90 (SCC)

Of the 1,348 civilian hospitals in operation in 1976, at least 331 hospitals had less than four physicians on their medical staff. In terms of the distribution of physicians, 24.6 percent of hospitals in Canada did not have a medical staff which was large enough to establish a therapeutic abortion committee and to perform the abortion procedure.

In other words, the seemingly neutral requirement of s. 251(4) that at least four physicians be available to authorize and to perform an abortion meant in practice that abortions would be absolutely unavailable in almost one quarter of all hospitals in Canada.

Other administrative and procedural requirements of s. 251(4) reduce the availability of therapeutic abortions even further. For the purposes of s. 251, therapeutic abortions can only be performed in "accredited" or "approved" hospitals. As noted above, an "approved" hospital is one which a provincial minister of health has designated as such for the purpose of performing therapeutic abortions. The minister is under no obligation to grant any such approval. Furthermore, an "accredited" hospital must not only be accredited by the Canadian Council on Hospital Accreditation, it must also provide specified services. Many Canadian hospitals do not provide all of the required services, thereby being automatically disqualified from undertaking therapeutic abortions. The Badgley Report stressed the remarkable limitations created by these requirements, especially when linked with the four-physician rule discussed above (p. 105):

> Of the total of 1,348 non-military hospitals in Canada in 1976, 789 hospitals, or 58.5 percent, were ineligible in terms of their major treatment functions, the size of their medical staff, or their type of facility to establish therapeutic abortion committees.

Moreover, even if a hospital is eligible to create a therapeutic abortion committee, there is no requirement in s. 251 that the hospital need do so. The Badgley Committee discovered that in 1976, of the 559 general hospitals which met the proce-

Sur les 1,348 hôpitaux civils en service en 1976, au moins 331 hôpitaux comptaient moins de quatre médecins membres de leur personnel médical. En ce qui concerne la répartition des médecins, 24.6 pour cent des hôpitaux au Canada n'avaient pas un personnel médical suffisamment important pour pouvoir créer un comité de l'avortement thérapeutique et pratiquer l'avortement.

En d'autres termes, l'obligation du par. 251(4), neutre en apparence, qu'au moins quatre médecins soient disponibles pour autoriser et pratiquer un avortement, signifie en pratique qu'il serait absolument impossible d'obtenir un avortement dans près du quart de tous les hôpitaux au Canada.

D'autres exigences administratives et procédurales du par. 251(4) réduisent la possibilité d'obtenir des avortements thérapeutiques. Pour les fins de l'art. 251, les avortements thérapeutiques ne peuvent être pratiqués que dans des hôpitaux «accrédités» ou «approuvés». Comme il a été dit précédemment, un hôpital «approuvé» est un hôpital que le ministre de la Santé de la province désigne comme tel, afin de lui permettre de pratiquer des avortements thérapeutiques. Le ministre n'a aucune obligation d'octroyer cette approbation. En outre, un hôpital «accrédité» doit non seulement être accrédité par le Conseil canadien d'accréditation des hôpitaux, il doit aussi offrir certains services précis. Un grand nombre d'hôpitaux canadiens n'offrent pas tous les services requis, ce qui leur interdit automatiquement de pratiquer des avortements thérapeutiques. Le rapport Badgley souligne les limitations importantes que ces exigences imposent surtout lorsqu'on les lie avec la règle des quatre médecins mentionnée ci-dessus (à la p. 115):

> Sur les 1,348 hôpitaux civils que comptait le Canada en 1976, 789 hôpitaux, soit 58.5 pour cent, n'étaient pas aptes à établir un comité de l'avortement thérapeutique, soit en raison de la spécialisation des traitements fournis dans ces établissements, soit à cause d'un personnel médical insuffisant ou du genre d'installations dont ils disposaient.

De plus, même si un hôpital est autorisé à former un comité de l'avortement thérapeutique, rien dans l'art. 251 ne l'oblige à le faire. Le comité Badgley a découvert qu'en 1976, des 559 hôpitaux généraux qui répondaient aux exigences de procédure

98CanLII 99 (SCC)

dural requirements of s. 251, only 271 hospitals in Canada, or only 20.1 per cent of the total, had actually established a therapeutic abortion committee (p. 105).

Even though the Badgley Report was issued ten years ago, the relevant statistics do not appear to be out of date. Indeed, Statistics Canada reported that in 1982 the number of hospitals with therapeutic abortion committees had actually fallen to 261. (*Basic Facts on Therapeutic Abortions, Canada: 1982* (1983).) Even more recent data exists for Ontario. In the Powell Report, it was noted that in 1986 only 54 per cent of accredited acute care hospitals in the province had therapeutic abortion committees. In five counties there were no committees at all (p. 24). Of the 95 hospitals with committees, 12 did not do any abortions in 1986 (p. 24).

The Powell Report reveals another serious difficulty with s. 251 procedures. The requirement that therapeutic abortions be performed only in "accredited" or "approved" hospitals effectively means that the practical availability of the exculpatory provisions of subs. (4) may be heavily restricted, even denied, through provincial regulation. In Ontario, for example, the provincial government promulgated O. Reg. 248/70 under *The Public Hospitals Act*, R.S.O. 1960, c. 322, now R.R.O. 1980, Reg. 865. This regulation provides that therapeutic abortion committees can only be established where there are ten or more members on the active medical staff (Powell Report, at p. 13). A minister of health is not prevented from imposing harsher restrictions. During argument, it was noted that it would even be possible for a provincial government, exercising its legislative authority over public hospitals, to distribute funding for treatment facilities in such a way that no hospital would meet the procedural requirements of s. 251(4). Because of the administrative structure established in s. 251(4) and the related definitions, the "defence" created in the section could be completely wiped out.

de l'art. 251, 271 hôpitaux seulement, au Canada, soit seulement 20,1 pour 100 du total, avaient effectivement formé un comité de l'avortement thérapeutique (à la p. 116).

Même si le rapport Badgley remonte à dix ans, les statistiques en cause ne semblent pas périmées. D'ailleurs, Statistique Canada rapportait qu'en 1982 le nombre d'hôpitaux ayant des comités de l'avortement thérapeutique était en fait tombé à 261. (*Principales statistiques sur les avortements thérapeutiques, Canada: 1982* (1983).) Les statistiques pour l'Ontario sont encore plus récentes. Dans le rapport Powell, on mentionne qu'en 1986 seulement 54 pour 100 des hôpitaux accrédités dans la province ayant un département de soins intensifs avaient formé des comités de l'avortement thérapeutique. Dans cinq comtés, il n'y avait aucun comité (à la p. 24). Des 95 hôpitaux ayant des comités, 12 n'avaient pas pratiqué d'avortements en 1986 (à la p. 24).

Le rapport Powell révèle que la procédure de l'art. 251 suscite une autre difficulté grave. L'obligation que les avortements thérapeutiques soient seulement pratiqués dans des hôpitaux «accrédités» ou «approuvés» signifie que le recours en pratique aux dispositions disculpatoires du par. 4 peut être fortement limité et même supprimé par la réglementation provinciale. En Ontario, par exemple, le gouvernement provincial a promulgué le règlement 248/70 en application de *The Public Hospitals Act*, R.S.O. 1960, chap. 322, maintenant R.R.O. 1980, Reg. 865. Ce règlement porte que des comités de l'avortement thérapeutique ne peuvent être formés que si le personnel médical actif compte dix membres ou plus (rapport Powell, à la p. 13). Rien n'interdit au ministre de la Santé d'imposer des restrictions plus draconiennes. Au cours des plaidoiries, on a rappelé qu'il serait même possible pour un gouvernement provincial, dans l'exercice de son autorité législative sur les hôpitaux publics, de distribuer les fonds pour les soins de santé de façon à ce qu'aucun hôpital ne puisse satisfaire aux exigences procédurales du par. 251(4). À cause de la structure administrative établie par le par. 251(4) et des définitions qui s'y rapportent, la «défense» prévue par l'article pourrait disparaître complètement.

1988 CanLII 90 (SCC)

A further flaw with the administrative system established in s. 251(4) is the failure to provide an adequate standard for therapeutic abortion committees which must determine when a therapeutic abortion should, as a matter of law, be granted. Subsection (4) states simply that a therapeutic abortion committee may grant a certificate when it determines that a continuation of a pregnancy would be likely to endanger the "life or health" of the pregnant woman. It was noted above that "health" is not defined for the purposes of the section. The Crown admitted in its supplementary factum that the medical witnesses at trial testified uniformly that the "health" standard was ambiguous, but the Crown derives comfort from the fact that "the medical witnesses were unanimous in their approval of the broad World Health Organization definition of health". The World Health Organization defines "health" not merely as the absence of disease or infirmity, but as a state of physical, mental and social well-being.

I do not understand how the mere existence of a workable definition of "health" can make the use of the word in s. 251(4) any less ambiguous when that definition is nowhere referred to in the section. There is no evidence that therapeutic abortion committees are commonly applying the World Health Organization definition. Indeed, the Badgley Report indicates that the situation is quite the contrary (p. 20):

> There has been no sustained or firm effort in Canada to develop an explicit and operational definition of health, or to apply such a concept directly to the operation of induced abortion. In the absence of such a definition, each physician and each hospital reaches an individual decision on this matter. How the concept of health is variably defined leads to considerable inequity in the distribution and the accessibility of the abortion procedure.

Various expert doctors testified at trial that therapeutic abortion committees apply widely differing definitions of health. For some committees, psychological health is a justification for therapeutic abortion; for others it is not. Some committees routinely refuse abortions to married women

Le régime administratif établi par le par. 251(4) souffre d'une autre faiblesse: l'absence de norme adéquate à laquelle les comités de l'avortement thérapeutique doivent se référer lorsqu'ils ont à décider si un avortement thérapeutique devrait, en droit, être autorisé. Le paragraphe (4) dit simplement que le comité de l'avortement thérapeutique peut délivrer un certificat lorsqu'il estime que la poursuite de la grossesse pourrait mettre en danger la «vie ou la santé» de la femme enceinte. On a déjà signalé que le terme «santé» n'est pas défini aux fins de l'article. Le ministère public a reconnu dans son mémoire supplémentaire que, dans leurs dépositions au procès, les témoins médicaux ont tous dit que la norme de la "santé" était ambiguë, mais il trouve un certain réconfort dans le fait que [TRADUCTION] «les témoins médicaux ont unanimement approuvé la définition large du terme santé adoptée par l'Organisation mondiale de la santé». L'Organisation mondiale de la santé définit la «santé» non comme l'absence de maladie ou d'infirmité, mais plutôt comme un état physique, mental et social de bien-être.

Je ne comprends pas comment la simple existence d'une définition utilisable du terme «santé» peut rendre l'emploi de ce terme au par. 251(4) moins ambigu, alors que nulle part dans cet article on ne se réfère à cette définition. Il n'y a pas la moindre preuve que les comités de l'avortement thérapeutique appliquent généralement la définition de l'Organisation mondiale de la santé. En fait, le rapport Badgley révèle que c'est exactement le contraire (à la p. 22):

> Aucun effort sérieux et soutenu n'a été fait au Canada pour trouver une définition explicite et fonctionnelle de la santé ou pour appliquer un tel concept à l'avortement provoqué. En l'absence d'une telle définition, chaque médecin et chaque hôpital doit prendre une décision personnelle à ce sujet. Les différentes définitions de la santé ont conduit à des inégalités importantes dans la répartition et l'accessibilité du recours à l'avortement.

Plusieurs médecins sont venus témoigner au procès, à titre d'expert, pour dire que les comités de l'avortement thérapeutique appliquent des définitions fort différentes de la santé. Pour certains comités, la santé psychologique justifie un avortement thérapeutique; pour d'autres non. Certains

1988 CanLII 90 (S.C.C.)

unless they are in physical danger, while for other committees it is possible for a married woman to show that she would suffer psychological harm if she continued with a pregnancy, thereby justifying an abortion. It is not typically possible for women to know in advance what standard of health will be applied by any given committee. Parker A.C.J.H.C., at p. 377, found clear evidence that s. 251(4) provided no adequate guidelines for therapeutic abortion committees charged with determining when an abortion should legally be available:

> The [Badgley] report, and other evidence adduced in support of this motion, indicates that each therapeutic abortion committee is free to establish its own guidelines and many committees apply arbitrary requirements. Some committees refuse to approve applications for second abortions unless the patient consents to sterilization, others require psychiatric assessment, and others do not grant approval to married women.

It is no answer to say that "health" is a medical term and that doctors who sit on therapeutic abortion committees must simply exercise their professional judgment. A therapeutic abortion committee is a strange hybrid, part medical committee and part legal committee. Again, in the words of Parker A.C.J.H.C., at p. 381:

> Given the consequences of the issuing or refusing to issue a certificate, I have some difficulty in reducing the committee's powers to merely that of stating its opinion as to the likelihood of the continuation of the pregnancy endangering the applicant's life or health. The decision of the committee has a very real effect on access to abortion for the pregnant female applicant, and the potential criminal liability of both the applicant and the physician who performs the operation.

When the decision of the therapeutic abortion committee is so directly laden with legal consequences, the absence of any clear legal standard to be applied by the committee in reaching its decision is a serious procedural flaw.

comités refusent habituellement un avortement aux femmes mariées, à moins qu'elles ne soient physiquement en danger, alors que, pour d'autres comités, il est possible à une femme mariée de démontrer qu'elle subirait un préjudice psychologique si la grossesse se poursuivait, et de justifier ainsi un avortement. Il n'est, en général, pas possible que les femmes sachent à l'avance quelle norme de santé un comité donné appliquera. Le juge en chef adjoint Parker, à la p. 377, a jugé que la preuve montrait clairement que le par. 251(4) ne fournit pas de directives adéquates aux comités de l'avortement thérapeutique chargés de décider quand, légalement, il peut y avoir avortement:

> [TRADUCTION] Le rapport [Badgley], et d'autres preuves présentées pour étayer cette requête montrent que chaque comité de l'avortement thérapeutique est libre de se doter de ses propres directives et que de nombreux comités ont des exigences arbitraires. Certains comités rejettent les demandes de deuxième avortement, à moins que la patiente ne consente à la stérilisation; d'autres exigent un examen psychiatrique et d'autres encore n'accordent pas d'approbation dans le cas des femmes mariées.

Il ne sert à rien de dire que le terme «santé» est un terme médical et que les médecins qui siègent aux comités de l'avortement thérapeutique ne font qu'exercer leur jugement professionnel. Un comité de l'avortement thérapeutique est un hybride étrange, en partie comité médical et en partie comité légal. Ici encore, pour reprendre les propos du juge en chef adjoint Parker, à la p. 381:

> [TRADUCTION] Étant donné les conséquences de la délivrance ou du refus de délivrer un certificat, il m'est difficile de réduire les pouvoirs du comité à une simple déclaration d'opinion sur les risques pour la vie ou la santé de la requérante s'il y a poursuite de la grossesse. La décision du comité a des effets très réels sur l'obtention d'un avortement par la femme enceinte requérante et sur l'éventuelle responsabilité criminelle que pourraient encourir tant la requérante que le médecin qui procède à l'intervention.

Lorsque la décision du comité de l'avortement thérapeutique a des conséquences juridiques aussi directes, l'absence de norme légale claire à appliquer par le comité pour arriver à sa décision constitue un vice de procédure grave.

1988 CanLII 90 (SCC)

The combined effect of all of these problems with the procedure stipulated in s. 251 for access to therapeutic abortions is a failure to comply with the principles of fundamental justice. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, Lamer J. held, at p. 503, that "the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system". One of the basic tenets of our system of criminal justice is that when Parliament creates a defence to a criminal charge, the defence should not be illusory or so difficult to attain as to be practically illusory. The criminal law is a very special form of governmental regulation, for it seeks to express our society's collective disapprobation of certain acts and omissions. When a defence is provided, especially a specifically-tailored defence to a particular charge, it is because the legislator has determined that the disapprobation of society is not warranted when the conditions of the defence are met.

L'effet combiné de tous ces problèmes et de la procédure établie par l'art. 251 pour l'obtention des avortements thérapeutiques constitue un manquement aux principes de justice fondamentale. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, le juge Lamer dit, à la p. 503: «les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique». L'un des préceptes fondamentaux de notre système de justice criminelle est que, lorsque le Parlement crée une défense à l'égard d'une accusation criminelle, celle-ci ne doit être ni illusoire ni à ce point difficile à faire valoir qu'elle soit illusoire en pratique. Le droit criminel constitue une forme très spéciale de réglementation gouvernementale, car il cherche à exprimer la désapprobation collective de notre société pour certains actes ou omissions. Lorsqu'un moyen de défense est prévu, surtout lorsqu'il s'agit d'un moyen de défense conçu spécifiquement pour une accusation particulière, c'est parce que le législateur a jugé que la désapprobation de la société n'est pas justifiée lorsque les conditions de ce moyen de défense sont remplies.

Consider then the case of a pregnant married woman who wishes to apply for a therapeutic abortion certificate because she fears that her psychological health would be impaired seriously if she carried the foetus to term. The uncontroverted evidence reveals that there are many areas in Canada where such a woman would simply not have access to a therapeutic abortion. She may live in an area where no hospital has four doctors; no therapeutic abortion committee can be created. Equally, she may live in a place where the treatment functions of the nearby hospitals do not satisfy the definition of "accredited hospital" in s. 251(6). Or she may live in a province where the provincial government has imposed such stringent requirements on hospitals seeking to create therapeutic abortion committees that no hospital can qualify. Alternatively, our hypothetical woman may confront a therapeutic abortion committee in her local hospital which defines "health" in purely physical terms or which refuses to countenance abortions for married women. In each of these cases, it is the administrative structures and procedures established by s. 251 itself that would in

Prenons donc le cas d'une femme mariée enceinte qui désire demander un certificat d'avortement thérapeutique parce qu'elle craint que sa santé psychologique soit gravement atteinte si elle mène le fœtus à terme. D'après la preuve indiscutée, il existe de nombreuses régions au Canada où cette femme ne pourrait tout simplement pas obtenir un avortement thérapeutique. Il se peut qu'elle vive dans une région où il n'y a pas d'hôpitaux où exercent quatre médecins; aucun comité d'avortement thérapeutique ne peut être créé. De même, il se peut qu'elle vive dans une région où les traitements qu'assurent les hôpitaux alentour ne répondent pas à la définition d'«hôpital accrédité» du par. 251(6). Ou il se peut qu'elle habite dans une province où le gouvernement provincial a imposé aux hôpitaux désireux de former des comités de l'avortement thérapeutique des conditions si rigoureuses qu'aucun hôpital ne peut y satisfaire. Ou encore, notre femme hypothétique peut avoir affaire à un comité de l'avortement thérapeutique, à l'hôpital local, qui définit la «santé» en termes purement somatiques ou qui refuse d'approuver l'avortement pour les femmes mariées. Dans

1988 CanLII 90 (SCC)

practice prevent the woman from gaining the benefit of the defence held out to her in s. 251(4).

The facts indicate that many women do indeed confront these problems. Doctors from the Chedoke-McMaster Hospital in Hamilton testified that they received telephone calls from women throughout Ontario who had applied for therapeutic abortions at local hospitals and been refused. At one point, 80 per cent of abortion patients at Chedoke-McMaster were from outside Hamilton, and the hospital was forced to restrict access for women from outside its catchment area. The Powell Report revealed that in over 50 per cent of Ontario counties in 1986, the majority of women obtaining abortions had the procedure away from their place of residence (p. 7). Even more telling is the fact that "a minimum of 5000 Ontario women obtain abortions each year in free-standing clinics in Canada and the United States" (p. 7).

The Crown argues in its supplementary factum that women who face difficulties in obtaining abortions at home can simply travel elsewhere in Canada to procure a therapeutic abortion. That submission would not be especially troubling if the difficulties facing women were not in large measure created by the procedural requirements of s. 251 itself. If women were seeking anonymity outside their home town or were simply confronting the reality that it is often difficult to obtain medical services in rural areas, it might be appropriate to say "let them travel". But the evidence establishes convincingly that it is the law itself which in many ways prevents access to local therapeutic abortion facilities. The enormous emotional and financial burden placed upon women who must travel long distances from home to obtain an abortion is a burden created in many instances by Parliament. Moreover, it is not accurate to say to women who would seem to qualify under s. 251(4) that they can get a therapeutic abortion as long as

chacun de ces cas, ce sont les structures administratives et la procédure établie par l'art. 251 lui-même qui, en pratique, interdisent à cette femme de se prévaloir de la défense que lui accorde le par. 251(4).

Les faits démontrent qu'un grand nombre de femmes se trouvent dans une situation de ce genre. Les médecins de l'hôpital Chedoke-McMaster d'Hamilton ont témoigné avoir reçu des appels téléphoniques de femmes de toutes les régions de l'Ontario qui avaient fait sans succès une demande d'avortement thérapeutique aux hôpitaux locaux. À une certaine époque, 80 pour 100 des patientes admises à Chedoke-McMaster pour se faire avorter venaient de l'extérieur d'Hamilton, aussi l'hôpital a-t-il été forcé de limiter l'admission des femmes venant de l'extérieur de la zone qu'il dessert. Le rapport Powell révèle que, dans plus de 50 pour 100 des comtés de l'Ontario, en 1986, la majorité des femmes qui ont obtenu un avortement l'ont fait à l'extérieur de leur lieu de résidence (à la p. 7). Mais, fait plus révélateur encore, [TRADUCTION] «un minimum de cinq mille Ontariennes se font chaque année avorter dans des cliniques indépendantes, au Canada et aux États-Unis» (à la p. 7).

Le ministère public soutient, dans son mémoire additionnel, que les femmes qui éprouvent des difficultés à se faire avorter au lieu de leur domicile n'ont qu'à se déplacer pour obtenir un avortement thérapeutique ailleurs au Canada. Cet argument ne serait pas spécialement gênant si les difficultés auxquelles les femmes ont à faire face ne résultaient pas dans une large mesure des exigences procédurales de l'art. 251 lui-même. Si les femmes ne faisaient que rechercher l'anonymat en allant ailleurs ou se trouvaient simplement confrontées aux difficultés habituelles qu'il y a à obtenir des soins médicaux dans les régions rurales, il pourrait être approprié de dire «qu'elles aillent ailleurs». Mais la preuve établit de façon concluante que c'est la loi elle-même qui, de bien des manières, les empêche d'avoir accès aux institutions locales offrant l'avortement thérapeutique. L'énorme fardeau émotionnel et financier imposé aux femmes qui doivent se déplacer loin de chez elles pour obtenir un avortement est un fardeau

1988 CanLII 90 (SCC)

they are willing to travel. Ms. Carolyn Egan, administrative co-ordinator of the Birth Control and Venereal Disease Centre of Toronto, testified that many hospitals in Toronto had been forced to establish arbitrary abortion quotas, and that some Toronto hospitals restricted access to women inside the geographical area the hospitals were designated to serve. A woman from outside Toronto could run into serious difficulties attempting to procure a therapeutic abortion in that city. As noted above, the situation in Hamilton is now comparable to that in Toronto, because of the geographic restrictions imposed at the Chedoke-McMaster Hospital. Meanwhile, of course, days and weeks may pass and a woman may ultimately be forced to undergo a more dangerous abortion procedure. Or she may become desperate and choose to travel even further afield, to Quebec or to the United States, to obtain an abortion in a free-standing clinic.

A majority of this Court held in *R. v. Jones*, at p. 304, *per* La Forest J., that:

> The provinces must be given room to make choices regarding the type of administrative structure that will suit their needs unless the use of such structure is in itself so manifestly unfair, having regard to the decisions it is called upon to make, as to violate the principles of fundamental justice. [Emphasis in original.]

Similarly, Parliament must be given room to design an appropriate administrative and procedural structure for bringing into operation a particular defence to criminal liability. But if that structure is "so manifestly unfair, having regard to the decisions it is called upon to make, as to violate the principles of fundamental justice", that structure must be struck down. In the present case, the structure — the system regulating access to therapeutic abortions — is manifestly unfair. It contains so many potential barriers to its own operation that the defence it creates will in many circumstances be practically unavailable to women

créé dans bien des cas par le Parlement. En outre, il n'est pas exact de dire aux femmes qui, au départ, sembleraient admissibles en vertu du par. 251(4) qu'elles pourront obtenir un avortement thérapeutique pourvu qu'elles acceptent de se déplacer. Madame Carolyn Egan, coordonnatrice administrative du Birth Control and Venereal Disease Centre de Toronto, a déclaré dans son témoignage que de nombreux hôpitaux de Toronto avaient été forcés de contingenter arbitrairement les avortements et que certains hôpitaux torontois n'admettaient que les femmes résidant dans la zone géographique qu'ils devaient desservir. Une femme de l'extérieur de Toronto peut éprouver de sérieuses difficultés à obtenir un avortement thérapeutique dans cette ville. Comme on l'a dit précédemment, la situation à Hamilton se compare maintenant à celle de Toronto, vu les restrictions géographiques imposées à l'hôpital Chedoke-McMaster. Entre temps, bien entendu, les jours et les semaines passent et une femme peut être finalement obligée de subir un avortement selon une procédure plus dangereuse. Ou elle peut en désespoir de cause choisir d'aller plus loin encore, au Québec ou aux États-Unis, pour obtenir un avortement dans une clinique indépendante.

La Cour, à la majorité, a déjà jugé dans l'arrêt *R. c. Jones*, à la p. 304 (le juge La Forest), que:

> Les provinces doivent avoir la possibilité de faire des choix quant au type de structure administrative qui répondra à leurs besoins, à moins que le recours à une telle structure ne soit en lui-même nettement injuste, compte tenu des décisions qu'elle est appelée à prendre, au point de violer les principes de justice fondamentale. [Souligné dans l'original.]

De même, le Parlement doit avoir la latitude voulue pour concevoir une structure administrative et procédurale appropriée qui permette à une défense particulière de jouer, afin d'éviter une responsabilité criminelle. Mais, si cette structure est «nettement injuste, compte tenu des décisions qu'elle est appelée à prendre, au point de violer les principes de justice fondamentale», elle doit être invalidée. En l'espèce, la structure — le système régissant l'accès aux avortements thérapeutiques — est manifestement injuste. Elle comporte tellement de barrières potentielles à son propre fonctionnement que la défense qu'elle institue sera,

1988 CanLII 90 (SCC)

who would *prima facie* qualify for the defence, or at least would force such women to travel great distances at substantial expense and inconvenience in order to benefit from a defence that is held out to be generally available.

I conclude that the procedures created in s. 251 of the *Criminal Code* for obtaining a therapeutic abortion do not comport with the principles of fundamental justice. It is not necessary to determine whether s. 7 also contains a substantive content leading to the conclusion that, in some circumstances at least, the deprivation of a pregnant woman's right to security of the person can never comport with fundamental justice. Simply put, assuming Parliament can act, it must do so properly. For the reasons given earlier, the deprivation of security of the person caused by s. 251 as a whole is not in accordance with the second clause of s. 7. It remains to be seen whether s. 251 can be justified for the purposes of s. 1 of the *Charter*.

V

Section 1 Analysis

Section 1 of the *Charter* can potentially be used to "salvage" a legislative provision which breaches s. 7: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *per* Lamer J., at p. 520. The principles governing the necessary analysis under s. 1 were set down in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, and, more precisely, in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. A statutory provision which infringes any section of the *Charter* can only be saved under s. 1 if the party seeking to uphold the provision can demonstrate first, that the objective of the provision is "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom" (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, at p. 352) and second, that the means chosen in overriding the right or freedom are reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. This second aspect ensures that the legislative means are proportional to the legislative ends (*Oakes*, at pp. 139-40). In *Oakes*, at p. 139, the Court referred to three considerations which are typically useful in assessing the

dans de nombreuses circonstances, hors de portée en pratique des femmes qui, au départ, auraient pu s'en prévaloir ou, à tout le moins, forcera ces femmes à se déplacer sur de grandes distances et à subir de grands frais et inconvénients pour bénéficier d'une défense que l'on considère généralement ouverte à tous.

Je conclus que la procédure instituée par l'art. 251 du *Code criminel* pour obtenir un avortement thérapeutique n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. Il n'est pas nécessaire de déterminer si l'art. 7 a aussi un contenu de droit positif dont on peut conclure que, dans certaines circonstances au moins, l'atteinte au droit d'une femme enceinte à la sécurité de sa personne ne peut jamais s'accorder avec la justice fondamentale. En bref, si l'on présume que le Parlement peut agir, il doit le faire de la façon appropriée. Pour les motifs déjà exposés, l'atteinte à la sécurité de la personne causée par l'art. 251 dans son ensemble n'est pas conforme au second volet de l'art. 7. Il reste à voir si l'art. 251 peut être justifié en raison de l'article premier de la *Charte*.

V

Analyse de l'article premier

L'article premier de la *Charte* peut potentiellement servir à «sauvegarder» une disposition législative qui enfreint l'art. 7: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, le juge Lamer, à la p. 520. Les principes régissant l'analyse requise aux termes de l'article premier ont été énoncés dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* et, de façon plus précise encore, dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Une disposition législative qui enfreint un article de la *Charte* ne peut être sauvegardée en vertu de l'article premier que si la partie qui en soutient la validité peut démontrer, en premier lieu, que l'objectif de la disposition est «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution» (arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, à la p. 352) et, en second lieu, que les moyens choisis pour l'emporter sur le droit ou la liberté sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique. Ce second aspect fait en sorte que les moyens législatifs soient propor-

1988 CanLII 90 (SCC)

proportionality of means to ends. First, the means chosen to achieve an important objective should be rational, fair and not arbitrary. Second, the legislative means should impair as little as possible the right or freedom under consideration. Third, the effects of the limitation upon the relevant right or freedom should not be out of proportion to the objective sought to be achieved.

The appellants contended that the sole purpose of s. 251 of the *Criminal Code* is to protect the life and health of pregnant women. The respondent Crown submitted that s. 251 seeks to protect not only the life and health of pregnant women, but also the interests of the foetus. On the other hand, the Crown conceded that the Court is not called upon in this appeal to evaluate any claim to "foetal rights" or to assess the meaning of "the right to life". I expressly refrain from so doing. In my view, it is unnecessary for the purpose of deciding this appeal to evaluate or assess "foetal rights" as an independent constitutional value. Nor are we required to measure the full extent of the state's interest in establishing criteria unrelated to the pregnant woman's own priorities and aspirations. What we must do is evaluate the particular balance struck by Parliament in s. 251, as it relates to the priorities and aspirations of pregnant women and the government's interests in the protection of the foetus.

Section 251 provides that foetal interests are not to be protected where the "life or health" of the woman is threatened. Thus, Parliament itself has expressly stated in s. 251 that the "life or health" of pregnant women is paramount. The procedures of s. 251(4) are clearly related to the pregnant woman's "life or health" for that is the very phrase used by the subsection. As McIntyre J. states in his reasons (at p. 155), the aim of s. 251(4) is "to restrict abortion to cases where the continuation of the pregnancy would, or would likely, be injurious

tionnels aux fins législatives (*Oakes*, aux pp. 139-140). Dans l'arrêt *Oakes*, à la p. 139, la Cour se réfère à trois facteurs particulièrement utiles à l'évaluation de la proportionnalité entre les moyens et les fins. En premier lieu, les moyens choisis pour atteindre un objectif important doivent être rationnels, justes et non arbitraires. En second lieu, les moyens législatifs doivent être de nature à porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en cause. En troisième lieu, les effets de la restriction du droit ou de la liberté en cause ne doivent pas être disproportionnés par rapport à l'objectif recherché.

Les appelants soutiennent que l'art. 251 du *Code criminel* a pour seul but la protection de la vie et de la santé des femmes enceintes. Le ministère public intimé fait valoir que l'art. 251 cherche à protéger non seulement la vie et la santé des femmes enceintes, mais aussi les intérêts du fœtus. D'autre part, le ministère public a reconnu que la Cour n'est pas invitée en l'espèce à évaluer des arguments relatifs aux «droits du fœtus» ni à déterminer le sens du «droit à la vie». Je m'abstiens expressément de me prononcer à cet égard. À mon avis, il n'est pas nécessaire, pour les besoins de l'espèce, d'évaluer ou de déterminer les «droits du fœtus» en tant que valeur constitutionnelle indépendante. Il n'est pas non plus requis de prendre toute la mesure de l'intérêt qu'a l'État à établir des critères indépendants des propres priorités et aspirations d'une femme enceinte. Ce que nous devons faire, c'est évaluer l'équilibre particulier établi par le Parlement à l'art. 251, dans la mesure où il se rapporte aux priorités et aspirations des femmes enceintes et les intérêts qu'a le gouvernement à protéger le fœtus.

L'article 251 prescrit que les intérêts du fœtus ne doivent pas être protégés lorsque "la vie ou la santé" de la femme est en danger. Le Parlement a donc lui-même expressément déclaré à l'art. 251 que "la vie ou la santé" des femmes enceintes l'emporte. Il est clair que la procédure prévue au par. 251(4) se rapporte à "la vie ou la santé" de la femme enceinte, car c'est l'expression même utilisée dans le paragraphe. Comme le juge McIntyre le dit dans ses motifs (à la p. 155), le but du par. 251(4) vise "à limiter l'avortement aux cas où la

1988 CanLII 90 (SCC)

to the life or health of the woman concerned, not to provide unrestricted access to abortion." I have no difficulty in concluding that the objective of s. 251 as a whole, namely, to balance the competing interests identified by Parliament, is sufficiently important to meet the requirements of the first step in the *Oakes* inquiry under s. 1. I think the protection of the interests of pregnant women is a valid governmental objective, where life and health can be jeopardized by criminal sanctions. Like Beetz and Wilson JJ., I agree that protection of foetal interests by Parliament is also a valid governmental objective. It follows that balancing these interests, with the lives and health of women a major factor, is clearly an important governmental objective. As the Court of Appeal stated at p. 366, "the contemporary view [is] that abortion is not always socially undesirable behavior."

I am equally convinced, however, that the means chosen to advance the legislative objectives of s. 251 do not satisfy any of the three elements of the proportionality component of *R. v. Oakes*. The evidence has led me to conclude that the infringement of the security of the person of pregnant women caused by s. 251 is not accomplished in accordance with the principles of fundamental justice. It has been demonstrated that the procedures and administrative structures created by s. 251 are often arbitrary and unfair. The procedures established to implement the policy of s. 251 impair s. 7 rights far more than is necessary because they hold out an illusory defence to many women who would *prima facie* qualify under the exculpatory provisions of s. 251(4). In other words, many women whom Parliament professes not to wish to subject to criminal liability will nevertheless be forced by the practical unavailability of the supposed defence to risk liability or to suffer other harm such as a traumatic late abortion caused by the delay inherent in the s. 251 system. Finally, the effects of the limitation upon the s. 7 rights of many pregnant women are out of proportion to the objective sought to be achieved. Indeed, to the

continuation de la grossesse nuirait ou nuirait probablement à la vie ou à la santé de la femme en cause, et non pas à donner la possibilité illimitée de se faire avorter». Il ne m'est donc pas difficile de conclure que l'objectif de l'art. 251 dans son ensemble, soit d'équilibrer les intérêts en concurrence identifiés par le Parlement, est suffisamment important pour répondre aux exigences du premier volet de l'analyse, selon l'arrêt *Oakes*, au regard de l'article premier. Je pense que la protection des intérêts des femmes enceintes est un objectif gouvernemental valide, lorsque la vie et la santé peuvent être mises en danger par des sanctions criminelles. Comme les juges Beetz et Wilson, je suis d'accord pour dire que la protection des intérêts du fœtus par le Parlement constitue aussi un objectif gouvernemental valide. Il s'ensuit qu'équilibrer ces intérêts, la vie et la santé des femmes étant un facteur majeur, est clairement un objectif gouvernemental important. Comme la Cour d'appel l'a dit à la p. 366 [TRADUCTION] «le point de vue contemporain [est que] l'avortement n'est pas toujours une conduite socialement répréhensible».

Je suis également convaincu, néanmoins, que les moyens choisis pour atteindre les objectifs législatifs de l'art. 251 ne sont conformes à aucun des trois éléments de la proportionnalité énoncée par l'arrêt *R. c. Oakes*. La preuve m'a amené à conclure que l'atteinte à la sécurité de la personne des femmes enceintes causée par l'art. 251 n'est pas conforme avec les principes de justice fondamentale. Il a été démontré que la procédure et les structures administratives instaurées par l'art. 251 sont souvent arbitraires et injustes. La procédure établie pour mettre en œuvre la politique de l'art. 251 porte atteinte aux droits garantis par l'art. 7 au-delà de ce qui est nécessaire, puisqu'elle ne fournit qu'une défense illusoire à nombre de femmes qui, *prima facie*, pourraient se prévaloir des dispositions disculpatoires du par. 251(4). En d'autres termes, beaucoup de femmes que le Parlement prétend ne pas vouloir tenir criminellement responsables seront néanmoins forcées, par l'impossibilité pratique de se prévaloir de cette supposée défense, de prendre le risque d'être tenues responsables ou de s'exposer à un autre danger, tel un avortement tardif traumatisant, en raison des délais inhérents au système de l'art. 251. Enfin,

1988 CanLII 90 (SCC)

extent that s. 251(4) is designed to protect the life and health of women, the procedures it establishes may actually defeat that objective. The administrative structures of s. 251(4) are so cumbersome that women whose health is endangered by pregnancy may not be able to gain a therapeutic abortion, at least without great trauma, expense and inconvenience.

I conclude, therefore, that the cumbersome structure of subs. (4) not only unduly subordinates the s. 7 rights of pregnant women but may also defeat the value Parliament itself has established as paramount, namely, the life and health of the pregnant woman. As I have noted, counsel for the Crown did contend that one purpose of the procedures required by subs. (4) is to protect the interests of the foetus. State protection of foetal interests may well be deserving of constitutional recognition under s. 1. Still, there can be no escape from the fact that Parliament has failed to establish either a standard or a procedure whereby any such interests might prevail over those of the woman in a fair and non-arbitrary fashion.

Section 251 of the *Criminal Code* cannot be saved, therefore, under s. 1 of the *Charter*.

VI

Defence Counsel's Address to the Jury

In his concluding remarks to the jury at the trial of the appellants, defence counsel asserted:

> The judge will tell you what the law is. He will tell you about the ingredients of the offence, what the Crown has to prove, what the defences may be or may not be, and you must take the law from him. But I submit to you that it is up to you and you alone to apply the law to this evidence and you have a right to say it shouldn't be applied.

pour nombre de femmes enceintes, les effets de la limitation des droits garantis par l'art. 7 sont disproportionnés par rapport à l'objectif recherché. D'ailleurs, dans la mesure où le par. 251(4) est conçu pour la protection de la vie et la santé des femmes, la procédure qu'il établit peut, en fait, mettre cet objectif en échec. Les structures administratives du par. 251(4) sont si lourdes que les femmes dont la santé est menacée par leur grossesse peuvent se trouver dans l'impossibilité d'obtenir un avortement thérapeutique, si ce n'est au prix de traumatismes, de dépenses et d'inconvénients majeurs.

Je conclus donc que la structure lourde du par. (4) non seulement assujettit indûment les droits des femmes enceintes en vertu de l'art. 7, mais peut aussi mettre en échec la valeur que le Parlement lui-même a établie comme la plus importante, soit la vie et la santé de la femme enceinte. Comme je l'ai noté, le substitut du procureur général a effectivement plaidé que l'un des buts de la procédure établie par le par. (4) est de protéger les intérêts du fœtus. La protection des intérêts du fœtus par l'État peut bien mériter une reconnaissance constitutionnelle en vertu de l'article premier. Cependant, on ne peut échapper au fait que le Parlement a omis d'établir soit une norme soit une procédure par laquelle de tels intérêts pourraient prévaloir sur ceux de la femme d'une façon juste et non arbitraire.

L'article 251 du *Code criminel* ne peut donc être sauvegardé en vertu de l'article premier de la *Charte*.

VI

La plaidoirie de l'avocat de la défense à l'intention du jury

En terminant sa plaidoirie au procès des appelants, l'avocat de la défense, s'adressant au jury, a déclaré:

> [TRADUCTION] Le juge va vous dire quel est le droit. Il vous dira quels éléments composent l'infraction, ce que le ministère public doit prouver, quelles défenses sont ou ne sont pas admissibles, et vous devez prendre son énoncé du droit. Mais moi je vous dis que c'est à vous, et à vous seul, d'appliquer le droit à ces éléments de preuve et vous avez le droit de dire qu'il ne devrait pas être appliqué.

1988 CanLII 90 (SCC)

The burden of his argument was that the jury should not apply s. 251 if they thought that it was a bad law, and that, in refusing to apply the law, they could send a signal to Parliament that the law should be changed. Although my disposition of the appeal makes it unnecessary, strictly speaking, to review Mr. Manning's argument before the jury, I find the argument so troubling that I feel compelled to comment.

It has long been settled in Anglo-Canadian criminal law that in a trial before judge and jury, the judge's role is to state the law and the jury's role is to apply that law to the facts of the case. In *Joshua v. The Queen*, [1955] A.C. 121 (P.C.), at p. 130, Lord Oaksey enunciated the principle succinctly:

> It is a general principle of British law that on a trial by jury it is for the judge to direct the jury on the law and in so far as he thinks necessary on the facts, but the jury, whilst they must take the law from the judge, are the sole judges on the facts.

The jury is one of the great protectors of the citizen because it is composed of twelve persons who collectively express the common sense of the community. But the jury members are not expert in the law, and for that reason they must be guided by the judge on questions of law.

The contrary principle contended for by Mr. Manning, that a jury may be encouraged to ignore a law it does not like, could lead to gross inequities. One accused could be convicted by a jury who supported the existing law, while another person indicted for the same offence could be acquitted by a jury who, with reformist zeal, wished to express disapproval of the same law. Moreover, a jury could decide that although the law pointed to a conviction, the jury would simply refuse to apply the law to an accused for whom it had sympathy. Alternatively, a jury who feels antipathy towards an accused might convict despite a law which points to acquittal. To give a harsh but I think telling example, a jury fueled by the passions of racism could be told that they need not apply the law against murder to a white man who had killed a black man. Such a possibility need only be stated to reveal the potentially frightening implications of

Essentiellement, cette plaidoirie soutient que le jury ne devrait pas appliquer l'art. 251 s'il pense qu'il s'agit d'une mauvaise loi et que, en refusant d'appliquer la loi, il signale au Parlement qu'il faut la changer. Quoique, vu la façon dont je me prononce en l'espèce, il ne me soit pas nécessaire, à strictement parler, d'examiner la plaidoirie de Me Manning devant le jury, l'argument m'a paru si troublant que je me sens obligé de le commenter.

Il est établi depuis longtemps en droit criminel anglo-canadien que, dans un procès devant un juge et un jury, le rôle du juge consiste à dire le droit et celui du jury à appliquer ce droit aux faits de l'espèce. Dans l'arrêt *Joshua v. The Queen*, [1955] A.C. 121 (C.P.), à la p. 130, Lord Oaksey énonce succinctement ce principe:

> [TRADUCTION] C'est un principe général du droit britannique qu'au cours d'un procès par jury, il appartient au juge d'instruire le jury sur le droit et, dans la mesure où il l'estime nécessaire, sur les faits, mais que le jury, s'il doit prendre le droit tel qu'il lui est dicté par le juge, reste seul juge des faits.

Le jury est l'un des grands protecteurs du citoyen puisqu'il est composé de douze personnes qui expriment collectivement le bon sens de la société. Mais les membres du jury ne sont pas des experts en droit et, pour cette raison, ils doivent être guidés par le juge sur les questions de droit.

Le principe contraire avancé par Me Manning selon lequel on peut encourager le jury à ignorer une règle de droit qu'il n'aime pas, pourrait conduire à de graves inéquités. Un jury pourrait appliquer le droit en vigueur et condamner un accusé alors qu'un autre jury, plein de zèle réformiste, acquitterait un autre inculpé de la même infraction pour exprimer sa désapprobation du même principe. En outre, le jury pourrait décider que, si la loi oblige à condamner, il refuse néanmoins d'appliquer la loi à un accusé sympathique. Au contraire, un jury auquel un accusé est antipathique pourrait le condamner, en dépit de la loi qui exige l'acquittement. Pour donner un exemple brutal mais, me semble-t-il, frappant, un jury entraîné par les passions du racisme pourrait se faire dire qu'il n'a pas à appliquer, à un blanc qui a tué un noir, la loi qui interdit le meurtre. Il suffit d'évoquer cette possibilité pour saisir les répercussions potentielle-

1988 CanLII 90 (SCC)

Mr. Manning's assertions. The dangerous argument that a jury may be encouraged to disregard the law was castigated as long ago as 1784 by Lord Mansfield in a criminal libel case, *R. v. Shipley* (1784), 4 Dougl. 73, 99 E.R. 774, at p. 824:

So the jury who usurp the judicature of law, though they happen to be right, are themselves wrong, because they are right by chance only, and have not taken the constitutional way of deciding the question. It is the duty of the Judge, in all cases of general justice, to tell the jury how to do right, though they have it in their power to do wrong, which is a matter entirely between God and their own consciences.

To be free is to live under a government by law .... Miserable is the condition of individuals, dangerous is the condition of the State, if there is no certain law, or, which is the same thing, no certain administration of law, to protect individuals, or to guard the State.

. . .

In opposition to this, what is contended for? — That the law shall be, in every particular cause, what any twelve men, who shall happen to be the jury, shall be inclined to think; liable to no review, and subject to no control, under all the prejudices of the popular cry of the day, and under all the bias of interest in this town, where thousands, more or less, are concerned in the publication of newspapers, paragraphs, and pamphlets. Under such an administration of law, no man could tell, no counsel could advise, whether a paper was or was not punishable.

I can only add my support to that eloquent statement of principle.

It is no doubt true that juries have a *de facto* power to disregard the law as stated to the jury by the judge. We cannot enter the jury room. The jury is never called upon to explain the reasons which lie behind a verdict. It may even be true that in some limited circumstances the private decision of a jury to refuse to apply the law will constitute, in the words of a Law Reform Commission of Canada working paper, "the citizen's ultimate protection against oppressive laws and the oppressive enforcement of the law" (Law Reform Commission of Canada, Working Paper 27, *The Jury in Criminal Trials* (1980)). But recognizing this reality is a far cry from suggesting that coun-

ment effrayantes des assertions de Me Manning. Lord Mansfield critiquait déjà en 1784 ce dangereux argument qu'un jury peut être encouragé à ne pas tenir compte de la loi dans une affaire de libelle criminel dans l'arrêt *R. v. Shipley* (1784), 4 Dougl. 73, 99 E.R. 774, à la p. 824:

[TRADUCTION] Ainsi le jury qui usurpe le pouvoir de se prononcer sur la loi, même s'il se trouve à juger bien, a néanmoins tort, parce qu'il juge bien par pur hasard, sans emprunter la façon constitutionnelle de trancher la question. C'est le devoir du juge, dans toutes les affaires de droit commun, de dire aux jurés comment rendre justice, bien qu'il soit en leur pouvoir de ne pas la rendre, ce qui est une affaire entièrement entre Dieu et leur propre conscience.

Être libre, c'est vivre sous la tutelle de la loi [... Misérable est la condition des individus, dangereuse est celle de l'État, si aucune loi n'est certaine ou, ce qui revient au même, s'il n'y a aucune certitude qu'elle sera appliquée pour protéger les individus ou garder l'État.

. . .

Contre cela que prétend-on? — Que la loi doit être, dans chaque cas particulier, ce que douze hommes, dont le hasard a voulu qu'ils forment le jury, sont enclins à penser; et cela sans qu'aucun appel ne soit possible, hors de tout contrôle, sous l'influence de tous les préjugés de la rumeur publique du jour et de la partialité engendrée par l'intérêt dans cette ville alors que des milliers, à peu de chose près, ont intérêt à ce que soient publiés journaux, brochures et dépliants. Selon une telle application de la loi, nul ne pourrait dire, aucun avocat ne pourrait donner pour avis qu'un article est ou non sujet à sanction.

Je ne puis que souscrire à cet énoncé éloquent du principe.

Certes, il est vrai que le jury jouit *de facto* du pouvoir de ne pas tenir compte des règles de droit que lui dicte le juge. Nous ne pouvons pénétrer dans la salle des délibérations du jury. Le jury n'a jamais à expliquer les raisons qui sous-tendent son verdict. Il se peut même que, dans certaines circonstances limitées, la décision secrète d'un jury de refuser d'appliquer la loi fasse de lui, pour reprendre les termes du document de travail de la Commission de réforme du droit du Canada: le "protecteur ultime des citoyens contre l'application arbitraire de la loi et contre l'oppression du gouvernement" (C.R.D.C., Document de travail 27, *Le jury en droit pénal* (1980)). Mais reconnaître

1990 CanLII 90 (SCC)

sel may encourage a jury to ignore a law they do not support or to tell a jury that it has a right to do so. The difference between accepting the reality of *de facto* discretion in applying the law and elevating such discretion to the level of a right was stated clearly by the United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, in *United States v. Dougherty*, 473 F.2d 1113 (1972), *per* Leventhal J., at p. 1134:

> The jury system has worked out reasonably well overall, providing "play in the joints" that imparts flexibility and avoid[s] undue rigidity. An equilibrium has evolved — an often marvelous balance — with the jury acting as a "safety valve" for exceptional cases, without being a wildcat or runaway institution. There is reason to believe that the simultaneous achievement of modest jury equity and avoidance of intolerable caprice depends on formal instructions that do not expressly delineate a jury charter to carve out its own rules of law.

To accept Mr. Manning's argument that defence counsel should be able to encourage juries to ignore the law would be to disturb the "marvelous balance" of our system of criminal trials before a judge and jury. Such a disturbance would be irresponsible. I agree with the trial judge and with the Court of Appeal that Mr. Manning was quite simply wrong to say to the jury that if they did not like the law they need not enforce it. He should not have done so.

VII

Conclusion

Section 251 of the *Criminal Code* infringes the right to security of the person of many pregnant women. The procedures and administrative structures established in the section to provide for therapeutic abortions do not comply with the principles of fundamental justice. Section 7 of the *Charter* is infringed and that infringement cannot be saved under s. 1.

In oral argument, counsel for the Crown submitted that if the Court were to hold that procedural aspects of s. 251 infringed the *Charter*, only the procedures set out in the section should be struck

ce fait est très loin de suggérer qu'un avocat peut encourager un jury à méconnaître une loi qui ne lui plaît pas ou à lui dire qu'il a le droit de le faire. La différence entre l'acceptation du pouvoir discrétionnaire *de facto* d'appliquer la loi et l'élévation de ce pouvoir au niveau d'un droit a été exposée clairement par la United States Court of Appeals du district de Columbia, dans l'arrêt *United States v. Dougherty*, 473 F.2d 1113 (1972), le juge Leventhal, à la p. 1134:

> [TRADUCTION] Le système du jury fonctionne raisonnablement bien pourvu qu'il y ait «du jeu entre les joints» garantissant sa souplesse et évitant une trop grande rigidité. Un équilibre s'est établi — un équilibre souvent merveilleux — le jury servant de «soupape» dans des cas exceptionnels, sans aller jusqu'à se comporter comme un cheval fou ou comme une machine emballée. On aura raison de croire, pour que le jury arrive simultanément à faire modestement preuve d'équité et à éviter certains caprices intolérables, que cela dépend d'instructions formelles ne délimitant pas expressément une charte par laquelle le jury se doterait de ses propres règles de droit.

Accepter l'argument de Me Manning, qu'un avocat de la défense devrait pouvoir encourager le jury à méconnaître le droit, romprait le «merveilleux équilibre» de notre système de procès criminels par juge et jury. Un tel changement serait irresponsable. Je partage l'avis du juge du procès et de la Cour d'appel que Me Manning a tout simplement eu tort de dire au jury que si la loi ne lui plaisait pas, il pouvait ne pas l'appliquer. Il n'aurait pas dû le faire.

VII

Conclusion

L'article 251 du *Code criminel* porte atteinte au droit à la sécurité de la personne d'un grand nombre de femmes enceintes. La procédure et les structures administratives établies par l'article pour obtenir des avortements thérapeutiques ne sont pas conformes aux principes de justice fondamentale. Il y a atteinte à l'art. 7 de la *Charte*, atteinte que l'article premier ne saurait permettre.

Au cours des plaidoiries, l'avocat du ministère public a fait valoir que si la Cour devait juger que l'aspect procédural de l'art. 251 enfreignait la *Charte*, seule la procédure établie par l'article

1988 CanLII 90 (SCC)

down, that is subss. (4) and (5). After being pressed with questions from the bench, Ms. Wein conceded that the whole of s. 251 should fall if it infringed s. 7. Mr. Blacklock for the Attorney General of Canada took the same position. This was a wise approach, for in *Morgentaler (1975)*, at p. 676, the Court held that "s. 251 contains a comprehensive code on the subject of abortions, unitary and complete within itself". Having found that this "comprehensive code" infringes the *Charter*, it is not the role of the Court to pick and choose among the various aspects of s. 251 so as effectively to re-draft the section. The appeal should therefore be allowed and s. 251 as a whole struck down under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

The first constitutional question is therefore answered in the affirmative as regards s. 7 of the *Charter* only. The second question, as regards s. 7 of the *Charter* only, is answered in the negative. Questions 3, 4 and 5 are answered in the negative. I answer question 6 in the manner proposed by Beetz J. It is not necessary to answer question 7.

The reasons of Beetz and Estey JJ. were delivered by

BEETZ J.—I have had the advantage of reading the reasons for judgment written by the Chief Justice, as well as the reasons written by Justice McIntyre and Justice Wilson.

I agree with the Chief Justice and Wilson J. that this case finds its resolution in the answers to the first two constitutional questions stated by the Chief Justice in so far as those questions relate to s. 7 and s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Although the greatest part of my reasons is devoted to responding to the first two constitutional questions, I consider it necessary to answer the sixth constitutional question concerning the validity of s. 605(1)(*a*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, under the *Charter* in order to establish the Crown's right to appeal the verdict of acquittal in this case. Finally, I have decided that it is appropriate to address the appellants' arguments pertaining to s. 91(27) and s. 96 of the

devrait alors être annulée, soit les par. (4) et (5). Pressée de questions par la Cour, Me Wein a finalement concédé que tout l'art. 251 doit tomber s'il enfreint l'art. 7. Me Blacklock a pris la même position au nom du procureur général du Canada. C'était fort sage, car dans l'arrêt *Morgentaler (1975)*, à la p. 676, la Cour a jugé que: «l'art. 251 est un code sur l'avortement, un code entier et complet en lui-même». Ayant jugé que ce «code entier» enfreint la *Charte*, il n'appartient pas à la Cour de sélectionner divers aspects de l'art. 251 pour, en fait, réécrire l'article. Le pourvoi doit donc être accueilli et l'art. 251, en son entier, annulé en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

La première question constitutionnelle reçoit donc une réponse affirmative en ce qui concerne l'art. 7 de la *Charte* uniquement. La deuxième question reçoit une réponse négative en ce qui concerne l'art. 7 de la *Charte* uniquement. Les troisième, quatrième et cinquième questions reçoivent une réponse négative. Je réponds à la sixième question comme le propose le juge Beetz. Il n'est pas nécessaire de répondre à la septième question.

Version française des motifs des juges Beetz et Estey rendus par

LE JUGE BEETZ—J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs rédigés par le Juge en chef, ainsi que de ceux rédigés par le juge McIntyre et par le juge Wilson.

Je suis d'accord avec le Juge en chef et le juge Wilson pour dire que cette affaire trouve sa solution dans les réponses aux deux premières questions constitutionnelles formulées par le Juge en chef, dans la mesure où ces questions concernent l'art. 7 et l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Quoique la plus grande partie de mes motifs soit consacrée à répondre aux deux premières questions constitutionnelles, je considère qu'il est nécessaire de répondre à la sixième question constitutionnelle qui porte sur la validité de l'al. 605(1)*a*) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, aux termes de la *Charte* afin d'établir le droit de la poursuite d'en appeler du verdict d'acquittement en l'espèce. Enfin, j'ai décidé qu'il

1988 CanLII 90 (SCC)

Constitution Act, 1867, as well as the argument that s. 251 of the *Criminal Code* is in effect an unconstitutional delegation of legislative power.

Like the Chief Justice and Wilson J., I would allow the appeal and answer the first constitutional question in the affirmative and the second constitutional question in the negative. This however is a result which I reach for reasons which differ from those of the Chief Justice and those of Wilson J.

I find it convenient to outline at the outset the steps which lead me to this result:

I — Before the advent of the *Charter*, Parliament recognized, in adopting s. 251(4)(*c*) of the *Criminal Code*, that the interest in the life or health of the pregnant woman takes precedence over the interest in prohibiting abortions, including the interest of the state in the protection of the foetus, when "the continuation of the pregnancy of such female person would or would be likely to endanger her life or health". In my view, this standard in s. 251(4) became entrenched at least as a minimum when the "right to life, liberty and security of the person" was enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* at s. 7.

II — "Security of the person" within the meaning of s. 7 of the *Charter* must include a right of access to medical treatment for a condition representing a danger to life or health without fear of criminal sanction. If an act of Parliament forces a pregnant woman whose life or health is in danger to choose between, on the one hand, the commission of a crime to obtain effective and timely medical treatment and, on the other hand, inadequate treatment or no treatment at all, her right to security of the person has been violated.

III — According to the evidence, the procedural requirements of s. 251 of the *Criminal Code* significantly delay pregnant women's access to medical treatment resulting in an additional danger to their health, thereby depriving them of their right to security of the person.

était approprié d'analyser les arguments des appelants relativement au par. 91(27) et à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de même que l'argument selon lequel l'art. 251 du *Code criminel* est en fait une délégation inconstitutionnelle du pouvoir législatif.

À l'instar du Juge en chef et du juge Wilson, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de répondre à la première question constitutionnelle par l'affirmative et à la seconde par la négative. J'arrive cependant à ce résultat pour des motifs différents de ceux du Juge en chef et de ceux du juge Wilson.

Il me paraît utile d'exposer dès le départ la démarche qui m'a conduit à ce résultat:

I – Avant l'avènement de la *Charte*, le législateur fédéral a reconnu, en adoptant l'al. 251(4)*c*) du *Code criminel*, que l'intérêt que représente la vie ou la santé de la femme enceinte l'emporte sur celui qu'il y a à interdire les avortements, y compris l'intérêt qu'a l'État dans la protection du fœtus, lorsque «la continuation de la grossesse de cette personne du sexe féminin mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière». À mon avis, ce critère du par. 251(4) a été consacré au moins comme un minimum lorsque le «droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne» a été enchâssé dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, à l'art. 7.

II – L'expression «sécurité de la personne», au sens de l'art. 7 de la *Charte*, doit inclure le droit au traitement médical d'un état dangereux pour la vie ou la santé, sans menace de répression pénale. Si une loi du Parlement force une femme enceinte dont la vie ou la santé est en danger à choisir entre, d'une part, la perpétration d'un crime pour obtenir un traitement médical efficace en temps opportun et, d'autre part, un traitement inadéquat, voire aucun traitement, son droit à la sécurité de sa personne a été violé.

III – D'après la preuve soumise, les exigences que pose l'art. 251 du *Code criminel* en matière de procédure ont pour effet de retarder sensiblement l'obtention par les femmes enceintes d'un traitement médical, ce qui cause un danger additionnel pour leur santé et porte atteinte, par le fait même, à leur droit à la sécurité de leur personne.

1988 CanLII 90 (SCC)

IV — The deprivation referred to in the preceding proposition does not accord with the principles of fundamental justice. While Parliament is justified in requiring a reliable, independent and medically sound opinion as to the "life or health" of the pregnant woman in order to protect the state interest in the foetus, and while any such statutory mechanism will inevitably result in some delay, certain of the procedural requirements of s. 251 of the *Criminal Code* are nevertheless manifestly unfair. These requirements are manifestly unfair in that they are unnecessary in respect of Parliament's objectives in establishing the administrative structure and that they result in additional risks to the health of pregnant women.

V — The primary objective of s. 251 of the *Criminal Code* is the protection of the foetus. The protection of the life and health of the pregnant woman is an ancillary objective. The primary objective does relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society and which, pursuant to s. 1 of the *Charter*, justify reasonable limits to be put on a woman's right. However, rules unnecessary in respect of the primary and ancillary objectives which they are designed to serve, such as some of the rules contained in s. 251, cannot be said to be rationally connected to these objectives under s. 1 of the *Charter*. Consequently, s. 251 does not constitute a reasonable limit to the security of the person.

It is not necessary to decide whether there is a proportionality between the effects of s. 251 and the objective of protecting the foetus, nor is it necessary to answer the question concerning the circumstances in which there is a proportionality between the effects of s. 251 which limit the right of pregnant women to security of the person and the objective of the protection of the foetus. But I feel bound to observe that the objective of protecting the foetus would not justify the severity of the breach of pregnant women's right to security of the person which would result if the exculpatory provision of s. 251 was completely removed from the *Criminal Code*. However, a rule that would require a higher degree of danger to health in the

IV – L'atteinte mentionnée dans la proposition précédente n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. Quoique le Parlement soit justifié d'exiger une opinion médicale éclairée, indépendante et fiable relativement à «la vie ou la santé» de la femme enceinte pour protéger l'intérêt qu'a l'État à l'égard du fœtus et quoiqu'un tel dispositif législatif entraîne inévitablement des délais, certaines des exigences en matière de procédure posées par l'art. 251 du *Code criminel* sont nettement injustes. Ces exigences sont nettement injustes en ce sens qu'elles sont inutiles au regard des objectifs poursuivis par le Parlement en établissant la structure administrative et qu'elles entraînent des risques additionnels pour la santé des femmes enceintes.

V – L'objectif premier de l'art. 251 du *Code criminel* est la protection du fœtus. La protection de la vie et de la santé de la femme enceinte est un objectif secondaire. L'objectif premier touche effectivement à des questions qui sont urgentes et importantes dans une société libre et démocratique et qui, conformément à l'article premier de la *Charte*, justifient que des limites raisonnables soient imposées au droit d'une femme. Toutefois, on ne peut dire que les règles inutiles aux fins des objectifs premier et secondaire qu'elles sont censées appuyer, comme certaines des règles de l'art. 251, ont un lien rationnel avec ces objectifs aux termes de l'article premier de la *Charte*. Par conséquent, l'art. 251 ne constitue pas une limite raisonnable à la sécurité de la personne.

Il n'est pas nécessaire de décider s'il existe une proportionnalité entre les effets de l'art. 251 et l'objectif de la protection du fœtus pas plus qu'il est nécessaire de répondre à la question relative aux circonstances dans lesquelles il y a proportionnalité entre les effets de l'art. 251 qui limite le droit des femmes enceintes à la sécurité de leur personne et l'objectif de la protection du fœtus. Mais je tiens à souligner que l'objectif de la protection du fœtus ne justifierait pas la gravité de la violation du droit des femmes enceintes à la sécurité de leur personne qui se produirait si la disposition disculpatoire de l'art. 251 était totalement exclue du *Code criminel*. Toutefois, une règle qui imposerait que la santé soit plus gravement mena-

1988 Carswell, Inc. (CCH)

latter months of pregnancy, as opposed to the early months, for an abortion to be lawful, could possibly achieve a proportionality which would be acceptable under s. 1 of the *Charter*.

I — Section 251 of the *Criminal Code*

Section 251 of the *Criminal Code* provides:

251. (1) Every one who, with intent to procure the miscarriage of a female person, whether or not she is pregnant, uses any means for the purpose of carrying out his intention is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life.

(2) Every female person who, being pregnant, with intent to procure her own miscarriage, uses any means or permits any means to be used for the purpose of carrying out her intention is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for two years.

(3) In this section, "means" includes

(*a*) the administration of a drug or other noxious thing,

(*b*) the use of an instrument, and

(*c*) manipulation of any kind.

(4) Subsections (1) and (2) do not apply to

(*a*) a qualified medical practitioner, other than a member of a therapeutic abortion committee for any hospital, who in good faith uses in an accredited or approved hospital any means for the purpose of carrying out his intention to procure the miscarriage of a female person, or

(*b*) a female person who, being pregnant, permits a qualified medical practitioner to use in an accredited or approved hospital any means described in paragraph (*a*) for the purpose of carrying out her intention to procure her own miscarriage,

if, before the use of those means, the therapeutic abortion committee for that accredited or approved hospital, by a majority of the members of the committee and at a meeting of the committee at which the case of such female person has been reviewed,

(*c*) has by certificate in writing stated that in its opinion the continuation of the pregnancy of such female person would or would be likely to endanger her life or health, and

(*d*) has caused a copy of such certificate to be given to the qualified medical practitioner.

(5) The Minister of Health of a province may by order

cée dans les derniers mois de la grossesse que dans les premiers mois pour qu'un avortement soit licite, pourrait atteindre un degré de proportionnalité acceptable aux termes de l'article premier de la *Charte*.

I – L'article 251 du *Code criminel*

L'article 251 du *Code criminel* prévoit:

251. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité, quiconque, avec l'intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin, qu'elle soit enceinte ou non, emploie quelque moyen pour réaliser son intention.

(2) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans, toute personne du sexe féminin qui, étant enceinte, avec l'intention d'obtenir son propre avortement, emploie, ou permet que soit employé quelque moyen pour réaliser son intention.

(3) Au présent article, l'expression «moyen» comprend

a) l'administration d'une drogue ou autre substance délétère,

b) l'emploi d'un instrument, et

c) toute manipulation.

(4) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent pas

a) à un médecin qualifié, autre qu'un membre d'un comité de l'avortement thérapeutique de quelque hôpital, qui emploie de bonne foi dans un hôpital accrédité ou approuvé, quelque moyen pour réaliser son intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin, ou

b) à une personne du sexe féminin qui, étant enceinte, permet à un médecin qualifié d'employer, dans un hôpital accrédité ou approuvé, quelque moyen mentionné à l'alinéa *a*) aux fins de réaliser son intention d'obtenir son propre avortement,

si, avant que ces moyens ne soient employés, le comité de l'avortement thérapeutique de cet hôpital accrédité ou approuvé, par décision de la majorité des membres du comité et lors d'une réunion du comité au cours de laquelle le cas de cette personne du sexe féminin a été examiné,

c) a déclaré par certificat qu'à son avis la continuation de la grossesse de cette personne du sexe féminin mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière, et

d)a fait remettre une copie de ce certificat au médecin qualifié.

(5) Le ministre de la Santé d'une province peut, par ordonnance,

1988 CanLII 90 (SCC)

(*a*) require a therapeutic abortion committee for any hospital in that province, or any member thereof, to furnish to him a copy of any certificate described in paragraph (4)(*c*) issued by that committee, together with such other information relating to the circumstances surrounding the issue of that certificate as he may require, or

(*b*) require a medical practitioner who, in that province, has procured the miscarriage of any female person named in a certificate described in paragraph (4)(*c*), to furnish to him a copy of that certificate, together with such other information relating to the procuring of the miscarriage as he may require.

(6) For the purposes of subsections (4) and (5) and this subsection

"accredited hospital" means a hospital accredited by the Canadian Council on Hospital Accreditation in which diagnostic services and medical, surgical and obstetrical treatment are provided;

"approved hospital" means a hospital in a province approved for the purposes of this section by the Minister of Health of that province;

"board" means the board of governors, management or directors, or the trustees, commission or other person or group of persons having the control and management of an accredited or approved hospital;

"Minister of Health" means

(*a*) in the Provinces of Ontario, Quebec, New Brunswick, Manitoba, Newfoundland and Prince Edward Island, the Minister of Health,

(*a*.1) in the Province of Alberta, the Minister of Hospitals and Medical Care,

(*b*) in the Province of British Columbia, the Minister of Health Services and Hospital Insurance,

(*c*) in the Provinces of Nova Scotia and Saskatchewan, the Minister of Public Health, and

(*d*) in the Yukon Territory and the Northwest Territories, the Minister of National Health and Welfare;

"qualified medical practitioner" means a person entitled to engage in the practice of medicine under the laws of the province in which the hospital referred to in subsection (4) is situated;

a) requérir un comité de l'avortement thérapeutique de quelque hôpital, dans cette province, ou un membre de ce comité, de lui fournir une copie d'un certificat mentionné à l'alinéa (4)*c*) émis par ce comité, ainsi que les autres renseignements qu'il peut exiger au sujet des circonstances entourant l'émission de ce certificat, ou

b) requérir un médecin qui, dans cette province, a procuré l'avortement d'une personne de sexe féminin nommée dans un certificat mentionné à l'alinéa (4)*c*) de lui fournir une copie de ce certificat, ainsi que les autres renseignements qu'il peut exiger au sujet de l'obtention de l'avortement.

(6) Aux fins des paragraphes (4) et (5) et du présent paragraphe,

«comité de l'avortement thérapeutique» d'un hôpital désigne un comité formé d'au moins trois membres qui sont tous des médecins qualifiés, nommé par le conseil de cet hôpital pour examiner et décider les questions relatives aux arrêts de grossesse dans cet hôpital;

«conseil» désigne le conseil des gouverneurs, le conseil de direction ou le conseil d'administration ou les *trustees*, la commission ou une autre personne ou un autre groupe de personnes ayant le contrôle et la direction d'un hôpital accrédité ou approuvé;

«hôpital accrédité» désigne un hôpital accrédité par le Conseil canadien d'accréditation des hôpitaux, dans lequel sont fournis des services de diagnostic et des traitements médicaux, chirurgicaux et obstétricaux;

«hôpital approuvé» désigne un hôpital approuvé aux fins du présent article par le ministre de la Santé de la province où il se trouve;

«médecin qualifié» désigne une personne qui a le droit d'exercer la médecine en vertu des lois de la province dans laquelle est situé l'hôpital mentionné au paragraphe (4);

«ministre de la Santé» désigne

a) dans la province d'Ontario, de Québec, du Nouveau-Brunswick, du Manitoba, de Terre-Neuve et de l'Île-du-Prince-Édouard, le ministre de la Santé;

a.1) dans la province d'Alberta, le ministre de la Santé (hôpitaux et assurance-maladie);

b) dans la province de Colombie-Britannique, le ministre des Services de santé et de l'assurance-hospitalisation,

c) dans les provinces de Nouvelle-Écosse et de Saskatchewan, le ministre de la Santé publique, et,

1988 Can LII 90 (SCC)

"therapeutic abortion committee" for any hospital means a committee, comprised of not less than three members each of whom is a qualified medical practitioner, appointed by the board of that hospital for the purpose of considering and determining questions relating to terminations of pregnancy within that hospital.

(7) Nothing in subsection (4) shall be construed as making unnecessary the obtaining of any authorization or consent that is or may be required, otherwise than under this Act, before any means are used for the purpose of carrying out an intention to procure the miscarriage of a female person.

Subsection (1) defines the indictable offence committed when a person uses any means for the purpose of carrying out his or her intention of procuring the miscarriage of a female person. Subsection (2) states that a pregnant woman who uses any means or permits any means to be used for the purpose of procuring her own miscarriage is guilty of an indictable offence with a lesser maximum penalty. Subsection (3) defines the expression "means" for s. 251.

Subsection (4), when read in conjunction with subss. (5), (6) and (7), outlines the circumstances in which an abortion can be lawfully performed. For the purposes of this appeal in which the existence of a constitutional right of access to abortion and the extent of that right is in issue, it is of special importance to understand the circumstances in which Parliament decriminalized abortion and thereby rendered it available without criminal sanction under ordinary law. Indeed, before the advent of the *Charter*, Parliament recognized that the interest in the life or health of the pregnant woman takes precedence over the interest in prohibiting abortions, including the interest of the state in the protection of the foetus, when the continuation of the pregnancy would or would be likely to endanger the pregnant woman's life or health. Access to lawful abortion under the *Criminal Code*, albeit in limited circumstances, exists independently of any right which may or may not be founded upon the *Charter*.

As its opening words make plain, subs. (4) is an exculpatory provision: subss. (1) and (2), which

d) dans le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest, le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social.

(7) Rien au paragraphe (4) ne doit s'interpréter de manière à faire disparaître la nécessité d'obtenir une autorisation ou un consentement qui est ou peut être requis, autrement qu'en vertu de la présente loi, avant l'emploi de moyens destinés à réaliser une intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin.

Le paragraphe (1) définit l'acte criminel commis lorsqu'une personne recourt à un moyen quelconque pour réaliser son intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin. Le paragraphe (2) stipule qu'une femme enceinte qui emploie, ou permet que soit employé, un moyen quelconque pour réaliser son intention d'obtenir son propre avortement est coupable d'un acte criminel assorti d'une peine maximale moindre. Le paragraphe (3) définit ce que comprend l'expression «moyen» aux fins de l'art. 251.

Le paragraphe (4), conjugué aux par. (5), (6) et (7), décrit les circonstances dans lesquelles un avortement peut être légalement pratiqué. Pour les fins du présent pourvoi où l'existence d'un droit constitutionnel à l'avortement et l'étendue de ce droit sont en cause, il est particulièrement important de comprendre les circonstances dans lesquelles le Parlement a décriminalisé l'avortement et l'a ainsi rendu possible sans que l'on s'expose à des sanctions criminelles en vertu de la loi. Avant même l'avènement de la *Charte*, le Parlement a reconnu que l'intérêt que représente la vie ou la santé de la femme enceinte l'emporte sur celui qu'il y a à interdire les avortements, y compris l'intérêt qu'a l'État dans la protection du fœtus, lorsque la continuation de la grossesse mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de la femme enceinte. La possibilité d'obtenir un avortement licite en vertu du *Code criminel*, quoique dans des circonstances limitées, existe indépendamment de tout droit pouvant ou non être fondé sur la *Charte*.

Comme il ressort clairement de son exorde, le par. (4) est une disposition disculpatoire: les par.

1988 CanLII 90 (SCC)

indicate when conduct related to procuring a miscarriage is an indictable offence, "do not apply" when the terms of subs. (4) are respected. Until section 18 of the *Criminal Law Amendment Act, 1968-69*, S.C. 1968-69, c. 38, added subss. (4), (5), (6) and (7), there was no statutory exception to the crime of abortion. In the case at bar, the Ontario Court of Appeal (1985), 52 O.R. (2d) 353, explained the historical significance of the adoption in 1969 of these exculpatory provisions in the following terms, at p. 366:

> By defining criminal conduct more narrowly, these amendments reflected the contemporary view that abortion is not always socially undesirable behaviour.

Access to abortion without risk of criminal penalty under the *Criminal Code* is expressed by Parliament in subss. (4), (5), (6) and (7) of s. 251 as relieving provisions in respect of the indictable offences defined at s. 251(1) and (2). According to Laskin C.J. (dissenting) in *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616 [hereinafter "*Morgentaler (1975)*"], these relieving provisions "simply permit a person to make conduct lawful which would otherwise be unlawful" (at p. 631). In the same case, Pigeon J. said that in 1969 "an explicit and specific definition was made of the circumstances under which an abortion could lawfully be performed" (at p. 660).

What is important, for our purposes, in considering subs. (4) is not, of course, the name we give to the exculpatory rule but the rule itself: Parliament has recognized that circumstances exist in which an abortion can be procured lawfully. The Court of Appeal observed, *supra*, at p. 378:

> A woman's only right to an abortion at the time the Charter came into force would accordingly appear to be that given to her by s-s. (4) of s. 251.

Given that it appears in a criminal law statute, s. 251(4) cannot be said to create a "right", much less a constitutional right, but it does represent an exception decreed by Parliament pursuant to what the Court of Appeal aptly called "the contempo-

(1) et (2), qui indiquent quand un comportement lié à une interruption de grossesse est un acte criminel, «ne s'appliquent pas» lorsque les conditions du par. (4) sont remplies. Jusqu'à ce que l'art. 18 de la *Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal*, S.C. 1968-69, chap. 38, ajoute les par. (4), (5), (6) et (7), il n'y avait aucune exception légale au crime d'avortement. En l'espèce, la Cour d'appel de l'Ontario (1985), 52 O.R. (2d) 353, explique la signification historique de l'adoption, en 1969, de ces dispositions discupaltoires dans les termes suivants, à la p. 366:

> [TRADUCTION] En définissant la conduite criminelle plus étroitement, ces modifications reflétaient le point de vue contemporain selon lequel l'avortement n'est pas toujours une conduite socialement répréhensible.

La possibilité d'obtenir un avortement, sans s'exposer à une peine criminelle en vertu du *Code criminel*, est exprimée par le législateur aux par. 251(4), (5), (6) et (7), sous la forme de clauses d'exception relativement aux actes criminels définis aux par. 251(1) et (2). Selon le juge en chef Laskin (dissident) dans l'affaire *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616 [ci-après l'arrêt «*Morgentaler (1975)*»], ces clauses d'exception «permet[tent] simplement de poser légalement un geste qui autrement serait illégal» (à la p. 631). Dans la même affaire, le juge Pigeon affirme qu'en 1969 «les circonstances requises pour qu'un avortement puisse être légalement pratiqué ont été définies de façon explicite et spécifique» (à la p. 660).

Ce qui importe lors de l'étude du par. (4), ce n'est pas, bien entendu, l'appellation donnée à la règle disculpatoire mais la règle elle-même: le législateur a reconnu qu'il y a des circonstances dans lesquelles un avortement peut être pratiqué licitement. La Cour d'appel fait observer dans son arrêt, précité, à la p. 378:

> [TRADUCTION] Le seul droit à l'avortement que possédait une femme à l'époque où la Charte est entrée en vigueur, semblerait donc être celui que lui conférait le par. 251(4).

Étant donné qu'il se trouve dans une loi traitant de droit criminel, on ne saurait dire que le par. 251(4) crée un «droit», encore moins un droit constitutionnel; mais il représente néanmoins une exception, décrétée par le législateur conformément à ce que

1988 Can LII 90 (SCC)

rary view that abortion is not always socially undesirable behaviour". Examining the content of the rule by which Parliament decriminalizes abortion is the most appropriate first step in considering the validity of s. 251 as against the constitutional right to abortion alleged by the appellants in argument.

By enacting subss. (4), (5), (6) and (7) of s. 251 in 1969, Parliament endeavoured to decriminalize abortion in one circumstance, described in substantive terms in s. 251(4)(*c*): when the continuation of the pregnancy of the woman would or would be likely to endanger her life or health. This is the crux of the exception. This is the circumstance in which Parliament decided to allow women to procure a miscarriage without criminal sanction either for themselves or for their doctors. Laskin C.J. referred to this "would or would be likely to endanger her life or health" element in s. 251(4)(*c*) as the "standard in s. 251(4)" in *Morgentaler (1975)*, *supra*, at p. 629.

The remaining provisions of subss. (4), (5), (6) and (7) of s. 251 are designed to ascertain whether the standard has been met in a given case. To employ the expression of the Attorney General of Canada who intervened in this case in defence of s. 251, these provisions were designed, in part, "to allow relief from criminal sanction where there is a reliable, independent and medically sound judgment that the life or health of the mother would be or would likely be endangered ...." Section 251(4)(*a*) requires, for example, that a therapeutic abortion committee give its opinion in writing that the standard has been met. The committee is comprised of not less than three qualified medical practitioners appointed by the board of the hospital where the treatment would take place. The qualified medical practitioner who would perform the abortion may not be a member of a therapeutic abortion committee for any hospital. The opinion must be that of the majority of the members of the committee and must be made by certificate in writing and given to the practitioner who, accord-

la Cour d'appel a, à juste titre, appelé [TRADUCTION] «le point de vue contemporain selon lequel l'avortement n'est pas toujours une conduite socialement répréhensible». L'examen du contenu de la règle par laquelle le législateur décriminalise l'avortement est la démarche la plus appropriée qu'il convient d'adopter, dans un premier temps, lorsqu'il s'agit d'étudier la validité de l'art. 251 par rapport au droit constitutionnel à l'avortement allégué par les appelants au cours du débat.

En adoptant les par. 251(4), (5), (6) et (7) en 1969, le législateur a tenté de décriminaliser l'avortement dans un cas, décrit en substance à l'al. 251(4)*c*): lorsque la continuation de la grossesse de la femme mettrait ou mettrait probablement en danger sa vie ou sa santé. C'est là le cœur de l'exception. C'est là la circonstance dans laquelle le législateur a décidé d'autoriser les femmes à se faire avorter, sans que ni elles ni leurs médecins n'encourent de sanctions criminelles. Le juge en chef Laskin qualifie les mots «mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière» de l'al. 251(4)*c*) de «critère du par. (4) de l'art. 251», dans l'arrêt *Morgentaler (1975)*, précité, à la p. 629.

Les autres dispositions des par. 251(4), (5), (6) et (7) ont été conçues afin d'assurer que le critère soit respecté dans un cas donné. Pour reprendre les termes du procureur général du Canada, qui est intervenu en l'espèce pour défendre l'art. 251, ces dispositions ont été conçues en partie [TRADUCTION] «pour permettre d'échapper aux sanctions criminelles en cas de jugement médical éclairé, fiable et indépendant que la vie ou la santé de la mère serait ou serait probablement en danger . . .» L'alinéa 251(4)*a*) exige, par exemple, qu'un comité de l'avortement thérapeutique déclare par écrit qu'à son avis ce critère est respecté. Le comité se compose d'au moins trois médecins qualifiés, nommés par le conseil de l'hôpital où le traitement sera éventuellement donné. Le médecin qualifié qui, le cas échéant, pratiquera l'avortement ne peut être membre d'un comité de l'avortement thérapeutique de quelque hôpital que ce soit. L'avis du comité doit être celui de la majorité de ses membres et il doit être donné par certificat remis au médecin qui ne doit pas avoir de raison de

1988 CanLII 90 (SCC)

ing to s. 251(4)(*a*), must be in "good faith" and, consequently, have no reason to believe that the standard in s. 251(4)(*c*) has not been met. The Minister of Health of the province in which the certificate was issued may by order require the therapeutic abortion committee to furnish him with a copy of the certificate. Other aspects of s. 251(4) are designed to ensure the safety of the abortion itself after the standard has been met and after the certificate to this effect has been issued enabling the woman to have a lawful abortion. These include the requirements that the practitioner be properly qualified and that the abortion be carried out in an accredited or approved hospital.

Overall, the procedure set forth at s. 251(4) is in place to ensure that the standard of the exception — that the continuation of the pregnancy would or would be likely to endanger the pregnant woman's health — is met before Parliament will allow an abortion to be performed without punishment. Parliament will protect the life and health of the pregnant woman by allowing her access to an abortion when it has been established, through the means selected by Parliament, that her life or health would or would likely be in danger if her pregnancy continued. The other provisions in s. 251(4), though necessary for an abortion to be lawful, were enacted to ensure that the standard was met and that, once met, the lawful abortion would be performed safely. These other rules are a means to an end and not an end unto themselves. As a whole, subss. (4), (5), (6) and (7) of s. 251 seek to make therapeutic abortions lawful and available but also to ensure that the excuse of therapy will not be abused and that lawful abortions be safe.

That abortions are recognized as lawful by Parliament based on a specific standard under its ordinary laws is important, I think, to a proper understanding of the existence of a right of access to abortion founded on rights guaranteed by s. 7 of the *Charter*. The constitutional right does not have its source in the *Criminal Code*, but, in my view, the content of the standard in s. 251(4) that Parliament recognized in the *Criminal Law*

croire que le critère de l'al. 251(4)*c*) n'est pas respecté puisqu'il lui est demandé, en vertu de l'al. 251(4)*a*), d'agir de «bonne foi». Le ministre de la Santé de la province où a été délivré le certificat peut ordonner au comité de l'avortement thérapeutique de lui remettre une copie du certificat. D'autres aspects du par. 251(4) ont été conçus pour assurer que l'avortement lui-même soit pratiqué en toute sécurité une fois ce critère satisfait et une fois délivré le certificat en ce sens, autorisant la femme à subir un avortement licite. Ils incluent l'obligation que le praticien soit dûment qualifié et que l'avortement soit pratiqué dans un hôpital accrédité ou approuvé.

Dans l'ensemble, la procédure exposée au par. 251(4) a été mise en place pour assurer que le critère de l'exception, savoir que la continuation de la grossesse mettrait ou mettrait probablement en danger la santé de la femme enceinte, a été respecté avant que le législateur n'autorise de pratiquer un avortement en toute impunité. Le législateur protège la vie et la santé de la femme enceinte en lui permettant d'obtenir un avortement lorsqu'il a été établi, par les moyens choisis par le législateur, que sa vie ou sa santé serait ou serait probablement en danger si la grossesse se poursuivait. Les autres dispositions du par. 251(4), quoique nécessaires pour rendre l'avortement licite, ont été adoptées pour assurer que le critère soit respecté et qu'une fois qu'il l'a été l'avortement devenu licite soit pratiqué en toute sécurité. Les autres règles constituent des moyens d'atteindre une fin et non une fin en soi. Dans leur ensemble, les par. 251(4), (5), (6) et (7) ont pour but de rendre les avortements thérapeutiques licites et possibles, et aussi d'assurer qu'on n'abusera pas de l'excuse de la thérapie et, enfin, que les avortements licites ne comporteront aucun risque.

La reconnaissance par le législateur de la légalité des avortements, selon un critère spécifique précisé dans la loi, est importante, je pense, pour bien comprendre l'existence d'un droit à l'avortement fondé sur les droits garantis par l'art. 7 de la *Charte*. Ce droit constitutionnel ne prend pas sa source dans le *Code criminel* mais, à mon avis, le contenu du critère du par. 251(4) que le législateur a reconnu dans la *Loi de 1968-69 modifiant le*

CanLII

Amendment Act, 1968-69 was for all intents and purposes entrenched at least as a minimum in 1982 when a distinct right in s. 7 became part of Canadian constitutional law.

II —The Right to Security of the Person in s. 7 of the *Charter*

Section 7 of the *Charter* provides:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

I share the view first expressed by Wilson J. in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 205, and confirmed by Lamer J. in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 500, that "it is incumbent upon this Court to give meaning to each of the elements, life, liberty and security of the person, which make up the 'right' contained in s. 7." The full ambit of this constitutionally protected right will only be revealed over time. Consequently, the minimum content which I attribute to s. 7 does not preclude, or for that matter assure, the finding of a wider constitutional right when the courts will be faced with this or other issues in other contexts. As we shall see, the content of the "security of the person" element of the s. 7 right is sufficient in itself to invalidate s. 251 of the *Criminal Code* and consequently dispose of the appeal.

In discussing the content of the right protected by s. 7 of the *Charter* in the case at bar, the Ontario Court of Appeal wrote, at pp. 377-78, that "it would place too narrow an interpretation on s. 7 to limit it to protection against arbitrary arrest and detention". It will be seen from what follows that I agree with this view. Indeed the natural meaning of "life, liberty and security of the person" belies this limited view of the scope of s. 7. As Estey J. observed in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, at p. 377, examining the "Legal Rights" heading which introduces ss. 7 to 14 of the *Charter* is at best one step in the constitutional interpretation process and is not necessarily of controlling importance. I

droit pénal, a été enchâssé à tous égards, au moins comme un minimum, lorsqu'un droit distinct, à l'art. 7, est devenu partie intégrante en 1982 du droit constitutionnel canadien.

II – Le droit à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7 de la *Charte*

L'article 7 de la *Charte* prévoit:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Je partage l'opinion exprimée pour la première fois par le juge Wilson dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la p. 205, et confirmée par le juge Lamer dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 500, qu'il «incombe à la Cour de préciser le sens de chacun des éléments, savoir la vie, la liberté et la sécurité de la personne, qui constituent le «droit» mentionné à l'art. 7». La portée complète de cette garantie constitutionnelle n'apparaîtra qu'avec le temps. Par conséquent, le contenu minimum que j'attribue à l'art. 7 n'interdit pas, non plus qu'il n'assure d'ailleurs, la conclusion à l'existence d'un droit constitutionnel plus large, lorsque les tribunaux seront confrontés à cette question, ou à d'autres, dans d'autres contextes. Comme nous le verrons, le contenu de l'élément «sécurité de sa personne» du droit prévu à l'art. 7 est suffisant en soi pour invalider l'art. 251 du *Code criminel* et, par conséquent, pour disposer du pourvoi.

En analysant le contenu du droit protégé par l'art. 7 de la *Charte* en l'espèce, la Cour d'appel de l'Ontario écrit, aux pp. 377 et 378, que [TRADUCTION] «ce serait donner une interprétation trop étroite à l'art. 7 que de le limiter à une protection contre les arrestations et détentions arbitraires». On verra dans ce qui suit que je partage cet avis. D'ailleurs, le sens ordinaire des termes «la vie, la liberté et la sécurité de sa personne» dément cette conception limitée de la portée de l'art. 7. Comme le juge Estey le fait observer dans l'arrêt *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, à la p. 377, l'examen de la rubrique «Garanties juridiques» qui précède les art. 7 à 14 de la *Charte* ne constitue tout au plus qu'une étape

1988 CanLII 90 (SCC)

am mindful, however, that it is in the criminal law context that "security of the person" and the alleged violation of s. 7 arise in this case. Enjoying "security of the person" free from criminal sanction is central to understanding the violation of the *Charter* right which I describe herein. It is not necessary to decide whether s. 7 would apply in other circumstances.

A pregnant woman's person cannot be said to be secure if, when her life or health is in danger, she is faced with a rule of criminal law which precludes her from obtaining effective and timely medical treatment.

Generally speaking, the constitutional right to security of the person must include some protection from state interference when a person's life or health is in danger. The *Charter* does not, needless to say, protect men and women from even the most serious misfortunes of nature. Section 7 cannot be invoked simply because a person's life or health is in danger. The state can obviously not be said to have violated, for example, a pregnant woman's security of the person simply on the basis that her pregnancy in and of itself represents a danger to her life or health. There must be state intervention for "security of the person" in s. 7 to be violated.

If a rule of criminal law precludes a person from obtaining appropriate medical treatment when his or her life or health is in danger, then the state has intervened and this intervention constitutes a violation of that man's or that woman's security of the person. "Security of the person" must include a right of access to medical treatment for a condition representing a danger to life or health without fear of criminal sanction. If an act of Parliament forces a person whose life or health is in danger to choose between, on the one hand, the commission of a crime to obtain effective and timely medical treatment and, on the other hand, inadequate treatment or no treatment at all, the right to security of the person has been violated.

dans le processus d'interprétation constitutionnelle et ne revêt pas nécessairement une importance décisive. Je suis toutefois conscient que c'est dans un contexte de droit criminel que «la sécurité de la personne» et la violation prétendue de l'art. 7 sont en cause en l'espèce. La jouissance de «la sécurité de la personne», sans menace de répression pénale, est primordiale pour comprendre la violation du droit garanti par la *Charte* que je décris ici. Il n'est pas nécessaire de décider si l'art. 7 s'appliquerait dans d'autres circonstances.

On ne peut dire que la personne de la femme enceinte est en sécurité si, alors que sa vie ou sa santé est en danger, elle est confrontée à une règle de droit criminel qui l'empêche d'obtenir un traitement médical efficace en temps opportun.

En règle générale, le droit constitutionnel à la sécurité de la personne doit inclure une forme de protection contre l'intervention de l'État lorsque la vie ou la santé d'une personne est en danger. La *Charte*, cela va sans dire, ne protège pas les hommes et les femmes contre les infortunes, même les plus graves, dues à la nature. L'article 7 ne saurait être invoqué simplement parce que la vie ou la santé d'une personne est en danger. De toute évidence, on ne saurait dire que l'État a violé, par exemple, la sécurité de la personne d'une femme enceinte simplement parce que sa grossesse, en elle-même et par elle-même, représente un danger pour sa vie ou sa santé. Il doit y avoir intervention de l'État pour qu'il y ait violation de la «sécurité de la personne» visée à l'art. 7.

Si une règle de droit criminel empêche une personne d'obtenir un traitement médical approprié lorsque sa vie ou sa santé est en danger, l'État est alors intervenu et cette intervention constitue une violation de la sécurité de la personne de cet homme ou de cette femme. La «sécurité de la personne» doit inclure un droit au traitement médical d'un état dangereux pour la vie ou la santé, sans menace de répression pénale. Si une loi du Parlement force une personne dont la vie ou la santé est en danger à choisir entre, d'une part, la perpétration d'un crime pour obtenir un traitement médical efficace en temps opportun et, d'autre part, un traitement inadéquat ou pas de traitement du tout, le droit à la sécurité de la personne est violé.

1988 CanLII 90 (SCC)

This interpretation of s. 7 of the *Charter* is sufficient to measure the content of s. 251 of the *Criminal Code* against that of the *Charter* in order to dispose of this appeal. While I agree with McIntyre J. that a breach of a right to security must be "based upon an infringement of some interest which would be of such nature and such importance as to warrant constitutional protection", I am of the view that the protection of life or health is an interest of sufficient importance in this regard. Under the *Criminal Code*, the only way in which a pregnant woman can legally secure an abortion when the continuation of the pregnancy would or would be likely to endanger her life or health is to comply with the procedure set forth in s. 251(4). Where the continued pregnancy does constitute a danger to life or health, the pregnant woman faces a choice: (1) she can endeavour to follow the s. 251(4) procedure, which, as we shall see, creates an additional medical risk given its inherent delays and the possibility that the danger will not be recognized by the state-imposed therapeutic abortion committee; or (2) she can secure medical treatment without respecting s. 251(4) and subject herself to criminal sanction under s. 251(2).

Cette interprétation de l'art. 7 de la *Charte* suffit pour évaluer en fonction de la *Charte* le contenu de l'art. 251 du *Code criminel*, afin de statuer sur le pourvoi. Tout en convenant avec le juge McIntyre qu'une atteinte au droit à la sécurité doit «dépendre d'une atteinte à quelque intérêt dont la nature et l'importance justifieraient une protection constitutionnelle», j'estime que la protection de la vie ou de la santé est un intérêt d'une importance suffisante à cet égard. En vertu du *Code criminel*, la seule façon pour une femme enceinte d'obtenir légalement un avortement lorsque la continuation de la grossesse mettrait ou mettrait probablement en danger sa vie ou sa santé consiste à se conformer à la procédure énoncée au par. 251(4). Lorsque la continuation de la grossesse constitue effectivement un danger pour la vie ou la santé, la femme enceinte doit faire un choix: (1) elle peut essayer de suivre la procédure du par. 251(4) qui, comme nous allons le voir, crée un risque médical supplémentaire, étant donné l'attente qu'elle comporte inévitablement et la possibilité que le danger ne soit pas reconnu par le comité de l'avortement thérapeutique imposé par l'État; ou (2) elle peut obtenir un traitement médical sans respecter le par. 251(4) et s'exposer à des sanctions criminelles en vertu du par. 251(2).

III —Delays Caused by s. 251 Procedure in Violation of Security of the Person

III – Délais engendrés par la procédure de l'art. 251 en violation de la sécurité de la personne

This chapter requires a review of the evidence, part of which is to be found in two reports, the *Report of the Committee on the Operation of the Abortion Law* (the "Badgley Report"), and the *Report on Therapeutic Abortion Services in Ontario* (the "Powell Report").

Ce chapitre exige un examen de la preuve soumise, dont une partie se trouve dans deux rapports, le *Rapport du Comité sur l'application des dispositions législatives sur l'avortement* (le «rapport Badgley»), et le *Report on Therapeutic Abortion Services in Ontario* (le «rapport Powell»).

The Badgley Report (1977) was written by a committee appointed by the Privy Council with a mandate to conduct a study to determine whether the procedure provided in the *Criminal Code* for obtaining therapeutic abortions is operating equitably across Canada and to make findings on the operation of this law rather than recommendations on the underlying policy: Badgley Report, at p. 27.

Le rapport Badgley, 1977, est l'œuvre d'un comité nommé par le Conseil privé, dont le mandat était de mener une enquête afin de déterminer si la procédure prévue au *Code criminel* pour obtenir des avortements thérapeutiques est appliquée de façon équitable dans tout le Canada et de se prononcer sur la mise en œuvre de cette loi, plutôt que de faire des recommandations sur les principes qui la sous-tendent: rapport Badgley, à la p. 31.

The Powell Report (1987) is a study commissioned by the Ministry of Health with terms of

Le rapport Powell, 1987, inédit, est une étude commandée par le ministère de la Santé, dont le

1988 CanLII 90 (SCC)

reference limited to a review of access to therapeutic abortion services in Ontario. Like those for the Badgley Report, these terms did not include the mandate for an evaluation of the underlying policy of the *Criminal Code*: Powell Report, Appendix 1.

I propose to consider first the delays caused by the s. 251 procedure and then the consequences of the delays.

1. *Delays Caused by the s. 251 Procedure*

The evidence reveals that the actual workings of s. 251(4) are the source of certain delays which create an additional medical risk for many pregnant women whose medical condition already meets the standard of s. 251(4)(*c*). Stated simply, when pregnant women suffer from a condition which represents a danger to their life or health, their efforts to conform to the procedure set forth for obtaining lawful abortions in the *Criminal Code* often create an additional risk to their health. They may have to choose between bearing the burden of these risks by accepting delayed medical treatment, and committing a crime by seeking timely medical treatment outside s. 251(4). Given that the procedure in s. 251(4) is the source of this additional risk, it constitutes a violation of the pregnant woman's security of the person. I shall first endeavour to show that these delays have their origin in s. 251. I will then cite evidence that these procedural delays create an additional risk to the health of pregnant women.

While only administrative inefficiencies that are caused by the rules in s. 251 are relevant to the evaluation of the constitutionality of the legislation under s. 7 of the *Charter*, the evidence which relates to the availability of therapeutic abortions under the *Criminal Code* reveals three sorts of delay, all of which can be traced to the requirements of s. 251 itself: (1) the absence of hospitals with therapeutic abortion committees in many parts of Canada; (2) the quotas which some hospitals with committees impose on the number of

mandat était limité à un examen des services d'avortements thérapeutiques offerts en Ontario. Comme dans le rapport Badgley, ce mandat ne comportait pas l'évaluation de la politique sous-jacente du *Code criminel*: rapport Powell, appendice 1.

Je traiterai en premier lieu des délais engendrés par la procédure de l'art. 251, puis des conséquences qu'ils entraînent.

1. *Les délais engendrés par la procédure de l'art. 251*

Il ressort de la preuve que les rouages du par. 251(4) sont à l'origine de certains délais qui engendrent un risque médical additionnel pour beaucoup de femmes enceintes dont l'état médical satisfait déjà au critère de l'al. 251(4)*c*). En bref, quand l'état des femmes enceintes représente un danger pour leur vie ou leur santé, leurs efforts pour se conformer à la procédure énoncée par le *Code criminel* en ce qui concerne l'obtention d'avortements licites créent souvent un risque additionnel pour leur santé. Elles peuvent avoir à choisir entre assumer le fardeau de ces risques, en acceptant de retarder le traitement médical, et commettre un crime, en cherchant à obtenir en temps opportun un traitement médical qui ne relève pas du par. 251(4). Étant donné que la procédure du par. 251(4) est à la source de ce risque additionnel, cette règle constitue une violation de la sécurité de la personne de la femme enceinte. J'essaierai d'abord de montrer que l'art. 251 est à l'origine de ces délais. Je citerai ensuite des éléments de preuve étayant que ces délais en matière de procédure créent un risque additionnel pour la santé des femmes enceintes.

Quoique seule l'inefficacité administrative occasionnée par les exigences de l'art. 251 soit pertinente lors de la détermination de la constitutionnalité de la législation au regard de l'art. 7 de la *Charte*, la preuve soumise quant à la possibilité d'obtenir des avortements thérapeutiques conformes au *Code criminel* révèle l'existence de trois sortes de délais qui peuvent tous être reliés aux exigences de l'art. 251 lui-même: (1) l'absence, dans bien des régions du Canada, d'hôpitaux dotés de comités de l'avortement thérapeutique, (2) les

CanLII 90(SCC)

therapeutic abortions which they perform and (3) the committee requirement itself each create delays for pregnant women who seek timely and effective medical treatment.

(1) Lack of Hospitals with Therapeutic Abortion Committees

Hospitals with therapeutic abortion committees are completely lacking in many parts of Canada, forcing women to go elsewhere and suffer delays in order to gain access to hospitals in which they may obtain therapeutic abortions free from criminal sanction. The requirements which hospitals must meet under s. 251 are responsible for this absence of eligible hospitals. Often, the absence of hospitals can be traced to the prerequisites which hospitals must meet under s. 251(6). In other cases, the absence is caused by the refusal of certain hospital boards to appoint committees in hospitals which would otherwise qualify under the law, as is their prerogative under s. 251(6). I shall consider each of these in turn.

The effect of certain definitions in s. 251(6), when read in conjunction with s. 251(4), is to cause an absence of hospitals in which therapeutic abortions can legally be performed. A "therapeutic abortion committee" for any hospital means, according to s. 251(6), a committee comprised of not less than three physicians from which the physician who performs the abortion is excluded under s. 251(4). As the Chief Justice observed, the combined effect of these two provisions is to require at least four physicians at the hospital so that the therapeutic abortion can be lawfully authorized and performed. The four-physician requirement obviously precludes therapeutic abortions from being performed in hospitals where four doctors are not available.

Moreover, the requirement in s. 251(4) that lawful abortions can only be performed in "accredited" or "approved" hospitals also has the effect of

contingents que certains hôpitaux dotés de comités fixent au nombre d'avortements thérapeutiques qu'ils pratiqueront et (3) l'obligation même de recourir à un comité sont tous des causes de délai pour les femmes enceintes qui cherchent à obtenir un traitement médical efficace en temps opportun.

(1) L'absence d'hôpitaux dotés de comités de l'avortement thérapeutique

Les hôpitaux dotés de comités de l'avortement thérapeutique brillent par leur absence dans de nombreux endroits au Canada, ce qui force les femmes à s'adresser ailleurs et à attendre avant d'avoir accès aux hôpitaux où elles pourront obtenir des avortements thérapeutiques sans menace de répression pénale. Les exigences auxquelles doivent satisfaire les hôpitaux en vertu de l'art. 251 sont responsables de cette absence d'hôpitaux admissibles. Souvent, l'absence d'hôpitaux peut être reliée aux conditions préalables que les hôpitaux doivent remplir en vertu du par. 251(6). Dans d'autres cas, cette carence est due au refus de certains conseils d'hôpitaux, par ailleurs admissibles en vertu de la loi, de nommer des comités, comme c'est leur prérogative en vertu du par. 251(6). Je traiterai successivement de chacun de ces points.

Certaines définitions figurant au par. 251(6), lues conjointement avec le par. 251(4), ont pour effet de causer une absence d'hôpitaux où des avortements thérapeutiques peuvent être légalement pratiqués. Le «comité de l'avortement thérapeutique» d'un hôpital s'entend, d'après le par. 251(6), d'un comité formé d'au moins trois médecins et dont le médecin qui pratique l'avortement est exclu en vertu du par. 251(4). Comme le fait observer le Juge en chef, ces deux dispositions ont pour effet conjugué d'exiger qu'il y ait au moins quatre médecins à l'hôpital pour que l'avortement thérapeutique puisse être légalement autorisé et pratiqué. Le fait d'exiger qu'il y ait quatre médecins empêche manifestement de pratiquer des avortements thérapeutiques dans des hôpitaux qui ne comptent pas quatre médecins.

De plus, l'exigence du par. 251(4) portant que les avortements licites ne soient pratiqués que dans des hôpitaux «accrédités» ou «approuvés» a aussi

1988 CanLII 90 (SCC)

contributing to the absence of hospitals, in some parts of Canada, in which lawful abortions are available. Section 251(6) defines "accredited hospital" as a hospital accredited by the Canadian Council on Hospital Accreditation in which diagnostic services and medical, surgical and obstetrical treatment are provided. Not only are some hospitals unable to qualify because they do not provide all these services, but some hospitals also fail to meet the Council's accreditation requirements.

Alternatively, therapeutic abortions may be performed in hospitals "approved" by the Ministers of Health in the province, and standards to be met for approval vary considerably from province to province. The Badgley Report, at pp. 91 *et seq.*, noted this variation in 1977. In Newfoundland, for example, the Department of Health guidelines required hospitals seeking approval to establish therapeutic abortion committees to have a minimum of six members of the medical staff willing to co-operate with or recognize the existence of a therapeutic abortion committee, the presence of a gynaecologist on the medical staff, and 100 beds or more in the hospital, even though many abortions are done on an out-patient basis. Thus, of 46 public general hospitals in the province in 1976, 35 were excluded by these provincial criteria, leaving only 11 hospitals qualified to establish therapeutic abortion committees, with no obligation to do so. In Saskatchewan, where provincial regulations included a requirement of a rated bed capacity of 50 beds or more, 110 of 133 general hospitals were ineligible to establish a therapeutic abortion committee. In Ontario, where the provincial regulations included a requirement of 10 or more members on a hospital's active medical staff, 51 of 205 general hospitals were ineligible to establish committees. The *Criminal Code*, under the "approved" hospital requirement, not only allows for an unequal distribution of hospitals across Canada, but also permits provincial authorities to set standards which appear at times largely irrelevant to the performance of therapeutic abortions.

pour effet de contribuer à l'absence, dans certaines régions du Canada, d'hôpitaux où il est possible d'obtenir des avortements licites. Le paragraphe 251(6) définit l'expression «hôpital accrédité» comme un hôpital accrédité par le Conseil canadien d'accréditation des hôpitaux, dans lequel sont fournis des services de diagnostic et des traitements médicaux, chirurgicaux et obstétricaux. Non seulement certains hôpitaux sont-ils inadmissibles parce qu'ils ne fournissent pas tous ces services, mais encore d'autres ne répondent pas aux exigences d'accréditation du Conseil.

Subsidiairement, des avortements thérapeutiques peuvent être pratiqués dans des hôpitaux «approuvés» par le ministre de la Santé d'une province et les critères d'approbation varient alors considérablement d'une province à l'autre. Le rapport Badgley a souligné cet écart en 1977, aux pp. 100 et suivantes. À Terre-Neuve, par exemple, les directives du ministère de la Santé exigent que les hôpitaux qui cherchent à obtenir l'autorisation d'établir des comités de l'avortement thérapeutique comptent au moins six membres de leur personnel médical qui soient disposés à coopérer avec un comité de l'avortement thérapeutique ou à en reconnaître l'existence, qu'il y ait un gynécologue parmi le personnel médical et que l'hôpital compte au moins 100 lits, même si de nombreux avortements sont pratiqués en consultation externe. Ainsi, sur les 46 hôpitaux généraux publics que comptait la province en 1976, 35 ont été exclus par ces critères provinciaux, de sorte qu'il ne restait que 11 hôpitaux qualifiés pour établir des comités de l'avortement thérapeutique, sans qu'ils soient tenus de le faire. En Saskatchewan, où la réglementation provinciale exigeait un taux de capacité de 50 lits ou plus, 110 des 133 hôpitaux généraux n'avaient pas les qualités requises pour établir un comité de l'avortement thérapeutique. En Ontario, où la réglementation provinciale exigeait que le personnel médical actif de l'hôpital comporte dix membres ou plus, 51 des 205 hôpitaux généraux étaient inaptes à établir de tels comités. Le *Code criminel*, en exigeant qu'un hôpital soit "approuvé", permet non seulement une répartition inégale des hôpitaux à travers le Canada, mais habilite aussi les autorités provinciales à fixer des normes qui semblent parfois n'avoir que fort peu de rapport avec la pratique d'avortements thérapeutiques.

1988 canLII 90 (SCC)

Thus, the requirements of s. 251 seriously limit the number of hospitals which are eligible to perform lawful abortions, causing an absence or a serious lack of therapeutic abortion facilities in many parts of the country. The conclusions of the Badgley Report are startling (at p. 105):

> Of the total of 1,348 non-military hospitals in Canada in 1976, 789 hospitals, or 58.5 percent, were ineligible in terms of their major treatment functions, the size of their medial staff, or their type of facility to establish therapeutic abortion committees.

The rules in s. 251(4) limiting the number of eligible hospitals means that a significant proportion of Canada's population is not served by hospitals in which therapeutic abortions can lawfully be performed. The Badgley Report, at p. 109, concluded in 1977 that 39.3 per cent of the total female population of Canada was not served by eligible hospitals. As we have already seen, the absence of eligible hospitals in some parts of Canada compels many pregnant women to leave their own communities to seek medical treatment in a place where an eligible hospital is available to admit them as patients. A pregnant woman in these circumstances will inevitably incur a delay in obtaining a therapeutic abortion.

The lack of hospitals with therapeutic abortion committees is made more serious by the refusal of certain hospital boards to appoint therapeutic abortion committees in hospitals which would otherwise qualify under the *Criminal Code*. Given that therapeutic abortions can only be performed in eligible hospitals and that the committee certifying the abortion must come from that hospital, this effectively contributes to the inaccessibility of the treatment. Nothing in the *Criminal Code* obliges the board of an eligible hospital to appoint therapeutic abortion committees. Indeed, a board is entitled to refuse to appoint a therapeutic abortion committee in a hospital that would otherwise qualify to perform abortions and boards often do so in Canada. Given that the decision to appoint a committee is, in part, one of conscience and, in

Ainsi les exigences de l'art. 251 limitent sérieusement le nombre d'hôpitaux qui peuvent pratiquer des avortements licites, ce qui entraîne une absence ou un manque grave d'établissements où l'on pratique l'avortement thérapeutique dans de nombreuses régions du pays. Les conclusions du rapport Badgley sont saisissantes (à la p. 115):

> Sur les 1,348 hôpitaux civils que comptait le Canada en 1976, 789 hôpitaux, soit 58.5 pour cent, n'étaient pas aptes à établir un comité de l'avortement thérapeutique, soit en raison de la spécialisation des traitements fournis dans ces établissements, soit à cause d'un personnel médical insuffisant ou du genre d'installations dont ils disposaient.

Les règles du par. 251(4) qui limitent le nombre d'hôpitaux admissibles signifient qu'une proportion importante de la population canadienne n'est pas desservie par des hôpitaux où des avortements thérapeutiques peuvent être pratiqués licitement. Le rapport Badgley, à la p. 120, a conclu en 1977 que 39,3 pour 100 de la population féminine totale du Canada n'était pas desservie par des hôpitaux admissibles. Comme nous l'avons déjà vu, l'absence d'hôpitaux admissibles dans certaines régions du Canada force un grand nombre de femmes enceintes à quitter leur propre localité pour aller demander des soins médicaux là où un hôpital admissible peut les accueillir comme patientes. Une femme enceinte, dans ces circonstances, devra inévitablement attendre pour obtenir un avortement thérapeutique.

Le manque d'hôpitaux dotés d'un comité de l'avortement thérapeutique est aggravé par le refus de certains conseils d'hôpitaux, par ailleurs admissibles en vertu du *Code criminel*, de nommer des comités de l'avortement thérapeutique. Comme les avortements thérapeutiques ne peuvent être pratiqués que dans des hôpitaux admissibles et que le comité qui certifie l'avortement doit être formé par l'hôpital même, il en découle effectivement une impossibilité de se faire traiter. Rien dans le *Code criminel* n'oblige le conseil d'un hôpital admissible à nommer des comités de l'avortement thérapeutique. En fait, un conseil a le droit de refuser de nommer un comité de l'avortement thérapeutique dans un hôpital qui aurait, par ailleurs, les qualités requises pour pratiquer des avortements, et les conseils le font souvent au Canada. Comme la

1988 CanLII 90 (SCC)

some cases, one which affects religious beliefs, a law cannot force a board to appoint a committee any more than it could force a physician to perform an abortion. The defect in the law is not that it does not force boards to appoint committees, but that it grants exclusive authority to those boards to make such appointments.

In "Abortion and the Just Society" (1970), 5 *R.J.T.* 27, at p. 36, lawyer Natalie Fochs Isaacs correctly anticipated the effect of the exclusive authority of hospital boards in establishing committees:

> S. 237 [now s. 251] sets out the requirement of the certification of therapeutic abortion by a therapeutic abortion committee prior to its performance. But the section does not require any hospital to set up such a committee. Given the undesirability of forcing any hospital to do so, the restriction of legal abortions to this type of preliminary certification fails nevertheless to provide for alternative methods of prior medical consultation among those staff members of any hospital opposed to the creation of the committee required, who themselves approve of therapeutic abortions. The new legislation in this manner also places the prospective petitioner for the operation at the mercy of the institutional policy of what may be the only hospital available in her community. [Footnotes omitted.]

The Badgley Report, at p. 93, again documented the reduction of the number of hospitals with therapeutic abortion committees due to the refusal of boards of hospitals which would otherwise qualify under the law to appoint committees. In Newfoundland, 6 of the 11 hospitals which were otherwise qualified to perform therapeutic abortions did in fact appoint committees so that only 6 of a total of 46 general hospitals were eligible to perform therapeutic abortions under the *Criminal Code*. In Quebec, 31 of 128 general hospitals appointed therapeutic abortion committees. In Saskatchewan, 10 of 133 general hospitals appointed committees. In Manitoba, 8 of 78 general hospitals appointed committees. Overall, the Badgley Report, *supra*, at p. 105, concluded in the following terms:

décision de nommer un comité est, en partie, une décision de conscience et, dans certains cas, une décision qui touche aux croyances religieuses, une loi ne peut forcer un conseil à nommer un comité, pas plus qu'elle ne peut forcer un médecin à pratiquer un avortement. Le défaut de la loi réside non pas dans le fait qu'elle ne force pas les conseils à nommer des comités, mais dans celui qu'elle confère à ces conseils le pouvoir exclusif de les nommer.

Dans son article intitulé «Abortion and the Just Society» (1970), 5 *R.J.T.* 27, à la p. 36, Me Natalie Fochs Isaacs avait prévu avec justesse l'effet qu'aurait le pouvoir exclusif des conseils d'hôpitaux d'établir des comités:

> [TRADUCTION] L'article 237 [maintenant l'art. 251] énonce l'exigence de la certification d'un avortement thérapeutique par un comité de l'avortement thérapeutique avant qu'il ne soit pratiqué. Mais l'article n'oblige aucun hôpital à former un tel comité. Comme il n'est pas souhaitable de forcer un hôpital à le faire, la limitation des avortements légaux par ce genre de certification préliminaire ne fournit cependant aucun mode subsidiaire de consultation médicale préalable chez les membres du personnel de tout hôpital opposé à la création du comité requis qui sont eux-mêmes en faveur des avortements thérapeutiques. La nouvelle mesure législative fait également en sorte que la personne qui demandera éventuellement à subir l'intervention sera à la merci de la politique institutionnelle de ce qui est peut être l'unique hôpital existant dans sa localité. [Omission des notes en bas de page.]

Le rapport Badgley, à la p. 102, fournit aussi des données sur la réduction du nombre d'hôpitaux dotés d'un comité de l'avortement thérapeutique par suite du refus des conseils des hôpitaux par ailleurs admissibles en vertu de la loi de nommer des comités. À Terre-Neuve, 6 des 11 hôpitaux par ailleurs admissibles à pratiquer des avortements thérapeutiques ont effectivement nommé des comités, de sorte que seulement 6 hôpitaux généraux sur un total de 46 étaient aptes à pratiquer des avortements thérapeutiques en vertu du *Code criminel*. Au Québec, 31 des 128 hôpitaux généraux ont nommé des comités de l'avortement thérapeutique. En Saskatchewan, 10 des 133 hôpitaux généraux ont nommé de tels comités. Au Manitoba, 8 des 78 hôpitaux généraux ont nommé des comités. De manière générale, le rapport Badgley, précité, conclut ce qui suit, à la p. 116:

1988 CanLII 16 (SCC)

In terms of all civilian hospitals (1,348) in Canada in 1976, 20.1 percent had established a therapeutic abortion committee. If only those general hospitals which met hospital practices and provincial requirements and were not exempt in terms of their special treatment facilities are considered, then of these 559 hospitals, 271 hospitals, or 48.5 percent, had established therapeutic abortion committees, while 288 hospitals, or 51.5 percent, did not have these committees.

According to the Powell Report, a comparable fraction of hospitals had established therapeutic abortion committees in Ontario: "out of 176 accredited acute care hospitals, 95 (54%) had therapeutic abortion committees" (at p. 24). The figures reported by the Badgley Committee in 1977 were confirmed in a recent Statistics Canada report according to which the total number of hospitals with therapeutic abortion committees fell across the country from 271 in 1976 to 250 in 1985 (*Therapeutic abortions, 1985* (1986), at p. 12).

For the purposes of the case at bar, it is important to reiterate that the absence of hospitals with therapeutic abortion committees in many parts of Canada is caused by the following requirements of the law:

(a) that a total of four physicians in the hospital must participate in the authorization and performance of the therapeutic abortion;

(b) that the hospital must be "approved" or "accredited"; and

(c) that only the board of the hospital is entitled to appoint a therapeutic abortion committee.

Finally, it is worth noting that 18 per cent of the hospitals that did have therapeutic abortion committees in 1984 performed no therapeutic abortions (*Therapeutic abortions, 1985*, *supra*, at p. 38). Dr. Augustin Roy, the President of the Corporation professionnelle des médecins du Québec, testified at trial that of the 30 hospitals with therapeutic abortion committees in Quebec, "only about fourteen or fifteen of these hospitals are operational, because many of them, say half of

Si l'on considère l'ensemble des hôpitaux civils au Canada en 1976, soit 1,348 établissements, 20.1 pour cent d'entre eux avaient établi un comité de l'avortement thérapeutique. Si l'on considère uniquement les hôpitaux généraux qui satisfaisaient aux exigences provinciales et aux normes de la pratique hospitalière et qui n'étaient pas exclus du fait de leur spécialisation, sur ces 559 centres hospitaliers, 271 hôpitaux, soit 48.5 pour cent, avaient établi un comité de l'avortement thérapeutique tandis que 288 hôpitaux, soit 51.5 pour cent, n'en avaient pas formé.

D'après le rapport Powell, une proportion comparable d'hôpitaux avaient établi des comités de l'avortement thérapeutique en Ontario: [TRADUCTION] «des 176 hôpitaux à soins intensifs accrédités, 95 (54 %) avaient des comités de l'avortement thérapeutique» (à la p. 24). Les chiffres publiés par le comité Badgley en 1977 ont été confirmés dans un rapport récent de Statistique Canada selon lequel le nombre total d'hôpitaux pourvus d'un comité de l'avortement thérapeutique est passé, à l'échelle du pays, de 271 en 1976 à 250 en 1985 (*Avortements thérapeutiques, 1985* (1986), à la p. 12).

Pour les fins de l'espèce, il importe de réitérer que l'absence, dans de nombreuses régions du Canada, d'hôpitaux dotés d'un comité de l'avortement thérapeutique est due aux conditions suivantes de la loi, savoir:

a) qu'un nombre total de quatre médecins de l'hôpital doivent participer à l'autorisation et à la pratique de l'avortement thérapeutique;

b) que l'hôpital doit être "approuvé" ou "accrédité"; et

c) que seul le conseil de l'hôpital a le droit de nommer un comité de l'avortement thérapeutique.

Enfin, il vaut la peine de noter que 18 pour 100 des hôpitaux qui avaient des comités de l'avortement thérapeutique en 1984 n'ont pratiqué aucun avortement thérapeutique (*Avortements thérapeutiques, 1985*, précité, à la p. 38). Le Dr Augustin Roy, président de la Corporation professionnelle des médecins du Québec, a déclaré dans son témoignage au procès que sur les 30 hôpitaux pourvus de comités de l'avortement thérapeutique au Québec, [TRADUCTION] «seuls environ quatorze ou quinze de ces hôpitaux étaient opérationnels, parce

1988 CanLII 90 (SCC)

them, have a committee but they don't do any abortions. It is a committee on paper."

A hospital with a dormant committee is no more useful to a pregnant woman seeking a therapeutic abortion than a hospital without a committee or no hospital at all. The delay suffered by a pregnant woman because her local hospital has a dormant committee is perhaps more the result of internal hospital policy than of s. 251 of the *Criminal Code*, but s. 251 is at least indirectly the cause of the delay in requiring an opinion from the therapeutic abortion committee of that hospital before a lawful abortion can be performed there.

(2) Delays Caused by Quotas

Delays result not only from the absence or inactivity of therapeutic abortion committees. The evidence discloses that some hospitals with committees impose quotas on the number of therapeutic abortions which they perform while others place quotas on patients depending on their place of residence. The evidence at trial confirmed that these quotas, initially observed in the Badgley Report, at pp. 258 *et seq.*, have been retained in many Canadian hospitals and that they often delay timely medical treatment for pregnant women seeking therapeutic abortions. It is true, of course, that these quotas are set by internal hospital policy and not by the terms of the law itself. It is also true that quotas may be necessary given hospitals' limited resources and the significant demands placed on those resources by pregnant women seeking abortions, some of whom may not qualify for therapeutic abortions in respect of the standard of s. 251(4). There is evidence, however, of quotas in absolute numbers of abortions performed and quotas based on the place of residence which can affect women who otherwise qualify for lawful abortions under s. 251(4)(*c*). Indeed the Badgley Committee reported in 1977, at p. 259, that:

que beaucoup d'entre eux, disons la moitié, ont bel et bien un comité, mais ils ne pratiquent pas d'avortements. C'est un comité sur papier.»

Un hôpital dont le comité est inactif n'est pas plus utile à une femme enceinte qui veut un avortement thérapeutique qu'un hôpital sans comité ou que pas d'hôpital du tout. Le délai imposé à une femme enceinte parce que le comité de l'hôpital local est inactif résulte peut-être plus de la politique interne de l'hôpital que de l'art. 251 du *Code criminel*, mais l'art. 251 est à tout le moins indirectement la cause du délai du fait qu'il requiert l'opinion du comité de l'avortement thérapeutique de cet hôpital avant qu'un avortement licite puisse y être pratiqué.

(2) Les délais dus au contingentement

Les délais ne résultent pas uniquement de l'absence ou de l'inactivité des comités de l'avortement thérapeutique. Il ressort de la preuve que certains hôpitaux ayant des comités contingentent le nombre d'avortements thérapeutiques, alors que d'autres contingentent les patientes en fonction de leur lieu de résidence. La preuve soumise en première instance confirme que ces contingents, signalés initialement par le rapport Badgley, aux pp. 287 et suiv., existent toujours dans de nombreux hôpitaux canadiens et qu'ils ont souvent pour effet d'empêcher les femmes enceintes qui demandent des avortements thérapeutiques de recevoir un traitement médical en temps opportun. Il est vrai, bien sûr, que ces contingents résultent de la politique interne de l'hôpital et non des termes de la loi elle-même. Il est vrai également que ces contingents peuvent être nécessaires, compte tenu des ressources limitées des hôpitaux et de la demande importante dont font l'objet ces ressources de la part des femmes enceintes qui veulent se faire avorter et dont certaines peuvent ne pas avoir les qualités requises pour obtenir un avortement thérapeutique selon le critère du par. 251(4). Toutefois, on a soumis en preuve l'existence de contingents fixés en nombre absolu d'avortements pratiqués et de contingents fondés sur le lieu de résidence qui peuvent toucher des femmes par ailleurs aptes à obtenir un avortement licite en vertu de l'al. 251(4)*c*). D'ailleurs, le comité Badgley déclarait ceci en 1977, à la p. 288 de son rapport:

1988 CanLII 90 (SCC)

Two out of five hospitals (38.2 per cent) considered only applications from women who were considered to reside with the hospital's usual service catchment area. Residential requirements and patient quotas were more often adopted in the Maritimes (43.8 per cent) and Quebec (66.7 per cent) than among hospitals elsewhere where about a third followed this practice. Where the proportion of the hospitals with committees having these residency or quota requirements was higher in a province or a region, there were proportionately more women who went to the United States to obtain induced abortions.

These quotas are inevitable given that s. 251 requires that therapeutic abortions be performed only in eligible hospitals and that there is a lack of hospitals with committees in some parts of the country. The quotas cannot, therefore, be said to reflect simple administrative or budgetary constraints. In this respect, the s. 251 procedure is again the source of delays in medical treatment.

(3) Delays Caused by the Committee Requirement

The committee requirement itself contributes to a delay in securing treatment. The law requires the therapeutic abortion committee to certify that the standard of s. 251(4) has been met before a therapeutic abortion can proceed lawfully. As I shall endeavour to explain in my consideration of s. 251 and the principles of fundamental justice, I believe that the state interest in the protection of the foetus justifies the requirement that the standard of s. 251(4) be ascertained by independent medical opinion. This being the case, some delay will always be incurred whatever system is put in place to ensure that the standard has been met. However, at this stage of my analysis, I seek only to establish that a delay has in fact been caused by the present requirements of the *Criminal Code*.

The time needed to convene the committee in the hospital, for the pregnant woman's file to come before the committee, for her application to be evaluated by whatever means the committee may choose and for the certificate to be issued to the

Deux hôpitaux sur 5 (38.2 pour cent) n'étudiaient que les demandes des femmes résidant sur le territoire généralement desservi par l'hôpital. Des conditions de résidence et des quotas de patientes étaient plus fréquemment imposés dans les provinces maritimes (43.8 pour cent) et le Québec (66.7 pour cent) que dans les hôpitaux des autres provinces où seulement un tiers d'entre eux posait de telles conditions. Dans les provinces ou les régions où la proportion d'hôpitaux ayant un comité et ayant établi de telles conditions de résidence ou des quotas était plus élevée, il y avait proportionnellement plus de femmes qui allaient aux États-Unis pour obtenir un avortement provoqué.

Ces contingents sont inévitables si l'on tient compte du fait que l'art. 251 exige que les avortements thérapeutiques ne soient pratiqués que dans des hôpitaux admissibles et qu'il y a absence d'hôpitaux dotés de comités dans certaines régions du pays. On ne peut donc pas affirmer que les contingents sont simplement le reflet de contraintes administratives ou budgétaires. À cet égard, la procédure de l'art. 251 est ici encore à l'origine de délais dans les soins prodigués.

(3) Les délais dus à l'obligation de recourir à un comité

L'obligation d'avoir recours à un comité contribue elle-même à retarder le traitement. La loi oblige le comité de l'avortement thérapeutique à certifier que le critère du par. 251(4) est respecté pour que l'on puisse pratiquer licitement un avortement thérapeutique. Comme je tenterai de l'expliquer dans mon examen de l'art. 251 au regard des principes de justice fondamentale, je crois que l'intérêt qu'a l'État dans la protection du fœtus justifie l'exigence que le critère du par. 251(4) fasse l'objet d'une opinion médicale indépendante. Cela étant, il y aura toujours un certain délai quel que soit le système mis en place pour assurer que le critère est respecté. Toutefois, à ce stade de mon analyse, je ne cherche qu'à établir que les exigences actuelles du *Code criminel* sont effectivement à l'origine d'un délai.

Le temps qu'il faut pour réunir le comité de l'hôpital, pour que le dossier de la femme enceinte parvienne devant le comité, pour que sa demande soit évaluée quels que soient les moyens choisis par le comité, et pour que le certificat soit délivré au

1988 CanLII 90 (SCC)

qualified medical practitioner together create some delay for obtaining treatment. The Badgley Report, at p. 146, identified an average interval of 8.0 weeks until the induced abortion operation was done after the pregnant woman's initial visit to her physician. Some of this delay is attributable to the absence of committees and hospital quotas which I have outlined above. It is difficult to isolate with precision the fraction of the delay attributable to the committee requirement taken by itself. It is relevant as one part of the overall delay which pregnant women must endure to obtain a therapeutic abortion.

In spite of evidence that the overall delay has been reduced, as will be seen shortly, the committee requirement continues to add to the delay. In 1987, the Powell Report, at p. 27, identified as one problem the number of committee members who must certify that the s. 251(4) standard has been met:

> The number of members on the TAC [therapeutic abortion committee] ranges from three to five although up to seven members sit on some committees. When five or seven members have been appointed and no quorum is stated, a majority of the committee (three to five) must be present and three must approve each abortion. This has caused problems in several of the hospitals contacted, where it was not possible for an adequate number of members to be present and the meeting had to be rescheduled. Thus precious time was lost and the abortion delayed to a more advanced gestational age.

Furthermore, the delays caused by the committee requirements necessarily impact upon the pregnant woman who seeks to become a patient of the hospital for which the committee has been appointed. Section 251(4) states in part that it is "the therapeutic abortion committee for that accredited or approved hospital" which must issue the certificate [emphasis added]. This precludes a committee from one hospital from authorizing abortions which take place at other hospitals. Eliminating such a requirement would have the effect of shortening the delays without forcing reluctant hospital boards or hospital staff to participate.

médecin qualifié est globalement à l'origine d'un certain délai dans l'obtention du traitement. Le rapport Badgley, à la p. 163, constate qu'il s'écoule un intervalle moyen de 8 semaines avant qu'on ne provoque l'avortement, après la première visite de la femme enceinte chez son médecin. Une partie de ce délai est attribuable à l'absence de comité et aux contingents hospitaliers que j'ai mentionnés précédemment. Il est difficile d'identifier avec précision la fraction du délai attribuable à l'obligation même de recourir à un comité. Sa pertinence tient au fait qu'il s'agit d'une partie du délai global auquel les femmes enceintes doivent se plier pour obtenir un avortement thérapeutique.

En dépit de la preuve que le délai global a été réduit, comme on le verra bientôt, l'obligation de s'adresser à un comité accroît toujours ce délai. En 1987, le rapport Powell a constaté que l'un des problèmes était le nombre de membres du comité qui doivent certifier que le critère du par. 251(4) est respecté (à la p. 27):

> [TRADUCTION] Le nombre de membres du CAT (comité de l'avortement thérapeutique) varie de trois à cinq, mais il arrive que certains comités comptent jusqu'à sept membres. Lorsque cinq ou sept membres ont été nommés sans qu'aucun quorum ne soit fixé, une majorité du comité (de trois à cinq) doit être présente et il en faut trois pour approuver chaque avortement. C'était là une source d'ennuis dans plusieurs des hôpitaux rejoints, lorsqu'il était impossible d'obtenir la présence d'un nombre adéquat de membres et qu'il fallait reporter la réunion. Ainsi un temps précieux était perdu et l'avortement reporté à un stade de grossesse plus avancé.

De plus, les délais dus à l'obligation de recourir à un comité ont, par la force des choses, un effet sur la femme enceinte qui veut être admise à l'hôpital pour lequel le comité a été nommé. Le paragraphe 251(4) précise notamment que c'est "le comité de l'avortement thérapeutique de cet hôpital accrédité ou approuvé" qui doit délivrer le certificat [je souligne]. Cela empêche le comité d'un hôpital d'autoriser des avortements dans d'autres hôpitaux. L'élimination de cette exigence aurait pour effet de réduire les délais sans forcer les conseils d'hôpitaux ou le personnel de l'hôpital récalcitrants à participer.

1988 CanLII 90 (SCC)

2. *Consequences of the Delays*

The delays which a pregnant woman may have to suffer as a result of the requirements of s. 251(4) must undermine the security of her person in order that there be a violation of this element of s. 7 of the *Charter*. As I said earlier, s. 7 cannot be invoked simply because a woman's pregnancy amounts to a medically dangerous condition. If, however, the delays occasioned by s. 251(4) of the *Criminal Code* result in an additional danger to the pregnant woman's health, then the state has intervened and this intervention constitutes a violation of that woman's security of the person. By creating this additional risk, s. 251 prevents access to effective and timely medical treatment for the continued pregnancy which would or would be likely to endanger her life or health. If an effective and timely therapeutic abortion may only be obtained by committing a crime, then s. 251 violates the pregnant woman's right to security of the person.

The evidence reveals that the delays caused by s. 251(4) result in at least three broad types of additional medical risks. The risk of post-operative complications increases with delay. Secondly, there is a risk that the pregnant woman require a more dangerous means of procuring a miscarriage because of the delay. Finally, since a pregnant woman knows her life or health is in danger, the delay created by the s. 251(4) procedure may result in an additional psychological trauma. I shall explain each of the additional risks in turn.

The Chief Justice outlined the different techniques employed to perform abortions at different stages of pregnancy and the increasing risk attached to each method as gestational age advances. As he also noted, the evidence showed that within the periods appropriate to each method of abortion, the earlier the abortion was performed, the lower the risk of complication. Evidence introduced at trial confirms findings in the Badgley Report, at pp. 308 *et seq.*, and the Powell Report, at p. 23, that the earlier an abortion is performed, the less chance a woman has of

2. *Les conséquences des délais*

Les délais auxquels une femme enceinte peut avoir à se plier par suite des exigences du par. 251(4) doivent porter atteinte à la sécurité de sa personne pour qu'il y ait violation de cet élément de l'art. 7 de la *Charte*. Comme je l'ai dit précédemment, l'art. 7 ne saurait être invoqué simplement parce que la grossesse d'une femme constitue un état dangereux du point de vue médical. Si toutefois les délais causés par le par. 251(4) du *Code criminel* entraînent un danger additionnel pour la santé de la femme enceinte, alors l'État intervient et cette intervention constitue une violation de la sécurité de la personne de cette femme. En créant ce risque additionnel, l'art. 251 empêche l'obtention en temps opportun, du traitement médical efficace d'une femme dont la continuation de la grossesse mettrait ou mettrait probablement en danger sa vie ou sa santé. Si un avortement thérapeutique efficace ne peut être obtenu en temps opportun que par la perpétration d'un crime, l'art. 251 viole alors le droit de la femme enceinte à la sécurité de sa personne.

La preuve révèle que les délais causés par le par. 251(4) entraînent des risques médicaux additionnels d'au moins trois grandes catégories. Le risque de complications postopératoires croît avec le délai. Ensuite, il y a le risque qu'il faille recourir à une méthode d'avortement plus dangereuse à cause du délai. Enfin, comme la femme enceinte sait que sa vie ou sa santé est en danger, le délai engendré par la procédure du par. 251(4) est susceptible de causer un traumatisme psychologique additionnel. Je vais expliquer chacun de ces risques supplémentaires l'un après l'autre.

Le Juge en chef a exposé les différentes techniques employées pour pratiquer des avortements aux différents stades de la grossesse et a souligné le risque grandissant lié à chaque méthode, au fur et à mesure que la grossesse avance. Comme il l'a aussi noté, la preuve soumise démontrait que, à l'intérieur des périodes qui s'appliquent à chaque méthode d'avortement, plus l'avortement était pratiqué tôt, moins il y avait de risques de complications. Les éléments de preuve produits en première instance confirment les constatations du rapport Badgley, aux pp. 343 et suiv., et du rapport Powell,

1988 CanLII 90 (SCC)

experiencing a post-operative complication, whatever abortion technique is used. The respondent agrees with this proposition but cites the low complication rate across Canada and the negligible mortality rate reported since 1974 as evidence that abortion under the current system is very safe. According to *Therapeutic abortions, 1985*, *supra*, at p. 20, no Canadian women have died as a result of therapeutic abortion since 1979. One such death took place in 1974 and another in 1979.

It should be noted, however, that reported complication rates for any given abortion technique are generally limited to certain post-operative physical complications and do not include data on psychological complications inherent to those techniques. Furthermore, the psychological trauma that women suffer before the operation is not reflected in reported figures. This is equally true for any physical complications associated with the pregnant woman's initially dangerous condition which may arise during the delay before the therapeutic abortion.

However low the post-operative complication rate may appear, it increases as gestational age advances. In other words, with each passing week of pregnancy, even in the very early stages, the risk to health that an abortion represents increases. *Therapeutic abortions, 1982* confirms this. The complication rate for abortions performed under nine weeks was 0.7 per cent. This increased to 1.0 per cent in the 9 to 12 week gestation period. A complication rate of 8.5 per cent was reported for the 13 to 16 week gestation period. The complication rate for the 17 to 20 week gestation period was higher still, reported as 22 per cent (*Therapeutic abortions, 1982* (1984), at p. 111). Ontario statistics cited in the Powell Report confirm these national figures for that province. Data from 1976, 1981 and 1984 confirm the relation between abortion complications and gestational age in Ontario. In terms of absolute numbers, there were twice as many reported complications for women with gestational age 13 weeks and above compared to gestational age under 13 weeks. The rate expressed

à la p. 23, que plus l'avortement est pratiqué tôt, moins il y a de chances qu'une femme éprouve des complications postopératoires, quelle que soit la technique utilisée. L'intimée reconnaît cela, mais cite le faible taux de complications qui existe partout au Canada, et le taux négligeable de mortalité rapporté depuis 1974 comme preuve que l'avortement selon le système actuel est très sûr. D'après *Avortements thérapeutiques, 1985*, précité, à la p. 20, aucune Canadienne n'est morte des suites d'un avortement thérapeutique depuis 1979. Un tel décès a eu lieu en 1974 et un autre en 1979.

Il faut rappeler cependant que les taux de complications rapportés pour toute technique d'avortement donnée sont généralement limités à certaines complications postopératoires somatiques et ne comprennent pas les données sur les complications psychologiques inhérentes à ces techniques. De plus, les chiffres rapportés ne reflètent pas le traumatisme psychologique éprouvé par les femmes avant l'intervention. Il en va également de même pour toute complication somatique liée à la condition initialement dangereuse de la femme enceinte qui peut survenir au cours du délai précédant l'avortement thérapeutique.

Si faible que puisse paraître le taux de complications postopératoires, il croît au fur et à mesure que la grossesse avance. En d'autres termes, avec chaque semaine de grossesse qui passe, même dans les tout premiers stades, le danger qu'un avortement représente pour la santé croît. *Avortements thérapeutiques, 1982* le confirment. Le taux de complications pour les avortements pratiqués avant neuf semaines était de 0,7 pour 100. Il augmentait à 1 pour 100 pour la période comprise entre 9 et 12 semaines de grossesse. Un taux de complications de 8,5 pour 100 était rapporté pour celle comprise entre 13 et 16 semaines de grossesse. Le taux de complications pour la période comprise entre 17 et 20 semaines de grossesse était encore plus élevé, soit 22 pour 100 (*Avortements thérapeutiques, 1982* (1984), à la p. 111). Les statistiques ontariennes publiées dans le rapport Powell confirment que des chiffres analogues s'appliquent à cette province. Les données pour 1976, 1981 et 1984 confirment pour l'Ontario le rapport qui existe entre les complications dues aux avorte-

1988 CanLII 90 (SCC)

as a percentage of total reported therapeutic abortions performed ("per 100 gestational age specific abortions") was ten times higher for the group of women with gestational age 13 weeks and above (see Powell Report, at p. 23 and Table 4).

The procedure set forth in s. 251(4) of the *Criminal Code* often causes, as we have seen, significant delays in obtaining therapeutic abortions. Delay increases the risk of post-operative complications. Section 251(4) thereby violates a pregnant woman's security of the person.

As I have already observed, the evidence indicates that the different techniques employed to perform abortions in Canada at different stages of pregnancy progressively increase risks to the woman. Expert testimony established that the suction dilation and curettage method generally used in the first twelve weeks is the safest technique. The dilation and evacuation method used from the thirteenth to the sixteenth week is relatively more dangerous. From the sixteenth week of pregnancy, an even more dangerous instillation method may be used. This method involves the introduction of prostaglandin, urea or saline solution which causes the woman to go into labour, giving birth to a foetus which is usually dead but not invariably so. Although the number of abortions done by the instillation technique amounts to only 4.5 per cent of the total number of therapeutic abortions performed in Canada, saline, urea or prostaglandin instillation is nevertheless used for 85.6 per cent of therapeutic abortions for women at least 16 weeks pregnant (*Therapeutic abortions, 1985*, *supra*, at pp. 18-19). It has been shown that the complication rate increases dramatically with the use of the instillation procedure (ibid., at p. 50). In addition, psychological trauma resulting from induced labour and the birth of the foetus is a very real consideration which is not included in post-

ments et le stade de la grossesse. En nombres absolus, deux fois plus de complications sont rapportées dans le cas des femmes enceintes depuis 13 semaines et plus, comparativement aux femmes enceintes depuis moins de 13 semaines. Le taux, exprimé en pourcentage du nombre total d'avortements thérapeutiques pratiqués qui ont été rapportés ([TRADUCTION] «pour 100 avortements pratiqués à ce stade de la grossesse»), était dix fois supérieur dans le cas du groupe de femmes enceintes depuis treize semaines et plus (voir le rapport Powell, à la p. 23 et au tableau 4).

La procédure énoncée au par. 251(4) du *Code criminel* engendre souvent, comme nous l'avons vu, des délais importants dans l'obtention des avortements thérapeutiques. Les délais accroissent le risque de complications postopératoires. Le paragraphe 251(4) viole donc la sécurité de la personne d'une femme enceinte.

Comme je l'ai déjà fait observer, il ressort de la preuve que les différentes techniques employées pour pratiquer des avortements au Canada, à différents stades de la grossesse, accroissent progressivement les dangers pour la femme. Le témoignage des experts établit que la méthode de l'aspiration et de la dilatation, suivies d'un curetage, utilisée dans les douze premières semaines est la technique la plus sûre. La méthode de la dilatation cervicale et de l'évacuation utérine utilisée entre la treizième et la seizième semaines est relativement plus dangereuse. À partir de la seizième semaine de grossesse, on peut avoir recours à la méthode médicamenteuse qui est encore plus dangereuse. Cette méthode comporte l'introduction de prostaglandine, d'urée ou d'une solution saline qui provoque les contractions chez la femme, qui accouche alors d'un fœtus habituellement mort-né, encore que ce ne soit pas toujours le cas. Bien que le nombre d'avortements provoqués par la méthode médicamenteuse ne soit que de 4,5 pour 100 du nombre total d'avortements thérapeutiques pratiqués au Canada, la technique de l'introduction de la solution saline, d'urée ou de prostaglandine est néanmoins employée dans 85,6 pour 100 des avortements thérapeutiques des femmes enceintes depuis au moins 16 semaines (*Avortements thérapeutiques, 1985*, précité, aux pp. 18 et 19). Il a été

1988 CanLII 90 (SCC)

operative statistics. It is in the pregnant woman's utmost interest that the delay for obtaining a therapeutic abortion be as short as possible so that the risks associated with more dangerous abortion techniques can be avoided.

Women are aware of the increased risk associated with the later stage abortion techniques. They are also aware of the more traumatic circumstances in which these techniques, particularly the instillation methods, are carried out. It is thus not only the risk of post-operative complications that increases progressively with each method. Women are aware of the increased risk well before the operation is performed. Experts testified at trial that awareness of the increased post-operative risk and of the added trauma associated with the later-stage methods create an increased psychological risk to health distinct from the increased physical risk. There is a world of difference, from the psychological point of view of the patient, between a reputedly safe technique of abortion performed under local anaesthetic requiring only a few hours in a hospital and an abortion procedure with a substantially higher complication rate performed under general anaesthetic requiring a longer period of hospitalization, and involving the trauma of induced labour and the delivery of a dead foetus. When the delays caused by s. 251(4) require a woman to undergo a saline procedure abortion, for example, the psychological trauma associated with that procedure amounts to an additional risk to health attributable to the *Criminal Code*. More generally, the delay that a pregnant woman must endure before she receives treatment of any kind results in psychological trauma. To force a woman, under threat of criminal sanction, to wait for medical treatment when she knows that her pregnancy represents a danger to her life or health is a violation of her right to security of the person. As was stated in *Collin v. Lussier*, [1983] 1 F.C. 218, at p. 239 (later reversed on appeal,

démontré que le taux de complications croît dramatiquement avec le recours à la méthode médicamenteuse (*ibid.*, à la p. 50). En outre, le traumatisme psychologique résultant de la provocation des contractions et de l'accouchement d'un fœtus est un facteur fort réel que n'incluent pas les statistiques portant sur les complications postopératoires. Il est dans le plus grand intérêt de la femme enceinte que le délai d'obtention d'un avortement thérapeutique soit aussi court que possible de façon que les risques liés aux techniques d'avortement les plus dangereuses puissent être évités.

Les femmes savent que des risques accrus sont liés aux techniques d'avortement du dernier stade. Elles savent aussi que ces techniques, particulièrement la méthode médicamenteuse, sont employées dans des circonstances plus traumatisantes. Ce n'est donc pas uniquement le risque de complications postopératoires qui croît progressivement avec chaque méthode. Les femmes savent qu'il y a croissance des risques bien avant que l'intervention ne soit pratiquée. Des experts ont témoigné lors du procès que la conscience de cette croissance des risques postopératoires et du traumatisme additionnel lié aux méthodes du dernier stade crée un plus grand danger psychologique pour la santé, distinct du risque somatique accru. Il y a un monde, du point de vue psychologique de la patiente, entre une technique d'avortement sous anesthésie locale, réputée sans danger et ne requérant qu'un séjour de quelques heures à l'hôpital, et une méthode d'avortement sous anesthésie générale qui comporte un taux de complications sensiblement plus élevé et qui requiert l'hospitalisation et comporte le traumatisme découlant de la provocation des contractions et de l'accouchement d'un fœtus mort-né. Lorsque les délais engendrés par le par. 251(4) exigent qu'une femme se fasse avorter selon la méthode de la solution saline, par exemple, le traumatisme psychologique lié à cette méthode équivaut à un danger additionnel pour la santé, attribuable au *Code criminel*. De manière plus générale, le délai auquel une femme enceinte doit se plier avant de recevoir un traitement quelconque provoque un traumatisme psychologique. Forcer une femme, sous menace de répression pénale, à attendre de subir un traitement médical alors qu'elle sait que sa grossesse représente un danger

1988 CanLII 90 (SCC)

[1985] 1 F.C. 124, but cited with approval on this point by Wilson J. in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, *supra*, at p. 208):

> . . . such detention, by increasing the applicant's anxiety as to his state of health, is likely to make his illness worse and, by depriving him of access to adequate medical care, it is in fact an impairment of the security of his person.

The psychological trauma that a pregnant woman suffers as a result of the delay shows that the procedure established by the *Criminal Code* violates the security of her person.

I have observed three instances in which s. 251 of the *Criminal Code* results in delays for women who qualify for therapeutic abortions in respect of the standard of s. 251(4)(*c*). This being said, the overall delay appears to have been reduced from the 8.0 weeks observed by the Badgley Committee in 1977. Evidence indicates that where a hospital with a committee is in place in a region, as in the case of Toronto, pregnant women can obtain therapeutic abortions within one to three weeks from their initial contact with a physician. Experts testified at trial that these delays are longer in some parts of the country, particularly in Quebec, but that overall delays have, on balance, been reduced. Furthermore, therapeutic abortion committees generally can speed up the certification process in an emergency situation, particularly when the pregnant woman's gestational age requires immediate medical attention. In spite of the reduction, however, these delays continue to result in an additional risk to the health of these women. The risk of post-operative complications increases with each passing week of delay. There is a heightened physical and psychological risk associated with later stage pregnancy techniques for abortion. Finally, psychological trauma increases with delay. The delays mean therefore that the state has intervened in such a manner as to create an additional risk to health, and consequently to security of the person, in a manner not in accordance with the principles of fundamental justice.

pour sa vie ou sa santé, est une violation de son droit à la sécurité de sa personne. Comme il a été dit dans la décision *Collin c. Lussier*, [1983] 1 C.F. 218, à la p. 239 (ultérieurement infirmée en appel, [1985] 1 C.F. 124, mais citée et approuvée sur ce point par le juge Wilson dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, précité, à la p. 208):

> . . . cette détention, en augmentant l'anxiété du requérant due à son état de santé, risque d'aggraver sa maladie et en le privant d'accès à des soins médicaux adéquats, elle porte atteinte effectivement à la sécurité de sa personne.

Le traumatisme psychologique que le délai provoque chez une femme enceinte démontre que la procédure établie par le *Code criminel* viole la sécurité de sa personne.

J'ai remarqué trois cas où l'art. 251 du *Code criminel* entraîne des délais pour les femmes aptes à subir un avortement thérapeutique selon la norme de l'al. 251(4)*c*). Cela étant dit, le délai global de 8 semaines constaté par le comité Badgley en 1977 a vraisemblablement diminué. La preuve indique que lorsqu'il existe un hôpital doté d'un comité dans une région, comme celle de Toronto, les femmes enceintes peuvent obtenir des avortements thérapeutiques dans un délai d'une à trois semaines après leur première consultation d'un médecin. Des experts ont témoigné en première instance que ces délais sont plus longs dans certaines régions du pays, particulièrement au Québec, mais que, somme toute, les délais globaux ont été réduits. En outre, les comités de l'avortement thérapeutique peuvent, en général, accélérer la procédure de certification dans un cas d'urgence, particulièrement lorsque, en raison du stade où elle est rendue dans sa grossesse, une femme requiert une attention médicale immédiate. Malgré cette réduction, ces délais continuent toutefois d'engendrer un risque additionnel pour la santé de ces femmes. Le risque de complications postopératoires croît avec chaque semaine qui s'écoule. Un risque somatique et psychologique accru est lié aux techniques d'avortement utilisées au dernier stade de la grossesse. Enfin, le délai provoque un accroissement du traumatisme psychologique. Ces délais signifient donc que l'État est intervenu de manière à créer un risque addi-

1988 CanLII 90 (SCC)

quently this intervention constitutes a violation of the woman's security of the person.

IV — The Principles of Fundamental Justice

I turn now to a consideration of the manner in which pregnant women are deprived of their right to security of the person by s. 251. Section 7 of the *Charter* states that everyone has the right not to be deprived of security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice. As I will endeavour to demonstrate, s. 251(4) does not accord with the principles of fundamental justice.

I am of the view, however, that certain elements of the procedure for obtaining a therapeutic abortion which counsel for the appellants argued could not be saved by the second part of s. 7 are in fact in accordance with the principles of fundamental justice. The expression of the standard in s. 251(4)(*c*), and the requirement for some independent medical opinion to ascertain that the standard has been met as well as the consequential necessity of some period of delay to ascertain the standard are not in breach of s. 7 of the *Charter*.

Counsel for the appellants argued that the expression of the standard in s. 251(4)(*c*) is so imprecise that it offends the principles of fundamental justice. He submits that pregnant women are arbitrarily deprived of their s. 7 right by reason of the different meanings that can be given to the word "health" in s. 251(4)(*c*) by therapeutic abortion committees.

I agree with McIntyre J. and the Ontario Court of Appeal that the expression "the continuation of the pregnancy of such female person would or would be likely to endanger her life or health" found in s. 251(4)(*c*) does provide, as a matter of law, a sufficiently precise standard by which therapeutic abortion committees can determine when therapeutic abortions should be granted.

As the Court of Appeal said, *supra*, at p. 388:

tionnel pour la santé et, par conséquent, cette intervention constitue une violation de la sécurité de la personne de la femme.

IV – Les principes de justice fondamentale

J'en viens maintenant à l'examen de la manière dont l'art. 251 porte atteinte au droit des femmes enceintes à la sécurité de leur personne. L'article 7 de la *Charte* prévoit qu'il ne peut être porté atteinte au droit de chacun à la sécurité de sa personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Comme je vais tenter de le démontrer, le par. 251(4) n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale.

Cependant, je suis d'avis que certains éléments de la procédure d'obtention d'un avortement thérapeutique qui, selon l'avocat des appelants, ne peuvent être sauvegardés par la seconde partie de l'art. 7, sont en fait conformes aux principes de justice fondamentale. La formulation du critère à l'al. 251(4)*c*) et l'obligation d'obtenir une opinion médicale indépendante pour s'assurer qu'il est respecté ainsi que la nécessité, qui en découle, de disposer d'un certain délai pour le faire ne violent pas l'art. 7 de la *Charte*.

L'avocat des appelants a soutenu que la formulation du critère à l'al. 251(4)*c*) est tellement imprécise qu'il y a atteinte aux principes de justice fondamentale. Il fait valoir qu'il y a atteinte arbitraire au droit que l'art. 7 confère aux femmes enceintes, en raison des sens différents que les comités de l'avortement thérapeutique peuvent donner au terme «santé» qui figure à l'al. 251(4)*c*).

Je suis d'accord avec le juge McIntyre et avec la Cour d'appel de l'Ontario pour dire que l'expression «la continuation de la grossesse de cette personne du sexe féminin femme mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière» que l'on trouve à l'al. 251(4)*c*) fournit, sur le plan du droit, un critère suffisamment précis pour permettre aux comités de l'avortement thérapeutique de décider quand il faut autoriser des avortements thérapeutiques.

Comme la Cour d'appel l'a dit, précité, à la p. 388:

1988 CanLII 90 (SCC)

In this case ... from a reading of s. 251 with its exceptions, there is no difficulty in determining what is proscribed and what is permitted. It cannot be said that no sensible meaning can be given to the words of the section. Thus, it is for the courts to say what meaning the statute will bear.

Laskin C.J. held in *Morgentaler (1975)*, at p. 634, that s. 251(4)(*c*) was not so vague so as to constitute a violation of "security of the person" without due process of law under s. 1(*a*) of the *Canadian Bill of Rights*:

It is enough to say that Parliament has fixed a manageable standard because it is addressed to a professional panel, the members of which would be expected to bring a practised judgment to the question whether "the continuation of the pregnancy ... would or would be likely to endanger ... life or health." Moreover, I am of the view that Parliament would assign such an exercise of judgment to a professional group without colliding with any imperatives called for by due process of law under s. 1 (*a*).

I agree with Laskin C.J. that the standard is manageable because it is addressed to a panel of doctors exercising medical judgment on a medical question. This being the case, the standard must necessarily be flexible. Flexibility and vagueness are not synonymous. Parliament has set a medical standard to be determined over a limited range of circumstances. With the greatest of respect, I cannot agree with the view that the therapeutic abortion committee is a "strange hybrid, part medical committee and part legal committee" as the Chief Justice characterizes it (at p. 69). In section 251(4) Parliament has only given the committee the authority to make a medical determination regarding the pregnant woman's life or health. The committee is not called upon to evaluate the sufficiency of the state interest in the foetus as against the woman's health. This evaluation of the state interest is a question of law already decided by Parliament in its formulation of s. 251(4). Evidence has been submitted that many committees fail to apply the standard set by Parliament by requiring the consent of the pregnant woman's spouse, by refusing to authorize second abortions or by refusing all abortions to married women. In

[TRADUCTION] Dans cette affaire [...] après lecture de l'art. 251 et de ses exceptions, il n'y a aucune difficulté à déterminer ce qui est interdit et ce qui est permis. On ne peut pas dire qu'aucun sens raisonnable ne peut être donné aux termes de cet article. Donc, il revient aux tribunaux de dire quel sens il faut donner à la loi.

Le juge en chef Laskin a conclu, dans l'arrêt *Morgentaler (1975)*, à la p. 634, que l'al. 251(4)*c*) n'est pas vague au point de constituer une violation de la «sécurité de la personne» sans que ce ne soit par l'application régulière de la loi comme le prévoit l'al. 1*a*) de la *Déclaration canadienne des droits*:

Qu'il suffise de dire que le Parlement a fixé un critère maniable parce qu'il s'adresse à un comité composé d'hommes de l'art, dont on peut s'attendre que les membres portent un jugement exercé sur la question de savoir si «la continuation de la grossesse ... mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé ...» De plus, je suis d'avis que le Parlement peut confier à un groupe d'hommes de l'art l'exercice d'un tel jugement sans heurter d'impératif issu de l'exigence d'application régulière de la loi sous le régime de l'al. *a*) de l'art. 1.

Je conviens avec le juge en chef Laskin que le critère est maniable parce qu'il s'adresse à un comité de médecins qui portent un jugement médical sur une question médicale. Cela étant le cas, le critère doit nécessairement être souple. Souplesse n'est pas synonyme d'imprécision. Le législateur a établi un critère médical déterminable en fonction d'un nombre limité de circonstances. En toute déférence pour l'opinion contraire, je ne saurais admettre que le comité de l'avortement thérapeutique soit un «hybride étrange, en partie comité médical et en partie comité légal» comme le Juge en chef le qualifie (à la p. 69). Au paragraphe 251(4), le législateur n'a conféré au comité que le pouvoir de prendre une décision médicale concernant la vie ou la santé de la femme enceinte. On ne demande pas au comité d'évaluer si l'intérêt qu'a l'État dans la protection du fœtus par rapport à la santé de la femme est suffisant. L'évaluation de l'intérêt de l'État est une question de droit que le législateur a déjà tranchée quand il a formulé le par. 251(4). On a soumis en preuve que de nombreux comités n'appliquent pas le critère fixé par le législateur en exigeant le consentement du conjoint de la femme enceinte, en refusant d'autoriser

1988 CanLII 90 (SCC)

so far as these and other requirements fall outside s. 251(4)(*c*), they constitute an unfounded interpretation of the plain terms of the *Criminal Code*. These patent excesses of authority do not, however, mean that the standard of s. 251 is vague.

The wording of s. 251(4)(*c*) limits the authority of the committee. The word "health" is not vague but plainly refers to the physical or mental health of the pregnant woman. I note with interest the decision of the Supreme Court of the United States in *United States v. Vuitch*, 402 U.S. 62 (1971), in which a District of Columbia statute outlawing abortions except when they were "necessary for the preservation of the mother's life or health" was at issue. It was argued that the word "health" was so imprecise and had so uncertain a meaning that the statute offended the Due Process Clause of the United States Constitution. Mindful of the differences between the Due Process Clause and the principles of fundamental justice in s. 7 of the *Charter*, I nevertheless believe the following extract, at p. 72, of the majority opinion delivered by Black J. to be instructive:

> ... the general usage and modern understanding of the word "health" ... includes psychological as well as physical well-being. Indeed Webster's Dictionary, in accord with that common usage, properly defines health as the "[s]tate of being .... sound in body [or] mind." Viewed in this light, the term "health" presents no problem of vagueness. Indeed, whether a particular operation is necessary for a patient's physical or mental health is a judgment that physicians are obviously called upon to make routinely whenever surgery is considered.

The standard is further circumscribed by the word "endanger". Not only must the continuation of the pregnancy affect the woman's life or health, it must endanger life or health, so that a committee that authorizes an abortion when this element is not present or fails to authorize it when it is present exceeds its authority. Finally, the expression "would or would be likely" eliminates any requirement that the danger to life or health be

un second avortement ou en refusant tout avortement aux femmes mariées. Dans la mesure où de telles exigences ne relèvent pas de l'al. 251(4)*c*), elles constituent une interprétation injustifiée des termes clairs du *Code criminel*. Ces abus manifestes de pouvoir ne signifient pas toutefois que le critère de l'art. 251 est vague.

Le texte de l'al. 251(4)*c*) limite le pouvoir du comité. Le terme «santé», loin d'être vague, vise clairement la santé mentale ou physique de la femme enceinte. Je note avec intérêt l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *United States v. Vuitch*, 402 U.S. 62 (1971), où une loi du district de Columbia, interdisant les avortements sauf lorsqu'ils sont [TRADUCTION] «nécessaires à la préservation de la vie ou de la santé de la mère» était en cause. On soutenait que le terme «santé» était tellement imprécis et avait un sens tellement incertain que la loi violait la clause de l'application régulière de la loi de la Constitution américaine. Tout en ayant à l'esprit les différences qui existent entre la clause de l'application régulière de la loi et les principes de justice fondamentale de l'art. 7 de la *Charte*, je crois néanmoins que l'extrait suivant de l'opinion de la majorité, dont l'auteur est le juge Black, est instructif (à la p. 72):

> [TRADUCTION] ... le sens moderne et courant du terme «santé» [. . .] inclut le bien-être psychologique autant que physique. D'ailleurs le dictionnaire Webster, en accord avec l'usage courant définit à juste titre la santé comme l'«[é]tat de bien-être physique [ou] mental.» Vu sous cet angle, le terme «santé» ne présente aucun problème d'imprécision. En fait, la question de savoir si une intervention particulière est nécessaire pour préserver la santé physique ou mentale d'un patient est une décision que les médecins ont, de toute évidence, à prendre tous les jours, chaque fois qu'une intervention chirurgicale est envisagée.

Le critère est en outre circonscrit par les termes «mettre en danger». Non seulement la continuation de la grossesse doit-elle nuire à la vie ou à la santé de la femme, elle doit encore mettre en danger sa vie ou sa santé, de sorte qu'un comité qui autorise un avortement en l'absence de cet élément ou qui refuse de l'autoriser alors qu'il est présent, abuse de son pouvoir. Enfin, l'expression «mettrait ou mettrait probablement» élimine toute condition

1988 CanLII 90 (SCC)

certain or immediate at the time the certificate is issued.

The presence of the exculpatory provision in the *Criminal Code* and the wording of the standard itself point to the parameters of s. 251(4). The required standard of threat to life or health must necessarily be lesser than that required under the common law defence of necessity, otherwise s. 251(4) would be superfluous. It is proper to infer, on the other hand, that s. 251(4) must be interpreted as relating solely to therapeutic grounds since only qualified medical practitioners are entitled to evaluate the threat to life or health.

Not only is the standard expressed in s. 251(4)(*c*) sufficiently precise to permit therapeutic abortion committees to determine when therapeutic abortions should be granted, but the crime of procuring a miscarriage is expressed with sufficient clarity for those subject to its terms so as not to offend the principles of fundamental justice. In this respect, counsel for the respondent correctly observed in his written argument that " . . . s. 251 presents no degree of uncertainty or vagueness as to potential criminal liability: anyone charged with an offence would know whether prohibited conduct was being undertaken and whether an exemption certificate had been received. Equally, any official entrusted with enforcing this section would know whether an offence had been committed." Police officers are not called upon by the section to define "health" but, in respect of the medical justification for a therapeutic abortion, they must ensure that a certificate in writing has been duly issued.

Just as the expression of the standard in s. 251(4)(*c*) does not offend the principles of fundamental justice, the requirement that an independent medical opinion be obtained for a therapeutic abortion to be lawful also cannot be said to constitute a violation of these principles when considered in the context of pregnant women's right to security of the person.

In *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, at p. 304, La Forest J. explained that the legislator must be

que le danger pour la vie ou la santé soit certain ou immédiat au moment où le certificat est délivré.

La présence de la disposition disculpatoire dans le *Code criminel* et la formulation du critère lui-même fixent les paramètres du par. 251(4). Le critère requis de menace à la vie ou à la santé doit obligatoirement être moindre que celui qu'exige le moyen de défense de *common law* de la nécessité, car autrement le par. 251(4) serait superflu. Par contre, on peut à bon droit conclure que le par. 251(4) doit être interprété comme portant seulement sur des motifs thérapeutiques puisque seuls des médecins qualifiés ont le droit d'évaluer la menace à la vie ou à la santé.

Non seulement le critère exprimé à l'al. 251(4)*c*) est-il suffisamment précis pour permettre au comité de l'avortement thérapeutique de décider quand il convient d'autoriser les avortements thérapeutiques, mais encore le crime consistant à procurer un avortement est exprimé avec suffisamment de clarté pour ceux qui sont assujettis à ces termes pour qu'il ne porte pas atteinte aux principes de justice fondamentale. À cet égard, l'avocat de l'intimée fait observer à juste titre dans son argumentation écrite que [TRADUCTION] «. . . l'art. 251 ne présente aucun degré d'incertitude ou d'imprécision quant à une éventuelle responsabilité criminelle: tout inculpé saurait s'il y avait conduite interdite et si un certificat d'exemption avait été reçu. Également, tout officier chargé de faire respecter cet article saurait si une infraction a été perpétrée.» L'article n'oblige pas les agents de police à définir ce qu'est «la santé» mais, au chapitre de la justification médicale d'un avortement thérapeutique, ils doivent s'assurer qu'un certificat écrit a dûment été délivré.

Tout comme le critère exprimé à l'al. 251(4)*c*) ne porte pas atteinte aux principes de justice fondamentale, on ne peut non plus dire que l'obligation d'obtenir une opinion médicale indépendante pour qu'un avortement thérapeutique soit licite constitue une violation de ces principes sous l'angle du droit des femmes enceintes à la sécurité de leur personne.

Dans l'arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, à la p. 304, le juge La Forest explique que le législa-

1988 CanLII 90 (SCC)

accorded a certain latitude to make choices regarding the type of administrative structure that will suit its needs unless the use of such structure is in itself "so manifestly unfair, having regard to the decisions it is called upon to make [emphasis added], as to violate the principles of fundamental justice". An administrative structure made up of unnecessary rules, which result in an additional risk to the health of pregnant women, is manifestly unfair and does not conform to the principles of fundamental justice. Section 251(4), taken as a whole, does not accord with the principles of fundamental justice in that certain of the procedural requirements of s. 251 create unnecessary delays. As will be seen, some of these requirements are manifestly unfair because they have no connection whatsoever with Parliament's objectives in establishing the administrative structure in s. 251(4). Although connected to Parliament's objectives, other rules in s. 251(4) are manifestly unfair because they are not necessary to assure that the objectives are met.

As I noted in my analysis of s. 251(4), by requiring that a committee state that the medical standard has been met for the criminal sanction to be lifted, Parliament seeks to assure that there is a reliable, independent and medically sound opinion that the continuation of the pregnancy would or would be likely to endanger the woman's life or health. Whatever the failings of the current system, I believe that the purpose pursuant to which it was adopted does not offend the principles of fundamental justice. As I shall endeavour to explain, the current mechanism in the *Criminal Code* does not accord with the principles of fundamental justice. This does not preclude, in my view, Parliament from adopting another system, free of the failings of s. 251(4), in order to ascertain that the life or health of the pregnant woman is in danger, by way of a reliable, independent and medically sound opinion.

Parliament is justified in requiring a reliable, independent and medically sound opinion in order to protect the state interest in the foetus. This is

teur doit jouir d'une certaine latitude pour choisir le genre de structure administrative qui répondra à ses besoins, à moins que le recours à une telle structure ne soit en lui-même «nettement injuste, compte tenu des décisions qu'elle [le législateur] est appelée à prendre [je souligne], au point de violer les principes de justice fondamentale». Une structure administrative comportant des règles inutiles, qui ont pour effet d'accroître le danger pour la santé des femmes enceintes, est nettement injuste et non conforme aux principes de justice fondamentale. Le paragraphe 251(4), pris dans son ensemble, n'est pas compatible avec les principes de justice fondamentale en raison des délais inutiles qu'engendrent certaines exigences en matière de procédure de l'art. 251. Comme nous le verrons, certaines de ces exigences sont manifestement injustes du fait qu'elles n'ont absolument aucun rapport avec les objectifs poursuivis par le législateur en établissant la structure administrative que l'on trouve au par. 251(4). Quoique liées aux objectifs du législateur, d'autres règles du par. 251(4) sont nettement injustes du fait qu'elles ne sont pas nécessaires pour assurer la réalisation des objectifs poursuivis.

Comme je le souligne dans mon analyse du par. 251(4), en obligeant un comité à déclarer que le critère médical est rempli pour que la sanction criminelle soit levée, le législateur veut assurer qu'il y ait une opinion médicale éclairée, fiable et indépendante que la continuation de la grossesse mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de la femme. Quelles que soient les faiblesses du système actuel, je crois que l'objectif visé par son adoption ne porte pas atteinte aux principes de justice fondamentale. Comme je vais tenter de l'expliquer, le mécanisme actuel du *Code criminel* n'est pas compatible avec les principes de justice fondamentale. Cela n'empêche pas, à mon avis, le législateur d'adopter un autre système, exempt des faiblesses du par. 251(4), pour vérifier si la vie ou la santé de la femme enceinte est en danger, au moyen d'une opinion médicale éclairée, fiable et indépendante.

Le législateur est justifié d'exiger une opinion médicale éclairée, fiable et indépendante, afin de préserver l'intérêt qu'a l'État dans la protection du

1988 CanLII 90 (SCC)

undoubtedly the objective of a rule which requires an independent verification of the practising physician's opinion that the life or health of the pregnant woman is in danger. It cannot be said to be simply a mechanism designed to protect the health of the pregnant woman. While this latter objective clearly explains the requirement that the practising physician be a "qualified medical practitioner" and that the abortion take place in a safe place, it cannot explain the necessary intercession of an in-hospital committee of three physicians from which is excluded the practising physician.

While a second medical opinion is very often seen as necessary in medical circles when difficult questions as to a patient's life or health are at issue, the independent opinion called for by the *Criminal Code* has a different purpose. Parliament requires this independent opinion because it is not only the woman's interest that is at stake in a decision to authorize an abortion. The Ontario Court of Appeal alluded to this at p. 378 when it stated that "One cannot overlook the fact that the situation respecting a woman's right to control her own person becomes more complex when she becomes pregnant, and that some statutory control may be appropriate". The presence of the foetus accounts for this complexity. By requiring an independent medical opinion that the pregnant woman's life or health is in fact endangered, Parliament seeks to ensure that, in any given case, only therapeutic reasons will justify the decision to abort. The amendments to the *Criminal Code* in 1969 amounted to a recognition by Parliament, as I have said, that the interest in the life or health of the pregnant woman takes precedence over the interest of the state in the protection of the foetus when the continuation of the pregnancy would or would be likely to endanger the pregnant woman's life or health. Parliament decided that it was necessary to ascertain this from a medical point of view before the law would allow the interest of the pregnant woman to indeed take precedence over that of the foetus and permit an abortion to be performed without criminal sanction.

fœtus. C'est forcément l'objet de la règle qui exige une vérification indépendante de l'opinion du médecin traitant que la vie ou la santé de la femme enceinte est en danger. On ne saurait dire qu'il s'agit simplement d'un mécanisme conçu pour protéger la santé de la femme enceinte. Bien que ce dernier objectif explique manifestement l'obligation pour le médecin traitant d'être un «médecin qualifié» et celle que l'avortement ait lieu dans un endroit sûr, il ne peut expliquer la nécessité de l'intervention d'un comité interne de l'hôpital, composé de trois médecins, dont est exclu le médecin traitant.

Certes, une seconde opinion médicale est souvent considérée comme nécessaire dans les milieux médicaux lorsque de difficiles questions de vie ou de santé du patient sont en cause, mais l'opinion indépendante qu'exige le *Code criminel* vise un objet différent. Le législateur exige cette opinion indépendante parce que ce n'est pas seulement l'intérêt de la femme qui est en jeu dans la décision d'autoriser un avortement. La Cour d'appel de l'Ontario fait allusion à cela à p. 378, lorsqu'elle dit que [TRADUCTION] «[o]n ne saurait oublier que la situation du droit de la femme à être maîtresse de sa propre personne se complique lorsqu'elle devient enceinte et qu'un certain contrôle de la loi peut se révéler approprié». La présence du fœtus est responsable de cette complexité. En exigeant une opinion médicale indépendante portant que la vie ou la santé de la femme enceinte est réellement en danger, le législateur veut s'assurer que, dans un cas donné, seules des raisons thérapeutiques justifieront la décision d'avorter. Comme je l'ai dit, les modifications apportées au *Code criminel* en 1969 équivalent à la reconnaissance par le législateur que l'intérêt que présente la vie ou la santé des femmes enceintes l'emporte sur l'intérêt qu'a l'État dans la protection du fœtus, lorsque la continuation de la grossesse mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de la femme enceinte. Le législateur a décidé qu'il était nécessaire de vérifier cela du point de vue médical, avant que la loi ne laisse l'intérêt de la femme enceinte l'emporter effectivement sur celui du fœtus et qu'elle ne permette qu'un avortement soit pratiqué sans qu'il y ait de sanction criminelle.

1988 CanLII 90 (SCC)

I do not believe it to be unreasonable to seek independent medical confirmation of the threat to the woman's life or health when such an important and distinct interest hangs in the balance. I note with interest that in a number of foreign jurisdictions, laws which decriminalize abortions require an opinion as to the state of health of the woman independent from the opinion of her own physician. The Crown, in its book of authorities, cited the following statutes which included such a mechanism: United Kingdom, *Abortion Act, 1967*, 1967, c. 87, s. 1(1)(*a*); Australian Northern Territory, *Criminal Law Consolidation Act and Ordinance*, s. 79 A(3)(a); South Australia, *Criminal Law Consolidation Act*, 1935-1975, s. 82a(1)(*a*); Federal Republic of Germany, *Criminal Code*, as amended by the *Fifteenth Criminal Law Amendment Act* (1976), s. 219; Israel, *Penal Law*, 5737-1977 (as amended), s. 315; New Zealand, *Crimes Act 1961*, as amended by the *Crimes Amendment Act 1977* and the *Crimes Amendment Act 1978*, s. 187A(4); *Code pénal suisse*, art. 120(1). This said, the practising physician must, according to s. 251(4)(*a*), be in "good faith" and, consequently, have no reason to believe that the standard in s. 251(4)(*c*) has not been met. The practising physician is, however, properly excluded from the body giving the independent opinion. I believe that Parliament is justified in requiring what is no doubt an extraordinary medical practice in its regulation of the criminal law of abortion in accordance with the various interests at stake.

The assertion that an independent medical opinion, distinct from that of the pregnant woman and her practising physician, does not offend the principles of fundamental justice would need to be reevaluated if a right of access to abortion is founded upon the right to "liberty" in s. 7 of the *Charter*. I am of the view that there would still be circumstances in which the state interest in the protection of the foetus would require an independent medical opinion as to the danger to the life or health of the pregnant woman. Assuming without deciding that a right of access to abortion can be founded upon the right to "liber-

Je ne crois pas qu'il soit déraisonnable de demander une confirmation médicale indépendante au sujet de la menace pour la vie ou la santé de la femme lorsqu'un intérêt aussi important et marqué pèse dans la balance. Je constate avec intérêt que, dans de nombreux ressorts étrangers, les lois qui décriminalisent l'avortement requièrent un avis concernant l'état de santé de la femme indépendant de celui de son propre médecin. Le ministère public, dans son dossier de sources législative, jurisprudentielle et doctrinale, cite les lois suivantes qui comportent un mécanisme de ce genre: Royaume-Uni, *Abortion Act, 1967*, 1967, chap. 87, al. 1(1)*a*); Territoire du Nord de l'Australie, *Criminal Law Consolidation Act and Ordinance*, sous-al. 79 A(3)a); Australie-Méridionale, *Criminal Law Consolidation Act*, 1935-1975, al. 82a(1)*a*); République fédérale de l'Allemagne, *Criminal Code*, modifié par la *Fifteenth Criminal Law Amendment Act* (1976), art. 219; Israël, *Penal Law*, 5737-1977 (modifiée), art. 315; Nouvelle-Zélande, *Crimes Act 1961*, modifiée par la *Crimes Amendment Act 1977* et la *Crimes Amendment Act 1978*, par. 187A(4); *Code pénal suisse*, par. 120(1). Cela dit, le médecin traitant doit, d'après l'al. 251(4)*a*), être «de bonne foi» et, par conséquent, n'avoir aucune raison de croire que le critère de l'al. 251(4)*c*) n'est pas rempli. Le médecin traitant est toutefois exclu à juste titre de l'organisme qui donne une opinion indépendante. Je crois que le législateur a raison d'exiger ce qui, sans aucun doute, est une pratique médicale extraordinaire dans sa réglementation du droit criminel en matière d'avortement, conformément aux divers intérêts en jeu.

L'affirmation selon laquelle une opinion médicale indépendante, distincte de celle de la femme enceinte et de son médecin traitant, ne porte pas atteinte aux principes de justice fondamentale, devrait être réévaluée si le droit à l'avortement était fondé sur le droit à la «liberté» de l'art. 7 de la *Charte*. Je suis d'avis qu'il y aurait encore des circonstances dans lesquelles l'intérêt qu'a l'État dans la protection du fœtus exigerait une opinion médicale indépendante concernant le danger pour la vie ou la santé de la femme enceinte. Même en présumant, sans le décider, que le droit à l'avortement peut se fonder sur le droit à la «liberté», il y

1988 CanLII 90 (SCC)

ty", there would be a point in time at which the state interest in the foetus would become compelling. From this point in time, Parliament would be entitled to limit abortions to those required for therapeutic reasons and therefore require an independent opinion as to the health exception. The case law reveals a substantial difference of opinion as to the state interest in the protection of the foetus as against the pregnant woman's right to liberty. Wilson J., for example, in her discussion of s. 1 of the *Charter* in the case at bar, notes the following, at p. 183:

> The precise point in the development of the foetus at which the state's interest in its protection becomes "compelling" I leave to the informed judgment of the legislature which is in a position to receive guidance on the subject from all the relevant disciplines. It seems to me, however, that it might fall somewhere in the second trimester.

This view as to when the state interest becomes compelling may be compared with that of O'Connor J. of the United States Supreme Court in her dissenting opinion in *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 462 U.S. 416 (1983), at pp. 460-61:

> In *Roe* [*Roe* v. *Wade* 410 U.S. 113 (1973)], the Court held that although the State had an important and legitimate interest in protecting potential life, that interest could not become compelling until the point at which the fetus was viable. The difficulty with this analysis is clear: *potential* life is no less potential in the first weeks of pregnancy than it is at viability or afterward. At any stage in pregnancy, there is the *potential* for human life. Although the Court refused to "resolve the difficult question of when life begins," *id.*, at 159, the Court chose the point of viability — when the foetus is *capable* of life independent of its mother — to permit the complete proscription of abortion. The choice of viability as the point at which state interest in *potential* life becomes compelling is no less arbitrary than choosing any point before viability or any point afterward. Accordingly, I believe that the State's interest in protecting potential human life exists throughout the pregnancy.

As I indicated at the outset of my reasons, it is nevertheless possible to resolve this appeal without attempting to delineate the right to "liberty" in s.

aurait un moment où l'intérêt qu'a l'État dans la protection du fœtus deviendrait supérieur. Dès ce moment-là, le législateur serait en droit de limiter les avortements à ceux qui sont nécessaires pour des motifs thérapeutiques et donc d'exiger une opinion indépendante concernant l'exception pour cause de santé. La jurisprudence est fort partagée sur la question de l'intérêt qu'a l'État dans la protection du fœtus face au droit de la femme enceinte à la liberté. Le juge Wilson, par exemple, dans l'analyse qu'elle fait en l'espèce de l'article premier de la *Charte*, souligne ceci (à la p. 183):

> Quant au point précis du développement du fœtus où l'intérêt qu'a l'État de le protéger devient "supérieur", je laisse le soin de le fixer au jugement éclairé du législateur, qui est en mesure de recevoir des avis à ce sujet de l'ensemble des disciplines pertinentes. Il me semble cependant que ce point pourrait se situer quelque part au cours du second trimestre.

Ce point de vue quant au moment où l'intérêt de l'État devient supérieur peut être comparé à celui exprimé en dissidence par le juge O'Connor de la Cour suprême des États-Unis, dans l'affaire *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 462 U.S. 416 (1983), aux pp. 460 et 461:

> [TRADUCTION] Dans l'arrêt *Roe* [*Roe* v. *Wade* 410 U.S. 113 (1973)]. la Cour a jugé que si l'État avait un intérêt important et légitime à protéger la vie potentielle, cet intérêt ne pouvait devenir supérieur qu'au moment où le fœtus devenait viable. La difficulté que pose ce genre d'analyse est claire: la vie *potentielle* n'est pas moins potentielle au cours des premières semaines de grossesse qu'elle ne l'est au point de viabilité ou ultérieurement. À tout stade de la grossesse, il y a une vie humaine en puissance. Bien qu'elle ait refusé de «résoudre la difficile question du moment où la vie commence», *id.*, à la p. 159, la Cour a choisi le point de viabilité, c'est-à-dire lorsque le fœtus est *capable* de vivre indépendamment de sa mère, pour interdire complètement l'avortement. Le choix de la viabilité comme point où l'intérêt de l'État dans la vie *potentielle* devient supérieur n'est pas moins arbitraire que le choix de tout autre point avant la viabilité ou de tout autre point ultérieur. Par conséquent, je crois que l'intérêt qu'a l'État à protéger la vie humaine potentielle existe tout au long de la grossesse.

Comme je l'ai indiqué au début de mes motifs, il est néanmoins possible de résoudre le pourvoi sans tenter de délimiter le droit à «la liberté» de l'art. 7

1988 CanLII 90 (SCC)

7 of the *Charter*. The violation of the right to "security of the person" and the relevant principles of fundamental justice are sufficient to invalidate s. 251 of the *Criminal Code*.

Some delay is inevitable in connection with any system which purports to limit to therapeutic reasons the grounds upon which an abortion can be performed lawfully. Any statutory mechanism for ensuring an independent confirmation as to the state of the woman's life or health, adopted pursuant to the objective of assuring the protection of the foetus, will inevitably result in a delay which would exceed whatever delay would be encountered if an independent opinion was not required. Furthermore, rules promoting the safety of abortions designed to protect the interest of the pregnant woman will also cause some unavoidable delay. It is only in so far as the administrative structure creates delays which are unnecessary that the structure can be considered to violate the principles of fundamental justice. Indeed, an examination of the delays caused by certain of the procedural requirements in s. 251(4) reveals that they are unnecessary, given Parliament's objectives in establishing the administrative structure. I note parenthetically that it is not sufficient to argue that the structure would operate in a fair manner but for the applications from women who do not qualify in respect of the standard in s. 251(4)(*c*). A fair structure, put in place to decide between those women who qualify for a therapeutic abortion and those who do not, should be designed with a view to efficiently meeting the demands which it must necessarily serve.

One such example of a rule which is unnecessary is the requirement in s. 251(4) that therapeutic abortions must take place in an eligible hospital to be lawful. I have observed that s. 251(4) directs that therapeutic abortions take place in accredited or approved hospitals, with at least four physicians, and that, because of the lack of such hospitals in many parts of Canada, this often causes delay for women seeking treatment. As I noted earlier, this requirement was plainly adopted to assure the safety of the abortion procedure gener-

de la *Charte*. La violation du droit à «la sécurité de la personne» et les principes pertinents de justice fondamentale sont suffisants pour invalider l'art. 251 du *Code criminel*.

Un certain délai est inévitable pour tout système qui prétend limiter à des raisons thérapeutiques les motifs qui permettent de pratiquer un avortement licitement. Tout mécanisme légal qui vise à obtenir une confirmation indépendante de l'état de santé de la femme ou du danger pour sa vie, adopté conformément à l'objectif d'assurer la protection du fœtus, engendre inévitablement un délai supérieur à tout autre délai auquel on pourrait avoir à se plier si une opinion indépendante n'était pas exigée. En outre, les règles qui visent à assurer des avortements sans danger et qui sont conçues pour la protection de la femme enceinte sont elles aussi, inévitablement, sources d'un certain délai. C'est uniquement dans la mesure où la structure administrative crée des délais qui ne sont pas nécessaires qu'on peut considérer qu'elle viole les principes de justice fondamentale. Un examen des délais occasionnés par certaines exigences en matière de procédure du par. 251(4) révèle effectivement qu'ils ne sont pas nécessaires, compte tenu des objectifs que poursuivait le législateur en établissant cette structure administrative. Je souligne, entre parenthèses, qu'il ne suffit pas de soutenir que la structure fonctionnerait équitablement n'étaient-ce les demandes de femmes inadmissibles au regard du critère de l'al. 251(4)*c*). Une structure équitable mise en place pour départager les femmes admissibles à un avortement thérapeutique de celles qui ne le sont pas devrait être conçue de manière à satisfaire efficacement aux demandes auxquelles elle doit nécessairement répondre.

Un exemple de règle inutile, c'est l'exigence du par. 251(4) que les avortements thérapeutiques aient lieu dans un hôpital admissible pour être licites. J'ai fait observer que le par. 251(4) exige que les avortements thérapeutiques soient pratiqués dans des hôpitaux accrédités ou approuvés, comptant au moins quatre médecins, et que l'absence de tels hôpitaux dans bien des régions du Canada est souvent à la source de délais pour les femmes qui veulent être traitées. Comme je l'ai noté précédemment, cette exigence a manifeste-

ally, and particularly the safety of the pregnant woman, after the standard of s. 251(4) has been met and after the certificate to this effect has been issued enabling the woman to have a lawful abortion. The objective in respect of which the in-hospital rule was adopted is safety and not the state interest in the protection of the foetus. As the rule stands in s. 251(4), however, no exception is currently possible. The evidence discloses that there is no justification for the requirement that all therapeutic abortions take place in hospitals eligible under the *Criminal Code*. In this sense, the delays which result from the hospital requirement are unnecessary and, consequently, in this respect, the administrative structure for therapeutic abortions is manifestly unfair and offends the principles of fundamental justice.

ment été adoptée pour assurer, de manière générale, que les avortements soient pratiqués en toute sécurité et, plus particulièrement, pour assurer la sécurité de la femme enceinte, une fois satisfait le critère du par. 251(4) et une fois délivré le certificat en ce sens, autorisant la femme à subir un avortement licite. L'objectif pour lequel la règle de l'avortement à l'hôpital a été adoptée était la sécurité et non l'intérêt qu'a l'État dans la protection du fœtus. Mais la règle, que l'on trouve au par. 251(4), ne permet actuellement aucune exception. Il ressort de la preuve que l'obligation que tous les avortements aient lieu dans des hôpitaux admissibles en vertu du *Code criminel* n'est pas justifiée. En ce sens, les délais qui résultent de l'exigence relative aux hôpitaux ne sont pas nécessaires et, par conséquent, à cet égard, la structure administrative concernant les avortements thérapeutiques est nettement injuste et viole les principes de justice fondamentale.

Experts testified at trial that the principal justification for the in-hospital rule is the problem of post-operative complications. There are of course instances in which the danger to life or health observed by the therapeutic abortion committee will constitute sufficient grounds for the procedure to take place in a hospital. There are other instances in which the circumstances of the procedure itself requires that it be performed in hospital, such as certain abortions performed at an advanced gestational age or cases in which the patient is particularly vulnerable to what might otherwise be a simple procedure.

Des experts sont venus témoigner en première instance que la principale justification de la règle de l'avortement à l'hôpital réside dans le problème des complications postopératoires. Il y a bien sûr des cas où le danger pour la vie ou la santé constaté par le comité de l'avortement thérapeutique constituera un motif suffisant pour que l'intervention ait lieu à l'hôpital. Il y a d'autres cas où les circonstances entourant l'intervention elle-même exigent qu'elle soit pratiquée à l'hôpital; il en va ainsi notamment de certains avortements pratiqués à un stade avancé de la grossesse ou des cas où la patiente est particulièrement vulnérable à ce qui autrement pourrait constituer une intervention simple.

In many cases, however, there is no medical justification that the therapeutic abortion take place in a hospital. Experts testified at trial, that many first trimester therapeutic abortions may be safely performed in specialized clinics outside of hospitals because the possible complications can be handled, and in some cases better handled, by the facilities of a specialized clinic. The parties submitted statistics comparing complication rates for in-hospital abortions and those performed in non-hospital facilities. These statistics are of limited value for our purposes because, not surprisingly,

Dans bien des cas cependant, il n'y a aucune justification médicale à ce que l'avortement thérapeutique soit pratiqué à l'hôpital. D'après les témoignages des experts en première instance, un grand nombre d'avortements thérapeutiques du premier trimestre peuvent être pratiqués en toute sécurité à l'extérieur de l'hôpital dans des cliniques spécialisées du fait que celles-ci sont équipées, et dans certains cas mieux équipées, pour faire face aux éventuelles complications. Les parties ont produit des statistiques comparant les taux de complications des avortements à l'hôpital et des avorte-

1988 CanLII 90 (SCC)

the higher reported rates in hospitals are due in part to the fact that the more dangerous cases are treated in hospital. What is more revealing, however, are statistics which show that a high percentage of therapeutic abortions performed in Canada are performed on an out-patient basis:

> The average length of stay in hospitals per therapeutic abortion case was less than a day in 1985. This average includes 46,567 cases or 76.9 per cent of 60,518 therapeutic abortion cases for women, for whom the pregnancy terminations took place on an outpatient (day care) basis. The per cent of outpatient therapeutic abortions increased to 76.9% in 1985 from 59.7% in 1981 and 34.9% in 1975. [*Therapeutic abortions, 1985*, *supra*, at p. 20.]

The substantial increase in the percentage of abortions performed on an out-patient basis since 1975 underscores the view that the in-hospital requirement, which may have been justified when it was first adopted, has become exorbitant. One suspects that the number of out-patient abortions would be even higher if the *Criminal Code* did not prevent women in many parts of Canada from obtaining timely and effective treatment by requiring them to travel to places where eligible hospital facilities were available. Furthermore, these figures do not include out-patient abortions which may have qualified as therapeutic under the standard in s. 251(4)(*c*) which were performed on Canadian women in the United States and in clinics currently operating in Canada outside the s. 251(4) exception. Citing the Canadian abortion law's in-hospital requirement as a legislative standard which is difficult to satisfy, Rebecca J. Cook and Bernard M. Dickens observe that "Rigid statutory formulae may not improve ... distribution of services but may obstruct appropriate response to health needs": *Abortion Laws in Commonwealth Countries* (1979), at p. 28.

ments pratiqués en dehors du milieu hospitalier. Ces statistiques n'ont qu'une valeur limitée pour nos fins car, cela ne surprend guère, les taux plus élevés donnés pour les hôpitaux sont dus en partie au fait que les cas les plus dangereux sont traités à l'hôpital. Sont toutefois plus révélatrices les statistiques qui démontrent qu'un fort pourcentage d'avortements thérapeutiques au Canada sont pratiqués en consultation externe:

> La durée moyenne d'hospitalisation des femmes ayant subi un avortement thérapeutique a été de moins d'une journée en 1985. Cette moyenne tient compte des 46,567 cas d'avortements thérapeutiques pratiqués en consultation externe, soit 76.9% des 60,518 avortements thérapeutiques déclarés. Le pourcentage des avortements thérapeutiques pratiqués en consultation externe est passé de 34.9% en 1975, puis 59.7% en 1981 et à 76.9% en 1985. [*Avortements thérapeutiques, 1985*, précité, à la p. 20.]

La croissance importante du pourcentage des avortements pratiqués en consultation externe depuis 1975 confirme que l'exigence relative aux hôpitaux, peut-être justifiée lorsqu'elle a été adoptée, est devenue exorbitante. Il y a lieu de croire que le nombre d'avortements pratiqués en consultation externe serait encore plus élevé si le *Code criminel* n'empêchait pas les femmes, dans de nombreuses régions du Canada, d'obtenir un traitement efficace, au moment opportun, en les obligeant à se déplacer et à se rendre là où se trouve un établissement hospitalier admissible. De plus, ces chiffres n'incluent pas les avortements pratiqués en consultation externe, qui auraient pu être admissibles à titre d'avortements thérapeutiques d'après le critère de l'al. 251(4)*c*), sur des Canadiennes aux États-Unis et dans des cliniques canadiennes agissant en dehors de l'exception du par. 251(4). Décrivant l'obligation de l'avortement à l'hôpital imposée par le droit canadien comme un critère législatif difficile à respecter, Rebecca J. Cook et Bernard M. Dickens font observer que [TRADUCTION] «[u]ne formulation législative rigide pourrait fort bien ne pas améliorer la distribution des services et constituer un obstacle à toute réponse appropriée aux besoins de santé»: *La législation de l'avortement dans les pays du Commonwealth* (1979), à la p. 31.

© CanLII (CC)

In the Powell Report, several recommendations were made as to options for abortion service delivery in Ontario. In support of these recommendations, the Report included the following, at pp. 21 and 35:

When many countries legalized abortion, hospitals were viewed as the appropriate providers of safe abortion services. Since then, studies have demonstrated that abortions can be performed safely in other types of facilities, (Tietze & Henshaw, 1986). The complication rate for all abortions performed in nonhospital facilities, is no higher than for those which take place in hospitals (Grimes et al., 1981).

. . .

Hospitals are often hard pressed to find time in the busy operating room schedules to fit in abortion procedures. In most hospitals, abortions are not viewed as a priority for scheduling. Gynaecologists must fit abortions into their allotted time in operating rooms. Although abortions can be performed in minor procedure rooms with no jeopardy to the patient, this is an unusual practice.

The presence of legislation in other jurisdictions permitting certain abortions to be performed outside of hospitals is especially revealing as to the safety of the procedure in those circumstances and of the necessity to provide alternative means given the limited resources of hospitals. In the Powell Report, it was observed, at p. 21, that:

In a number of European countries, including the Netherlands, Poland and West Germany, approximately half of the abortions are performed in non-hospital facilities. In France in 1982, 53 percent of abortions were performed in 90 "centres d'interruption volontaire de grossesse" which were administered by hospitals but were in practice separate abortion clinics. The French government ordered all public hospitals that could not meet the demand for abortions to provide such clinics.

Particularly striking is the United States experience in respect of the in-hospital rule. The Powell Report noted that 82 per cent of abortions performed in the United States in 1982 were done outside of hospitals (at p. 22). Experts confirmed

Dans le rapport Powell, plusieurs recommandations portent sur les options envisageables en matière de services d'avortement en Ontario. À l'appui de ces recommandations, le rapport contient ce qui suit, aux pp. 21 et 35:

[TRADUCTION] Lorsque de nombreux pays ont légalisé l'avortement, les hôpitaux étaient considérés comme les fournisseurs tout indiqués de services d'avortements sans danger. Depuis lors, des études ont démontré que les avortements peuvent être pratiqués en toute sécurité dans d'autres genres d'institutions (Tietze & Henshaw, 1986). Le taux de complications de tous les avortements pratiqués ailleurs que dans des établissements hospitaliers n'est pas plus élevé que celui des avortements pratiqués à l'hôpital (Grimes et al., 1981).

. . .

Les hôpitaux éprouvent beaucoup de difficultés à trouver du temps, dans l'horaire surchargé des salles d'opération, pour pratiquer les interruptions de grossesse. Dans la plupart des hôpitaux, les avortements ne sont pas considérés comme une priorité sur leur liste. Les gynécologues doivent caser les avortements à l'intérieur du temps de salle d'opération qui leur est alloué. Bien que les avortements puissent être pratiqués dans des salles d'interventions mineures, sans risque pour la patiente, il s'agit bien là d'une pratique inhabituelle.

L'existence de lois dans d'autres pays autorisant la pratique de certains avortements à l'extérieur de l'hôpital est particulièrement révélatrice de la sûreté de l'intervention dans ces circonstances et de la nécessité de prévoir d'autres moyens étant donné les ressources limitées des hôpitaux. Dans le rapport Powell, on fait observer, à la p. 21, que:

[TRADUCTION] Dans de nombreux pays européens, y compris les Pays-Bas, la Pologne et l'Allemagne de l'Ouest, approximativement la moitié des avortements sont pratiqués ailleurs que dans des établissements hospitaliers. En France, en 1982, 53 pour 100 des avortements ont été pratiqués dans 90 «centres d'interruption volontaire de grossesse» administrés par les hôpitaux, mais constituant en pratique des cliniques d'avortement distinctes. Le gouvernement français a ordonné que tous les hôpitaux publics qui ne pouvaient répondre à la demande d'avortements offrent de telles cliniques.

L'expérience américaine est particulièrement saisissante au sujet de la règle de l'avortement à l'hôpital. Le rapport Powell a souligné que 82 pour 100 des avortements pratiqués aux États-Unis en 1982 l'avaient été en dehors du milieu hospitalier

1988 CanLII 90 (SCC)

this finding at trial. Dr. Christopher Tietze, a recognized expert on abortion, explained at trial that in 1981 all out-of-hospital abortion clinics in the United States performed abortions up to 10 weeks gestational age, 90 per cent of clinics performed abortions up to 12 weeks, 50 per cent of clinics up to 14 weeks and 20 per cent accepted patients up to 16 weeks. Although the legal basis upon which women assert a constitutional right of access to abortion is different in the United States than that which I find in the case at bar, the American experience as to the inappropriateness of a universal in-hospital requirement remains relevant.

The Powell Report proposed a number of projects as alternatives to the in-hospital rule for therapeutic abortions. Each proposal is designed to be "under the jurisdiction of a hospital board or several hospital boards with approval for abortion services provided through hospital therapeutic abortion committee mechanisms" (at p. 37). One such proposal is for the establishment of comprehensive women's health care clinics which would provide first trimester abortions, referrals to hospitals for second trimester abortions and post-abortion counselling. Regional centres for therapeutic abortion clinics affiliated with but not necessarily located in a hospital are also proposed in the Report, which goes on to emphasize that first trimester ambulatory abortions are those most appropriate for a non-hospital setting.

The Badgley Committee also made a series of proposals designed to reduce the number and type of complications associated with therapeutic abortions. These included a proposal, at p. 322, for "concentrating the performance of the abortion procedure into specialized units with a full range of the required equipment and facilities and staffed by experienced and specially trained nurses and medical personnel".

(à la p. 22). Les experts ont confirmé cette constatation en première instance. Le Dr Christopher Tietze, un expert reconnu en matière d'avortements, a expliqué en première instance qu'en 1981 toutes les cliniques d'avortements à l'extérieur des hôpitaux, aux États-Unis, avaient pratiqué des avortements jusqu'au stade de dix semaines de grossesse, 90 pour 100 des cliniques en avaient pratiqué jusqu'au stade de 12 semaines, 50 pour 100 jusqu'au stade de 14 semaines et 20 pour 100 acceptaient des patientes jusqu'à 16 semaines. Quoique le fondement juridique en vertu duquel les femmes revendiquent un droit constitutionnel à l'avortement diffère aux États-Unis de celui que je constate en l'espèce, l'expérience américaine concernant l'inopportunité d'une obligation universelle de pratiquer l'avortement à l'hôpital demeure pertinente.

Le rapport Powell a proposé un certain nombre de solutions de rechange à la règle de l'hôpital applicable aux avortements thérapeutiques. Chaque proposition est conçue de façon à [TRADUCTION] «relever de la compétence d'un conseil d'hôpital ou de plusieurs conseils d'hôpitaux, avec approbation des avortements par le biais des comités de l'avortement thérapeutique de l'hôpital» (à la p. 37). L'une de ces propositions est d'établir des cliniques générales de santé pour les femmes qui offriraient des avortements du premier trimestre et l'assistance postavortement, et renverraient aux hôpitaux pour les avortements du second trimestre. Des centres régionaux de clinique d'avortements thérapeutiques affiliés à un hôpital, sans nécessairement y être localisés, sont aussi proposés dans le rapport, qui souligne également que les avortements ambulatoires du premier trimestre sont les plus appropriés en dehors du cadre hospitalier.

Le comité Badgley a fait lui aussi une série de propositions conçues pour réduire le nombre et le genre de complications liées aux avortements thérapeutiques. Il a proposé notamment le "regroupement de la pratique des avortements dans des services spécialisés munis de tout l'équipement et de toutes les installations nécessaires et dotés d'un personnel médical et infirmier expérimenté et ayant reçu une formation spéciale à cet égard", à la p. 358.

Whatever the eventual solution may be, it is plain that the in-hospital requirement is not justified in all cases. Although the protection of health of the woman is the objective which the in-hospital rule is intended to serve, the requirement that all therapeutic abortions be performed in eligible hospitals is unnecessary to meet that objective in all cases. In this sense, the rule is manifestly unfair and offends the principles of fundamental justice. I appreciate that the precise nature of the administrative solution may be complicated by the constitutional division of powers between Parliament and the provinces. There is no doubt that Parliament could allow the criminal law exception to operate in all hospitals, for example, though the provinces retain the power to establish these hospitals under s. 92(7) of the *Constitution Act, 1867*. On the other hand, if Parliament decided to allow therapeutic abortions to be performed in provincially licensed clinics, it is possible that both Parliament and the provinces would be called upon to collaborate in the implementation of the plan.

An objection can also be raised in respect of the requirement that the committee come from the accredited or approved hospital in which the abortion is to be performed. It is difficult to see a connection between this requirement and any of the practical purposes for which s. 251(4) was enacted. It cannot be said to have been adopted in order to promote the safety of therapeutic abortions or the safety of the pregnant woman. Nor is the rule designed to preserve the state interest in the foetus. The integrity of the independent medical opinion is no better served by a committee within the hospital than a committee from outside the hospital as long as the practising physician remains excluded in both circumstances as part of a proper state participation in the choice of the procedure necessary to secure an independent opinion.

In a recent unpublished paper entitled *Options for Abortion Policy Reform: A Consultation Document* (1986), at p. 74, the Fetal Status Working Group, (Edward W. Keyserlingk, Director), Protection of Life Project of the Law Reform

Quelle que soit la solution adoptée, il est clair que l'obligation de pratiquer l'avortement dans un hôpital n'est pas justifiée dans tous les cas. Si la protection de la santé de la femme est l'objectif visé par la règle de l'hôpital, l'exigence que tous les avortements thérapeutiques soient pratiqués dans des hôpitaux admissibles n'est pas nécessaire pour l'atteindre dans tous les cas. En ce sens, la règle est nettement injuste et viole les principes de justice fondamentale. Je sais que la nature précise de la solution administrative peut se trouver compliquée par le partage constitutionnel des compétences entre le Parlement et les provinces. Il ne fait pas de doute que le Parlement pourrait permettre que l'exception du droit criminel s'applique dans tous les hôpitaux, par exemple, bien que les provinces conservent le pouvoir d'établir ces hôpitaux en vertu du par. 92(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. D'autre part, si le Parlement décidait d'autoriser de pratiquer des avortements thérapeutiques dans des cliniques autorisées par une province, il se peut que le Parlement et les provinces soient amenés à collaborer à la mise en œuvre du plan.

Une objection peut également être soulevée à l'égard de l'obligation que le comité provienne de l'hôpital accrédité ou approuvé où l'avortement doit être pratiqué. Il est difficile de voir un lien entre cette exigence et l'une ou l'autre des raisons pratiques pour lesquelles le par. 251(4) a été adopté. On ne peut pas dire qu'elle a été adoptée pour promouvoir la sécurité des avortements thérapeutiques ni celle de la femme enceinte. La règle n'est pas non plus conçue pour préserver l'intérêt qu'a l'État dans le fœtus. L'intégrité de l'opinion médicale indépendante n'est pas mieux garantie par un comité interne de l'hôpital que par un comité externe, à la condition que le médecin traitant demeure exclu dans les deux cas comme élément de la participation appropriée de l'État au choix de la procédure nécessaire pour assurer l'obtention d'une opinion indépendante.

Dans un document récent inédit, intitulé *La réforme en matière d'avortement: les solutions possibles* (1986), à la p. 74, le groupe de travail sur le statut juridique du fœtus, section de recherche sur la protection de la vie (Edward W. Keyser-

1988 CanLII 90 (SCC)

Commission of Canada confirmed the view that the requirement that abortion committees be limited to hospitals is unnecessary:

> Restricting the existence of these committees to hospitals appears to be one of the reasons for delays and inequitable access. There appears to be no compelling medical reason why committees should not be attached to clinics which are equipped and licensed to provide this procedure.

The Law Reform Commission's Working Group raises the possibility of regional abortion committees to replace the current rule (*supra*, at p. 76). The Powell Report proposals include a model whereby a central therapeutic abortion committee could serve several hospitals (*supra*, at p. 38).

Whatever solution is finally retained, it is plain that the requirement that the therapeutic abortion committee come from the hospital in which the abortion will be performed serves no real purpose. The risk resulting from the delay caused by s. 251(4) in this respect is unnecessary. Consequently, this requirement violates the principles of fundamental justice.

Other aspects of the committee requirement in s. 251(4) add to the manifest unfairness of the administrative structure. These include requirements which are at best only tenuously connected to the purpose of obtaining independent confirmation that the standard in s. 251(4)(*c*) has been met and which do not usefully contribute to the realization of that purpose. Hospital boards are entitled to appoint committees made up of three or more qualified medical practitioners. As I observed earlier, if more than three members are appointed, precious time can be lost when quorum cannot be established because members are absent. Whatever the number of members necessary to arrive at an independent appreciation of the state of the woman's life or health may in fact be, this number should be kept to a minimum to avoid unnecessary delays which, as I have explained, result in increased risk to women. Allowing a board to increase the number of members above a statutory

lingk, directeur), Commission de réforme du droit du Canada, confirme l'opinion qu'il n'est pas nécessaire d'exiger que les comités de l'avortement soient limités aux hôpitaux:

> Les lenteurs du système actuel et les inégalités d'accès sont en partie imputables au fait que les comités ne peuvent être établis que dans des hôpitaux. Or, il ne semble exister, sur le plan médical, aucune raison contraignante pour empêcher de constituer un comité dans une clinique qui dispose du matériel et des permis nécessaires.

Le groupe de travail de la Commission de réforme du droit soulève la possibilité d'avoir des comités d'avortement régionaux pour remplacer la règle actuelle (précitée, à la p. 76). Les propositions du rapport Powell comportent un modèle selon lequel un comité central de l'avortement thérapeutique desservirait plusieurs hôpitaux (précité, à la p. 38).

Quelle que soit la solution finalement retenue, il est clair que l'obligation que le comité de l'avortement thérapeutique provienne de l'hôpital où l'avortement sera pratiqué ne sert aucune fin véritable. Le risque résultant du délai engendré par le par. 251(4) à cet égard est inutile. Par conséquent, cette exigence viole les principes de justice fondamentale.

D'autres aspects de l'obligation d'avoir un comité, imposée par le par. 251(4), ajoutent à l'inéquité manifeste de la structure administrative. Ils comportent des exigences qui, au mieux, n'ont qu'un rapport ténu avec l'objectif d'obtenir une confirmation indépendante que le critère de l'al. 251(4)*c*) a été respecté et qui n'apportent aucune contribution utile à la réalisation de cet objectif. Les conseils d'hôpitaux ont le droit de nommer des comités formés de trois médecins qualifiés ou plus. Comme je l'ai déjà fait observer, si l'on nomme plus de trois membres, un temps précieux peut être perdu lorsqu'il est impossible d'atteindre le quorum en raison de l'absence de certains membres. Quel que soit le nombre de membres du comité nécessaire pour avoir une appréciation indépendante de l'état de santé de la femme ou du danger pour sa vie, il faudrait s'en tenir à un nombre minimum afin d'éviter les délais inutiles qui, comme je l'ai expliqué, accroissent les risques

minimum of three members does not add to the integrity of the independent opinion. This aspect of the current rule is unnecessary and, since it can result in increased risks, offends the principles of fundamental justice.

Similarly, the exclusion of all physicians who practise therapeutic abortions from the committees is exorbitant. This rule was no doubt included in s. 251(4) to promote the independence of the therapeutic abortion committees' appreciation of the standard. As I have said, the exclusion of the practising physician, although it diverges from usual medical practice, is appropriate in the criminal context to ensure the independent opinion with respect to the life or health of that physician's patient. The exclusion of all physicians who perform therapeutic abortions from committees, even when they have no connection with the patient in question, is not only unnecessary but potentially counterproductive. There are no reasonable grounds to suspect bias from a physician who has no connection with the patient simply because, in the course of his or her medical practice, he or she performs lawful abortions. Furthermore, physicians who perform therapeutic abortions have useful expertise which would add to the precision and the integrity of the independent opinion itself. Some state control is appropriate to ensure the independence of the opinion. However, this rule as it now stands is excessive and can increase the risk of delay because fewer physicians are qualified to serve on the committees.

The foregoing analysis of the administrative structure of s. 251(4) is by no means a complete catalogue of all the current systems' strengths and failings. It demonstrates, however, that the administrative structure put in place by Parliament has enough shortcomings so that s. 251(4), when considered as a whole, violates the principles of fundamental justice. These shortcomings stem from rules which are not necessary to the purposes for which s. 251(4) was established. These un-

pour les femmes. Autoriser un conseil à augmenter le nombre de ses membres au-dessus du minimum légal de trois n'ajoute rien à l'intégrité de l'opinion indépendante. Cet aspect de la règle actuelle n'est pas nécessaire et, comme il peut en résulter des risques accrus, il viole les principes de justice fondamentale.

De même, l'exclusion au sein de ces comités de tous les médecins qui pratiquent des avortements thérapeutiques est exorbitante. Cette règle a sans doute été incluse dans le par. 251(4) pour favoriser le caractère indépendant de l'appréciation du critère par les comités de l'avortement thérapeutique. Comme je l'ai dit, l'exclusion du médecin traitant, bien qu'elle s'écarte de la pratique médicale habituelle, est appropriée dans un contexte criminel pour assurer une opinion indépendante sur le danger pour la vie ou la santé de la patiente du médecin. L'exclusion au sein des comités de tous les médecins qui pratiquent des avortements thérapeutiques, même lorsqu'ils n'ont aucun lien avec la patiente en cause, est non seulement inutile mais potentiellement nuisible. Il n'y a pas de motifs raisonnables de soupçonner qu'un médecin qui n'a aucun lien avec la patiente est partial simplement parce que, dans le cours de son exercice de la médecine, il pratique des avortements licites. De plus, les médecins qui pratiquent des avortements thérapeutiques possèdent des compétences utiles qui peuvent accroître la précision et l'intégrité de l'opinion indépendante elle-même. Un certain contrôle de l'État s'impose si l'on veut assurer le caractère indépendant de l'opinion. Toutefois, la règle dans son état actuel est excessive et susceptible d'accroître le risque de délai du fait que moins de médecins sont admissibles à siéger à ces comités.

L'analyse qui précède de la structure administrative du par. 251(4) ne se veut nullement un tableau complet de tous les points forts et de toutes les faiblesses du système actuel. Elle démontre néanmoins que la structure administrative mise en place par le législateur fédéral comporte suffisamment de lacunes pour que le par. 251(4), pris dans son ensemble, viole les principes de justice fondamentale. Ces lacunes résultent de règles qui ne sont pas nécessaires pour atteindre les objectifs

1988 CanLII 90 (SCC)

necessary rules, because they impose delays which result in an additional risk to women's health, are manifestly unfair.

V — Section 1 of the *Charter*

I agree with the view that s. 1 of the *Charter* can be used to save a legislative provision which breaches s. 7 in the manner which s. 251 of the *Criminal Code* violates s. 7 in this case. Section 1 states:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

The Chief Justice provided an analysis of s. 1 in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 138-39, which is appropriate for the purposes of addressing s. 1 in the case at bar. Those seeking to uphold s. 251 of the *Criminal Code* must demonstrate the following:

(1) the objective which s. 251 is designed to serve must "relate to concerns which are pressing and substantial"; and

(2) "once a sufficiently significant objective is recognized, then the party invoking s. 1 must show that the means chosen are reasonable and demonstrably justified. This involves a 'form of proportionality test'."

I shall consider each of these two criteria which must be met if the limit on the s. 7 right is to be found reasonable.

(1) *The Objective of s. 251*

I agree with Wilson J.'s characterization of s. 251, explained in the following terms, at p. 181:

In my view, the primary objective of the impugned legislation must be seen as the protection of the foetus. It undoubtedly has other ancillary objectives, such as the protection of the life and health of pregnant women, but I believe that the main objective advanced to justify a restriction on the pregnant woman's s. 7 right is the protection of the foetus.

pour lesquels le par. 251(4) a été édicté. Ces règles inutiles, du fait qu'elles imposent des délais qui entraînent un risque additionnel pour la santé des femmes, sont nettement injustes.

V – L'article premier de la *Charte*

Je partage l'avis qu'on peut avoir recours à l'article premier de la *Charte* pour sauvegarder une disposition législative qui enfreint l'art. 7 de la manière dont l'art. 251 du *Code criminel* viole celui-ci en l'espèce. L'article premier porte:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Le Juge en chef fournit, dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, aux pp. 138 et 139, une analyse de l'article premier qui est pertinente aux fins d'aborder ce même article en l'espèce. Ceux qui veulent soutenir la validité de l'art. 251 du *Code criminel* doivent démontrer ce qui suit:

(1) l'objectif que l'art. 251 vise à servir doit «se rapporte[r] à des préoccupations urgentes et réelles»; et

(2) «dès qu'il est reconnu qu'un objectif est suffisamment important, la partie qui invoque l'article premier doit alors démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. Cela nécessite l'application d'«une sorte de critère de proportionnalité»».

Je vais examiner chacun de ces deux critères auxquels il faut satisfaire pour que la restriction du droit conféré par l'art. 7 soit jugée raisonnable.

(1) *L'objectif de l'art. 251*

Je souscris à la façon dont le juge Wilson qualifie l'art. 251, à la p. 181:

À mon avis, il faut voir dans l'objectif premier de la loi contestée la protection du fœtus. Elle a sans doute d'autres objectifs secondaires, telle la protection de la vie et de la santé de la femme enceinte, mais je crois que l'objectif principal invoqué pour justifier la restriction du droit de la femme enceinte garanti par l'art. 7 est la protection du fœtus.

The primary objective of the protection of the foetus is the main objective relevant to the analysis of s. 251 under the first test of *Oakes*. With the greatest respect, I believe the Chief Justice incorrectly identifies (at p. 75) the objective of balancing foetal interests and those of pregnant women, "with the lives and health of women a major factor", as "sufficiently important to meet the requirements of the first step in the *Oakes* inquiry under s. 1".

The focus in *Oakes* is the objective "which the measures responsible for a limit on a *Charter* right or freedom are designed to serve" (*supra*, at p. 138). In the context of the criminal law of abortion, the objective, which the measures in s. 251 responsible for a limit on the s. 7 *Charter* right are designed to serve, is the protection of the foetus. The narrow aim of s. 251(4) should not be confused with the primary objective of s. 251 as a whole. Given that s. 251 is a "comprehensive code", to use the expression of the Chief Justice, it is inappropriate, in my view, to focus on the exculpatory provision alone as the statement of Parliament's objective in establishing the crime. (See *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 751, in which the Court unanimously held that an exemption must be read in light of the affirmative provision to which it relates.) The ancillary objective of protecting the life or health of the pregnant woman, whether viewed alone or balanced against the protection of the foetus, is not the primary objective which the measures responsible for a limit on the constitutional right to security of the person were put in place to achieve.

This balance cannot be considered as Parliament's objective in establishing the crime nor in maintaining this activity as a crime following the amendments to the *Criminal Code* in 1969. Section 251(4) only applies in specified circumstances. When the life or health of a pregnant woman is not in danger and she seeks an abortion on the basis of her own non-medical "priorities and aspirations", it is plain that the rules in s. 251 preclud-

L'objectif premier, celui de la protection du fœtus, est le principal objectif pertinent pour l'analyse de l'art. 251 selon le premier critère de l'arrêt *Oakes*. Je crois, en toute déférence, que le Juge en chef a mal identifié (à la p. 75) l'objectif d'équilibrer les intérêts du fœtus et ceux des femmes enceintes — "la vie et la santé des femmes étant un facteur majeur" — comme étant "suffisamment important pour répondre aux exigences du premier volet de l'analyse, selon l'arrêt *Oakes*, au regard de l'article premier".

Le point central en vertu de l'arrêt *Oakes* est l'objectif «que visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*» (précité, à la p. 138). Dans le contexte du droit criminel en matière d'avortement, l'objectif que visent à servir les mesures prévues à l'art. 251, qui sont à l'origine de la restriction du droit conféré par l'art. 7 de la *Charte*, est la protection du fœtus. On ne doit pas confondre le but limité du par. 251(4) et l'objectif premier de l'art. 251 pris dans son ensemble. Étant donné que l'art. 251 constitue un «code complet», pour reprendre l'expression du Juge en chef, on ne peut à bon droit, à mon sens, se concentrer sur la disposition disculpatoire seule comme étant l'énoncé de l'objectif du Parlement en créant le crime. (Voir l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la p. 751, où cette Cour a reconnu unanimement qu'une exemption doit s'interpréter en fonction de la disposition affirmative à laquelle elle se rapporte.) L'objectif secondaire, savoir la protection de la vie ou de la santé de la femme enceinte, considéré seul ou par rapport à la protection du fœtus, n'est pas l'objectif premier pour lequel les mesures à l'origine de la restriction du droit constitutionnel à la sécurité de la personne ont été instaurées.

Cet équilibre ne peut pas être considéré comme l'objectif ayant conduit le Parlement à créer ce crime ni à conserver cette activité dans la catégorie des crimes suite aux modifications apportées au *Code criminel* en 1969. Le paragraphe 251(4) ne s'applique que dans des cas délimités. Lorsque la vie ou la santé d'une femme enceinte n'est pas en danger et qu'elle recherche un avortement en raison de ses propres «priorités et aspirations» non

1988 CanLII 90 (SCC)

ing her from obtaining a lawful abortion have as their sole objective the protection of the foetus.

Furthermore, as federal legislation in respect of Parliament's jurisdiction over the criminal law in s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, s. 251 cannot be said to have as its sole or principal objective, as the appellants argue, the protection of the life or health of pregnant women. Legislation which in its pith and substance is related to the life or health of pregnant women, depending of course on its precise terms, would be characterized as in relation to one of the provincial heads of power (see *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112, at p. 137, *per* Dickson J., as he then was). The exculpatory provision in s. 251(4) cannot stand on its own as a valid exercise of Parliament's criminal law power.

Does the objective of protecting the foetus in s. 251 relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society? The answer to the first step of the *Oakes* test is yes. I am of the view that the protection of the foetus is and, as the Court of Appeal observed, always has been, a valid objective in Canadian criminal law. I have already elaborated on this objective in my discussion of the principles of fundamental justice. I think s. 1 of the *Charter* authorizes reasonable limits to be put on a woman's right having regard to the state interest in the protection of the foetus.

(2) *Proportionality*

I turn now to the second test in *Oakes*. The Crown must show that the means chosen in s. 251 are reasonable and demonstrably justified. In *Oakes*, *supra*, at p. 139, the Chief Justice outlined three components of the proportionality test:

First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in this first sense, should impair "as little

médicales, il est manifeste que les règles de l'art. 251 qui l'empêchent d'obtenir un avortement licite ont comme seul objectif la protection du fœtus.

En outre, comme il s'agit d'un texte législatif fédéral relevant de la compétence du Parlement en matière de droit criminel, selon le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, on ne peut dire de l'art. 251 qu'il a pour unique ou principal objectif, comme les appelants le soutiennent, la protection de la vie ou de la santé des femmes enceintes. Une mesure législative qui, de par son caractère véritable, se rapporte à la vie ou à la santé des femmes enceintes, en fonction naturellement de ses termes précis, serait qualifiée de relative à l'un des chefs de compétence provinciale (voir *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112, à la p. 137, le juge Dickson, maintenant Juge en chef). La disposition disculpatoire du par. 251(4) ne saurait subsister d'elle-même à titre d'exercice valide de la compétence fédérale en matière de droit criminel.

La protection du fœtus à titre d'objectif de l'art. 251 se rapporte-t-elle à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique? La réponse au premier volet du critère de l'arrêt *Oakes* est affirmative. Je suis d'avis que la protection du fœtus est et, comme l'a fait observer la Cour d'appel, a toujours été un objectif valide du droit criminel canadien. J'ai déjà examiné en détail cet objectif dans mon analyse des principes de justice fondamentale. Je pense que l'article premier de la *Charte* permet de limiter raisonnablement le droit d'une femme compte tenu de l'intérêt qu'a l'État dans la protection du fœtus.

(2) *Le critère de proportionnalité*

J'en viens maintenant au second critère de l'arrêt *Oakes*. Le ministère public doit démontrer que les moyens choisis à l'art. 251 sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. Dans l'arrêt *Oakes*, précité, à la p. 139, le Juge en chef expose les trois composantes du critère de la proportionnalité:

Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un

as possible" the right or freedom in question: *R. v. Big M. Drug Mart Ltd.*, . . . at p. 352. Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the *Charter* right or freedom, and the objective which has been identified as of "sufficient importance".

For the purposes of the first component of proportionality, I observe that it was necessary, in my discussion of s. 251(4) and the principles of fundamental justice, to explain my view that certain of the rules governing access to therapeutic abortions free from criminal sanction are unnecessary in respect of the objectives which s. 251 is designed to serve. A rule which is unnecessary in respect of Parliament's objectives cannot be said to be "rationally connected" thereto or to be "carefully designed to achieve the objective in question". Furthermore, not only are some of the rules in s. 251 unnecessary to the primary objective of the protection of the foetus and the ancillary objective of the protection of the pregnant woman's life or health, but their practical effect is to undermine the health of the woman which Parliament purports to consider so important. Consequently, s. 251 does not meet the proportionality test in *Oakes*.

There is no saving s. 251 by simply severing the offending portions of s. 251(4). The current rule expressed in s. 251, which articulates both Parliament's principal and ancillary objectives, cannot stand without the exception in s. 251(4). The violation of pregnant women's security of the person would be greater, not lesser, if s. 251(4) was severed leaving the remaining subsections of s. 251 as they are in the *Criminal Code*.

Given my conclusion in respect of the first component of the proportionality test, it is not necessary to address the questions as to whether the means in s. 251 "impair as little as possible" the s. 7 *Charter* right and whether there is a proportionality between the effects of s. 251 and the objective of protecting the foetus. Thus, I am not required to answer the difficult question concerning the cir-

tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [. . .] à la p. 352. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la *Charte* et l'objectif reconnu comme «suffisamment important».

Pour les fins de la première composante de la proportionnalité, j'ai fait observer, dans mon analyse du par. 251(4) et des principes de justice fondamentale, qu'il était nécessaire d'expliquer mon opinion que certaines des règles régissant la possibilité d'obtenir un avortement thérapeutique, sans menace de répression pénale, ne sont pas nécessaires pour atteindre les objectifs pour lesquels l'art. 251 a été conçu. On ne saurait dire d'une règle qui n'est pas nécessaire pour atteindre les objectifs du législateur qu'elle a un «lien rationnel» avec ceux-ci ni qu'elle a été «soigneusement conçue pour atteindre l'objectif en question». De plus, non seulement certaines des règles de l'art. 251 ne sont-elles pas nécessaires à l'objectif premier, soit la protection du fœtus, et à l'objectif secondaire, soit la protection de la vie ou de la santé de la femme enceinte, mais encore elles ont pour effet pratique de miner la santé de la femme que le législateur prétend considérer si importante. Par conséquent, l'art. 251 ne satisfait pas au critère de proportionnalité de l'arrêt *Oakes*.

L'article 251 ne saurait être sauvegardé par le simple retranchement des parties fautives du par. 251(4). La règle actuellement exprimée à l'art. 251, qui traduit à la fois les objectifs principaux et secondaires du législateur, ne saurait subsister sans l'exception du par. 251(4). La violation de la sécurité de la personne des femmes enceintes serait plus grande, et non moindre, si le par. 251(4) devait être retranché, laissant tels quels dans le *Code criminel* les autres paragraphes de l'art. 251.

Étant donné ma conclusion relative à la première composante du critère de la proportionnalité, il n'est pas nécessaire d'aborder les questions de savoir si les moyens choisis à l'art. 251 «porte[nt] le moins possible atteinte» au droit conféré par l'art. 7 de la *Charte* et s'il y a proportionnalité entre les effets de l'art. 251 et l'objectif consistant à protéger le fœtus. Ainsi, je n'ai pas à répondre à

1988 CanLII 90 (SCC)

cumstances in which there is a proportionality between the effects of s. 251 which limit the right of pregnant women to security of the person and the objective of the protection of the foetus. I do feel bound, however, to comment upon the balance which Parliament sought to achieve between the interest in the protection of the foetus and the interest in the life or health of the pregnant woman in adopting the amendments to the *Criminal Code* in 1969.

In *Oakes*, *supra*, at p. 140, the Chief Justice further explained the third component of the proportionality test in the following terms:

> Even if an objective is of sufficient importance, and the first two elements of the proportionality test are satisfied, it is still possible that, because of the severity of the deleterious effects of a measure on individuals or groups, the measure will not be justified by the purposes it is intended to serve. The more severe the deleterious effects of a measure, the more important the objective must be if the measure is to be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. [Emphasis added.]

The objective of protecting the foetus would not justify, in my view, the severity of the breach of pregnant women's right to security which would result if the exculpatory provision was completely removed from the *Criminal Code*.

The gist of s. 251(4) is, as I have said, that the objective of protecting the foetus is not of sufficient importance to defeat the interest in protecting pregnant women from pregnancies which represent a danger to life or health. I take this parliamentary enactment in 1969 as an indication that, in a free and democratic society, it would be unreasonable to limit the pregnant woman's right to security of the person by a rule prohibiting abortions in all circumstances when her life or health would or would likely be in danger. This decision of the Canadian Parliament to the effect that the life or health of the pregnant woman takes precedence over the state interest in the foetus is also reflected in legislation in other free and democratic societies.

la difficile question des circonstances dans lesquelles il y aurait proportionnalité entre les effets de l'art. 251, qui limitent le droit des femmes enceintes à la sécurité de leur personne, et la protection du fœtus en tant qu'objectif. J'estime devoir néanmoins commenter l'équilibre que le législateur a cherché à établir entre l'intérêt qu'il y a dans la protection du fœtus et celui qu'il y a dans la vie ou la santé de la femme enceinte, en adoptant les modifications apportées au *Code criminel* en 1969.

Dans l'arrêt *Oakes*, précité, à la p. 140, le Juge en chef poursuit son explication de la troisième composante du critère de la proportionnalité dans les termes suivants:

> Même si un objectif est suffisamment important et même si on a satisfait aux deux premiers éléments du critère de proportionnalité, il se peut encore qu'en raison de la gravité de ses effets préjudiciables sur des particuliers ou sur des groupes, la mesure ne soit pas justifiée par les objectifs qu'elle est destinée à servir. Plus les effets préjudiciables d'une mesure sont graves, plus l'objectif doit être important pour que la mesure soit raisonnable et que sa justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. [Je souligne.]

L'objectif consistant à protéger le fœtus ne justifierait pas, à mon avis, une atteinte au droit à la sécurité des femmes enceintes aussi grave que celle qui résulterait si la disposition disculpatoire était complètement supprimée du *Code criminel*.

Le paragraphe 251(4) porte essentiellement, comme je l'ai dit, que l'objectif de protection du fœtus n'est pas suffisamment important pour repousser l'intérêt qu'il y a à protéger les femmes enceintes contre des grossesses qui représentent un danger pour leur vie ou leur santé. Je considère que le texte adopté par le législateur en 1969 constitue une indication que, dans une société libre et démocratique, il serait déraisonnable de limiter le droit de la femme enceinte à la sécurité de sa personne par une règle interdisant les avortements dans toutes les circonstances lorsque sa vie ou sa santé serait ou serait probablement en danger. Cette décision du Parlement du Canada que la vie ou la santé de la femme enceinte a préséance sur l'intérêt qu'a l'État dans la protection du fœtus trouve aussi son pendant dans les lois d'autres sociétés libres et démocratiques.

1988 CanLII 90 (SCC)

In *Emerging Issues in Commonwealth Abortion Laws, 1982* (1983), *passim*, submitted as an exhibit at trial, Rebecca J. Cook and Bernard M. Dickens report that, on the basis of the law in force as of November 1, 1982, the United Kingdom, New Zealand and Australia Capital Territory, New South Wales, Northern Territory, Queensland, South Australia, and Victoria, among other Commonwealth jurisdictions, include risk to the pregnant woman's life, physical health and mental health as legal grounds for abortion. The Crown and the Attorney General of Canada, in their books of authorities, cited statutes from these and other jurisdictions which indicate that a danger to the life or health of the pregnant woman takes precedence over the state interest in the foetus: the United Kingdom, *Abortion Act, 1967*, 1967, c. 87, s. 1(1)(*a*); Australian Northern Territory, *Criminal Law Consolidation Act and Ordinance*, s. 79 A(3)(a); South Australia, *Criminal Law Consolidation Act*, 1935-1975, s. 82a(1)(*a*)(*i*); Federal Republic of Germany, *Criminal Code*, as amended by the *Fifteenth Criminal Law Amendment Act* (1976), s. 218a(1); Israel, *Penal Law*, 5737-1977 (as amended), art. 316(*a*)(4); New Zealand, *Crimes Act 1961*, as amended by the *Crimes Amendment Act 1977* and the *Crimes Amendment Act 1978*, s. 187A(1)(a); and France, *Code pénal*, art. 317 and *Code de la santé publique*, art. 162-1 and 162-12. This substantiates the view that the legislative decision in Canada that the life or health of the woman takes precedence over the state interest in the foetus is in accordance with s. 1 of the *Charter*.

I note that the laws in some of these foreign jurisdictions, unlike s. 251 of the *Criminal Code*, require a higher standard of danger to health in the latter months of pregnancy, as opposed to the early months, for an abortion to be lawful. Would such a rule, if it was adopted in Canada, constitute a reasonable limit on the right to security of the person under s. 1 of the *Charter*? As I have said, given the actual wording of s. 251, pursuant to which the standard necessary for a lawful abortion does not vary according to the stage of pregnancy,

Dans l'ouvrage intitulé *Emerging Issues in Commonwealth Abortion Laws, 1982* (1983), *passim*, une pièce produite en première instance, Rebecca J. Cook et Bernard M. Dickens rapportent que, selon le droit en vigueur au 1er novembre 1982, le Royaume-Uni, la Nouvelle-Zélande et le Territoire de la capitale de l'Australie, la Nouvelle-Galles du Sud, le Territoire du Nord, le Queensland, l'Australie-Méridionale et Victoria, parmi d'autres ressorts du Commonwealth, incluent le risque pour la vie ou la santé physique et mentale de la femme enceinte comme motifs légaux d'avortement. Le ministère public et le procureur général du Canada, dans leurs dossiers de sources législative, jurisprudentielle et doctrinale, citent des lois de ces ressorts notamment, qui indiquent qu'un danger pour la vie ou la santé de la femme enceinte l'emporte sur l'intérêt qu'a l'État dans la protection du fœtus: Royaume-Uni, *Abortion Act, 1967*, 1967, chap. 87, al. 1(1)*a*); Territoire du Nord de l'Australie, *Criminal Law Consolidation Act and Ordinance*, al. 79 A(3)a); Australie-Méridionale, *Criminal Law Consolidation Act*, 1935-1975, sous-al. 82a(1)*a*)(*i*); République fédérale de l'Allemagne, *Criminal Code*, modifié par *la Fifteenth Criminal Law Amendment Act* (1976), al. 218a(1); Israël, *Penal Law*, 5737-1977 (modifiée), al. 316*a*)(4); Nouvelle-Zélande, *Crimes Act 1961*, modifiée par la *Crimes Amendment Act 1977* et la *Crimes Amendment Act 1978*, al. 187A(1)a) et France, *Code pénal*, art. 317 et *Code de la santé publique*, art. 162-1 et 162-12. Cela corrobore le point de vue selon lequel la décision du législateur canadien que la vie ou la santé de la femme a préséance sur l'intérêt qu'a l'État dans la protection du fœtus est conforme à l'article premier de la *Charte*.

Je souligne que les lois de certains de ces ressorts étrangers exigent, à la différence de l'art. 251 du *Code criminel*, que la santé soit plus gravement menacée dans les derniers mois de la grossesse que dans les premiers pour que l'avortement soit légal. Si une telle règle était adoptée au Canada, constituerait-elle une limite raisonnable du droit à la sécurité de la personne au sens de l'article premier de la *Charte*? Comme je l'ai dit, vu le texte actuel de l'art. 251 selon lequel le critère requis pour qu'un avortement soit licite ne varie pas selon le

1988 CanLII 90 (SCC)

this Court is not required to consider this question under s. 1 of the *Charter*. It is possible that a future enactment by Parliament along the lines of the laws adopted in these jurisdictions could achieve a proportionality which is acceptable under s. 1. As I have stated, however, I am of the view that the objective of protecting the foetus would not justify the complete removal of the exculpatory provisions from the *Criminal Code*.

Finally, I wish to stress that we have not been asked to decide nor is it necessary, given my own conclusion that s. 251 contains rules unnecessary to the protection of the foetus, to decide whether a foetus is included in the word "everyone" in s. 7 so as to have a right to "life, liberty and security of the person" under the *Charter*.

VI — Other Grounds for Appeal

Counsel for the appellants raised several other grounds for appeal before this Court. The argument concerning the alleged invalidity of s. 605(1)(*a*) of the *Criminal Code* is the only *Charter* argument, apart from that pertaining to s. 7, which must be addressed. If the Crown had no right of appeal, the appellants would necessarily succeed on this sole ground as this Court would be required to quash the decision of the Court of Appeal. Although, as a result of my answers to the first and second constitutional questions, I am not required to respond to the other arguments to dispose of this appeal, I believe that it is appropriate to answer the non-*Charter* issues.

Section 91(27) of the *Constitution Act, 1867*

I agree with McIntyre J. and the Court of Appeal that there is no merit in the argument that s. 251 is *ultra vires* of Parliament. In *Morgentaler (1975)*, *supra*, this Court unanimously held that s. 251 is not colourable provincial legislation in relation to health but that it constitutes a proper exercise of Parliament's criminal law power pursuant to s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. I agree. Indeed, as I have decided, s. 251 cannot be said to be simply a mechanism designed to protect

stade de la grossesse, cette Cour n'est pas obligée d'examiner cette question aux termes de l'article premier de la *Charte*. Il est possible que le législateur puisse adopter à l'avenir une modification dans la veine des lois adoptées par ces ressorts qui créerait une proportionnalité acceptable aux termes de l'article premier. Toutefois, comme je l'ai dit, je suis d'avis que l'objectif de la protection du fœtus ne justifierait pas l'exclusion totale des dispositions disculpatoires du *Code criminel*.

Enfin, je tiens à souligner qu'on ne nous a pas demandé, pas plus qu'il n'est nécessaire de le faire, étant donné ma propre conclusion que l'art. 251 comporte des règles qui ne sont pas nécessaires pour la protection du fœtus, de décider si ce dernier est inclus dans le terme «chacun» de l'art. 7, de manière à être titulaire du droit «à la vie, à la liberté et la sécurité de sa personne» au sens de la *Charte*.

VI – Les autres moyens d'appel

L'avocat des appelants a soulevé plusieurs autres moyens d'appel devant nous. Le seul autre argument relatif à la *Charte*, à part celui concernant l'art. 7, que l'on doive examiner est celui qui a trait à l'invalidité de l'al. 605(1)*a*) du *Code criminel*. Si le ministère public n'avait aucun droit d'appel, les appelants auraient nécessairement gain de cause pour ce seul motif et nous serions tenus de casser la décision de la Cour d'appel. Quoique je ne sois pas obligé de répondre aux autres arguments pour trancher ce pourvoi vu mes réponses à la première et à la deuxième questions constitutionnelles, je crois qu'il est justifié de résoudre les questions qui ne mettent pas la *Charte* en cause.

Le paragraphe 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*

Comme le juge McIntyre et la Cour d'appel, je suis d'avis que l'allégation que l'art. 251 excède les pouvoirs du Parlement n'est pas fondée. Dans l'arrêt *Morgentaler (1975)*, précité, cette Cour a décidé à l'unanimité que l'art. 251 n'était pas un texte législatif provincial déguisé relatif à la santé, mais qu'il constituait un exercice valide du pouvoir du Parlement en matière de droit criminel conformément au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Je suis d'accord. De fait, comme je

1988 CanLII 90 (SCC)

the life or health of the pregnant woman. While this ancillary objective explains, in part, certain of the requirements of the exculpatory provision in s. 251(4), it does not represent the principal objective of s. 251 as a whole, which is to protect the state interest in the foetus. Parliament established the indictable offence of procuring a miscarriage, defined in s. 251(1) and s. 251(2), pursuant to this primary objective. I consider this a valid exercise of the criminal law power.

Section 96 of the *Constitution Act, 1867*

I agree with McIntyre J. that s. 251 does not give judicial powers to therapeutic abortion committees which were exercised by county, district and superior courts at the time of Confederation. As I have observed, in s. 251(4) Parliament has only given the committee the authority to make a medical determination regarding the pregnant woman's life or health. The panel of doctors exercises medical judgment on a medical question and performs no s. 96 judicial function. There is no merit in this argument.

Unlawful Delegation and Abdication of the Criminal Law Power

For the reasons given by McIntyre J., I agree that s. 251 does not constitute an unlawful delegation of federal legislative power nor does it represent an abdication of the criminal law power by Parliament.

Section 605(1)(*a*) of the *Criminal Code*

For the reasons given by McIntyre J., I agree that there is no merit in this argument.

Section 610(3) of the *Criminal Code*

Counsel for the appellants argued that s. 610(3) of the *Criminal Code*, which prohibits the awarding of costs in appeals involving indictable offences, violates ss. 7, 11(*d*), (*f*), (*h*) and 15 of the *Charter*. He also argued that this Court had the power to award costs on appeals under s. 24(1) of the *Charter*. It is unnecessary to decide whether or

l'ai décidé, on ne peut pas considérer l'art. 251 comme étant simplement un mécanisme visant la protection de la vie ou de la santé d'une femme enceinte. Quoique l'objectif secondaire explique en partie certaines des exigences de la disposition disculpatoire du par. 251(4), ce n'est pas l'objectif principal de l'art. 251 pris dans son ensemble, qui vise à protéger l'intérêt qu'a l'État dans le fœtus. Le Parlement a créé l'infraction criminelle de procurer un avortement comme le définissent les par. 251(1) et (2), conformément à cet objectif premier. Je considère qu'il s'agit d'un exercice valide du pouvoir en matière de droit criminel.

L'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*

Comme le juge McIntyre, je suis d'avis que l'art. 251 ne donne pas aux comités de l'avortement thérapeutique les pouvoirs judiciaires que les cours de comté, de district et supérieures exerçaient au moment de la Confédération. Comme je l'ai souligné, à l'art. 251(4), le Parlement a seulement donné au comité le pouvoir de prendre une décision médicale relativement à la vie ou à la santé de la femme enceinte. Les médecins portent un jugement médical sur une question médicale et n'exercent aucune fonction judiciaire au sens de l'art. 96. Cet argument est mal fondé.

Délégation illégale du pouvoir en matière de droit criminel ou renonciation à ce pouvoir

Pour les motifs donnés par le juge McIntyre, je suis d'avis que l'art. 251 ne constitue pas une délégation illégale d'un pouvoir législatif fédéral et ne représente pas non plus une renonciation du Parlement au pouvoir en matière de droit criminel.

L'alinéa 605(1)*a*) du *Code criminel*

Pour les motifs exposés par le juge McIntyre, je suis d'avis que cet argument est mal fondé.

Le paragraphe 610(3) du *Code criminel*

L'avocat des appelants a soutenu que le par. 610(3) du *Code criminel*, qui interdit d'accorder des frais lors d'un appel relatif à un acte criminel, va à l'encontre de l'art. 7, des al. 11*d*), *f*), *h*) et de l'art. 15 de la *Charte*. Il a aussi allégué que cette Cour dispose du pouvoir d'accorder, lors d'un pourvoi, des frais en vertu du par. 24(1) de la

1988 CanLII 90 (SCC)

not s. 610(3) of the *Criminal Code* violates a *Charter* right. I agree with the Court of Appeal that, whatever this Court's power to award costs in appeals such as this one, costs should not be awarded in this case.

* * *

With regard to defence counsel's address to the jury at trial, I associate myself completely with the comments made by the Chief Justice. In his address, Mr. Manning wrongly chose not to respect the very distinct roles the trial judge and the jury play in our system of criminal justice. In *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802, at p. 836, McIntyre J., in a different context, stated:

> No authority need be cited for the proposition that in a jury trial all questions of law are for the judge alone and, of equal importance, all questions of fact are for the jury alone. The distinction is of fundamental importance. It should be preserved so long as it is considered right to continue the use of the jury in criminal law.

The defence submission was, as the Court of Appeal stated, "a direct attack on the role and authority of the trial judge and a serious misstatement to the jury as to its duty and right in carrying out its oath" (*supra*, at p. 434). I am of the view that these strongly-stated observations are required for the benefit of counsel who in other proceedings may be tempted to follow this unacceptable practice.

Conclusion

The constitutional questions should be answered as follows:

1. Question:

> Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 2(*a*), 7, 12, 15, 27 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Charte. Il n'est pas nécessaire de déterminer si le par. 610(3) du *Code criminel* viole un droit conféré par la *Charte*. J'estime, tout comme la Cour d'appel, que quel que soit le pouvoir de cette Cour d'accorder des dépens dans des pourvois comme celui-ci, aucuns dépens ne devraient être accordés en l'espèce.

* * *

Pour ce qui est de la plaidoirie que l'avocat de la défense a adressée au jury en première instance, je partage totalement l'avis du Juge en chef. Dans sa plaidoirie, Me Manning a choisi à tort de ne pas respecter les rôles très distincts que jouent le juge du procès et le jury dans notre système de justice criminelle. Dans l'arrêt *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802, à la p. 836, le juge McIntyre a dit, dans un autre contexte:

> Aucun précédent n'a à être cité pour justifier la proposition selon laquelle, dans un procès par jury, toutes les questions de droit relèvent exclusivement du juge et que, ce qui est tout aussi important, toutes les questions de fait relèvent exclusivement du jury. Cette distinction est d'une importance fondamentale. Elle doit être maintenue tant qu'on jugera bon de continuer d'avoir recours au jury en droit criminel.

La plaidoirie de la défense était, comme l'a dit la Cour d'appel, [TRADUCTION] «une attaque directe du rôle et du pouvoir du juge du procès et une déclaration sérieusement erronée quant aux obligations et aux droits du juré dans l'exécution de son engagement sous serment» (précité, à la p. 434). J'estime que ces observations fermes sont nécessaires pour la gouverne des avocats qui, dans d'autres affaires, peuvent être tentés de suivre cette pratique inacceptable.

Conclusion

Les questions constitutionnelles doivent recevoir les réponses suivantes:

1. Question:

> L'article 251 du *Code criminel* du Canada porte-t-il atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'al. 2*a*) et les art. 7, 12, 15, 27 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

1988 CanLII 90 (SCC)

Answer:

The first constitutional question is answered in the affirmative in respect of the right of a pregnant woman to "security of the person" in s. 7 of the *Charter*.

2. Question:

If section 251 of the *Criminal Code* of Canada infringes or denies the rights and freedoms guaranteed by ss. 2(*a*), 7, 12, 15, 27 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is s. 251 justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer:

In respect of the violation of the right of a pregnant woman to "security of the person" in s. 7 caused by s. 251 of the *Criminal Code*, s. 251 is not justified by s. 1 of the *Charter*.

3. Question:

Is section 251 of the *Criminal Code* of Canada *ultra vires* the Parliament of Canada?

Answer:

No, in the sense that s. 251 is within the proper jurisdiction of Parliament on the basis of s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*.

4. Question:

Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada violate s. 96 of the *Constitution Act, 1867*?

Answer:

No.

5. Question:

Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada unlawfully delegate federal criminal power to provincial Ministers of Health or Therapeutic Abortion Committees, and in doing so, has the Federal Government abdicated its authority in this area?

Answer:

No.

Réponse:

La première question constitutionnelle doit recevoir une réponse affirmative en ce qui concerne le droit d'une femme enceinte à la «sécurité de sa personne» prévu par l'art. 7 de la *Charte*.

2. Question:

Si l'article 251 du *Code criminel* du Canada porte atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'al. 2*a*) et les art. 7, 12, 15, 27 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse:

En ce qui concerne la violation du droit d'une femme enceinte à la «sécurité de sa personne» prévu à l'art. 7 que cause l'art. 251 du *Code criminel*, l'art. 251 n'est pas justifié par l'article premier de la *Charte*.

3. Question:

L'article 251 du *Code criminel* du Canada excède-t-il les pouvoirs du Parlement du Canada?

Réponse:

Non, en ce que l'art. 251 est un exercice valide du pouvoir du Parlement en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

4. Question:

L'article 251 du *Code criminel* du Canada viole-t-il l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse:

Non.

5. Question:

L'article 251 du *Code criminel* du Canada délègue-t-il illégalement la compétence fédérale en matière criminelle aux ministres de la Santé provinciaux ou aux comités de l'avortement thérapeutique et, ce faisant, le gouvernement fédéral a-t-il abdiqué son autorité dans ce domaine?

Réponse:

Non.

1988 CanLII 90 (SCC)

6. Question:

Do sections 605 and 610(3) of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 7, 11(*d*), 11(*f*), 11(*h*) and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer:

With respect to s. 605, the answer is no. Whether or not s. 610(3) of the *Criminal Code* violates a *Charter* right, I agree with the Court of Appeal that, whatever this Court's power to award costs in appeals such as this one, costs should not be awarded in this case.

7. Question:

If sections 605 and 610(3) of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 7, 11(*d*), 11(*f*), 11(*h*) and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are ss. 605 and 610(3) justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer:

Given the answer to question 6, this question does not call for an answer.

On the basis of my answers to the first two constitutional questions, I would allow the appeal.

The reasons of McIntyre and La Forest JJ. were delivered by

MCINTYRE J. (dissenting)—I have read the reasons for judgment prepared by my colleagues, the Chief Justice and Justices Beetz and Wilson. I agree that the principal issue which arises is whether s. 251 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, contravenes s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I will make some comments later on other issues put forward by the appellants. The Chief Justice has set out the constitutional questions and the relevant statutory provisions, as well as the facts and procedural history. He has considered the scope of s. 7 of the *Charter* and, having found that it has been offended, he would allow the appeal. I am unable to

6. Question:

L'article 605 et le par. 610(3) du *Code criminel* du Canada portent-ils atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'art. 7, les al. 11*d*), 11*f*), 11*h*) et le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse:

En ce qui concerne l'art. 605, la réponse est non. Indépendamment de savoir si le par. 610(3) du *Code criminel* viole un droit conféré par la *Charte*, j'estime, tout comme la Cour d'appel, que quel que soit le pouvoir de cette Cour d'accorder des dépens dans des pourvois comme celui-ci, aucuns dépens ne devrait être accordé en l'espèce.

7. Question:

Si l'article 605 et le par. 610(3) du *Code criminel* du Canada portent atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'art. 7, les al. 11*d*), 11*f*), 11*h*) et le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse:

Vu la réponse à la question 6, aucune réponse n'a à être donnée à cette question-ci.

Compte tenu de mes réponses aux deux premières questions constitutionnelles, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

Version française des motifs des juges McIntyre et La Forest rendus par

LE JUGE MCINTYRE (dissident)—J'ai lu les motifs de jugement rédigés par mes collègues le Juge en chef et les juges Beetz et Wilson. Je suis d'accord pour dire que la question principale qui se pose est de savoir si l'art. 251 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, viole l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pour ce qui est de certaines autres questions soulevées par les appelants, j'y viendrai plus loin. Le Juge en chef a énoncé les questions constitutionnelles ainsi que les dispositions législatives pertinentes et il a présenté un exposé des faits et des procédures. Il a examiné la portée de l'art. 7 de la *Charte* et, après avoir conclu qu'il avait été enfreint, il s'est dit d'avis

1988 CanLII 90 (SCC)

agree with his reasons or his disposition of the appeal. I find myself in broad general agreement with the reasons of the Court of Appeal, and I would dismiss the appeal on that basis and for reasons that I will endeavour to set forth.

Section 251 of the *Criminal Code*

I would say at the outset that it may be thought that this case does not raise the *Charter* issues which were argued and which have been addressed in the reasons of my colleagues. The charge here is one of conspiracy to breach the provisions of s. 251 of the *Criminal Code*. There is no doubt, and it has never been questioned, that the appellants adopted a course which was clearly in defiance of the provisions of the *Code* and it is difficult to see where any infringement of their rights, under s. 7 of the *Charter*, could have occurred. There is no female person involved in the case who has been denied a therapeutic abortion and, as a result, the whole argument on the right to security of the person, under s. 7 of the *Charter*, has been on a hypothetical basis. The case, however, was addressed by all the parties on that basis and the Court has accepted that position.

Section 251(1) and (2) of the *Criminal Code* make it an indictable offence for a person to use any means to procure the miscarriage of a female person and prescribe on conviction a maximum sentence of two years' imprisonment, in the case of the woman herself, and a maximum sentence of life imprisonment in the case of another person. Parliament has decreed that procuring a non-therapeutic abortion is a crime deserving of severe punishment. Subsection (4) provides that subss. (1) and (2) shall not apply where an abortion is performed in accordance with paras. (*a*), (*b*), (*c*) and (*d*) of subs. (4). These paragraphs provide that a qualified medical practitioner may perform an abortion, and a pregnant woman may permit an abortion, in an accredited or an approved hospital where the therapeutic abortion committee for the hospital (defined in subs. (6)) has given its certificate in writing, stating that in its opinion the continuation of the woman's pregnancy would or

d'accueillir le pourvoi. Pour ma part, je ne puis accepter ni ses motifs ni sa façon de trancher le pourvoi. Je souscris d'une manière générale aux motifs de la Cour d'appel et, pour cette raison et pour d'autres que j'essayerai d'exposer, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

L'article 251 du *Code criminel*

Je dirais au départ qu'on pourrait penser que le présent pourvoi ne soulève pas les questions liées à la *Charte* sur lesquelles ont porté les débats et que mes collègues ont traitées dans leurs motifs de jugement. Il s'agit, en l'espèce, d'une accusation de complot en vue d'enfreindre les dispositions de l'art. 251 du *Code criminel*. Il ne fait pas de doute et on n'a jamais nié que les appelants ont adopté une ligne de conduite qui allait nettement à l'encontre des dispositions du *Code*, et on voit mal en quoi ils ont pu subir une atteinte aux droits dont ils jouissent en vertu de l'art. 7 de la *Charte*. Il n'est nullement question ici d'une personne du sexe féminin qui s'est vu refuser l'avortement thérapeutique et, par conséquent, toute l'argumentation relative au droit à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7 de la *Charte* repose sur une hypothèse. C'est toutefois sur ce fondement que toutes les parties ont plaidé et la Cour a accepté cette façon de procéder.

Les paragraphes 251(1) et (2) du *Code criminel* disposent que quiconque emploie quelque moyen pour procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin se rend coupable d'un acte criminel et prescrivent sur déclaration de culpabilité une peine maximale de deux ans d'emprisonnement dans le cas de la femme elle-même et une peine maximale d'emprisonnement à perpétuité dans le cas de toute autre personne. Le Parlement a décrété que pratiquer un avortement non thérapeutique constitue un crime qui mérite d'être puni sévèrement. Aux termes du par. (4), les par. (1) et (2) ne s'appliquent pas lorsqu'un avortement est pratiqué en conformité avec les al. (4)*a*), *b*), *c*) et *d*). Suivant ces alinéas, un médecin qualifié peut pratiquer un avortement, et une femme enceinte peut permettre qu'on la fasse avorter, dans un hôpital accrédité ou approuvé dont le comité de l'avortement thérapeutique (expression définie au par. (6)) a délivré un certificat attestant qu'à son avis la continuation de

1988 CanLII 90 (SCC)

would be likely to endanger her life or health. The certificate may be given to a qualified medical practitioner only after the committee, by a majority of its members and at a meeting where the woman's case has been reviewed, has authorized the giving of the certificate. Subsection (5) empowers the Minister of Health of a province to require a therapeutic abortion committee to furnish copies of certificates issued by the committee and such other information relating to the issuing of the certificate as he may require, and gives the Minister power to require similar information from a medical practitioner who has procured an abortion. Subsection (6) is the definitional section. It is clear from the foregoing that abortion is prohibited and that subs. (4) provides relieving provisions allowing an abortion in certain limited circumstances. It cannot be said that s. 251 of the *Criminal Code* confers any general right to have or to procure an abortion. On the contrary, the provision is aimed at protecting the interests of the unborn child and only lifts the criminal sanction where an abortion is necessary to protect the life or health of the mother.

In considering the constitutionality of s. 251 of the *Criminal Code*, it is first necessary to understand the background of this litigation and some of the problems which it raises. Section 251 of the *Code* has been denounced as ill-conceived and inadequate by those at one extreme of the abortion debate and as immoral and unacceptable by those at the opposite extreme. There are those, like the appellants, who assert that on moral and ethical grounds there is a simple solution to the problem: the inherent "right of women to control their own bodies" requires the repeal of s. 251 in favour of the principle of "abortion on demand". Opposing this view are those who contend with equal vigour, and also on moral and ethical grounds, for a clear and simple solution: the inherent "right to life of the unborn child" requires the repeal of s. 251(4), (5), (6) and (7) in order to leave an absolute ban on abortions. The battle lines so drawn are firmly held and the attitudes of the opposing parties

la grossesse de cette personne du sexe féminin mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière. Ce certificat ne peut être remis à un médecin qualifié qu'une fois que le comité, par décision de la majorité de ses membres et lors d'une réunion au cours de laquelle le cas de la femme a été examiné, a autorisé la délivrance du certificat. Le paragraphe (5) habilite le ministre de la Santé d'une province à requérir un comité de l'avortement thérapeutique de lui fournir des copies des certificats délivrés par le comité ainsi que les autres renseignements qu'il peut exiger relativement à la délivrance du certificat. Le même paragraphe investit ce ministre du pouvoir d'exiger que le médecin qui a pratiqué un avortement lui fournisse des renseignements similaires. Le paragraphe (6) est consacré à des définitions. Or, il ressort clairement de ce qui précède que l'avortement est interdit, mais que le par. (4) prévoit des exceptions en vertu desquelles l'avortement est permis dans certaines circonstances limitées. On ne saurait affirmer que l'art. 251 du *Code criminel* confère un droit général de subir ou de procurer un avortement. Au contraire, la disposition vise à protéger les intérêts de l'enfant qui n'est pas encore né et ne lève la sanction criminelle que si l'avortement s'impose pour protéger la vie ou la santé de la mère.

En examinant la question de la constitutionnalité de l'art. 251 du *Code criminel*, il est d'abord nécessaire de saisir le contexte dans lequel le présent litige a pris naissance ainsi que quelques-uns des problèmes qu'il pose. L'article 251 du *Code* a été taxé de mal conçu et d'insuffisant par certains dans le débat sur l'avortement, alors que d'autres, qui se situent à l'extrême opposé, l'ont qualifié d'immoral et d'inacceptable. D'aucuns, comme c'est le cas des appelants, prétendent en invoquant la morale et l'éthique qu'il y a une solution simple au problème: «le droit des femmes d'être maîtresse de leur propre corps» commande l'abrogation de l'art. 251 en faveur du principe de «l'avortement libre». S'opposent à cette thèse ceux qui affirment, tout aussi énergiquement et également pour des raisons d'ordre moral et d'éthique, que la solution est claire et simple: «le droit à la vie qu'a l'enfant qui n'est pas encore né» exige l'abrogation des par. 251(4), (5), (6) et (7) de sorte que l'avortement

1988 CanLII 90 (SCC)

admit of no compromise. From the submission of the Attorney General of Canada (set out in his factum at paragraph 6), however, it may appear that a majority in Canada do not see the issue in such black and white terms. Paragraph 6 is in these words:

> The evidence of opinion surveys indicates that there is a surprising consistency over the years and in different survey groups in the spectrum of opinions on the issue of abortion. Roughly 21 to 23% of people at one end of the spectrum are of the view, on the one hand, that abortion is a matter solely for the decision of the pregnant woman and that any legislation on this subject is an unwarranted interference with a woman's right to deal with her own body, while about 19 to 20% are of the view, on the other hand, that destruction of the living fetus is the killing of human life and tantamount to murder. The remainder of the population (about 60%) are of the view that abortion should be prohibited in some circumstances.

Parliament has heeded neither extreme. Instead, an attempt has been made to balance the competing interests of the unborn child and the pregnant woman. Where the provisions of s. 251(4) are met, the abortion may be performed without legal sanction. Where they are not, abortion is deemed to be socially undesirable and is punished as a crime. In *Morgentaler v. The Queen,* [1976] 1 S.C.R. 616 [hereinafter *Morgentaler (1975)*], Laskin C.J. said (in dissent, but not on this point), at p. 627:

> What is patent on the face of the prohibitory portion of s. 251 is that Parliament has in its judgment decreed that interference by another, or even by the pregnant woman herself, with the ordinary course of conception is socially undesirable conduct subject to punishment. That was a judgment open to Parliament in the exercise of its plenary criminal law power, and the fact that there may be safe ways of terminating a pregnancy or that any woman or women claim a personal privilege to that end, becomes immaterial. I need cite no authority for the proposition that Parliament may determine what is not criminal as well as what is, and may hence introduce dispensations or exemptions in its criminal legislation.

soit frappé d'une interdiction totale. De chaque côté, on maintient fermement sa position et on n'admet aucun compromis. Cependant, l'argument avancé par le procureur général du Canada (au paragraphe 6 de son mémoire) peut porter à croire que la majorité des Canadiens ne considèrent pas que la question est aussi claire et nette. Le paragraphe 6 est ainsi conçu:

> [TRADUCTION] Les sondages d'opinion révèlent qu'il y a eu au cours des années et pour les différents groupes cibles une constance surprenante dans la gamme des opinions exprimées sur la question de l'avortement. D'une part, environ 21 % à 23 % des gens estiment qu'il appartient uniquement à la femme enceinte de décider si elle se fera avorter et que toute loi dans ce domaine représente une atteinte injustifiée au droit de la femme de disposer, comme elle l'entend, de son propre corps, alors que, d'autre part, à peu près 19 % à 20 % jugent que détruire un fœtus vivant c'est enlever la vie à un être humain et ainsi commettre un meurtre. Le reste de la population (environ 60 %) est d'avis que l'avortement devrait être interdit dans certaines circonstances.

Le législateur n'a retenu ni l'un ni l'autre de ces points de vue extrêmes. Il a plutôt tenté d'équilibrer les intérêts de l'enfant qui n'est pas encore né et ceux opposés de la femme enceinte. Du moment que sont respectées les dispositions du par. 251(4), l'avortement peut être accompli sans que cela n'entraîne de sanction légale. Dans l'hypothèse contraire, l'avortement est considéré comme un acte socialement répréhensible, réprimé comme un crime. Dans l'arrêt *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616, [ci-après l'arrêt *Morgentaler (1975)*] le juge en chef Laskin (dissident, mais non sur ce point) affirme, à la p. 627:

> Ce qui est évident à la lecture de la partie de l'art. 251 qui porte interdiction, c'est que le Parlement, exerçant son jugement, a décrété que l'intervention d'une autre personne, voire de la mère elle-même, dans le cours ordinaire de la conception constitue une conduite socialement indésirable et passible de sanctions. C'est là un jugement que le Parlement pouvait porter dans l'exercice de son pouvoir législatif plénier en matière criminelle, et le fait qu'il puisse exister des moyens sûrs d'interrompre une grossesse ou qu'une ou plusieurs femmes prétendent à un droit individuel de poser ce geste, n'est aucunement pertinent. Je n'ai pas besoin de citer de précédents pour affirmer que le Parlement peut déterminer ce qui n'est pas criminel aussi bien que ce qui l'est, et qu'il peut par conséquent introduire dans ses lois pénales des dispenses ou des immunités.

1988 CanLII 90 (SCC)

Parliament's view that abortion is, in its nature, "socially undesirable conduct" is not new. Parliament's policy, as expressed by s. 251 of the *Code*, is consistent with that which has governed Canadian criminal law since Confederation and before: see Dickson J. (as he then was) in *Morgentaler (1975), supra*, at p. 672, and the reasons of the Ontario Court of Appeal in this case: (1985), 52 O.R. (2d) 353, at pp. 364-66. It is against this background that I turn to the question of judicial review in light of the *Charter*.

Scope of Judicial Review under the *Charter*

Before the adoption of the *Charter*, there was little question of the limits of judicial review of the criminal law. For all practical purposes it was limited to a determination of whether the impugned enactment dealt with a subject which could fall within the criminal law power in s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. There was no doubt of the power of Parliament to say what was and what was not criminal and to prohibit criminal conduct with penal sanctions, although from 1960 onwards legislation was subject to review under the *Canadian Bill of Rights*: see *Morgentaler (1975), supra*. The adoption of the *Charter* brought a significant change. The power of judicial review of legislation acquired greater scope but, in my view, that scope is not unlimited and should be carefully confined to that which is ordained by the *Charter*. I am well aware that there will be disagreement about what was ordained by the *Charter* and, of course, a measure of interpretation of the *Charter* will be required in order to give substance and reality to its provisions. But the courts must not, in the guise of interpretation, postulate rights and freedoms which do not have a firm and a reasonably identifiable base in the *Charter*. In his reasons, the Chief Justice refers to the problem. He says, at pp. 45-46:

During argument before this Court, counsel for the Crown emphasized repeatedly that it is not the role of the judiciary in Canada to evaluate the wisdom of

L'opinion du législateur portant que l'avortement constitue, de par sa nature même, une «conduite socialement indésirable» ou répréhensible n'a rien de nouveau. La politique du législateur, énoncée à l'art. 251 du *Code*, concorde avec celle qui a régi le droit criminel canadien depuis la Confédération et même avant: voir les motifs du juge Dickson (alors juge puîné) dans l'arrêt *Morgentaler (1975)*, précité, à la p. 672, ainsi que ceux de la Cour d'appel de l'Ontario dans la présente affaire, (1985), 52 O.R. (2d) 353, aux pp. 364 à 366. C'est dans ce contexte que j'aborde la question du contrôle judiciaire en fonction de la *Charte*.

Portée du contrôle judiciaire fondé sur la *Charte*

Avant l'adoption de la *Charte*, il n'était guère question des limites du contrôle judiciaire du droit criminel. À toutes fins pratiques, ce contrôle consistait uniquement à déterminer si le texte attaqué portait sur un sujet pouvant relever de la compétence en matière de droit criminel que conférait le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Personne ne doutait que le Parlement était autorisé à décider ce qui constituait et ce qui ne constituait pas une conduite criminelle et à réprimer cette conduite au moyen de sanctions pénales, quoique, à partir de 1960, toute loi pouvait faire l'objet d'un contrôle en vertu de la *Déclaration canadienne des droits*: voir l'arrêt *Morgentaler (1975)*, précité. Or, un changement important a résulté de l'adoption de la *Charte*. Le pouvoir d'exercer un contrôle judiciaire sur des mesures législatives a pris de l'envergure mais, à mon avis, sa portée n'en demeure pas moins restreinte et elle devrait soigneusement être limitée à celle prescrite par la *Charte*. Je sais très bien qu'on ne s'entendra pas sur ce que prescrit la *Charte* et il va sans dire qu'il faudra une certaine mesure d'interprétation pour conférer substance et réalité à ses dispositions. Les tribunaux ne doivent pas cependant, sous prétexte d'interpréter, supposer l'existence de droits et de libertés qui ne reposent pas de manière solide et raisonnablement identifiable sur la *Charte*. Le Juge en chef évoque ce problème dans ses motifs de jugement, où il dit, aux pp. 45 et 46:

Au cours des plaidoiries devant nous, le substitut du procureur général a rappelé à plusieurs reprises que le pouvoir judiciaire au Canada n'a pas comme rôle d'éva-

1988 CanLII 90 (SCC)

legislation enacted by our democratically elected representatives, or to second-guess difficult policy choices that confront all governments. In *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616, at p. 671, (hereinafter "*Morgentaler (1975)*") I stressed that the Court had "not been called upon to decide, or even to enter, the loud and continuous public debate on abortion." Eleven years later, the controversy persists, and it remains true that this Court cannot presume to resolve all of the competing claims advanced in vigorous and healthy public debate. Courts and legislators in other democratic societies have reached completely contradictory decisions when asked to weigh the competing values relevant to the abortion question. See, e.g., *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Paton v. United Kingdom* (1980), 3 E.H.R.R. (European Court of Human Rights); *The Abortion Decision of the Federal Constitutional Court — First Senate — of the Federal Republic of Germany*, February 25, 1975, translated and reprinted in (1976), 9 John Marshall J. Prac. and Proc. 605; and the *Abortion Act, 1967*, 1967, c. 87 (U.K.)

But since 1975, and the first *Morgentaler* decision, the Court has been given added responsibilities. I stated in *Morgentaler* (*1975*), at p. 671, that:

> The values we must accept for the purposes of this appeal are those expressed by Parliament which holds the view that the desire of a woman to be relieved of her pregnancy is not, of itself, justification for performing an abortion.

Although no doubt it is still fair to say that courts are not the appropriate forum for articulating complex and controversial programmes of public policy, Canadian courts are now charged with the crucial obligation of ensuring that the legislative initiatives pursued by our Parliament and legislatures conform to the democratic values expressed in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* .... It is in this latter sense that the current *Morgentaler* appeal differs from the one we heard a decade ago.

While I differ with the Chief Justice in the disposition of this appeal, I would accept his words, referred to above, which describe the role of the Court, but I would suggest that in "ensuring that the legislative initiatives pursued by our Parliament and legislatures conform to the democratic values expressed in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*" the courts must confine

luer la sagesse des lois édictées par nos députés élus démocratiquement, ni de réinterpréter les choix difficiles de politique auxquels tous les gouvernements sont confrontés. Dans l'arrêt *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616, à la p. 671, (ci-après l'arrêt «*Morgentaler (1975)*») j'ai souligné que la Cour «n'est pas appelée à trancher, ni même à aborder, le débat public animé et constant sur l'avortement». Onze ans plus tard, la controverse fait toujours rage et il est tout aussi vrai que la Cour ne saurait prétendre concilier toutes les allégations contradictoires avancées dans le vigoureux et sain débat public ainsi suscité. Tant les tribunaux que les législateurs, dans d'autres sociétés démocratiques, sont arrivés à des décisions entièrement contradictoires lorsqu'il leur a été demandé de soupeser les valeurs que la question de l'avortement oppose. Voir, p. ex., l'arrêt *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); l'arrêt *Paton c. Royaume-Uni* (1980), 3 E.H.R.R. (Cour européenne des droits de l'homme); *The Abortion Decision of the Federal Constitutional Court — First Senate — of the Federal Republic of Germany*, 25 février 1975, traduit en anglais et réédité dans (1976), 9 John Marshall J. Prac. and Proc. 605; et l'*Abortion Act, 1967*, 1967, chap. 87 (R.-U.)

Mais depuis 1975, et le premier arrêt *Morgentaler*, la Cour s'est vue confier des responsabilités additionnelles. Je disais dans l'arrêt *Morgentaler (1975)*, à la p. 671:

> Les valeurs que nous devons accepter aux fins du pourvoi sont celles qu'a proclamées le Parlement, qui s'en tient à l'opinion que le désir d'une femme d'être soulagée de sa grossesse ne justifie pas en soi l'avortement.

Quoiqu'on puisse toujours sans aucun doute affirmer que les tribunaux ne sont pas le lieu où doivent s'élaborer les politiques générales complexes et controversées, les tribunaux canadiens se voient néanmoins confier aujourd'hui l'obligation cruciale de veiller à ce que les initiatives législatives de notre Parlement et de nos législatures se conforment aux valeurs démocratiques qu'exprime la *Charte canadienne des droits et libertés* [...] C'est en ce dernier sens que le présent pourvoi diffère de celui dont nous étions saisis voici une décennie.

Bien que je ne partage pas l'avis du Juge en chef quant à la façon de trancher le pourvoi, je souscris à ce qu'il affirme, dans le passage qui vient d'être cité, concernant le rôle de cette Cour. Je prétends cependant qu'en veillant «à ce que les initiatives législatives de notre Parlement et de nos législatures se conforment aux valeurs démocratiques qu'exprime la *Charte canadienne des droits et*

1988 CanLII 90 (SCC)

themselves to such democratic values as are clearly found and expressed in the *Charter* and refrain from imposing or creating other values not so based.

It follows, then, in my view, that the task of the Court in this case is not to solve nor seek to solve what might be called the abortion issue, but simply to measure the content of s. 251 against the *Charter*. While this may appear to be self-evident, the distinction is of vital importance. If a particular interpretation enjoys no support, express or reasonably implied, from the *Charter*, then the Court is without power to clothe such an interpretation with constitutional status. It is not for the Court to substitute its own views on the merits of a given question for those of Parliament. The Court must consider not what is, in its view, the best solution to the problems posed; its role is confined to deciding whether the solution enacted by Parliament offends the *Charter*. If it does, the provision must be struck down or declared inoperative, and Parliament may then enact such different provisions as it may decide. I adopt the words of Holmes J., which were referred to in *Ferguson v. Skrupka*, 372 U.S. 726 (1963), at pp. 729-30:

There was a time when the Due Process Clause was used by this Court to strike down laws which were thought unreasonable, that is, unwise or incompatible with some particular economic or social philosophy. In this manner the Due Process Clause was used, for example, to nullify laws prescribing maximum hours for work in bakeries, *Lochner* v. *New York*, 198 U.S. 45 (1905), outlawing "yellow dog" contracts, *Coppage* v. *Kansas*, 236 U.S. 1 (1915), setting minimum wages for women, *Adkins* v. *Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923), and fixing the weight of loaves of bread, *Jay Burns Baking Co.* v. *Bryan*, 264 U.S. 504 (1924). This intrusion by the judiciary into the realm of legislative value judgments was strongly objected to at the time, particularly by Mr. Justice Holmes and Mr. Justice Brandeis. Dissenting from the Court's invalidating a state statute which regulated the resale price of theatre and other tickets, Mr. Justice Holmes said:

libertés», les tribunaux doivent s'en tenir aux valeurs démocratiques qui sont clairement énoncées dans la *Charte* et s'abstenir d'imposer ou de créer d'autres valeurs qui ne s'y trouvent pas.

Il s'ensuit donc, selon moi, que notre tâche en l'espèce consiste non pas à résoudre ni à tenter de résoudre ce qu'on pourrait appeler la question de l'avortement, mais simplement à examiner le contenu de l'art. 251 en fonction de la *Charte*. Quoique cela puisse paraître évident en soi, la distinction revêt une importance capitale. Si une interprétation particulière n'est pas appuyée, expressément ou implicitement, par la *Charte*, la Cour est alors impuissante à prêter à cette interprétation un caractère constitutionnel. Il n'appartient nullement à la Cour de substituer ses propres opinions à celles du législateur concernant le bien-fondé d'une question donnée. La Cour ne doit pas considérer ce qu'elle estime être la meilleure solution aux problèmes posés; son rôle se limite à décider si la solution adoptée par le législateur va à l'encontre de la *Charte*. Si c'est le cas, la disposition en question doit être déclarée invalide ou inopérante et il est alors loisible au législateur d'adopter toute disposition différente qu'il pourra juger à propos. Je fais miens les propos du juge Holmes, mentionnés dans l'arrêt *Ferguson v. Skrupka*, 372 U.S. 726 (1963), aux pp. 729 et 730:

[TRADUCTION] Il fut un temps où cette Cour recourait à la clause de l'application régulière de la loi pour invalider des lois jugées déraisonnables, c'est-à-dire insensées ou incompatibles avec une certaine philosophie économique ou sociale. C'est ainsi qu'on s'est servi de cette clause notamment pour annuler des lois prescrivant le nombre maximal d'heures de travail dans les boulangeries, *Lochner* v. *New York*, 198 U.S. 45 (1905), interdisant les contrats de «jaune», *Coppage* v. *Kansas*, 236 U.S. 1 (1915), établissant un salaire minimum pour les femmes, *Adkins* v. *Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923), et fixant le poids des pains, *Jay Burns Baking Co.* v. *Bryan*, 264 U.S. 504 (1924). Cette incursion par les tribunaux dans le domaine des jugements de valeur du législateur a suscité à l'époque une opposition vigoureuse, notamment de la part des juges Holmes et Brandeis. Bien que la Cour ait déclaré invalide une loi d'un État réglementant le prix de revente des billets de théâtre et d'autres billets, le juge Holmes, dissident, a dit:

1988 CanLII 90 (SCC)

"I think the proper course is to recognize that a state legislature can do whatever it sees fit to do unless it is restrained by some express prohibition in the Constitution of the United States or of the State, and that Courts should be careful not to extend such prohibitions beyond their obvious meaning by reading into them conceptions of public policy that the particular Court may happen to entertain".

And in an earlier case he had emphasized that, "The criterion of constitutionality is not whether we believe the law to be for the public good."

The doctrine that prevailed in *Lochner, Coppage, Adkins, Burns,* and like cases — that due process authorizes courts to hold laws unconstitutional when they believe the legislature has acted unwisely — has long since been discarded. We have returned to the original constitutional proposition that courts do not substitute their social and economic beliefs for the judgment of legislative bodies, who are elected to pass laws.

Holmes J. wrote in 1927, but his words have retained their force in American jurisprudence: see *New Orleans v. Dukes,* 427 U.S. 297 (1976), at p. 304, *Minnesota v. Clover Leaf Creamery Co.,* 449 U.S. 456 (1981), at p. 469, and *Hoffman Estates v. The Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489 (1982), at pp. 504-5. In my view, although written in the American context, the principle stated is equally applicable in Canada.

It is essential that this principle be maintained in a constitutional democracy. The Court must not resolve an issue such as that of abortion on the basis of how many judges may favour "pro-choice" or "pro-life". To do so would be contrary to sound principle and the rule of law affirmed in the preamble to the *Charter* which must mean that no discretion, including a judicial discretion, can be unlimited. But there is a problem, for the Court must clothe the general expression of rights and freedoms contained in the *Charter* with real substance and vitality. How can the courts go about this task without imposing at least some of their views and predilections upon the law? This question has been the subject of much discussion and comment. Many theories have been postulated but

«Je crois qu'il convient de reconnaître que la législature d'un État peut faire tout ce qu'elle juge à propos, à moins qu'une disposition expresse de la Constitution des États-Unis ou de l'État en question ne l'en empêche. J'estime aussi que les tribunaux devraient prendre soin de ne pas donner à ces interdictions une portée qui aille au-delà de leur sens manifeste en y appliquant leurs propres conceptions de l'intérêt public.»

Dans un arrêt antérieur, il avait souligné que «Le critère de la constitutionnalité ne consiste pas à nous demander si nous estimons que la loi en question est pour le bien public».

Voilà maintenant longtemps que n'a plus cours le principe retenu dans les décisions *Lochner, Coppage, Adkins, Burns*, etc., savoir qu'en vertu de l'application régulière de la loi, les tribunaux peuvent déclarer des lois inconstitutionnelles lorsqu'ils estiment que le législateur a agi de façon insensée. On est en effet revenu à la vieille proposition constitutionnelle portant que les tribunaux ne doivent pas substituer leurs convictions en matière sociale et économique au jugement des corps législatifs dont les membres sont élus pour légiférer.

Les propos du juge Holmes datent de 1927, mais ils n'ont pas perdu de leur force dans la jurisprudence américaine: voir *New Orleans v. Dukes*, 427 U.S. 297 (1976), à la p. 304; *Minnesota v. Clover Leaf Creamery Co.*, 449 U.S. 456 (1981), à la p. 469; et *Hoffman Estates v. The Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489 (1982), aux pp. 504 et 505. À mon avis, bien qu'il ait été établi dans le contexte américain, ce principe est tout aussi applicable au Canada.

Il est essentiel de maintenir ce principe dans une démocratie constitutionnelle. Il ne faut pas que la décision de la Cour sur une question comme celle de l'avortement soit fonction du nombre de juges qui peuvent faire partie du camp «prochoix» ou «provie», car cela irait à l'encontre de principes solides et de la primauté du droit dont parle le préambule de la *Charte*, ce qui doit donc signifier qu'aucun pouvoir discrétionnaire, pas même celui des tribunaux, n'est absolu. Il existe toutefois un problème en ce sens que la Cour doit conférer à l'énoncé général des droits et libertés que contient la *Charte* une substance et une vitalité véritables. Or, comment les tribunaux peuvent-ils s'acquitter de cette tâche sans assujettir la loi à au moins certaines de leurs opinions et préférences? C'est là

1988 CanLII 90 (SCC)

few have had direct reference to the problem in the Canadian context. In my view, this Court has offered guidance in this matter. In such cases as *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 155-56, and *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344, it has enjoined what has been termed a "purposive approach" in applying the *Charter* and its provisions. I take this to mean that the Courts should interpret the *Charter* in a manner calculated to give effect to its provisions, not to the idiosyncratic view of the judge who is writing. This approach marks out the limits of appropriate *Charter* adjudication. It confines the content of *Charter* guaranteed rights and freedoms to the purposes given expression in the *Charter*. Consequently, while the courts must continue to give a fair, large and liberal construction to the *Charter* provisions, this approach prevents the Court from abandoning its traditional adjudicatory function in order to formulate its own conclusions on questions of public policy, a step which this Court has said on numerous occasions it must not take. That *Charter* interpretation is to be purposive necessarily implies the converse: it is not to be "non-purposive". A court is not entitled to define a right in a manner unrelated to the interest which the right in question was meant to protect. I endeavoured to formulate an approach to the problem in *Reference Re Public Service Employee Relations Act*, [1987] 1 S.C.R. 313, in these words, at p. 394:

> It follows that while a liberal and not overly legalistic approach should be taken to constitutional interpretation, the *Charter* should not be regarded as an empty vessel to be filled with whatever meaning we might wish from time to time. The interpretation of the *Charter*, as of all constitutional documents, is constrained by the language, structure and history of the constitutional text, by constitutional tradition, and by the history, traditions, and underlying philosophies of our society.

une question qui a fait l'objet de beaucoup de discussion et de commentaires. Maintes théories ont été avancées, mais peu d'entre elles se rapportent directement au problème tel qu'il se pose dans le contexte canadien. Pour ma part, j'estime que la jurisprudence de cette Cour est instructive à cet égard. Dans des arrêts comme *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, aux pp. 155 et 156, et *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344, la Cour a recommandé que, dans l'application de la *Charte* et de ses dispositions, soit adoptée ce qu'on a appelé une «méthode qui tient compte de l'objet visé». J'interprète cela comme signifiant que les tribunaux devraient interpréter la *Charte* de manière à mettre à exécution ses dispositions plutôt que le point de vue personnel du juge qui écrit. Cette façon de procéder établit des bornes que les tribunaux ne devraient pas dépasser lorsqu'ils se prononcent sur la *Charte*. Elle circonscrit le contenu des droits et libertés garantis par la *Charte* aux objets qui y sont formulés. Par conséquent, bien que les tribunaux doivent continuer à donner aux dispositions de la *Charte* une interprétation juste, large et libérale, cette méthode empêche la Cour d'abandonner son rôle décisionnel traditionnel pour formuler ses propres conclusions sur des questions de politique générale, ce qu'à maintes reprises la Cour a dit qu'elle devait éviter de faire. Affirmer que l'interprétation de la *Charte* doit tenir compte de son objet implique nécessairement l'inverse: elle ne doit pas s'interpréter «d'une manière qui fait abstraction de l'objet visé». Une cour n'est pas habilitée à donner à un droit une définition n'ayant aucun rapport avec l'intérêt qu'est destiné à protéger le droit en question. Dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act*, [1987] 1 R.C.S. 313, à la p. 394, j'ai tenté de formuler une façon d'aborder le problème:

> Il s'ensuit que, bien qu'il faille adopter une attitude libérale et pas trop formaliste en matière d'interprétation constitutionnelle, la *Charte* ne saurait être considérée comme un simple contenant, à même de recevoir n'importe quelle interprétation qu'on pourrait vouloir lui donner. L'interprétation de la *Charte*, comme celle de tout document constitutionnel, est circonscrite par la formulation, la structure et l'historique du texte constitutionnel, par la tradition constitutionnelle et par l'histoire, les traditions et les philosophies inhérentes de notre société.

1988 CanLII 90 (SCC)

The approach, as I understand it, does not mean that judges may not make some policy choices when confronted with competing conceptions of the extent of rights or freedoms. Difficult choices must be made and the personal views of judges will unavoidably be engaged from time to time. The decisions made by judges, however, and the interpretations that they advance or accept must be plausibly inferable from something in the *Charter*. It is not for the courts to manufacture a constitutional right out of whole cloth. I conclude on this question by citing and adopting the following words, although spoken in dissent, from the judgment of Harlan J. in *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964), which, in my view, while stemming from the American experience, are equally applicable in a consideration of the Canadian position. Harlan J. commented, at pp. 624-25, on the:

> ... current mistaken view of the Constitution and the constitutional function of this Court. This view, in a nutshell, is that every major social ill in this country can find its cure in some constitutional "principle," and that this Court should "take the lead" in promoting reform when other branches of government fail to act. The Constitution is not a panacea for every blot upon the public welfare, nor should this Court, ordained as a judicial body, be thought of as a general haven for reform movements. The Constitution is an instrument of government, fundamental to which is the premise that in a diffusion of governmental authority lies the greatest promise that this Nation will realize liberty for all its citizens. This Court, limited in function in accordance with that premise, does not serve its high purpose when it exceeds its authority, even to satisfy justified impatience with the slow workings of the political process. For when, in the name of constitutional interpretation, the Court *adds* something to the Constitution that was deliberately excluded from it, the Court in reality substitutes its view of what should be so for the amending process.

Si je comprends bien, cela ne veut pas dire que les juges ne peuvent pas faire certains choix de politique générale lorsqu'ils se trouvent devant des conceptions opposées de l'étendue de droits ou de libertés. Des choix difficiles doivent être faits et le point de vue personnel des juges jouera inévitablement à l'occasion. Toutefois, les décisions rendues par les juges ainsi que les interprétations qu'ils proposent ou qu'ils retiennent doivent découler plausiblement de la *Charte*. Il n'appartient nullement aux tribunaux de forger de toutes pièces un droit constitutionnel. Pour terminer mes observations sur cette question, je cite, en les adoptant, les propos suivants tirés des motifs du juge Harlan, dissident, dans l'affaire *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964), qui, selon moi, bien qu'ils découlent de l'expérience américaine, sont tout autant applicables dans une étude de la position canadienne. Le juge Harlan commente, aux pp. 624 et 625:

> [TRADUCTION] ... l'idée erronée qu'on se fait actuellement de la Constitution et du rôle qu'elle attribue à cette Cour. Ce point de vue, en un mot, porte qu'on peut trouver dans quelque «principe» constitutionnel un remède à tous les maux sociaux importants qui affligent ce pays et que cette Cour doit «prendre l'initiative» de promouvoir la réforme lorsque les autres organes du gouvernement n'agissent pas. La Constitution n'est pas une panacée qui permet de remédier à toutes les atteintes au bien-être public et cette Cour, en tant que corps judiciaire, ne doit pas non plus être considérée comme un refuge pour tous les mouvements de réforme. La Constitution est un instrument de gouvernement; elle repose sur la prémisse fondamentale selon laquelle c'est la répartition du pouvoir gouvernemental qui offre à cette nation les meilleures possibilités d'assurer la liberté à tous ses citoyens. Cette Cour, dont les fonctions sont limitées en conformité avec cette prémisse, ne remplit pas sa noble mission lorsqu'elle excède sa compétence, fût-ce par suite d'une impatience justifiée face aux lenteurs du processus politique. Car lorsqu'au nom de l'interprétation constitutionnelle, la Cour *ajoute* à la Constitution quelque chose qui en a été délibérément exclu, elle se trouve en réalité à substituer au processus d'amendement sa propre conception de ce que devrait dire la Constitution.

The Right to Abortion and s. 7 of the *Charter*

The judgment of my colleague, Wilson J., is based upon the proposition that a pregnant woman

Le droit à l'avortement et l'art. 7 de la *Charte*

Le jugement de ma collègue le juge Wilson est fondé sur la proposition selon laquelle la femme

1988 CanLII 90 (SCC)

has a right, under s. 7 of the *Charter*, to have an abortion. The same concept underlies the judgment of the Chief Justice. He reached the conclusion that a law which forces a woman to carry a foetus to term, unless certain criteria are met which are unrelated to her own priorities and aspirations, impairs the security of her person. That, in his view, is the effect of s. 251 of the *Criminal Code*. He has not said in specific terms that the pregnant woman has the right to an abortion, whether therapeutic or otherwise. In my view, however, his whole position depends for its validity upon that proposition and that interference with the right constitutes an infringement of her right to security of the person. It is said that a law which forces a woman to carry a foetus to term unless she meets certain criteria unrelated to her own priorities and aspirations interferes with security of her person. If compelling a woman to complete her pregnancy interferes with security of her person, it can only be because the concept of security of her person includes a right not to be compelled to carry the child to completion of her pregnancy. This, then, is simply to say that she has a right to have an abortion. It follows, then, that if no such right can be shown, it cannot be said that security of her person has been infringed by state action or otherwise.

All laws, it must be noted, have the potential for interference with individual priorities and aspirations. In fact, the very purpose of most legislation is to cause such interference. It is only when such legislation goes beyond interfering with priorities and aspirations, and abridges rights, that courts may intervene. If a law prohibited membership in a lawful association it would be unconstitutional, not because it would interfere with priorities and aspirations, but because of its interference with the guaranteed right of freedom of association under s. 2(*d*) of the *Charter*. Compliance with the *Income Tax Act* has, no doubt, frequently interfered with priorities and aspirations. The taxing provisions are not, however, on that basis unconstitutional, because the ordinary taxpayer enjoys no right to be tax free. Other illustrations may be found. In my view, it is clear that before it could be concluded that any enactment infringed the concept of security of the person, it would have to infringe

enceinte a droit à l'avortement en vertu de l'art. 7 de la *Charte*. La même notion sous-tend le jugement du Juge en chef. Il en vient à la conclusion que la loi qui force une femme à mener à terme un fœtus, à moins de satisfaire à certains critères qui n'ont rien à voir avec ses propres priorités et aspirations, porte atteinte à la sécurité de sa personne. Voilà, à son avis, l'effet de l'art. 251 du *Code criminel*. Il n'a pas affirmé expressément que la femme enceinte a droit à l'avortement thérapeutique ou autre. J'estime cependant que la validité de sa position dépend de cette proposition et que l'atteinte à ce droit constitue une atteinte au droit à la sécurité de sa personne. On dit que la loi qui force une femme à mener à terme un fœtus, à moins de satisfaire à certains critères qui n'ont rien à voir avec ses propres priorités et aspirations, porte atteinte à la sécurité de sa personne. Si en obligeant une femme à mener à terme sa grossesse, on attente à la sécurité de sa personne, ce ne peut être que parce que le concept de la sécurité de la personne inclut le droit de ne pas être contrainte à mener à terme sa grossesse. Cela revient alors simplement à dire qu'elle a droit à l'avortement. Il s'ensuit donc que si on ne peut prouver l'existence d'un tel droit, on ne saurait dire que la sécurité de sa personne a été violée par l'action de l'État ou de quelque autre manière.

Toute loi, soulignons-le, peut éventuellement porter atteinte aux priorités et aux aspirations d'une personne. De fait, c'est précisément cela que visent la plupart des mesures législatives. Ce n'est que lorsque ces mesures ne constituent plus une simple entrave auxdites priorités et aspirations et qu'elles portent atteinte à des droits que les tribunaux peuvent intervenir. La loi qui interdirait de faire partie d'une association licite serait inconstitutionnelle, non parce qu'elle porterait atteinte à des priorités et à des aspirations, mais parce qu'elle léserait le droit à la liberté d'association garanti par l'al. 2*d*) de la *Charte*. Il ne fait aucun doute que le respect de la *Loi de l'impôt sur le revenu* a souvent porté atteinte aux priorités et aux aspirations de particuliers. Les dispositions fiscales n'en sont toutefois pas pour autant inconstitutionnelles, parce que le contribuable ordinaire ne jouit d'aucun droit à l'exemption d'impôts. On pourrait en donner d'autres exemples. À mon avis, il est

1988 CanLII 90 (SCC)

some underlying right included in or protected by the concept. For the appellants to succeed here, then, they must show more than an interference with priorities and aspirations; they must show the infringement of a right which is included in the concept of security of the person.

The proposition that women enjoy a constitutional right to have an abortion is devoid of support in the language of s. 7 of the *Charter* or any other section. While some human rights documents, such as the *American Convention on Human Rights, 1969* (Article 4(1)), expressly address the question of abortion, the *Charter* is entirely silent on the point. It may be of some significance that the *Charter* uses specific language in dealing with other topics, such as voting rights, religion, expression and such controversial matters as mobility rights, language rights and minority rights, but remains silent on the question of abortion which, at the time the *Charter* was under consideration, was as much a subject of public controversy as it is today. Furthermore, it would appear that the history of the constitutional text of the *Charter* affords no support for the appellants' proposition. A reference to the Minutes of the Special Joint Committee of Senate and House of Commons on the Constitution of Canada (Proceedings 32nd. Parl., Sess. 1 (1981), vol. 46, p. 43) reveals the following exchange:

Mr. Crombie: ... And I ask you then finally, what effect will the inclusion of the due process clause have on the question of marriage, procreation, or the parental care of children?

. . .

Mr. Chrétien: The point, Mr. Crombie, that it is important to understand the difference is that we pass legislation here on abortion, criminal code, and we pass legislation on capital punishment; parliament [*sic*] has the authority to do that, and the court at this moment, because we do not have the due process of law written there, cannot go and see whether we made the right decision or the wrong decision in Parliament.

évident qu'on ne saurait conclure qu'un texte législatif porte atteinte à la sécurité de la personne que dans la mesure où ce texte porte atteinte à quelque droit sous-jacent inclus dans cette notion ou protégé par celle-ci. Donc, pour que les appelants aient gain de cause en l'espèce, ils ne peuvent pas se contenter de démontrer l'existence d'une simple entrave à des priorités et à des aspirations; ils doivent prouver qu'il y a atteinte à un droit inclus dans la notion de la sécurité de la personne.

Ni l'article 7 de la *Charte* ni aucune autre disposition n'appuie la proposition selon laquelle les femmes jouissent d'un droit constitutionnel à l'avortement. Alors que certains textes sur les droits de la personne, comme l'*American Convention on Human Rights, 1969* (article 4(1)), abordent expressément la question de l'avortement, la *Charte* est tout à fait muette sur ce point. Par ailleurs, il n'est peut-être pas sans importance que la *Charte* traite explicitement d'autres sujets, comme le droit de vote, la liberté de religion, la liberté d'expression et d'autres questions controversées comme la liberté de circulation et d'établissement, les droits linguistiques et les droits des minorités, sans toutefois parler de la question de l'avortement qui, à l'époque de son élaboration, était tout aussi publiquement controversée qu'elle l'est aujourd'hui. Il semblerait en outre n'y avoir rien dans l'historique du texte constitutionnel de la *Charte* qui puisse étayer la proposition avancée par les appelants. Dans les procès-verbaux du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada (Procès-verbaux 32e Parl., sess. 1 (1981), vol. 46, p. 43), on trouve l'échange de propos suivant:

M. Crombie: Je vous demande donc, en terminant, quelles seront les répercussions de l'inclusion de cet article sur les voies de droit régulières sur le mariage, la procréation et le soin des enfants?

. . .

M. Chrétien: Monsieur Crombie, il est important de comprendre la différence entre l'adoption d'une loi sur l'avortement, le Code criminel et l'adoption d'une loi sur la peine capitale. Le Parlement est habilité à adopter ces lois et le tribunal, parce que nous n'avons pas de voies de droit régulières écrites, ne peut pas vérifier si le Parlement a pris une bonne décision.

1988 CanLII 90 (SCC)

If you write down the words, "due process of law" here, the advice I am receiving is the court could go behind our decision and say that their decision on abortion was not the right one, their decision on capital punishment was not the right one, and it is a danger, according to legal advice I am receiving, that it will very much limit the scope of the power of legislation by the Parliament and we do not want that; and it is why we do not want the words "due process of law". These are the two main examples that we should keep in mind.

You can keep speculating on all the things that have never been touched, but these are two very sensitive areas that we have to cope with as legislators and my view is that Parliament has decided a certain law on abortion and a certain law on capital punishment, and it should prevail and we do not want the courts to say that the judgment of Parliament was wrong in using the constitution.

This passage, of course, revolves around the second and not the first limb of s. 7, but it offers no support for the suggestion that it was intended to bring the question of abortion into the *Charter*.

It cannot be said that the history, traditions and underlying philosophies of our society would support the proposition that a right to abortion could be implied in the *Charter*. The history of the legal approach to this question, reflective of public policy, was conveniently canvassed in the Ontario Court of Appeal in this case in these terms, at pp. 364-66:

History of the law of abortion

The history of the law of abortion is of some importance. At common law procuring an abortion before quickening was not a criminal offence. Quickening occurred when the pregnant woman could feel the foetus move in her womb. It was a misdemeanour to procure an abortion after quickening: *Blackstone's Commentaries on the Laws of England*, Book 1, pp. 129-30. The law of criminal abortion was first codified in England in *Lord Ellenborough's Act*, 1803 (U.K.), c. 58. That Act made procuring an abortion of a quick foetus a capital offence and provided lesser penalties for abortion before quickening. After the *Offences Against the Person Act*, 1861 (U.K.), c. 100, s. 58, no differentiation in penalty was made in England on the basis of the stage of foetal development. The offence was a felony and the max-

Si nous couchons cela sur le papier, on me dit que le tribunal pourra désormais aller au-delà de la décision du Parlement et renverser une décision que ce dernier aurait prise sur l'avortement ou sur la peine capitale. On risque donc, selon les avis juridiques que j'ai reçus, de limiter le pouvoir législatif du Parlement, et ce n'est pas ce que nous souhaitons. C'est pourquoi nous ne voulons pas inclure cette expression «voies de droit régulières». Ce sont deux exemples qu'il faut garder à l'esprit.

On peut spéculer quant aux implications que cela aurait sur des domaines sur lesquels on n'a pas encore légiférer (*sic*); mais voilà deux domaines très particuliers avec lesquels les législateurs sont aux prises et, à mon avis, le Parlement qui a adopté certaines lois sur l'avortement et la peine capitale devrait avoir préséance en la matière, et nous ne voulons pas que les tribunaux puissent, en invoquant la constitution, renverser le jugement du Parlement.

Bien entendu, ce passage concerne le second plutôt que le premier volet de l'art. 7, mais il ne permet pas du tout d'affirmer qu'on a voulu que la question de l'avortement relève de la *Charte*.

On ne saurait prétendre que l'histoire, les traditions et les philosophies fondamentales de notre société appuient la proposition selon laquelle la *Charte* confère implicitement un droit à l'avortement. La Cour d'appel de l'Ontario a fait en l'espèce un examen utile de la manière dont la position du législateur face à cette question a évolué en fonction des exigences de l'ordre public. Voici ce qu'a dit la Cour d'appel, aux pp. 364 à 366:

[TRADUCTION] *Historique du droit en matière d'avortement*

L'historique du droit en matière d'avortement revêt passablement d'importance. En *common law*, procurer un avortement avant que le fœtus ne donne des signes de vie ne constituait pas une infraction criminelle. Le fœtus donnait des signes de vie lorsque la femme enceinte pouvait le sentir bouger dans son ventre. Quiconque procurait un avortement à ce stade-là de la grossesse commettait une infraction mineure (*misdemeanour*): *Blackstone's Commentaries on the Laws of England*, tome 1, pp. 129 et 130. Le droit en matière d'avortement criminel a été codifié pour la première fois en Angleterre dans *Lord Ellenborough's Act*, 1803 (R.-U.), chap. 58. Cette loi prévoyait que la pratique d'un avortement lorsqu'il s'agissait d'un fœtus qui donnait des signes de vie constituait une infraction majeure (*felony*), et pres-

1988 CanLII 90 (SCC)

imum penalty life imprisonment. The *Infant Life (Preservation) Act*, 1929 (U.K.), c. 34, gave greater protection to a viable foetus by creating the offence of child destruction where a child capable of being born alive was caused to die except in good faith to preserve the life of the mother. In *R. v. Bourne*, [1939] 1 K.B. 687, the prohibition against abortion both at common law and by statute was held to be subject to the common law defence based upon the necessity of saving the mother's life.

crivait des peines moindres pour l'avortement pratiqué à un stade moins avancé. Suite à l'adoption de l'*Offences Against the Person Act*, 1861 (R.-U.), chap. 100, art. 58, on n'imposait plus en Angleterre des peines différentes selon le stade de développement fœtal. L'infraction était majeure et entraînait alors une peine maximale d'emprisonnement à perpétuité. L'*Infant Life (Preservation) Act*, 1929 (R.-U.), chap. 34, accordait une plus grande protection à un fœtus viable en créant l'infraction de destruction d'enfant qui consistait à faire mourir un enfant susceptible de naître vivant, sauf lorsque la mort était provoquée de bonne foi afin de protéger la vie de la mère. Dans la décision *R. v. Bourne*, [1939] 1 K.B. 687, on a jugé qu'on pouvait opposer à l'interdiction de l'avortement édictée tant par la *common law* que par la loi écrite le moyen de défense de *common law* fondé sur la nécessité de sauver la vie de la mère.

The earliest statutory prohibition in Canada against attempting to procure an abortion is to be found in "An Act respecting Offences against the Person", 1869 (Can.), c. 20, ss. 59 and 60. The Act was based on *Lord Ellenborough's Act* and the *Offences Against the Person Act, 1861*. The provisions relating to abortion were included in the Canadian *Criminal Code* in 1892 (1892 (Can.), c. 29, ss. 272 to 274), and with slight changes were included in the Codes of 1906 (R.S.C. 1906, c. 146, ss. 303 to 306); 1927 (R.S.C. 1927, c. 36, ss. 303 to 306) and 1954 (1953-54 (Can.), c. 51, ss. 237 and 238).

Les premières dispositions législatives canadiennes interdisant de tenter de procurer un avortement se trouvent dans l'Acte concernant les offenses contre la Personne, 1869 (Can.), chap. 20, art. 59 et 60. Il s'agissait d'un texte qui s'inspirait de la *Lord Ellenborough's Act* et de l'*Offences Against the Person Act, 1861*. Les dispositions relatives à l'avortement ont été incluses dans le *Code criminel* de 1892 (1892 (Can.), chap. 29, art. 272 à 274) et, avec de légères modifications, dans les codes de 1906 (S.R.C. 1906, chap. 146, art. 303 à 306), de 1927 (S.R.C. 1927, chap. 36, art. 303 à 306), et de 1954 (1953-54 (Can.), chap. 51, art. 237 et 238).

Section 251(1) made it clear that Parliament regarded procuring an abortion as a very serious crime for which there was a maximum sentence of imprisonment for life.

Il se dégage nettement du par. 251(1) que le législateur considérait que procurer un avortement constituait un crime très grave punissable par une peine maximale d'emprisonnement à perpétuité.

In 1969, Parliament alleviated the situation by the addition to s. 251 of s-ss (4), (5), (6) and (7) as exculpatory provisions by 1968-69, c. 38, s. 18. These subsections provided that it was not a criminal act to procure an abortion where the continuation of the pregnancy would or would be likely to endanger the life or health of a female person. As can be seen, in order to come within the exceptions to s. 251(1) and (2),

En 1969, le législateur a atténué la rigueur de la loi par l'adjonction à l'art. 251 des par. (4), (5), (6) et (7) à titre de dispositions disculpatoires (1968-69, chap. 38, art. 18). Ces paragraphes prévoient que procurer un avortement ne constitue pas un acte criminel lorsque la continuation de la grossesse de cette personne du sexe féminin mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière. Comme on le constate, les exceptions aux par. 251(1) et (2) ne jouent que

> (a) the majority of the members of a therapeutic abortion committee comprising not less than three qualified medical practitioners of an accredited or approved hospital had to certify in writing after reviewing the case at a meeting that in the opinion of the majority the continuation of the pregnancy would or would be likely to endanger the life or health of a female person;

> a) si la majorité des membres d'un comité de l'avortement thérapeutique, composé d'au moins trois médecins qualifiés, d'un hôpital accrédité ou approuvé certifie par écrit à la suite d'un examen du cas au cours d'une réunion du comité que, de l'avis de la majorité, la continuation de la grossesse mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé d'une personne du sexe féminin;

1988 CanLII 90 (SCC)

(b) the abortion had to be performed in an accredited or approved hospital by a medical practitioner to whom the certificate was given who was not a member of the committee.

By defining criminal conduct more narrowly, these amendments reflected the contemporary view that abortion is not always socially undesirable behaviour.

As the Court of Appeal said, the amendments to the *Criminal Code* which imported s. 251 are indicative of a changing view on this question, but it is not possible to erect upon the words of s. 251 a constitutional right to abortion.

The historical review of the legal approach in Canada taken from the judgment of the Court of Appeal serves, as well, to cast light on the underlying philosophies of our society and establishes that there has never been a general right to abortion in Canada. There has always been clear recognition of a public interest in the protection of the unborn and there has been no evidence or indication of any general acceptance of the concept of abortion at will in our society. It is to be observed as well that at the time of adoption of the *Charter* the sole provision for an abortion in Canadian law was that to be found in s. 251 of the *Criminal Code*. It follows then, in my view, that the interpretive approach to the *Charter*, which has been accepted in this Court, affords no support for the entrenchment of a constitutional right of abortion.

As to an asserted right to be free from any state interference with bodily integrity and serious state-imposed psychological stress, I would say that to be accepted, as a constitutional right, it would have to be based on something more than the mere imposition, by the State, of such stress and anxiety. It must, surely, be evident that many forms of government action deemed to be reasonable, and even necessary in our society, will cause stress and anxiety to many, while at the same time being acceptable exercises of government power in pursuit of socially desirable goals. The very facts of life in a modern society would preclude the entrenchment of such a constitutional right. Governmental action for the due governance and

b) si l'avortement se fait dans un hôpital accrédité ou approuvé, par un médecin à qui le certificat a été remis et qui n'est pas membre du comité.

En définissant la conduite criminelle plus étroitement, ces modifications reflétaient le point de vue contemporain selon lequel l'avortement n'est pas toujours une conduite socialement répréhensible.

Comme l'a dit la Cour d'appel, les modifications apportées à l'art. 251 du *Code criminel* traduisent un changement de point de vue sur cette question, mais on ne saurait déduire du texte de l'art. 251 l'existence d'un droit constitutionnel à l'avortement.

L'historique qu'a fait la Cour d'appel de la position prise par le législateur canadien permet en outre de mettre en lumière les philosophies fondamentales ayant cours dans notre société et démontre qu'il n'y a jamais eu de droit général à l'avortement au Canada. L'existence d'un intérêt public dans la protection des enfants non encore nés a toujours été clairement reconnue et rien ne prouve ni n'indique que le concept de l'avortement à volonté est généralement accepté dans notre société. On doit noter également qu'au moment où la *Charte* a été adoptée, la seule disposition en matière d'avortement qui existait en droit canadien était l'art. 251 du *Code criminel*. Il s'ensuit donc, selon moi, que la façon d'interpréter la *Charte* acceptée par cette Cour ne justifie aucunement une conclusion que le droit à l'avortement est enchâssé dans la Constitution.

Pour ce qui est de la revendication d'un droit à la protection contre toute atteinte de l'État à l'intégrité physique et contre toute tension psychologique causée par l'État, je dirais que pour être accepté à titre de droit constitutionnel, il devrait reposer sur autre chose que les simples tensions et l'angoisse causées par l'État. Il est certainement évident que bien des formes d'action gouvernementale considérées comme raisonnables, voire nécessaires, dans notre société sont pour beaucoup de gens une source de tensions et d'angoisse, tout en constituant des exercices acceptables du pouvoir gouvernemental dans la poursuite d'objectifs socialement désirables. La réalité même de la vie dans une société moderne vient s'opposer à ce qu'un tel

1988 CanLII 90 (SCC)

administration of society can rarely please everyone. It is hard to imagine a governmental policy or initiative which will not create significant stress or anxiety for some and, frequently, for many members of the community. Governments must have the power to expropriate land, to zone land, to regulate its use and the rights and conditions of its occupation. The exercise of these powers is frequently the cause of serious stress and anxiety. In the interests of public health and welfare, governments must have and exercise the power to regulate, control — and even suppress — aspects of the manufacture, sale and distribution of alcohol and drugs and other dangerous substances. Stress and anxiety resulting from the exercise of such powers cannot be a basis for denying them to the authorities. At the present time there is great pressure on governments to restrict — and even forbid — the use of tobacco. Government action in this field will produce much stress and anxiety among smokers and growers of tobacco, but it cannot be said that this will render unconstitutional control and regulatory measures adopted by governments. Other illustrations abound to make the point.

To invade the s. 7 right of security of the person, there would have to be more than state-imposed stress or strain. A breach of the right would have to be based upon an infringement of some interest which would be of such nature and such importance as to warrant constitutional protection. This, it would seem to me, would be limited to cases where the state-action complained of, in addition to imposing stress and strain, also infringed another right, freedom or interest which was deserving of protection under the concept of security of the person. For the reasons outlined above, the right to have an abortion — given the language, structure and history of the *Charter* and given the history, traditions and underlying philosophies of our society — is not such an interdroit soit enchâssé dans la Constitution. Il est rare que les actes accomplis pour le bon gouvernement et la bonne administration de la collectivité aient l'heur de plaire à tous. Il est difficile de concevoir une politique ou une initiative gouvernementale qui ne créera pas beaucoup de tensions ou d'angoisse chez certaines personnes et, souvent, chez un bon nombre de citoyens. Les gouvernements doivent être habilités à exproprier des biens-fonds, à procéder au zonage et à réglementer l'utilisation de biens-fonds ainsi que les droits et les conditions rattachés à l'occupation de ceux-ci. L'exercice de ces pouvoirs est souvent une source de tensions graves et d'angoisse. Or il faut, dans l'intérêt de la santé et du bien-être publics, que les gouvernements possèdent et exercent le pouvoir de réglementer, de contrôler et, voire même, d'abolir certains aspects de la fabrication, de la vente et de la distribution d'alcool et de médicaments ainsi que d'autres substances dangereuses. Les tensions et l'angoisse résultant de l'exercice de ces pouvoirs ne sauraient justifier qu'on les refuse aux autorités. À l'heure actuelle, beaucoup de pressions sont exercées sur les gouvernements pour qu'ils limitent, interdisent même, l'usage du tabac. L'action gouvernementale dans ce domaine engendrera beaucoup de tensions et d'angoisse chez les fumeurs et les producteurs de tabac, mais on ne saurait dire que cela entraînera l'inconstitutionnalité des mesures de contrôle et de réglementation que pourront adopter les gouvernements. Une foule d'autres exemples pourraient être cités à ce propos.

Pour qu'il y ait atteinte au droit à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7, il devrait y avoir plus que des tensions ou de l'angoisse causées par l'État. Une violation de ce droit devrait dépendre d'une atteinte à quelque intérêt dont la nature et l'importance justifieraient une protection constitutionnelle. Cela, me semble-t-il, se limiterait aux cas où l'action de l'État dont on se plaint a, en plus d'engendrer des tensions et de l'angoisse, porté également atteinte à un autre droit, à une autre liberté ou à un autre intérêt qui méritaient d'être protégés selon le concept de la sécurité de la personne. Pour les raisons exposées ci-dessus, le droit à l'avortement, compte tenu du texte, de la structure et de l'historique de la *Charte* ainsi que de l'histoire, des traditions et des philosophies

1988 CanLII 90 (SCC)

est. Any right to an abortion will remain circumscribed by the terms of s. 251 of the *Criminal Code*. I refer to the following passage from the judgment of the court below, at p. 378:

> One cannot overlook the fact that the situation respecting a woman's right to control her own person becomes more complex when she becomes pregnant, and that some statutory control may be appropriate. We agree with Parker A.C.J.H.C. in the court below that, bearing in mind the statutory prohibition against abortion in Canada which has existed for over 100 years, it could not be said that there is a right to procure an abortion so deeply rooted in our traditions and way of life as to be fundamental. A woman's only right to an abortion at the time the Charter came into force would accordingly appear to be that given to her by s-s. (4) of s. 251.

I would only add that even if a general right to have an abortion could be found under s. 7 of the *Charter*, it is by no means clear from the evidence the extent to which such a right could be said to be infringed by the requirements of s. 251 of the *Code*. In the nature of things that is difficult to determine. The mere fact of pregnancy, let alone an unwanted pregnancy, gives rise to stress. The evidence reveals that much of the anguish associated with abortion is inherent and unavoidable and that there is really no psychologically painless way to cope with an unwanted pregnancy.

It is for these reasons I would conclude, that save for the provisions of the *Criminal Code*, which permit abortion where the life or health of the woman is at risk, no right of abortion can be found in Canadian law, custom or tradition, and that the *Charter*, including s. 7, creates no further right. Accordingly, it is my view that s. 251 of the *Code* does not in its terms violate s. 7 of the *Charter*. Even accepting the assumption that the concept of security of the person would extend to vitiating a law which would require a woman to carry a child to the completion of her pregnancy at the risk of her life or health, it must be observed that this is not our case. As has been pointed out,

fondamentales de notre société, ne constitue pas un tel intérêt. Tout droit à l'avortement demeure circonscrit par les termes de l'art. 251 du *Code criminel*. Je reprends le passage suivant tiré de la p. 378 de l'arrêt de la Cour d'appel:

> [TRADUCTION] On ne saurait oublier que la situation du droit de la femme à être maîtresse de sa propre personne se complique davantage lorsqu'elle devient enceinte et qu'un certain contrôle de la loi peut se révéler approprié. Nous sommes d'accord avec le juge en chef adjoint Parker de la Haute Cour pour dire que, si on garde à l'esprit l'interdiction légale de l'avortement qui existe depuis plus de cent ans au Canada, on ne saurait affirmer qu'il existe un droit de procurer un avortement qui soit ancré dans nos traditions et notre mode de vie au point d'être fondamental. Le seul droit à l'avortement que possédaient les femmes au moment de l'entrée en vigueur de la *Charte* semblerait donc être celui que leur conférait le par. 251(4).

J'ajouterais seulement que même s'il était possible de conclure à l'existence d'un droit général à l'avortement en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, la preuve est loin de révéler clairement jusqu'à quel point on pourrait dire que les exigences de l'art. 251 du *Code* peuvent porter atteinte à ce droit. Il est normal que ce soit difficile à déterminer. Le seul fait d'être enceinte, sans parler de la grossesse non voulue, est une source de stress. Il ressort de la preuve que l'angoisse liée à l'avortement est, dans une large mesure, naturelle et inévitable et qu'il est vraiment impossible de faire face à une grossesse non voulue, sans difficulté sur le plan psychologique.

Pour ces raisons, je conclus que, sous réserve des dispositions du *Code criminel* qui autorisent l'avortement lorsque la vie ou la santé de la mère est en danger, aucun droit à l'avortement ne saurait se trouver dans le droit, la coutume ou les traditions ayant cours au Canada, et que la *Charte*, y compris l'art. 7, ne crée aucun droit supplémentaire. Par conséquent, j'estime que les modalités de l'art. 251 du *Code* ne violent pas l'art. 7 de la *Charte*. Même en acceptant de supposer que la notion de la sécurité de la personne aurait pour effet d'entacher de nullité une loi qui obligerait une femme à mener à terme sa grossesse au risque de sa propre vie ou santé, il faut noter que ce n'est pas le cas en

s. 251 of the *Code* already provides for abortion in such circumstances.

Procedural Fairness

I now turn to the appellant's argument regarding the procedural fairness of s. 251 of the *Criminal Code*. The basis of the argument is that the exemption provisions of subs. (4) are such as to render illusory or practically illusory any defence arising from the subsection for many women who seek abortions. It is pointed out that therapeutic abortions are available only in accredited or approved hospitals, that hospitals so accredited or approved may or may not appoint abortion committees, and that "health" is defined in vague terms which afford no clear guide to its meaning. Statistically, it was said that abortions could be lawfully performed in only twenty per cent of all hospitals in Canada. Because abortions are not generally available to all women who seek them, the argument goes, the defence is illusory, or practically so, and the section therefore fails to comport with the principles of fundamental justice.

Precise evidence on the questions raised is, of course, difficult to obtain and subject to subjective interpretation depending upon the views of those adducing it. Much evidence was led at trial based largely on the Ontario experience. Additional material in the form of articles, reports and studies was adduced, from which the Court was invited to conclude that access to abortion is not evenly provided across the country and that this could be the source of much dissatisfaction. While I recognize that in constitutional cases a greater latitude has been allowed concerning the reception of such material, I would prefer to place principal reliance upon the evidence given under oath in court in my considerations of the factual matters. Evidence was adduced from the chairman of a therapeutic abortion committee at a hospital in Hamilton, where in 1982 eleven hundred and eighty-seven abortions were performed, who testified that of all applications received by his committee in that year

l'espèce. Comme je l'ai déjà souligné, l'art. 251 du *Code* prescrit déjà l'avortement dans ces circonstances.

L'équité en matière de procédure

Je passe maintenant à l'argument des appelants relatif à l'équité, sur le plan de la procédure, de l'art. 251 du *Code criminel*. Cet argument a pour fondement que les exceptions prévues au par. (4) rendent illusoire ou pratiquement illusoire pour bien des femmes désireuses de se faire avorter tout moyen de défense découlant dudit paragraphe. On fait remarquer que des avortements thérapeutiques ne peuvent être obtenus que dans des hôpitaux accrédités ou approuvés, que les hôpitaux ainsi accrédités ou approuvés peuvent à leur guise constituer ou ne pas constituer des comités de l'avortement, et que le mot «santé» est défini en des termes vagues qui n'indiquent pas clairement son sens. Selon les statistiques, a-t-on affirmé, des avortements ne peuvent être légalement accomplis que dans vingt pour cent des hôpitaux canadiens. Toujours suivant cet argument, puisque l'avortement n'est pas généralement accessible à toutes les femmes qui cherchent à l'obtenir, le moyen de défense en question est illusoire ou pratiquement illusoire et l'article n'est donc pas conforme aux principes de justice fondamentale.

Il est évidemment difficile de réunir des éléments de preuve précis portant sur les questions soulevées en l'espèce et ces éléments de preuve feront l'objet d'une interprétation subjective en fonction des opinions de ceux qui les apportent. La majeure partie de la preuve volumineuse produite au procès concernait l'expérience ontarienne. On a produit en outre des textes sous la forme d'articles, de rapports et d'études sur lesquels on a demandé à la Cour de se fonder pour conclure que les possibilités d'obtenir un avortement n'étaient pas les mêmes partout au pays et qu'il pouvait en résulter un grand mécontentement. Tout en reconnaissant que, dans les affaires constitutionnelles, une plus grande latitude a été accordée en ce qui concerne la réception de tels documents, je préfère, pour ce qui est d'examiner les questions de fait, m'appuyer principalement sur les dépositions faites sous serment au cours du procès. On a cité comme témoin le président d'un comité de l'avortement

1988 CanLII 90 (SCC)

less than a dozen were ultimately refused. Refusal in each case was based upon the fact that a majority of the committee was not convinced that "the continuation of the pregnancy would be detrimental to the woman's health". All physicians who performed abortions under the *Criminal Code* provisions admitted in cross-examination that they had never had an application for a therapeutic abortion on behalf of the patient ultimately refused by an abortion committee. No woman testified that she personally had applied for an abortion anywhere in Canada and had been refused, and no physician testified to his participation in such an application. In 1982, the province of Ontario had ninety-nine hospitals with abortion committees. In that year in Ontario, hospitals performed 31,379 abortions and thirty-six of those hospitals performed more than two hundred in one year. There were seventeen hospitals with abortion committees in metropolitan Toronto and they performed 16,706 abortions in 1982, nine of them performing more than one thousand abortions each. In 1982 all ten provinces and both territories had at least one hospital with an abortion committee. The evidence was not as clear as to the situation in rural or more remote areas. It would be reasonable to assume that access to abortion would have been more difficult outside of the principal inhabited areas. This situation, however, is common to the delivery of all health-care services. Significantly, the testimony and exhibits entered at trial reflect that even in the more permissive abortion regime in the United States there is a similar problem of access. Ten years after the decision in *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), only slight gains in access had been made in rural areas. It is also worth noting that the evidence adduced at trial, comparing the respective abortion regimes in Canada and the United States, reveals other significant parallels. For example, there is a close parallel in the two countries concerning such matters as the stage in the pregnancy at which abortions are performed and the procedures used to perform abortions at the respective stages. There is also a high degree of similarity in the two countries regarding the percentages and methods of abortion performed in the crucial early second trimester. In both countries, it

thérapeutique d'un hôpital de Hamilton où onze cent quatre-vingt-sept avortements ont été pratiqués en 1982. Celui-ci a affirmé que, sur toutes les demandes reçues par son comité cette année-là, moins de douze ont finalement été rejetées. Dans chacun de ces cas, le refus était motivé par le fait que la majorité des membres du comité n'était pas convaincue que [TRADUCTION] «la continuation de la grossesse compromettrait la santé de la femme en question». Tous les médecins qui ont témoigné et qui ont pratiqué des avortements en vertu du *Code criminel* ont reconnu, en contre-interrogatoire, que jamais il ne leur était arrivé qu'une demande d'avortement thérapeutique présentée pour le compte d'une patiente se heurte au refus d'un comité de l'avortement. Aucune femme n'est venue témoigner qu'elle s'était vu refuser une demande qu'elle avait faite personnellement en vue d'obtenir un avortement où que ce soit au Canada, et aucun médecin n'a dit avoir participé à une telle demande. En 1982, la province de l'Ontario comptait quatre-vingt-dix-neuf hôpitaux dotés d'un comité de l'avortement. Cette année-là en Ontario, 31 379 avortements ont été pratiqués dans des hôpitaux et dans trente-six de ceux-ci, le chiffre des avortements s'élevait à plus de deux cents en une seule année. Dans la communauté urbaine de Toronto, il y avait dix-sept hôpitaux qui étaient dotés d'un comité de l'avortement et où 16 706 avortements ont été pratiqués en 1982. Dans neuf cas, le nombre dépassait mille avortements par année. En 1982, il y avait dans chaque province et dans les deux territoires au moins un hôpital doté d'un comité de l'avortement. La preuve n'est toutefois pas aussi claire quant à la situation dans les régions rurales ou éloignées. Il serait néanmoins raisonnable de supposer qu'en dehors des principales régions habitées, il aurait été plus difficile d'obtenir un avortement. En cela, l'avortement ne diffère donc pas de n'importe quel autre service de santé. Fait révélateur, il se dégage des dépositions et des pièces produites au procès que, même sous le régime d'avortement plus libéral que l'on trouve aux États-Unis, l'accessibilité demeure un problème. En effet, dix ans après l'arrêt *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), il n'y avait eu qu'une modeste amélioration de l'accessibilité dans les régions rurales. Il vaut également la peine de noter

appears that many of the problems that have arisen in relation to abortion reflect the more general reality that medical services are subject to budgetary, time, space and staff constraints. With abortion, in particular, matters are further complicated by the fact that many physicians regard abortions as unethical and refuse to perform them. In all, the extent to which the statutory procedure contributes to the problems connected with procuring an abortion is anything but clear. Accordingly, even if one accepts that it would be contrary to the principles of fundamental justice for Parliament to make available a defence which, by reason of its terms, is illusory or practically so, it cannot, in my view, be said that s. 251 of the *Code* has had that effect.

que la preuve présentée au procès, qui compare les régimes d'avortement respectifs du Canada et des États-Unis, fait ressortir d'autres ressemblances importantes. Il y a par exemple entre les deux pays une grande similarité en ce qui concerne notamment le stade de la grossesse auquel l'avortement est pratiqué et les méthodes employées aux stades respectifs. Les deux pays se ressemblent beaucoup également quant aux pourcentages et aux méthodes d'avortements pratiqués au début du second trimestre crucial. Dans l'un et l'autre pays, un bon nombre des problèmes qui ont surgi en matière d'avortement paraissent traduire une réalité plus générale, savoir que les services médicaux sont assujettis à des restrictions budgétaires et à des restrictions sur les plans du temps, des locaux et du personnel disponible. En matière d'avortement en particulier, la situation se complique davantage du fait que beaucoup de médecins considèrent l'avortement comme immoral et refusent de pratiquer ce type d'intervention. Somme toute, on est loin de savoir clairement dans quelle mesure la procédure établie par la loi contribue à créer les problèmes liés à l'obtention d'un avortement. Par conséquent, même si l'on accepte qu'il serait contraire aux principes de justice fondamentale que le législateur prévoie un moyen de défense qui, en raison de ses modalités, est illusoire ou pratiquement illusoire, je ne crois pas que l'on puisse dire que l'art. 251 du *Code* a eu cet effet.

It would seem to me that a defence created by Parliament could only be said to be illusory or practically so when the defence is not available in the circumstances in which it is held out as being available. The very nature of the test assumes, of course, that it is for Parliament to define the defence and, in so doing, to designate the terms and conditions upon which it may be available. The Chief Justice has said in his reasons, at p. 70:

Il me semble qu'on ne pourrait dire qu'un moyen de défense créé par le législateur n'est illusoire ou pratiquement illusoire que lorsqu'on ne peut pas recourir à ce moyen de défense dans les circonstances où l'on a dit qu'il était possible de le faire. De par sa nature même, ce critère sous-entend, bien sûr, que c'est au législateur qu'il incombe de définir le moyen de défense et, en ce faisant, de préciser les conditions à remplir pour pouvoir l'invoquer. Le Juge en chef affirme, à la p. 70 de ses motifs:

The criminal law is a very special form of governmental regulation, for it seeks to express our society's collective disapprobation of certain acts and omissions. When a defence is provided, especially a specifically-tailored defence to a particular charge, it is because the legislator has determined that the disapprobation of society is

Le droit criminel constitue une forme très spéciale de réglementation gouvernementale, car il cherche à exprimer la désapprobation collective de notre société pour certains actes ou omissions. Lorsqu'un moyen de défense est prévu, surtout lorsqu'il s'agit d'un moyen de défense conçu spécifiquement pour une accusation particulière,

1988 CanLII 90 (SCC)

not warranted when the conditions of the defence are met.

From this comment, I would suggest it is apparent that the Court's role is not to second-guess Parliament's policy choice as to how broad or how narrow the defence should be. The determination of when "the disapprobation of society is not warranted" is in Parliament's hands. The Court's role when the enactment is attacked on the basis that the defence is illusory is to determine whether the defence is available in the circumstances in which it was intended to apply. Parliament has set out the conditions, in s. 251(4), under which a therapeutic abortion may be obtained, free from criminal sanction. It is patent on the face of the legislation that the defence is circumscribed and narrow. It is clear that this was the Parliamentary intent and it was expressed with precision. I am not able to accept the contention that the defence has been held out to be generally available. It is, on the contrary, carefully tailored and limited to special circumstances. Therapeutic abortions may be performed only in certain hospitals and in accordance with certain specified provisions. It could only be classed as illusory or practically so if it could be found that it does not provide lawful access to abortions in circumstances described in the section. No such finding should be made upon the material before this Court. The evidence will not support the proposition that significant numbers of those who meet the conditions imposed in s. 251 of the *Criminal Code* are denied abortions.

It is evident that what the appellants advocate is not the therapeutic abortion referred to in s. 251 of the *Code*. Their clinic was called into being because of the perceived inadequacies of s. 251. They propose and seek to justify "abortion on demand". The defence in s. 251(4) was not intend-

c'est parce que le législateur a jugé que la désapprobation de la société n'est pas justifiée lorsque les conditions de ce moyen de défense sont remplies.

Selon moi, il est clair à la lecture de ces observations qu'il n'appartient nullement à cette Cour de revenir sur le choix de principe fait par le législateur quant à la portée précise de ce moyen de défense. Il appartient au Parlement de déterminer quand «la désapprobation de la société n'est pas justifiée». Lorsque le texte législatif fait l'objet d'une attaque fondée sur le caractère illusoire du moyen de défense offert, la tâche de la Cour consiste à déterminer s'il est possible de recourir à ce moyen de défense dans les circonstances où on a voulu qu'il puisse être invoqué. Au paragraphe 251(4), le législateur énonce les conditions qui doivent être remplies pour obtenir un avortement thérapeutique sans s'exposer à des sanctions criminelles. Il est évident, à la lecture de cette disposition législative, que le moyen de défense a une portée restreinte. Il est clair que c'est ce qu'a voulu le législateur qui a exprimé cette intention en des termes précis. Je ne puis retenir l'argument selon lequel ce moyen de défense a été présenté comme pouvant être invoqué de manière générale. Bien au contraire, il s'agit d'un moyen de défense soigneusement conçu dont l'application se limite à des circonstances particulières. Les avortements thérapeutiques ne peuvent être pratiqués que dans certains hôpitaux et en conformité avec certaines dispositions précises. Le moyen de défense ne pourrait être qualifié d'illusoire ou de pratiquement illusoire que s'il était possible de conclure qu'il ne permet pas d'obtenir un avortement licite dans les circonstances décrites dans l'article en cause. Or, la documentation soumise à cette Cour ne permet pas de tirer une telle conclusion. La preuve n'appuie pas la proposition selon laquelle de nombreuses femmes qui remplissent les conditions imposées par l'art. 251 du *Code criminel* se voient refuser l'avortement.

Il est évident que ce que préconisent les appelants n'est pas l'avortement thérapeutique visé par l'art. 251 du *Code*. Ils ont ouvert leur clinique en raison des lacunes que présentait, d'après eux, cet article. Ils proposent et cherchent à justifier «l'avortement libre». Or, le moyen de défense prévu

ed to meet the views of the appellants and provide a defence at large which would effectively repeal the operative subsections of s. 251. Some feel strongly that s. 251 is not adequate in today's society. Be that as it may, it does not follow that the defence provisions of s. 251(4) are illusory. They represent the legislative choice on this question and, as noted, it has not been shown that therapeutic abortions have not been available in cases contemplated by the provision.

It was further argued that the defence in s. 251(4) is procedurally unfair in that it fails to provide an adequate standard of "health" to guide the abortion committees which are charged with the responsibility for approving or disapproving applications for abortions. It is argued that the meaning of the word "health" in s. 251(4) is so vague as to render the sub-section unconstitutional. This argument was, in my view, dealt with fully and effectively in the Court of Appeal. I accept and adopt the following passage from the judgment of that court, at pp. 387-88:

> Counsel for the respondent in his attack on s. 251 also argued that the section was void for "vagueness". The argument under this head was that the concepts of "health" and "miscarriage" in s. 251(4) yield an arbitrary application being so vague and uncertain that it is difficult to understand what conduct is proscribed. It is fundamental justice that a person charged with an offence should know with sufficient particularity the nature of the offence alleged.
>
> There was a far-ranging discussion by the respondents' counsel on the concept of "health" and the meaning of the term "miscarriage"; the way in which courts deal with the "vagueness" in the interpretation of municipal by-laws, and an extensive examination of American authorities.
>
> In this case, however, from a reading of s. 251 with its exception, there is no difficulty in determining what is proscribed and what is permitted. It cannot be said that no sensible meaning can be given to the words of the section. Thus, it is for the courts to say what meaning the statute will bear. Counsel was unable to give the Court any authority for holding a statute void for uncertainty. In any event, there is no doubt the respondents

au par. 251(4) n'a pas été conçu pour refléter les opinions des appelants ni pour créer un moyen de défense général qui aurait pour effet d'abroger les dispositions essentielles de l'art. 251. D'aucuns croient fermement que l'art. 251 ne répond plus aux besoins de la société moderne. Quoi qu'il en soit, il ne s'ensuit pas que les dispositions du par. 251(4) qui établissent un moyen de défense sont illusoires. Elle traduisent le choix qu'a fait le législateur en la matière et, comme je l'ai déjà souligné, il n'a pas été démontré que des avortements thérapeutiques n'ont pu être obtenus dans les cas envisagés par l'article.

On a fait valoir, en outre, que le moyen de défense prévu par le par. 251(4) est inéquitable sur le plan de la procédure en ce sens qu'il n'établit pas une norme satisfaisante de «santé» pour la gouverne des comités de l'avortement chargés d'approuver ou de rejeter les demandes d'avortement. On soutient que le sens du mot «santé» employé au par. 251(4) est vague au point de rendre ce paragraphe inconstitutionnel. À mon avis, la Cour d'appel a donné à cet argument une réponse complète et efficace. J'accepte et je fais mien le passage suivant tiré des pp. 387 et 388 des motifs de la Cour d'appel:

> [TRADUCTION] L'avocat des intimés reproche en outre à l'art. 251 d'être entaché de nullité pour cause d'«imprécision». Suivant cet argument, les termes «santé» et «avortement» utilisés au par. 251(4) ouvrent la voie à une application arbitraire si vague et incertaine qu'on a de la difficulté à comprendre quelle conduite est proscrite. Or, la justice fondamentale exige que soient communiqués à l'inculpé des détails suffisants concernant la nature de l'infraction qu'on lui impute.
>
> L'avocat des intimés a parlé en long et en large du concept de la «santé» et du sens du mot «avortement» ainsi que de la manière dont les tribunaux font face au problème de l'«imprécision» en interprétant les règlements municipaux. De plus, l'avocat a fait un examen poussé de la jurisprudence américaine.
>
> Dans cette affaire, cependant, après lecture de l'art. 251 et de ses exceptions, il n'y a aucune difficulté à déterminer ce qui est interdit et ce qui est permis. On ne peut pas dire qu'aucun sens raisonnable ne peut être donné aux termes de cet article. Donc, il revient aux tribunaux de dire quel sens il faut donner à la loi. L'avocat a été incapable de citer à la Cour une décision dans laquelle une loi a été déclarée nulle pour cause

1988 CanLII 90 (SCC)

knew that the acts they proposed and carried out were in breach of the section. The fact that they did not approve of the law in this regard does not make it "uncertain". They could have no doubt but that the procuring of a miscarriage which they proposed (and we agree with the trial judge that the phrase "procuring a miscarriage" is synonymous with "performing an abortion"), could only be carried out in an accredited or approved hospital after the securing of the required certificate in writing from the therapeutic abortion committee of that hospital.

Finally, this Court has dealt with the matter. Dickson J. (as he then was), speaking for the majority in *Morgentaler (1975)*, *supra*, in concluding a discussion of s. 251(4) of the *Criminal Code*, said, at p. 675:

> Whether one agrees with the Canadian legislation or not is quite beside the point. Parliament has spoken unmistakably in clear and unambiguous language.

In the same case, Laskin C.J., while dissenting on other grounds, said at p. 634:

> The contention under point 2 is equally untenable as an attempt to limit the substance of legislation in a situation which does not admit of it. In submitting that the standard upon which therapeutic abortion committees must act is uncertain and subjective, counsel who make the submission cannot find nourishment for it even in *Doe v. Bolton*. There it was held that the prohibition of abortion by a physician except when "based upon his best clinical judgment that an abortion is necessary" did not prescribe a standard so vague as to be constitutionally vulnerable. *A fortiori*, under the approach taken here to substantive due process, the argument of uncertainty and subjectivity fails. It is enough to say that Parliament has fixed a manageable standard because it is addressed to a professional panel, the members of which would be expected to bring a practised judgment to the question whether "the continuation of the pregnancy . . . would or would be likely to endanger . . . life or health".

In my opinion, then, the contention that the defence provided in s. 251(4) of the *Criminal Code* is illusory cannot be supported. From evidence adduced by the appellants, it may be said that

d'imprécision. Quoi qu'il en soit, il ne fait pas de doute que les intimés savaient que les actes projetés et accomplis par eux constituaient une infraction à l'article en cause. Ce n'est pas parce qu'ils désapprouvaient la loi à cet égard que celle-ci est «imprécise». Ils ne pouvaient pas douter que l'avortement qu'ils comptaient pratiquer (et nous sommes d'accord avec le juge du procès que l'expression «procurer l'avortement» est synonyme de «pratiquer un avortement») ne pouvait être accompli que dans un hôpital accrédité ou approuvé après avoir obtenu du comité de l'avortement thérapeutique de l'hôpital en question le certificat requis.

Finalement, cette Cour s'est déjà penchée sur la question. Le juge Dickson (alors juge puîné), en terminant une étude du par. 251(4) du *Code criminel* dans l'affaire *Morgentaler (1975)*, précitée, a affirmé, au nom de la majorité, à la p. 675:

> La question n'est pas de savoir si l'on est d'accord avec la législation canadienne. Le Parlement s'est exprimé sans équivoque en des termes clairs et précis.

Dans la même cause, le juge en chef Laskin, quoique dissident pour d'autres motifs, affirmait, à la p. 634:

> La prétention avancée sur le 2e point est également insoutenable parce qu'on veut restreindre la portée d'une loi dans une situation qui ne s'y prête pas. Les avocats qui prétendent que le critère prescrit aux comités de l'avortement thérapeutique est imprécis et subjectif, ne peuvent rien trouver à l'appui de cette prétention même dans l'arrêt *Doe v. Bolton*. En cette affaire-là il a été décidé que l'interdiction au médecin de procurer l'avortement sauf lorsque [TRADUCTION] «d'après son meilleur jugement fondé sur un examen physique, un avortement est nécessaire» ne prescrit pas un critère assez peu précis pour être constitutionnellement vulnérable. *A fortiori*, de la façon dont on aborde ici la question de l'application régulière des garanties légales aux principes de droit, l'argument d'imprécision et de subjectivité ne peut être retenu. Qu'il suffise de dire que le Parlement a fixé un critère maniable parce qu'il s'adresse à un comité composé d'hommes de l'art, dont on peut s'attendre que les membres portent un jugement exercé sur la question de savoir si «la continuation de la grossesse . . . mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé . . . ».

Je tiens donc pour insoutenable l'argument voulant que le moyen de défense prévu par le par. 251(4) du *Code criminel* soit illusoire. On peut conclure de la preuve produite par les appelants qu'un bon

CanLII 1988 (SCC)

many women seeking abortions have been unable to get them in Canada because s. 251(4) fails to respond to this need. This cannot serve as an argument supporting the claim that subs. (4) is procedurally unfair. Section 251(4) was designed to meet specific circumstances. Its aim is to restrict abortion to cases where the continuation of the pregnancy would, or would likely, be injurious to the life or health of the woman concerned, not to provide unrestricted access to abortion. It was to meet this requirement that Parliament provided for the administrative procedures to invoke the defence in subs. (4). This machinery was considered adequate to deal with the type of abortion Parliament had envisaged. When, however, as the evidence would indicate, many more would seek abortions on a basis far wider than that contemplated by Parliament, any system would come under stress and possibly fail. It is not without significance that many of the appellants' clients did not meet the standard set or did not seek to invoke it and that is why their clinic took them in. What has confronted the scheme has been a flood of demands for abortions, some of which could meet the tests of s. 251(4) and many which could not. In so far as it may be said that the administrative scheme of the Act has operated inefficiently, a proposition which may be highly questionable, it is caused principally by forces external to the statute, the external circumstances being a general demand for abortion irrespective of the provisions of s. 251. It is not open to a court, in my view, to strike down a statutory provision on this basis.

nombre de femmes désireuses d'obtenir un avortement n'ont pas pu l'obtenir au Canada parce que le par. 251(4) ne répond pas à ce besoin. Cela ne peut toutefois pas servir d'argument appuyant l'allégation que le par. (4) est inéquitable sur le plan de la procédure. Le paragraphe 251(4) a été conçu pour faire face à des circonstances bien précises. Il vise à limiter l'avortement aux cas où la continuation de la grossesse nuirait ou nuirait probablement à la vie ou à la santé de la femme en cause, et non pas à donner la possibilité illimitée de se faire avorter. C'est pour satisfaire à cette exigence que le législateur a établi des procédures administratives qui doivent être suivies lorsqu'on invoque le moyen de défense prévu au par. (4). Ce mécanisme a été considéré comme suffisant pour traiter le type d'avortement envisagé par le législateur. Si, toutefois, comme l'indique la preuve, beaucoup plus de femmes demandaient des avortements pour un motif beaucoup plus large que celui envisagé par le législateur, tout système finirait peut-être par céder sous le poids de ce fardeau trop lourd. Il est révélateur que beaucoup de patientes des appelants ne satisfaisaient pas au critère établi et n'ont pas cherché à l'invoquer, et c'est là la raison pour laquelle elles ont été acceptées à la clinique des appelants. Le système a eu à répondre à une avalanche de demandes d'avortement dont certaines pouvaient remplir les conditions du par. 251(4), mais dont un grand nombre ne le pouvait pas. Dans la mesure où l'on peut dire que le régime administratif instauré par la loi a fonctionné inefficacement, ce qui peut être fort douteux, cela tient principalement à des facteurs étrangers à la loi, savoir la demande générale d'avortements en dépit des dispositions de l'art. 251. À mon avis, un tribunal ne peut, pour ce motif, invalider une disposition législative.

The appellants in this Court raised other arguments, most of which, in my view, may be briefly dealt with.

Section 605 of the *Criminal Code*

It was contended that s. 605(1)(*a*), giving the Crown a right of appeal against an acquittal in a trial court on any ground involving a question of law alone offended ss. 7 and 11(*d*), (*f*) and (*h*) of the *Charter*. Reliance was placed primarily on s.

Les appelants en cette Cour ont soulevé d'autres arguments dont la plupart peuvent, selon moi, être traités brièvement.

L'article 605 du *Code criminel*

On a soutenu que l'al. 605(1)*a*), qui habilite le ministère public à interjeter appel contre un verdict d'acquittement prononcé par une cour de première instance, pour tout motif comportant une question de droit seulement, est contraire à l'art. 7

1988 CanLII 90 (SCC)

11(*h*). There is a simple answer to this argument. The words of s. 11(*h*), "if finally acquitted" and "if finally found guilty", must be construed to mean after the appellate procedures have been completed, otherwise there would be no point or meaning in the word "finally". There is no merit in this ground. I would dispose of this question for the reasons given by the Court of Appeal.

Section 251 of the *Criminal Code* — Violation of s. 15 of the *Charter*

I find no merit in the argument advanced under this heading to the effect that the equality rights of women are infringed by s. 251 of the *Criminal Code* and on this issue again I would adopt the reasons of the Ontario Court of Appeal found at (1985), 52 O.R. (2d) 353, at pp. 392-97.

Section 251 of the *Criminal Code* and s. 2(*a*) of the *Charter*

I am unable to find any abridgement of freedom of conscience and religion in s. 251 of the *Criminal Code*. I agree with, and on this ground of appeal I would adopt, the reasons for judgment of the Ontario Court of Appeal: *supra*, at pp. 389-91.

Section 251 of the *Criminal Code* and s. 12 of the *Charter* — Cruel and Unusual Punishment

I would reject this argument and again adopt without variation or addition the reasons of the Ontario Court of Appeal: *supra*, at p. 392.

Section 91(27) *Constitution Act, 1867* (*ultra vires*)

It was submitted on this issue that s. 251 was *ultra vires* of Parliament and could no longer be supported under the criminal power because it was colourable legislation in pith and substance, legislation for the protection of health and, therefore, within provincial competence. There is, in my view, no merit in this argument and I again adopt the reasons of the Ontario Court of Appeal: *supra*, at pp. 397-99.

et aux al. 11*d*), *f*) et *h*) de la *Charte*. C'est principalement sur l'al. 11*h*) qui a été invoqué. Or, la réponse à cet argument est simple. Les expressions «définitivement acquitté» et «définitivement déclaré coupable» employées à l'al. 11*h*) doivent s'interpréter comme signifiant après que toutes les procédures d'appel sont terminées, sinon le mot «définitivement» serait inutile ou dénué de tout sens. Ce moyen n'est donc pas fondé. Je suis d'avis de trancher cette question en adoptant les motifs donnés par la Cour d'appel.

L'article 251 du *Code criminel* — violation de l'art. 15 de la *Charte*

Je juge mal fondé l'argument avancé sous cette rubrique, suivant lequel l'art. 251 du *Code criminel* porte atteinte aux droits des femmes à l'égalité. Sur ce point également, j'adopte les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario que l'on trouve à (1985), 52 O.R. (2d) 353, aux pp. 392 à 397.

L'article 251 du *Code criminel* et l'al. 2*a*) de la *Charte*

Je ne vois pas en quoi l'art. 251 du *Code criminel* porte atteinte à la liberté de conscience et de religion. Sur ce moyen d'appel, je partage et je fais miens les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario: précité, aux pp. 389 à 391.

L'article 251 du *Code criminel* et l'art. 12 de la *Charte* — peine cruelle et inusitée

Je suis d'avis de rejeter cet argument et d'adopter, encore une fois sans modification ni adjonction, les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario: précité, à la p. 392.

Le paragraphe 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (*ultra vires*)

On fait valoir relativement à cette question que l'art. 251 outrepasse la compétence du Parlement et ne peut plus se justifier par la compétence en matière criminelle parce qu'il s'agit de législation déguisée qui vise, de par son caractère véritable, à protéger la santé et qui relève donc de la compétence provinciale. À mon avis, cet argument n'est pas fondé et j'adopte, une fois de plus les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario: précité, aux pp. 397 à 399.

CanLII 1990 (SCC)

Section 96 *Constitution Act, 1867*

The essence of this argument was that s. 251 of the *Criminal Code* purported to give powers to therapeutic abortion committees exercised by county, district and superior courts at the time of Confederation. There is no merit in this argument. I adopt the reasons of the Ontario Court of Appeal: *supra*, at p. 400.

Wrongful Interdelegation of Powers

I would dispose of this argument which was to the effect that s. 251 delegated powers relating to criminal law to the provinces generally, as did the Court of Appeal in their reasons: *supra*, at p. 399. I do not wish, however, to say anything about *Re Peralta and The Queen in Right of Ontario* (1985), 49 O.R. (2d) 705, which is relied upon by that court and is currently on appeal to this Court.

Defence of Necessity

This ground of appeal must also fail. There is no evidence whatever in the record that could support the defence.

Counsel's Address

In his reasons for judgment, the Chief Justice referred to defence counsel's address to the jury at trial, in which he had told the jury that they need not apply s. 251 of the *Criminal Code* if they thought it was bad law. I would associate myself with what the Chief Justice has said on this question. I am in full agreement with him that counsel was wrong in addressing the jury as he did and I would add that such practice, if commonly adopted, would undermine and place at risk the whole jury system.

Conclusion

Before leaving this case, I wish to make it clear that I express no opinion on the question of whether, or upon what conditions, there should be a right for a pregnant woman to have an abortion free of legal sanction. No valid constitutional objection to s. 251 of the *Criminal Code* has, in my view, been raised and, consequently, if there is to be a change

L'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*

Cet argument porte essentiellement que l'art. 251 du *Code criminel* a pour effet d'investir les comités de l'avortement thérapeutique de pouvoirs qui étaient exercés, à l'époque de la Confédération, par les cours de comté et de district et les cours supérieures. Cet argument est sans fondement. Je fais miens les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario: précité, à la p. 400.

Délégation illégale de pouvoirs

Suivant cet argument, l'art. 251 délègue aux provinces en général des pouvoirs en matière de droit criminel. J'y réponds de la même manière que le fait la Cour d'appel dans ses motifs: précité, à la p. 399. Je m'abstiens toutefois de me prononcer sur la décision *Re Peralta and The Queen in Right of Ontario* (1985), 49 O.R. (2d) 705, qui a été invoquée par cette cour et qui fait actuellement l'objet d'un pourvoi devant nous.

Le moyen de défense fondé sur la nécessité

Ce moyen doit également être rejeté. D'après le dossier, il n'y a aucun élément de preuve qui puisse justifier ce moyen de défense.

La plaidoirie de l'avocat

Dans ses motifs de jugement, le Juge en chef fait mention de la plaidoirie dans laquelle l'avocat de la défense, au procès, a dit aux jurés qu'ils n'avaient pas à appliquer l'art. 251 du *Code criminel* s'ils estimaient qu'il s'agissait là d'une mauvaise règle de droit. Sur cette question, je me range à l'avis du Juge en chef. Je souscris entièrement à son opinion que l'avocat a eu tort de s'adresser ainsi au jury et j'ajouterais qu'une telle pratique, si elle devait se répandre, minerait et compromettrait tout le système des procès par jury.

Conclusion

Avant de terminer, je tiens à préciser que je n'exprime aucune opinion sur la question de savoir si, et à quelles conditions, les femmes enceintes devraient avoir le droit de se faire avorter impunément. On n'a soulevé selon moi aucune objection à l'art. 251 du *Code criminel* qui soit valable sur le plan constitutionnel et, par conséquent, j'estime

1988 CanLII 90 (SCC)

in the law concerning this question it will be for Parliament to make. Questions of public policy touching on this controversial and divisive matter must be resolved by the elected Parliament. It does not fall within the proper jurisdiction of the courts. Parliamentary action on this matter is subject to judicial review but, in my view, nothing in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* gives the Court the power or duty to displace Parliament in this matter involving, as it does, general matters of public policy.

que si la loi doit être changée à ce propos, il appartiendra au Parlement de le faire. C'est aux députés élus que revient la tâche de résoudre les questions de politique générale touchant ce domaine controversé qui est la cause de tant de discorde. Les tribunaux n'ont pas compétence en la matière. Certes, les mesures prises par le législateur peuvent être soumises à un contrôle judiciaire mais, selon moi, il n'y a rien dans la *Charte canadienne des droits et libertés* qui habilite ou oblige la Cour à se substituer au Parlement dans ce domaine qui comporte des questions générales d'intérêt public.

I would adopt as clearly expressive of the proper approach to be taken by the courts in dealing with *Charter* issues the words of Taylor J., of the Supreme Court of British Columbia, in the case of *Harrison v. University of British Columbia,* [1986] 6 W.W.R. 7. The facts of that case concerned the question of a mandatory retirement provision for employees of the University of British Columbia. The question of discrimination under s. 15 was raised. In dealing with the question of the purpose and constitutional effect of the *Charter*, Taylor J., at p. 11, after noting that the *Charter* functions assigned to the courts do not "allocate to the courts the responsibility for designing, initiating or directing social or economic policy", continued:

J'adopte comme un énoncé clair de la façon dont les tribunaux doivent aborder les questions touchant la *Charte*, les propos qu'a tenus le juge Taylor de la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans la décision *Harrison v. University of British Columbia*, [1986] 6 W.W.R. 7. Dans cette affaire, il était question d'une disposition prescrivant la retraite obligatoire d'employés de l'Université de la Colombie-Britannique. On a soulevé la question de la discrimination au sens de l'art. 15. En traitant de l'objet et de l'effet constitutionnel de la *Charte*, le juge Taylor affirme ce qui suit, à la p. 11, après avoir fait observer que les fonctions dont la *Charte* investit les tribunaux [TRADUCTION] "n'impose[nt] pas . . . aux tribunaux la responsabilité de concevoir, d'inaugurer ou de diriger la politique sociale ou économique":

It is, of course, true that the function of the courts has been extended. In many cases in which the meaning or proper application of the Charter is in doubt the courts must decide whether or not a legislative, administrative or other act complained of requires constitutional sanction, and such decisions may well have social or economic consequences. As has been emphasized by Lamer J. in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486 at 496-97, [1986] 1 W.W.R. 481 (sub nom. *Ref. re S. 94(2) of Motor Vehicle Act*), 69 B.C.L.R. 145, 48 C.R. (3d) 289, 36 M.V.R. 240, 23 C.C.C. (3d) 289, 24 D.L.R. (4th) 536, 18 C.R.R. 30, 63 N.R. 266, this imposes on the courts a new and onerous duty. In carrying out that task, however, the courts can be concerned with social or economic implications only to the extent that they assist in answering the question whether or not the right claimed is one entitled to constitutional protection. The rights to which the Chart-

[TRADUCTION] Il est vrai, bien entendu, que le rôle des tribunaux a pris de l'ampleur. Dans bien des cas où il subsiste des doutes quant au sens de la Charte ou quant à la façon dont il convient de l'appliquer, les tribunaux doivent décider si un acte législatif, administratif ou autre, dont on se plaint, requiert une sanction en vertu de la Constitution, et il se peut bien que ces décisions aient des conséquences sociales ou économiques. Comme l'a souligné le juge Lamer dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, aux pp. 496 et 497, [1986] 1 W.W.R. 481 (*sub nom. Ref. re S. 94(2) of Motor Vehicle Act*), 69 B.C.L.R. 145, 48 C.R. (3d) 289, 36 M.V.R. 240, 23 C.C.C. (3d) 289, 24 D.L.R. (4th) 536, 18 C.R.R. 30, 63 N.R. 266, cela a pour effet d'imposer aux tribunaux une responsabilité nouvelle et lourde. En remplissant cette tâche, cependant, ils ne peuvent tenir compte des répercussions sociales ou économiques que dans la mesure où celles-ci

1988 CanLII 90 (SCC)

er grants protection are those fundamental to the free and democratic society.

This approach is applicable to the abortion question. The solution to this question in this country must be left to Parliament. It is for Parliament to pronounce on and to direct social policy. This is not because Parliament can claim all wisdom and knowledge but simply because Parliament is elected for that purpose in a free democracy and, in addition, has the facilities — the exposure to public opinion and information — as well as the political power to make effective its decisions. I refer with full approval to a further comment by Taylor J., *supra*, at p. 12:

> The present case may serve, perhaps, to emphasize that the courts lack both the exposure to public opinion required in order to discharge the essentially "political" task of weighing social or economic interests and deciding between them, and also the ability to gather the information they would need for that task. When it has run its course the litigation may also have served to demonstrate — if demonstration be needed — that the judicial system of necessity lacks the capacity of parliamentary bodies to act promptly when economic or social considerations indicate that a change in the law is desirable and, of equal importance, to react promptly when results show either that a change made for that purpose has not achieved its objective or that the objective is no longer desirable.

For all of these reasons, I would dismiss the appeal. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Question:

> Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 2(*a*), 7, 12, 15, 27 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

aident à répondre à la question de savoir si le droit revendiqué jouit d'une protection en vertu de la Constitution. Or, les droits garantis par la Charte sont ceux qui sont fondamentaux dans une société libre et démocratique.

Ce point de vue est applicable à la question de l'avortement. Au Canada, il appartient au Parlement de régler cette question. C'est au Parlement qu'il revient de formuler et de diriger la politique sociale, non pas parce qu'il possède une sagesse infinie et la connaissance de toutes choses, mais simplement parce que c'est précisément dans ce but que les députés sont élus dans une démocratie libre. De plus, le Parlement dispose des moyens (du fait qu'il est au courant de l'opinion publique) ainsi que du pouvoir politique de mettre à exécution ses décisions. J'approuve entièrement les observations suivantes que fait le juge Taylor dans la décision précitée, à la p. 12:

> [TRADUCTION] La présente affaire sert peut-être à mettre en relief le fait que les tribunaux ne sont pas suffisamment au courant de l'opinion publique pour pouvoir s'acquitter de la tâche essentiellement «politique» qui consiste à soupeser les différents intérêts sociaux ou économiques et à faire un choix entre ces intérêts et aussi le fait qu'ils ne sont pas non plus à même de réunir les données qu'il leur faudrait pour pouvoir remplir cette fonction. Il se peut par ailleurs que le litige, quand il aura abouti, aura servi en outre à démontrer, à supposer que cela soit nécessaire, que, par la force des choses, le système judiciaire n'a pas la capacité des organes parlementaires d'agir promptement lorsque des facteurs d'ordre économique ou social indiquent qu'il est souhaitable de modifier la loi ni, ce qui est tout aussi important, celle de réagir promptement lorsqu'il s'avère qu'une telle modification n'a pas eu l'effet escompté ou que l'objectif visé n'est plus souhaitable.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre ainsi aux questions constitutionnelles:

1. Question:

> L'article 251 du *Code criminel* du Canada porte-t-il atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'al. 2*a*) et les art. 7, 12, 15, 27 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

1988 CanLII 90 (SCC)

Answer:

No.

2. Question:

If section 251 of the *Criminal Code* of Canada infringes or denies the rights and freedoms guaranteed by ss. 2(*a*), 7, 12, 15, 27 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is s. 251 justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer:

No answer is required.

3. Question:

Is section 251 of the *Criminal Code* of Canada *ultra vires* the Parliament of Canada?

Answer:

No.

4. Question:

Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada violate s. 96 of the *Constitution Act, 1867*?

Answer:

No.

5. Question:

Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada unlawfully delegate federal criminal power to provincial Ministers of Health or Therapeutic Abortion Committees, and in doing so, has the Federal Government abdicated its authority in this area?

Answer:

No.

6. Question:

Do sections 605 and 610(3) of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 7, 11(*d*), 11(*f*), 11(*h*) and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Réponse:

Non.

2. Question:

Si l'article 251 du *Code criminel* du Canada porte atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'al. 2*a*) et les art. 7, 12, 15, 27 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse:

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. Question:

L'article 251 du *Code criminel* du Canada excède-t-il les pouvoirs du Parlement du Canada?

Réponse:

Non.

4. Question:

L'article 251 du *Code criminel* du Canada viole-t-il l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse:

Non.

5. Question:

L'article 251 du *Code criminel* du Canada délègue-t-il illégalement la compétence fédérale en matière criminelle aux ministres de la Santé provinciaux ou aux comités de l'avortement thérapeutique et, ce faisant, le gouvernement fédéral a-t-il abdiqué son autorité dans ce domaine?

Réponse:

Non.

6. Question:

L'article 605 et le par. 610(3) du *Code criminel* du Canada portent-ils atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'art. 7, les al. 11*d*), 11*f*), 11*h*) et le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

1988 CanLII 90 (SCC)

Answer:

With respect to s. 605, the answer is No. As to s. 610(3), I adopt the reasons of the Court of Appeal and say that no costs should be awarded.

7. Question:

If sections 605 and 610(3) of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 7, 11(*d*), 11(*f*), 11(*h*) and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are ss. 605 and 610(3) justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer:

No answer is required.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—At the heart of this appeal is the question whether a pregnant woman can, as a constitutional matter, be compelled by law to carry the foetus to term. The legislature has proceeded on the basis that she can be so compelled and, indeed, has made it a criminal offence punishable by imprisonment under s. 251 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, for her or her physician to terminate the pregnancy unless the procedural requirements of the section are complied with.

My colleagues, the Chief Justice and Justice Beetz, have attacked those requirements in reasons which I have had the privilege of reading. They have found that the requirements do not comport with the principles of fundamental justice in the procedural sense and have concluded that, since they cannot be severed from the provisions creating the substantive offence, the whole of s. 251 must fall.

With all due respect, I think that the Court must tackle the primary issue first. A consideration as to whether or not the procedural requirements for obtaining or performing an abortion comport with fundamental justice is purely academic if such requirements cannot as a constitutional matter be imposed at all. If a pregnant

Réponse:

La réponse est négative quant à l'art. 605. Pour ce qui est du par. 610(3), je suis d'avis d'adopter les motifs de la Cour d'appel et de ne pas accorder de dépens.

7. Question:

Si l'article 605 et le par. 610(3) du *Code criminel* du Canada portent atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'art. 7, les al. 11*d*), 11*f*), 11*h*) et le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse:

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON—La question au cœur de ce pourvoi est de savoir si une femme enceinte peut, sur le plan constitutionnel, être forcée par la loi à mener le fœtus à terme. Le législateur a tenu pour acquis qu'on pouvait l'y forcer et a d'ailleurs prévu, à l'art. 251 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, que l'interruption de grossesse par une femme ou son médecin, à moins que les exigences procédurales de cet article ne soient respectées, constitue une infraction criminelle punissable d'emprisonnement.

Mes collègues, le Juge en chef et le juge Beetz, ont attaqué ces exigences dans des motifs que j'ai eu l'avantage de lire. Ils ont jugé qu'elles ne respectent pas les principes de justice fondamentale sur le plan de la procédure et ont conclu que, puisqu'elles ne peuvent être séparées des dispositions de fond qui créent l'infraction, l'ensemble de l'art. 251 doit être invalidé.

Avec égards, je pense que la Cour doit s'attaquer d'abord à la question fondamentale. Se demander si les exigences procédurales pour obtenir un avortement ou pour le pratiquer respectent ou non la justice fondamentale devient une question purement théorique si, sur le plan constitutionnel, ces exigences ne peuvent absolument pas

1988 CanLII 90 (SCC)

woman cannot, as a constitutional matter, be compelled by law to carry the foetus to term against her will, a review of the procedural requirements by which she may be compelled to do so seems pointless. Moreover, it would, in my opinion, be an exercise in futility for the legislature to expend its time and energy in attempting to remedy the defects in the procedural requirements unless it has some assurance that this process will, at the end of the day, result in the creation of a valid criminal offence. I turn, therefore, to what I believe is the central issue that must be addressed.

1. The Right of Access to Abortion

Section 7 of the *Charter* provides:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

I agree with the Chief Justice that we are not called upon in this case to delineate the full content of the right to life, liberty and security of the person. This would be an impossible task because we cannot envisage all the contexts in which such a right might be asserted. What we are asked to do, I believe, is define the content of the right in the context of the legislation under attack. Does section 251 of the *Criminal Code* which limits the pregnant woman's access to abortion violate her right to life, liberty and security of the person within the meaning of s. 7?

Leaving aside for the moment the implications of the section for the foetus and addressing only the s. 7 right of the pregnant woman, it seems to me that we can say with a fair degree of confidence that a legislative scheme for the obtaining of an abortion which exposes the pregnant woman to a threat to her security of the person would violate her right under s. 7. Indeed, we have already stated in *Singh v. Minister of Employment and Immigration,* [1985] 1 S.C.R. 177, that security of the person even on the purely physical level must encompass freedom from the threat of physical punishment or suffering as well as freedom from the actual punishment or suffering itself. In other words, the fact of exposure is enough to violate security of the person. I agree with the Chief Justice and Beetz J. who, for differing reasons,

être imposées. Si une femme enceinte ne peut, sur le plan constitutionnel, être forcée par la loi à mener le fœtus à terme contre sa volonté, l'examen des exigences procédurales par lesquelles elle peut y être forcée perd sa raison d'être. En outre, il serait, à mon avis, futile pour le législateur de gaspiller temps et énergie à tenter de remédier aux défauts des exigences procédurales s'il n'a quelque assurance que ce faisant, une infraction criminelle valide sera en fin de compte créée. J'en viens donc à ce que je crois être le point central qu'il faut examiner.

1. Le droit à l'avortement

L'article 7 de la *Charte* porte:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Je conviens avec le Juge en chef qu'il ne nous est pas demandé dans cette affaire de délimiter dans tous ses aspects le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Ce serait là une tâche impossible car nous ne pouvons concevoir tous les contextes dans lesquels ce droit pourrait être revendiqué. Ce qu'on nous demande de faire, je crois, c'est de définir ce droit dans le contexte de la loi contestée. L'article 251 du *Code criminel* qui limite le recours d'une femme enceinte à l'avortement viole-t-il son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne au sens de l'art. 7?

Si nous mettons de côté pour le moment les incidences que peut avoir l'article pour le fœtus et que nous nous intéressons uniquement au droit que l'art. 7 confère à la femme enceinte, il me semble que nous pouvons dire avec suffisamment de certitude qu'une structure législative régissant l'avortement qui menace la sécurité de la personne de la femme enceinte viole le droit que lui garantit l'art. 7. D'ailleurs, nous avons déjà dit dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration,* [1985] 1 R.C.S. 177, que la sécurité de la personne, même au niveau purement physique, doit comprendre la liberté d'être exempt de toute menace de châtiment corporel ou de souffrance, tout autant que la liberté d'être exempt du châtiment ou de la souffrance eux-mêmes. En d'autres termes, l'éventualité elle-même suffit pour qu'il y

1988 CanLII 90 (SCC)

find that pregnant women are exposed to a threat to their physical and psychological security under the legislative scheme set up in s. 251 and, since these are aspects of their security of the person, their s. 7 right is accordingly violated. But this, of course, does not answer the question whether even the ideal legislative scheme, assuming that it is one which poses no threat to the physical and psychological security of the person of the pregnant woman, would be valid under s. 7. I say this for two reasons: (1) because s. 7 encompasses more than the right to security of the person; it speaks also of the right to liberty, and (2) because security of the person may encompass more than physical and psychological security; this we have yet to decide.

It seems to me, therefore, that to commence the analysis with the premise that the s. 7 right encompasses only a right to physical and psychological security and to fail to deal with the right to liberty in the context of "life, liberty and security of the person" begs the central issue in the case. If either the right to liberty or the right to security of the person or a combination of both confers on the pregnant woman the right to decide for herself (with the guidance of her physician) whether or not to have an abortion, then we have to examine the legislative scheme not only from the point of view of fundamental justice in the procedural sense but in the substantive sense as well. I think, therefore, that we must answer the question: what is meant by the right to liberty in the context of the abortion issue? Does it, as Mr. Manning suggests, give the pregnant woman control over decisions affecting her own body? If not, does her right to security of the person give her such control? I turn first to the right to liberty.

(a) *The Right to Liberty*

In order to ascertain the content of the right to liberty we must, as Dickson C.J. stated in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, commence with an analysis of the purpose of the right. Quoting from the Chief Justice at p. 344:

ait atteinte à la sécurité de la personne. Je partage l'avis du Juge en chef et du juge Beetz qui, pour des raisons différentes, ont conclu que les femmes enceintes voient leur sécurité physique et psychologique menacée par la structure législative élaborée à l'art. 251 et, comme il s'agit là d'aspects de la sécurité de la personne, leur droit en vertu de l'art. 7 est par conséquent violé. Mais bien entendu, cela ne répond pas à la question de savoir si même une structure législative idéale, en présumant qu'elle ne constitue pas une menace à la sécurité physique et psychologique de la personne de la femme enceinte, serait valide en vertu de l'art. 7. Il y a deux raisons à cela: (1) parce que l'art. 7 englobe plus que le droit à la sécurité de la personne, il mentionne aussi le droit à la liberté, et (2) parce qu'il se peut que la sécurité de la personne englobe plus que la sécurité physique et psychologique; c'est ce que nous avons à décider.

Il me semble donc que prendre comme point de départ de l'analyse la prémisse que le droit de l'art. 7 ne comprend qu'un droit à la sécurité physique et psychologique, sans traiter du droit à la liberté, dans ce contexte de «la vie, la liberté et la sécurité de sa personne», c'est présumer résolue dès le départ la question centrale en litige. Si le droit à la liberté, le droit à la sécurité de la personne ou une combinaison des deux confèrent à la femme enceinte le droit de décider elle-même (sur les conseils de son médecin) d'avoir ou non un avortement, il nous faut alors examiner la structure législative non seulement du point de vue de la justice fondamentale quant à la procédure mais aussi quant au fond. Je pense donc que nous devons répondre à la question: qu'entend-on par le droit à la liberté dans le contexte de la question de l'avortement? Donne-t-il, comme Me Manning le prétend, à la femme enceinte le pouvoir de prendre des décisions relativement à son corps? Sinon, son droit à la sécurité de sa personne lui donne-t-il ce pouvoir? Je traiterai d'abord du droit à la liberté.

a) *Le droit à la liberté*

Pour déterminer ce que comprend le droit à la liberté, nous devons, comme le juge en chef Dickson le dit dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, procéder d'abord à l'analyse de l'objet de ce droit. Pour citer le Juge en chef, à la p. 344:

. . . the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*. The interpretation should be, as the judgment in *Southam* emphasizes, a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter*'s protection.

We are invited, therefore, to consider the purpose of the *Charter* in general and of the right to liberty in particular.

The *Charter* is predicated on a particular conception of the place of the individual in society. An individual is not a totally independent entity disconnected from the society in which he or she lives. Neither, however, is the individual a mere cog in an impersonal machine in which his or her values, goals and aspirations are subordinated to those of the collectivity. The individual is a bit of both. The *Charter* reflects this reality by leaving a wide range of activities and decisions open to legitimate government control while at the same time placing limits on the proper scope of that control. Thus, the rights guaranteed in the *Charter* erect around each individual, metaphorically speaking, an invisible fence over which the state will not be allowed to trespass. The role of the courts is to map out, piece by piece, the parameters of the fence.

The *Charter* and the right to individual liberty guaranteed under it are inextricably tied to the concept of human dignity. Professor Neil MacCormick, Regius Professor of Public Law and the Law of Nature and Nations, University of Edinburgh, in his work entitled *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy* (1982), speaks of liberty as "a condition of human self-respect and of that contentment which resides in the ability to pursue one's own conception of a full and rewarding life" (p. 39). He says at p. 41:

To be able to decide what to do and how to do it, to carry out one's own decisions and accept their consequences, seems to me essential to one's self-respect as a

. . . l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*.

On nous invite donc à examiner l'objet de la *Charte* en général et du droit à la liberté en particulier.

La *Charte* est fondée sur une conception particulière de la place de l'individu dans la société. Un individu ne constitue pas une entité totalement coupée de la société dans laquelle il vit. Cependant l'individu n'est pas non plus un simple rouage impersonnel d'une machine subordonnant ses valeurs, ses buts et ses aspirations à celles de la collectivité. L'individu est un peu les deux. La *Charte* exprime cette réalité en laissant un vaste champ d'activités et de décisions au contrôle légitime du gouvernement, tout en fixant des bornes à l'étendue appropriée de ce contrôle. Ainsi, les droits garantis par la *Charte* érigent autour de chaque individu, pour parler métaphoriquement, une barrière invisible que l'État ne sera pas autorisé à franchir. Le rôle des tribunaux consiste à délimiter, petit à petit, les dimensions de cette barrière.

La *Charte* et le droit à la liberté individuelle qu'elle garantit sont inextricablement liés à la notion de dignité humaine. Neil MacCormick, professeur de droit public et de droit naturel et international à l'Université d'Édimbourg, dans son ouvrage intitulé *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy* (1982), parle de la liberté comme [TRADUCTION] "une condition du respect de soi et de la satisfaction que procure la capacité de réaliser sa propre conception d'une vie bien remplie, qui vaille la peine d'être vécue" (à la p. 39). Il dit à la p. 41:

[TRADUCTION] Pouvoir décider ce qu'on veut faire et comment le faire, pour concrétiser ses propres décisions, en en acceptant les conséquences, me semble essentiel au

1988 CanLII 90 (SCC)

human being, and essential to the possibility of that contentment. Such self-respect and contentment are in my judgment fundamental goods for human beings, the worth of life itself being on condition of having or striving for them. If a person were deliberately denied the opportunity of self-respect and that contentment, he would suffer deprivation of his essential humanity.

Dickson C.J. in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* makes the same point at p. 346:

It should also be noted, however, that an emphasis on individual conscience and individual judgment also lies at the heart of our democratic political tradition. The ability of each citizen to make free and informed decisions is the absolute prerequisite for the legitimacy, acceptability, and efficacy of our system of self-government. It is because of the centrality of the rights associated with freedom of individual conscience both to basic beliefs about human worth and dignity and to a free and democratic political system that American jurisprudence has emphasized the primacy or "firstness" of the First Amendment. It is this same centrality that in my view underlies their designation in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as "fundamental". They are the *sine qua non* of the political tradition underlying the *Charter*.

It was further amplified in Dickson C.J.'s discussion of *Charter* interpretation in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136:

A second contextual element of interpretation of s. 1 is provided by the words "free and democratic society". Inclusion of these words as the final standard of justification for limits on rights and freedoms refers the Court to the very purpose for which the *Charter* was originally entrenched in the Constitution: Canadian society is to be free and democratic. The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and the

respect de soi en tant qu'être humain et essentiel pour parvenir à cette satisfaction. Ce respect de soi et cette satisfaction sont, à mon avis, des biens fondamentaux pour l'être humain, la vie elle-même ne valant la peine d'être vécue qu'à la condition de les éprouver ou de les rechercher. L'individu auquel on refuserait délibérément la possibilité de parvenir au respect de lui-même et à cette satisfaction se verrait privé de l'essence de son humanité.

Le juge en chef Dickson, dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, soutient le même point de vue, à la p. 346:

Toutefois, il faut aussi remarquer que l'insistance sur la conscience et le jugement individuels est également au cœur de notre tradition politique démocratique. La possibilité qu'a chaque citoyen de prendre des décisions libres et éclairées constitue la condition sine qua non de la légitimité, de l'acceptabilité et de l'efficacité de notre système d'auto-détermination. C'est précisément parce que les droits qui se rattachent à la liberté de conscience individuelle se situent au cœur non seulement des convictions fondamentales quant à la valeur et à la dignité de l'être humain, mais aussi de tout système politique libre et démocratique, que la jurisprudence américaine a insisté sur la primauté ou la prééminence du Premier amendement. À mon avis, c'est pour cette même raison que la *Charte canadienne des droits et libertés* parle de libertés «fondamentales». Celles-ci constituent le fondement même de la tradition politique dans laquelle s'insère la *Charte*.

Le juge en chef Dickson a approfondi ce point de vue dans son analyse de l'interprétation de la *Charte* dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 136:

Un second élément contextuel d'interprétation de l'article premier est fourni par l'expression «société libre et démocratique». L'inclusion de ces mots à titre de norme finale de justification de la restriction des droits et libertés rappelle aux tribunaux l'objet même de l'enchâssement de la *Charte* dans la Constitution: la société canadienne doit être libre et démocratique. Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à

1988 CanLII 90 (SCC)

ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified.

The idea of human dignity finds expression in almost every right and freedom guaranteed in the *Charter*. Individuals are afforded the right to choose their own religion and their own philosophy of life, the right to choose with whom they will associate and how they will express themselves, the right to choose where they will live and what occupation they will pursue. These are all examples of the basic theory underlying the *Charter*, namely that the state will respect choices made by individuals and, to the greatest extent possible, will avoid subordinating these choices to any one conception of the good life.

Thus, an aspect of the respect for human dignity on which the *Charter* is founded is the right to make fundamental personal decisions without interference from the state. This right is a critical component of the right to liberty. Liberty, as was noted in *Singh,* is a phrase capable of a broad range of meaning. In my view, this right, properly construed, grants the individual a degree of autonomy in making decisions of fundamental personal importance.

This view is consistent with the position I took in the case of *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284. One issue raised in that case was whether the right to liberty in s. 7 of the *Charter* included a parent's right to bring up his children in accordance with his conscientious beliefs. In concluding that it did I stated at pp. 318-19:

I believe that the framers of the Constitution in guaranteeing "liberty" as a fundamental value in a free and democratic society had in mind the freedom of the individual to develop and realize his potential to the full, to plan his own life to suit his own character, to make his own choices for good or ill, to be non-conformist, idiosyncratic and even eccentric — to be, in to-day's parlance, "his own person" and accountable as such. John Stuart Mill described it as "pursuing our own good in our own way". This, he believed, we should be free to

l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer.

La notion de dignité humaine trouve son expression dans presque tous les droits et libertés garantis par la *Charte*. Les individus se voient offrir le droit de choisir leur propre religion et leur propre philosophie de vie, de choisir qui ils fréquenteront et comment ils s'exprimeront, où ils vivront et à quelle occupation ils se livreront. Ce sont tous là des exemples de la théorie fondamentale qui sous-tend la *Charte*, savoir que l'État respectera les choix de chacun et, dans toute la mesure du possible, évitera de subordonner ces choix à toute conception particulière d'une vie de bien.

Ainsi, un aspect du respect de la dignité humaine sur lequel la *Charte* est fondée est le droit de prendre des décisions personnelles fondamentales sans intervention de l'État. Ce droit constitue une composante cruciale du droit à la liberté. La liberté, comme nous l'avons dit dans l'arrêt *Singh*, est un terme susceptible d'une acception fort large. À mon avis, ce droit, bien interprété, confère à l'individu une marge d'autonomie dans la prise de décisions d'importance fondamentale pour sa personne.

Ce point de vue est conforme à la position que j'ai prise dans l'arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer notamment si le droit à la liberté énoncé à l'art. 7 de la *Charte* incluait le droit pour un père d'élever ses enfants conformément à ses croyances intimes. En concluant que c'était le cas, j'ai dit, aux pp. 318 et 319:

Je crois que les rédacteurs de la Constitution en garantissant la «liberté» en tant que valeur fondamentale d'une société libre et démocratique, avaient à l'esprit la liberté pour l'individu de se développer et de réaliser son potentiel au maximum, d'établir son propre plan de vie, en accord avec sa personnalité; de faire ses propres choix, pour le meilleur ou pour le pire, d'être non conformiste, original et même excentrique, d'être, en langage courant, «lui-même» et d'être responsable en tant que tel. John Stuart Mill décrit cela ainsi: [TRA-

1988 CanLII 90 (SCC)

do "so long as we do not attempt to deprive others of theirs or impede their efforts to obtain it". He added:

> Each is the proper guardian of his own health, whether bodily *or* mental and spiritual. Mankind are greater gainers by suffering each other to live as seems good to themselves than by compelling each to live as seems good to the rest.

Liberty in a free and democratic society does not require the state to approve the personal decisions made by its citizens; it does, however, require the state to respect them.

This conception of the proper ambit of the right to liberty under our *Charter* is consistent with the American jurisprudence on the subject. While care must undoubtedly be taken to avoid a mechanical application of concepts developed in different cultural and constitutional contexts, I would respectfully agree with the observation of my colleague, Estey J., in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, at pp. 366-67:

> With the *Constitution Act, 1982* comes a new dimension, a new yardstick of reconciliation between the individual and the community and their respective rights, a dimension which, like the balance of the Constitution, remains to be interpreted and applied by the Court.
>
> The courts in the United States have had almost two hundred years experience at this task and it is of more than passing interest to those concerned with these new developments in Canada to study the experience of the United States courts.

As early as the 1920's the American Supreme Court employed the Fifth and Fourteenth Amendments to the American Constitution to give parents a degree of choice in the education of their children. In *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923), the Court struck down a law prohibiting the teaching of any subject in a language other than English. In *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925), an Oregon statute requiring all "normal children" to attend public school and thus prohibiting private school attendance was held to be unconstitutional. The Court in *Pierce* at pp. 534-35 characterized the interest being infringed

DUCTION] «rechercher notre propre bien, à notre façon». Nous devrions, pensait-il, être libre de le faire «dans la mesure où nous ne tentons pas de priver les autres du leur, ni d'entraver leurs efforts pour y parvenir». Il ajoutait:

> [TRADUCTION] Chacun est le véritable gardien de sa propre santé, tant physique que mentale et spirituelle. L'humanité a plus à gagner à laisser chacun vivre comme cela lui semble bon, qu'à forcer chacun à vivre comme cela semble bon aux autres.

La liberté dans une société libre et démocratique n'oblige pas l'État à approuver les décisions personnelles de ses citoyens; elle l'oblige cependant à les respecter.

Cette conception de la portée qu'il convient de donner au droit à la liberté sous le régime de notre *Charte* est conforme à la jurisprudence américaine sur le sujet. Quoiqu'il faille sans doute prendre garde d'appliquer mécaniquement des concepts élaborés dans des contextes culturels et constitutionnels différents, je souscris à l'observation que fait le juge Estey dans l'arrêt *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, aux pp. 366 et 367:

> La *Loi constitutionnelle de 1982* apporte une nouvelle dimension, un nouveau critère d'équilibre entre les individus et la société et leurs droits respectifs, une dimension qui, comme l'équilibre de la Constitution, devra être interprétée et appliquée par la Cour.
>
> Les tribunaux américains ont presque deux cents ans d'expérience dans l'accomplissement de cette tâche, et l'analyse de leur expérience offre plus qu'un intérêt passager pour ceux qui s'intéressent à cette nouvelle évolution au Canada.

Dès les années 20, la Cour suprême des États-Unis a eu recours au Cinquième et au Quatorzième amendements de la Constitution américaine pour accorder aux parents une certaine latitude dans l'éducation de leurs enfants. Dans l'arrêt *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923), la Cour a annulé une loi interdisant l'enseignement, quelle que soit la matière, dans une langue autre que l'anglais. Dans l'arrêt *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925), une loi de l'Oregon obligeant tous les «enfants normaux» à fréquenter l'école publique, et leur interdisant par le fait même la fréquentation d'une école privée, a été jugée

1988 CanLII 90 (SCC)

as "the liberty of parents and guardians to direct the upbringing and education of children under their control".

The sanctity of the family was underlined by the decision in *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942), where the Supreme Court invalidated a state law authorizing the sterilization of individuals convicted of two or more crimes involving moral turpitude. While the law was struck down on the basis that it violated the equal protection clause of the Fourteenth Amendment, the Court had this to say of the interest at stake: "We are dealing here with legislation which involves one of the basic civil rights of man. Marriage and procreation are fundamental to the very existence and survival of the race" (at p. 541).

Later the Supreme Court was asked to determine the constitutionality of a Connecticut statute forbidding the use of contraceptives by married couples. In *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), the majority held this statute to be invalid. The judges writing for the majority used various constitutional routes to arrive at this conclusion but the common denominator seems to have been a profound concern over the invasion of the marital home required for the enforcement of the law. *Griswold* was interpreted by the Supreme Court in the later case of *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972), where the majority stated at p. 453:

> It is true that in *Griswold* the right of privacy in question inhered in the marital relationship. Yet the marital couple is not an independent entity with a mind and heart of its own, but an association of two individuals each with a separate intellectual and emotional make up. If the right of privacy means anything, it is the right of the *individual*, married or single, to be free from unwarranted governmental intrusion into matters so fundamentally affecting a person as the decision whether to bear or beget a child.

In *Eisenstadt* the Court struck down a Massachusetts law that prohibited the distribution of any

Le caractère sacré de la famille a été souligné par l'arrêt *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942), où la Cour suprême a invalidé la loi d'un État qui autorisait la stérilisation des individus reconnus coupables de deux ou plusieurs crimes impliquant la turpitude morale. Quoique la loi ait été annulée parce qu'elle violait la clause de l'égale protection de la loi établie par le Quatorzième amendement, voici ce que la Cour a dit de l'intérêt en cause: [TRADUCTION] "Nous avons affaire ici à une loi qui touche aux droits civils fondamentaux de l'homme. Le mariage et la procréation sont fondamentaux pour l'existence et la survie mêmes de la race" (à la p. 541).

Ultérieurement, la Cour suprême a été appelée à statuer sur la constitutionnalité d'une loi du Connecticut interdisant aux gens mariés d'utiliser des contraceptifs. Dans l'arrêt *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), la majorité a jugé cette loi invalide. Les juges qui ont écrit au nom de la majorité ont emprunté diverses voies constitutionnelles pour arriver à cette conclusion, mais le dénominateur commun semble avoir été une profonde appréhension que l'application de la loi exige une incursion dans le foyer conjugal. La Cour suprême a interprété l'arrêt *Griswold* dans une affaire ultérieure, *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972), où elle a dit, à la majorité, à la p. 453:

> [TRADUCTION] Il est vrai que dans l'arrêt *Griswold* le droit à la vie privée en cause a été considéré comme inhérent à la relation conjugale. Néanmoins le couple marié n'est pas une entité indépendante dotée d'un esprit et d'un cœur distincts, mais une association de deux individus, chacun pourvu de caractéristiques intellectuelles et émotionnelles distinctes. Si le droit à la vie privée signifie quelque chose, c'est bien le droit de *l'individu*, marié ou célibataire, d'être libre de toute intrusion gouvernementale injustifiée dans des domaines touchant si fondamentalement à la personne, comme la décision de porter ou de mettre au monde un enfant.

Dans l'arrêt *Eisenstadt*, la Cour a annulé une loi du Massachusetts qui interdisait la distribution de

1988 CanLII 90 (SCC)

drug for the purposes of contraception to unmarried persons on the ground that it violated the equal protection clause.

The equal protection clause was also used by the Supreme Court in *Loving v. Virginia,* 388 U.S. 1 (1967), to strike down legislation that purported to forbid inter-racial marriage. The Court tied its decision to the previous line of cases that protected basic choices relating to family life. It stated at p. 12: "The freedom to marry has long been recognized as one of the 'vital personal rights essential to the orderly pursuit of happiness by free men. Marriage is one of the 'basic civil rights of man,' fundamental to our very existence and survival .... [The] freedom to marry . . . resides with the individual...." Thus, by a process of accretion the scope of the right of individuals to make fundamental decisions affecting their private lives was elaborated in the United States on a case by case basis. The parameters of the fence were being progressively defined.

For our purposes the most interesting development in this area of American law are the decisions of the Supreme Court in *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), and its sister case *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973). In *Roe v. Wade* the Court held that a pregnant woman has the right to decide whether or not to terminate her pregnancy. This conclusion, the majority stated, was mandated by the body of existing law ensuring that the state would not be allowed to interfere with certain fundamental personal decisions such as education, child-rearing, procreation, marriage and contraception. The Court concluded that the right to privacy found in the Fourteenth Amendment guarantee of liberty "... is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy" (p. 153).

This right was not, however, to be taken as absolute. At some point the legitimate state interests in the protection of health, proper medical standards, and pre-natal life would justify its qualification. Lawrence H. Tribe, Professor of Law at Harvard University, in his work entitled

toute drogue à des fins de contraception aux gens non mariés pour le motif qu'elle violait la clause de l'égale protection de la loi.

La Cour suprême a aussi eu recours à la clause de l'égale protection de la loi dans l'arrêt *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967), pour invalider une loi qui avait pour objet d'interdire les mariages raciaux mixtes. La Cour a lié sa décision à la jurisprudence antérieure qui protégeait les choix fondamentaux en matière de vie familiale. Elle dit, à la p. 12: [TRADUCTION] «La liberté de se marier est reconnue depuis longtemps comme l'un des droits vitaux personnels essentiels à la recherche méthodique du bonheur par les hommes libres. Le mariage est l'un des «droits civils fondamentaux de l'homme», le fondement de notre existence et de notre survie mêmes . . . [La] liberté de se marier ... réside chez l'individu». Ainsi, en quelque sorte par accrétion, l'étendue du droit des individus de prendre des décisions fondamentales concernant leur vie privée a été élaborée cas par cas aux États-Unis. Les dimensions de la barrière ont ainsi été progressivement définies.

Pour nos fins, les décisions concomitantes de la Cour suprême *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), et *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973), constituent le développement le plus intéressant dans ce domaine du droit américain. Dans l'arrêt *Roe v. Wade*, la Cour a jugé qu'une femme enceinte a le droit de décider d'interrompre ou non sa grossesse. Cette conclusion, a dit la majorité, était imposée par le corps de droit existant qui interdit à l'État d'intervenir dans certaines décisions personnelles fondamentales telles l'enseignement donné aux enfants et leur éducation, la procréation, le mariage et la contraception. La Cour a conclu que le droit à la vie privée que l'on trouve dans la garantie de la liberté du Quatorzième amendement [TRADUCTION] «... est suffisamment large pour inclure la décision d'une femme d'interrompre ou non sa grossesse» (à la p. 153).

Ce droit ne doit pas, toutefois, être considéré comme absolu. Parvenu à un certain point, les intérêts légitimes de l'État vis-à-vis de la protection de la santé, des normes médicales appropriées et de la vie fœtale justifient de le restreindre. Dans son ouvrage intitulé *American Constitutional Law*,

1988 CanLII 90 (SCC)

American Constitutional Law (1978), conveniently summarizes the limits the Court found to be inherent in the woman's right. I quote from pp. 924-25:

Specifically, the Court held that, because the woman's right to decide whether or not to end a pregnancy is fundamental, only a compelling interest can justify state regulation impinging in any way upon that right. During the first trimester of pregnancy, when abortion is less hazardous in terms of the woman's life than carrying the child to term would be, the state may require only that the abortion be performed by a licensed physician; no further regulations peculiar to abortion as such are compellingly justified in that period.

After the first trimester, the compelling state interest in the mother's health permits it to adopt reasonable regulations in order to promote safe abortions — but requiring abortions to be performed in hospitals, or only after approval of another doctor or committee in addition to the woman's physician, is impermissible, as is requiring that the abortion procedure employ a technique that, however preferable from a medical perspective, is not widely available.

Once the fetus is viable, in the sense that it is capable of survival outside the uterus with artificial aid, the state interest in preserving the fetus becomes compelling, and the state may thus proscribe its premature removal (i.e., its abortion) except to preserve the mother's life or health.

The decision in *Roe v. Wade* was re-affirmed by the Supreme Court in *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 462 U.S. 416 (1983), and again, though by a bare majority, in *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 106 S. Ct. 2169 (1986). In *Thornburgh*, Blackmun J., speaking for the majority, identifies the core value which the American courts have found to inhere in the concept of liberty. He states at pp. 2184-85:

Our cases long have recognized that the Constitution embodies a promise that a certain private sphere of individual liberty will be kept largely beyond the reach of government . . . . [citations omitted] That promise extends to women as well as to men. Few decisions are more personal and intimate, more properly private, or more basic to individual dignity and autonomy, than a

1978, Lawrence H. Tribe, professeur de droit à l'Université Harvard, donne un résumé commode des limites que la Cour a jugé inhérentes au droit de la femme. Je cite les pp. 924 et 925:

[TRADUCTION] Plus précisément, la Cour a jugé que, puisque le droit de la femme de décider d'interrompre ou non une grossesse est fondamental, seul un intérêt supérieur peut justifier une réglementation de l'État qui entraverait ce droit de quelque façon. Au cours du premier trimestre de la grossesse, alors que l'avortement est moins dangereux pour la vie de la femme que mener la grossesse à terme le serait, tout ce que l'État peut exiger, c'est que l'avortement soit pratiqué par un médecin qualifié; aucune autre réglementation de l'avortement comme tel n'est impérieusement justifiée au cours de cette période.

Après le premier trimestre, l'intérêt supérieur de l'État dans la santé de la mère l'autorise à adopter une réglementation raisonnable afin de favoriser des avortements sans danger; mais exiger que les avortements ne soient pratiqués que dans des hôpitaux, ou uniquement après qu'un autre médecin ou comité aura donné son aval, outre le médecin de la femme, ne saurait être autorisé, car ce serait exiger que la procédure d'avortement suive une technique qui, si préférable soit-elle dans une optique médicale, n'est pas largement répandue.

Lorsque le fœtus devient viable, en ce sens qu'il peut survivre à l'extérieur de l'utérus pourvu qu'on l'aide artificiellement, l'intérêt de l'État dans la préservation du fœtus devient supérieur et l'État peut alors interdire qu'on l'enlève prématurément (c.-à-d. le faire avorter) sauf pour préserver la vie ou la santé de la mère.

L'arrêt *Roe v. Wade* a été réaffirmé par la Cour suprême dans l'arrêt *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 462 U.S. 416 (1983), et aussi, quoique par une très mince majorité, dans l'arrêt *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 106 S. Ct. 2169 (1986). Dans l'arrêt *Thornburgh*, le juge Blackmun, s'exprimant au nom de la majorité, cerne la valeur centrale que les tribunaux américains ont jugé inhérente à la notion de liberté. Il dit, aux pp. 2184 et 2185:

[TRADUCTION] Notre jurisprudence reconnaît depuis longtemps que la Constitution comporte la promesse qu'une certaine sphère privée de la liberté individuelle demeurera largement hors de portée du gouvernement . . . [références omises]. Cette promesse vaut pour les femmes autant que pour les hommes. Peu de décisions sont aussi personnelles et intimes, aussi littéralement

1988 CanLII 90 (SCC)

woman's decision — with the guidance of her physician and within the limits specified in *Roe* — whether to end her pregnancy. A woman's right to make that choice freely is fundamental. Any other result, in our view, would protect inadequately a central part of the sphere of liberty that our law guarantees equally to all.

In my opinion, the respect for individual decision-making in matters of fundamental personal importance reflected in the American jurisprudence also informs the Canadian *Charter*. Indeed, as the Chief Justice pointed out in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, beliefs about human worth and dignity "are the *sine qua non* of the political tradition underlying the *Charter*". I would conclude, therefore, that the right to liberty contained in s. 7 guarantees to every individual a degree of personal autonomy over important decisions intimately affecting their private lives.

The question then becomes whether the decision of a woman to terminate her pregnancy falls within this class of protected decisions. I have no doubt that it does. This decision is one that will have profound psychological, economic and social consequences for the pregnant woman. The circumstances giving rise to it can be complex and varied and there may be, and usually are, powerful considerations militating in opposite directions. It is a decision that deeply reflects the way the woman thinks about herself and her relationship to others and to society at large. It is not just a medical decision; it is a profound social and ethical one as well. Her response to it will be the response of the whole person.

It is probably impossible for a man to respond, even imaginatively, to such a dilemma not just because it is outside the realm of his personal experience (although this is, of course, the case) but because he can relate to it only by objectifying it, thereby eliminating the subjective elements of the female psyche which are at the heart of the dilemma. As Noreen Burrows, lecturer in European Law at the University of Glasgow, has point-

privées ou aussi fondamentales pour la dignité et l'autonomie individuelles que la décision prise par une femme — sur les conseils de son médecin et dans les limites indiquées dans l'arrêt *Roe* — d'interrompre ou non une grossesse. Le droit de la femme de faire ce choix librement est fondamental. Toute autre conclusion, à notre avis, protégerait inadéquatement un aspect central de cette sphère de liberté que notre droit garantit également à tous.

À mon avis, le respect du pouvoir décisionnel de l'individu dans des domaines d'importance personnelle aussi fondamentaux que traduit la jurisprudence américaine nous renseigne aussi sur la *Charte* canadienne. D'ailleurs, comme le Juge en chef le rappelle dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, la foi en la valeur et en la dignité humaines «constitue [. . .] le fondement même de la tradition politique dans laquelle s'insère la *Charte*». Je conclus donc que le droit à la liberté énoncé à l'art. 7 garantit à chaque individu une marge d'autonomie personnelle sur ses décisions importantes touchant intimement à sa vie privée.

La question devient alors de savoir si la décision que prend une femme d'interrompre sa grossesse relève de cette catégorie de décisions protégées. Je n'ai pas de doute que ce soit le cas. Cette décision aura des conséquences psychologiques, économiques et sociales profondes pour la femme enceinte. Les circonstances qui y mènent peuvent être compliquées et multiples et il peut y avoir, comme c'est généralement le cas, des considérations puissantes en faveur de décisions opposées. C'est une décision qui reflète profondément l'opinion qu'une femme a d'elle-même, ses rapports avec les autres et avec la société en général. Ce n'est pas seulement une décision d'ordre médical; elle est aussi profondément d'ordre social et éthique. La réponse qu'elle y donne sera la réponse de tout son être.

Il est probablement impossible pour un homme d'imaginer une réponse à un tel dilemme, non seulement parce qu'il se situe en dehors du domaine de son expérience personnelle (ce qui, bien entendu, est le cas), mais aussi parce qu'il ne peut y réagir qu'en l'objectivant et en éliminant par le fait même les éléments subjectifs de la psyché féminine qui sont au cœur du dilemme. Comme Noreen Burrows, maître de conférence en

1988 CanLII 90 (SCC)

ed out in her essay on "International Law and Human Rights: the Case of Women's Rights", in *Human Rights: From Rhetoric to Reality* (1986), the history of the struggle for human rights from the eighteenth century on has been the history of men struggling to assert their dignity and common humanity against an overbearing state apparatus. The more recent struggle for women's rights has been a struggle to eliminate discrimination, to achieve a place for women in a man's world, to develop a set of legislative reforms in order to place women in the same position as men (pp. 81-82). It has not been a struggle to define the rights of women in relation to their special place in the societal structure and in relation to the biological distinction between the two sexes. Thus, women's needs and aspirations are only now being translated into protected rights. The right to reproduce or not to reproduce which is in issue in this case is one such right and is properly perceived as an integral part of modern woman's struggle to assert her dignity and worth as a human being.

droit européen à l'Université de Glasgow, le fait observer dans son essai "International Law and Human Rights: the Case of Women's Rights", dans *Human Rights: From Rhetoric to Reality* (1986), l'histoire du combat pour les droits de la personne, du dix-huitième siècle à aujourd'hui, est l'histoire des hommes qui ont lutté pour affirmer leur dignité et leur commune humanité contre un appareil d'État autoritaire. Plus récemment, la lutte pour la reconnaissance des droits des femmes a été un combat contre la discrimination, pour que les femmes trouvent une place dans un monde d'hommes, pour élaborer un ensemble de réformes législatives afin de placer les femmes sur le même pied que les hommes (aux pp. 81 et 82). Il ne s'agit pas d'une lutte pour définir les droits des femmes par rapport à leur position particulière dans la structure sociale et par rapport à la différence biologique entre les deux sexes. Ainsi les besoins et les aspirations des femmes se traduisent seulement aujourd'hui en des droits garantis. Le droit de se reproduire ou de ne pas se reproduire, qui est en cause en l'espèce, est l'un de ces droits et c'est à raison qu'on le considère comme faisant partie intégrante de la lutte contemporaine de la femme pour affirmer sa dignité et sa valeur en tant qu'être humain.

Given then that the right to liberty guaranteed by s. 7 of the *Charter* gives a woman the right to decide for herself whether or not to terminate her pregnancy, does s. 251 of the *Criminal Code* violate this right? Clearly it does. The purpose of the section is to take the decision away from the woman and give it to a committee. Furthermore, as the Chief Justice correctly points out, at p. 56, the committee bases its decision on "criteria entirely unrelated to [the pregnant woman's] own priorities and aspirations". The fact that the decision whether a woman will be allowed to terminate her pregnancy is in the hands of a committee is just as great a violation of the woman's right to personal autonomy in decisions of an intimate and private nature as it would be if a committee were established to decide whether a woman should be allowed to continue her pregnancy. Both these arrangements violate the woman's right to liberty by deciding for her something that she has the right to decide for herself.

Étant donné alors que le droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte* confère à une femme le droit de décider elle-même d'interrompre ou non sa grossesse, l'art. 251 du *Code criminel* viole-t-il ce droit? Manifestement il le viole. L'article a pour objet d'enlever cette décision à la femme pour confier à un comité le soin de la prendre. En outre, comme le Juge en chef l'observe à juste titre, à la p. 56, le comité fonde sa décision sur "des critères totalement sans rapport avec ses [celles de la femme enceinte] propres priorités et aspirations". Le fait que la décision d'autoriser ou non une femme à interrompre sa grossesse soit dans les mains d'un comité est une violation tout aussi grave du droit de la femme à l'autonomie personnelle en matière de décision de nature intime et privée que serait celle d'établir un comité pour décider s'il faut autoriser une femme à mener sa grossesse à terme. Dans les deux cas, il y a violation du droit de la femme à la liberté, car on décide pour elle ce qu'elle a le droit de décider elle-même.

1988 CanLII 90 (SCC)

(b) *The Right to Security of the Person*

Section 7 of the *Charter* also guarantees everyone the right to security of the person. Does this, as Mr. Manning suggests, extend to the right of control over one's own body?

I agree with the Chief Justice and with Beetz J. that the right to "security of the person" under s. 7 of the *Charter* protects both the physical and psychological integrity of the individual. State enforced medical or surgical treatment comes readily to mind as an obvious invasion of physical integrity. Lamer J. held in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, that the right to security of the person entitled a person to be protected against psychological trauma as well — in that case the psychological trauma resulting from delays in the trial process under s. 11(*b*) of the *Charter*. He found that psychological trauma could take the form of "stigmatization of the accused, loss of privacy, stress and anxiety resulting from a multitude of factors, including possible disruption of family, social life and work, legal costs, uncertainty as to outcome and sanction". I agree with my colleague and I think that his comments are very germane to the instant case because, as the Chief Justice and Beetz J. point out, the present legislative scheme for the obtaining of an abortion clearly subjects pregnant women to considerable emotional stress as well as to unnecessary physical risk. I believe, however, that the flaw in the present legislative scheme goes much deeper than that. In essence, what it does is assert that the woman's capacity to reproduce is not to be subject to her own control. It is to be subject to the control of the state. She may not choose whether to exercise her existing capacity or not to exercise it. This is not, in my view, just a matter of interfering with her right to liberty in the sense (already discussed) of her right to personal autonomy in decision-making, it is a direct interference with her physical "person" as well. She is truly being treated as a means — a means to an end which she does not desire but over which she has no control. She is the passive recipient of a decision made by others as to whether her body is to be used to nurture a new life. Can there be anything that comports less with human dignity and self-respect? How can a woman in this

b) *Le droit à la sécurité de sa personne*

L'article 7 de la *Charte* garantit aussi à chacun le droit à la sécurité de sa personne. Cela va-t-il, comme le prétend Me Manning, jusqu'au droit à la maîtrise de son propre corps?

Je suis d'accord avec le Juge en chef et le juge Beetz pour dire que le droit de chacun à «la sécurité de sa personne» garanti par l'art. 7 de la *Charte* protège à la fois l'intégrité physique et psychologique de la personne. Les traitements médicaux ou chirurgicaux imposés par l'État viennent tout de suite à l'esprit comme exemples d'atteintes manifestes à l'intégrité corporelle. Le juge Lamer a conclu dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, qu'aux termes du droit à la sécurité de la personne on avait aussi le droit d'être protégé contre le traumatisme psychologique: dans cette affaire, le traumatisme psychologique résultait du retard à être jugé au sens de l'al. 11*b*) de la *Charte*. Il a conclu que le traumatisme psychologique pouvait prendre pour forme «la stigmatisation de l'accusé, l'atteinte à la vie privée, la tension et l'angoisse résultant d'une multitude de facteurs, y compris éventuellement les perturbations de la vie familiale, sociale et professionnelle, les frais de justice et l'incertitude face à l'issue et face à la peine». Je partage l'opinion de mon collègue et j'estime ses commentaires particulièrement appropriés en l'espèce car, comme le Juge en chef et le juge Beetz le soulignent, la structure législative actuelle d'obtention d'un avortement soumet clairement les femmes enceintes à une tension émotionnelle considérable ainsi qu'à un risque physique inutile. Je crois néanmoins que la faille dans la structure législative actuelle est beaucoup plus profonde. Essentiellement, ce qu'elle fait, c'est affirmer que la capacité de reproduction de la femme ne doit pas être soumise à son propre contrôle. Elle doit être soumise au contrôle de l'État. On ne lui permet pas de choisir d'exercer la capacité qui est la sienne ou de ne pas l'exercer. À mon avis, il ne s'agit pas seulement d'une entrave à son droit à la liberté au sens (déjà analysé) de son droit à son autonomie décisionnelle personnelle, c'est aussi une atteinte à sa «personne» physique. Elle est littéralement traitée comme un moyen, un moyen pour une fin qu'elle ne désire pas et qu'elle ne

1988 CanLII 90 (SCC)

position have any sense of security with respect to her person? I believe that s. 251 of the *Criminal Code* deprives the pregnant woman of her right to security of the person as well as her right to liberty.

2. The Scope of the Right under s. 7

I turn now to a consideration of the degree of personal autonomy the pregnant woman has under s. 7 of the *Charter* when faced with a decision whether or not to have an abortion or, to put it into the legislative context, the degree to which the legislature can deny the pregnant woman access to abortion without violating her s. 7 right. This involves a consideration of the extent to which the legislature can "deprive" her of it under the second part of s. 7 and the extent to which it can put "limits" on it under s. 1.

(a) *The Principles of Fundamental Justice*

Does section 251 deprive women of their right to liberty and to security of the person "in accordance with the principles of fundamental justice"? I agree with Lamer J. who stated in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 513, that the principles of fundamental justice "cannot be given any exhaustive content or simple enumerative definition, but will take on concrete meaning as the courts address alleged violations of s. 7". In the same judgment Lamer J. also stated at p. 503:

In other words, the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system. They do not lie in the realm of general public policy but in the inherent domain of the judiciary as guardian of the justice system. Such an approach to the interpretation of "principles of fundamental justice" is consistent with the wording and structure of s. 7, the context of the section, *i.e.*, ss. 8 to 14, and the character and larger objects of the *Charter* itself. It provides meaningful content for the

contrôle pas. Elle subit une décision prise par d'autres sur l'éventuelle utilisation de son corps pour alimenter une nouvelle vie. Que peut-il y avoir de moins compatible avec la dignité humaine et le respect de soi? Comment une femme dans cette situation peut-elle entretenir un quelconque sentiment de sécurité à l'égard de sa personne? Je crois que l'art. 251 du *Code criminel* prive la femme enceinte à la fois de son droit à la sécurité de sa personne et de son droit à la liberté.

2. La portée du droit garanti par l'art. 7

J'examine maintenant le degré d'autonomie personnelle dont jouit la femme enceinte en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, lorsqu'elle a à prendre la décision de se faire avorter ou non ou, pour situer la question dans son cadre législatif, jusqu'à quel point le législateur peut refuser à la femme enceinte de se faire avorter sans violer le droit que lui garantit l'art. 7. Ceci amène à examiner dans quelle mesure le législateur peut y «porter atteinte», dans son cas, en vertu du second volet de l'art. 7 et dans quelle mesure il peut le restreindre par des «limites» en vertu de l'article premier.

a) *Les principes de justice fondamentale*

L'article 251 prive-t-il les femmes de leur droit à la liberté et à la sécurité de leur personne «en conformité avec les principes de justice fondamentale»? Je partage l'opinion du juge Lamer lorsqu'il dit, dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 513, en parlant des principes de justice fondamentale, «on ne peut donner à ces mots un contenu exhaustif ou une simple définition par énumération; ils prendront un sens concret au fur et à mesure que les tribunaux étudieront des allégations de violation de l'art. 7.» Dans le même arrêt, le juge Lamer dit aussi, à la p. 503:

En d'autres mots, les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique. Ils relèvent non pas du domaine de l'ordre public en général, mais du pouvoir inhérent de l'appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire. Cette façon d'aborder l'interprétation de l'expression «principes de justice fondamentale» est conforme à la lettre et à l'économie de l'art. 7, au contexte de cet article, c.-à-d. les art. 8 à 14, ainsi qu'à la nature

1988 CanLII 90 (SCC)

s. 7 guarantee all the while avoiding adjudication of policy matters.

While Lamer J. draws mainly upon ss. 8 to 14 of the *Charter* to give substantive content to the principles of fundamental justice, he does not preclude, but seems rather to encourage, the idea that recourse may be had to other rights guaranteed by the *Charter* for the same purpose. The question, therefore, is whether the deprivation of the s. 7 right is in accordance not only with procedural fairness (and I agree with the Chief Justice and Beetz J. for the reasons they give that it is not) but also with the fundamental rights and freedoms laid down elsewhere in the *Charter*.

This approach to s. 7 is supported by comments made by La Forest J. in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309. He urged that the rights enshrined in the *Charter* should not be read in isolation. Rather, he states at p. 326:

> . . . the *Charter* protects a complex of interacting values, each more or less fundamental to the free and democratic society that is Canada (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136), and the particularization of rights and freedoms contained in the *Charter* thus represents a somewhat artificial, if necessary and intrinsically worthwhile attempt to structure and focus the judicial exposition of such rights and freedoms. The necessity of structuring the discussion should not, however, lead us to overlook the importance of appreciating the manner in which the amplification of the content of each enunciated right and freedom imbues and informs our understanding of the value structure sought to be protected by the *Charter* as a whole and, in particular, of the content of the other specific rights and freedoms it embodies.

I believe, therefore, that a deprivation of the s. 7 right which has the effect of infringing a right guaranteed elsewhere in the *Charter* cannot be in accordance with the principles of fundamental justice.

In my view, the deprivation of the s. 7 right with which we are concerned in this case offends s. 2(*a*) of the *Charter*. I say this because I believe that the decision whether or not to terminate a pregnancy is essentially a moral decision, a matter of con-

et aux objets plus généraux de la *Charte* elle-même. Elle donne de la substance aux droits garantis par l'art. 7 tout en évitant de trancher des questions de politique générale.

Quoique le juge Lamer puise surtout dans les art. 8 à 14 de la *Charte* pour donner une substance aux principes de justice fondamentale, il n'écarte pas l'idée, qu'il semble au contraire encourager, qu'on puisse recourir aux autres droits garantis par la *Charte* dans le même but. Il faut donc se demander si l'atteinte au droit garanti par l'art. 7 respecte non seulement l'équité en matière de procédure (et je suis d'accord avec les motifs que le Juge en chef et le juge Beetz donnent pour exposer que tel n'est pas le cas), mais aussi les droits et libertés fondamentaux énoncés ailleurs dans la *Charte*.

Les commentaires du juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, vont dans le sens de cette conception de l'art. 7. Il invite à ne pas interpréter les droits enchâssés dans la *Charte* isolément. Au contraire, dit-il, à la p. 326:

> . . . la *Charte* sert à sauvegarder un ensemble complexe de valeurs interreliées, dont chacune constitue un élément plus ou moins fondamental de la société libre et démocratique qu'est le Canada (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 136), et la spécification des droits et libertés dans la *Charte* représente en conséquence une tentative quelque peu artificielle, quoique nécessaire et intrinsèquement valable, de structurer et d'orienter l'expression judiciaire de ces mêmes droits et libertés. La nécessité d'une analyse structurée ne devrait toutefois pas nous amener à perdre de vue l'importance que revêt la manière dont l'élargissement de la portée de chaque droit et liberté énoncé donne sens et forme à notre compréhension du système de valeurs que vise à protéger la *Charte* dans son ensemble et, en particulier, à notre compréhension de la portée des autres droits et libertés qu'elle garantit.

Je crois donc qu'une atteinte au droit conféré par l'art. 7 qui a pour effet d'enfreindre un droit que garantit par ailleurs la *Charte* ne saurait être conforme aux principes de justice fondamentale.

À mon avis, l'atteinte au droit conféré par l'art. 7 qui nous intéresse en l'espèce enfreint l'al. 2*a*) de la *Charte*. Si je dis ceci, c'est que je crois que la décision d'interrompre ou non une grossesse est essentiellement une décision morale, une question

1988 CanLII 90 (SCC)

science. I do not think there is or can be any dispute about that. The question is: whose conscience? Is the conscience of the woman to be paramount or the conscience of the state? I believe, for the reasons I gave in discussing the right to liberty, that in a free and democratic society it must be the conscience of the individual. Indeed, s. 2(*a*) makes it clear that this freedom belongs to "everyone", i.e., to each of us individually. I quote the section for convenience:

> **2.** Everyone has the following fundamental freedoms:
>
> (*a*) freedom of conscience and religion;

In *R. v. Big M Drug Mart Ltd., supra,* Dickson C.J. made some very insightful comments about the nature of the right enshrined in s. 2(*a*) of the *Charter* at pp. 345-47:

> Beginning, however, with the Independent faction within the Parliamentary party during the Commonwealth or Interregnum, many, even among those who shared the basic beliefs of the ascendent religion, came to voice opposition to the use of the State's coercive power to secure obedience to religious precepts and to extirpate non-conforming beliefs. The basis of this opposition was no longer simply a conviction that the State was enforcing the wrong set of beliefs and practices but rather the perception that belief itself was not amenable to compulsion. Attempts to compel belief or practice denied the reality of individual conscience and dishonoured the God that had planted it in His creatures. It is from these antecedents that the concepts of freedom of religion and freedom of conscience became associated, to form, as they do in s. 2(*a*) of our *Charter*, the single integrated concept of "freedom of conscience and religion".

What unites enunciated freedoms in the American First Amendment, in s. 2(*a*) of the *Charter* and in the provisions of other human rights documents in which they are associated is the notion of the centrality of individual conscience and the inappropriateness of governmental intervention to compel or to constrain its manifestation. In *Hunter v. Southam Inc., supra*, the purpose of the *Charter* was identified, at p. 155, as "the unremitting protection of individual rights and liberties". It is easy to see the relationship between respect

de conscience. Je ne pense pas qu'on le conteste ni puisse le contester. La question qui se pose est donc: quelle conscience? La conscience de la femme doit-elle prévaloir sur la conscience de l'État? Je crois, pour les raisons que j'ai données dans mon analyse du droit à la liberté, que dans une société libre et démocratique ce doit être la conscience de l'individu. D'ailleurs l'al. 2*a*) dit clairement que cette liberté c'est celle de "chacun", c.-à-d. de chacun de nous pris individuellement. Je cite l'alinéa pour plus de commodité:

> **2.** Chacun a les libertés fondamentales suivantes:
>
> *a*) liberté de conscience et de religion;

Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, le juge en chef Dickson fait preuve d'une grande perspicacité dans ses commentaires sur la nature du droit enchâssé à l'al. 2*a*) de la *Charte*, aux pp. 345 à 347:

> Toutefois, suivant le mouvement amorcé à l'époque du Commonwealth ou de l'Interrègne par la faction dite «indépendante» au sein du parti parlementaire, bien des gens, même parmi les adeptes des croyances fondamentales de la religion dominante, ont fini par s'opposer à ce que le pouvoir coercitif de l'État soit utilisé pour assurer l'obéissance à des préceptes religieux et pour extirper les croyances non conformistes. Il s'agissait, à ce moment-là, non plus d'une opposition fondée simplement sur la conviction que l'État imposait l'observance des mauvaises croyances et pratiques, mais d'une opposition fondée sur le sentiment que la croyance elle-même n'était pas quelque chose qui pouvait être imposé. Toute tentative d'imposer l'observance de croyances et de pratiques constituait un déni de la réalité de la conscience individuelle et déshonorait le Dieu qui en avait doté Ses créatures. Voilà donc comment les concepts de la liberté de religion et de la liberté de conscience se sont rattachés pour former, comme c'est le cas à l'al. 2*a*) de notre *Charte*, une seule et unique notion qui est la «liberté de conscience et de religion».

Les libertés énoncées dans le Premier amendement de la Constitution des États-Unis, à l'al. 2*a*) de la *Charte* et dans les dispositions d'autres documents relatifs aux droits de la personne ont en commun la prééminence de la conscience individuelle et l'inopportunité de toute intervention gouvernementale visant à forcer ou à empêcher sa manifestation. L'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* précité, précise à la p. 155, que la *Charte* a pour objet «la protection constante des droits et libertés individuels». On voit facilement le rapport entre le respect de

1988 CanLII 90 (SCC)

for individual conscience and the valuation of human dignity that motivates such unremitting protection.

It should also be noted, however, that an emphasis on individual conscience and individual judgment also lies at the heart of our democratic political tradition. The ability of each citizen to make free and informed decisions is the absolute prerequisite for the legitimacy, acceptability, and efficacy of our system of self-government. It is because of the centrality of the rights associated with freedom of individual conscience both to basic beliefs about human worth and dignity and to a free and democratic political system that American jurisprudence has emphasized the primacy or "firstness" of the First Amendment. It is this same centrality that in my view underlies their designation in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as "fundamental". They are the *sine qua non* of the political tradition underlying the *Charter*.

Viewed in this context, the purpose of freedom of conscience and religion becomes clear. The values that underlie our political and philosophic traditions demand that every individual be free to hold and to manifest whatever beliefs and opinions his or her conscience dictates, provided *inter alia* only that such manifestations do not injure his or her neighbours or their parallel rights to hold and manifest beliefs and opinions of their own. Religious belief and practice are historically prototypical and, in many ways, paradigmatic of conscientiously-held beliefs and manifestations and are therefore protected by the *Charter*. Equally protected, and for the same reasons, are expressions and manifestations of religious non-belief and refusals to participate in religious practice. It may perhaps be that freedom of conscience and religion extends beyond these principles to prohibit other sorts of governmental involvement in matters having to do with religion. For the present case it is sufficient in my opinion to say that whatever else freedom of conscience and religion may mean, it must at the very least mean this: government may not coerce individuals to affirm a specific religious belief or to manifest a specific religious practice for a sectarian purpose. I leave to another case the degree, if any, to which the government may, to achieve a vital interest or objective, engage in coercive action which s. 2(*a*) might otherwise prohibit. [Emphasis added.]

The Chief Justice sees religious belief and practice as the paradigmatic example of conscientiously-held beliefs and manifestations and as such

la conscience individuelle et la valorisation de la dignité humaine qui motive cette protection constante.

Toutefois, il faut aussi remarquer que l'insistance sur la conscience et le jugement individuels est également au cœur de notre tradition politique démocratique. La possibilité qu'a chaque citoyen de prendre des décisions libres et éclairées constitue la condition sine qua non de la légitimité, de l'acceptabilité et de l'efficacité de notre système d'auto-détermination. C'est précisément parce que les droits qui se rattachent à la liberté de conscience individuelle se situent au cœur non seulement des convictions fondamentales quant à la valeur et à la dignité de l'être humain, mais aussi de tout système politique libre et démocratique, que la jurisprudence américaine a insisté sur la primauté ou la prééminence du Premier amendement. À mon avis, c'est pour cette même raison que la *Charte canadienne des droits et libertés* parle de libertés «fondamentales». Celles-ci constituent le fondement même de la tradition politique dans laquelle s'insère la *Charte*.

Vu sous cet angle, l'objet de la liberté de conscience et de religion devient évident. Les valeurs qui sous-tendent nos traditions politiques et philosophiques exigent que chacun soit libre d'avoir et de manifester les croyances et les opinions que lui dicte sa conscience, à la condition notamment que ces manifestations ne lèsent pas ses semblables ou leur propre droit d'avoir et de manifester leurs croyances et opinions personnelles. Historiquement, la foi et la pratique religieuses sont, à bien des égards, des archétypes des croyances et manifestations dictées par la conscience et elles sont donc protégées par la *Charte*. La même protection s'applique, pour les mêmes motifs, aux expressions et manifestations d'incroyance et au refus d'observer les pratiques religieuses. Il se peut que la liberté de conscience et de religion outrepasse ces principes et qu'elle ait pour effet d'interdire d'autres sortes d'ingérences gouvernementales dans les affaires religieuses. Aux fins de la présente espèce, il me paraît suffisant d'affirmer que, quels que soient les autres sens que peut avoir la liberté de conscience et de religion, elle doit à tout le moins signifier ceci: le gouvernement ne peut, dans un but sectaire, contraindre des personnes à professer une foi religieuse ou à pratiquer une religion en particulier. Je ne me prononce pas ici sur la question de savoir dans quelle mesure, s'il y a lieu, le gouvernement peut, en vue de réaliser un intérêt ou un objectif essentiel, exercer une coercition qui pourrait par ailleurs être interdite par l'al. 2*a*). [Je souligne.]

Le Juge en chef voit dans la foi et la pratique religieuses l'archétype de croyances et de manifestations dictées par la conscience et, de ce fait,

1988 CanLII 90 (SCC)

protected by the *Charter*. But I do not think he is saying that a personal morality which is not founded in religion is outside the protection of s. 2(*a*). Certainly, it would be my view that conscientious beliefs which are not religiously motivated are equally protected by freedom of conscience in s. 2(*a*). In so saying I am not unmindful of the fact that the *Charter* opens with an affirmation that "Canada is founded upon principles that recognize the supremacy of God . . . ." But I am also mindful that the values entrenched in the *Charter* are those which characterize a free and democratic society.

As is pointed out by Professor Cyril E. M. Joad, then Head of the Department of Philosophy and Psychology at Birkbeck College, University of London, in *Guide to the Philosophy of Morals and Politics* (1938), the role of the state in a democracy is to establish the background conditions under which individual citizens may pursue the ethical values which in their view underlie the good life. He states at p. 801:

> For the welfare of the state is nothing apart from the good of the citizens who compose it. It is no doubt true that a State whose citizens are compelled to go right is more efficient than one whose citizens are free to go wrong. But what then? To sacrifice freedom in the interests of efficiency, is to sacrifice what confers upon human beings their humanity. It is no doubt easy to govern a flock of sheep; but there is no credit in the governing, and, if the sheep were born as men, no virtue in the sheep.

Professor Joad further emphasizes at p. 803 that individuals in a democratic society can never be treated "merely as means to ends beyond themselves" because:

> To the right of the individual to be treated as an end, which entails his right to the full development and expression of his personality, all other rights and claims must, the democrat holds, be subordinated. I do not know how this principle is to be defended any more than I can frame a defence for the principles of democracy and liberty.

Professor Joad stresses that the essence of a democracy is its recognition of the fact that the state is made for man and not man for the state (p. 805). He firmly rejects the notion that science

protégées par la *Charte*. Mais je ne pense pas qu'il dise qu'une morale personnelle qui n'est pas fondée sur la religion se trouve en dehors de la sphère de protection de l'al. 2*a*). Certainement, je serais d'avis que ce que l'on croit en conscience, sans motivation religieuse, est également protégé par la liberté de conscience garantie à l'al. 2*a*). En disant cela, je n'oublie pas que la *Charte* s'ouvre par l'affirmation que «le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu . . . » Mais je n'oublie pas non plus que les valeurs que consacre la *Charte* sont celles qui caractérisent une société libre et démocratique.

Comme l'a fait observer Cyril E. M. Joad, à l'époque chef du département de philosophie et de psychologie au Birkbeck College de l'Université de Londres, dans *Guide to the Philosophy of Morals and Politics* (1938), le rôle de l'État dans une démocratie consiste à créer les conditions de base qui permettent aux citoyens, pris individuellement, de chercher les valeurs éthiques qui à leurs yeux sous-tendent une vie de bien. Il dit, à la p. 801:

> [TRADUCTION] Car le bien de l'État n'est rien sans le bien des citoyens qui le composent. Il est sans doute vrai qu'un État dont les citoyens sont forcés de suivre le droit chemin est plus efficace que celui où les citoyens sont libres de s'en écarter. Et alors? Sacrifier la liberté dans l'intérêt de l'efficacité, c'est sacrifier ce qui donne aux êtres humains leur humanité. Sans doute est-il facile de régenter un troupeau de moutons; mais il n'y a alors aucune gloire à gouverner et, si les moutons sont nés hommes, guère de vertu chez les moutons.

Le professeur Joad souligne encore, à la p. 803, que les individus dans une société démocratique ne peuvent jamais être traités [TRADUCTION] «comme un simple moyen pour des fins qui les dépassent», car:

> [TRADUCTION] Au droit de l'individu d'être traité comme une fin, qui comporte son droit au plein développement et à la pleine expression de sa personnalité, tous les autres droits et prétentions doivent, prétend le démocrate, être subordonnés. Je ne sais comment défendre ce principe, tout comme je ne saurais concevoir une défense des principes démocratiques et de la liberté.

Le professeur Joad souligne que l'essence d'une démocratie est sa reconnaissance du fait que l'État est fait pour l'homme et non l'homme pour l'État (à la p. 805). Il rejette fermement la notion que la

1988 CanLII 90 (SCC)

provides a basis for subordinating the individual to the state. He says at pp. 805-6:

Human beings, it is said, are important only in so far as they fit into a biological scheme or assist in the furtherance of the evolutionary process. Thus each generation of women must accept as its sole function the production of children who will constitute the next generation who, in their turn, will devote their lives and sacrifice their inclinations to the task of producing a further generation, and so on *ad infinitum*. This is the doctrine of eternal sacrifice — "jam yesterday, jam tomorrow, but never jam today". For, it may be asked, to what end should generations be produced, unless the individuals who compose them are valued in and for themselves, are, in fact, ends in themselves? There is no escape from the doctrine of the perpetual recurrence of generations who have value only in so far as they produce more generations, the perpetual subordination of citizens who have value only in so far as they promote the interests of the State to which they are subordinated, except in the individualist doctrine, which is also the Christian doctrine, that the individual is an end in himself.

It seems to me, therefore, that in a free and democratic society "freedom of conscience and religion" should be broadly construed to extend to conscientiously-held beliefs, whether grounded in religion or in a secular morality. Indeed, as a matter of statutory interpretation, "conscience" and "religion" should not be treated as tautologous if capable of independent, although related, meaning. Accordingly, for the state to take sides on the issue of abortion, as it does in the impugned legislation by making it a criminal offence for the pregnant woman to exercise one of her options, is not only to endorse but also to enforce, on pain of a further loss of liberty through actual imprisonment, one conscientiously-held view at the expense of another. It is to deny freedom of conscience to some, to treat them as means to an end, to deprive them, as Professor MacCormick puts it, of their "essential humanity". Can this comport with fundamental justice? Was Blackmun J. not correct when he said in *Thornburgh, supra,* at p. 2185:

A woman's right to make that choice freely is fundamental. Any other result . . . would protect inadequately

science fournit un fondement pour subordonner l'individu à l'État. Il dit, aux pp. 805 et 806:

[TRADUCTION] Les êtres humains, dit-on, ne sont importants que dans la mesure où ils s'insèrent dans une structure biologique ou contribuent au processus évolutif. Ainsi chaque génération de femmes doit accepter comme unique fonction de produire les enfants qui formeront la génération suivante et qui, à leur tour, consacreront leur vie et sacrifieront leurs inclinations à la tâche de produire une autre génération, et ainsi de suite, *ad infinitum*. C'est là la doctrine de l'éternel sacrifice. «Confiture demain et confiture hier, mais jamais confiture aujourd'hui». Car, pourrait-on demander, pour quelle fin ces générations sont-elles produites, à moins que les individus qui les composent ne soient valorisés en eux-mêmes et pour eux-mêmes, et deviennent, en fait, des fins en eux-mêmes? On ne peut échapper à la doctrine du cycle perpétuel des générations n'ayant de valeur que dans la mesure où elles produisent d'autres générations, à la subordination perpétuelle des citoyens, qui n'auraient de valeur que dans la mesure où ils favorisent les intérêts de l'État auquel ils sont subordonnés, si ce n'est dans la doctrine individualiste, qui est aussi la doctrine chrétienne, que l'individu est une fin en lui-même.

Il me semble donc que, dans une société libre et démocratique, la "liberté de conscience et de religion" devrait être interprétée largement et s'étendre aux croyances dictées par la conscience, qu'elles soient fondées sur la religion ou sur une morale laïque. D'ailleurs, sur le plan de l'interprétation législative, les termes "conscience" et "religion" ne devraient pas être considérés comme tautologiques quand ils peuvent avoir un sens distinct, quoique relié. Par conséquent, lorsque l'État prend parti sur la question de l'avortement, comme il le fait dans la loi contestée en incriminant l'exercice par la femme enceinte d'une de ses options, non seulement il adopte mais aussi il impose, sous peine d'une autre perte de liberté par emprisonnement, une opinion dictée par la conscience des uns aux dépens d'une autre. C'est nier la liberté de conscience à certains, les traiter comme un moyen pour une fin, les priver, selon le mot du professeur MacCormick, de "l'essence de leur humanité". Est-ce compatible avec la justice fondamentale? Le juge Blackmun n'a-t-il pas raison quand il dit dans l'arrêt *Thornburgh*, précité, à la p. 2185:

[TRADUCTION] Le droit de la femme de faire ce choix librement est fondamental. Toute autre conclusion [. . .]

1988 CanLII 90 (SCC)

a central part of the sphere of liberty that our law guarantees equally to all.

Legislation which violates freedom of conscience in this manner cannot, in my view, be in accordance with the principles of fundamental justice within the meaning of s. 7.

(b) *Section 1 of the Charter*

The majority of this Court held in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, that a deprivation of the s. 7 right in violation of the principles of fundamental justice in the substantive sense could nevertheless constitute a reasonable limit under s. 1 and be justified in a free and democratic society. It is necessary therefore to consider whether s. 251 of the *Criminal Code* can be saved under s. 1. The section provides:

> **1.** The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

This section received judicial scrutiny by this Court in *R. v. Oakes*, *supra*. Dickson C.J., speaking for the majority, set out two criteria which must be met if the limit is to be found reasonable: (1) the objective which the legislation is designed to achieve must relate to concerns which are pressing and substantial; and (2) the means chosen must be proportional to the objective sought to be achieved. The Chief Justice identified three important components of proportionality at p. 139:

> First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in the first sense, should impair "as little as possible" the right or freedom in question: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the *Charter* right or freedom, and the objective which has been identified as of "sufficient importance".

protégerait inadéquatement un aspect central de cette sphère de liberté que notre droit garantit également à tous.

Une loi qui viole la liberté de conscience de cette manière ne saurait, à mon avis, être conforme aux principes de justice fondamentale au sens de l'art. 7.

b) *L'article premier de la Charte*

Cette Cour, à la majorité, a jugé dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, qu'une atteinte au droit garanti par l'art. 7, en violation des principes de justice fondamentale sur le plan du fond, pouvait néanmoins constituer une limite raisonnable au sens de l'article premier et être justifiée dans une société libre et démocratique. Il est donc nécessaire de rechercher si l'art. 251 du *Code criminel* peut être sauvegardé en vertu de l'article premier. Cet article porte:

> **1.** La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

La Cour a étudié cet article dans son arrêt *R. c. Oakes*, précité. Le juge en chef Dickson, au nom de la majorité, y énonce deux critères qui doivent être respectés pour que la limite soit jugée raisonnable: 1) l'objectif pour lequel la loi a été conçue doit être lié à des préoccupations urgentes et réelles; 2) les moyens choisis doivent être proportionnels à l'objectif recherché. Le Juge en chef discerne trois composantes importantes de la proportionnalité, à la p. 139:

> Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* précité, à la p. 352. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la *Charte* et l'objectif reconnu comme «suffisamment important».

Does section 251 meet this test?

In my view, the primary objective of the impugned legislation must be seen as the protection of the foetus. It undoubtedly has other ancillary objectives, such as the protection of the life and health of pregnant women, but I believe that the main objective advanced to justify a restriction on the pregnant woman's s. 7 right is the protection of the foetus. I think this is a perfectly valid legislative objective.

Miss Wein submitted on behalf of the Crown that the Court of Appeal was correct in concluding at p. 378 that "the situation respecting a woman's right to control her own person becomes more complex when she becomes pregnant, and that some statutory control may be appropriate". I agree. I think s. 1 of the *Charter* authorizes reasonable limits to be put upon the woman's right having regard to the fact of the developing foetus within her body. The question is: at what point in the pregnancy does the protection of the foetus become such a pressing and substantial concern as to outweigh the fundamental right of the woman to decide whether or not to carry the foetus to term? At what point does the state's interest in the protection of the foetus become "compelling" and justify state intervention in what is otherwise a matter of purely personal and private concern?

In *Roe v. Wade*, *supra*, the United States Supreme Court held that the state's interest became compelling when the foetus became viable, i.e., when it could exist outside the body of the mother. As Miss Wein pointed out, no particular justification was advanced by the Court for the selection of viability as the relevant criterion. The Court expressly avoided the question as to when human life begins. Blackmun J. stated at p. 159:

> We need not resolve the difficult question of when life begins. When those trained in the respective disciplines of medicine, philosophy, and theology are unable to arrive at any consensus, the judiciary, at this point in the development of man's knowledge, is not in a position to speculate as to the answer.

L'article 251 répond-il à ce critère?

À mon avis, il faut voir dans l'objectif premier de la loi contestée la protection du fœtus. Elle a sans doute d'autres objectifs secondaires, telle la protection de la vie et de la santé de la femme enceinte, mais je crois que l'objectif principal invoqué pour justifier la restriction du droit de la femme enceinte garanti par l'art. 7 est la protection du fœtus. J'estime que c'est là un objectif législatif parfaitement valide.

Me Wein a soutenu au nom du ministère public que la Cour d'appel pouvait, à bon droit, conclure que [TRADUCTION] «la situation du droit de la femme à être maîtresse de sa propre personne se complique lorsqu'elle devient enceinte et qu'un certain contrôle de la loi peut se révéler approprié» (à la p. 378). J'en conviens. Je pense que l'article premier de la *Charte* permet de fixer des limites raisonnables au droit de la femme compte tenu du fœtus qui se développe dans son corps. Il faut donc se demander à quel stade de la grossesse, la protection du fœtus devient-elle urgente et revêt-elle une importance réelle telle qu'elle prévaut sur le droit fondamental de la femme de décider de le mener ou non à terme? À quel stade l'intérêt qu'a l'État à protéger le fœtus devient-il «supérieur» et justifie-t-il son intervention dans ce qui, autrement, ne serait qu'une question purement personnelle et privée?

Dans l'arrêt *Roe v. Wade*, précité, la Cour suprême des États-Unis a jugé que l'intérêt de l'État doit prévaloir lorsque le fœtus devient viable, c'est-à-dire lorsqu'il peut vivre à l'extérieur du corps de la mère. Comme Me Wein l'a fait observer, la Cour n'a proposé aucune justification particulière pour le choix du critère de la viabilité. La Cour a expressément évité la question du moment où la vie humaine commence. Le juge Blackmun dit, à la p. 159:

> [TRADUCTION] Nous n'avons pas à résoudre la difficile question du moment où commence la vie. Lorsque les spécialistes de ces disciplines respectives que sont la médecine, la philosophie et la théologie sont incapables d'arriver à un consensus, le pouvoir judiciaire, à ce point du développement des connaissances humaines, n'est pas en mesure de conjecturer une réponse.

1988 CanLII 90 (SCC)

He referred, therefore, to the developing foetus as "potential life" and to the state's interest as "the protection of potential life".

Miss Wein submitted that it was likewise not necessary for the Court in this case to decide when human life begins although she acknowledged that the value to be placed on "potential life" was significant in assessing the importance of the legislative objective sought to be achieved by s. 251. It would be my view, and I think it is consistent with the position taken by the United States Supreme Court in *Roe v. Wade*, that the value to be placed on the foetus as potential life is directly related to the stage of its development during gestation. The undeveloped foetus starts out as a newly fertilized ovum; the fully developed foetus emerges ultimately as an infant. A developmental progression takes place in between these two extremes and, in my opinion, this progression has a direct bearing on the value of the foetus as potential life. It is a fact of human experience that a miscarriage or spontaneous abortion of the foetus at six months is attended by far greater sorrow and sense of loss than a miscarriage or spontaneous abortion at six days or even six weeks. This is not, of course, to deny that the foetus is potential life from the moment of conception. Indeed, I agree with the observation of O'Connor J., dissenting in *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc., supra,* at p. 461, (referred to by my colleague Beetz J. in his reasons, at p. 113) that the foetus is potential life from the moment of conception. It is simply to say that in balancing the state's interest in the protection of the foetus as potential life under s. 1 of the *Charter* against the right of the pregnant woman under s. 7 greater weight should be given to the state's interest in the later stages of pregnancy than in the earlier. The foetus should accordingly, for purposes of s. 1, be viewed in differential and developmental terms: see L. W. Sumner, Professor of Philosophy at the University of Toronto, *Abortion and Moral Theory* (1981), pp. 125-28.

Il qualifie donc le fœtus en développement de [TRADUCTION] «vie potentielle» et l'intérêt de l'État comme étant [TRADUCTION] «la protection d'une vie potentielle».

Me Wein a fait valoir qu'il n'était de même pas nécessaire qu'en l'espèce la Cour décide du moment où commence la vie quoiqu'elle ait reconnu que la valeur attribuée à une "vie potentielle" devait être prise en compte dans l'évaluation de l'importance de l'objectif législatif recherché par l'art. 251. Je serais d'avis, et je pense que ce point de vue est compatible avec la position prise par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Roe v. Wade*, que la valeur attribuée au fœtus en tant que vie potentielle est directement reliée au stade de son développement au cours de la grossesse. Le fœtus au stade embryonnaire provient d'un ovule nouvellement fécondé; le fœtus totalement développé devient en définitive un nouveau-né. Le développement progresse entre ces deux extrêmes et, à mon avis, cette progression influe directement sur la valeur à attribuer au fœtus en tant que vie potentielle. Il ressort en fait de l'expérience humaine qu'une fausse-couche ou un avortement spontané du fœtus à six mois cause un chagrin et une épreuve beaucoup plus grands qu'une fausse-couche ou un avortement spontané à six jours ou même à six semaines. Ceci ne revient évidemment pas à nier que le fœtus soit une vie potentielle dès le moment de la conception. De fait, je suis d'accord avec le commentaire du juge O'Connor, dissidente, dans l'affaire *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, précitée, à la p. 461 (citée par le juge Beetz dans ses motifs, à la p. 113) que le fœtus est une vie potentielle dès le moment de la conception. Cela revient simplement à dire qu'en soupesant l'intérêt qu'a l'État à protéger le fœtus en tant que vie potentielle en vertu de l'article premier de la *Charte* et le droit de la femme enceinte en vertu de l'art. 7, un plus grand poids devrait être donné à l'intérêt de l'État dans les derniers stades de la grossesse que dans les premiers. On devrait donc considérer le fœtus, aux fins de l'article premier, en termes de développement et de phases: voir L. W. Sumner, professeur de philosophie à l'Université de Toronto, *Abortion and Moral Theory* (1981), aux pp. 125 à 128.

1988 CanLII 90 (SCC)

As Professor Sumner points out, both traditional approaches to abortion, the so-called "liberal" and "conservative" approaches, fail to take account of the essentially developmental nature of the gestation process. A developmental view of the foetus, on the other hand, supports a permissive approach to abortion in the early stages of pregnancy and a restrictive approach in the later stages. In the early stages the woman's autonomy would be absolute; her decision, reached in consultation with her physician, not to carry the foetus to term would be conclusive. The state would have no business inquiring into her reasons. Her reasons for having an abortion would, however, be the proper subject of inquiry at the later stages of her pregnancy when the state's compelling interest in the protection of the foetus would justify it in prescribing conditions. The precise point in the development of the foetus at which the state's interest in its protection becomes "compelling" I leave to the informed judgment of the legislature which is in a position to receive guidance on the subject from all the relevant disciplines. It seems to me, however, that it might fall somewhere in the second trimester. Indeed, according to Professor Sumner (p. 159), a differential abortion policy with a time limit in the second trimester is already in operation in the United States, Great Britain, France, Italy, Sweden, the Soviet Union, China, India, Japan and most of the countries of Eastern Europe although the time limits vary in these countries from the beginning to the end of the second trimester (cf. Stephen L. Isaacs, "Reproductive Rights 1983: An International Survey" (1982-83), 14 *Columbia Human Rights Law Rev.* 311, with respect to France and Italy).

Section 251 of the *Criminal Code* takes the decision away from the woman at all stages of her pregnancy. It is a complete denial of the woman's constitutionally protected right under s. 7, not merely a limitation on it. It cannot, in my opinion, meet the proportionality test in *Oakes*. It is not sufficiently tailored to the legislative objective and does not impair the woman's right "as little as possible". It cannot be saved under s. 1. Accordingly, even if the section were to be amended to

Comme le fait observer le professeur Sumner, les deux approches traditionnelles de l'avortement, les approches dites "libérale" et "conservatrice", ne tiennent pas compte de la nature essentiellement évolutive de la grossesse. Une conception du fœtus fondée sur le stade de développement, d'autre part, appuie une approche permissive de l'avortement dans les premiers stades de la grossesse et une approche restrictive dans les derniers stades. Dans les premiers stades, l'autonomie de la femme serait absolue; sa décision, prise en consultation avec son médecin, de ne pas mener le fœtus à terme serait décisive. L'État n'aurait pas à connaître ses raisons. Ses raisons d'avoir un avortement pourraient toutefois, à bon droit, faire l'objet d'une investigation dans les derniers stades de sa grossesse, alors que l'intérêt supérieur qu'a l'État de protéger le fœtus justifierait l'imposition de conditions. Quant au point précis du développement du fœtus où l'intérêt qu'a l'État de le protéger devient "supérieur", je laisse le soin de le fixer au jugement éclairé du législateur, qui est en mesure de recevoir des avis à ce sujet de l'ensemble des disciplines pertinentes. Il me semble cependant que ce point pourrait se situer quelque part au cours du second trimestre. D'ailleurs, d'après le professeur Sumner (à la p. 159), une politique d'avortement en fonction de phases, avec une limite placée au cours du second trimestre, est déjà en vigueur aux États-Unis, en Grande-Bretagne, en France, en Italie, en Suède, en Union soviétique, en Chine, en Inde, au Japon et dans la plupart des pays de l'Europe de l'Est, le délai variant, selon les pays, du début à la fin du second trimestre (cf. Stephen L. Isaacs, "Reproductive Rights 1983: An International Survey" (1982-83), 14 *Columbia Human Rights Law Rev.* 311, en ce qui concerne la France et l'Italie).

L'article 251 du *Code criminel* enlève cette décision à la femme à tous les stades de la grossesse. C'est une dénégation complète du droit constitutionnellement garanti à la femme par l'art. 7, non une simple limitation de celui-ci. L'article ne saurait, à mon avis, répondre au critère de proportionnalité de l'arrêt *Oakes*. Il n'est pas suffisamment adapté à l'objectif législatif et ne porte pas atteinte au droit de la femme «le moins possible». Il ne saurait être sauvegardé en vertu de l'article pre-

1988 CanLII 90 (SCC)

remedy the purely procedural defects in the legislative scheme referred to by the Chief Justice and Beetz J. it would, in my opinion, still not be constitutionally valid.

One final word. I wish to emphasize that in these reasons I have dealt with the existence of the developing foetus merely as a factor to be considered in assessing the importance of the legislative objective under s. 1 of the *Charter*. I have not dealt with the entirely separate question whether a foetus is covered by the word "everyone" in s. 7 so as to have an independent right to life under that section. The Crown did not argue it and it is not necessary to decide it in order to dispose of the issues on this appeal.

3. Disposition

I would allow the appeal. I would strike down s. 251 of the *Criminal Code* as having no force or effect under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. I would answer the first constitutional question in the affirmative as regards s. 7 of the *Charter* and the second constitutional question in the negative. I would answer questions 3, 4 and 5 in the negative and question 6 in the manner proposed by Beetz J. It is not necessary to answer question 7.

I endorse the Chief Justice's critical comments on Mr. Manning's concluding remarks to the jury.

Appeal allowed, McINTYRE *and* LA FOREST JJ. *dissenting. The first constitutional question should be answered in the affirmative as regards s. 7 only and the second in the negative as regards s. 7 only. The third, fourth and fifth constitutional questions should be answered in the negative. The sixth constitutional question should be answered in the negative with respect to s. 605 of the Criminal Code and should not be answered as regards s. 610(3). The seventh constitutional question should not be answered.*

mier. Par conséquent, même si l'article devait être modifié pour remédier aux vices de procédure de la structure législative dont ont parlé le Juge en chef et le juge Beetz, il demeurerait, à mon avis, inconstitutionnel.

Un dernier mot. Je désire souligner que dans ces motifs je n'ai traité du fœtus en développement que dans la mesure où il s'agissait d'un facteur dont il fallait tenir compte pour évaluer l'importance de l'objectif législatif, au regard de l'article premier de la *Charte*. Je n'ai pas traité de la question entièrement distincte de savoir si le terme «chacun», à l'art. 7, vise aussi le fœtus, lui conférant un droit indépendant à la vie en vertu de l'article. Le ministère public n'en a pas débattu et il n'est pas nécessaire de la trancher pour statuer sur les questions en litige en l'espèce.

3. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'art. 251 du *Code criminel* parce qu'inopérant en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Je suis également d'avis de répondre à la première question constitutionnelle par l'affirmative en ce qui concerne l'art. 7 de la *Charte*, et à la seconde question constitutionnelle par la négative. Je réponds aux troisième, quatrième et cinquième questions par la négative et à la sixième question de la manière proposée par le juge Beetz. Il n'est pas nécessaire de répondre à la septième question.

J'adopte les critiques du Juge en chef à l'égard des observations finales adressées par Me Manning au jury.

Pourvoi accueilli, les juges McINTYRE *et* LA FOREST *étant dissidents. La première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative en ce qui concerne l'art. 7 uniquement et la deuxième question une réponse négative en ce qui concerne l'art. 7 uniquement. Les troisième, quatrième et cinquième questions reçoivent une réponse négative. La sixième question reçoit une réponse négative en ce qui concerne l'art. 605 du Code criminel et aucune réponse en ce qui concerne le par. 610(3). Il n'est pas nécessaire de répondre à la septième question.*

Solicitor for the appellants: Morris Manning, Toronto.

Solicitor for the respondent: Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener: Frank Iacobucci, Ottawa.

Procureur des appelants: Morris Manning, Toronto.

Procureur de l'intimé: Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant: Frank Iacobucci, Ottawa.

1988 CanLII 90 (SCC)

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

David Edwin Oakes *Respondent.*

File No.: 17550.

1985: March 12; 1986: February 28.

Present: Dickson C.J. and Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence (s. 11(d)) — Reverse onus clause — Accused presumed to be trafficker on finding of possession of illicit drug — Onus on accused to rebut presumption — Whether or not reverse onus in violation of s. 11(d) of the Charter — Whether or not reverse onus a reasonable limit to s. 11(d) and justified in a free and democratic society — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, ss. 3(1), (2), 4(1), (2), (3), 8.

Criminal law — Presumption of innocence — Reverse onus — Accused presumed to be trafficker on finding of possession of illicit drug — Onus on accused to rebut presumption — Whether or not constitutional guarantee of presumption of innocence (s. 11(d) of the Charter) violated.

Respondent was charged with unlawful possession of a narcotic for the purpose of trafficking, contrary to s. 4(2) of the *Narcotic Control Act*, but was convicted only of unlawful possession. After the trial judge made a finding that it was beyond a reasonable doubt that respondent was in possession of a narcotic, respondent brought a motion challenging the constitutional validity of s. 8 of the *Narcotic Control Act*. That section provides that if the Court finds the accused in possession of a narcotic, the accused is presumed to be in possession for the purpose of trafficking and that, absent the accused's establishing the contrary, he must be convicted of trafficking. The Ontario Court of Appeal, on an appeal brought by the Crown, found that this provision constituted a "reverse onus" clause and held it to be unconstitutional because it violated the presumption of innocence now entrenched in s. 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Crown appealed and a constitutional question was stated as to whether

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

David Edwin Oakes *Intimé.*

N° du greffe: 17550.

1985: 12 mars; 1986: 28 février.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson et Le Dain.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence (al. 11d)) — Disposition portant inversion de la charge de la preuve — L'accusé est présumé être un trafiquant dès lors qu'il est constaté qu'il était en possession d'une drogue illicite — Il incombe à l'accusé de réfuter cette présomption — L'inversion de la charge de la preuve est-elle contraire à l'al. 11d) de la Charte? — L'inversion de la charge de la preuve apporte-t-elle à l'al. 11d) une limite qui soit raisonnable et justifiée dans une société libre et démocratique? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d) — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 3(1), (2), 4(1), (2), (3), 8.

Droit criminel — Présomption d'innocence — Inversion de la charge de la preuve — L'accusé est présumé être un trafiquant dès lors qu'il est constaté qu'il était en possession d'une drogue illicite — Il incombe à l'accusé de réfuter cette présomption — Y a-t-il eu violation du droit constitutionnel d'être présumé innocent (al. 11d) de la Charte)?

L'intimé a été accusé d'avoir eu illégalement en sa possession un stupéfiant pour en faire le trafic, contrairement au par. 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants*. Toutefois, il a été reconnu coupable seulement de possession. Après que le juge du procès eut conclu que, hors de tout doute raisonnable, l'intimé était en possession d'un stupéfiant, ce dernier a présenté une requête en contestation de la constitutionnalité de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*. Cet article prévoit que si la cour constate que l'accusé était en possession d'un stupéfiant, il est présumé l'avoir été pour en faire le trafic et qu'à moins qu'il ne prouve le contraire, il doit être déclaré coupable de trafic. Le ministère public a interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario qui a conclu qu'il s'agissait d'une disposition portant «inversion de la charge de la preuve» qui est inconstitutionnelle pour le motif qu'elle viole la présomption d'innocence maintenant enchâssée dans l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le ministère public a formé un

CanLII 46 (SCC)

s. 8 of the *Narcotic Control Act* violated s. 11(*d*) of the *Charter* and was therefore of no force and effect. Inherent in this question, given a finding that s. 11(*d*) of the *Charter* had been violated, was the issue of whether or not s. 8 of the *Narcotic Control Act* was a reasonable limit prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society for the purpose of s. 1 of the *Charter*.

Held: The appeal should be dismissed and the constitutional question answered in the affirmative.

Per Dickson C.J. and Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.: Pursuant to s. 8 of the *Narcotic Control Act*, the accused, upon a finding beyond a reasonable doubt of possession of a narcotic, has the legal burden of proving on a balance of probabilities that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking. On proof of possession, a mandatory presumption arises against the accused that he intended to traffic and the accused will be found guilty unless he can rebut this presumption on a balance of probabilities.

The presumption of innocence lies at the very heart of the criminal law and is protected expressly by s. 11(*d*) of the *Charter* and inferentially by the s. 7 right to life, liberty and security of the person. This presumption has enjoyed longstanding recognition at common law and has gained widespread acceptance as evidenced from its inclusion in major international human rights documents. In light of these sources, the right to be presumed innocent until proven guilty requires, at a minimum, that: (1) an individual be proven guilty beyond a reasonable doubt; (2) the State must bear the burden of proof; and (3) criminal prosecutions must be carried out in accordance with lawful procedures and fairness.

A provision which requires an accused to disprove on a balance of probabilities the existence of a presumed fact, which is an important element of the offence in question, violates the presumption of innocence in s. 11(*d*). The fact that the standard required on rebuttal is only a balance of probabilities does not render a reverse onus clause constitutional.

Section 8 of the *Narcotic Control Act* infringes the presumption of innocence in s. 11(*d*) of the *Charter* by

pourvoi dans le cadre duquel on a formulé la question constitutionnelle de savoir si l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* est contraire à l'al. 11*d*) de la *Charte* et, par conséquent, inopérant. À supposer que l'on conclue qu'il y a eu violation de l'al. 11*d*) de la *Charte*, cette question constitutionnelle soulève alors la question de savoir si l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* constitue une limite raisonnable imposée par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté et la question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative.

Le juge en chef Dickson et les juges Chouinard, Lamer, Wilson et Le Dain: Aux termes de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, dès qu'on conclut hors de tout doute raisonnable que l'accusé était en possession d'un stupéfiant, celui-ci a la charge ultime de prouver selon la prépondérance des probabilités qu'il n'était pas en possession de ce stupéfiant pour en faire le trafic. Une fois prouvée, la possession fait naître à l'encontre de l'accusé la présomption impérative qu'il avait l'intention de se livrer au trafic et il sera reconnu coupable, à moins qu'il ne puisse, par une preuve selon la prépondérance des probabilités, réfuter cette présomption.

La présomption d'innocence est au cœur même du droit criminel; elle est garantie expressément par l'al. 11*d*) de la *Charte* et implicitement par l'art. 7 qui garantit le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Cette présomption a depuis fort longtemps droit de cité en *common law* et son acceptation générale ressort de son inclusion dans les plus importants documents internationaux relatifs aux droits de la personne. Compte tenu de ces documents, le droit d'être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable exige à tout le moins (1) que la culpabilité soit établie hors de tout doute raisonnable, (2) que ce soit à l'État qu'incombe la charge de la preuve et (3) que les poursuites criminelles se déroulent d'une manière conforme aux procédures légales et à l'équité.

Une disposition qui oblige un accusé à démontrer selon la prépondérance des probabilités l'inexistence d'un fait présumé qui constitue un élément important de l'infraction en question, porte atteinte à la présomption d'innocence de l'al. 11*d*). Ce n'est pas parce que la norme requise pour réfuter la présomption est la preuve selon la prépondérance des probabilités qu'une disposition portant inversion de la preuve est constitutionnelle.

L'article 8 de la *Loi sur les stupéfiants* porte atteinte à la présomption d'innocence de l'al. 11*d*) de la *Charte*

1986 CanLII 46 (SCC)

requiring the accused to prove he is not guilty of trafficking once the basic fact of possession is proven.

The rational connection test — the potential for a rational connection between the basic fact and the presumed fact to justify a reverse onus provision — does not apply to the interpretation of s. 11(*d*). A basic fact may rationally tend to prove a presumed fact, but still not prove its existence beyond a reasonable doubt, which is an important aspect of the presumption of innocence. The appropriate stage for invoking the rational connection test is under s. 1 of the *Charter*.

Section 1 of the *Charter* has two functions: First, it guarantees the rights and freedoms set out in the provisions which follow it; and second, it states explicitly the exclusive justificatory criteria (outside of s. 33 of the *Constitutional Act, 1982*) against which limitations on those rights and freedoms may be measured.

The onus of proving that a limitation on any *Charter* right is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society rests upon the party seeking to uphold the limitation. Limits on constitutionally guaranteed rights are clearly exceptions to the general guarantee. The presumption is that *Charter* rights are guaranteed unless the party invoking s. 1 can bring itself within the exceptional criteria justifying their being limited.

The standard of proof under s. 1 is a preponderance of probabilities. Proof beyond a reasonable doubt would be unduly onerous on the party seeking to limit the right because concepts such as "reasonableness", "justifiability", and "free and democratic society" are not amenable to such a standard. Nevertheless, the preponderance of probability test must be applied rigorously.

Two central criteria must be satisfied to establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. First, the objective to be served by the measures limiting a *Charter* right must be sufficiently important to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom. The standard must be high to ensure that trivial objectives or those discordant with the principles of a free and democratic society do not gain protection. At a minimum, an objective must relate to societal concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society before it can be

en obligeant l'accusé à prouver qu'il n'est pas coupable de trafic, une fois la possession établie.

Le critère du lien rationnel—le fait qu'une disposition portant inversion de la charge de la preuve puisse se justifier par l'existence d'un lien rationnel entre le fait établi et le fait présumé—ne s'applique pas à l'interprétation de l'al. 11*d*). Un fait établi peut rationnellement tendre à prouver un fait présumé sans pour autant en prouver l'existence hors de tout doute raisonnable, un aspect important de la présomption d'innocence. C'est dans le contexte de l'article premier de la *Charte* qu'il convient d'invoquer le critère du lien rationnel.

L'article premier de la *Charte* remplit deux fonctions: premièrement, il garantit les droits et libertés énoncés dans les dispositions qui le suivent; et, deuxièmement, il établit explicitement les seuls critères justificatifs (à part ceux de l'art. 33 de la *Loi constitutionnelle de 1982*) auxquels doivent satisfaire les restrictions apportées à ces droits et libertés.

La charge de prouver qu'une restriction à un droit garanti par la *Charte* est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique incombe à la partie qui demande le maintien de cette restriction. Les restrictions apportées à des droits garantis par la Constitution constituent nettement des exceptions à la garantie générale dont ceux-ci font l'objet. On présume que les droits énoncés dans la *Charte* sont garantis, à moins que la partie qui invoque l'article premier ne puisse satisfaire aux critères exceptionnels qui justifient leur restriction.

La norme de preuve applicable aux fins de l'article premier est la preuve selon la prépondérance des probabilités. La preuve hors de tout doute raisonnable imposerait une charge trop lourde à la partie qui cherche à apporter une restriction à un droit, puisque des concepts comme «le caractère raisonnable», «le caractère justifiable» et «une société libre et démocratique» ne se prêtent pas à l'application d'une telle norme. Néanmoins, le critère de la prépondérance des probabilités doit être appliqué rigoureusement.

Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux critères fondamentaux. En premier lieu, l'objectif que doivent servir les mesures qui apportent une restriction à un droit garanti par la *Charte*, doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution. La norme doit être sévère afin que les objectifs peu importants ou contraires aux principes d'une société libre et démocratique ne bénéficient pas d'une protection. Il faut à tout le

1986 CanLII 46 (SCC)

characterized as sufficiently important. Second, the party invoking s. 1 must show the means to be reasonable and demonstrably justified. This involves a form of proportionality test involving three important components. To begin, the measures must be fair and not arbitrary, carefully designed to achieve the objective in question and rationally connected to that objective. In addition, the means should impair the right in question as little as possible. Lastly, there must be a proportionality between the effects of the limiting measure and the objective — the more severe the deleterious effects of a measure, the more important the objective must be.

Parliament's concern that drug trafficking be decreased was substantial and pressing. Its objective of protecting society from the grave ills of drug trafficking was self-evident, for the purposes of s. 1, and could potentially in certain cases warrant the overriding of a constitutionally protected right. There was, however, no rational connection between the basic fact of possession and the presumed fact of possession for the purpose of trafficking. The possession of a small or negligible quantity of narcotics would not support the inference of trafficking.

Per Estey and McIntyre JJ.: Concurred in the reasons of Dickson C.J. with respect to the relationship between s. 11(*d*) and s. 1 of the *Charter* but the reasons of Martin J.A. in the court below were adopted for the disposition of all other issues.

Cases Cited

R. v. Shelley, [1981] 2 S.C.R. 196; *R. v. Carroll* (1983), 147 D.L.R. (3d) 92; *R. v. Cook* (1983), 4 C.C.C. (3d) 419; *R. v. Stanger* (1983), 7 C.C.C. (3d) 337; *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303; *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462, considered; *Ong Ah Chuan v. Public Prosecutor*, [1981] A.C. 648, distinguished; *R. v. Babcock and Auld*, [1967] 2 C.C.C. 235; *R. v. O'Day* (1983), 5 C.C.C. (3d) 227; *R. v. Landry*, [1983] C.A. 408, 7 C.C.C. (3d) 555; *R. v. Therrien* (1982), 67 C.C.C. (2d) 31; *R. v. Fraser* (1982), 138 D.L.R. (3d) 488; *R. v. Kupczyniski*, Ontario County Court, unreported, June 23, 1982; *R. v. Sharpe* (1961), 131 C.C.C. 75; *R. v. Silk*, [1970] 3 C.C.C. (2d) 1; *R. v. Erdman* (1971), 24 C.R.N.S. 216; *Public Prosecutor v. Yuvaraj*, [1970] 2 W.L.R. 226; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Manchuk v.*

moins qu'un objectif se rapporte à des préoccupations sociales, urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important. En deuxième lieu, la partie qui invoque l'article premier doit démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. Cela nécessite l'application d'une sorte de critère de proportionnalité qui comporte trois éléments importants. D'abord, les mesures doivent être équitables et non arbitraires, être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question et avoir un lien rationnel avec cet objectif. De plus, le moyen choisi doit être de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question. Enfin, il doit y avoir proportionnalité entre les effets de la mesure restrictive et l'objectif poursuivi — plus les effets préjudiciables d'une mesure sont graves, plus l'objectif doit être important.

Le souci du législateur de réduire le trafic des stupéfiants est réel et urgent. Son objectif, qui est de protéger la société contre les fléaux liés au trafic des stupéfiants est évident en soi aux fins de l'article premier, et peut justifier dans certains cas l'atteinte à un droit garanti par la Constitution. Il n'existe toutefois pas de lien rationnel entre le fait établi de la possession et le fait présumé de possession à des fins de trafic. La possession d'une quantité infime ou négligeable de stupéfiants ne justifie pas une conclusion de trafic.

Les juges Estey et McIntyre: Les motifs du juge en chef Dickson sont adoptés en ce qui concerne le lien entre l'al. 11*d*) et l'article premier de la *Charte*. Cependant, il y a adoption des motifs du juge Martin de la Cour d'appel pour ce qui est de statuer sur toutes les autres questions.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *R. c. Shelley*, [1981] 2 R.C.S. 196; *R. v. Carroll* (1983), 147 D.L.R. (3d) 92; *R. v. Cook* (1983), 4 C.C.C. (3d) 419; *R. v. Stanger* (1983), 7 C.C.C. (3d) 337; *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303; *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462; distinction faite d'avec l'arrêt: *Ong Ah Chuan v. Public Prosecutor*, [1981] A.C. 648; arrêts mentionnés: *R. v. Babcock and Auld*, [1967] 2 C.C.C. 235; *R. v. O'Day* (1983), 5 C.C.C. (3d) 227; *R. c. Landry*, [1983] C.A. 408, 7 C.C.C. (3d) 555; *R. v. Therrien* (1982), 67 C.C.C. (2d) 31; *R. v. Fraser* (1982), 138 D.L.R. (3d) 488; *R. v. Kupczyniski*, Cour de comté de l'Ontario, décision inédite en date du 23 juin 1982; *R. v. Sharpe* (1961), 131 C.C.C. 75; *R. v. Silk*, [1970] 3 C.C.C. (2d) 1; *R. v. Erdman* (1971), 24 C.R.N.S. 216; *Public Prosecutor v. Yuvaraj*, [1970] 2 W.L.R. 226; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Renvoi: Motor*

1986 CanLII 46 (SCC)

The King, [1938] S.C.R. 341; *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Stock* (1983), 10 C.C.C. (3d) 319; *Re Anson and The Queen* (1983), 146 D.L.R. (3d) 661; *R. v. Holmes* (1983), 41 O.R. (2d) 250; *R. v. Whyte* (1983), 10 C.C.C. (3d) 277; *R. v. Lee's Poultry Ltd.* (1985), 17 C.C.C. 539; *R. v. T.* (1985), 18 C.C.C. (3d) 125; *R. v. Kowalczuk* (1983), 5 C.C.C. (3d) 25; *R. v. Schwartz* (1983), 10 C.C.C. (3d) 34; *Re Boyle and The Queen* (1983), 41 O.R. (2d) 713; *Tot v. United States*, 319 U.S. 463 (1943); *Leary v. United States*, 395 U.S. 6 (1969); *County Court of Ulster County, New York v. Allen*, 442 U.S. 140 (1979); *In Re Winship*, 397 U.S. 358 (1970); *Pfunders Case (Austria v. Italy)* (1963), 6 Yearbook E.C.H.R. 740; *X against the United Kingdom*, Appl'n No. 5124/71, Collection of Decisions, E.C.H.R., 135; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Bater v. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458; *Hanes v. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1963] S.C.R. 154; *Smith v. Smith*, [1952] 2 S.C.R. 312, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 2(*f*).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(*d*).
Constitution Act, 1982, s. 33.
Constitution of the United States of America, 5th and 14th Amendments.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 224A(1)(*a*) (now s. 237(1)(*a*)).
Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27, s. 35 (formerly s. 33 en. by 1960-61 (Can.), c. 37, s. 1).
International Covenant on Civil and Political Rights, 1966, art. 14(2).
Misuse of Drugs Act 1971, 1971 (U.K.), c. 38.
Misuse of Drugs Act 1975, 1975 (N.Z.), No. 116.
Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, ss. 3(1), (2), 4(1), (2), (3), 8.
Opium and Narcotic Drug Act, R.S.C. 1952, c. 201.
Protocol for Limiting and Regulating the Cultivation of the Poppy Plant, the Production of, International and Wholesale Trade in, and Use of Opium.
Single Convention on Narcotic Drugs, 1961.
Universal Declaration of Human Rights, art. 11(I).

Authors Cited

Canada. Commission of Inquiry into the Non-Medical Use of Drugs. *Final Report of the Commission of*

Vehicle Act de la C.-B., [1985] 2 R.C.S. 486; *Manchuk v. The King*, [1938] R.C.S. 341; *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. v. Stock* (1983), 10 C.C.C. (3d) 319; *Re Anson and The Queen* (1983), 146 D.L.R. (3d) 661; *R. v. Holmes* (1983), 41 O.R. (2d) 250; *R. v. Whyte* (1983), 10 C.C.C. (3d) 277; *R. v. Lee's Poultry Ltd.* (1985), 17 C.C.C. 539; *R. v. T.* (1985), 18 C.C.C. (3d) 125; *R. v. Kowalczuk* (1983), 5 C.C.C. (3d) 25; *R. v. Schwartz* (1983), 10 C.C.C. (3d) 34; *Re Boyle and The Queen* (1983), 41 O.R. (2d) 713; *Tot v. United States*, 319 U.S. 463 (1943); *Leary v. United States*, 395 U.S. 6 (1969); *County Court of Ulster County, New York v. Allen*, 442 U.S. 140 (1979); *In Re Winship*, 397 U.S. 358 (1970); *Affaire Pfunders (Autriche c. Italie)* (1963), 6 Annuaire C.E.D.H. 741; *X contre le Royaume-Uni*, demande nº 5124/71, Recueil des décisions, C.E.D.H. 135; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Bater v. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458; *Hanes v. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1963] R.C.S. 154; *Smith v. Smith*, [1952] 2 R.C.S. 312.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11*d*).
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 224A(1)*a*) (actuel art. 237(1)*a*)).
Constitution of the United States of America, 5th and 14th Amendments.
Convention unique sur les stupéfiants de 1961.
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III, art. 2*f*).
Déclaration universelle des droits de l'homme, art. 11(I).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 33.
Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, chap. F-27, art. 35 (anciennement art. 33 promulgué par 1960-61 (Can.), chap. 37, art. 1).
Loi sur l'opium et les drogues narcotiques, S.R.C. 1952, chap. 201.
Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 3(1), (2), 4(1), (2), (3), 8.
Misuse of Drugs Act 1971, 1971 (U.K.), chap. 38.
Misuse of Drugs Act 1975, 1975 (N.Z.), nº 116.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966, art. 14(2).
Protocole visant à limiter et à réglementer la culture du pavot, ainsi que la production, le commerce international, le commerce de gros et l'emploi de l'opium.

Doctrine citée

Canada. Commission d'enquête sur l'usage des drogues à des fins non médicales. *Rapport final, Commission*

1986 CanLII 46 (SCC)

Inquiry into the Non-Medical Use of Drugs, Ottawa, Information Canada, 1973.
Canada. *Report of the Special Committee on Traffic in Narcotic Drugs*, Appendix to Debates of the Senate, 1955 Session.
Cross, Sir Rupert. *Evidence*, 5th ed., London, Butterworths, 1979.
Cross, Sir Rupert. "The Golden Thread of the English Criminal Law: The Burden of Proof," delivered in the *Rede Lectures*, University of Toronto, Toronto, 1976.
Jacobs, Francis. *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1975.
MacKay, A. Wayne and T. A. Cromwell. "Oakes: A Bold Initiative Impeded by Old Ghosts" (1983), 32 C.R. (3d) 221, 221-235.
Sopinka, John and Sidney N. Lederman. *The Law of Evidence in Civil Cases*, Toronto, Butterworths, 1974.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1983), 145 D.L.R. (3d) 123, 2 C.C.C. (3d) 339, dismissing an appeal of the Crown from a judgment of Walker Prov. Ct. J. convicting the accused of simple possession on a charge of possessing narcotics for the purposes of trafficking contrary to s. 4(2) of the *Narcotic Control Act*. Appeal dismissed.

Julius Isaac, Q.C., Michael R. Dambrot and *Donna C. McGillis*, for the appellant.

Geoffrey A. Beasley, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This appeal concerns the constitutionality of s. 8 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1. The section provides, in brief, that if the Court finds the accused in possession of a narcotic, he is presumed to be in possession for the purpose of trafficking. Unless the accused can establish the contrary, he must be convicted of trafficking. The Ontario Court of Appeal held that this provision constitutes a "reverse onus" clause and is unconstitutional because it violates one of the core values of our criminal justice system, the presumption of innocence, now entrenched in s. 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Crown has appealed.

d'enquête sur l'usage des drogues à des fins non médicales, Ottawa, Information Canada, 1973.
Canada. *Rapport du Comité spécial chargé d'enquêter sur le trafic des stupéfiants*, appendice aux Débats du Sénat du Canada, session 1955.
Cross, Sir Rupert. *Evidence*, 5th ed., London, Butterworths, 1979.
Cross, Sir Rupert. «The Golden Thread of the English Criminal Law: The Burden of Proof,» delivered in the *Rede Lectures*, University of Toronto, Toronto, 1976.
Jacobs, Francis. *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1975.
MacKay, A. Wayne and T. A. Cromwell. «Oakes: A Bold Initiative Impeded by Old Ghosts» (1983), 32 C.R. (3d) 221, 221-235.
Sopinka, John and Sidney N. Lederman. *The Law of Evidence in Civil Cases*, Toronto, Butterworths, 1974.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1983), 145 D.L.R. (3d) 123, 2 C.C.C. (3d) 339, qui a rejeté un appel formé par le ministère public contre une décision dans laquelle le juge Walker de la Cour provinciale a reconnu l'accusé coupable de simple possession alors qu'il était inculpé de possession de stupéfiants pour en faire le trafic, contrairement au par. 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants*. Pourvoi rejeté.

Julius Isaac, c.r., Michael R. Dambrot et *Donna C. McGillis*, pour l'appelante.

Geoffrey A. Beasley, pour l'intimé.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Chouinard, Lamer, Wilson et Le Dain rendu par

LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi porte sur la constitutionnalité de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1. L'article 8 prévoit en bref que, si la cour constate que l'accusé était en possession d'un stupéfiant, il est présumé l'avoir été pour en faire le trafic. À moins que l'accusé ne puisse établir le contraire, il doit être déclaré coupable de trafic. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que cet article constitue une disposition portant «inversion de la charge de la preuve», qui est en conséquence inconstitutionnelle pour le motif qu'elle viole l'un des principes fondamentaux de notre système de justice criminelle, savoir la présomption d'innocence qui est maintenant enchâssée dans l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le ministère public a formé un pourvoi.

1986 CanLII 46 (SCC)

I

Statutory and Constitutional Provisions

Before reviewing the factual context, I will set out the relevant legislative and constitutional provisions:

Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1.

3. (1) Except as authorized by this Act or the regulations, no person shall have a narcotic in his possession.

(2) Every person who violates subsection (1) is guilty of an indictable offence and is liable

(*a*) upon summary conviction for a first offence, to a fine of one thousand dollars or to imprisonment for six months or to both fine and imprisonment, and for a subsequent offence, to a fine of two thousand dollars or to imprisonment for one year or to both fine and imprisonment; or

(*b*) upon conviction on indictment, to imprisonment for seven years.

4. (1) No person shall traffic in a narcotic or any substance represented or held out by him to be a narcotic.

(2) No person shall have in his possession a narcotic for the purpose of trafficking.

(3) Every person who violates subsection (1) or (2) is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life.

. . .

8. In any prosecution for a violation of subsection 4(2), if the accused does not plead guilty, the trial shall proceed as if it were a prosecution for an offence under section 3, and after the close of the case for the prosecution and after the accused has had an opportunity to make full answer and defence, the court shall make a finding as to whether or not the accused was in possession of the narcotic contrary to section 3; if the court finds that the accused was not in possession of the narcotic contrary to section 3, he shall be acquitted but if the court finds that the accused was in possession of the narcotic contrary to section 3, he shall be given an opportunity of establishing that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking, and thereafter the prosecutor shall be given an opportunity of adducing evidence to establish that the accused was in possession of the narcotic for the purpose of trafficking; if the accused establishes that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking, he shall be acquitted of the offence as charged but he shall be

I

Les dispositions législatives et constitutionnelles

Avant de passer à l'examen des faits, reproduisons les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes:

Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1.

3. (1) Sauf ainsi que l'autorisent la présente loi ou les règlements, nul ne peut avoir un stupéfiant en sa possession.

(2) Quiconque enfreint le paragraphe (1) est coupable d'une infraction et passible,

a) sur déclaration sommaire de culpabilité, pour une première infraction, d'une amende de mille dollars ou d'un emprisonnement de six mois ou à la fois de l'amende et de l'emprisonnement, et pour infraction subséquente, d'une amende de deux mille dollars ou d'un emprisonnement d'un an ou à la fois de l'amende et de l'emprisonnement; ou

b) sur déclaration de culpabilité sur acte d'accusation, d'un emprisonnement de sept ans.

4. (1) Nul ne peut faire le trafic d'un stupéfiant ou d'une substance quelconque qu'il prétend être ou estime être un stupéfiant.

(2) Nul ne peut avoir en sa possession un stupéfiant pour en faire le trafic.

(3) Quiconque enfreint le paragraphe (1) ou (2) est coupable d'un acte criminel et encourt l'emprisonnement à perpétuité.

. . .

8. Dans toutes poursuites pour une violation du paragraphe 4(2), si l'accusé n'avoue pas sa culpabilité, le procès doit s'instruire comme s'il s'agissait d'une poursuite pour une infraction prévue par l'article 3, et après que le poursuivant a terminé son exposé et qu'il a été fourni à l'accusé une occasion de présenter une réplique et une défense complètes, la cour doit statuer sur la question de savoir si l'accusé était ou non en possession du stupéfiant contrairement aux dispositions de l'article 3; si la cour constate que l'accusé n'était pas en possession du stupéfiant contrairement aux dispositions de l'article 3; elle doit l'acquitter, mais si elle constate qu'il était en possession du stupéfiant contrairement aux dispositions de l'article 3, il doit être fourni à l'accusé une occasion de démontrer qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic, et, par la suite, il doit être fourni au poursuivant une occasion d'établir la preuve que l'accusé était en possession du stupéfiant pour en faire le trafic; si celui-ci démontre qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic, il

1986 CanLII 46 (SCC)

convicted of an offence under section 3 and sentenced accordingly; and if the accused fails to establish that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking, he shall be convicted of the offence as charged and sentenced accordingly.

(Emphasis added.)

Canadian Charter of Rights and Freedoms

11. Any person charged with an offence has the right

. . . .

(*d*) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal.

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

II

Facts

The respondent, David Edwin Oakes, was charged with unlawful possession of a narcotic for the purpose of trafficking, contrary to s. 4(2) of the *Narcotic Control Act*. He elected trial by magistrate without a jury. At trial, the Crown adduced evidence to establish that Mr. Oakes was found in possession of eight one gram vials of *cannabis* resin in the form of hashish oil. Upon a further search conducted at the police station, $619.45 was located. Mr. Oakes told the police that he had bought ten vials of hashish oil for $150 for his own use, and that the $619.45 was from a workers' compensation cheque. He elected not to call evidence as to possession of the narcotic. Pursuant to the procedural provisions of s. 8 of the *Narcotic Control Act*, the trial judge proceeded to make a finding that it was beyond a reasonable doubt that Mr. Oakes was in possession of the narcotic.

doit être acquitté de l'infraction dont fait mention l'acte d'accusation, mais il doit être déclaré coupable d'une infraction aux termes de l'article 3 et condamné en conséquence; et si l'accusé ne démontre pas qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic, il doit être déclaré coupable de l'infraction dont fait mention l'acte d'accusation et condamné en conséquence.

(C'est moi qui souligne.)

Charte canadienne des droits et libertés

11. Tout inculpé a le droit:

. . . .

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

II

Les faits

L'intimé, David Edwin Oakes, a été accusé d'avoir eu illégalement en sa possession un stupéfiant pour en faire le trafic, contrairement au par. 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants*. Il a choisi de subir son procès devant un magistrat siégeant sans jury. Au cours du procès, la poursuite a produit des éléments de preuve en vue d'établir que M. Oakes avait été trouvé en possession de huit fioles d'une capacité d'un gramme contenant de la résine de cannabis sous forme d'huile de haschisch. Une fouille effectuée au poste de police a permis de découvrir la somme de 619,45 $. Monsieur Oakes a dit à la police qu'il avait acheté au prix de 150 $ dix fioles d'huile de haschisch pour son propre usage et que les 619,45 $ provenaient d'un chèque d'indemnisation pour un accident de travail. Il a choisi de ne pas présenter de preuve relativement à la possession d'un stupéfiant. Conformément aux dispositions en matière de procédure de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, le juge du procès a conclu que, hors de tout doute raisonnable, M. Oakes était en possession du stupéfiant.

1986 CanLII 46 (SCC)

Following this finding, Mr. Oakes brought a motion to challenge the constitutional validity of s. 8 of the *Narcotic Control Act*, which he maintained imposes a burden on an accused to prove that he or she was not in possession for the purpose of trafficking. He argued that s. 8 violates the presumption of innocence contained in s. 11(*d*) of the *Charter*.

III

Judgments

(a) Ontario Provincial Court (*R. v. Oakes* (1982), 38 O.R. (2d) 598)

At trial, Walker Prov. Ct. J. borrowed the words of Laskin C.J. in *R. v. Shelley*, [1981] 2 S.C.R. 196, at p. 202, and found there was no rational or necessary connection between the fact proved, *i.e.*, possession of the drug, and the conclusion asked to be drawn, namely, possession for the purpose of trafficking. Walker Prov. Ct. J. held that, to the extent that s. 8 of the *Narcotic Control Act* requires this presumption and the resultant conviction, it is inoperative as a violation of the presumption of innocence contained in s. 11(*d*) of the *Charter*.

Walker Prov. Ct. J. added that the reverse onus in s. 8 would not be invalid if the Crown had adduced evidence of possession as well as evidence from which it could be inferred beyond a reasonable doubt that the possession was for the purpose of trafficking. If this were done, there would be a sufficient rational connection between the fact of possession and the presumed fact of trafficking.

(b) Ontario Court of Appeal (*R. v. Oakes* (1983), 145 D.L.R. (3d) 123)

Martin J.A., writing for a unanimous court, dismissed the appeal and held the reverse onus provision in s. 8 of the *Narcotic Control Act* unconstitutional.

Martin J.A. stated that, as a general rule, a reverse onus clause which places a burden on the

À la suite de cette conclusion, M. Oakes a présenté une requête en contestation de la constitutionnalité de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, qui, selon lui, impose à un accusé l'obligation de prouver qu'il n'était pas en possession d'un stupéfiant pour en faire le trafic et constitue de ce fait une violation de la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11*d*) de la *Charte*.

III

Les jugements

a) Cour provinciale de l'Ontario (*R. v. Oakes* (1982), 38 O.R. (2d) 598)

Au procès, le juge Walker de la Cour provinciale a emprunté les termes utilisés par le juge en chef Laskin dans l'arrêt *R. c. Shelley*, [1981] 2 R.C.S. 196, à la p. 202, et a conclu qu'il n'y avait aucun lien rationnel ou nécessaire entre le fait prouvé, c.-à-d. la possession du stupéfiant, et la conclusion qu'on lui demandait de tirer, savoir qu'il s'agissait d'une possession à des fins de trafic. Le juge Walker a conclu que, dans la mesure où l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* requiert cette présomption et la déclaration de culpabilité qui en résulte, il va à l'encontre de la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11*d*) de la *Charte* et est en conséquence inopérant.

Le juge Walker a ajouté que l'inversion de la charge de la preuve effectuée par l'art. 8 n'aurait pas été entachée d'invalidité si le ministère public avait produit une preuve de possession ainsi que des éléments de preuve permettant de conclure hors de tout doute raisonnable qu'il s'agissait d'une possession à des fins de trafic. Si cela était fait, il y aurait un lien rationnel suffisant entre le fait de la possession et le fait présumé, c.-à-d. le trafic.

b) Cour d'appel de l'Ontario (*R. v. Oakes* (1983), 145 D.L.R. (3d) 123)

La Cour d'appel, s'exprimant par l'intermédiaire du juge Martin, a rejeté à l'unanimité l'appel et déclaré inconstitutionnelle la disposition de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* portant inversion de la charge de la preuve.

Le juge Martin a affirmé qu'en règle générale une disposition qui inverse la charge de la preuve

CanLII 46 (SCC)

accused to disprove on a balance of probabilities an essential element of an offence contravenes the right to be presumed innocent. Nevertheless, he held that some reverse onus provisions may be constitutionally valid provided they constitute reasonable limitations on the right to be presumed innocent and are demonstrably justified in a free and democratic society.

To determine whether a particular reverse onus provision is legitimate, Martin J.A. outlined a two-pronged inquiry. First, it is necessary to pass a threshold test which he explained as follows, at p. 146:

> The threshold question in determining the legitimacy of a particular reverse onus provision is whether the reverse onus clause is justifiable in the sense that it is reasonable for Parliament to place the burden of proof on the accused in relation to an ingredient of the offence in question. In determining the threshold question consideration should be given to a number of factors, including such factors as: (a) the magnitude of the evil sought to be suppressed, which may be measured by the gravity of the harm resulting from the offence or by the frequency of the occurrence of the offence or by both criteria; (b) the difficulty of the prosecution making proof of the presumed fact, and (c) the relative ease with which the accused may prove or disprove the presumed fact. Manifestly, a reverse onus provision placing the burden of proof on the accused with respect to a fact which it is not rationally open to him to prove or disprove cannot be justified.

If the reverse onus provision meets these criteria, due regard having been given to Parliament's assessment of the need for the provision, a second test must then be satisfied. This second test was described by Martin J.A. as the "rational connection test". According to it, to be reasonable, the proven fact (*e.g.*, possession) must rationally tend to prove the presumed fact (*e.g.*, an intention to traffic). In other words, the proven fact must raise a probability that the presumed fact exists.

de manière à obliger l'accusé à prouver selon la prépondérance des probabilités l'inexistence d'un élément essentiel d'une infraction contrevient au droit d'être présumé innocent. Néanmoins, il a conclu que certaines dispositions portant inversion de la charge de la preuve peuvent être constitutionnelles pour peu qu'elles constituent des restrictions raisonnables au droit d'être présumé innocent et que la justification de ces restrictions puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Le juge Martin a énoncé une question à deux volets qu'il faut se poser pour déterminer si, dans un cas donné, une disposition portant inversion de la charge de la preuve est légitime. Ainsi, il faut d'abord satisfaire à un critère préliminaire que le juge Martin explique de la façon suivante à la p. 146:

> [TRADUCTION] Pour décider de la légitimité d'une disposition particulière portant inversion de la charge de la preuve, il faut d'abord et avant tout se demander si cette disposition est justifiable en ce sens qu'il est raisonnable que le législateur impose à l'accusé la charge de la preuve relativement à un élément de l'infraction en cause. Pour répondre à cette question préliminaire il faut prendre en considération un certain nombre de facteurs dont: a) l'ampleur du mal à réprimer, qui peut être mesurée par la gravité du préjudice résultant de l'infraction ou par la fréquence de la perpétration de l'infraction, ou par les deux critères, b) la difficulté que peut éprouver la poursuite à établir le fait présumé, et c) la facilité relative avec laquelle l'accusé pourra prouver l'existence ou l'inexistence du fait présumé. Manifestement, une disposition imposant à l'accusé la charge de la preuve à l'égard d'un fait dont, logiquement, il n'est pas à même de prouver l'existence ou l'inexistence n'est guère justifiable.

Si, après qu'on a dûment tenu compte de la détermination par le législateur de la nécessité d'une telle disposition, la disposition portant inversion de la charge de la preuve répond à ces critères, elle doit alors satisfaire à un autre. Il s'agit de ce que le juge Martin a décrit comme le [TRADUCTION] «critère du lien rationnel». Suivant ce critère, pour être raisonnable, le fait prouvé (par ex., la possession) doit logiquement tendre à établir le fait présumé (par ex., l'intention de faire le trafic). En d'autres termes, le fait prouvé doit soulever la probabilité de l'existence du fait présumé.

1986 CanLII 46 (SCC)

In considering s. 8 of the *Narcotic Control Act*, Martin J.A. focused primarily on the second test at p. 147:

> I have reached the conclusion that s. 8 of the *Narcotic Control Act* is constitutionally invalid because of the lack of a rational connection between the proved fact (possession) and the presumed fact (an intention to traffic) .... Mere possession of a small quantity of a narcotic drug does not support an inference of possession for the purpose of trafficking or even tend to prove an intent to traffic. Moreover, upon proof of possession, s. 8 casts upon the accused the burden of disproving not some formal element of the offence but the burden of disproving the very essence of the offence.

Martin J.A. added that it is not for courts to attempt to rewrite s. 8 by applying it on a case by case basis. Furthermore, where a rational connection does exist between possession and the presumed intention to traffic, such as "where the possession of a narcotic drug is of such a nature as to be indicative of trafficking, the common sense of a jury can ordinarily be relied upon to arrive at a proper conclusion". There would not, therefore, be any need for a statutory presumption.

One final note should be made regarding Martin J.A.'s judgment. In assessing whether or not s. 8 was a reasonable limitation on the constitutional protection of the presumption of innocence, Martin J.A. combined the analysis of s. 11(*d*) with s. 1. He held that the requirements of s. 1, that a limitation be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society, provided the standard for interpreting the phrase "according to law" in s. 11(*d*).

IV

The Issues

The constitutional question in this appeal is stated as follows:

> Is s. 8 of the *Narcotic Control Act* inconsistent with s. 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and thus of no force and effect?

Dans son analyse de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, le juge Martin s'est arrêté principalement au second critère à la p. 147:

> [TRADUCTION] J'en suis venu à la conclusion que l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* est inconstitutionnel en raison de l'absence d'un lien rationnel entre le fait prouvé (la possession) et le fait présumé (l'intention de faire le trafic) ... La simple possession d'une faible quantité d'un stupéfiant ne permet pas de conclure à la possession à des fins de trafic ou encore ne tend même pas à prouver une intention de se livrer au trafic. En outre, du moment que la possession est prouvée, l'art. 8 impose à l'accusé la charge de prouver l'inexistence non pas de quelque élément formel de l'infraction mais de l'essence même de celle-ci.

Le juge Martin ajoute qu'il n'appartient pas aux tribunaux d'essayer de reformuler l'art. 8 en l'appliquant cas par cas. De plus, lorsqu'il existe un lien rationnel entre la possession et l'intention présumée de faire le trafic, comme [TRADUCTION] «dans le cas où la possession d'un stupéfiant est de nature à constituer une indication du trafic de celui-ci, on peut ordinairement compter sur le bon sens du jury pour que celui-ci tire la bonne conclusion». Aucune présomption légale ne serait alors nécessaire.

Une dernière observation s'impose relativement aux motifs du juge Martin. Dans son étude de la question de savoir si l'art. 8 constitue une restriction raisonnable de la protection constitutionnelle accordée à la présomption d'innocence, le juge Martin a rapproché l'al. 11*d*) de l'article premier. Il a conclu que l'exigence de l'article premier qu'une restriction soit raisonnable et que sa justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique constitue la norme applicable à l'interprétation de l'expression «conformément à la loi» que l'on trouve à l'al. 11*d*).

IV

Les questions en litige

La question constitutionnelle formulée dans le présent pourvoi est la suivante:

> L'article 8 de la *Loi sur les stupéfiants* est-il incompatible avec l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, inopérant?

1986 CanLII 46 (SCC)

Two specific questions are raised by this general question: (1) does s. 8 of the *Narcotic Control Act* violate s. 11(*d*) of the *Charter*; and, (2) if it does, is s. 8 a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society for the purpose of s. 1 of the *Charter*? If the answer to (1) is affirmative and the answer to (2) negative, then the constitutional question must be answered in the affirmative.

V

Does s. 8 of the *Narcotic Control Act* Violate s. 11(*d*) of the *Charter*?

(a) The Meaning of s. 8

Before examining the presumption of innocence contained in s. 11(*d*) of the *Charter*, it is necessary to clarify the meaning of s. 8 of the *Narcotic Control Act*. The procedural steps contemplated by s. 8 were clearly outlined by Branca J.A. in *R. v. Babcock and Auld*, [1967] 2 C.C.C. 235 (B.C.C.A.), at p. 247:

(A) The accused is charged with possession of a forbidden drug for the purpose of trafficking.

(B) The trial of the accused on this charge then proceeds as if it was a prosecution against the accused on a simple charge of possession of the forbidden drug ....

(C) When the Crown has adduced its evidence on the basis that the charge was a prosecution for simple possession, the accused is then given the statutory right or opportunity of making a full answer and defence to the charge of simple possession ....

(D) When this has been done the Court must make a finding as to whether the accused was in possession of narcotics contrary to s. 3 of the new Act. (Unlawful possession of a forbidden narcotic drug).

(E) Assuming that the Court so finds, it is then that an onus is placed upon the accused in the sense that an opportunity must be given to the accused of establishing that he was not in possession of a narcotic for the purpose of trafficking.

(F) When the accused has been given this opportunity the prosecutor may then establish that the possession of the accused was for the purpose of trafficking ....

Cette question générale soulève deux questions précises: (1) l'article 8 de la *Loi sur les stupéfiants* contrevient-il à l'al. 11*d*) de la *Charte*? et (2) dans l'affirmative, l'art. 8 constitue-t-il une limite raisonnable imposée par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'art. 1 de la *Charte*? Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à la première question et d'une réponse négative à la seconde, la question constitutionnelle doit alors recevoir une réponse affirmative.

V

L'article 8 de la *Loi sur les stupéfiants* contrevient-il à l'al. 11*d*) de la *Charte*?

a) Le sens de l'art. 8

Avant d'examiner la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11*d*) de la *Charte*, il est nécessaire de préciser le sens de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*. Dans l'arrêt *R. v. Babcock and Auld*, [1967] 2 C.C.C. 235 (C.A.C.-B.), à la p. 247, le juge Branca expose clairement les étapes de la procédure prévue par l'art. 8:

[TRADUCTION] A) L'accusé est inculpé de possession d'un stupéfiant prohibé en vue d'en faire le trafic.

B) Le procès de l'accusé relativement à cette accusation est alors instruit comme s'il s'agissait d'une poursuite relativement à une simple accusation de possession du stupéfiant prohibé ...

C) Lorsque le ministère public a administré sa preuve comme s'il s'agissait d'une poursuite pour simple possession, la loi accorde à l'accusé le droit ou la possibilité de présenter une défense complète relativement à l'accusation de simple possession ...

D) Ceci fait, la cour doit statuer sur la question de savoir si l'accusé était en possession d'un stupéfiant contrairement à l'art. 3 de la nouvelle Loi. (Possession d'un stupéfiant prohibé).

E) Si la cour conclut à la possession, c'est alors à ce moment que la charge de la preuve est imposée à l'accusé en ce sens qu'on doit lui fournir l'occasion de démontrer qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic.

F) Quand l'accusé a eu cette possibilité, la poursuite peut alors tenter d'établir que l'accusé était en possession du stupéfiant pour en faire le trafic ...

1986 CanLII 46 (SCC)

(G) It is then that the Court must find whether or not the accused has discharged the onus placed upon him under and by the said section.

(H) If the Court so finds, the accused must be acquitted of the offence as charged, namely, possession for the purpose of trafficking, but in that event the accused must be convicted of the simple charge of unlawful possession of a forbidden narcotic . . . .

(I) If the accused does not so establish he must then be convicted of the full offence as charged.

Mr. Justice Branca then added at pp. 247-48:

It is quite clear to me that under s. 8 of the new Act the trial must be divided into two phases. In the first phase the sole issue to be determined is whether or not the accused is guilty of simple possession of a narcotic. This issue is to be determined upon evidence relevant only to the issue of possession. In the second phase the question to be resolved is whether or not the possession charged is for the purpose of trafficking.

Against the backdrop of these procedural steps, we must consider the nature of the statutory presumption contained in s. 8 and the type of burden it places on an accused. The relevant portions of s. 8 read:

8. . . . if the court finds that the accused was in possession of the narcotic . . . he shall be given an opportunity of establishing that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking . . . if the accused fails to establish that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking, he shall be convicted of the offence as charged . . . .

In determining the meaning of these words, it is helpful to consider in a general sense the nature of presumptions. Presumptions can be classified into two general categories: presumptions without basic facts and presumptions with basic facts. A presumption without a basic fact is simply a conclusion which is to be drawn until the contrary is proved. A presumption with a basic fact entails a conclusion to be drawn upon proof of the basic fact (see *Cross on Evidence*, 5th ed., at pp. 122-23).

Basic fact presumptions can be further categorized into permissive and mandatory presumptions.

G) C'est alors que la cour doit décider si l'accusé s'est acquitté de l'obligation que lui impose ledit article.

H) Si la cour conclut par l'affirmative, l'accusé doit être acquitté de l'infraction imputée, savoir la possession en vue de faire le trafic, mais, dans ce cas-là, il doit être déclaré coupable de l'infraction de simple possession d'un stupéfiant prohibé . . .

I) Si l'accusé ne réussit pas à démontrer qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic, il doit alors être reconnu coupable de l'infraction imputée.

Le juge Branca ajoute ensuite, aux pp. 247 et 248:

[TRADUCTION] Il est très clair dans mon esprit que l'art. 8 de la nouvelle Loi exige un procès en deux étapes. À la première étape, la seule question qu'il faut résoudre est de savoir si l'accusé est coupable de simple possession d'un stupéfiant. Cette question doit être tranchée en fonction des éléments de preuve qui se rapportent uniquement à la possession. À la seconde étape, la question à trancher est de savoir si la possession imputée était pour des fins de trafic.

Compte tenu de ces étapes de la procédure, nous devons étudier la nature de la présomption légale établie par l'art. 8 ainsi que le genre de charge qu'elle impose à un accusé. Voici les parties pertinentes de l'art. 8:

8. . . . si elle [la cour] constate qu'il était en possession du stupéfiant . . . il doit être fourni à l'accusé une occasion de démontrer qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic . . . si l'accusé ne démontre pas qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic, il doit être déclaré coupable de l'infraction dont fait mention l'acte d'accusation . . .

Pour déterminer le sens de ces mots, il est utile de procéder à un examen général de la nature des présomptions. Les présomptions peuvent être rangées dans deux catégories générales: les présomptions non fondées sur des faits établis et les présomptions fondées sur des faits établis. Une présomption non fondée sur un fait établi est simplement une conclusion qui doit être tirée tant qu'on n'a pas prouvé le contraire. Une présomption fondée sur un fait établi consiste en une conclusion qui repose sur la preuve de ce fait (voir *Cross on Evidence*, 5th ed., aux pp. 122 et 123).

Quant aux présomptions fondées sur des faits établis, elles peuvent créer une faculté ou être

1986 CanLII 46 (SCC)

A permissive presumption leaves it optional as to whether the inference of the presumed fact is drawn following proof of the basic fact. A mandatory presumption requires that the inference be made.

Presumptions may also be either rebuttable or irrebuttable. If a presumption is rebuttable, there are three potential ways the presumed fact can be rebutted. First, the accused may be required merely to raise a reasonable doubt as to its existence. Secondly, the accused may have an evidentiary burden to adduce sufficient evidence to bring into question the truth of the presumed fact. Thirdly, the accused may have a legal or persuasive burden to prove on a balance of probabilities the non-existence of the presumed fact.

Finally, presumptions are often referred to as either presumptions of law or presumptions of fact. The latter entail "frequently recurring examples of circumstantial evidence" (*Cross on Evidence*, *supra*, at p. 124) while the former involve actual legal rules.

To return to s. 8 of the *Narcotic Control Act*, it is my view that, upon a finding beyond a reasonable doubt of possession of a narcotic, the accused has the legal burden of proving on a balance of probabilities that he or she was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking. Once the basic fact of possession is proven, a mandatory presumption of law arises against the accused that he or she had the intention to traffic. Moreover, the accused will be found guilty of the offence of trafficking unless he or she can rebut this presumption on a balance of probabilities. This interpretation of s. 8 is supported by the courts in a number of jurisdictions: *R. v. Carroll* (1983), 147 D.L.R. (3d) 92 (P.E.I.S.C. *in banco*); *R. v. Cook* (1983), 4 C.C.C. (3d) 419 (N.S.C.A.); *R. v. O'Day* (1983), 5 C.C.C. (3d) 227 (N.B.C.A.); *R. v. Landry* (1983), 7 C.C.C. (3d) 555 (Que. C.A.); *R. v. Stanger* (1983), 7 C.C.C. (3d) 337 (Alta. C.A.)

In some decisions it has been held that s. 8 of the *Narcotic Control Act* is constitutional because

impératives. Dans le cas d'une présomption créant une faculté, dès lors qu'il y a un fait établi, on est libre d'en déduire ou ne pas en déduire le fait présumé. Si, par contre, il s'agit d'une présomption impérative, cette déduction est obligatoire.

Une présomption peut aussi être réfutable ou irréfutable. Si elle est réfutable, il y a trois moyens possibles de combattre le fait présumé. Premièrement, l'accusé pourra avoir simplement à susciter un doute raisonnable quant à l'existence de ce fait. Deuxièmement, il pourra avoir la charge de produire une preuve suffisante pour mettre en doute l'exactitude du fait présumé. Troisièmement, il pourra avoir à s'acquitter d'une charge ultime ou d'une charge de persuasion qui l'oblige à prouver selon la prépondérance des probabilités l'inexistence du fait présumé.

Enfin, les présomptions sont souvent décrites comme étant soit des présomptions de droit, soit des présomptions de fait. Ces dernières comportent des [TRADUCTION] «exemples fréquents de preuve indirecte» (*Cross on Evidence*, précité, à la p. 124), alors que les premières comportent des règles de droit expresses.

Revenons à l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*. Selon moi, dès qu'on conclut hors de tout doute raisonnable que l'accusé était en possession d'un stupéfiant, celui-ci a la charge ultime de prouver selon la prépondérance des probabilités qu'il n'était pas en possession de ce stupéfiant pour en faire le trafic. Une fois prouvée, la possession fait naître à l'encontre de l'accusé la présomption de droit impérative qu'il avait l'intention de se livrer au trafic. De plus, l'accusé sera reconnu coupable de l'infraction de trafic, à moins qu'il ne puisse, par une preuve selon la prépondérance des probabilités, réfuter cette présomption. Les cours de plusieurs ressorts ont appuyé cette interprétation de l'art. 8: *R. v. Carroll* (1983), 147 D.L.R. (3d) 92 (C.S.Î.-P.-É. *in banco*); *R. v. Cook* (1983), 4 C.C.C. (3d) 419 (C.A.N.-É.); *R. v. O'Day* (1983), 5 C.C.C. (3d) 227 (C.A.N.-B.); *R. v. Landry*, (1983) 7 C.C.C. (3d) 555 (C.A. Qué.); *R. v. Stanger* (1983), 7 C.C.C. (3d) 337 (C.A. Alb.)

Dans certaines décisions, on a conclu à la constitutionnalité de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*

1986 CanLII 46 (SCC)

it places only an evidentiary burden rather than a legal burden on the accused. The ultimate legal burden to prove guilt beyond a reasonable doubt remains with the Crown and the presumption of innocence is not offended. (*R. v. Therrien* (1982), 67 C.C.C. (2d) 31 (Ont. Co. Ct.); *R. v. Fraser* (1982), 138 D.L.R. (3d) 488 (Sask. Q.B.); *R. v. Kupczyniski*, (June 23, 1982, unreported, Ont. Co. Ct.))

This same approach was relied on in *R. v. Sharpe* (1961), 131 C.C.C. 75 (Ont. C.A.), a *Canadian Bill of Rights* decision on the presumption of innocence. In that case, a provision in the *Opium and Narcotic Drug Act*, R.S.C. 1952, c. 201, similar to s. 8 of the *Narcotic Control Act*, was interpreted as shifting merely the secondary burden of adducing evidence onto the accused. The primary onus remained with the Crown. In *R. v. Silk*, [1970] 3 C.C.C. (2d) 1 (B.C.C.A.), the British Columbia Court of Appeal held that s. 2(*f*) of the *Canadian Bill of Rights* had not been infringed because s. 33 of the *Food and Drugs Act*, (now R.S.C. 1970, c. F-27, s. 35) required only that an accused raise a reasonable doubt that the purpose of his or her possession was trafficking. This decision, however, was not followed in *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303, nor in *R. v. Erdman* (1971), 24 C.R.N.S. 216 (B.C.C.A.)

Those decisions which have held that only the secondary or evidentiary burden shifts are not persuasive with respect to the *Narcotic Control Act*. As Ritchie J. found in *R. v. Appleby*, *supra*, (though addressing a different statutory provision) the phrase "to establish" is the equivalent of "to prove". The legislature, by using the word "establish" in s. 8 of the *Narcotic Control Act*, intended to impose a legal burden on the accused. This is most apparent in the words "if the accused fails to establish that he was not in possession of the

parce qu'il impose à l'accusé une simple charge de présentation plutôt qu'une charge ultime. Le ministère public a toujours la charge ultime de prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable et il n'y a aucune atteinte à la présomption d'innocence. (*R. v. Therrien* (1982), 67 C.C.C. (2d) 31 (C. de comté Ont.); *R. v. Fraser* (1982), 138 D.L.R. (3d) 488 (B.R. Sask.); *R. v. Kupczyniski* (décision inédite en date du 23 juin 1982, C. de comté Ont.))

Ce même point de vue a été invoqué dans l'arrêt *R. v. Sharpe* (1961), 131 C.C.C. 75 (C.A. Ont.), où il était question de la présomption d'innocence, mais dans le contexte de la *Déclaration canadienne des droits*. Suivant l'interprétation qu'on a donnée dans cette affaire à une disposition de la *Loi sur l'opium et les drogues narcotiques*, S.R.C. 1952, chap. 201, cette disposition, qui était semblable à l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, ne reportait sur l'accusé que la charge secondaire de produire des éléments de preuve. Quant à la charge principale, elle continuait d'incomber au ministère public. Dans l'arrêt *R. v. Silk*, [1970] 3 C.C.C. (2d) 1 (C.A.C.-B.), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu qu'il n'y avait pas eu violation de l'al. 2*f*) de la *Déclaration canadienne des droits* parce que l'art. 33 de la *Loi des aliments et drogues* (l'actuel S.R.C. 1970, chap. F-27, art. 35) exigeait simplement d'un accusé qu'il fasse naître un doute raisonnable sur la question de savoir s'il s'agissait d'une possession à des fins de trafic. Toutefois, cet arrêt n'a été suivi ni dans l'arrêt *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303, ni dans l'arrêt *R. v. Erdman* (1971), 24 C.R.N.S. 216 (C.A.C.-B.)

Les décisions établissant que seule la charge secondaire ou la charge de présentation est déplacée n'ont aucune force persuasive pour ce qui est de la *Loi sur les stupéfiants*. Comme l'a conclu le juge Ritchie dans l'arrêt *R. c. Appleby*, précité, (quoique relativement à une disposition législative différente), le terme «établir» équivaut à «prouver». En employant le mot «démontrer» à l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, le législateur a voulu imposer à l'accusé une charge ultime. C'est ce qui ressort on ne peut plus clairement de la phrase

1986 CanLII 46 (SCC)

narcotic for the purpose of trafficking, he shall be convicted of the offence as charged".

In the *Appleby* case, Ritchie J. also held that the accused is required to disprove the presumed fact according to the civil standard of proof, on a balance of probabilities. He rejected the criminal standard of beyond a reasonable doubt, relying, *inter alia*, upon the following passage from the House of Lords' decision in *Public Prosecutor v. Yuvaraj*, [1970] 2 W.L.R. 226, at p. 232:

> Generally speaking, no onus lies upon a defendant in criminal proceedings to prove or disprove any fact: it is sufficient for his acquittal if any of the facts which, if they existed, would constitute the offence with which he is charged are "not proved". But exceptionally, as in the present case, an enactment creating an offence expressly provides that if other facts are proved, a particular fact, the existence of which is a necessary factual ingredient of the offence, shall be presumed or deemed to exist "unless the contrary is proved". In such a case the consequence of finding that that particular fact is "disproved" will be an acquittal, whereas the absence of such a finding will have the consequence of a conviction. Where this is the consequence of a fact's being "disproved" there can be no grounds in public policy for requiring that exceptional degree of certainty as excludes all reasonable doubt that that fact does not exist. In their Lordships' opinion the general rule applies in such a case and it is sufficient if the court considers that upon the evidence before it it is more likely than not that the fact does not exist. The test is the same as that applied in civil proceedings: the balance of probabilities.

I conclude that s. 8 of the *Narcotic Control Act* contains a reverse onus provision imposing a legal burden on an accused to prove on a balance of probabilities that he or she was not in possession of a narcotic for the purpose of trafficking. It is therefore necessary to determine whether s. 8 of the *Narcotic Control Act* offends the right to be "presumed innocent until proven guilty" as guaranteed by s. 11(*d*) of the *Charter*.

suivante: «si l'accusé ne démontre pas qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic, il doit être déclaré coupable de l'infraction dont fait mention l'acte d'accusation».

Dans l'arrêt *Appleby*, le juge Ritchie a conclu en outre que l'accusé doit prouver l'inexistence du fait présumé selon la norme de preuve en matière civile, savoir celle de la prépondérance des probabilités. Il a rejeté la norme d'une preuve hors de tout doute raisonnable applicable en matière criminelle, en se fondant notamment sur le passage suivant tiré de l'arrêt de la Chambre des lords *Public Prosecutor v. Yuvaraj*, [1970] 2 W.L.R. 226, à la p. 232:

> [TRADUCTION] En règle générale, dans des procédures criminelles, le défendeur n'a pas à prouver ou à réfuter quelque fait que ce soit: pour qu'il soit acquitté, il suffit que l'un des faits qui, s'il existait, constituerait l'infraction dont il est accusé, «ne soit pas prouvé». Mais il arrive exceptionnellement, comme en l'espèce, que la loi créant une infraction prévoie expressément que si d'autres faits sont prouvés, un fait précis, dont l'existence constitue un élément essentiel de l'infraction, sera présumé ou réputé exister «à moins que le contraire ne soit prouvé». En pareil cas, la conclusion que ce fait précis est «réfuté» entraîne un acquittement, alors que l'absence d'une telle conclusion entraîne une déclaration de culpabilité. Lorsque c'est là le résultat de la «réfutation» d'un fait, il ne peut y avoir, dans l'intérêt public, de motif d'exiger un degré exceptionnel de certitude tel qu'il lève tout doute raisonnable que ce fait n'existe pas. À notre avis, en pareil cas, la règle générale s'applique et il suffit que la cour considère, compte tenu de la preuve à sa disposition, que le fait n'existe probablement pas. Le critère est le même que celui qui s'applique dans les procédures civiles: celui de la prépondérance des probabilités.

Je conclus que l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* contient une disposition qui inverse la charge de la preuve en imposant à l'accusé la charge ultime de prouver selon la prépondérance des probabilités qu'il n'était pas en possession d'un stupéfiant pour en faire le trafic. Il est donc nécessaire d'établir si l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* porte atteinte au droit d'un inculpé d'être «présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable», garanti par l'al. 11*d*) de la *Charte*.

1986 CanLII 46 (SCC)

(b) The Presumption of Innocence and s. 11(*d*) of the *Charter*

Section 11(*d*) of the *Charter* constitutionally entrenches the presumption of innocence as part of the supreme law of Canada. For ease of reference, I set out this provision again:

11. Any person charged with an offence has the right

. . .

(*d*) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal.

To interpret the meaning of s. 11(*d*), it is important to adopt a purposive approach. As this Court stated in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344:

The meaning of a right or freedom guaranteed by the *Charter* was to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee; it was to be understood, in other words, in the light of the interests it was meant to protect.

In my view this analysis is to be undertaken, and the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms . . . .

To identify the underlying purpose of the *Charter* right in question, therefore, it is important to begin by understanding the cardinal values it embodies.

The presumption of innocence is a hallowed principle lying at the very heart of criminal law. Although protected expressly in s. 11(*d*) of the *Charter*, the presumption of innocence is referable and integral to the general protection of life, liberty and security of the person contained in s. 7 of the *Charter* (see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, *per* Lamer J.) The presumption of innocence protects the fundamental liberty and human dignity of any and every person accused by the State of criminal conduct. An individual charged with a criminal offence faces grave social and personal consequences, including potential loss of physical liberty, subjection to

b) La présomption d'innocence et l'al. 11*d*) de la *Charte*

L'alinéa 11*d*) de la *Charte* enchâsse la présomption d'innocence dans la Constitution qui est la loi suprême du Canada. Par souci de commodité, je reproduis de nouveau cette disposition:

11. Tout inculpé a le droit:

. . .

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

Il importe dans l'interprétation de l'al. 11*d*) de tenir compte de son objet. Comme l'a souligné cette Cour dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344:

Le sens d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie; en d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger.

À mon avis, il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers . . .

Par conséquent, pour identifier l'objet qui sous-tend le droit garanti par la *Charte* dont il est question en l'espèce, il est important de commencer par comprendre les valeurs fondamentales inhérentes à ce droit.

La présomption d'innocence est un principe consacré qui se trouve au cœur même du droit criminel. Bien qu'elle soit expressément garantie par l'al. 11*d*) de la *Charte*, la présomption d'innocence relève et fait partie intégrante de la garantie générale du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, contenue à l'art. 7 de la *Charte* (voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, le juge Lamer). La présomption d'innocence a pour effet de sauvegarder la liberté fondamentale et la dignité humaine de toute personne que l'État accuse d'une conduite criminelle. Un individu accusé d'avoir commis une infraction criminelle s'expose à de lourdes conséquences

CanLII 1986

social stigma and ostracism from the community, as well as other social, psychological and economic harms. In light of the gravity of these consequences, the presumption of innocence is crucial. It ensures that until the State proves an accused's guilt beyond all reasonable doubt, he or she is innocent. This is essential in a society committed to fairness and social justice. The presumption of innocence confirms our faith in humankind; it reflects our belief that individuals are decent and law-abiding members of the community until proven otherwise.

The presumption of innocence has enjoyed long-standing recognition at common law. In the leading case, *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462 (H.L.), Viscount Sankey wrote at pp. 481-82:

> Throughout the web of the English Criminal Law one golden thread is always to be seen, that it is the duty of the prosecution to prove the prisoner's guilt subject to what I have already said as to the defence of insanity and subject also to any statutory exception. If, at the end of and on the whole of the case, there is a reasonable doubt, created by the evidence given by either the prosecution or the prisoner, as to whether the prisoner killed the deceased with a malicious intention, the prosecution has not made out the case and the prisoner is entitled to an acquittal. No matter what the charge or where the trial, the principle that the prosecution must prove the guilt of the prisoner is part of the common law of England and no attempt to whittle it down can be entertained.

Subsequent Canadian cases have cited the *Woolmington* principle with approval (see, for example, *Manchuk v. The King*, [1938] S.C.R. 341, at p. 349; *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, at p. 1316).

Further evidence of the widespread acceptance of the principle of the presumption of innocence is its inclusion in the major international human rights documents. Article 11(I) of the *Universal Declaration of Human Rights*, adopted December 10, 1948 by the General Assembly of the United Nations, provides:

sociales et personnelles, y compris la possibilité de privation de sa liberté physique, l'opprobre et l'ostracisme de la collectivité, ainsi que d'autres préjudices sociaux, psychologiques et économiques. Vu la gravité de ces conséquences, la présomption d'innocence revêt une importance capitale. Elle garantit qu'un accusé est innocent tant que l'État n'a pas prouvé sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. Voilà qui est essentiel dans une société qui prône l'équité et la justice sociale. La présomption d'innocence confirme notre foi en l'humanité; elle est l'expression de notre croyance que, jusqu'à preuve contraire, les gens sont honnêtes et respectueux des lois.

La présomption d'innocence a depuis fort longtemps droit de cité en *common law*. Dans l'arrêt de principe *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462 (H.L.), le vicomte Sankey écrit aux pp. 481 et 482:

> [TRADUCTION] Dans toute la toile du droit criminel anglais se retrouve toujours un certain fil d'or, soit le devoir de la poursuite de prouver la culpabilité du prévenu, sous réserve de ce que j'ai déjà dit à propos de la défense excipant de l'aliénation mentale et sous réserve, également, de toute exception créée par la loi. Si, à l'issue des débats, la preuve produite, soit par la poursuite, soit par le prévenu, fait naître un doute raisonnable quant à savoir si ce dernier a tué la victime avec préméditation, la poursuite a échoué et le prévenu a droit à un acquittement. Peu importe la nature de l'accusation ou le lieu du procès, le principe obligeant la poursuite à prouver la culpabilité du prévenu est consacré dans la *common law* d'Angleterre et toute tentative d'y porter atteinte doit être repoussée.

Le principe posé dans l'arrêt *Woolmington* a par la suite été cité et approuvé dans des arrêts canadiens (voir, par exemple, *Manchuk v. The King*, [1938] R.C.S. 341, à la p. 349; *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, à la p. 1316).

L'acceptation générale du principe de la présomption d'innocence ressort en outre de son inclusion dans les plus importants documents internationaux relatifs aux droits de la personne. Le paragraphe 11(I) de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, adoptée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale des Nations Unies, dispose:

1986 CanLII 46 (SCC)

Article 11

I. Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defence.

In the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 1966, art. 14(2) states:

Article 14

2. Everyone charged with a criminal offence shall have the right to be presumed innocent until proved guilty according to law.

Canada acceded to this Covenant, and the Optional Protocol which sets up machinery for implementing the Covenant, on May 19, 1976. Both came into effect on August 19, 1976.

In light of the above, the right to be presumed innocent until proven guilty requires that s. 11(*d*) have, at a minimum, the following content. First, an individual must be proven guilty beyond a reasonable doubt. Second, it is the State which must bear the burden of proof. As Lamer J. stated in *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at p. 357:

> Section 11(*d*) imposes upon the Crown the burden of proving the accused's guilt beyond a reasonable doubt as well as that of making out the case against the accused before he or she need respond, either by testifying or calling other evidence.

Third, criminal prosecutions must be carried out in accordance with lawful procedures and fairness. The latter part of s. 11(*d*), which requires the proof of guilt "according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal", underlines the importance of this procedural requirement.

(c) Authorities on Reverse Onus Provisions and the Presumption of Innocence

Having considered the general meaning of the presumption of innocence, it is now, I think, desirable to review briefly the authorities on reverse onus clauses in Canada and other jurisdictions.

Article 11

I. Toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public où toutes les garanties nécessaires à sa défense lui auront été assurées.

Le paragraphe 14(2) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 1966, porte:

Article 14

2. Toute personne accusée d'une infraction pénale est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

Le Canada a adhéré à ce pacte ainsi qu'au Protocole facultatif prévoyant les modalités d'application du Pacte, le 19 mai 1976. Les deux sont entrés en vigueur le 19 août 1976.

Compte tenu de ce qui précède, le droit, prévu par l'al. 11*d*), d'être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable exige à tout le moins que, premièrement, la culpabilité soit établie hors de tout doute raisonnable et, deuxièmement, que ce soit à l'État qu'incombe la charge de la preuve. Comme l'affirme le juge Lamer dans l'arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, à la p. 357:

> L'alinéa 11*d*) impose à la poursuite le fardeau de démontrer la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable ainsi que de présenter sa preuve contre l'accusé avant que celui-ci n'ait besoin de répondre, soit en témoignant soit en citant d'autres témoins.

Troisièmement, les poursuites criminelles doivent se dérouler d'une manière conforme aux procédures légales et à l'équité. L'importance de ces dernières ressort de la dernière partie de l'al. 11*d*) qui pose comme exigence que la culpabilité soit établie «conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable».

c) Jurisprudence relative aux dispositions portant inversion de la charge de la preuve et à la présomption d'innocence

Ayant étudié le sens général de la présomption d'innocence, je crois qu'il convient maintenant de passer brièvement en revue la jurisprudence canadienne et celle d'autres ressorts traitant des dispositions portant inversion de la charge de la preuve.

1986 CanLII 46 (SCC)

(i) The *Canadian Bill of Rights* Jurisprudence

Section 2(*f*) of the *Canadian Bill of Rights*, which safeguards the presumption of innocence, provides:

> **2.** Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to
>
> . . .
>
> (*f*) deprive a person charged with a criminal offence of the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal . . . .

The wording of this section closely parallels that of s. 11(*d*). For this reason, one of the Crown's primary contentions is that the *Canadian Bill of Rights* jurisprudence should be determinative of the outcome of the present appeal.

The leading case decided under s. 2(*f*) of the *Canadian Bill of Rights* and relied on by the Crown, is *R. v. Appleby*, *supra*. In that case, the accused had challenged s. 224A(1)(*a*) (now s. 237(1)(*a*)) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, which imposes a burden upon an accused to prove that he or she, though occupying the driver's seat, did not enter the vehicle for the purpose of setting it in motion and did not, therefore, have care and control. This Court rejected the arguments of the accused that s. 2(*f*) had been violated; it relied on the *Woolmington* case which held that the presumption of innocence was subject to "statutory exceptions". As Ritchie J. stated in his judgment for the majority at pp. 315-16:

> It seems to me, therefore, that if *Woolmington's* case is to be accepted, the words "presumed innocent until proved guilty according to law . . . " as they appear in

(i) Jurisprudence relative à la *Déclaration canadienne des droits*

L'alinéa 2*f*) de la *Déclaration canadienne des droits*, qui protège la présomption d'innocence, est ainsi rédigé:

> **2.** Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme
>
> . . .
>
> *f*) privant une personne accusée d'un acte criminel du droit à la présomption d'innocence jusqu'à ce que la preuve de sa culpabilité ait été établie en conformité de la loi, après une audition impartiale et publique de sa cause par un tribunal indépendant et non préjugé
>
> . . .

Le texte de cette disposition se rapproche de celui de l'al. 11*d*). Pour cette raison, le ministère public avance parmi ses arguments principaux que ce pourvoi doit être tranché en fonction de la jurisprudence relative à la *Déclaration canadienne des droits*.

L'arrêt de principe portant sur l'al. 2*f*) de la *Déclaration canadienne des droits*, invoqué par le ministère public, est l'arrêt *R. c. Appleby*, précité. Dans cette affaire, l'accusé avait contesté la validité de l'al. 224A(1)*a*) (l'actuel al. 237(1)*a*)) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, qui impose à l'accusé la charge de prouver que, même s'il occupait la place du conducteur d'un véhicule à moteur, il n'était pas entré dans ce véhicule afin de le mettre en marche et que, par conséquent, il n'en n'avait ni la garde ni le contrôle. Cette Cour avait rejeté les arguments de l'accusé portant qu'il y avait eu violation de l'al. 2*f*); elle s'était alors fondée sur l'arrêt *Woolmington* qui établit qu'on peut par voie de disposition législative déroger à la présomption d'innocence. Comme l'a dit le juge Ritchie dans les motifs qu'il a rédigés au nom de la majorité, aux pp. 315 et 316:

> Par conséquent, il me semble que si l'on doit accepter l'affaire *Woolmington*, les termes «du droit à la présomption d'innocence jusqu'à ce que la preuve de sa

CanLII 1986(SCC)

s. 2(*f*) of the *Bill of Rights*, must be taken to envisage a law which recognizes the existence of statutory exceptions reversing the onus of proof with respect to one or more ingredients of an offence in cases where certain specific facts have been proved by the Crown in relation to such ingredients.

In a concurring opinion, Laskin J. (as he then was) put forward an alternative test. He chose not to follow Ritchie J.'s approach of reading a statutory exception limitation into the phrase "according to law" in s. 2(*f*) of the *Canadian Bill of Rights*, and said at p. 317:

> I do not construe s. 2(*f*) as self-defeating because of the phrase "according to law" which appears therein. Hence, it would be offensive to s. 2(*f*) for a federal criminal enactment to place upon the accused the ultimate burden of establishing his innocence with respect to any element of the offence charged. The "right to be presumed innocent", of which s. 2(*f*) speaks, is, in popular terms, a way of expressing the fact that the Crown has the ultimate burden of establishing guilt; if there is any reasonable doubt at the conclusion of the case on any element of the offence charged, an accused person must be acquitted. In a more refined sense, the presumption of innocence gives an accused the initial benefit of a right of silence and the ultimate benefit (after the Crown's evidence is in and as well any evidence tendered on behalf of the accused) of any reasonable doubt: see *Coffin* v. *U.S.* (1895), 156 U.S. 432 at 452.

Nevertheless, Laskin J. went on to hold that the presumption of innocence is not violated by "any statutory or non-statutory burden upon an accused to adduce evidence to neutralize, or counter on a balance of probabilities, the effect of evidence presented by the Crown" (p. 318). The test, according to Laskin J., is whether the legislative provision calls for a finding of guilt even though there is a reasonable doubt as to the culpability of the accused. This would seem to prohibit the imposition of any legal burden on the accused; however, Laskin J. upheld a statutory provision which would appear to have done precisely that.

In a subsequent case, *R. v. Shelley*, *supra*, involving a reverse onus provision regarding

culpabilité ait été établie en conformité de la loi . . . » à l'art. 2(*f*) de la *Déclaration des droits*, doivent être interprétés comme envisageant une loi qui reconnaît l'existence d'exceptions légales déplaçant le fardeau de la preuve en ce qui concerne un élément ou plus d'une infraction, lorsque certains faits précis ont été prouvés par la Couronne relativement à ces éléments.

Dans ses motifs concordants, le juge Laskin (alors juge puîné) a proposé un autre critère. En effet, à la différence du juge Ritchie, il a choisi de ne pas considérer comme une exception légale l'expression «en conformité de la loi» à l'al. 2*f*) de la *Déclaration canadienne des droits* et, à la p. 317, il a dit ce qui suit:

> Je ne considère pas que l'art. 2(*f*) s'annule lui-même à cause de l'expression «en conformité de la loi» qui y figure. Ainsi, une loi fédérale, en matière criminelle, qui imposerait à l'accusé l'obligation ultime de prouver son innocence relativement à tout élément de l'accusation portée contre lui, enfreindrait l'art. 2(*f*). Le «droit à la présomption d'innocence» dont parle l'art. 2(*f*) signifie, en termes populaires, que le fardeau ultime d'établir la culpabilité incombe au ministère public. Si, à la fin des plaidoiries, il existe un doute raisonnable relativement à tout élément de l'accusation, le prévenu doit être acquitté. Plus précisément, la présomption d'innocence donne au prévenu l'avantage initial du droit au silence et l'avantage ultime (après la présentation de la preuve du ministère public et de toute autre preuve pour le compte du prévenu) de tout doute raisonnable: voir *Coffin* v. *U.S.* (1895), 156 U.S. 432 à 452.

Néanmoins, le juge Laskin a ajouté qu'il n'y a pas de violation de la présomption d'innocence du fait «qu'un prévenu puisse avoir, en vertu d'une loi ou non, l'obligation de présenter une preuve pour neutraliser ou contrecarrer, par une balance des probabilités, l'effet de la preuve du ministère public» (à la p. 318). Selon le juge Laskin, le critère est de savoir si la disposition législative exige une déclaration de culpabilité même s'il subsiste un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé. Cela semblerait donc s'opposer à ce qu'une charge ultime soit imposée à l'accusé. Cependant, le juge Laskin a conclu à la validité d'une disposition législative qui paraît avoir eu précisément cet effet.

Par la suite, dans l'arrêt *R. c. Shelley*, précité, où il s'agissait d'une disposition qui inversait la

1986 CanLII 46 (SCC)

unlawful importation, Laskin C.J. discussed further the views he had articulated in *Appleby* at p. 200:

> This Court held in *R. v. Appleby* that a reverse onus provision, which goes no farther than to require an accused to offer proof on a balance of probabilities, does not necessarily violate the presumption of innocence under s. 2(*f*). It would, of course, be clearly incompatible with s. 2(*f*) for a statute to put upon an accused a reverse onus of proving a fact in issue beyond a reasonable doubt. In so far as the onus goes no farther than to require an accused to prove as essential fact upon a balance of probabilities, the essential fact must be one which is rationally open to the accused to prove or disprove, as the case may be. If it is one which an accused cannot reasonably be expected to prove, being beyond his knowledge or beyond what he may reasonably be expected to know, it amounts to a requirement that is impossible to meet.

In addition, Laskin C.J. sowed the seeds for the development of a "rational connection test" for determining the validity of a reverse onus provision when he stated at p. 202:

> It is evident to me in this case that there is on the record no rational or necessary connection between the fact proved, *i.e.* possession of goods of foreign origin, and the conclusion of unlawful importation which the accused under s. 248(1) must, to avoid conviction, disprove.

Although there are important lessons to be learned from the *Canadian Bill of Rights* jurisprudence, it does not constitute binding authority in relation to the constitutional interpretation of the *Charter*. As this Court held in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, the *Charter*, as a constitutional document, is fundamentally different from the statutory *Canadian Bill of Rights*, which was interpreted as simply recognizing and declaring existing rights. (See also *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177 *per* Wilson J.; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, *per* Le Dain J.) In rejecting the *Canadian Bill of Rights* religion cases as determinative of the meaning of freedom of religion under the

charge de la preuve en matière d'importation illégale, le juge en chef Laskin a développé davantage l'opinion qu'il avait exprimée dans l'arrêt *Appleby* (à la p. 200):

> Dans l'arrêt *R. c. Appleby*, cette Cour a décidé qu'une disposition qui prévoit le déplacement du fardeau de la preuve et qui n'exige rien de plus d'un accusé que la preuve selon la prépondérance des probabilités, ne viole pas nécessairement la présomption d'innocence de l'al. 2*f*). Bien sûr, il serait vraiment incompatible avec l'al. 2*f*) qu'une loi oblige un accusé à prouver hors de tout doute raisonnable un fait en litige. Tant que le fardeau n'exige pas d'un accusé plus que la preuve d'un fait essentiel selon la prépondérance des probabilités, il doit s'agir d'un fait essentiel que l'accusé est en mesure d'établir ou de réfuter selon le cas. S'il s'agit d'un fait que l'accusé ne peut raisonnablement être en mesure de prouver, soit qu'il l'ignore ou qu'il ne peut raisonnablement être en mesure de le connaître, cela équivaut à une exigence impossible à remplir.

De plus, le juge en chef Laskin a jeté les bases de l'élaboration d'un «critère du lien rationnel» applicable à la détermination de la validité d'une disposition portant inversion de la charge de la preuve. À la page 202, il tient les propos suivants:

> Il me paraît évident en l'espèce qu'il n'y a au dossier aucun lien rationnel ou nécessaire entre le fait prouvé, c.-à-d. la possession de marchandises d'origine étrangère, et la conclusion d'importation illégale que l'accusé doit réfuter en vertu du par. 248(1) pour ne pas être déclaré coupable.

Quoique la jurisprudence portant sur la *Déclaration canadienne des droits* soit très instructive, elle n'est nullement déterminante en ce qui concerne l'interprétation constitutionnelle de la *Charte*. Comme cette Cour l'a conclu dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, la *Charte*, en tant que document constitutionnel, diffère fondamentalement du texte législatif qu'est la *Déclaration canadienne des droits*, lequel a été interprété comme ne faisant que reconnaître et déclarer l'existence de droits déjà existants. (Voir également *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, le juge Wilson; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, le juge Le Dain.) En affirmant dans l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.* que les affaires en matière religieuse décidées sous le régime de la *Déclaration canadienne des droits* ne sauraient être déterminantes quant au sens qui

Charter in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, the Court had occasion to say at pp. 343-44:

I agree with the submission of the respondent that the *Charter* is intended to set a standard upon which present as well as future legislation is to be tested. Therefore the meaning of the concept of freedom of conscience and religion is not to be determined solely by the degree to which that right was enjoyed by Canadians prior to the proclamation of the *Charter*. For this reason, *Robertson and Rosetanni*, *supra*, cannot be determinative of the meaning of "freedom of conscience and religion" under the *Charter*. We must look, rather, to the distinctive principles of constitutional interpretation appropriate to expounding the supreme law of Canada.

With this in mind, one cannot but question the appropriateness of reading into the phrase "according to law" in s. 11(*d*) of the *Charter* the statutory exceptions acknowledged in *Woolmington* and in *Appleby*. The *Woolmington* case was decided in the context of a legal system with no constitutionally entrenched human rights document. In Canada, we have tempered parliamentary supremacy by entrenching important rights and freedoms in the Constitution. Viscount Sankey's statutory exception proviso is clearly not applicable in this context and would subvert the very purpose of the entrenchment of the presumption of innocence in the *Charter*. I do not, therefore, feel constrained in this case by the interpretation of s. 2(*f*) of the *Canadian Bill of Rights* presented in the majority judgment in *Appleby*. Section 8 of the *Narcotic Control Act* is not rendered constitutionally valid simply by virtue of the fact that it is a statutory provision.

(ii) *Canadian Charter* Jurisprudence

In addition to the present case, there have been a number of other provincial appellate level judgments addressing the meaning of the presumption of innocence contained in s. 11(*d*). This jurisprudence provides a comprehensive and persuasive source of insight into the questions raised in this appeal. In particular, six appellate level courts, in addition to the Ontario Court of Appeal, have held

doit être donné à la liberté de religion garantie par la *Charte*, la Cour a dit, aux pp. 343 et 344:

Je suis d'accord avec l'intimée que la *Charte* vise à établir une norme en fonction de laquelle les lois actuelles et futures seront appréciées. Donc, le sens du concept de la liberté de conscience et de religion ne doit pas être déterminé uniquement en fonction de la mesure dans laquelle les Canadiens jouissaient de ce droit avant la proclamation de la *Charte*. Pour cette raison, l'arrêt *Robertson and Rosetanni*, précité, ne peut être déterminant quant au sens qui doit être donné à la «liberté de conscience et de religion» garantie par la *Charte*. Il nous faut plutôt recourir aux principes distinctifs d'interprétation constitutionnelle applicables à la loi suprême du Canada.

Dans ce contexte, on ne peut que se demander s'il est approprié de voir dans l'expression «conformément à la loi» figurant à l'art. 11*d*) de la *Charte* les exceptions légales reconnues dans les arrêts *Woolmington* et *Appleby*. L'arrêt *Woolmington* est le produit d'un système juridique dans lequel les droits de la personne ne sont pas enchâssés dans un document constitutionnel. Au Canada, par contre, nous avons tempéré la primauté du Parlement par l'enchâssement de libertés et de droits importants dans la Constitution. La réserve des exceptions légales établie par le vicomte Sankey ne s'applique manifestement pas dans le contexte canadien, car elle irait à l'encontre de l'objet même de l'enchâssement de la présomption d'innocence dans la *Charte*. C'est pourquoi je ne me sens pas lié en l'espèce par l'interprétation qu'a donnée à l'al. 2*f*) de la *Déclaration canadienne des droits* la Cour à la majorité dans l'arrêt *Appleby*. L'article 8 de la *Loi sur les stupéfiants* n'est pas constitutionnel du seul fait qu'il s'agit d'une disposition législative.

(ii) Jurisprudence relative à la *Charte canadienne*

Outre l'espèce, il y a eu plusieurs autres arrêts de cours d'appel provinciales qui ont traité du sens de la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11*d*). Ils constituent une jurisprudence détaillée et persuasive qui nous éclaire sur les questions soulevées dans le présent pourvoi. En particulier, outre la Cour d'appel de l'Ontario, six autres cours d'appel ont conclu que l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*

1986 CanLII 46 (SCC)

that s. 8 of the *Narcotic Control Act* violates the *Charter*: *R. v. Carroll*, *supra*; *R. v. Cook*, *supra*; *R. v. O'Day*, *supra*; *R. v. Stanger*, *supra*; *R. v. Landry*, *supra*; *R. v. Stock* (1983), 10 C.C.C. (3d) 319 (B.C.C.A.)

Following the decision of the Ontario Court of Appeal in the present case, the Prince Edward Island Supreme Court (*in banco*) rendered its decision in *R. v. Carroll*, *supra*. Writing for the majority, MacDonald J. held at p. 105:

> Unless a provision falls within s. 1 of the Charter, there cannot be a requirement that an accused must prove an essential positive element of the Crown's case other than by raising a reasonable doubt. The presumption of innocence cannot be said to exist if by shifting the persuasive burden the court is required to convict even if a reasonable doubt may be said to exist.

In a concurring judgment, Mitchell J. commented at pp. 107-08:

> Section 11(*d*) gives an accused person the right to be presumed innocent until proven guilty. It follows that if an accused is to be presumed innocent until proven guilty, he must not be convicted unless and until the Crown has proven each and all of the elements necessary to constitute the crime.

Applying these legal conclusions to s. 8 of the *Narcotic Control Act*, the Court held that s. 11(*d*) had been violated. As Mitchell J. stated at p. 108:

> Under s. 8 an accused is not presumed innocent until proven guilty. He is only presumed innocent until found in possession. Once the Crown proves the accused had possession of the narcotic, he is presumed to be guilty of an intention to traffic until he proves otherwise.

The Nova Scotia Supreme Court, Appellate Division, also concluded that s. 8 is an unconstitutional violation of the s. 11(*d*) presumption of innocence in its decision in *R. v. Cook*, *supra*. After reviewing *R. v. Oakes*, *supra*, and *R. v. Carroll*, *supra*, Hart J.A. concluded at pp. 435-36:

va à l'encontre de la *Charte*: *R. v. Carroll*, précité; *R. v. Cook*, précité; *R. v. O'Day*, précité; *R. v. Stanger*, précité; *R. v. Landry*, précité; *R. v. Stock* (1983), 10 C.C.C. (3d) 319 (C.A.C.-B.)

À la suite de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de l'Ontario dans la présente affaire, la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard (*in banco*) a rendu l'arrêt *R. v. Carroll*, précité. Le juge MacDonald, qui a rédigé les motifs de la majorité, conclut, à la p. 105:

> [TRADUCTION] À moins qu'une disposition ne relève de l'art. 1 de la Charte, on ne peut exiger d'un accusé qu'il établisse un élément positif essentiel de la preuve du ministère public, si ce n'est en faisant naître un doute raisonnable. On ne peut pas dire que la présomption d'innocence existe si, en raison du déplacement de la charge de persuasion, la cour est tenue de rendre un verdict de culpabilité même si on peut dire qu'il existe un doute raisonnable.

Dans des motifs concordants, le juge Mitchell explique, aux pp. 107 et 108:

> [TRADUCTION] L'alinéa 11*d*) reconnaît à tout accusé le droit d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable. Il s'ensuit que, si un accusé doit être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, aucun verdict de culpabilité ne doit être rendu, à moins que le ministère public n'ait établi chacun des éléments constitutifs du crime.

Appliquant ces conclusions de droit à l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, la cour a conclu à la violation de l'al. 11*d*). Comme l'affirme le juge Mitchell, à la p. 108:

> [TRADUCTION] Sous le régime de l'art. 8, un accusé n'est pas présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable. La présomption d'innocence ne joue que jusqu'au moment où l'on conclut qu'il était en possession d'un stupéfiant. Dès lors que le ministère public établit que l'accusé avait le stupéfiant en sa possession, il est, jusqu'à preuve contraire, présumé avoir eu l'intention de se livrer au trafic.

Dans l'arrêt *R. v. Cook*, précité, la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a elle aussi jugé inconstitutionnel l'art. 8 du fait qu'il porte atteinte à la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11*d*). Après avoir examiné les arrêts *R. v. Oakes* et *R. v. Carroll*, précités, le juge Hart conclut, aux pp. 435 et 436:

1986 CanLII 46 (SCC)

Section 8 of the *Narcotic Control Act* is a piece of legislation that attempts to relieve the Crown of its normal burden of proof by use of what is known as a reverse onus. Different types of reverse onus have been known to the law and proof of a case with the aid of a reverse onus can in my opinion, fall into the wording of s. 11(*d*) of the *Charter* as being proof "according to law" .... I know of no justification, however, for holding that it would be "according to law" to allow use of a reverse onus clause which permitted the Crown the assistance of a provision which relieved it from calling any probative evidence to establish one of the essential elements of an offence.

[TRADUCTION] L'article 8 de la *Loi sur les stupéfiants* tente, par le recours à ce qu'il est convenu d'appeler une inversion de la charge de la preuve, de dégager le ministère public de son fardeau normal en matière de preuve. On a connu en droit différents types de dispositions portant inversion de la charge de la preuve et, selon moi, une preuve établie à l'aide d'une telle disposition peut être visée par le texte de l'al. 11*d*) de la *Charte*, comme ayant été faite «conformément à la loi» ... Toutefois, à ce que je sache, rien ne justifie la conclusion qu'il serait «conforme à la loi» d'autoriser le recours à une disposition portant inversion de la charge de la preuve qui permet au ministère public de s'aider d'une disposition qui le dispense de produire une preuve probante quelconque visant à établir l'un des éléments essentiels d'une infraction.

Although concurring in result, Jones J.A. maintained that the reasonableness test should be applied with respect to s. 1 and not with respect to the words "according to law" in s. 11(*d*).

Le juge Jones, quoique souscrivant à la conclusion de ses collègues, a soutenu que le critère du caractère raisonnable doit s'appliquer à l'égard de l'article premier et non pas à l'égard de l'expression «conformément à la loi» que l'on trouve à l'al. 11*d*).

The test of reasonableness should be available in considering the secondary question under s. 1 of the Charter. It is important that the burden of proof should be on the Crown to show that a statute which violates s. 11(*d*) of the Charter is demonstrably justified in a free and democratic society. (p. 439)

[TRADUCTION] On doit pouvoir recourir au critère du caractère raisonnable dans l'examen de la question secondaire soulevée par l'article premier de la Charte. Il importe que ce soit au ministère public qu'il incombe de prouver qu'une loi qui viole l'al. 11*d*) de la Charte est manifestement justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique. (p. 439)

In *R. v. O'Day*, *supra*, the New Brunswick Court of Appeal struck down s. 8 of the *Narcotic Control Act* and registered its agreement with the three earlier provincial appellate level courts.

Dans l'arrêt *R. v. O'Day*, précité, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a déclaré inconstitutionnel l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* et a exprimé son approbation des trois arrêts antérieurs rendus par des cours d'appel provinciales.

The Alberta Court of Appeal in *R. v. Stanger*, *supra*, also found s. 8 unconstitutional; however, the court was not unanimous in this conclusion. On the meaning of s. 11(*d*), Stevenson J.A., writing for the majority, paraphrased Martin J.A.'s comment in *Oakes* and stated at p. 351 that the presumption of innocence meant "first, that an accused is innocent until proven guilty in accordance with established procedure, and secondly, that guilt must be proven beyond a reasonable doubt". Mr. Justice Stevenson also cited MacDonald J.'s comment in *Carroll* that the presumption of innocence is maintained "as long as the prosecution has the final burden of establishing

La Cour d'appel de l'Alberta, dans l'arrêt *R. v. Stanger*, précité, a également conclu à l'inconstitutionnalité de l'art. 8; cette conclusion n'a toutefois pas été unanime. En ce qui concerne le sens de l'al. 11*d*), le juge Stevenson, qui a rédigé les motifs de la majorité, a paraphrasé les observations faites par le juge Martin dans l'arrêt *Oakes*, disant à la p. 351 que la présomption d'innocence signifie [TRADUCTION] «en premier lieu, qu'un accusé est innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable conformément à la procédure établie et, en deuxième lieu, que la culpabilité doit être prouvée hors de tout doute raisonnable». De plus, le juge Stevenson a cité l'observation du juge MacDonald dans l'ar-

1986 CanLII 46 (SCC)

guilt, on any element of the offence charged, beyond a reasonable doubt" (*supra*, p. 98).

I should add that the majority, in *Stanger*, correctly rejected the applicability of the Privy Council decision in *Ong Ah Chuan v. Public Prosecutor*, [1981] A.C. 648. That case concerned constitutional provisions of Singapore which are significantly different from those of the *Charter*; in particular, they do not contain an explicit endorsement of the presumption of innocence. Moreover, the Privy Council did not read this principle into the general due process protections of the Constitution of Singapore.

In *R. v. Landry*, *supra*, the Quebec Court of Appeal invalidated s. 8 of the *Narcotic Control Act* and extended its conclusions to s. 2(*f*) of the *Canadian Bill of Rights*. As Malouf J.A. stated at p. 561:

> Both the *Bill of Rights* and the Charter recognize the right of an accused to be presumed innocent until proven guilty according to law. I cannot accept that such a basic and fundamental principle can be set aside by such a reverse onus provision.

Finally, in a very brief judgment, *R. v. Stock*, *supra*, the British Columbia Court of Appeal concurred with the Court of Appeal decisions reviewed above, endorsing in particular the Ontario Court of Appeal decision in *Oakes*. An earlier British Columbia Court of Appeal opinion, *Re Anson and The Queen* (1983), 146 D.L.R. (3d) 661 (B.C.C.A.), had dismissed an appeal from a ruling which had upheld the constitutionality of s. 8 of the *Narcotic Control Act*; however, the basis for the denial of the appeal was procedural. The court did not assess the constitutionality of s. 8 in relation to the presumption of innocence.

There have also been a number of cases in which the meaning of s. 11(*d*) has been considered in

rêt *Carroll*, précité, portant que la présomption d'innocence vaut [TRADUCTION] «tant que la poursuite a la charge ultime d'établir hors de tout doute raisonnable . . . la culpabilité relativement à tout élément de l'infraction imputée» (précité, à la p. 98).

Je tiens à ajouter que c'est avec raison que, dans l'arrêt *Stanger*, la cour à la majorité a jugé inapplicable l'arrêt du Conseil privé *Ong Ah Chuan v. Public Prosecutor*, [1981] A.C. 648. Cette affaire concernait des dispositions de la Constitution de Singapour qui sont sensiblement différentes de celles de la *Charte*; en particulier, elles ne contiennent pas de reconnaissance explicite de la présomption d'innocence. De plus, le Conseil privé n'a pas estimé que ce principe était inhérent aux dispositions générales de la Constitution de Singapour garantissant le caractère équitable des procédures.

Dans l'arrêt *R. v. Landry*, précité, la Cour d'appel du Québec a déclaré invalide l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*. Les conclusions de la cour portaient en outre sur l'al. 2*f*) de la *Déclaration canadienne des droits*, le juge Malouf faisant remarquer, à la p. 561:

> [TRADUCTION] La *Déclaration des droits* et la Charte reconnaissent toutes deux à l'accusé le droit d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable conformément à la loi. Je ne puis admettre qu'un principe aussi élémentaire et fondamental puisse être écarté par une telle disposition portant inversion de la charge de la preuve.

Finalement, dans l'arrêt très bref *R. v. Stock*, précité, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'est dite d'accord avec les arrêts de cours d'appel que nous venons d'examiner, approuvant en particulier l'arrêt *Oakes* de la Cour d'appel de l'Ontario. Dans l'arrêt antérieur *Re Anson and The Queen* (1983), 146 D.L.R. (3d) 661, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait rejeté l'appel d'une décision qui avait jugé constitutionnel l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*. Cependant, ce rejet était fondé sur des motifs de procédure. La cour n'a pas examiné la constitutionnalité de l'art. 8 en fonction de la présomption d'innocence.

Il y a eu en outre plusieurs arrêts dans lesquels le sens de l'al. 11*d*) a été étudié en fonction

1986 CanLII 46 (SCC)

relation to other legislative provisions; see, for example, *R. v. Holmes* (1983), 41 O.R. (2d) 250 (Ont. C.A.); *R. v. Whyte* (1983), 10 C.C.C. (3d) 277 (B.C.C.A.), leave to appeal to S.C.C. granted; *R. v. Lee's Poultry Ltd.* (1985), 17 C.C.C. 539 (Ont. C.A.); *R. v. T.* (1985), 18 C.C.C. (3d) 125 (N.S.C.A.); *R. v. Kowalczuk* (1983), 5 C.C.C. (3d) 25 (Man. C.A.); *R. v. Schwartz* (1983), 10 C.C.C. (3d) 34 (Man. C.A.); *Re Boyle and The Queen* (1983), 41 O.R. (2d) 713 (Ont. C.A.)

To summarize, the Canadian *Charter* jurisprudence on the presumption of innocence in s. 11(*d*) and reverse onus provisions appears to have solidly accorded a high degree of protection to the presumption of innocence. Any infringements of this right are permissible only when, in the words of s. 1 of the *Charter*, they are reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society.

(iii) United States Jurisprudence

In the United States, protection of the presumption of innocence is not explicit. Rather, it has been read into the "due process" provisions of the *American Bill of Rights* contained in the Fifth and Fourteenth Amendments of the *Constitution of the United States of America*. An extensive review of the United States case law is provided in Martin J.A.'s judgment for the Ontario Court of Appeal. I will, therefore, merely highlight the major jurisprudential developments.

In *Tot v. United States*, 319 U.S. 463 (1943), Roberts J. outlined the following test at pp. 467-68:

> . . . a statutory presumption cannot be sustained if there be no rational connection between the fact proved and the ultimate fact presumed, if the inference of the one from proof of the other is arbitrary because of lack of connnection between the two in common experience.

The comparative convenience of producing evidence was also acknowledged as a corollary test. The case involved a presumption to be drawn,

d'autres dispositions législatives; voir, par exemple, *R. v. Holmes* (1983), 41 O.R. (2d) 250 (C.A. Ont.); *R. v. Whyte* (1983), 10 C.C.C. (3d) 277 (C.A.C.-B.), autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada accordée; *R. v. Lee's Poultry Ltd.* (1985), 17 C.C.C. 539 (C.A. Ont.); *R. v. T.* (1985), 18 C.C.C. (3d) 125 (C.A.N.-É.); *R. v. Kowalczuk* (1983), 5 C.C.C. (3d) 25 (C.A. Man.); *R. v. Schwartz* (1983), 10 C.C.C. (3d) 34 (C.A. Man.); *Re Boyle and The Queen* (1983), 41 O.R. (2d) 713 (C.A. Ont.)

En résumé, la jurisprudence canadienne relative à la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11*d*) de la *Charte* et aux dispositions portant inversion de la charge de la preuve paraît avoir accordé un très haut degré de protection à la présomption d'innocence. Il ne peut y avoir atteinte à ce droit que, comme le dit l'article premier de la *Charte*, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

(iii) Jurisprudence américaine

Aux États-Unis, la présomption d'innocence n'est pas expressément protégée. Au contraire, on a considéré qu'elle découle implicitement des dispositions de l'*American Bill of Rights* relatives au «caractère équitable des procédures», que contiennent les Cinquième et Quatorzième amendements de la *Constitution of the United States of America*. On trouve, dans les motifs que le juge Martin a rédigés pour la Cour d'appel de l'Ontario, un examen approfondi de la jurisprudence américaine, dont je ne soulignerai en conséquence que les points saillants.

Dans la décision *Tot v. United States*, 319 U.S. 463 (1943), le juge Roberts formule le critère suivant, aux pp. 467 et 468:

> [TRADUCTION] . . . une présomption légale ne saurait jouer s'il n'existe pas de lien rationnel entre le fait prouvé et le fait ultime présumé, si la conclusion à l'existence de l'un à partir de la preuve de l'autre est arbitraire parce que l'expérience générale ne démontre pas de lien entre ces deux faits.

De plus, on a reconnu comme critère accessoire la facilité relative avec laquelle des éléments de preuve peuvent être produits. Dans cette affaire, il

from the possession of firearms by a person convicted of a previous crime of violence, that the firearms were illegally obtained through interstate or foreign commerce. Of note was Roberts J.'s comment that even if a rational connection had been proved, the statutory presumption could not be sustained because of the prejudical reliance on a past conviction as part of the basic fact. The accused would be discredited in the eyes of the jury even before he attempted to disprove the presumed fact.

In *Leary v. United States*, 395 U.S. 6 (1969), Harlan J. articulated a more stringent test for invalidity at p. 36:

> ... a criminal statutory presumption must be regarded as "irrational" or "arbitrary", and hence unconstitutional, unless it can at least be said with substantial assurance that the presumed fact is more likely than not to flow from the proved fact on which it is made to depend.

Harlan J. also noted that since the statutory presumption was invalid under the above test, "we need not reach the question whether a criminal presumption which passes muster when so judged must also satisfy the criminal 'reasonable doubt' standard if proof of the crime charged or an essential element thereof depends upon its use" (footnote 64).

The United States Supreme Court did answer this question in *County Court of Ulster County, New York v. Allen*, 442 U.S. 140 (1979). It held that where a mandatory criminal presumption was imposed by statute, the State may not "rest its case entirely on a presumption unless the fact proved is sufficient to support the inference of guilt beyond a reasonable doubt" (p. 167). A mere rational connection is insufficient. This case illustrates the high degree of constitutional protection accorded the principle that an accused must be found guilty beyond a reasonable doubt. The

s'agissait d'une présomption, fondée sur la possession d'armes à feu par une personne ayant déjà été déclarée coupable d'un crime violent, que ces armes à feu avaient été illégalement obtenues par le commerce international ou entre états. Soulignons ici que le juge Roberts a fait observer que, même si on avait prouvé l'existence d'un lien rationnel, la présomption légale ne pouvait s'appliquer parce que le fait établi sur lequel on se fondait comportait une déclaration de culpabilité antérieure, préjudiciable à l'accusé. Ce dernier serait donc discrédité aux yeux du jury avant même qu'il n'essaie de réfuter le fait présumé.

Dans la décision *Leary v. United States*, 395 U.S. 6 (1969), à la p. 36, le juge Harlan formule un critère plus sévère pour conclure à l'invalidité:

> [TRADUCTION] ... une présomption légale en matière criminelle doit être tenue pour «irrationnelle» ou «arbitraire» et, partant inconstitutionnelle, à moins qu'on ne puisse affirmer avec beaucoup de certitude que le fait présumé découle probablement du fait établi dont il est censé dépendre.

Le juge Harlan a fait remarquer en outre que, vu l'invalidité de la présomption légale selon le critère énoncé ci-dessus, [TRADUCTION] «nous n'avons pas à nous pencher sur la question de savoir si une présomption en matière criminelle qui répond à ce critère doit aussi satisfaire à la norme du «doute raisonnable», applicable dans les affaires criminelles, lorsque la preuve du crime imputé ou d'un élément essentiel de celui-ci dépend de l'application de cette présomption» (note 64).

La Cour suprême des États-Unis a répondu à cette question dans l'arrêt *County Court of Ulster County, New York v. Allen*, 442 U.S. 140 (1979). Elle a conclu que, lorsqu'une loi crée une présomption impérative en matière criminelle, l'État ne peut [TRADUCTION] «fonder sa preuve entièrement sur une présomption, à moins que le fait prouvé ne suffise pour justifier la conclusion que l'accusé est coupable hors de tout doute raisonnable» (à la p. 167). Un simple lien rationnel ne suffit pas. Cet arrêt démontre donc le haut degré de protection constitutionnelle accordée au principe selon lequel la culpabilité d'un accusé doit être établie hors de tout doute raisonnable. La raison d'être de ce principe a été bien exprimée par le juge Brennan

CanLII 46 SCC 1986

rationale for this is well stated by Brennan J. in *In Re Winship*, 397 U.S. 358 (1970), at pp. 363-64:

The requirement of proof beyond a reasonable doubt has this vital role in our criminal procedure for cogent reasons. The accused during a criminal prosecution has at stake interests of immense importance, both because of the possibility that he may lose his liberty upon conviction and because of the certainty that he would be stigmatized by the conviction. Accordingly, a society that values the good name and freedom of every individual should not condemn a man for commission of a crime when there is reasonable doubt about his guilt.

(iv) *European Convention on Human Rights* Jurisprudence

As mentioned above, international developments in human rights law have afforded protection to the principle of the presumption of innocence. The jurisprudence on *The European Convention on Human Rights* includes a consideration of the legitimacy of reverse onus provisions. Section 6(2) of *The European Convention on Human Rights* reads:

Article 6

2. Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.

The meaning of s. 6(2) was clarified in the *Pfunders Case* (*Austria v. Italy*) (1963), 6 Yearbook E.C.H.R. 740, at p. 782 and p. 784:

This text, according to which everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law, requires firstly that court judges in fulfilling their duties should not start with the conviction or assumption that the accused committed the act with which he is charged. In other words, the onus to prove guilt falls upon the Prosecution, and any doubt is to the benefit of the accused. Moreover, the judges must permit the latter to produce evidence in rebuttal. In their judgment they can find him guilty only on the basis of direct or indirect evidence sufficiently strong in the eyes of the law to establish his guilt.

dans l'arrêt *In Re Winship*, 397 U.S. 358 (1970), aux pp. 363 et 364:

[TRADUCTION] Si l'exigence d'une preuve hors de tout doute raisonnable joue dans notre procédure criminelle un rôle si vital, il y a de très bonnes raisons à cela. Pour un accusé qui fait face à des poursuites criminelles, l'enjeu revêt une importance capitale, d'une part en raison de la privation de liberté que risque d'entraîner une déclaration de culpabilité et, d'autre part, à cause de l'opprobre qui en résulterait certainement. Par conséquent, une société qui attache de la valeur à la réputation et à la liberté de chaque citoyen doit se garder de condamner une personne pour la perpétration d'un crime lorsqu'il subsiste un doute raisonnable quant à sa culpabilité.

(iv) Jurisprudence portant sur la *Convention européenne des droits de l'homme*

Comme je l'ai déjà mentionné, le droit international dans le domaine des droits de la personne a évolué de manière à protéger le principe de la présomption d'innocence. La jurisprudence relative à la *Convention européenne des droits de l'homme* traite notamment de la légitimité des dispositions portant inversion de la charge de la preuve. Le paragraphe 6(2) de la *Convention européenne des droits de l'homme* est ainsi rédigé:

Article 6

2. Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

Le sens du par. 6(2) a été élucidé dans l'*Affaire Pfunders* (*Autriche c. Italie*) (1963), 6 Annuaire C.E.D.H. 741, aux pp. 783 et 785:

Ce texte, aux termes duquel toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie, exige en premier lieu que les membres du tribunal, en remplissant leur fonction, ne partent pas de la conviction ou de la supposition que le prévenu a commis l'acte incriminé. Autrement dit, la charge de la preuve de la culpabilité incombe au Ministère public, et le doute profite à l'inculpé. De plus, les juges doivent permettre à ce dernier de leur fournir ses contre-preuves. Puis, au moment de prendre leur décision, ils ne doivent arriver à une condamnation que sur la base de preuves directes ou indirectes mais suffisamment fortes, aux yeux de la loi, pour établir la culpabilité de l'intéressé.

CanLII 1986(1986)

Although the Commission has endorsed the general importance of the requirement that the prosecution prove the accused's guilt beyond a reasonable doubt, it has acknowledged the permissibility of certain exceptions to this principle. For example, the Commission upheld a statutory reverse onus provision in which a man living with or habitually in the company of a prostitute is presumed to be knowingly living on the earnings of prostitution unless he proves otherwise (*X against the United Kingdom*, Appl'n. No. 5124/71, Collection of Decisions, E.C.H.R., 135). The Commission noted the importance of examining the substance and effect of a statutory reverse onus. It concluded, however, at p. 135:

> The statutory presumption in the present case is restrictively worded. ... The presumption is neither irrebuttable nor unreasonable. To oblige the prosecution to obtain direct evidence of "living on immoral earnings" would in most cases make its task impossible.

(See discussion in Francis Jacobs, *The European Convention on Human Rights* (Oxford: 1975), pp. 113-14.)

(d) Conclusion Regarding s. 11(*d*) of the *Charter* and s. 8 of the *Narcotic Control Act*

This review of the authorities lays the groundwork for formulating some general conclusions regarding reverse onus provisions and the presumption of innocence in s. 11(*d*). We can then proceed to apply these principles to the particulars of s. 8 of the *Narcotic Control Act*.

In general one must, I think, conclude that a provision which requires an accused to disprove on a balance of probabilities the existence of a presumed fact, which is an important element of the offence in question, violates the presumption of innocence in s. 11(*d*). If an accused bears the burden of disproving on a balance of probabilities an essential element of an offence, it would be possible for a conviction to occur despite the existence of a reasonable doubt. This would arise if the accused adduced sufficient evidence to raise a

Bien que la Commission ait reconnu l'importance générale de l'exigence que la poursuite prouve la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable, elle a reconnu aussi le caractère acceptable de certaines exceptions à ce principe. Par exemple, la Commission a conclu à la validité d'une disposition légale portant inversion de la charge de la preuve, disposition selon laquelle l'homme qui cohabite avec une prostituée ou qui est régulièrement en sa compagnie est présumé vivre sciemment de revenus tirés de la prostitution, à moins qu'il ne prouve le contraire (*X contre le Royaume-Uni*, demande n° 5124/71, Recueil des décisions, C.E.D.H. 135). La Commission a souligné l'importance d'examiner le contenu et l'effet d'une disposition législative portant inversion de la charge de la preuve. Elle conclut toutefois, à la p. 135:

> [TRADUCTION] La présomption légale en l'espèce est formulée de manière restrictive ... Cette présomption n'est ni irréfutable ni déraisonnable. Obliger la poursuite à obtenir une preuve directe que quelqu'un «vit de revenus immoraux» rendrait, dans la plupart des cas, sa tâche impossible.

(Voir l'analyse de Francis Jacobs, *The European Convention on Human Rights* (Oxford: 1975), aux pp. 113 et 114.)

d) Conclusion relative à l'al. 11*d*) de la *Charte* et à l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*

À partir de cet examen de la jurisprudence, nous sommes en mesure de formuler certaines conclusions générales sur les dispositions portant inversion de la charge de la preuve et sur la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11*d*). Nous pourrons ensuite appliquer ces principes aux dispositions de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*.

Je crois que, d'une manière générale, on doit conclure qu'une disposition qui oblige un accusé à démontrer selon la prépondérance des probabilités l'inexistence d'un fait présumé qui constitue un élément important de l'infraction en question, porte atteinte à la présomption d'innocence de l'al. 11*d*). S'il incombe à l'accusé de réfuter selon la prépondérance des probabilités un élément essentiel d'une infraction, une déclaration de culpabilité pourrait être prononcée en dépit de l'existence d'un doute raisonnable. Cela se présenterait si l'accusé

reasonable doubt as to his or her innocence but did not convince the jury on a balance of probabilities that the presumed fact was untrue.

The fact that the standard is only the civil one does not render a reverse onus clause constitutional. As Sir Rupert Cross commented in the *Rede Lectures*, "The Golden Thread of the English Criminal Law: The Burden of Proof", delivered in 1976 at the University of Toronto, at pp. 11-13:

> It is sometimes said that exceptions to the Woolmington rule are acceptable because, whenever the burden of proof on any issue in a criminal case is borne by the accused, he only has to satisfy the jury on the balance of probabilities, whereas on issues on which the Crown bears the burden of proof the jury must be satisfied beyond a reasonable doubt .... The fact that the standard is lower when the accused bears the burden of proof than it is when the burden of proof is borne by the prosecution is no answer to my objection to the existence of exceptions to the Woolmington rule as it does not alter the fact that a jury or bench of magistrates may have to convict the accused although they are far from sure of his guilt.

As we have seen, the potential for a rational connection between the basic fact and the presumed fact to justify a reverse onus provision has been elaborated in some of the cases discussed above and is now known as the "rational connection test". In the context of s. 11(*d*), however, the following question arises: if we apply the rational connection test to the consideration of whether s. 11(*d*) has been violated, are we adequately protecting the constitutional principle of the presumption of innocence? As Professors MacKay and Cromwell point out in their article "Oakes: A Bold Initiative Impeded by Old Ghosts" (1983), 32 C.R. (3d) 221, at p. 233:

> The rational connection test approves a provision that *forces* the trier to infer a fact that may be simply rationally connected to the proved fact. Why does it follow that such a provision does not offend the constitu-

produisait une preuve suffisante pour soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité, mais ne parvenait pas à convaincre le jury selon la prépondérance des probabilités que le fait présumé est inexact.

Ce n'est pas parce que la norme applicable est la norme de preuve en matière civile qu'une disposition portant inversion de la charge de la preuve est constitutionnelle. Comme l'a expliqué sir Rupert Cross dans «The Golden Thread of the English Criminal Law: The Burden of Proof», conférence donnée en 1976 à l'Université de Toronto dans le cadre des *Rede Lectures* (aux pp. 11 à 13):

> [TRADUCTION] D'aucuns prétendent que des exceptions à la règle posée dans l'arrêt *Woolmington* sont acceptables parce que, lorsque la charge de la preuve relativement à telle question dans une affaire criminelle incombe à l'accusé, celui-ci n'a à convaincre le jury que selon la prépondérance des probabilités, tandis que dans le cas des questions à l'égard desquelles la charge de la preuve incombe au ministère public, le jury doit être convaincu hors de tout doute raisonnable ... Bien que la norme de preuve soit moins sévère dans le cas de l'accusé qu'elle ne l'est dans le cas de la poursuite, je m'oppose tout de même à toute exception à la règle établie dans l'arrêt *Woolmington* parce que cela ne change rien au fait qu'un jury ou une formation de magistrats peut avoir à déclarer l'accusé coupable même s'ils ne sont pas du tout certains de sa culpabilité.

Rappelons ici que certains des arrêts étudiés précédemment ont établi qu'une disposition portant inversion de la charge de la preuve pourrait se justifier par l'existence d'un lien rationnel entre le fait établi et le fait présumé. Il s'agit de ce qu'il est convenu d'appeler maintenant le «critère du lien rationnel». Dans le contexte de l'al. 11*d*), toutefois, la question suivante se pose: si nous appliquons le critère du lien rationnel à la question de savoir s'il y a eu violation de l'al. 11*d*), accordons-nous alors une protection adéquate au principe constitutionnel de la présomption d'innocence? Comme le soulignent les professeurs MacKay et Cromwell dans leur article intitulé «Oakes: A Bold Initiative Impeded by Old Ghosts» (1983), 32 C.R. (3d) 221, à la p. 233:

> [TRADUCTION] Le critère du lien rationnel a pour effet de sanctionner une disposition qui *oblige* le juge à conclure à l'existence d'un fait qui peut n'avoir qu'un lien rationnel avec le fait établi. Pourquoi s'ensuit-il

1986 CanLII 46 (SCC)

tional right to be proved guilty beyond a reasonable doubt?

A basic fact may rationally tend to prove a presumed fact, but not prove its existence beyond a reasonable doubt. An accused person could thereby be convicted despite the presence of a reasonable doubt. This would violate the presumption of innocence.

I should add that this questioning of the constitutionality of the "rational connection test" as a guide to interpreting s. 11(*d*) does not minimize its importance. The appropriate stage for invoking the rational connection test, however, is under s. 1 of the *Charter*. This consideration did not arise under the *Canadian Bill of Rights* because of the absence of an equivalent to s. 1. At the Court of Appeal level in the present case, Martin J.A. sought to combine the analysis of s. 11(*d*) and s. 1 to overcome the limitations of the *Canadian Bill of Rights* jurisprudence. To my mind, it is highly desirable to keep s. 1 and s. 11(*d*) analytically distinct. Separating the analysis into two components is consistent with the approach this Court has taken to the *Charter* to date (see *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357).

To return to s. 8 of the *Narcotic Control Act*, I am in no doubt whatsoever that it violates s. 11(*d*) of the *Charter* by requiring the accused to prove on a balance of probabilities that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking. Mr. Oakes is compelled by s. 8 to prove he is not guilty of the offence of trafficking. He is thus denied his right to be presumed innocent and subjected to the potential penalty of life imprisonment unless he can rebut the presumption. This is radically and fundamentally inconsistent with the societal values of human dignity and liberty which

qu'une telle disposition ne porte pas atteinte au droit constitutionnel de voir sa culpabilité prouvée hors de tout doute raisonnable?

Un fait établi peut rationnellement tendre à prouver un fait présumé, sans pour autant en prouver l'existence hors de tout doute raisonnable. Un accusé pourrait donc être reconnu coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable, ce qui irait à l'encontre de la présomption d'innocence.

Je m'empresse d'ajouter que cette mise en doute de la constitutionnalité du «critère du lien rationnel» comme guide d'interprétation de l'al. 11*d*) ne diminue en rien l'importance de ce critère. C'est toutefois dans le contexte de l'article premier de la *Charte* qu'il convient d'invoquer le critère du lien rationnel. Or, cette question ne s'est pas présentée sous le régime de la *Déclaration canadienne des droits* parce que celle-ci ne contient pas de disposition équivalant à l'article premier. En Cour d'appel en l'espèce, le juge Martin a cherché à combiner l'analyse de l'al. 11*d*) et celle de l'article premier en vue de surmonter les limites de la jurisprudence portant sur la *Déclaration canadienne des droits*. À mon sens, il est très souhaitable qu'à des fins d'analyse l'article premier et l'al. 11*d*) restent distincts. Ce partage de l'analyse en deux composantes est compatible avec la façon dont cette Cour a abordé la *Charte* jusqu'à présent (voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357).

Revenons à l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*. Je n'ai pas le moindre doute que cet article viole l'al. 11*d*) de la *Charte* en exigeant de l'accusé qu'il établisse selon la prépondérance des probabilités qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic. L'article 8 oblige M. Oakes à prouver qu'il n'est pas coupable de l'infraction de trafic. Il se voit ainsi refuser le droit d'être présumé innocent et court en même temps le risque de se voir infliger une peine d'emprisonnement à perpétuité, à moins qu'il ne réussisse à réfuter la présomption. Cela est radicalement et fondamentalement incompatible avec les valeurs sociales de la liberté et de la dignité humaine, que nous faisons nôtres, et va directement à l'encontre de la

1986 Canlii 46 (SCC)

we espouse, and is directly contrary to the presumption of innocence enshrined in s. 11(*d*). Let us turn now to s. 1 of the *Charter*.

V

Is s. 8 of the *Narcotic Control Act* a Reasonable and Demonstrably Justified Limit Pursuant to s. 1 of the *Charter*?

The Crown submits that even if s. 8 of the *Narcotic Control Act* violates s. 11(*d*) of the *Charter*, it can still be upheld as a reasonable limit under s. 1 which, as has been mentioned, provides:

> **1.** The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

The question whether the limit is "prescribed by law" is not contentious in the present case since s. 8 of the *Narcotic Control Act* is a duly enacted legislative provision. It is, however, necessary to determine if the limit on Mr. Oakes' right, as guaranteed by s. 11(*d*) of the *Charter*, is "reasonable" and "demonstrably justified in a free and democratic society" for the purpose of s. 1 of the *Charter*, and thereby saved from inconsistency with the Constitution.

It is important to observe at the outset that s. 1 has two functions: first, it constitutionally guarantees the rights and freedoms set out in the provisions which follow; and, second, it states explicitly the exclusive justificatory criteria (outside of s. 33 of the *Constitution Act, 1982*) against which limitations on those rights and freedoms must be measured. Accordingly, any s. 1 inquiry must be premised on an understanding that the impugned limit violates constitutional rights and freedoms—rights and freedoms which are part of the supreme law of Canada. As Wilson J. stated in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, *supra*, at p. 218: " ... it is important to remember that the courts are conducting this inquiry in light of a

présomption d'innocence enchâssée à l'al. 11*d*). Passons maintenant à l'article premier de la *Charte*.

V

L'article 8 de la *Loi sur les stupéfiants* constitue-t-il une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer, au sens de l'article premier de la *Charte*?

Le ministère public fait valoir que même à supposer que l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* contrevienne à l'al. 11*d*) de la *Charte*, il peut tout de même être déclaré valide pour le motif qu'il constitue une restriction raisonnable au sens de l'article premier qui, rappelons-le, dispose:

> **1.** La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

La question de savoir s'il s'agit d'une restriction apportée «par une règle de droit» ne se pose pas en l'espèce puisque l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* est une disposition législative dûment adoptée. Il est toutefois nécessaire de déterminer si, dans le cas de M. Oakes, la restriction au droit garanti par l'al. 11*d*) de la *Charte* est «raisonnable» et si sa justification peut «se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique» au sens de l'art. 1 de la *Charte*, de manière à être compatible avec la Constitution.

Il importe de souligner dès l'abord que l'article premier remplit deux fonctions: premièrement, il enchâsse dans la Constitution les droits et libertés énoncés dans les dispositions qui le suivent; et, deuxièmement, il établit explicitement les seuls critères justificatifs (à part ceux de l'art. 33 de la *Loi constitutionnelle de 1982*) auxquels doivent satisfaire les restrictions apportées à ces droits et libertés. En conséquence, tout examen fondé sur l'article premier doit partir de l'idée que la restriction attaquée porte atteinte à des droits et libertés garantis par la Constitution — des droits et des libertés qui font partie de la loi suprême du Canada. Comme le fait remarquer le juge Wilson dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de*

1986 CanLII 46 (SCC)

commitment to uphold the rights and freedoms set out in the other sections of the *Charter*."

A second contextual element of interpretation of s. 1 is provided by the words "free and democratic society". Inclusion of these words as the final standard of justification for limits on rights and freedoms refers the Court to the very purpose for which the *Charter* was originally entrenched in the Constitution: Canadian society is to be free and democratic. The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified.

The rights and freedoms guaranteed by the *Charter* are not, however, absolute. It may become necessary to limit rights and freedoms in circumstances where their exercise would be inimical to the realization of collective goals of fundamental importance. For this reason, s. 1 provides criteria of justification for limits on the rights and freedoms guaranteed by the *Charter*. These criteria impose a stringent standard of justification, especially when understood in terms of the two contextual considerations discussed above, namely, the violation of a constitutionally guaranteed right or freedom and the fundamental principles of a free and democratic society.

The onus of proving that a limit on a right or freedom guaranteed by the *Charter* is reasonable and demonstrably justified in a free and democrat-

l'Immigration, précité, à la p. 218: « ... il est important de se rappeler que les tribunaux effectuent cette enquête tout en veillant au respect des droits et libertés énoncés dans les autres articles de la *Charte*.»

Un second élément contextuel d'interprétation de l'article premier est fourni par l'expression «société libre et démocratique». L'inclusion de ces mots à titre de norme finale de justification de la restriction des droits et libertés rappelle aux tribunaux l'objet même de l'enchâssement de la *Charte* dans la Constitution: la société canadienne doit être libre et démocratique. Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer.

Toutefois, les droits et libertés garantis par la *Charte* ne sont pas absolus. Il peut être nécessaire de les restreindre lorsque leur exercice empêcherait d'atteindre des objectifs sociaux fondamentalement importants. C'est pourquoi l'article premier prévoit des critères de justification des limites imposées aux droits et libertés garantis par la *Charte*. Ces critères établissent une norme sévère en matière de justification, surtout lorsqu'on les rapproche des deux facteurs contextuels examinés précédemment, savoir la violation d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution et les principes fondamentaux d'une société libre et démocratique.

La charge de prouver qu'une restriction apportée à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte* est raisonnable et que sa justification peut

1986 CanLII 46 (SCC)

ic society rests upon the party seeking to uphold the limitation. It is clear from the text of s. 1 that limits on the rights and freedoms enumerated in the *Charter* are exceptions to their general guarantee. The presumption is that the rights and freedoms are guaranteed unless the party invoking s. 1 can bring itself within the exceptional criteria which justify their being limited. This is further substantiated by the use of the word "demonstrably" which clearly indicates that the onus of justification is on the party seeking to limit: *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*.

The standard of proof under s. 1 is the civil standard, namely, proof by a preponderance of probability. The alternative criminal standard, proof beyond a reasonable doubt, would, in my view, be unduly onerous on the party seeking to limit. Concepts such as "reasonableness", "justifiability" and "free and democratic society" are simply not amenable to such a standard. Nevertheless, the preponderance of probability test must be applied rigorously. Indeed, the phrase "demonstrably justified" in s. 1 of the *Charter* supports this conclusion. Within the broad category of the civil standard, there exist different degrees of probability depending on the nature of the case: see Sopinka and Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases* (Toronto: 1974), at p. 385. As Lord Denning explained in *Bater v. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458 (C.A.), at p. 459:

> The case may be proved by a preponderance of probability, but there may be degrees of probability within that standard. The degree depends on the subject-matter. A civil court, when considering a charge of fraud, will naturally require a higher degree of probability than that which it would require if considering whether negligence were established. It does not adopt so high a degree as a criminal court, even when it is considering a charge of a criminal nature, but still it does require a degree of probability which is commensurate with the occasion.

se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique incombe à la partie qui demande le maintien de cette restriction. Il ressort nettement du texte de l'article premier que les restrictions apportées aux droits et libertés énoncés dans la *Charte* constituent des exceptions à la garantie générale dont ceux-ci font l'objet. On présume que les droits et libertés sont garantis, à moins que la partie qui invoque l'article premier ne puisse satisfaire aux critères exceptionnels qui justifient leur restriction. C'est ce que confirme l'emploi de l'expression «puisse se démontrer» qui indique clairement qu'il appartient à la partie qui cherche à apporter la restriction de démontrer qu'elle est justifiée: *Hunter c. Southam Inc.*, précité.

La norme de preuve aux fins de l'article premier est celle qui s'applique en matière civile, savoir la preuve selon la prépondérance des probabilités. L'autre possibilité, la preuve hors de tout doute raisonnable qui s'applique en matière criminelle, imposerait selon moi une charge trop lourde à la partie qui cherche à apporter la restriction. Des concepts comme «le caractère raisonnable», «le caractère justifiable» et «une société libre et démocratique» ne se prêtent tout simplement pas à l'application d'une telle norme. Néanmoins, le critère de la prépondérance des probabilités doit être appliqué rigoureusement. En fait, l'expression «dont la justification puisse se démontrer», que l'on trouve à l'article premier de la *Charte*, étaye cette conclusion. La norme générale applicable en matière civile comporte différents degrés de probabilité qui varient en fonction de la nature de chaque espèce: voir Sopinka et Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases* (Toronto: 1974), à la p. 385. Comme l'explique lord Denning dans *Bater v. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458 (C.A.), à la p. 459:

> [TRADUCTION] La preuve peut être faite selon la prépondérance des probabilités, mais cette norme peut comporter des degrés de probabilité. Ce degré dépend de l'objet du litige. Une cour civile, saisie d'une accusation de fraude, exigera naturellement un degré de probabilité plus élevé que celui qu'elle exigerait en examinant si la faute a été établie. Elle n'adopte pas une norme aussi sévère que le ferait une cour criminelle, même en examinant une accusation de nature criminelle, mais il reste qu'elle exige un degré de probabilité proportionné aux circonstances.

1986 CanLII 46 (SCC)

This passage was cited with approval in *Hanes v. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1963] S.C.R. 154, at p. 161. A similar approach was put forward by Cartwright J. in *Smith v. Smith*, [1952] 2 S.C.R. 312, at pp. 331-32:

> I wish, however, to emphasize that in every civil action before the tribunal can safely find the affirmative of an issue of fact required to be proved it must be reasonably satisfied, and that whether or not it will be so satisfied must depend on the totality of the circumstances on which its judgment is formed including the gravity of the consequences . . . .

Having regard to the fact that s. 1 is being invoked for the purpose of justifying a violation of the constitutional rights and freedoms the *Charter* was designed to protect, a very high degree of probability will be, in the words of Lord Denning, "commensurate with the occasion". Where evidence is required in order to prove the constituent elements of a s. 1 inquiry, and this will generally be the case, it should be cogent and persuasive and make clear to the Court the consequences of imposing or not imposing the limit. See: *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, *supra*, at p. 384; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, *supra*, at p. 217. A court will also need to know what alternative measures for implementing the objective were available to the legislators when they made their decisions. I should add, however, that there may be cases where certain elements of the s. 1 analysis are obvious or self-evident.

To establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society, two central criteria must be satisfied. First, the objective, which the measures responsible for a limit on a *Charter* right or freedom are designed to serve, must be "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom": *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. The standard must be high in order to ensure that objectives which are trivial or discordant with the principles integral to a free and democratic society do not gain s. 1 protection. It is necessary, at a minimum, that an objective relate to concerns which are pressing and substan-

Ce passage a été cité et approuvé dans l'arrêt *Hanes v. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1963] R.C.S. 154, à la p. 161. Un point de vue semblable a été exprimé par le juge Cartwright dans l'arrêt *Smith v. Smith*, [1952] 2 R.C.S. 312, aux pp. 331 et 332:

> [TRADUCTION] Je tiens toutefois à souligner que, dans toute action civile, pour pouvoir conclure sans risque à l'exactitude d'une question de fait qui doit être établie, le tribunal doit être convaincu d'une manière raisonnable qui dépendra de l'ensemble des circonstances à partir desquelles il formera son jugement, y compris la gravité des conséquences . . .

Compte tenu du fait que l'article premier est invoqué afin de justifier une violation des droits et libertés constitutionnels que la *Charte* vise à protéger, un degré très élevé de probabilité sera, pour reprendre l'expression de lord Denning, «proportionné aux circonstances». Lorsqu'une preuve est nécessaire pour établir les éléments constitutifs d'une analyse en vertu de l'article premier, ce qui est généralement le cas, elle doit être forte et persuasive et faire ressortir nettement à la cour les conséquences d'une décision d'imposer ou de ne pas imposer la restriction. Voir: *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, précité, à la p. 384; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, précité, à la p. 217. La cour devra aussi connaître les autres moyens dont disposait le législateur, au moment de prendre sa décision, pour réaliser l'objectif en question. Je dois cependant ajouter qu'il peut arriver que certains éléments constitutifs d'une analyse en vertu de l'article premier soient manifestes ou évidents en soi.

Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux critères fondamentaux. En premier lieu, l'objectif que visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*, doit être «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution»: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. La norme doit être sévère afin que les objectifs peu importants ou contraires aux principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique ne bénéficient pas de la protection de

1986 CanLII 46 (SCC)

tial in a free and democratic society before it can be characterized as sufficiently important.

Second, once a sufficiently significant objective is recognized, then the party invoking s. 1 must show that the means chosen are reasonable and demonstrably justified. This involves "a form of proportionality test": *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. Although the nature of the proportionality test will vary depending on the circumstances, in each case courts will be required to balance the interests of society with those of individuals and groups. There are, in my view, three important components of a proportionality test. First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in this first sense, should impair "as little as possible" the right or freedom in question: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the *Charter* right or freedom, and the objective which has been identified as of "sufficient importance".

With respect to the third component, it is clear that the general effect of any measure impugned under s. 1 will be the infringement of a right or freedom guaranteed by the *Charter*; this is the reason why resort to s. 1 is necessary. The inquiry into effects must, however, go further. A wide range of rights and freedoms are guaranteed by the *Charter*, and an almost infinite number of factual situations may arise in respect of these. Some limits on rights and freedoms protected by the *Charter* will be more serious than others in terms of the nature of the right or freedom violated, the extent of the violation, and the degree to which the measures which impose the limit trench upon the integral principles of a free and demo-

l'article premier. Il faut à tout le moins qu'un objectif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important.

En deuxième lieu, dès qu'il est reconnu qu'un objectif est suffisamment important, la partie qui invoque l'article premier doit alors démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. Cela nécessite l'application d'«une sorte de critère de proportionnalité»: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. Même si la nature du critère de proportionnalité pourra varier selon les circonstances, les tribunaux devront, dans chaque cas, soupeser les intérêts de la société et ceux de particuliers et de groupes. À mon avis, un critère de proportionnalité comporte trois éléments importants. Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la *Charte* et l'objectif reconnu comme «suffisamment important».

Quant au troisième élément, il est évident que toute mesure attaquée en vertu de l'article premier aura pour effet général de porter atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*; d'où la nécessité du recours à l'article premier. L'analyse des effets ne doit toutefois pas s'arrêter là. La *Charte* garantit toute une gamme de droits et de libertés à l'égard desquels un nombre presque infini de situations peuvent se présenter. La gravité des restrictions apportées aux droits et libertés garantis par la *Charte* variera en fonction de la nature du droit ou de la liberté faisant l'objet d'une atteinte, de l'ampleur de l'atteinte et du degré d'incompatibilité des mesures restrictives avec les principes inhérents à une société libre et

1986 CanLII 46 (SCC)

cratic society. Even if an objective is of sufficient importance, and the first two elements of the proportionality test are satisfied, it is still possible that, because of the severity of the deleterious effects of a measure on individuals or groups, the measure will not be justified by the purposes it is intended to serve. The more severe the deleterious effects of a measure, the more important the objective must be if the measure is to be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society.

Having outlined the general principles of a s. 1 inquiry, we must apply them to s. 8 of the *Narcotic Control Act*. Is the reverse onus provision in s. 8 a reasonable limit on the right to be presumed innocent until proven guilty beyond a reasonable doubt as can be demonstrably justified in a free and democratic society?

The starting point for formulating a response to this question is, as stated above, the nature of Parliament's interest or objective which accounts for the passage of s. 8 of the *Narcotic Control Act*. According to the Crown, s. 8 of the *Narcotic Control Act* is aimed at curbing drug trafficking by facilitating the conviction of drug traffickers. In my opinion, Parliament's concern that drug trafficking be decreased can be characterized as substantial and pressing. The problem of drug trafficking has been increasing since the 1950's at which time there was already considerable concern. (See *Report of the Special Committee on Traffic in Narcotic Drugs*, Appendix to Debates of the Senate, Canada, Session 1955, pp. 690-700; see also *Final Report of the Commission of Inquiry into the Non-Medical Use of Drugs* (Ottawa, 1973).) Throughout this period, numerous measures were adopted by free and democratic societies, at both the international and national levels.

At the international level, on June 23, 1953, the *Protocol for Limiting and Regulating the Cultiva-*

démocratique. Même si un objectif est suffisamment important et même si on a satisfait aux deux premiers éléments du critère de proportionnalité, il se peut encore qu'en raison de la gravité de ses effets préjudiciables sur des particuliers ou sur des groupes, la mesure ne soit pas justifiée par les objectifs qu'elle est destinée à servir. Plus les effets préjudiciables d'une mesure sont graves, plus l'objectif doit être important pour que la mesure soit raisonnable et que sa justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Ayant exposé les principes généraux qui régissent une analyse en vertu de l'article premier, nous devons maintenant les appliquer à l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*. La disposition portant inversion de la charge de la preuve qui figure à l'art. 8 apporte-t-elle au droit d'être présumé innocent tant que la culpabilité n'est pas prouvée hors de tout doute raisonnable, une restriction raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

Comme je l'ai déjà souligné, pour répondre à cette question, il faut commencer par préciser la nature de l'intérêt ou de l'objectif poursuivi par le législateur en adoptant l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*. Selon le ministère public, l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* vise à refréner le trafic des stupéfiants en facilitant l'obtention d'un verdict de culpabilité contre les trafiquants. À mon avis, le souci du législateur de réduire le trafic des stupéfiants peut être qualifié de réel et urgent. Le problème du trafic des stupéfiants n'a cessé de s'aggraver depuis les années cinquante, et déjà à cette époque ce phénomène suscitait beaucoup d'inquiétude. (Voir *Rapport du Comité spécial chargé d'enquêter sur le trafic des stupéfiants*, appendice aux Débats du Sénat du Canada, session 1955, aux pp. 736 à 747; voir aussi *Rapport final, Commission d'enquête sur l'usage des drogues à des fins non médicales* (Ottawa, 1973).) Pendant toute cette période, des sociétés libres et démocratiques ont adopté de nombreuses mesures tant sur le plan national que sur le plan international.

Sur le plan international, le *Protocole visant à limiter et à réglementer la culture du pavot, ainsi*

1986 CanLII 46 (SCC)

tion of the Poppy Plant, the Production of, International and Wholesale Trade in, and Use of Opium, to which Canada is a signatory, was adopted by the United Nations Opium Conference held in New York. The *Single Convention on Narcotic Drugs, 1961*, was acceded to in New York on March 30, 1961. This treaty was signed by Canada on March 30, 1961. It entered into force on December 13, 1964. As stated in the Preamble, "addiction to narcotic drugs constitutes a serious evil for the individual and is fraught with social and economic danger to mankind, . . . "

At the national level, statutory provisions have been enacted by numerous countries which, *inter alia*, attempt to deter drug trafficking by imposing criminal sanctions (see, for example, *Misuse of Drugs Act 1975*, 1975 (N.Z.), No. 116; *Misuse of Drugs Act 1971*, 1971 (U.K.), c. 38).

The objective of protecting our society from the grave ills associated with drug trafficking, is, in my view, one of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom in certain cases. Moreover, the degree of seriousness of drug trafficking makes its acknowledgement as a sufficiently important objective for the purposes of s. 1, to a large extent, self-evident. The first criterion of a s. 1 inquiry, therefore, has been satisfied by the Crown.

The next stage of inquiry is a consideration of the means chosen by Parliament to achieve its objective. The means must be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. As outlined above, this proportionality test should begin with a consideration of the rationality of the provision: is the reverse onus clause in s. 8 rationally related to the objective of curbing drug trafficking? At a minimum, this requires that s. 8 be internally rational; there must be a rational connection between the basic fact of possession and the presumed fact of possession for the purpose of trafficking. Otherwise, the reverse onus clause could give rise to unjustified and erroneous

que la production, le commerce international, le commerce de gros et l'emploi de l'opium, dont le Canada est signataire, a été adopté le 23 juin 1953 dans le cadre de la Conférence des Nations unies sur l'opium tenue à New York. La *Convention unique sur les stupéfiants de 1961* a été conclue à New York le 30 mars 1961. Signé par le Canada le même jour, ce traité est entré en vigueur le 13 décembre 1964. Comme on le dit dans le préambule, «la toxicomanie est un fléau pour l'individu et constitue un danger économique et social pour l'humanité . . .»

Sur le plan national, de nombreux pays ont adopté des dispositions législatives visant notamment, par l'imposition de sanctions pénales, à empêcher le trafic des stupéfiants (voir, par exemple, la *Misuse of Drugs Act 1975*, 1975 (N.Z.), n° 116; la *Misuse of Drugs Act 1971*, 1971 (U.K.), chap. 38).

L'objectif de protection de notre société contre les fléaux liés au trafic des stupéfiants est, selon moi, suffisamment important pour justifier dans certains cas l'atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la Constitution. De plus, la gravité du trafic des stupéfiants fait qu'il va presque sans dire que sa répression constitue un objectif suffisamment important aux fins de l'article premier. Le ministère public a donc satisfait au premier critère applicable à une analyse en vertu de l'article premier.

L'étape suivante de l'analyse consiste à examiner le moyen choisi par le législateur pour atteindre son objectif. Ce moyen doit être raisonnable et sa justification doit pouvoir se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Soulignons encore une fois que l'application de ce critère de proportionnalité doit commencer par un examen de la rationalité de la disposition: existe-t-il un lien rationnel entre la disposition de l'art. 8 portant inversion de la charge de la preuve et l'objectif consistant à refréner le trafic des stupéfiants? Cela nécessite tout au moins que l'art. 8 soit lui-même rationnel. Il doit exister un lien rationnel entre le fait établi de la possession et le fait présumé de la possession à des fins de trafic, sinon la disposition portant inversion de la charge de la preuve pourrait avoir pour conséquence que

1986 CanLII 46 (SCC)

convictions for drug trafficking of persons guilty only of possession of narcotics.

In my view, s. 8 does not survive this rational connection test. As Martin J.A. of the Ontario Court of Appeal concluded, possession of a small or negligible quantity of narcotics does not support the inference of trafficking. In other words, it would be irrational to infer that a person had an intent to traffic on the basis of his or her possession of a very small quantity of narcotics. The presumption required under s. 8 of the *Narcotic Control Act* is overinclusive and could lead to results in certain cases which would defy both rationality and fairness. In light of the seriousness of the offence in question, which carries with it the possibility of imprisonment for life, I am further convinced that the first component of the proportionality test has not been satisfied by the Crown.

Having concluded that s. 8 does not satisfy this first component of proportionality, it is unnecessary to consider the other two components.

VI

Conclusion

The Ontario Court of Appeal was correct in holding that s. 8 of the *Narcotic Control Act* violates the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and is therefore of no force or effect. Section 8 imposes a limit on the right guaranteed by s. 11(*d*) of the *Charter* which is not reasonable and is not demonstrably justified in a free and democratic society for the purpose of s. 1. Accordingly, the constitutional question is answered as follows:

Question:

Is s. 8 of the *Narcotic Control Act* inconsistent with s. 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and thus of no force and effect?

Answer: Yes.

I would, therefore, dismiss the appeal.

des personnes coupables de simple possession de stupéfiants soient erronément et sans justification déclarées coupables de trafic.

Selon moi, l'art. 8 ne satisfait pas au critère du lien rationnel. Comme l'a conclu le juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario, la possession d'une quantité infime ou négligeable de stupéfiants ne justifie pas une conclusion de trafic. En d'autres termes, il serait irrationnel de déduire qu'une personne avait l'intention de faire le trafic du seul fait qu'elle était en possession d'une petite quantité de stupéfiants. La présomption requise en vertu de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* est trop large et est susceptible dans certains cas d'entraîner des résultats à la fois irrationnels et inéquitables. Compte tenu de la gravité de l'infraction en question, qui comporte la possibilité d'un emprisonnement à perpétuité, je suis d'autant plus persuadé que le ministère public n'a pas satisfait au premier élément du critère de proportionnalité.

Ayant conclu que l'art. 8 ne satisfait pas à ce premier élément de proportionnalité, il n'est pas nécessaire d'examiner les deux autres éléments.

VI

Conclusion

C'est à bon droit que la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* contrevient à la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'il est par conséquent inopérant. L'article 8 apporte au droit garanti par l'al. 11*d*) de la *Charte* une restriction qui n'est pas raisonnable et dont la justification ne peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier. Par conséquent, la question constitutionnelle reçoit la réponse suivante:

Question:

L'article 8 de la *Loi sur les stupéfiants* est-il incompatible avec l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, inopérant?

Réponse: Oui.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

1986 CanLII 46 (SCC)

The reasons of Estey and McIntyre JJ. were delivered by

ESTEY J.—I would dismiss this appeal. I agree with the conclusions of the Chief Justice with reference to the relationship between s. 11(*d*) and s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. For the disposition of all other issues arising in this appeal, I would adopt the reasons given by Martin J.A. in the court below.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Roger Tassé, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Cockburn, Foster, Cudmore and Kitely, London.

Version française des motifs des juges Estey et McIntyre rendus par

LE JUGE ESTEY — Je suis d'avis de rejeter ce pourvoi. Je suis d'accord avec les conclusions du Juge en chef quant au lien entre l'al. 11*d*) et l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pour ce qui est de statuer sur toutes les autres questions que soulève le présent pourvoi, je suis d'avis d'adopter les motifs du juge Martin de la Cour d'appel.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante: Roger Tassé, Ottawa.

Procureurs de l'intimé: Cockburn, Foster, Cudmore and Kitely, London.

1986 CanLII 46 (SCC)

Hubert Patrick O'Connor *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Aboriginal Women's Council, the Canadian Association of Sexual Assault Centres, the DisAbled Women's Network of Canada, the Women's Legal Education and Action Fund, the Canadian Mental Health Association and the Canadian Foundation for Children, Youth and the Law *Interveners*

INDEXED AS: R. *v.* O'CONNOR

File No.: 24114.

1995: February 1; 1995: December 14.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Evidence — Disclosure — Accused charged with sexual offences — Defence counsel obtaining pre-trial order requiring Crown to disclose complainants' entire medical, counselling and school records — Trial judge ordering stay of proceedings owing to non-disclosure and late disclosure by Crown — Court of Appeal allowing Crown's appeal and ordering new trial — Whether stay of proceedings appropriate remedy for non-disclosure by Crown of information in its possession.

Criminal law — Evidence — Medical and counselling records — Procedure to be followed where accused seeks production of records in hands of third parties.

Hubert Patrick O'Connor *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, l'Aboriginal Women's Council, l'Association canadienne des centres contre le viol, le Réseau d'action des femmes handicapées du Canada, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, l'Association canadienne de la santé mentale et la Canadian Foundation for Children, Youth and the Law *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* O'CONNOR

N° du greffe: 24114.

1995: 1er février; 1995: 14 décembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit criminel — Preuve — Divulgation — Accusé inculpé d'agressions sexuelles — Obtention par l'avocat de la défense préalablement au procès d'une ordonnance enjoignant au ministère public de divulguer l'ensemble des dossiers médicaux, socio-psychologiques et scolaires des plaignantes — Arrêt des procédures ordonné par le juge du procès en raison de la non-divulgation et de la divulgation tardive par le ministère public — Appel du ministère public accueilli par la Cour d'appel et tenue d'un nouveau procès ordonnée — L'arrêt des procédures est-il la réparation convenable pour la non-divulgation par le ministère public de renseignements en sa possession?

Droit criminel — Preuve — Dossiers médicaux et socio-psychologiques — Procédure à suivre lorsque l'accusé demande la production de dossiers en la possession de tiers.

1995 CanLII 51 (SCC)

The accused was charged with a number of sexual offences. Defence counsel obtained a pre-trial order requiring that the Crown disclose the complainants' entire medical, counselling and school records and that the complainants authorize production of such records. The Crown applied to a different judge for directions regarding the disclosure order and for the early appointment of a trial judge. After a trial judge had been appointed, the Crown again sought directions regarding the disclosure order. By this time many of the impugned records had come into its possession. The trial judge made it clear that he was to be provided promptly with therapy records relating to all four complainants. The accused later applied for a judicial stay of proceedings based on non-disclosure of several items. Crown counsel submitted that the two Crown prosecutors were handling the case from different cities, and that there were difficulties concerning communication and organization. She asserted that the non-disclosure of some of the medical records was due to inadvertence on her part, and that she had "dreamt" the transcripts of certain interviews had been disclosed. She submitted that uninhibited disclosure of medical and therapeutic records would revictimize the victims, and suggested that the disclosure order exhibited gender bias. The trial judge dismissed the application for a stay, finding that the failure to disclose certain medical records had been an oversight. He noted, however, that the letters written by Crown counsel to the counsellors had unacceptably limited the scope of the disclosure to only those portions of the records which related directly to the incidents involving the accused. This resulted in the full therapy records not being disclosed to the defence until just before the trial. He concluded that while the conduct of the Crown was "disturbing", he did not believe that there was a "grand design" to conceal evidence, nor any "deliberate plan to subvert justice". In light of the difficulties encountered during discovery, Crown counsel then agreed to waive any privilege with respect to the contents of the Crown's file and to prepare a binder in relation to each of the complainants containing all information in the Crown's possession relating to each of them. On the second day of the trial, counsel for the accused made another application for a judicial stay of proceedings based largely on the fact that the Crown was still unable to guarantee to the accused that full disclosure had been made. The trial judge stayed proceedings on all four counts. He noted the constant intervention required by the court to ensure full compliance with the disclosure order and found that the Crown's earlier conduct had created "an aura" that had pervaded and ultimately destroyed the case. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal and directed a new trial.

L'accusé a été inculpé d'infractions d'ordre sexuel. L'avocat de la défense a obtenu préalablement au procès une ordonnance enjoignant au ministère public de divulguer l'ensemble des dossiers médicaux, socio-psychologiques et scolaires des plaignantes et à ces dernières d'autoriser la production de ces dossiers. Le ministère public s'est adressé à un autre juge afin d'obtenir des directives concernant l'ordonnance de divulgation et de faire désigner promptement un juge pour la tenue du procès. Après la désignation d'un juge pour présider le procès, le ministère public a de nouveau sollicité des directives concernant l'ordonnance de divulgation. À ce stade, bon nombre des dossiers en question étaient déjà en sa possession. Le juge du procès a été clair: les dossiers médicaux concernant les quatre plaignantes devaient lui être fournis rapidement. L'accusé a ensuite présenté une requête en arrêt des procédures en se fondant sur la non-divulgation de plusieurs documents. Le substitut du procureur général a soutenu que deux substituts du procureur général agissaient pour la poursuite à partir de villes différentes et que cela posait des difficultés sur le plan de la communication et de l'organisation. Elle a affirmé que la non-divulgation de quelques-uns des dossiers médicaux était due à une inadvertance de sa part et qu'elle avait «rêvé» que la transcription de certaines entrevues avaient été divulguée. Elle a plaidé que la divulgation sans restriction des dossiers médicaux et des dossiers thérapeutiques victimiserait à nouveau les victimes et elle a soutenu que l'ordonnance de divulgation relevait de la discrimination fondée sur le sexe. Le juge du procès a rejeté la requête en arrêt des procédures, concluant que le défaut de divulguer certains dossiers médicaux était une inadvertance. Il a toutefois noté que les lettres écrites par le substitut du procureur général aux conseillers socio-psychologiques avaient limité de façon inacceptable la portée de la divulgation aux seules parties des dossiers se rapportant directement aux incidents impliquant l'accusé, avec le résultat que les dossiers thérapeutiques complets n'ont été divulgués à la défense que juste avant le procès. Le juge a conclu que, bien que la conduite du ministère public fût «troublante», il ne croyait pas en l'existence d'un «grand projet» visant à dissimuler des éléments de preuve ni en celui d'un «plan délibéré de subversion de la justice». Compte tenu des difficultés rencontrées à l'étape de la divulgation, le substitut du procureur général a alors consenti à renoncer à tout privilège quant au contenu du dossier du ministère public et à préparer, dans le cas de chacune des plaignantes, un cahier qui contiendrait tous les renseignements en la possession du ministère public relativement à chacune d'entre elles. Le deuxième jour du procès, le procureur de l'accusé a présenté une autre requête en arrêt des procédures en se fondant principale-

1995 CanLII 51 (SCC)

This appeal raises the issues of (1) when non-disclosure by the Crown justifies an order that the proceedings be stayed and (2) the appropriate procedure to be followed when an accused seeks production of documents such as medical or therapeutic records that are in the hands of third parties.

Held (Lamer C.J. and Sopinka and Major JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

(1) *Stay of Proceedings*

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: There is no need to maintain any type of distinction between the common law doctrine of abuse of process and *Charter* requirements regarding abusive conduct. Where an accused seeks to establish that non-disclosure by the Crown has violated s. 7, he or she must establish that the impugned non-disclosure has, on the balance of probabilities, prejudiced or had an adverse effect on his or her ability to make full answer and defence. Such a determination requires reasonable inquiry into the materiality of the non-disclosed information. Inferences or conclusions about the propriety of the Crown's conduct or intention are not necessarily relevant to whether or not the accused's right to a fair trial is infringed. The focus must be primarily on the effect of the impugned actions on the fairness of the trial. Once a violation is made out, the court must fashion a just and appropriate remedy, pursuant to s. 24(1). Where the adverse impact upon the accused's ability to make full answer and defence is curable by a disclosure order, then such a remedy, combined with an adjournment where necessary to enable defence counsel to review the disclosed information, will generally be appropriate. There may, however, be exceptional situations where, given the advanced state of the proceedings, it is simply not possible to remedy the prejudice. In those "clearest of cases", a stay of proceedings will be appropriate. When choosing a remedy for a non-disclosure that has violated s. 7, the court should also consider whether the Crown's breach of its disclosure obligations has violated fundamental principles underlying the community's

ment sur le fait que le ministère public ne pouvait toujours pas garantir à l'accusé qu'il y avait eu divulgation complète. Le juge du procès a arrêté les procédures relativement aux quatre chefs d'accusation. Il a constaté que la cour avait dû intervenir constamment pour faire respecter intégralement l'ordonnance de divulgation et il a conclu que la conduite antérieure du ministère public avait créé «un climat» qui avait imprégné l'affaire et l'avait finalement minée. La Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le présent pourvoi soulève les questions de savoir (1) quand la non-divulgation de documents par le ministère public justifie une ordonnance d'arrêt des procédures et (2) quelle est la procédure appropriée lorsqu'un accusé demande la production de documents tels les dossiers médicaux ou thérapeutiques en la possession de tiers.

Arrêt (le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Major sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

(1) *L'arrêt des procédures*

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: Il n'y a pas lieu de maintenir quelque genre de distinction que ce soit entre la doctrine de l'abus de procédures reconnue en common law et les exigences de la *Charte* en ce qui concerne la conduite abusive. Lorsque l'accusé tente de prouver que la non-divulgation par le ministère public viole l'art. 7, il doit prouver que la non-divulgation en cause a, selon la prépondérance des probabilités, nui à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière ou a eu un effet défavorable sur cette possibilité. Une telle détermination exige une enquête suffisante sur le caractère substantiel des renseignements non divulgués. Les déductions ou conclusions relatives à l'à-propos de la conduite ou de l'intention du ministère public ne sont pas nécessairement pertinentes lorsqu'il s'agit de savoir s'il y a eu violation ou non du droit de l'accusé à un procès équitable. L'accent doit être mis principalement sur l'effet que les actions contestées auront sur l'équité du procès. Une fois la violation prouvée, la cour doit façonner une réparation convenable et juste, conformément au par. 24(1). Lorsqu'il est possible, au moyen d'une ordonnance de divulgation, de pallier l'impact néfaste que peut avoir la non-divulgation sur la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière, une telle réparation sera généralement convenable, accompagnée d'un ajournement si nécessaire afin de permettre à l'avocat de la défense d'examiner les renseignements divulgués. Il peut cependant exister des cas exceptionnels où, vu le stade avancé de l'instance, il n'est tout simplement pas possible de remédier au préjudice. Dans ces «cas les

1995 CanLII 51 (SCC)

sense of decency and fair play and thereby caused prejudice to the integrity of the judicial system. If so, it should be asked whether this prejudice is remediable, having regard to the seriousness of the violation and to the societal and individual interests in obtaining a determination of guilt or innocence.

While the Crown's conduct in this case was shoddy and inappropriate, the non-disclosure cannot be said to have violated the accused's right to full answer and defence. The whole issue of disclosure in this case arose out of the order requiring that the Crown "disclose" records in the hands of third parties and that the complainants authorize production of such records. This order was issued without any form of inquiry into their relevance, let alone a balancing of the privacy rights of the complainants and the accused's right to a fair trial, and was thus wrong. The Crown was ultimately right in trying to protect the interests of justice, and the fact that it did so in such a clumsy way should not result in a stay of proceedings, particularly when no prejudice was demonstrated to the fairness of the accused's trial or to his ability to make full answer and defence. Even had a violation of s. 7 been found, this cannot be said to be one of the "clearest of cases" which would mandate a stay of proceedings.

Per Cory and Iacobucci JJ.: While the actions of Crown counsel originally responsible for the prosecution of this case were extremely high-handed and thoroughly reprehensible, the Crown's misdeeds were not such that, upon a consideration of all the circumstances, the drastic remedy of a stay was merited.

Per Lamer C.J. and Sopinka and Major JJ. (dissenting on this issue): A stay of proceedings was appropriate here. The Crown's conduct impaired the accused's ability to make full answer and defence. The impropriety of the disclosure order if any does not excuse the Crown's failure to comply with it until immediately before the trial. The Crown never took proper action regarding the objections it had. If it could not appeal the order it should have returned to the issuing judge to request

plus manifestes», l'arrêt des procédures sera approprié. Lorsque la cour se penchera sur les mesures réparatrices relatives à une non-divulgation portant atteinte à l'art. 7, elle devrait examiner également si le manquement par le ministère public à ses obligations en matière de divulgation a également porté atteinte aux principes fondamentaux qui sous-tendent le sens de la décence et du franc-jeu de la collectivité et, en conséquence, a porté préjudice à l'intégrité du système judiciaire. Si tel est le cas, la cour devrait s'interroger à savoir si ce préjudice est réparable, compte tenu de la gravité de la violation et des intérêts communautaires et individuels dans la détermination de la culpabilité ou de l'innocence.

Bien que la conduite du ministère public en l'espèce ait été inappropriée et inopportune, on ne peut dire que la non-divulgation a constitué une violation du droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Toute la question de la divulgation en l'espèce découle de l'ordonnance qui enjoignait au ministère public de «divulguer» des dossiers se trouvant en la possession de tiers et aux plaignantes d'autoriser la production de ces dossiers. Cette ordonnance a été rendue sans aucun examen de la pertinence de ces dossiers, ni aucune pondération des droits à la vie privée des plaignantes et du droit de l'accusé à un procès équitable et elle était donc erronée. En fin de compte, le ministère public a eu raison de tenter de protéger les intérêts de la justice et, même s'il l'a fait d'une façon très maladroite, cela ne devrait pas donner lieu à un arrêt des procédures, tout particulièrement lorsque l'on n'a pas prouvé d'atteinte à l'équité du procès de l'accusé ou à la possibilité pour lui de présenter une défense pleine et entière. Même s'il avait été conclu à une violation de l'art. 7, on ne peut dire qu'il s'agit en l'espèce de l'un des «cas les plus manifestes» qui justifieraient un arrêt des procédures.

Les juges Cory et Iacobucci: Bien que les actes du substitut du procureur général initialement chargé de la poursuite en l'espèce aient été extrêmement arrogants et tout à fait répréhensibles, les méfaits du ministère public n'étaient pas tels que, après examen de toutes les circonstances, le tribunal était justifié de recourir à la réparation draconienne qu'est l'arrêt des procédures.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Major (dissidents sur cette question): Un arrêt des procédures était approprié en l'espèce. La conduite du ministère public a nui à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Le caractère inapproprié de l'ordonnance judiciaire, le cas échéant, n'excuse pas le ministère public d'avoir omis, jusqu'à immédiatement avant le procès, de la respecter. Le ministère public n'a jamais pris les mesures appropriées en ce qui concerne

1995 CanLII 51 (SCC)

variation or rescission. The letters from the Crown prosecutor to the therapists narrowed the scope of the order. As soon as the order was clarified for the therapists, complete records were disclosed, suggesting that had the letters contained an accurate description of the order, compliance would have occurred at a much earlier time. The Crown also breached its general duty to disclose all relevant information. Each time disclosure was made in this case it was the result of the defence having to raise the matter in court. The conduct of the Crown was such that trust was lost, first by the defence, and finally by the trial judge. It is of little consequence that a considerable amount of the non-disclosed material was ultimately released piecemeal to the defence prior to the trial. The effect of continual discovery of more non-disclosed evidence, coupled with the Crown's admission that disclosure was possibly incomplete, created an atmosphere in which the defence's ability to prepare was impaired. The Crown's delay in making disclosure and its inability to assure the trial judge that full disclosure had been made even after commencement of the trial were fatal to the proceedings. The continual breaches by the Crown made a stay the appropriate remedy. Proceedings had become unworkable and unfair. Remedies under s. 24(1) of the *Charter* are properly in the discretion of the trial judge. This discretion should not be interfered with unless the decision was clearly unreasonable.

The same breaches of the disclosure order, the general duty of disclosure and the undertaking to disclose files to the defence which impaired the accused's right to make full answer and defence also violated fundamental principles of justice underlying the community's sense of fair play and decency. The trial judge showed admirable tolerance for the behaviour of the Crown but in the end had no choice but to order a stay. When a criminal trial gains notoriety because of the nature of the offence, the parties charged or any other reason, there is an added burden in the paramount interest of ensuring fairness in the process. In this case, the fact that the offences alleged were many years in the past and that the accused had a high profile in the community called for a careful prosecution to ensure fairness and the maintenance of integrity in the process. The conduct of the Crown during the time the trial judge was

les objections qu'il avait. S'il ne pouvait interjeter appel de l'ordonnance, il aurait dû s'adresser de nouveau au juge ayant rendu l'ordonnance pour en demander la modification ou l'annulation. Les lettres du substitut du procureur général aux thérapeutes limitaient la portée de l'ordonnance. Aussitôt que la portée de l'ordonnance eut été communiquée aux thérapeutes, les dossiers complets ont été divulgués, ce qui laisse entendre que, si les lettres avaient donné une description exacte de l'ordonnance, elle aurait été respectée beaucoup plus tôt. Le ministère public a également manqué à son obligation générale de divulguer tous les renseignements pertinents. Chaque divulgation en l'espèce est le fruit d'une question de la défense devant le tribunal. Le comportement du ministère public était tel que la défense d'abord et le juge du procès ensuite ont perdu confiance. Il importe peu qu'un grand nombre des documents non divulgués aient en fin de compte été remis petit à petit à la défense avant le procès. La découverte répétée d'éléments de preuve qui n'avaient pas été divulgués et l'admission par le ministère public que la divulgation n'avait peut-être pas été complète ont eu pour effet de créer un climat qui nuisait à la capacité de la défense de se préparer. Le temps mis par le ministère public à divulguer les renseignements et son incapacité de garantir au juge du procès que tous les renseignements avaient été divulgués même après le début du procès ont porté un coup fatal à l'instance. Les manquements répétés du ministère public ont fait que l'arrêt des procédures était la réparation convenable. Il était devenu impossible et injuste de poursuivre l'instance. Les réparations visées au par. 24(1) de la *Charte* relèvent à bon droit du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. On ne devrait pas toucher à ce pouvoir discrétionnaire à moins que la décision ne soit nettement déraisonnable.

Les mêmes manquements à l'ordonnance de divulgation, à l'obligation générale de divulguer et à l'engagement de divulguer les dossiers à la défense qui ont porté atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière ont également violé les principes fondamentaux qui sous-tendent le sens collectif du franc-jeu et de la décence. Le juge du procès a fait preuve d'une tolérance remarquable à l'égard du comportement du ministère public, mais, à la fin, il n'avait pas d'autre choix que de prononcer l'arrêt des procédures. Lorsqu'un procès criminel devient célèbre en raison de la nature de l'infraction, des accusés en cause ou pour toute autre raison, cela ajoute à l'importance de garantir l'équité du processus. En l'espèce, le fait que les infractions reprochées remontaient à bien des années et que l'accusé était une personne en vue dans la société exigeait que la poursuite soit très sensible aux exigences de

1995 CanLII 51 (SCC)

involved, as well as in the months before his appointment, was negligent, incompetent and unfair. The trial judge was in the best position to observe the conduct of the Crown and its effect on the proceedings. He found that the trial had become so tainted that it violated fundamental principles underlying the community's sense of fair play and decency and that the accused was impaired in his ability to make full answer and defence.

l'équité et du maintien de l'intégrité du processus. La conduite du ministère public pendant que le juge du procès était saisi de l'affaire, ainsi que durant les mois précédant son affectation au dossier, a été négligente, inéquitable et entachée d'incompétence. Le juge du procès était le mieux placé pour observer la conduite du ministère public et son effet sur le déroulement de l'instance. Il a estimé que le procès était devenu entaché de vice au point de violer les principes fondamentaux qui sous-tendent le sens collectif du franc-jeu et de la décence et de nuire à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière.

(2) *Production of Records in the Possession of the Crown*

Per Lamer C.J. and Sopinka J.: The Crown's disclosure obligations established in *Stinchcombe* are unaffected by the confidential nature of therapeutic records when the records are in the possession of the Crown. The complainant's privacy interests in therapeutic records need not be balanced against the right of the accused to make full answer and defence in the context of disclosure, since concerns relating to privacy or privilege disappear where the documents in question have fallen into the Crown's possession. The complainant's lack of a privacy interest in records that are possessed by the Crown counsels against a finding of privilege in such records. Fairness must require that if the complainant is willing to release this information in order to further the criminal prosecution, then the accused should be entitled to use the information in the preparation of his or her defence. Moreover, any form of privilege may be forced to yield where such a privilege would preclude the accused's right to make full answer and defence. Information in the possession of the Crown which is clearly relevant and important to the ability of the accused to raise a defence must be disclosed to the accused, regardless of any potential claim of privilege that might arise. While the mere existence of therapeutic records is insufficient to establish the relevance of those records to the defence, their relevance must be presumed where the records are in the Crown's possession.

(2) *La production de dossiers en la possession du ministère public*

Le juge en chef Lamer et le juge Sopinka: Le caractère confidentiel des dossiers thérapeutiques n'influe pas sur l'obligation de divulguer du ministère public reconnue dans *Stinchcombe* lorsque les dossiers sont en la possession du ministère public. Il n'est pas nécessaire, dans le contexte de la divulgation, de pondérer les intérêts privés du plaignant dans les dossiers thérapeutiques et le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière, car la protection de la vie privée ou l'existence d'un privilège ne suscitent plus d'inquiétudes lorsque les documents en question sont en la possession du ministère public. L'absence de droit à la protection de la vie privée du plaignant relativement aux dossiers détenus par le ministère public nous empêche de conclure à l'existence d'un privilège à l'égard de ces dossiers. L'équité exige que, si le plaignant est d'accord pour communiquer ces renseignements afin de favoriser la poursuite criminelle, l'accusé devrait alors avoir le droit d'utiliser les renseignements dans la préparation de sa défense. De plus, toute forme de privilège doit céder le pas lorsqu'un tel privilège porterait atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Les renseignements en la possession du ministère public qui sont manifestement pertinents et importants pour permettre à l'accusé de faire valoir un moyen de défense doivent être divulgués à l'accusé, indépendamment de toute revendication de privilège qui pourrait survenir. Bien que la simple existence de dossiers thérapeutiques ne suffise pas à établir leur pertinence par rapport à la défense, la pertinence de ces dossiers doit se présumer lorsqu'ils se trouvent en la possession du ministère public.

Per Cory and Iacobucci JJ.: The principles set out in the *Stinchcombe* decision, affirmed in *Egger*, pertaining to the Crown's duty to disclose must apply to therapeu-

Les juges Cory et Iacobucci: Les principes concernant l'obligation de divulguer du ministère public, énoncés dans l'arrêt *Stinchcombe* et confirmés dans l'arrêt

1995 CanLII 51 (SCC)

tic records in the Crown's possession, as found by Lamer C.J. and Sopinka J.

Per Major J.: The Crown's disclosure obligations established in *Stinchcombe* are unaffected by the confidential nature of therapeutic records in its possession, as found by Lamer C.J. and Sopinka J.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: This appeal does not concern the extent of the Crown's obligation to disclose private records in its possession, or the question whether privacy and equality interests may militate against such disclosure by the Crown. These issues do not arise in this appeal and were not argued before the Court. Any comment on these questions would be strictly *obiter*.

(3) *Production of Records in the Possession of Third Parties*

Per Lamer C.J. and Sopinka J.: When the defence seeks information in the hands of a third party (as compared to the state), the onus should be on the accused to satisfy a judge that the information is likely to be relevant. In order to initiate the production procedure, the accused must bring a formal written application supported by an affidavit setting out the specific grounds for production. However, the court should be able, in the interests of justice, to waive the need for a formal application in some cases. In either event, notice must be given to third parties in possession of the documents as well as to those persons who have a privacy interest in the records. The accused must also ensure that the custodian and the records are subpoenaed to ensure their attendance in the court. The initial application for disclosure should be made to the judge seized of the trial, but may be brought before the trial judge prior to the empanelling of the jury, at the same time that other motions are heard. In the disclosure context, the meaning of "relevance" is expressed in terms of whether the information may be useful to the defence. In the context of production, the test of relevance should be higher: the presiding judge must be satisfied that there is a reasonable possibility that the information is logically probative to an issue at trial or the competence of a witness to testify. While "likely relevance" is the appropriate threshold for the first stage of the two-step procedure, it should not be interpreted as an onerous burden upon the accused. A relevance threshold, at this stage, is simply a

Egger, doivent s'appliquer aux dossiers thérapeutiques en sa possession, comme l'ont conclu le juge en chef Lamer et le juge Sopinka.

Le juge Major: Le caractère confidentiel des dossiers thérapeutiques n'influe pas sur l'obligation de divulguer du ministère public reconnue dans *Stinchcombe* lorsque les dossiers sont en la possession du ministère public, ainsi que l'ont conclu le juge en chef Lamer et le juge Sopinka.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: Il ne s'agit pas en l'espèce d'examiner l'étendue de l'obligation du ministère public en matière de divulgation de dossiers privés en sa possession, ni de déterminer si les droits à l'égalité et à la protection de la vie privée peuvent militer contre une telle divulgation. Ces questions ne sont pas soulevées dans le cadre du présent pourvoi et elles n'ont pas été plaidées devant la Cour. Tout commentaire à ce sujet serait strictement incident.

(3) *La production de dossiers en la possession de tiers*

Le juge en chef Lamer et le juge Sopinka: Lorsque la défense demande des renseignements qui sont entre les mains d'un tiers (par comparaison à celles de l'État), il devrait incomber à l'accusé de convaincre le juge que les renseignements sont d'une pertinence probable. Pour entamer la procédure de production, l'accusé doit présenter par écrit une demande formelle appuyée d'un affidavit exposant les motifs précis de la production. Toutefois, dans l'intérêt de la justice, le tribunal devrait pouvoir exempter l'accusé de la nécessité de présenter une demande formelle dans certains cas. Quelle que soit la procédure retenue, les tiers en possession des documents et les personnes qui ont un intérêt de nature privée dans les dossiers doivent être avisés de la demande de production. L'accusé doit également veiller à ce que le gardien soit assigné à comparaître et à produire les dossiers. La demande initiale de divulgation devrait être adressée au juge saisi de l'affaire, mais elle peut être présentée devant le juge du procès avant la formation du jury, au moment de l'audition des autres requêtes. Dans le contexte de la divulgation, la «pertinence» est fonction de l'utilité que les renseignements peuvent avoir pour la défense. Dans le contexte de la production, le critère de la pertinence devrait être plus élevé: le juge présidant le procès doit être convaincu qu'il existe une possibilité raisonnable que les renseignements aient une valeur logiquement probante relativement à une question en litige ou à l'habilité à témoigner d'un témoin. Si la «pertinence probable» est le critère approprié à la pre-

1995 CanLII 51 (SCC)

requirement to prevent the defence from engaging in speculative, fanciful, disruptive, unmeritorious, obstructive and time-consuming requests for production.

Upon their production to the court, the judge should examine the records to determine whether, and to what extent, they should be produced to the accused. In making that determination, the judge must examine and weigh the salutary and deleterious effects of a production order and determine whether a non-production order would constitute a reasonable limit on the ability of the accused to make full answer and defence. In balancing the competing rights in question, the following factors should be considered: (1) the extent to which the record is necessary for the accused to make full answer and defence; (2) the probative value of the record; (3) the nature and extent of the reasonable expectation of privacy vested in the record; (4) whether production of the record would be premised upon any discriminatory belief or bias; and (5) the potential prejudice to the complainant's dignity, privacy or security of the person that would be occasioned by production of the record. The effect on the integrity of the trial process of producing, or failing to produce, the record, having in mind the need to maintain consideration in the outcome, is more appropriately dealt with at the admissibility stage and not in deciding whether the information should be produced. As for society's interest in the reporting of sexual crimes, there are other avenues available to the judge to ensure that production does not frustrate the societal interests that may be implicated by the production of the records to the defence. In applying these factors, it is also appropriate to bear in mind that production of third party records is always available to the Crown provided it can obtain a search warrant.

Per Cory and Iacobucci JJ.: The procedure suggested by Lamer C.J. and Sopinka J. for determining whether records in the possession of third parties are likely to be relevant was agreed with, as were their reasons pertaining to the nature of the onus resting upon the accused and the nature of the balancing process which must be undertaken by the trial judge.

Per Major J.: The substantive law and the procedure recommended by Lamer C.J. and Sopinka J. in

mière étape de la procédure à deux volets, cela ne devrait pas être interprété comme un fardeau onéreux incombant à l'accusé. À cette étape, un critère de pertinence vise simplement à empêcher que la défense ne se lance dans des demandes de production qui reposent sur la conjecture et qui sont fantaisistes, perturbatrices, mal fondées, obstructionnistes et dilatoires.

Au moment de la production des dossiers devant la cour, le juge devrait les examiner pour déterminer s'ils devraient être divulgués à l'accusé et dans quelle mesure. Pour arriver à cette conclusion, le juge doit examiner et soupeser les effets bénéfiques et les effets préjudiciables d'une ordonnance de production et déterminer si une ordonnance de non-production constituerait une restriction raisonnable de la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Pour équilibrer les droits contradictoires en question, il faudrait prendre en considération les facteurs suivants: (1) la mesure dans laquelle ce dossier est nécessaire pour que l'accusé puisse présenter une défense pleine et entière; (2) la valeur probante du dossier en question; (3) la nature et la portée de l'attente raisonnable au respect du caractère privé de ce dossier; (4) la question de savoir si la production du dossier reposerait sur une croyance ou un préjugé discriminatoires, et (5) le préjudice possible à la dignité, à la vie privée ou à la sécurité de la personne du plaignant que pourrait causer la production du dossier en question. Il conviendrait mieux de traiter de l'effet de la production ou de la non-production du dossier sur l'intégrité du processus judiciaire, compte tenu de la nécessité de garder à l'esprit les conséquences de la détermination, à l'étape de l'admissibilité et non pas au moment de décider si les renseignements devraient être produits. Pour ce qui est de l'intérêt de la société à ce que les crimes sexuels soient signalés, le juge dispose d'autres moyens pour s'assurer que la production ne contrecarre pas les intérêts de la société qui peuvent être touchés par la production des dossiers à la défense. Dans l'application de ces facteurs, il convient également de se rappeler que le ministère public peut toujours exiger la production de dossiers de tiers pourvu qu'il obtienne un mandat de perquisition.

Les juges Cory et Iacobucci: La procédure que le juge en chef Lamer et le juge Sopinka proposent pour déterminer si les dossiers en la possession de tiers sont susceptibles d'être pertinents est acceptée, tout comme leurs motifs relativement à la nature du fardeau incombant à l'accusé et à la nature du processus de pondération auquel le juge du procès doit recourir.

Le juge Major: Le droit substantiel et la procédure recommandée par le juge en chef Lamer et le juge

1995 CanLII 51 (SCC)

obtaining therapeutic records from third persons were agreed with.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. (dissenting on this issue): Private records, or records in which a reasonable expectation of privacy lies, may include medical or therapeutic records, school records, private diaries and social worker activity logs. An order for production of private records held by third parties does not arise as a remedy under s. 24(1) of the *Charter* since, at the moment of the request for production, the accused's rights under the *Charter* have not been violated. Nonetheless, when deciding whether to order production of private records, the court must exercise its discretion in a manner that is respectful of *Charter* values. The constitutional values involved here are the right to full answer and defence, the right to privacy, and the right to equality without discrimination.

Witnesses have a right to privacy in relation to private documents and records which are not part of the Crown's "case to meet" against the accused. They are entitled not to be deprived of their reasonable expectation of privacy except in accordance with the principles of fundamental justice. Since an applicant seeking production of private records from third parties is seeking to invoke the power of the State to violate the privacy rights of other individuals, the applicant must show that the use of the State power to compel production is justified in a free and democratic society. The use of State power to compel production of private records will be justified in a free and democratic society when the following criteria are met: (1) it is shown that the accused cannot obtain the information sought by any other reasonable means; (2) production that infringes privacy must be as limited as reasonably possible to fulfil the right to make full answer and defence; (3) the arguments urging production rest on permissible chains of reasoning, rather than upon discriminatory assumptions and stereotypes; and (4) there is proportionality between the salutary and deleterious effects of production. The measure of proportionality must reflect the extent to which a reasonable expectation of privacy vests in the particular records, on the one hand, and the importance of the issue to which the evidence relates, on the other. Moreover, courts must remain alive to the fact that, in certain cases, the deleterious effects of production may demonstrably include negative effects on the complainant's course of therapy, threatening psychological harm to the individual concerned and thereby resulting in a concom-

Sopinka pour obtenir les dossiers thérapeutiques de tiers sont acceptés.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier (dissidents sur cette question): Les dossiers privés ou les dossiers qui devraient normalement être protégés en raison de leur caractère privé peuvent comprendre des dossiers de nature médicale ou thérapeutique, des dossiers scolaires, des journaux intimes et des carnets d'activités rédigés par des travailleurs sociaux. Une ordonnance de production de dossiers privés détenus par des tiers n'est pas une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* car, au moment de la demande de production, il n'y a pas eu violation des droits garantis à l'accusé par la *Charte*. Néanmoins, lorsqu'il décide s'il doit ordonner la production de dossiers privés, le tribunal doit exercer son pouvoir discrétionnaire de façon à respecter les valeurs de la *Charte*. Les valeurs constitutionnelles visées en l'espèce sont le droit à une défense pleine et entière, le droit à la protection de la vie privée et le droit à l'égalité indépendamment de toute discrimination.

Les témoins ont droit à la protection de leur vie privée en ce qui a trait aux documents et aux dossiers privés qui ne font pas partie de la «preuve complète» que le ministère public doit présenter contre l'accusé. Il ne peut être porté atteinte à leur attente raisonnable en matière de protection de la vie privée qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Étant donné que c'est le requérant qui demande la production de dossiers privés en la possession de tiers et qui, à cette fin, tente d'invoquer le pouvoir de l'État de violer les droits à la protection de la vie privée d'autres individus, il doit prouver que l'utilisation du pouvoir de l'État d'imposer la production est justifiée dans une société libre et démocratique. L'utilisation du pouvoir de l'État d'ordonner la production de dossiers privés sera justifiée dans une société libre et démocratique lorsque les critères suivants seront appliqués: (1) il est prouvé que l'accusé ne peut obtenir les renseignements demandés par d'autres moyens raisonnables; (2) la production qui viole la protection de la vie privée doit être aussi limitée qu'il est raisonnablement possible pour respecter le droit de présenter une défense pleine et entière; (3) les arguments en faveur de la production doivent se fonder sur un raisonnement permis et non pas sur des suppositions et des stéréotypes discriminatoires, et (4) il y a proportionnalité entre les effets bénéfiques et les effets préjudiciables. La mesure de proportionnalité doit refléter l'étendue de l'attente raisonnable en matière de protection du caractère privé des dossiers particuliers, d'une part, et l'importance de la question à laquelle a trait la preuve, d'autre part. En outre, les tribunaux doivent res-

1995 CanLII 51 (SCC)

itant deprivation of the individual's security of the person.

The first step for an accused who seeks production of private records held by a third party is to obtain and serve on the third party a *subpoena duces tecum*. When the subpoena is served, the accused should notify the Crown, the subject of the records, and any other person with an interest in the confidentiality of the records that the accused will ask the trial judge for an order for their production. Then, at the trial, the accused must bring an application supported by appropriate affidavit evidence showing that the records are likely to be relevant either to an issue in the trial or to the competence to testify of the subject of the records. If the records are relevant, the court must balance the salutary and deleterious effects of ordering that the records be produced to determine whether, and to what extent, production should be ordered.

The records at issue here are not within the possession or control of the Crown, do not form part of the Crown's "case to meet", and were created by a third party for a purpose unrelated to the investigation or prosecution of the offence. It cannot be assumed that such records are likely to be relevant, and if the accused is unable to show that they are, then the application for production must be rejected as it amounts to nothing more than a fishing expedition. The burden on an accused to demonstrate likely relevance is a significant one. It would be insufficient for the accused to demand production simply on the basis of a bare, unsupported assertion that the records might impact on "recent complaint" or the "kind of person" the witness is. Similarly; the applicant cannot simply invoke credibility "at large", but must rather provide some basis to show that there is likely to be information in the impugned records which would relate to the complainant's credibility on a particular, material issue at trial. Equally inadequate is a bare, unsupported assertion that a prior inconsistent statement might be revealed, or that the defence wishes to explore the records for "allegations of sexual abuse by other people". Similarly, the mere fact that a witness has a medical or psychiatric record cannot be taken as indicative of the potential unreliability of the evidence. Any suggestion that a particular treatment, therapy, illness, or disability implies unreliability must be informed by

ter sensibles au fait que, dans certains cas, les effets préjudiciables de la production peuvent visiblement comporter des effets négatifs sur le déroulement de la thérapie de la plaignante, ce qui menacerait de nuire psychologiquement à la personne concernée et entraînerait pour elle une privation concomitante du droit à la sécurité de sa personne.

L'accusé qui cherche à obtenir la production de dossiers privés en la possession d'un tiers doit d'abord obtenir un *subpoena duces tecum* et le lui signifier. Après la signification de l'assignation, l'accusé doit aviser le ministère public, la personne visée par les dossiers et toute autre personne ayant un intérêt dans le caractère privé des dossiers, que l'accusé demandera au juge du procès d'en ordonner la production. Ensuite, au procès, l'accusé doit présenter une demande appuyée d'une preuve par affidavit indiquant que les dossiers sont susceptibles de se rapporter soit à une question en litige dans l'instance soit à l'habilité à témoigner de la personne visée par les dossiers. Si les dossiers sont pertinents, le tribunal doit alors pondérer les effets bénéfiques et les effets préjudiciables qu'entraînerait la délivrance en faveur de la défense de l'ordonnance de production de ces dossiers pour déterminer si la production devrait être ordonnée et dans quelle mesure.

Les dossiers visés en l'espèce ne sont pas en la possession ou sous le contrôle du ministère public, ne font pas partie de sa «preuve complète» et ont été créés par un tiers à une fin non reliée à l'enquête ou à la poursuite de l'infraction. On ne peut présumer que ces dossiers seront vraisemblablement pertinents et, si l'accusé est incapable d'en démontrer la pertinence, alors la demande de production doit être rejetée comme n'équivalant à rien d'autre qu'une recherche à l'aveuglette. La charge qui incombe à l'accusé de démontrer la pertinence probable est considérable. Il ne suffira pas que l'accusé demande la production de dossiers en se fondant uniquement sur une simple déclaration non étayée selon laquelle les dossiers pourraient influer sur une «plainte récente» ou le «genre de personne» qu'est le témoin. De la même manière, le requérant ne peut pas simplement invoquer la crédibilité «en général», mais il doit plutôt fournir une base pour prouver qu'il y a des chances que les dossiers contestés contiennent des renseignements qui se rapporteraient à la crédibilité de la plaignante sur une question particulière et essentielle en litige. Tout aussi insuffisante est la simple affirmation non étayée selon laquelle une déclaration antérieure incompatible pourrait être révélée ou selon laquelle la défense désire examiner les dossiers en vue de trouver des «allégations d'abus sexuel commis par d'autres personnes». De même, le simple fait qu'un témoin ait des

1995 CanLII 51 (SCC)

cogent evidence, rather than stereotype, myth or prejudice. Finally, it must not be presumed that the mere fact that a witness received treatment or counselling after a sexual assault indicates that the records will contain information that is relevant to the defence. The focus of therapy is vastly different from that of an investigation or other process undertaken for the purposes of the trial. While investigations and witness testimony are oriented toward ascertaining historical truth, therapy generally focuses on exploring the complainant's emotional and psychological responses to certain events, after the alleged assault has taken place.

If the trial judge decides that the records are likely to be relevant, then the analysis proceeds to the second stage, which has two parts. First, the trial judge must balance the salutary and deleterious effects of ordering the production of the records to the court for inspection, having regard to the accused's right to make full answer and defence, and the effect of such production on the privacy and equality rights of the subject of the records. If the judge concludes that production to the court is warranted, he or she should so order. Next, upon their production to the court, the judge should examine the records to determine whether, and to what extent, they should be produced to the accused. Production should only be ordered in respect of those records, or parts of records, that have significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice or by the harm to the privacy rights of the witness or to the privileged relation. The following factors should be considered in this determination: (1) the extent to which the record is necessary for the accused to make full answer and defence; (2) the probative value of the record; (3) the nature and extent of the reasonable expectation of privacy vested in the record; (4) whether production of the record would be premised upon any discriminatory belief or bias; (5) the potential prejudice to the complainant's dignity, privacy or security of the person that would be occasioned by production of the record; (6) the extent to which production of records of this nature would frustrate society's interest in encouraging the reporting of sexual offences and the acquisition of treatment by victims; and (7) the effect on the integrity of the trial process of producing, or failing to produce, the

antécédents médicaux ou psychiatriques ne peut pas être considéré comme indiquant que son témoignage pourrait manquer de crédibilité. Toute suggestion selon laquelle un traitement, une thérapie, une maladie ou un handicap entraînent un manque de crédibilité doit reposer sur une preuve convaincante plutôt que sur des stéréotypes, des mythes ou des préjugés. En dernier lieu, il ne faut pas présumer que le simple fait qu'un témoin ait suivi un traitement ou reçu des conseils socio-psychologiques après une agression sexuelle indique que les dossiers contiendront des renseignements qui se rapportent à la défense. Une thérapie ne met pas du tout l'accent sur les mêmes choses qu'une enquête ou un autre processus entrepris aux fins du procès. Alors que les enquêtes et les dépositions des témoins visent à déterminer la vérité historique, la thérapie met généralement l'accent sur l'examen des réactions émotives et psychologiques de la plaignante à certains événements, après que l'agression sexuelle a eu lieu.

Si le juge du procès décide que les dossiers seront vraisemblablement pertinents, il doit alors passer à la deuxième étape, qui comporte deux volets. Premièrement, le juge doit soupeser les effets bénéfiques et préjudiciables qu'entraînerait la production des dossiers aux fins d'examen par le tribunal, au regard du droit de l'accusé à une défense pleine et entière, et l'effet d'une telle production sur le droit à la protection de la vie privée et le droit à l'égalité de la personne visée par les dossiers. Si le juge conclut que la production est justifiée, il ou elle devrait l'ordonner. Ensuite, au moment de la production des dossiers devant la cour, le juge devra les examiner pour déterminer s'ils devraient être divulgués à l'accusé et dans quelle mesure. La production ne devrait être ordonnée que pour les dossiers ou les parties de dossiers qui ont une valeur probante importante qui n'est pas substantiellement contrebalancée par le risque d'un préjudice à la bonne administration de la justice ou l'atteinte au droit à la vie privée du témoin ou à la relation privilégiée. Les facteurs suivants devraient être pris en considération dans cette détermination: (1) la mesure dans laquelle ce dossier est nécessaire pour que l'accusé puisse présenter une défense pleine et entière; (2) la valeur probante du dossier en question; (3) la nature et la portée de l'attente raisonnable au respect du caractère privé de ce dossier; (4) la question de savoir si la production du dossier reposerait sur une croyance ou un préjugé discriminatoires; (5) le préjudice possible à la dignité, à la vie privée ou à la sécurité de la personne de la plaignante que pourrait causer la production du dossier en question; (6) la mesure dans laquelle la production de dossiers de cette nature nuirait à l'intérêt qu'a la société à ce que les victimes signalent les agressions

1995 CanLII 51 (SCC)

record, having in mind the need to maintain consideration in the outcome. Where a court concludes that production is warranted, it should only be made in the manner and to the extent necessary to achieve that objective.

A preliminary inquiry judge is without jurisdiction to order the production of private records held by third parties. The disclosure order in the present case did not emanate from a preliminary inquiry judge, but was issued in response to a pre-trial application by the defence. Even a superior court judge, however, should not, in advance of the trial, entertain an application for production of private third party records. Such applications should be heard by the judge seized of the trial, rather than a pre-trial judge. In addition, it is desirable for the judge hearing an application for production to have had the benefit of hearing, and pronouncing upon, the defence's earlier applications, so as to minimize the possibility of inconsistency in the treatment of two similar applications. More generally, applications for production of third party records should not be entertained before the commencement of the trial, even by the judge who is seized of the trial. First, the concept of pre-trial applications for production of documents held by third parties is alien to criminal proceedings. Second, if pre-trial applications for production from third parties were permitted, it would invite fishing expeditions, create unnecessary delays, and inconvenience witnesses by requiring them to attend court on multiple occasions. Moreover, a judge is not in a position, before the beginning of the trial, to determine whether the records in question are relevant, much less whether they are admissible, and will be unable to balance effectively the constitutional rights affected by a production order.

Since the right of the accused to a fair trial has not been balanced with the competing rights of the complainant to privacy and to equality without discrimination in this case, a new trial should be ordered.

Per McLachlin J. (dissenting on this issue): L'Heureux-Dubé J.'s reasons were concurred in entirely. The test proposed strikes the appropriate balance between the desire of the accused for complete disclosure from everyone of everything that could conceiv-

sexuelles et suivent des traitements, et (7) l'effet de la production ou de la non-production du dossier sur l'intégrité du processus judiciaire, compte tenu de la nécessité de garder à l'esprit les conséquences de la décision. Lorsqu'un tribunal conclut que la production est justifiée, il ne devrait l'autoriser que de la manière et dans la mesure nécessaires à la réalisation de cet objectif.

Un juge présidant une enquête préliminaire n'a pas compétence pour ordonner la production de dossiers privés détenus par des tiers. En l'espèce, l'ordonnance de divulgation n'émanait pas d'un juge présidant une enquête préliminaire, mais elle a plutôt été rendue à la suite d'une requête préalable au procès présentée par la défense. Toutefois, même un juge d'une cour supérieure ne devrait pas, avant le procès, entendre une demande de divulgation de dossiers privés en la possession d'un tiers. De telles demandes devraient être entendues par le juge du procès plutôt que par un juge chargé d'entendre les requêtes préalables au procès. De plus, il est souhaitable que le juge qui entend une demande de production ait eu l'avantage d'entendre et de trancher les demandes antérieures de la défense, de façon à minimiser la possibilité de contradiction dans le traitement de deux requêtes semblables. De façon plus générale, les demandes de production de dossiers de tiers ne devraient pas être entendues avant le début du procès, même par le juge du procès. Premièrement, le concept de demande de production préalable au procès de documents en la possession de tiers est étranger aux procédures criminelles. Deuxièmement, encourager la demande de production préalable au procès de documents en la possession de tiers favoriserait les recherches à l'aveuglette, entraînerait des délais inutiles et causerait un préjudice aux témoins en les obligeant à se présenter devant le tribunal à plusieurs reprises. Qui plus est, un juge n'est pas en position, avant le début du procès, de déterminer si les dossiers en question sont pertinents, encore moins s'ils sont admissibles, et il sera incapable de soupeser de manière efficace les droits constitutionnels touchés par une ordonnance de production.

Comme on n'a pas soupesé le droit d'un accusé à être jugé équitablement en regard des droits d'une plaignante à la protection de sa vie privée et à l'égalité indépendamment de toute discrimination, il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Le juge McLachlin (dissidente sur cette question): Les motifs du juge L'Heureux-Dubé sont acceptés entièrement. Le critère proposé trouve le juste équilibre entre le désir de l'accusé de se voir divulguer par chacun tout ce qui en théorie pourrait servir à sa défense, d'une part,

1995 CanLII 59 (SCC)

ably be helpful to his defence, on the one hand, and the constraints imposed by the trial process and privacy interests of third parties who find themselves caught up in the justice system, on the other, all without compromising the constitutional guarantee of a trial which is fundamentally fair. The *Charter* guarantees not the fairest of all possible trials, but rather a trial which is fundamentally fair. What constitutes a fair trial takes into account not only the perspective of the accused, but the practical limits of the system of justice and the lawful interests of others involved in the process, like complainants and the agencies which assist them in dealing with the trauma they may have suffered. What the law demands is not perfect justice, but fundamentally fair justice.

Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *R. v. O'Connor* (1994), 90 C.C.C. (3d) 257; *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657, aff'g (1986), 28 C.C.C. (3d) 553; *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. E. (A.W.)*, [1993] 3 S.C.R. 155; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475; *R. v. Xenos* (1991), 70 C.C.C. (3d) 362; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727; *R. v. Gingras* (1992), 71 C.C.C. (3d) 53; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972); *Roe v.*

et les contraintes imposées par le processus judiciaire et le droit à la protection de la vie privée des tiers qui se trouvent pris dans le système de justice, d'autre part, le tout sans mettre en péril la garantie constitutionnelle d'un procès qui soit fondamentalement équitable. La *Charte* garantit non pas le plus équitable de tous les procès possibles, mais plutôt un procès fondamentalement équitable. Le procès équitable tient compte non seulement du point de vue de l'accusé, mais également des limites pratiques du système de justice et des intérêts légitimes des autres personnes concernées, comme les plaignants et les organismes qui les aident à faire face aux traumatismes qu'ils ont subis. La loi exige non pas une justice parfaite mais une justice fondamentalement équitable.

1995 CanLII 51 (SCC)

Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *R. c. O'Connor* (1994), 90 C.C.C. (3d) 257; *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657, conf. (1986), 28 C.C.C. (3d) 553; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. E. (A.W.)*, [1993] 3 R.C.S. 155; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475; *R. c. Xenos* (1991), 70 C.C.C. (3d) 362; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727; *R. c. Gingras* (1992), 71 C.C.C. (3d) 53; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Board of Regents*

Wade, 410 U.S. 113 (1973); *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Gratton*, [1987] O.J. No. 1984 (QL); *R. v. Callaghan*, [1993] O.J. No. 2013 (QL); *R. v. Barbosa* (1994), 92 C.C.C. (3d) 131; *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. K. (V.)* (1991), 4 C.R. (4th) 338; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *R. v. C. (B.)* (1993), 80 C.C.C. (3d) 467; *R. v. Davison, DeRosie and MacArthur* (1974), 20 C.C.C. (2d) 424; *Doyle v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 597; *Caccamo v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 786; *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93; *Re Regina and Arviv* (1985), 19 C.C.C. (3d) 395, leave to appeal refused, [1985] 1 S.C.R. v; *R. v. Darby*, [1994] B.C.J. No. 814 (QL); *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451; *Patterson v. The Queen*, [1970] S.C.R. 409; *Re Hislop and The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 240, leave to appeal refused, [1983] 2 S.C.R. viii; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3.

By McLachlin J.

Referred to: *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562.

By Cory J.

Referred to: *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451.

By Lamer C.J. and Sopinka J. (dissenting)

A. (L.L.) v. B. (A.), [1995] 4 S.C.R. 536; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. R. (L.)* (1995), 39 C.R. (4th) 390; *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. Preston*, [1993] 4 All E.R. 638; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637; *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469; *R. v. Ross* (1993), 79 C.C.C. (3d) 253; *R. v. Ross* (1993), 81 C.C.C. (3d) 234; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. R.S.* (1985), 19 C.C.C. (3d) 115; *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419; *R. v. Norman* (1993), 87 C.C.C. (3d) 153; *R. v. Hedstrom* (1991), 63 C.C.C. (3d) 261; *Toohey v. Metropolitan*

of State Colleges c. Roth, 408 U.S. 564 (1972); *Roe c. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Gratton*, [1987] O.J. No. 1984 (QL); *R. c. Callaghan*, [1993] O.J. No. 2013 (QL); *R. c. Barbosa* (1994), 92 C.C.C. (3d) 131; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. K. (V.)* (1991), 4 C.R. (4th) 338; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *R. c. C. (B.)* (1993), 80 C.C.C. (3d) 467; *R. c. Davison, DeRosie and MacArthur* (1974), 20 C.C.C. (2d) 424; *Doyle c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 597; *Caccamo c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 786; *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93; *Re Regina and Arviv* (1985), 19 C.C.C. (3d) 395, autorisation de pourvoi refusée, [1985] 1 R.C.S. v; *R. c. Darby*, [1994] B.C.J. No. 814 (QL); *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; *Patterson c. La Reine*, [1970] R.C.S. 409; *Re Hislop and The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 240, autorisation de pourvoi refusée, [1983] 2 R.C.S. viii; *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3.

Citée par le juge McLachlin

Arrêt mentionné: *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562.

Citée par le juge Cory

Arrêts mentionnés: *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451.

Citée par le juge en chef Lamer et le juge Sopinka (dissidents)

A. (L.L.) c. B. (A), [1995] 4 R.C.S. 536; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. R. (L.)* (1995), 39 C.R. (4th) 390; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. c. Preston*, [1993] 4 All E.R. 638; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469; *R. c. Ross* (1993), 79 C.C.C. (3d) 253; *R. c. Ross* (1993), 81 C.C.C. (3d) 234; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. R.S.* (1985), 19 C.C.C. (3d) 115; *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419; *R. c. Norman* (1993), 87 C.C.C. (3d) 153; *R. c. Hedstrom* (1991), 63 C.C.C. (3d) 261; *Toohey c. Metropolitan*

1995 CanLII 51 (SCC)

Police Commissioner, [1965] 1 All E.R. 506; *R. v. Ryan* (1991), 69 C.C.C. (3d) 226.

By Major J. (dissenting)

R. v. Stinchcombe, [1991] 3 S.C.R. 326.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8 to 14, 11(*b*), (*d*), 15, 24(1), (2).
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 5.
Civil Code of Quebec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 35, 36.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 276(3) [rep. & sub. 1992, c. 38, s. 2], 487(1)(*b*) [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 68(1); repl. 1994, c. 44, s. 36], 545, 548(1), 581, 698, 700(1), Part XXII.
European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221, Art. 8.
International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171, Art. 17.
United States Constitution, Fourteenth Amendment.
Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), Art. 12.

Authors Cited

Canada. Committee on Sexual Offences Against Children and Youths. *Sexual Offences Against Children: Report of the Committee on Sexual Offences Against Children and Youths*, vol. 1. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984.
Choo, Andrew L.-T. "Halting Criminal Prosecutions: The Abuse of Process Doctrine Revisited", [1995] *Crim. L.R.* 864.
Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 7th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.
Firsten, Temi. "An Exploration of the Role of Physical and Sexual Abuse for Psychiatrically Institutionalized Women" (1990), unpublished research paper, available from Ontario Women's Directorate.
Halsbury's Laws of England, vol. 17, 4th ed. London: Butterworths, 1976.
Paciocco, David M. "The Stay of Proceedings as a Remedy in Criminal Cases: Abusing the Abuse of Process Concept" (1991), 15 *Crim. L.J.* 315.
Stuesser, Lee. "Abuse of Process: The Need to Reconsider" (1994), 29 C.R. (4th) 92.
Stuesser, Lee. "Reconciling Disclosure and Privilege" (1994), 30 C.R. (4th) 67.

Police Commissioner, [1965] 1 All E.R. 506; *R. c. Ryan* (1991), 69 C.C.C. (3d) 226.

Citée par le juge Major (dissident)

R. c. Stinchcombe, [1991] 3 R.C.S. 326.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8 à 14, 11*b*), *d*), 15, 24(1), (2).
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 5.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 35, 36.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 276(3) [abr. & rempl. 1992, ch. 38, art. 2], 487(1)*b*) [abr. & rempl. ch. 27 (1er suppl.), art. 68(1); abr. 1994, ch. 44, art. 36], 545, 548(1), 581, 698, 700(1), Partie XXII.
Constitution des États-Unis, Quatorzième amendement.
Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221, art. 8.
Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948), art. 12.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171, art. 17.

Doctrine citée

Canada. Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes. *Infractions sexuelles à l'égard des enfants: Rapport du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes*, vol. 1. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1984.
Choo, Andrew L.-T. «Halting Criminal Prosecutions: The Abuse of Process Doctrine Revisited», [1995] *Crim. L.R.* 864.
Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 7th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.
Firsten, Temi. «An Exploration of the Role of Physical and Sexual Abuse for Psychiatrically Institutionalized Women» (1990), unpublished research paper, available from Ontario Women's Directorate.
Halsbury's Laws of England, vol. 17, 4th ed. London: Butterworths, 1976.
Paciocco, David M. «The Stay of Proceedings as a Remedy in Criminal Cases: Abusing the Abuse of Process Concept» (1991), 15 *Crim. L.J.* 315.
Stuesser, Lee. «Abuse of Process: The Need to Reconsider» (1994), 29 C.R. (4th) 92.

1995 CanLII 51 (SCC)

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 1, 3rd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1940.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1994), 89 C.C.C. (3d) 109, 42 B.C.A.C. 105, 67 W.A.C. 105, 20 C.R.R. (2d) 212, 29 C.R. (4th) 40, reversing a decision of the British Columbia Supreme Court (1992), 18 C.R. (4th) 98, ordering a stay of proceedings. Appeal dismissed, Lamer C.J. and Sopinka and Major JJ. dissenting.

Christopher M. Considine, *Daniel R. McDonagh* and *David M. Paciocco*, for the appellant.

Malcolm D. Macaulay, *Q.C.*, and *Andrea Miller*, for the respondent.

Robert J. Frater, for the intervener the Attorney General of Canada.

Susan Chapman and *Miriam Bloomenfeld*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Sharon D. McIvor and *Elizabeth J. Shilton*, for the interveners the Aboriginal Women's Council, the Canadian Association of Sexual Assault Centres, the DisAbled Women's Network of Canada and the Women's Legal Education and Action Fund.

Frances M. Kelly, for the intervener the Canadian Mental Health Association.

Brian Weagant and *Sheena Scott*, for the intervener the Canadian Foundation for Children, Youth and the Law.

The following are the reasons delivered by

Stuesser, Lee. «Reconciling Disclosure and Privilege» (1994), 30 C.R. (4th) 67.
Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 1, 3rd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1940.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1994), 89 C.C.C. (3d) 109, 42 B.C.A.C. 105, 67 W.A.C. 105, 20 C.R.R. (2d) 212, 29 C.R. (4th) 40, qui a infirmé une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1992), 18 C.R. (4th) 98, qui avait ordonné l'arrêt des procédures. Pourvoi rejeté, le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Major sont dissidents.

Christopher M. Considine, *Daniel R. McDonagh* et *David M. Paciocco*, pour l'appelant.

Malcolm D. Macaulay, *c.r.*, et *Andrea Miller*, pour l'intimée.

Robert J. Frater, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Susan Chapman et *Miriam Bloomenfeld*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Sharon D. McIvor et *Elizabeth J. Shilton*, pour les intervenants l'Aboriginal Women's Council, l'Association canadienne des centres contre le viol, le Réseau d'action des femmes handicapées du Canada et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes.

Frances M. Kelly, pour l'intervenante l'Association canadienne de la santé mentale.

Brian Weagant et *Sheena Scott*, pour l'intervenante la Canadian Foundation for Children, Youth and the Law.

Version française des motifs rendus par

1995 CanLII 51 (SCC)

LAMER C.J. AND SOPINKA J. (dissenting) —

I. Introduction

This case, along with the companion decision in *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536, raises the issue of whether and under what circumstances an accused is entitled to obtain production of sexual assault counselling records in the possession of third parties. It also raises the issue of when a stay of proceedings is the appropriate remedy for non-disclosure by the Crown of information in its possession which is neither clearly irrelevant nor privileged. On the latter issue, we agree with the reasons of Justice Major.

As for the issue of the production of therapeutic records, we have had the benefit of reading the reasons of our colleague Justice L'Heureux-Dubé, and we are in general agreement with her reasons on the issues of privacy and privilege. We wish, however, to make the following comments regarding the procedure to be followed for the disclosure and production of therapeutic records.

II. Analysis

1. *Introduction*

The issues raised in the present appeal relate primarily to the production of therapeutic records beyond the possession or the control of the Crown. Generally speaking, this issue concerns the manner in which the accused can obtain production of therapeutic records from the third party custodian of the documents in question. Although issues relating to the disclosure of private records in the possession of the Crown are not directly engaged in this appeal, we nevertheless feel that some preliminary comments on that issue would provide a useful background to a discussion of therapeutic records in the possession of third parties. As a result, we begin our analysis with a brief consideration of the disclosure obligations of the Crown where therapeutic counselling records are in the

LE JUGE EN CHEF LAMER ET LE JUGE SOPINKA (dissidents) —

I. Introduction

Le présent pourvoi, tout comme le pourvoi connexe *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536, soulève la question de savoir si un accusé a le droit d'obtenir la production de dossiers socio-psychologiques concernant une agression sexuelle qui sont en la possession de tiers et dans quelles circonstances. Il soulève également la question de savoir quand l'arrêt des procédures est la réparation convenable dans le cas de non-divulgation par le ministère public de renseignements en sa possession qui ne sont pas manifestement sans pertinence et ne sont pas privilégiés. Nous sommes d'accord avec les motifs du juge Major en ce qui a trait à la dernière question. 1

Quant à la question de la production des dossiers thérapeutiques, nous avons eu l'avantage de prendre connaissance des motifs de notre collègue le juge L'Heureux-Dubé et nous sommes d'accord en général pour ce qui est de la protection de la vie privée et de l'existence d'un privilège. Nous désirons toutefois formuler les remarques suivantes au sujet de la procédure à suivre pour la divulgation et la production des dossiers thérapeutiques. 2

II. Analyse

1. *Introduction*

Les questions soulevées dans le présent pourvoi se rapportent principalement à la production de dossiers thérapeutiques qui ne sont pas en la possession ou sous le contrôle du ministère public. En général, cette question concerne la manière dont l'accusé peut obtenir la production de dossiers thérapeutiques de la part du tiers gardien des documents en question. Bien que le présent pourvoi ne porte pas directement sur des questions de divulgation de dossiers privés en la possession du ministère public, nous estimons néanmoins que certaines remarques préliminaires sur cette question pourraient être utiles pour une analyse des dossiers thérapeutiques en la possession de tiers. Par conséquent, nous commençons notre analyse par un bref examen des obligations de divulgation du 3

1995 CanLII 51 (SCC)

Crown's possession or control. From there, we will move on to consider the case where such records remain in the hands of third parties and the production of those records is sought by the accused.

2. *Records in the Possession of the Crown*

(a) The Application of *Stinchcombe*

4 The principles regarding the disclosure of information in the possession of the Crown were developed by this Court in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326. In that case, it was determined that the Crown has an ethical and constitutional obligation to the defence to disclose all information in its possession or control, unless the information in question is clearly irrelevant or protected by a recognized form of privilege.

5 The Crown's duty to disclose information in its possession is triggered when a request for disclosure is made by the accused. When such a request is made, the Crown has a discretion to refuse to make disclosure on the grounds that the information sought is clearly irrelevant or privileged. Where the Crown chooses to exercise this discretion, the Crown bears the burden of satisfying the trial judge that withholding the information is justified on the grounds of privilege or irrelevance.

6 The foregoing principles were settled by this Court's decision in *Stinchcombe* and affirmed in *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451, and *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, and are not subject to challenge in this appeal. However, it is important to consider whether therapeutic records of the kind at issue in this appeal should be subject to a different disclosure regime than other kinds of information in the possession of the Crown. In answering this question, the Court must consider whether the Crown's disclosure obligations should be tempered by a balancing of the complainant's privacy interests in therapeutic records against the right of the accused to make full answer and defence. In our

ministère public lorsque des dossiers socio-psychologiques sont en sa possession ou sous son contrôle. Ensuite, nous examinerons le cas où ces dossiers restent en la possession de tiers et où l'accusé en demande la production.

2. *Les dossiers en la possession du ministère public*

a) L'application de l'arrêt *Stinchcombe*

Les principes régissant la divulgation de renseignements en la possession du ministère public ont été énoncés par notre Cour dans *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. Il y a été jugé que le ministère public a envers la défense l'obligation morale et constitutionnelle de divulguer tous les renseignements en sa possession ou sous son contrôle, à moins que les renseignements en question soient manifestement sans pertinence ou protégés par une forme reconnue de privilège.

L'obligation du ministère public de divulguer les renseignements en sa possession est enclenchée lorsque l'accusé présente une demande de divulgation. Le ministère public a alors le pouvoir discrétionnaire de refuser la divulgation pour le motif que les renseignements demandés sont manifestement sans pertinence ou sont privilégiés. Lorsque le ministère public choisit d'exercer ce pouvoir discrétionnaire, il lui incombe de convaincre le juge du procès que la rétention des renseignements se justifie par l'existence d'un privilège à leur égard ou l'absence de pertinence.

Les principes susmentionnés ont été établis par notre Cour dans *Stinchcombe* et confirmés dans *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, et *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, et ne sont pas contestés dans le présent pourvoi. Il importe toutefois d'examiner si les dossiers thérapeutiques du genre de ceux qui sont ici en cause devraient être assujettis à un régime de divulgation différent de celui qui s'applique aux autres genres de renseignements en la possession du ministère public. Pour répondre à cette question, la Cour doit déterminer si les obligations de divulguer du ministère public devraient être tempérées par la pondération des intérêts privés du plaignant ou de la plaignante (ci-après le «plaignant») dans les dossiers thérapeutiques et du

1995 CanLII 51 (SCC)

view, a balancing of these competing interests is unnecessary in the context of disclosure.

(b) Privacy and Privilege

As our colleague L'Heureux-Dubé J. points out, sexual assault counselling records relate to intimate aspects of the life of the complainant. As a result, therapeutic records attract a stronger privacy interest than many other forms of information that may be in the Crown's possession. One could accordingly argue that the intensely private nature of therapeutic records affects the Crown's obligation to disclose such material to the defence, or that disclosure by the Crown is not required owing to some form of privilege that may attach to the information contained in the records. In our view, however, concerns relating to privacy or privilege disappear where the documents in question have fallen into the possession of the Crown. We are accordingly of the opinion that the Crown's well-established duty to disclose all information in its possession is not affected by the confidential nature of therapeutic records.

In our view, it would be difficult to argue that the complainant enjoys an expectation of privacy in records that are held by the Crown. In discussing the nature of a complainant's privacy interest in therapeutic records, L'Heureux-Dubé J. points out that such records often relate to "intensely private aspects" of the complainant's personal life, and describe thoughts and feelings "which have never even been shared with the closest of friends or family" (para. 112). With respect, we agree that important privacy interests attach to counselling records in the situation described by our colleague. However, where the documents in question have been shared with an agent of the state (namely, the Crown), it is apparent that the complainant's privacy interest in those records has disappeared. Clearly, where the records are in the possession of

droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. À notre avis, la pondération de ces intérêts divergents n'est pas nécessaire dans le contexte de la divulgation.

b) La protection de la vie privée et l'existence d'un privilège

Comme le signale notre collègue le juge L'Heureux-Dubé, les dossiers socio-psychologiques concernant une agression sexuelle touchent à des aspects intimes de la vie du plaignant. Par conséquent, les dossiers thérapeutiques commandent une plus grande protection de la vie privée que bien d'autres formes de renseignements qui peuvent être en la possession du ministère public. On pourrait donc soutenir que la nature éminemment privée des dossiers thérapeutiques a un effet sur l'obligation du ministère public de divulguer de tels documents à la défense ou que le ministère public n'est pas tenu de les divulguer en raison d'une certaine forme de privilège afférent aux renseignements contenus dans les dossiers. À notre avis, la protection de la vie privée ou l'existence d'un privilège ne suscitent cependant plus d'inquiétudes lorsque les documents en question sont en la possession du ministère public. En conséquence, nous sommes d'avis que le caractère confidentiel des dossiers thérapeutiques n'a pas d'incidence sur l'obligation reconnue du ministère public de divulguer tous les renseignements en sa possession.

Il serait difficile, selon nous, de soutenir que le plaignant a des attentes en matière de protection de la vie privée relativement aux dossiers détenus par le ministère public. Pour étudier la nature du droit d'un plaignant à la protection de sa vie privée relativement à des dossiers thérapeutiques, le juge L'Heureux-Dubé indique que ces dossiers concernent souvent des «aspects totalement privés» de la vie personnelle du plaignant et contiennent des pensées et des déclarations «qui n'ont jamais été partagées avec [ses] amis les plus intimes ou [sa] famille» (par. 112). En toute déférence, nous sommes d'accord pour dire que d'importants droits à la protection de la vie privée sont associés aux dossiers socio-psychologiques dans la situation décrite par notre collègue. Toutefois, lorsque les documents en question ont été partagés avec un

1995 CanLII 51 (SCC)

the Crown, they have become "the property of the public to be used to ensure that justice is done" (*Stinchcombe*, *supra*, at p. 333). As a form of "public property", records in the possession of the Crown are simply incapable of supporting any expectation of privacy. As a result, there is no "privacy interest" to be balanced against the right of the accused to make full answer and defence.

9 The complainant's lack of a privacy interest in records that are possessed by the Crown counsels against a finding of privilege in such records. As stated above, it is somewhat inconsistent to claim that therapeutic records are sufficiently confidential to warrant a claim of privilege even after this confidentiality has been waived for the purpose of proceeding against the accused. Obviously, fairness must require that if the complainant is willing to release this information in order to further the criminal prosecution, then the accused should be entitled to use the information in the preparation of his or her defence.

10 In deciding that the complainant waives any potential claim of privilege where therapeutic records are provided to the Crown, we recognize that any such waiver must be "fully informed" in order to defeat an attempted claim of privilege. Clearly, one could make the argument that the complainant would not have turned the documents over to the Crown had he or she been aware that the accused could be given access to the records. However, this problem is easily solved by placing an onus upon the Crown to inform the complainant of the potential for disclosure. Where the Crown seeks to obtain the records in question for the purpose of proceeding against the accused, the Crown must explain to the complainant that the records, if

représentant de l'État (à savoir le ministère public), il est évident que le droit à la protection de la vie privée que le plaignant avait relativement à ces dossiers n'existe plus. Il est évident que, lorsque les dossiers sont en la possession du ministère public, ils sont devenus «la propriété du public qui doit être utilisée de manière à s'assurer que justice soit rendue» (*Stinchcombe*, précité, à la p. 333). Si les dossiers en la possession du ministère public revêtent la forme d'une «propriété publique», il ne peut tout simplement pas y avoir d'attentes en matière de protection de la vie privée à leur égard. Par conséquent, il n'existe aucun «droit à la protection de la vie privée» qui puisse être pondéré en regard du droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière.

L'absence de droit à la protection de la vie privée du plaignant relativement aux dossiers détenus par le ministère public nous empêche de conclure à l'existence d'un privilège à l'égard de ces dossiers. Comme nous l'avons déjà mentionné, il est quelque peu illogique de prétendre que des dossiers thérapeutiques sont suffisamment confidentiels pour justifier la revendication d'un privilège même après que l'on a renoncé à ce caractère confidentiel afin de poursuivre l'accusé. L'équité exige de toute évidence que, si le plaignant est d'accord pour communiquer ces renseignements afin de favoriser la poursuite criminelle, l'accusé devrait alors avoir le droit d'utiliser les renseignements dans la préparation de sa défense.

En décidant que le plaignant renonce à toute revendication éventuelle de privilège lorsque les dossiers thérapeutiques sont transmis au ministère public, nous reconnaissons que, pour qu'elle fasse échec à une revendication de privilège, une telle renonciation doit être faite de façon «entièrement éclairée». On pourrait manifestement alléguer que le plaignant n'aurait pas remis les documents au ministère public s'il avait su que l'accusé aurait pu avoir accès aux dossiers. Cependant, le problème se résout facilement si on impose au ministère public l'obligation d'informer le plaignant de la possibilité de divulgation. Lorsqu'il cherche à obtenir les dossiers en question en vue de poursuivre l'accusé, le ministère public doit expliquer au

1998 CanLII (CC)

relevant, will have to be disclosed to the defence. As a result, the complainant will be given the opportunity to decide whether or not to waive any potential claim of privilege prior to releasing the records in question to the agents of the state.

Finally, it must be recognized that any form of privilege may be forced to yield where such a privilege would preclude the accused's right to make full answer and defence. As this Court held in *Stinchcombe* (at p. 340), a trial judge may require disclosure "in spite of the law of privilege" (emphasis added) where the recognition of the asserted privilege unduly limits the right of the accused to make full answer and defence. As a result, information in the possession of the Crown which is clearly relevant and important to the ability of the accused to raise a defence must be disclosed to the accused, regardless of any potential claim of privilege that might arise.

(c) Relevance

In commenting on the nature of therapeutic records, L'Heureux-Dubé J. has made it clear that the relevance of such records to the preparation of the defence cannot be presumed. As L'Heureux-Dubé J. states in her decision (at para. 144):

> . . . it must not be presumed that the mere fact that a witness received treatment or counselling after a sexual assault indicates that the records will contain information that is relevant to the defence. The focus of therapy is vastly different from that of an investigation or other process undertaken for the purposes of the trial.

With respect, we agree with the proposition that the mere existence of therapeutic records is insufficient to establish the relevance of those records to the defence. However, we are of the opinion that the relevance of such records must be presumed where the records are in the possession of the Crown. Generally speaking, the Crown would not obtain possession or control of therapeutic records

plaignant que, s'ils sont pertinents, ils devront être divulgués à la défense. En conséquence, le plaignant aura la possibilité de décider s'il renonce ou non à toute revendication éventuelle de privilège avant de communiquer les dossiers en question aux représentants de l'État.

En dernier lieu, il faut reconnaître que toute forme de privilège doit céder le pas lorsqu'un tel privilège porterait atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Comme notre Cour l'a conclu dans *Stinchcombe* (à la p. 340), le juge du procès peut exiger la divulgation «malgré le droit au secret» (je souligne) lorsque la reconnaissance du privilège revendiqué restreint indûment le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Par conséquent, les renseignements en la possession du ministère public qui sont manifestement pertinents et importants pour permettre à l'accusé de faire valoir un moyen de défense doivent être divulgués à l'accusé, indépendamment de toute revendication de privilège qui pourrait survenir.

c) La pertinence

Dans ses remarques sur la nature des dossiers thérapeutiques, le juge L'Heureux-Dubé a précisé que leur pertinence par rapport à la préparation de la défense ne peut pas se présumer. Comme elle le dit dans ses motifs (au par. 144):

> . . . il ne faut pas présumer que le simple fait qu'un témoin ait suivi un traitement ou reçu des conseils socio-psychologiques après une agression sexuelle indique que les dossiers contiendront des renseignements qui se rapportent à la défense. Une thérapie ne met pas du tout l'accent sur les mêmes choses qu'une enquête ou un autre processus entrepris aux fins du procès.

En toute déférence, nous sommes d'accord pour dire que la simple existence de dossiers thérapeutiques ne suffit pas à établir leur pertinence par rapport à la défense. Toutefois, nous estimons que la pertinence de ces dossiers doit se présumer lorsqu'ils se trouvent en la possession du ministère public. En règle générale, celui-ci n'obtiendrait pas la possession ou le contrôle des dossiers thérapeu-

1995 CanLII 51 (SCC)

unless the information the records contained was somehow relevant to the case against the accused. While one could make the argument that the Crown simply wished to peruse the records in question in order to ensure that they contained no relevant information, this cannot affect the Crown's obligation to disclose. If indeed the Crown merely surveyed the records and found them to contain no relevant material, the Crown would retain the opportunity to prove the irrelevance of the records on a *Stinchcombe* application by the defence. Clearly, the Crown is in a better position than the accused to discharge any onus regarding the relevance of the records, as the Crown retains possession and control of the information.

tiques à moins que les renseignements qu'ils contiennent n'aient quelque pertinence relativement à la poursuite engagée contre l'accusé. Même si l'on pouvait soutenir que le ministère public désirait simplement parcourir les dossiers en question pour s'assurer qu'ils ne contenaient aucun renseignement pertinent, cela ne peut pas influer sur l'obligation de divulguer du ministère public. Si, en fait, le ministère public a simplement parcouru les dossiers et conclu qu'ils ne contenaient aucun document pertinent, il conserverait la possibilité de prouver la non-pertinence des dossiers dans le cas d'une demande de type *Stinchcombe* présentée par la défense. Le ministère public est nettement mieux placé que l'accusé pour s'acquitter d'un fardeau en ce qui concerne la pertinence des dossiers, car les renseignements restent en sa possession et sous son contrôle.

1995 CanLII 96 (SCC)

(d) Conclusion

d) Conclusion

13 For each of the foregoing reasons, we are of the view that the Crown's disclosure obligations established in the *Stinchcombe* decision are unaffected by the confidential nature of therapeutic records. Where the Crown has possession or control of therapeutic records, there is simply no compelling reason to depart from the reasoning in *Stinchcombe*: unless the Crown can prove that the records in question are clearly irrelevant or subject to some form of public interest privilege, the therapeutic records must be disclosed to the defence.

Pour chacune des raisons qui précèdent, nous sommes d'avis que le caractère confidentiel des dossiers thérapeutiques n'influe pas sur l'obligation de divulguer du ministère public reconnue dans *Stinchcombe*. Lorsque de tels dossiers sont en la possession ou sous le contrôle du ministère public, il n'y a tout simplement aucune raison impérieuse de s'écarter du raisonnement suivi dans *Stinchcombe*: à moins que le ministère public puisse prouver qu'ils sont manifestement non pertinents ou sont assujettis à une certaine forme de privilège d'intérêt public, les dossiers thérapeutiques en question doivent être divulgués à la défense.

14 Having concluded that the principles of *Stinchcombe* are applicable in the context of therapeutic records within the Crown's possession, it remains to be determined what procedures for production will apply where the counselling records in question are possessed by third parties. Our views as to the appropriate procedure in that situation are discussed below.

Après avoir conclu que les principes énoncés dans *Stinchcombe* s'appliquent dans le contexte des dossiers thérapeutiques en la possession du ministère public, il reste à déterminer quelles procédures s'appliqueront à leur production lorsque les dossiers socio-psychologiques en question sont détenus par des tiers. Nous commentons ci-dessous notre point de vue sur la procédure appropriée dans ce cas.

3. *Records in the Hands of Third Parties*

(a) The Application of *Stinchcombe*

As stated earlier, this Court's decision in *Stinchcombe* set out the general principle that an accused's ability to access information necessary to make full answer and defence is now constitutionally protected under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The rationale for this constitutional protection stems from the basic proposition that the right to make full answer and defence is "one of the pillars of criminal justice on which we heavily depend to ensure that the innocent are not convicted": *Stinchcombe*, at p. 336.

Stinchcombe and its progeny were decided in the context of disclosure, where the information in question was in the possession of the Crown or the police. In that context, we held that an accused was entitled to obtain all of the information in the possession of the Crown, unless the information in question was clearly irrelevant. However, *Stinchcombe* recognized that, even in the context of disclosure, there are limits on the right of an accused to access information. For example, when the Crown asserts that the information is privileged, the trial judge must then balance the competing claims at issue. In such cases, the information will only be disclosed where the trial judge concludes that the asserted privilege "does not constitute a reasonable limit on the constitutional right to make full answer and defence" (*Stinchcombe*, at p. 340).

In our opinion, the balancing approach we established in *Stinchcombe* can apply with equal force in the context of production, where the information sought is in the hands of a third party. Of course, the balancing process must be modified to fit the context in which it is applied. In cases involving production, for example, we are concerned with the competing claims of a constitu-

3. *Les dossiers entre les mains de tiers*

a) L'application de l'arrêt *Stinchcombe*

Ainsi que nous l'avons indiqué précédemment, l'arrêt *Stinchcombe* a énoncé le principe général selon lequel la possibilité pour l'accusé d'avoir accès aux renseignements nécessaires afin de présenter une défense pleine et entière est maintenant protégée sur le plan constitutionnel en vertu de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La raison d'être de cette protection constitutionnelle découle de la proposition fondamentale selon laquelle le droit de présenter une défense pleine et entière constitue «un des piliers de la justice criminelle, sur lequel nous comptons grandement pour assurer que les innocents ne soient pas déclarés coupables»: *Stinchcombe*, à la p. 336. 15

L'arrêt *Stinchcombe* et ceux qui l'ont suivi ont été rendus dans le contexte de la divulgation, lorsque les renseignements en question étaient en la possession du ministère public ou de la police. Dans ce contexte, nous avons conclu qu'un accusé a le droit d'obtenir tous les renseignements qui sont en la possession du ministère public, à moins que les renseignements en question soient manifestement sans pertinence. Cependant, l'arrêt *Stinchcombe* a reconnu que, même dans le contexte de la divulgation, il existe des limites au droit d'un accusé d'avoir accès à des renseignements. Par exemple, lorsque le ministère public affirme que les renseignements font l'objet d'un privilège, le juge du procès doit alors pondérer les revendications contradictoires en cause. Les renseignements ne seront alors divulgués que lorsque le juge du procès conclut que le privilège revendiqué «ne constitue pas une restriction raisonnable du droit constitutionnel de présenter une défense pleine et entière» (*Stinchcombe*, à la p. 340). 16

À notre avis, la méthode de la pondération que nous avons préconisée dans *Stinchcombe* peut s'appliquer tout autant dans le contexte de la production, lorsque les renseignements demandés sont entre les mains d'un tiers. Naturellement, le processus de pondération doit être modifié pour s'adapter au contexte dans lequel il s'applique. Dans les cas de production, par exemple, nous 17

1995 CanLII 51 (SCC)

tional right to privacy in the information on the one hand, and the right to full answer and defence on the other. We agree with L'Heureux-Dubé J. that a constitutional right to privacy extends to information contained in many forms of third party records.

nous intéressons aux revendications contradictoires d'un droit constitutionnel à la protection de la vie privée en matière de renseignements d'une part et du droit de présenter une défense pleine et entière d'autre part. Nous sommes d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé pour dire qu'un droit constitutionnel à la protection de la vie privée s'étend aux renseignements contenus dans plusieurs sortes de dossiers entre les mains de tiers.

18 In recognizing that all individuals have a right to privacy which should be protected as much as is reasonably possible, we should not lose sight of the possibility of occasioning a miscarriage of justice by establishing a procedure which unduly restricts an accused's ability to access information which may be necessary for meaningful full answer and defence. In *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 611, we recognized that:

> Canadian courts . . . have been extremely cautious in restricting the power of the accused to call evidence in his or her defence, a reluctance founded in the fundamental tenet of our judicial system that an innocent person must not be convicted.

Indeed, so important is the societal interest in preventing a miscarriage of justice that our law requires the state to disclose the identity of an informer in certain circumstances, despite the fact that the revelation may jeopardize the informer's safety.

En reconnaissant que tous les individus jouissent d'un droit à la protection de leur vie privée, qui devrait être protégé autant que raisonnablement possible, nous ne devrions pas perdre de vue qu'on peut commettre une erreur judiciaire en établissant une procédure qui restreint indûment la capacité pour un accusé d'avoir accès aux renseignements qui peuvent être nécessaires à une défense pleine et entière qui soit significative. Dans *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 611, nous avons reconnu:

> Les tribunaux canadiens [. . .] ont beaucoup hésité à restreindre le pouvoir de l'accusé de présenter une preuve à l'appui de sa défense, cette hésitation tenant du principe fondamental de notre système judiciaire selon lequel une personne innocente ne doit pas être déclarée coupable.

En fait, l'intérêt de la société à ce que soit évitée toute erreur judiciaire est tellement important que notre droit exige de l'État qu'il divulgue l'identité d'un indicateur dans certaines circonstances, même si la révélation de son identité risque de mettre sa sécurité en danger.

(b) The First Stage: Establishing "Likely Relevance"

b) La première étape: démontrer la «pertinence probable»

19 When the defence seeks information in the hands of a third party (as compared to the state), the following considerations operate so as to require a shifting of the onus and a higher threshold of relevance:

(1) the information is not part of the state's "case to meet" nor has the state been granted access to the information in preparing its case; and

Lorsque la défense demande des renseignements qui sont entre les mains d'un tiers (par comparaison à celles de l'État), les considérations suivantes interviennent et exigent un déplacement du fardeau et un critère de pertinence plus élevé:

(1) les renseignements ne font pas partie de la «preuve complète» que l'État doit présenter et l'État n'a pas eu accès aux renseignements lors de la préparation de sa preuve;

1995 CanLII 51 (SCC)

(2) third parties have no obligation to assist the defence.

In light of these considerations, we agree with L'Heureux-Dubé J. that, at the first stage in the production procedure, the onus should be on the accused to satisfy a judge that the information is likely to be relevant. The onus we place on the accused should not be interpreted as an evidential burden requiring evidence and a *voir dire* in every case. It is simply an initial threshold to provide a basis for production which can be satisfied by oral submissions of counsel. It is important to recognize that the accused will be in a very poor position to call evidence given that he has never had access to the records. *Viva voce* evidence and a *voir dire* may, however, be required in situations in which the presiding judge cannot resolve the matter on the basis of the submissions of counsel. (See *Chaplin*, *supra*, at p. 744.)

(2) les tiers ne sont nullement tenus de prêter leur assistance à la défense.

Compte tenu de ces considérations, nous sommes d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé pour dire que, à la première étape de la demande de production de documents, il devrait incomber à l'accusé de convaincre le juge que les renseignements sont d'une pertinence probable. Il ne faudrait pas interpréter le fardeau que nous imputons à l'accusé comme exigeant la présentation d'éléments de preuve et la tenue d'un voir-dire dans chaque cas. Il s'agit simplement d'un critère initial visant à établir un fondement pour la production, auquel l'avocat pourra satisfaire par sa plaidoirie. Il est important de reconnaître que l'accusé sera très mal placé pour produire une preuve étant donné qu'il n'a jamais eu accès aux dossiers. La production d'une preuve de vive voix ainsi que la tenue d'un voir-dire peuvent toutefois s'imposer lorsque le juge qui préside est dans l'impossibilité de régler la question en se fondant sur les prétentions de l'avocat. (Voir *Chaplin*, précité, à la p. 744.)

1995 CanLII 51 (SCC)

In order to initiate the production procedure, the accused must bring a formal written application supported by an affidavit setting out the specific grounds for production. However, the court should be able, in the interests of justice, to waive the need for a formal application in some cases. In either event, however, notice must be given to third parties in possession of the documents as well as to those persons who have a privacy interest in the records. The accused must also ensure that the custodian and the records are subpoenaed to ensure their attendance in the court. The initial application for disclosure should be made to the judge seized of the trial, but may be brought before the trial judge prior to the empanelling of the jury, at the same time that other motions are heard. In this way, disruption of the jury will be minimized and both the Crown and the defence will be provided with adequate time to prepare their cases based on any evidence that may be produced as a result of the application.

20 Pour entamer la procédure de production, l'accusé doit présenter par écrit une demande formelle appuyée d'un affidavit exposant les motifs précis de la production. Toutefois, dans l'intérêt de la justice, le tribunal devrait pouvoir exempter l'accusé de la nécessité de présenter une demande formelle dans certains cas. Quelle que soit la procédure retenue, les tiers en possession des documents et les personnes qui ont un intérêt de nature privée dans les dossiers doivent être avisés de la demande de production. L'accusé doit également veiller à ce que le gardien soit assigné à comparaître et à produire les dossiers. La demande initiale de divulgation devrait être adressée au juge saisi de l'affaire, mais elle peut être présentée devant le juge du procès avant la formation du jury, au moment de l'audition des autres requêtes. Cela évitera de déranger le jury et laissera au ministère public et à la défense tout le temps nécessaire pour préparer leur preuve en se fondant sur tout élément de preuve qui sera produit à la suite de la demande.

According to L'Heureux-Dubé J., once the accused meets the "likely relevance" threshold, he or she must then satisfy the judge that the salutary

21 Selon le juge L'Heureux-Dubé, une fois que l'accusé a satisfait au critère de la «pertinence probable», il lui faudra convaincre le juge que les

effects of ordering the documents produced to the court for inspection outweigh the deleterious effects of such production. We are of the view that this balancing should be undertaken at the second stage of the procedure. The "likely relevance" stage should be confined to a question of whether the right to make full answer and defence is implicated by information contained in the records. Moreover, a judge will only be in an informed position to engage in the required balancing analysis once he or she has had an opportunity to review the records in question.

(c) The Meaning of "Likely" Relevance

22 In the disclosure context, the meaning of "relevance" is expressed in terms of whether the information may be useful to the defence (see *Egger*, *supra*, at p. 467, and *Chaplin*, *supra*, at p. 740). In the context of production, the test of relevance should be higher: the presiding judge must be satisfied that there is a reasonable possibility that the information is logically probative to an issue at trial or the competence of a witness to testify. When we speak of relevance to "an issue at trial", we are referring not only to evidence that may be probative to the material issues in the case (i.e. the unfolding of events) but also to evidence relating to the credibility of witnesses and to the reliability of other evidence in the case. See *R. v. R. (L.)* (1995), 39 C.R. (4th) 390 (Ont. C.A.), at p. 398.

23 This higher threshold of relevance is appropriate because it reflects the context in which the information is being sought. Generally speaking, records in the hands of third parties find their way into court proceedings by one of two procedures. First, under s. 698(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, a party may apply for a subpoena requiring a person to attend where that person is likely to give material evidence in a proceedings. Pursuant to s. 700(1) of the *Code*, the subpoena is only available for those records in the custodian's possession "relating to the subject-

effets bénéfiques qu'entraînerait l'ordonnance de production des documents à la cour pour inspection l'emportent sur les effets préjudiciables d'une telle production. Nous estimons que cette pondération devrait être entreprise à la seconde étape de la demande. L'étape de la «pertinence probable» devrait se limiter à la question de savoir si les renseignements figurant dans le dossier ont une incidence sur le droit de présenter une défense pleine et entière. De plus, le juge ne sera en mesure de procéder à la pondération requise que lorsqu'il aura eu l'occasion d'examiner les dossiers en question.

c) Le sens de pertinence «probable»

Dans le contexte de la divulgation, la «pertinence» est fonction de l'utilité que les renseignements peuvent avoir pour la défense (voir *Egger*, précité, à la p. 467, et *Chaplin*, précité, à la p. 740). Dans le contexte de la production, le critère de la pertinence devrait être plus élevé: le juge présidant le procès doit être convaincu qu'il existe une possibilité raisonnable que les renseignements aient une valeur logiquement probante relativement à une question en litige ou à l'habilité à témoigner d'un témoin. Lorsque nous parlons de pertinence par rapport à «une question en litige», nous faisons allusion non seulement à la preuve qui peut avoir une valeur probante relativement aux questions substantielles (c'est-à-dire le déroulement des événements), mais également à la preuve concernant la crédibilité des témoins et la fiabilité des autres éléments de preuve présentés dans l'affaire. Voir *R. c. R. (L.)* (1995), 39 C.R. (4th) 390 (C.A. Ont.), à la p. 398.

Ce critère plus élevé de pertinence est approprié parce qu'il reflète le contexte dans lequel sont demandés les renseignements. En règle générale, les dossiers qui sont entre les mains de tiers apparaissent dans le déroulement des procédures judiciaires de l'une des deux façons suivantes. Premièrement, en vertu du par. 698(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, une des parties au procès peut demander que soit lancée une assignation enjoignant à une personne de comparaître lorsque cette personne est susceptible de fournir quelque preuve substantielle dans une procédure. Confor-

1995 CanLII 51 (SCC)

matter of the proceedings". The second method of obtaining production of documents is to apply for a search warrant pursuant to s. 487(1) of the *Code*. Under s. 487(1)(*b*) a search warrant will be issued where a justice is satisfied that there is in a building, receptacle or place "anything that there are reasonable grounds to believe will afford evidence with respect to the commission of an offence . . . ". Consequently, under either of these schemes the individual seeking access to third party records must satisfy a neutral arbiter that the records are relevant to the proceedings in question. We agree with L'Heureux-Dubé J. that the appropriate procedure to follow is via the *subpoena duces tecum* route.

mément au par. 700(1) du *Code*, l'assignation n'est valable que pour les dossiers en la possession du gardien qui se rapportent «à l'objet des procédures». La seconde façon d'obtenir la production de documents est de demander un mandat de perquisition conformément au par. 487(1) du *Code*. Aux termes de l'al. 487(1)*b*), un mandat de perquisition sera délivré lorsqu'un juge de paix est convaincu que, dans un bâtiment, contenant ou lieu, se trouve, «une chose dont on a des motifs raisonnables de croire qu'elle fournira une preuve touchant la commission d'une infraction . . .». Par conséquent, sous l'un ou l'autre de ces régimes, l'individu qui demande à avoir accès à des dossiers en la possession de tiers doit convaincre un arbitre neutre que les dossiers sont pertinents relativement aux procédures en question. Nous sommes d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé pour dire que la procédure appropriée à suivre est l'assignation *duces tecum*.

1995 CanLII 51 (SCC)

While we agree that "likely relevance" is the appropriate threshold for the first stage of the two-step procedure, we wish to emphasize that, while this is a significant burden, it should not be interpreted as an onerous burden upon the accused. There are several reasons for holding that the onus upon the accused should be a low one. First, at this stage of the inquiry, the only issue is whether the information is "likely" relevant. We agree with L'Heureux-Dubé J. that considerations of privacy should not enter into the analysis at this stage. We should also not be concerned with whether the evidence would be admissible, for example as a matter of policy, as that is a different query (*Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190). As the House of Lords recognized in *R. v. Preston*, [1993] 4 All E.R. 638, at p. 664:

Si nous admettons que la «pertinence probable» est le critère approprié à la première étape de la procédure à deux volets, nous désirons toutefois souligner que, bien qu'il s'agisse d'un fardeau important, cela ne devrait pas être interprété comme un fardeau onéreux incombant à l'accusé. Il y a plusieurs raisons qui peuvent nous amener à conclure que le fardeau qui incombe à l'accusé devrait être léger. Premièrement, à cette étape de l'enquête, il s'agit uniquement de savoir si les renseignements sont «probablement» pertinents. Nous sommes d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé pour dire que des considérations relatives à la protection de la vie privée ne devraient pas entrer dans l'analyse effectuée à cette étape. Nous ne devrions pas non plus nous préoccuper de savoir si les éléments de preuve seraient admissibles, comme question de principe par exemple, car il s'agit là d'une question différente (*Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190). Comme la Chambre des lords l'a reconnu dans l'arrêt *R. c. Preston*, [1993] 4 All E.R. 638, à la p. 664:

24

. . . the fact that an item of information cannot be put in evidence by a party does not mean that it is worthless. Often, the train of inquiry which leads to the discovery

[TRADUCTION] . . . le fait qu'un renseignement ne puisse pas être produit en preuve par l'une des parties ne signifie pas qu'il est sans valeur. Souvent, le déroulement de

of evidence which is admissible at a trial may include an item which is not admissible . . . .

A relevance threshold, at this stage, is simply a requirement to prevent the defence from engaging in "speculative, fanciful, disruptive, unmeritorious, obstructive and time-consuming" requests for production. See *Chaplin*, *supra*, at p. 744.

25 Second, by placing an onus on the accused to show "likely relevance", we put the accused in the difficult situation of having to make submissions to the judge without precisely knowing what is contained in the records. This Court has recognized on a number of occasions the danger of placing the accused in a "Catch-22" situation as a condition of making full answer and defence (see, for example, *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505, at pp. 1513-14; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, at pp. 1463-64; *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637; and *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469). In *Durette*, at p. 499, Sopinka J., for a majority of the Court, held:

The appellants should not be required to demonstrate the specific use to which they might put information which they have not even seen.

Similarly, La Forest J. in *Carey*, at p. 678, held in commenting on the lower court's decision which denied the applicant access to cabinet documents because his submissions, according to that court, were no more than "a bare unsupported assertion . . . that something to help him may be found":

What troubles me about this approach is that it puts on a plaintiff [the] burden of proving how the documents, which are admittedly relevant, can be of assistance. How can he do that? He has never seen them; they are confidential and so unavailable. To some extent, then, what the documents contain must be a matter of speculation.

We are of the view that the concern expressed in these cases applies with equal force in the case at

l'enquête qui mène à la découverte d'éléments de preuve qui sont admissibles au procès peut comprendre un élément qui ne l'est pas . . .

À cette étape, un critère de pertinence vise simplement à empêcher que la défense ne se lance dans des demandes de production «qui reposent sur la conjecture et qui sont fantaisistes, perturbatrices, mal fondées, obstructionnistes et dilatoires». Voir *Chaplin*, précité, à la p. 744.

Deuxièmement, en imposant à l'accusé le fardeau de prouver la «pertinence probable», nous le plaçons dans la situation difficile de devoir présenter des arguments au juge sans savoir précisément ce que contiennent les dossiers. Notre Cour a reconnu à plusieurs reprises qu'il est dangereux de placer l'accusé dans une situation sans issue comme condition pour présenter une défense pleine et entière (voir, par exemple, *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505, aux pp. 1513 et 1514; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, aux pp. 1463 et 1464; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637, et *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469). Dans *Durette*, à la p. 499, le juge Sopinka a conclu, au nom de la Cour à la majorité:

Les appelants ne devraient pas être obligés de démontrer l'usage exact qu'ils pourraient faire de renseignements qu'ils n'ont même pas vus.

De la même façon, le juge La Forest a dit dans *Carey*, à la p. 678, à l'occasion de remarques sur la décision de la cour de juridiction inférieure de refuser au requérant l'accès à des documents du Cabinet parce que ses arguments, selon cette cour, n'étaient rien d'autre qu'une [TRADUCTION] «simple affirmation, sans rien à l'appui [. . .] que quelque chose d'utile pourrait se trouver» dans les documents:

Ce qui me gêne dans cette façon de voir est qu'elle impose à un demandeur l'obligation de prouver en quoi des documents, reconnus pertinents, peuvent l'aider. Mais comment peut-il s'y prendre? Il ne les a jamais vus; ils sont confidentiels et ne peuvent être consultés. Dans une certaine mesure donc la teneur des documents doit relever de la conjecture.

Nous estimons que la préoccupation exprimée dans ces arrêts s'applique tout autant en l'espèce, où le

CanLII (SCC)

bar, where the ultimate goal is the search for truth rather than the suppression of potentially relevant evidence.

L'Heureux-Dubé J. questions the "Catch-22" analogy in the context of production. In her view, there is no presumption of materiality because the records are not created nor sought by the state as part of its investigation. However, it should be remembered that in most cases, an accused will not be privy to the existence of third party records which are maintained under strict rules of confidentiality. Generally speaking, an accused will only become aware of the existence of records because of something which arises in the course of the criminal case. For example, the complainant's psychiatrist, therapist or social worker may come forward and reveal his or her concerns about the complainant (as occurred in *R. v. Ross* (1993), 79 C.C.C. (3d) 253 (N.S.C.A.), and *R. v. Ross* (1993), 81 C.C.C. (3d) 234 (N.S.C.A.)). In other cases, the complainant may reveal at the preliminary inquiry or in his or her statement to the police that he or she decided to lay a criminal charge against the accused following a visit with a particular therapist. There is a possibility of materiality where there is a "reasonably close temporal connection between" the creation of the records and the date of the alleged commission of the offence (*R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at p. 673) or in cases of historical events, as in this case, a close temporal connection between the creation of the records and the decision to bring charges against the accused.

In *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, at p. 370, we recognized that "[i]t is difficult and arguably undesirable to lay down stringent rules for the determination of the relevance of a particular category of evidence". Consequently, while we will not attempt to set out categories of relevance, we feel compelled to respond to some of the statements expressed by our colleague. L'Heureux-Dubé J. suggests in her reasons that "the assumption that private therapeutic or counselling records are relevant to full answer and defence is often highly questionable" (para. 109) and that "the vast majority of information noted during therapy ses-

but ultime est la recherche de la vérité plutôt que la suppression d'éléments de preuve potentiellement pertinents.

Le juge L'Heureux-Dubé met en doute l'analogie avec la situation sans issue dans le contexte de la production. À son avis, il n'y a aucune présomption du caractère substantiel des dossiers parce qu'ils ne sont ni créés ni demandés par l'État comme faisant partie intégrante de son enquête. Toutefois, il faut se rappeler que, dans la plupart des cas, un accusé ne connaîtra pas l'existence de dossiers de tiers qui sont conservés selon des règles de confidentialité strictes. En général, un accusé ne connaîtra l'existence de dossiers que parce qu'il est survenu quelque chose au cours de l'instance criminelle. Par exemple, le psychiatre, le thérapeute ou le travailleur social du plaignant peut se présenter et faire part de ses préoccupations au sujet du plaignant (comme cela s'est produit dans *R. c. Ross* (1993), 79 C.C.C. (3d) 253 (C.A.N.-É.), et *R. c. Ross* (1993), 81 C.C.C. (3d) 234 (C.A.N.-É.)). Dans d'autres cas, le plaignant peut révéler à l'enquête préliminaire ou dans sa déclaration aux policiers qu'il a décidé de porter plainte au criminel contre l'accusé à la suite d'une visite qu'il a faite à un thérapeute donné. Il est possible que les documents soient substantiels lorsqu'il y a un «rapport temporel suffisamment étroit entre» la création des dossiers et la date à laquelle l'infraction aurait été commise (*R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, à la p. 673) ou, dans le cas d'événements survenus il y a longtemps, comme en l'espèce, un rapport temporel étroit entre la création des dossiers et la décision de déposer des plaintes contre l'accusé.

Dans *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, à la p. 370, nous avons reconnu qu'«[i]l est difficile et peut-on prétendre peu souhaitable de formuler des règles strictes pour servir à déterminer la pertinence d'une catégorie particulière de preuve». En conséquence, bien que nous n'ayons pas l'intention d'établir des catégories de pertinence, nous nous sentons obligés de répondre à certains des énoncés de notre collègue. Le juge L'Heureux-Dubé dit dans ses motifs que «l'affirmation selon laquelle les dossiers thérapeutiques ou socio-psychologiques sont nécessaires pour assurer une défense pleine et entière est souvent grandement

1995 CanLII 51 (SCC)

sions bears no relevance whatsoever or, at its highest, only an attenuated sense of relevance to the issues at trial" (para. 144). With respect, we disagree. L'Heureux-Dubé J.'s observation as to the likelihood of relevance belies the reality that in many criminal cases, trial judges have ordered the production of third party records often applying the same principles we have enunciated in this case. The sheer number of decisions in which such evidence has been produced supports the potential relevance of therapeutic records.

28 Moreover, in *Osolin*, *supra*, this Court recognized the importance of ensuring access to the kind of information at issue in this appeal. In *Osolin*, we ordered a new trial where the accused had been denied an opportunity to cross-examine regarding the psychiatric records of the complainant. Those records contained the following entry (at p. 661):

> She is concerned that her attitude and behaviour may have influenced the man to some extent and is having second thoughts about the entire case.

Cory J., for the majority, held, at p. 674, that:

> . . . what the complainant said to her counsellor . . . could well reflect a victim's unfortunate and unwarranted feelings of guilt and shame for actions and events that were in no way her fault. Feelings of guilt, shame and lowered self-esteem are often the result of the trauma of a sexual assault. If this is indeed the basis for her statement to the counsellor, then they could not in any way lend an air of reality to the accused's proposed defence of mistaken belief in the complainant's consent. However, in the absence of cross-examination it is impossible to know what the result might have been.

29 By way of illustration only, we are of the view that there are a number of ways in which informa-

discutable» (par. 109) et que «la vaste majorité des renseignements notés au cours des séances de thérapie ne sont nullement pertinents ou, tout au plus, se rapportent peu aux questions en litige» (par. 144). En toute déférence, nous ne sommes pas d'accord. L'observation du juge L'Heureux-Dubé au sujet de la probabilité de la pertinence donne une fausse idée de la réalité selon laquelle, dans bon nombre de poursuites criminelles, les juges du procès ont ordonné la production de dossiers de tiers souvent en appliquant les mêmes principes que ceux que nous avons énoncés en l'espèce. Le nombre même de décisions dans lesquelles a été produite une telle preuve vient étayer la pertinence potentielle des dossiers thérapeutiques.

En outre, dans *Osolin*, précité, notre Cour a reconnu l'importance de permettre l'accès au genre de renseignements dont il est question en l'espèce. Dans cet arrêt, nous avons ordonné la tenue d'un nouveau procès là où l'accusé s'était vu refuser la possibilité de procéder à un contre-interrogatoire relativement aux dossiers psychiatriques de la plaignante. Ces dossiers contenaient l'inscription suivante (à la p. 661):

> [TRADUCTION] Elle craint que son attitude et son comportement aient pu influencer l'homme jusqu'à un certain degré et elle commence à avoir des doutes quant à toute l'affaire.

Le juge Cory a conclu, au nom de la majorité, à la p. 674:

> . . . les propos tenus par la plaignante devant son conseiller [. . .] pourraient fort bien refléter les sentiments malheureux et non fondés de culpabilité et de honte pour des actes et des événements survenus sans qu'elle soit fautive. Les sentiments de culpabilité, de honte et de perte d'estime de soi sont souvent le résultat de l'expérience traumatisante de l'agression sexuelle. S'ils étaient effectivement le fondement de sa déclaration à son conseiller, ils ne pourraient aucunement donner une vraisemblance au moyen de défense de la croyance erronée au consentement de la plaignante qu'invoque l'appelant. Faute de contre-interrogatoire toutefois, il est impossible de savoir quel aurait pu en être le résultat.

En guise d'illustration seulement, nous sommes d'avis que les renseignements figurant dans les

1995 CanLII 51 (SCC)

tion contained in third party records may be relevant, for example, in sexual assault cases:

(1) they may contain information concerning the unfolding of events underlying the criminal complaint. See *Osolin*, *supra*, and *R. v. R.S.* (1985), 19 C.C.C. (3d) 115 (Ont. C.A.).

(2) they may reveal the use of a therapy which influenced the complainant's memory of the alleged events. For example, in *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419, at p. 447, L'Heureux-Dubé J. recognized the problem of contamination when she stated, in the context of the sexual abuse of children, that "the fear of contaminating required testimony has forced the delay of needed therapy and counselling". See too *R. v. Norman* (1993), 87 C.C.C. (3d) 153 (Ont. C.A.).

(3) they may contain information that bears on the complainant's "credibility, including testimonial factors such as the quality of their perception of events at the time of the offence, and their memory since". See *R. v. R. (L.)*, *supra*, at p. 398; *R. v. Hedstrom* (1991), 63 C.C.C. (3d) 261 (B.C.C.A.); *R. v. Ross* (1993), 81 C.C.C. (3d) 234 (N.S.C.A.); *Toohey v. Metropolitan Police Commissioner*, [1965] 1 All. E.R. 506 (H.L.).

As a result, we disagree with L'Heureux-Dubé J.'s assertion that therapeutic records will only be relevant to the defence in rare cases.

(d) The Role of the Judge at the Second Stage: Balancing Full Answer and Defence and Privacy

We agree with L'Heureux-Dubé J. that "upon their production to the court, the judge should examine the records to determine whether, and to what extent, they should be produced to the accused" (para. 153). We also agree that in making that determination, the judge must examine and weigh the salutary and deleterious effects of a pro-

dossiers de tiers peuvent être pertinents d'un certain nombre de façons, par exemple, dans les affaires d'agression sexuelle:

(1) ils peuvent contenir des renseignements concernant le déroulement des événements qui sont à la base de la plainte au criminel. Voir *Osolin*, précité, et *R. c. R.S.* (1985), 19 C.C.C. (3d) 115 (C.A. Ont.).

(2) ils peuvent révéler le recours à une thérapie qui a influé sur le souvenir que le plaignant a des faits allégués. Par exemple, dans *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, à la p. 447, le juge L'Heureux-Dubé a admis le problème de la contamination lorsqu'elle a déclaré, dans le contexte des agressions sexuelles contre les enfants, qu'«on a dû, par crainte de contaminer le témoignage requis, retarder la thérapie et le counseling». Voir également *R. c. Norman* (1993), 87 C.C.C. (3d) 153 (C.A. Ont.).

(3) ils peuvent contenir des renseignements qui ont trait à [TRADUCTION] «la crédibilité [des plaignants], y compris des éléments des témoignages comme la qualité de la perception qu'ils avaient des faits au moment où l'infraction a été commise et le souvenir qu'ils en ont depuis». Voir *R. c. R. (L.)*, précité, à la p. 398; *R. c. Hedstrom* (1991), 63 C.C.C. (3d) 261 (C.A.C.-B.); *R. c. Ross* (1993), 81 C.C.C. (3d) 234 (C.A.N.-É.); *Toohey c. Metropolitan Police Commissioner*, [1965] 1 All. E.R. 506 (H.L.).

Par conséquent, nous ne sommes pas d'accord avec l'affirmation du juge L'Heureux-Dubé selon laquelle les dossiers thérapeutiques ne seront pertinents pour la défense que dans de rares cas.

d) Le rôle du juge à la seconde étape: pondération de la défense pleine et entière et de la protection de la vie privée

Nous sommes d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé pour dire que, «au moment de la production des dossiers devant la cour, le juge devra les examiner pour déterminer si et dans quelle mesure ils devraient être divulgués à l'accusé» (par. 153). Nous admettons également que, pour arriver à cette conclusion, le juge doit examiner et soupeser

1995 CanLII 51 (SCC)

duction order and determine whether a non-production order would constitute a reasonable limit on the ability of the accused to make full answer and defence. In some cases, it may be possible for the presiding judge to provide a judicial summary of the records to counsel to enable them to assist in determining whether the material should be produced. This, of course, would depend on the specific facts of each particular case.

les effets bénéfiques et les effets préjudiciables d'une ordonnance de production et déterminer si une ordonnance de non-production constituerait une restriction raisonnable de la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Dans certains cas, le juge qui préside le procès peut avoir la possibilité de fournir un résumé judiciaire des dossiers aux avocats pour leur permettre d'aider à déterminer si les documents devraient être produits. Cela dépend naturellement des faits précis de chaque cas particulier.

31 We also agree that, in balancing the competing rights in question, the following factors should be considered: "(1) the extent to which the record is necessary for the accused to make full answer and defence; (2) the probative value of the record in question; (3) the nature and extent of the reasonable expectation of privacy vested in that record; (4) whether production of the record would be premised upon any discriminatory belief or bias" and "(5) the potential prejudice to the complainant's dignity, privacy or security of the person that would be occasioned by production of the record in question" (para. 156).

Nous admettons également que, pour équilibrer les droits contradictoires en question, il faudrait prendre en considération les facteurs suivants: «(1) la mesure dans laquelle ce dossier est nécessaire pour que l'accusé puisse présenter une défense pleine et entière; (2) la valeur probante du dossier en question; (3) la nature et la portée de l'attente raisonnable au respect du caractère privé de ce dossier; (4) la question de savoir si la production du dossier reposerait sur une croyance ou un préjugé discriminatoires» et «(5) le préjudice possible à la dignité, à la vie privée ou à la sécurité de la personne [du plaignant] que pourrait causer la production du dossier en question» (par. 156).

32 However, L'Heureux-Dubé J. also refers to two other factors that she believes must be considered. She suggests that the judge should take account of "the extent to which production of records of this nature would frustrate society's interest in encouraging the reporting of sexual offences and the acquisition of treatment by victims" as well as "the effect on the integrity of the trial process of producing, or failing to produce, the record, having in mind the need to maintain consideration in the outcome" (para. 156). This last factor is more appropriately dealt with at the admissibility stage and not in deciding whether the information should be produced. As for society's interest in the reporting of sexual crimes, we are of the opinion that there are other avenues available to the judge to ensure that production does not frustrate the societal interests that may be implicated by the production of the records to the defence. A number of these avenues are discussed by the Nova Scotia Court of

Toutefois, le juge L'Heureux-Dubé mentionne également deux autres facteurs qui, d'après elle, doivent être pris en considération. Elle dit que le juge devrait tenir compte de «la mesure dans laquelle la production de dossiers de cette nature nuirait à l'intérêt qu'a la société à ce que les victimes signalent les agressions sexuelles et suivent des thérapies» ainsi que de «l'effet de la production ou de la non-production du dossier sur l'intégrité du processus judiciaire, compte tenu de la nécessité de garder à l'esprit les conséquences de la décision» (par. 156). Il conviendrait mieux de traiter de ce dernier facteur à l'étape de l'admissibilité et non pas au moment de décider si les renseignements devraient être produits. Pour ce qui est de l'intérêt de la société à ce que les crimes sexuels soient signalés, nous sommes d'avis que le juge dispose d'autres moyens pour s'assurer que la production ne contrecarre pas les intérêts de la société qui peuvent être touchés par la production

1995 CanLII 51 (SCC)

Appeal in *R. v. Ryan* (1991), 69 C.C.C. (3d) 226, at p. 230:

> As the trials of these two charges proceed, there are a number of protective devices to allay the concerns of the caseworkers over the contents of their files. The trial judge has considerable discretion in these matters. It is for the trial judge to determine whether a ban shall be placed on publication. It is for the trial judge to decide whether spectators shall be barred when evidence is given on matters that the trial judge deems to be extremely sensitive and worth excluding from the information available to the public. High on the list is, of course, the matter of relevance. Unless the evidence sought from the witness meets the test of relevancy, it will be excluded. The trial judge is able to apply the well-established rules and tests to determine whether any given piece of evidence is relevant.

We are also of the view that these options are available to the judge to further protect the privacy interests of witnesses if the production of private records is ordered.

Consequently, the societal interest is not a paramount consideration in deciding whether the information should be provided. It is, however, a relevant factor which should be taken into account in weighing the competing interests.

In applying these factors, it is also appropriate to bear in mind that production of third party records is always available to the Crown provided it can obtain a search warrant. It can do so if it satisfies a justice that there is in a place, which includes a private dwelling, anything that there are reasonable grounds to believe will afford evidence of the commission of an offence. Fairness requires that the accused be treated on an equal footing.

III. Conclusion and Disposition

Although the parties have obviously failed to observe the above procedures for the production of

des dossiers à la défense. Certains de ces moyens ont été examinés par la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans *R. c. Ryan* (1991), 69 C.C.C. (3d) 226, à la p. 230:

> [TRADUCTION] À mesure que se déroulent les procès relatifs à ces deux accusations, il y a un certain nombre de mécanismes de protection pour apaiser les inquiétudes des travailleurs en service social au sujet du contenu de leurs dossiers. Le juge du procès jouit d'un grand pouvoir discrétionnaire dans ces domaines. Il lui appartient de déterminer s'il faut en interdire la publication. Il lui appartient de décider si la salle d'audience sera interdite aux spectateurs lors de la présentation de la preuve sur des questions qu'il estime extrêmement délicates et qui méritent d'être écartées des renseignements disponibles au public. Naturellement, la question de la pertinence est au début de la liste. À moins que la preuve demandée au témoin réponde au critère de la pertinence, elle sera exclue. Le juge du procès peut appliquer les règles et les critères reconnus pour déterminer si un élément de preuve particulier est pertinent.

Nous sommes également d'avis que le juge dispose de ces options pour protéger davantage le droit à la vie privée des témoins si la production de dossiers privés est ordonnée.

33 Par conséquent, l'intérêt de la société n'est pas une considération primordiale lorsqu'il s'agit de décider si les renseignements devraient être fournis. Par contre, c'est un facteur pertinent qui devrait être pris en considération dans la pondération des intérêts opposés.

34 Dans l'application de ces facteurs, il convient également de se rappeler que le ministère public peut toujours exiger la production de dossiers de tiers pourvu qu'il obtienne un mandat de perquisition. Il peut le faire s'il convainc un juge de paix que se trouve dans un endroit, ce qui comprend une habitation privée, une chose dont on a des motifs raisonnables de croire qu'elle fournira une preuve touchant la commission d'une infraction. L'équité exige que l'accusé bénéficie d'un traitement égal.

III. Conclusion et dispositif

35 Bien que les parties n'aient manifestement pas suivi les procédures susmentionnées pour la pro-

1995 CanLII 51 (SCC)

third party records, it is unnecessary to determine whether or not a production order was warranted in this case. In our view, Major J. is correct in holding that the impropriety of the production order at issue in this appeal "does not excuse the conduct of the Crown after the order was made" (para. 222). As a result, whether or not production was warranted in this case, the conduct of the Crown in refusing to comply with the production order is inexcusable, and warrants a stay of the proceedings against the accused. We are therefore in complete agreement with the reasoning and conclusions of Major J., and would accordingly hold that this appeal should be allowed.

The reasons of La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. were delivered by

36 L'HEUREUX-DUBÉ J. — Two issues are raised by this appeal. First, when does non-disclosure by the Crown justify an order that the proceedings which are the subject matter of the non-disclosure be stayed? Second, what is the appropriate procedure to be followed when an accused seeks production of documents such as medical and/or therapeutic records that are in the hands of third parties?

37 Strictly speaking, leave has only been sought to this Court from the decision of the British Columbia Court of Appeal in *R. v. O'Connor* (1994), 89 C.C.C. (3d) 109, which addressed the question of the appropriateness of a stay. However, much of the non-disclosure and late disclosure that formed the basis for the stay of proceedings that is the subject of this appeal related directly to disagreement over the appropriateness of the pre-trial disclosure order made by Campbell A.C.J. As a result, those reasons must be read together as a whole with *R. v. O'Connor* (1994), 90 C.C.C. (3d) 257 ("*O'Connor (No. 2)*"), in which the Court of Appeal provided guidelines for future applications for production of medical records held by third parties. Given the national importance of establishing guidelines for such production (in light of the absence of legislative intervention), and the fact that this matter was fully argued before us, it is appropriate for this Court to provide some assistance to lower courts in

duction de dossiers de tiers, il n'y a pas lieu de déterminer si une ordonnance de production était justifiée ou non en l'espèce. À notre avis, le juge Major a raison de conclure que le caractère inapproprié de l'ordonnance judiciaire en cause dans le présent pourvoi «n'excuse pas la conduite du ministère public après son prononcé» (par. 222). Par conséquent, que la production ait été justifiée ou non en l'espèce, la conduite du ministère public en refusant de se conformer à l'ordonnance de production est inexcusable et justifie l'arrêt des procédures engagées contre l'accusé. Nous sommes donc en parfait accord avec le raisonnement et les conclusions du juge Major et, par conséquent, nous sommes d'avis d'accueillir le présent pourvoi.

Les motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le présent pourvoi soulève deux questions. Premièrement, quand la non-divulgation de documents par le ministère public justifie-t-elle une ordonnance d'arrêt des procédures faisant l'objet de la non-divulgation? Deuxièmement, quelle est la procédure appropriée lorsqu'un accusé demande la production de documents tels les dossiers médicaux ou thérapeutiques en la possession de tiers?

À strictement parler, notre Cour est saisie d'une demande d'autorisation de pourvoi uniquement contre la décision par laquelle la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a, dans l'arrêt *R. c. O'Connor* (1994), 89 C.C.C. (3d) 109, traité de la question de l'opportunité d'un arrêt des procédures. Toutefois, une bonne partie de la non-divulgation et de la divulgation tardive, à la base de l'arrêt des procédures qui fait l'objet du présent pourvoi, se rapportait directement au débat sur l'opportunité de l'ordonnance préliminaire de divulgation rendue par le juge en chef adjoint Campbell. Par conséquent, ces motifs doivent être traités globalement avec l'arrêt *R. c. O'Connor* (1994), 90 C.C.C. (3d) 257 («*O'Connor (nº 2)*»), dans lequel la Cour d'appel a fourni des lignes directrices en vue des demandes éventuelles de production de dossiers médicaux en la possession de tiers. Étant donné l'importance nationale de formuler des lignes directrices relativement à la pro-

1995 CanLII 51 (SCC)

this respect. Besides, the question is squarely raised in another appeal which was heard by this Court and in which judgment is rendered concurrently with this one: *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536. As a preliminary matter, however, it is necessary to set out the facts and judgments relevant to each of the two issues raised in this case.

I. Abuse of Process

A. *Facts and Judgments*

The appellant, Hubert Patrick O'Connor, is a Bishop of the Roman Catholic Church. In the 1960s, he was the principal of a native residential school in Williams Lake. As a result of incidents alleged to have taken place between 1964 and 1967 in the Williams Lake area, the appellant was charged in February 1991 with two counts of rape and two counts of indecent assault. Each count arose in relation to a separate complainant. The four complainants, P.P, M.B., R.R., and A.S., were all former students employed by the school and under the direct supervision of the appellant.

A preliminary inquiry was held in Williams Lake on July 3 and 4, 1991, and, on June 4, 1992, defence counsel applied for, and obtained, an order from Campbell A.C.J. requiring disclosure of the complainants' entire medical, counselling and school records. Defence counsel justified its disclosure request on the need to test the complainants' credibility, as well as to determine issues such as recent complaint and corroboration. The order reads as follows:

THIS COURT ORDERS that Crown Counsel produce names, addresses and telephone numbers of therapists, counsellors, psychologists or psychiatrists who have treated any of the complainants with respect to allegations of sexual assault or sexual abuse.

THIS COURT FURTHER ORDERS that the complainants authorize all therapists, counsellors, psycholo-

duction de tels renseignements (compte tenu de l'absence de dispositions législatives) et le fait que cette question a été pleinement débattue devant nous, il est approprié que notre Cour guide les tribunaux à ce sujet. De plus, la question est soulevée directement dans un autre pourvoi devant notre Cour et dans lequel jugement est rendu concurremment: *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536. Préliminairement, cependant, il y a lieu de réciter les faits et les jugements pertinents à chacune des deux questions que pose cette affaire.

I. L'abus de procédure

A. *Les faits et les jugements*

L'appelant, Hubert Patrick O'Connor, est un évêque de l'Église catholique romaine. Dans les années 1960, il était directeur d'un internat pour autochtones à Williams Lake. À la suite d'incidents qui seraient survenus entre 1964 et 1967 dans la région de Williams Lake, l'appelant a fait l'objet, en février 1991, de deux accusations de viol et de deux accusations d'attentat à la pudeur. Chaque chef d'accusation a trait à une plaignante distincte. Les quatre plaignantes, P.P, M.B., R.R. et A.S., étaient toutes d'anciennes étudiantes à l'emploi de l'école sous la supervision directe de l'appelant.

Une enquête préliminaire s'est tenue à Williams Lake les 3 et 4 juillet 1991 et, le 4 juin 1992, l'avocat de la défense a requis et obtenu du juge en chef adjoint Campbell une ordonnance de divulgation de l'ensemble des dossiers médicaux, scolaires et socio-psychologiques des plaignantes. L'avocat de la défense a fondé cette requête sur la nécessité de tester la crédibilité des plaignantes et de trancher des questions de plaintes récentes et de corroboration. L'ordonnance se lit ainsi:

[TRADUCTION] LA COUR ORDONNE que le substitut du procureur général produise les noms, les adresses et les numéros de téléphone des thérapeutes, des conseillers socio-psychologiques, des psychologues ou des psychiatres qui ont traité l'une ou l'autre des plaignantes relativement aux allégations d'agression ou d'abus sexuels.

LA COUR ORDONNE ÉGALEMENT que les plaignantes autorisent tous les thérapeutes, les conseillers

1995 CanLII 51 (SCC)

gists and psychiatrists who have treated any of them with respect to allegations of sexual assault or sexual abuse, to produce to the Crown copies of their complete file contents and any other related material including all documents, notes, records, reports, tape recordings and videotapes, and the Crown to provide copies of all this material to counsel for the accused forthwith.

THIS COURT FURTHER ORDERS that the complainants authorize the Crown to obtain all school and employment records while they were in attendance at St. Joseph's Mission School and that the Crown provide those records to counsel for the accused forthwith.

THIS COURT FURTHER ORDERS that the complainants authorize the production of all medical records from the period of time when they were resident at St. Joseph's Mission School as either students or employees.

At the time this order was made, the Crown did not have in its possession any files of any persons who had treated any of the complainants in relation to allegations of sexual assault or sexual abuse. Nor, for that matter, were submissions heard from, or was notice given to, any of the complainants or guardians of the records sought by the defence.

40 On July 10, 1992, the Crown applied before Low J. of the British Columbia Supreme Court for directions regarding the disclosure order and for the early appointment of a trial judge. The court was informed that the complainants were not prepared to comply with the order of Campbell A.C.J., as the Crown wished to argue the point before the trial judge. On September 21, 1992, moreover, the Crown made an application before Oppal J. to change the venue of the trial back to Williams Lake. This application was dismissed. In the course of its submissions, the Crown noted that it intended to argue before the trial judge that the therapists' notes subject to the disclosure order of Campbell A.C.J. ought not to be disclosed on public policy grounds. The court expressed surprise at

socio-psychologiques, les psychologues ou les psychiatres qui ont traité l'une ou l'autre d'entre elles relativement aux allégations d'agression ou d'abus sexuels à produire au ministère public copie du contenu complet de leurs dossiers et de tous autres documents connexes, y compris tous les documents, notes, dossiers, rapports, enregistrements audio et vidéo, et que le ministère public fournisse sur-le-champ copie de tous ces documents à l'avocat de l'accusé.

LA COUR ORDONNE ÉGALEMENT que les plaignantes autorisent le ministère public à obtenir tous les dossiers scolaires et tous les dossiers de travail portant sur la période pendant laquelle elles ont fréquenté la St. Joseph's Mission School et que le ministère public fournisse ces dossiers à l'avocat de l'accusé sur-le-champ.

LA COUR ORDONNE ÉGALEMENT que les plaignantes autorisent la production de tous leurs dossiers médicaux depuis l'époque où elles étaient internes à la St. Joseph's Mission School soit en tant qu'étudiantes ou en tant qu'employées.

Au moment où cette ordonnance a été rendue, le ministère public n'était en possession d'aucun dossier émanant de personnes qui avaient traité l'une ou l'autre des plaignantes relativement aux allégations d'agression ou d'abus sexuels. Aucune des plaignantes ni aucun des gardiens des dossiers requis par la défense n'ont reçu d'avis ni n'ont été entendus sur cette question.

Le 10 juillet 1992, le ministère public s'est adressé au juge Low de la Cour suprême de la Colombie-Britannique afin d'obtenir des directives concernant l'ordonnance de divulgation et de faire désigner promptement un juge pour la tenue du procès. La cour a été informée que les plaignantes n'étaient pas disposées à se conformer à l'ordonnance du juge en chef adjoint Campbell, car le ministère public voulait débattre ce point devant le juge du procès. En outre, le 21 septembre 1992, le ministère public présentait au juge Oppal une requête pour changement de venue afin que le procès se tienne à Williams Lake, demande qui fut rejetée. Dans le cours de son argumentation, le procureur du ministère public a souligné qu'il avait l'intention de plaider devant le juge du procès que les notes des thérapeutes visées par l'ordonnance de divulgation émise par le juge en chef adjoint Campbell ne devraient pas être divulguées pour

(1995 CanLII 95 (SCC))

the fact that the order of Campbell A.C.J. was not being complied with.

Thackray J. was subsequently appointed the trial judge. On October 16, 1992, the appellant applied for a judicial stay of proceedings before Thackray J. on the basis that pre-charge delay made it impossible to make full answer and defence. At the same time, the Crown sought directions from the trial judge regarding the disclosure order of Campbell A.C.J. By this time, however, many of the impugned records had come into the Crown's possession. The trial judge made it clear that he was to be provided promptly with therapy records relating to all four complainants. Thackray J. was provided with the clinical notes of Dr. Ingimundson, the psychologist treating P.P. He reviewed these notes and they were provided to defence counsel. Crown counsel further informed the court that the therapist for M.B. had been instructed to forward all records to the Crown. On October 22, 1992, Thackray J. released written reasons dismissing the appellant's application for a stay of proceedings.

On October 30, 1992, the appellant applied by way of writ of *certiorari* to quash the committal of the appellant to stand trial on one count of the indictment. On November 5, 1992, the trial judge released written reasons dismissing the appellant's application. During the course of those proceedings, however, the Crown produced the notes of M.B.'s therapist, Dr. Cheaney, to the court for review. The Crown requested, however, that the court not release the records to the defence before hearing an application on that point from Crown counsel Wendy Harvey. The trial judge assented to this request.

On November 19, 1992, the appellant applied pursuant to s. 581 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, for an order that the indictment be declared void *ab initio* for failure to provide sufficient detail. This application was dismissed by Thackray J. in reasons filed November 24, 1992.

des motifs d'ordre public. La cour s'est dite surprise du fait que l'on n'avait pas respecté l'ordonnance rendue par le juge en chef adjoint Campbell.

41 Le juge Thackray a subséquemment été désigné pour présider le procès. Le 16 octobre 1992, l'appelant a présenté une requête en arrêt des procédures au motif qu'il était devenu impossible de présenter une défense pleine et entière en raison du délai écoulé avant le dépôt des accusations. Par la même occasion, le ministère public sollicitait du juge du procès des directives concernant l'ordonnance de divulgation rendue par le juge en chef adjoint Campbell. À ce stade, toutefois, bon nombre des dossiers en question étaient déjà en possession du ministère public. Le juge du procès a été clair: les dossiers médicaux concernant les quatre plaignantes devaient lui être fournis rapidement. Les notes cliniques du Dr Ingimundson, le psychologue qui traitait P.P., furent transmises au juge Thackray qui, après examen, les a remises à l'avocat de la défense. Le substitut du procureur général informait, de plus, la cour que le thérapeute de M.B. avait reçu l'ordre de transmettre tous les dossiers au ministère public. Le 22 octobre 1992, le juge Thackray, dans des motifs écrits, rejetait la requête en arrêt des procédures présentée par l'appelant.

42 Le 30 octobre 1992, l'appelant demandait par bref de *certiorari*, l'annulation de son renvoi à procès sous l'un des chefs d'accusation. Le 5 novembre 1992, le juge du procès, dans un jugement écrit, rejetait la requête. Au cours de ces procédures, toutefois, le ministère public a produit à la cour pour examen les notes du thérapeute de M.B., le Dr Cheaney, tout en requérant qu'elles ne soient pas communiquées à la défense avant d'entendre sur ce point le substitut du procureur général Wendy Harvey, demande à laquelle le juge a acquiescé.

43 Le 19 novembre 1992, l'appelant requérait, conformément à l'art. 581 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, une ordonnance déclarant l'acte d'accusation nul *ab initio* pour défaut de donner des détails suffisants, requête rejetée par le juge Thackray par jugement daté du 24 novembre 1992.

1995 CanLII 51 (SCC)

The appellant also once again raised the issue of the non-disclosure of the medical records of M.B. The Crown opposed the disclosure of the records on the ground that they were not relevant, but Thackray J. ordered that they be disclosed to the defence forthwith. Appellant's counsel also requested disclosure of the diary of the complainant R.R., for which it had already been provided with a synopsis. The trial judge took possession of the diary for review and expressed concern that the Crown was taking so long to comply with the order of Campbell A.C.J., given that the trial was scheduled to commence in 10 days.

44 On November 26, 1992, the appellant made another application for a judicial stay of proceedings based on non-disclosure of several items, including the following: the medical records of the complainants, the transcript of an interview between Crown counsel and the complainant M.B., the transcript of an interview between Crown counsel and witness M.O. containing statements contradictory to testimony given by the complainant M.B. and corroborative of the evidence of the appellant, and the diary of the complainant R.R.

45 In the course of submissions during this application, Crown counsel Wendy Harvey submitted that the two Crown counsel, herself and Mr. Greg Jones, were handling the prosecution from different cities, and that there were difficulties concerning communication and organization. She asserted that the non-disclosure of some of the medical records was due to inadvertence on her part, and that she had "dreamt" the transcripts of the interviews with M.B. and M.O. had been disclosed. Ms. Harvey submitted that uninhibited disclosure of medical and therapeutic records would revictimize the victims, and suggested that the order of Campbell A.C.J., and the request of defence counsel for disclosure of the therapy records of the complainants, exhibited gender bias.

46 In oral reasons delivered Friday, November 27, 1992, Thackray J. dismissed the application for a

L'appelant a de nouveau soulevé la question de la non-divulgation des dossiers médicaux de M.B., requête à laquelle s'est opposé le ministère public au motif que ces dossiers n'étaient pas pertinents, mais le juge Thackray a ordonné qu'ils soient divulgués à la défense sur-le-champ. L'avocat de l'appelant a également demandé la divulgation du journal de la plaignante R.R., dont il avait déjà reçu un résumé. Le juge du procès prit possession du journal pour examen et s'est dit préoccupé du fait que le ministère public tardait trop à se conformer à l'ordonnance du juge en chef adjoint Campbell, vu que le procès devait débuter 10 jours plus tard.

Le 26 novembre 1992, l'appelant présentait une autre requête en arrêt des procédures en se fondant sur la non-divulgation de plusieurs documents, entre autres, les dossiers médicaux des plaignantes, la transcription d'un entretien entre le substitut du procureur général et la plaignante M.B., la transcription d'une entrevue entre le substitut du procureur général et le témoin M.O. contenant des déclarations contradictoires avec le témoignage de la plaignante M.B. et corroborant la preuve de l'appelant, ainsi que le journal de la plaignante R.R.

Au cours de la plaidoirie sur cette requête, le substitut du procureur général Wendy Harvey a soutenu que les deux substituts du procureur général, elle-même et Me Greg Jones, agissaient pour la poursuite à partir de villes différentes et que cela posait des difficultés sur le plan de la communication et de l'organisation. Elle a affirmé que la non-divulgation de quelques-uns des dossiers médicaux était due à une inadvertance de sa part et qu'elle avait «rêvé» que la transcription des entrevues avec M.B. et M.O. avaient été divulguée. Me Harvey a plaidé que la divulgation sans restriction des dossiers médicaux et des dossiers thérapeutiques victimiserait à nouveau les victimes et elle a soutenu que l'ordonnance du juge en chef adjoint Campbell et la requête de l'avocat de la défense en vue de la divulgation des dossiers thérapeutiques des plaignantes relevait de la discrimination basée sur le sexe.

Dans un jugement oral rendu le vendredi 27 novembre 1992, le juge Thackray rejetait la

1995 CanLII 19(SCC)

judicial stay, finding that the failure to disclose the records of Dr. Hume, R.R.'s physician, had been an oversight. He further found that M.O.'s evidence had been known to the defence for some time and that no prejudice to the accused had been demonstrated by its non-disclosure. He declined to disclose the complete diaries of the complainant R.R. on the basis that the summaries provided to the defence, as well as the excerpts already in their possession, were sufficient. He noted, however, that the letters written by Ms. Harvey to the counsellors had unacceptably limited the scope of the disclosure to only those portions of the records which related directly to the incidents involving the accused. This resulted in the full therapy records not being disclosed to the defence until after November 26. He concluded that while the conduct of the Crown was "disturbing", he did not believe that there was a "grand design" to conceal evidence, nor any "deliberate plan to subvert justice". He was not convinced that the Crown's conduct would lead the public to hold the system of justice in disrepute. While dismissing the application for a judicial stay of proceedings, Thackray J. condemned in no uncertain terms Ms. Harvey's inability to distinguish "between her personal objectives and her professional responsibilities".

requête en arrêt des procédures, concluant que le défaut de divulguer les dossiers du Dr Hume, le médecin de R.R., l'avait été par inadvertance. Il concluait également que la défense était au courant du témoignage de M.O. depuis un certain temps et qu'il n'avait pas été prouvé que sa non-divulgation avait causé préjudice à l'accusé. Il a refusé la divulgation complète du journal de la plaignante R.R. parce que les résumés fournis à la défense, ainsi que les extraits déjà en la possession de cette dernière, étaient suffisants, tout en notant que les lettres écrites par Me Harvey aux conseillers socio-psychologiques avaient limité de façon inacceptable la portée de la divulgation aux seules parties des dossiers se rapportant directement aux incidents impliquant l'accusé avec le résultat que les dossiers thérapeutiques complets n'ont été divulgués à la défense qu'après le 26 novembre. Le juge a conclu que, bien que la conduite du ministère public fût «troublante», il ne croyait pas en l'existence d'un «grand projet» visant à dissimuler des éléments de preuve ni en celui d'un [TRADUCTION] «plan délibéré de subversion de la justice», non plus que la conduite du ministère public amènerait le public à déconsidérer le système judiciaire. Tout en rejetant la demande d'arrêt des procédures, le juge Thackray a condamné en termes non équivoques l'incapacité de Me Harvey de distinguer [TRADUCTION] «entre ses objectifs personnels et ses responsabilités professionnelles».

1995 CanLII 51 (SCC)

Over the weekend of November 28, in light of the difficulties encountered during discovery, Crown counsel agreed to waive any privilege with respect to the contents of the Crown's file and to prepare a binder in relation to each of the complainants containing all information in the Crown's possession relating to each of them. This agreement contemplated giving the defence copies of documents which would not ordinarily be disclosed, including Crown counsel's personal notes and work product, some of which were on computer. At the pre-trial conference held that Monday, Ms. Harvey informed the trial judge that appellant's counsel were now in possession of all

47

Pendant la fin de semaine du 28 novembre, compte tenu des difficultés rencontrées à l'étape de la divulgation, le substitut du procureur général a consenti à renoncer à tout privilège quant au contenu du dossier du ministère public et à préparer, dans le cas de chacune des plaignantes, un relieur qui contiendrait tous les renseignements en la possession du ministère public relativement à chacune d'entre elles. Cette entente envisageait la remise à la défense de copies de documents qui, ordinairement, ne seraient pas divulgués, y compris les notes personnelles et le produit du travail du substitut du procureur général, dont une partie se trouvait sur ordinateur. À la conférence préparatoire au procès qui s'est tenue ce lundi-là, Me Harvey a informé le juge du procès que le procureur de l'appelant était maintenant en possession de toutes les

the notes that she had prepared in connection with the case.

48 The trial began on Wednesday, December 2, 1992. The Crown's first witness was Dr. Van Dyke, a socio-cultural anthropologist. Its second witness was Margaret Gilbert, a former student at St. Joseph's Mission School. Her evidence dealt primarily with the layout of the school. On the second day of the trial, the Crown called the complainant P.P. In the course of direct examination, the Crown sought to have the witness give her evidence by drawing. Appellant's counsel objected. Discussions revealed that the witness had, during the course of witness preparation that weekend, made a drawing of this nature for Crown counsel that had not been disclosed to defence counsel. That drawing was obtained from the Crown office and the appellant took the position that it represented a materially different version of this complainant's allegations. The Crown disagreed with that assessment. The trial judge refused to allow the witness to testify through the use of drawings. At the end of the day, the Crown had not yet completely finished its examination-in-chief of this witness.

49 When the trial resumed the following day, appellant's counsel informed the court that, at the conclusion of the previous day's proceedings, the Crown had provided the appellant with another eight sets of drawings prepared by the various complainants in the presence of Crown counsel. Crown counsel Wendy Harvey was not present in court, and no explanation was given for her absence. Court was adjourned for one hour. When the trial resumed, Ms. Harvey was still not present. Appellant's counsel made another application for a judicial stay of proceedings based largely on the fact that the senior prosecutor, Mr. Jones, was still unable to guarantee to the appellant that full disclosure had been made. Over the objection of appellant's counsel, the trial judge granted

notes qu'elle avait rédigées en rapport avec l'affaire.

Le procès a débuté le mercredi 2 décembre 1992. Le premier témoin du ministère public fut le Dr Van Dyke, spécialiste en anthropologie socioculturelle et son deuxième témoin, Margaret Gilbert, une ancienne étudiante de la St. Joseph's Mission School. Son témoignage a porté principalement sur l'aménagement de l'école. Le deuxième jour du procès, le ministère public a appelé à la barre la plaignante P.P. Au cours de l'examen en chef, il a tenté d'amener le témoin à témoigner au moyen d'un dessin. L'avocat de l'appelant s'y est opposé. Il est ressorti des discussions que le témoin avait, au cours de la préparation de sa déposition cette fin de semaine-là, tracé pour le substitut du procureur général un dessin de cette nature, qui n'avait pas été divulgué au procureur de la défense. Ce dessin fut obtenu du bureau du ministère public et l'appelant prit la position que ce dessin représentait une version essentiellement différente des allégations de cette plaignante, ce que le ministère public a nié. Le juge du procès a refusé de permettre au témoin de déposer en faisant usage de dessins. À la fin de la journée, le ministère public n'avait pas encore complètement terminé l'examen en chef de son témoin.

À la reprise du procès le lendemain, le procureur de l'appelant a informé la cour que, à la clôture de l'audience le jour précédent, le ministère public avait remis à l'appelant huit autres séries de dessins exécutés par les différentes plaignantes en présence du substitut du procureur général. Le substitut du procureur général Wendy Harvey n'était pas présente en cour, et aucune explication n'a été fournie relativement à son absence. Après un ajournement d'une heure, lors de la reprise du procès, Me Harvey n'était toujours pas là. Le procureur de l'appelant a présenté une autre requête en arrêt des procédures en se fondant principalement sur le fait que Me Jones, l'avocat sénior du ministère public, ne pouvait toujours pas garantir à l'appelant qu'il y avait eu divulgation complète. Malgré l'opposition de l'avocat de l'appelant, la requête de Me Jones pour un ajournement supplé-

1995 CanLII 51 (SCC)

Mr. Jones' request for a further adjournment until the afternoon session.

When court resumed that afternoon, Wendy Harvey was present. The Crown submission, however, was put forward by Mr. Jones. He acknowledged that the binders which had been provided to appellant's counsel as a result of the agreement reached over the weekend of November 28 were not complete, and that the staff had omitted to download Ms. Harvey's computer files. One of the undisclosed documents was the complete version of a Crown interview with P.P. which had been partially disclosed to the defence on November 25. After reviewing some of the undisclosed notes, the Crown indicated that it did not believe that the notes revealed anything "new". Mr. Jones then indicated to the court that Ms. Harvey's complete computer files were in the process of being downloaded but that, in light of what had just happened, he could not guarantee that everything had been appropriately disclosed to the appellant at that time. He took the position, however, that the undisclosed notes contained nothing material, and encouraged the trial judge to engage in an inquiry of their materiality. These statements applied to all four counts on the indictment. Thackray J. indicated that he would give judgment on December 7 on defence counsel's motion for a stay. Although he indicated he would give counsel the opportunity to make further submissions if any other developments occurred, no further submissions were made by either side.

On December 7, 1992, Thackray J. handed down a judicial stay of proceedings on all four counts: (1992), 18 C.R. (4th) 98. He distinguished this application from previous applications for a stay of proceedings on the basis that the trial was now under way and witnesses had already been called by the Crown and cross-examined by the defence. Thackray J. found that had the diagrams of the complainant P.P. been disclosed prior to testimony, they might have affected the preparation of the case by the defence. While P.P. had not yet been cross-examined, Thackray J. found it unac-

mentaire jusqu'à la séance de l'après-midi fut accueillie par le juge.

50 À la reprise de l'audience l'après-midi, Me Wendy Harvey était présente, mais Me Jones agissait pour le ministère public. Il a reconnu que les relieurs qui avaient été remis à l'avocat de l'appelant à la suite de l'entente intervenue durant la fin de semaine du 28 novembre n'étaient pas complets et que le personnel avait omis de télédécharger les fichiers informatisés de Me Harvey. L'un de ces documents était la version complète d'une entrevue du ministère public avec P.P., qui avait été divulguée en partie à la défense le 25 novembre. Après examen de quelques-unes des notes non divulguées, le ministère public a indiqué qu'il ne croyait pas que les notes révélaient quelque chose de «nouveau». Me Jones a ensuite signalé à la cour que les fichiers informatisés complets de Me Harvey étaient en cours de télédéchargement mais que, compte tenu de ce qui venait d'arriver, il ne pouvait pas garantir que tout avait bien été divulgué à l'appelant à ce moment-là. Il a cependant déclaré que les notes non divulguées ne contenaient rien de substantiel et a suggéré au juge du procès d'enquêter sur leur caractère substantiel. Ces déclarations concernaient les quatre chefs d'accusation. Le juge Thackray a indiqué qu'il rendrait jugement le 7 décembre sur la requête en arrêt des procédures présentée par l'avocat de la défense. Bien que le juge ait indiqué qu'il donnerait aux avocats la possibilité d'être entendus, advenant de nouveaux développements, aucune des deux parties n'a présenté d'arguments supplémentaires.

51 Le 7 décembre 1992, le juge Thackray a émis une ordonnance d'arrêt des procédures relativement aux quatre chefs d'accusation: (1992), 18 C.R. (4th) 98. Cette demande, selon lui, était distincte des demandes antérieures d'arrêt des procédures parce que le procès était maintenant en cours et que des témoins avaient déjà été assignés par le ministère public et contre-interrogés par la défense. Le juge Thackray a conclu que, si les diagrammes de la plaignante P.P. avaient été divulgués antérieurement au témoignage, ils auraient pu influer sur la préparation de la preuve par la

1995 CanLII 51 (SCC)

ceptable that defence counsel was put in the position of preparing the cross-examination without all the relevant documents. He therefore concluded that the accused had suffered prejudice, although he conceded that the extent of this prejudice could not be measured. He noted the constant intervention required by the court to ensure full compliance with the order of Campbell A.C.J. and found that the Crown's earlier conduct had created "an aura" that had pervaded and ultimately destroyed the case. In his view, this was now "one of the clearest of cases", and to allow the case to proceed would tarnish the integrity of the court.

52 The British Columbia Court of Appeal allowed the Crown's appeal and directed a new trial: (1994), 89 C.C.C. (3d) 109, 42 B.C.A.C. 105, 67 W.A.C. 105, 20 C.R.R. (2d) 212, 29 C.R. (4th) 40. It reviewed the case law on abuse of process and concluded that there was no settled view on whether the common law doctrine had or had not been subsumed within s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It noted, however, that the focus of the common law doctrine of abuse of process had historically been on maintaining the integrity of the court's process whereas the focus of the *Charter* was on the rights of the individual. It also noted the seemingly different standards of proof and remedies under the two regimes. It therefore concluded that the common law doctrine of abuse of process continued to exist independently of s. 7 of the *Charter*, although there may be significant overlap between the two.

53 After noting that some ambiguity remained as to the required elements of abuse of process, the Court of Appeal concluded that in order to establish an abuse of process, as opposed to a "mere" violation of a *Charter* right, an accused must demonstrate conduct on the part of the Crown that is so oppressive, vexatious or unfair as to contravene our fundamental notions of justice and thus to

défense. Même si P.P. n'avait pas encore été contre-interrogée, le juge Thackray a trouvé inacceptable que l'avocat de la défense ait dû préparer le contre-interrogatoire sans disposer de tous les documents pertinents. Il a donc conclu que l'accusé avait subi un préjudice, tout en concédant qu'il n'était pas possible d'en mesurer l'importance. Il a constaté que la cour avait dû intervenir constamment pour faire respecter intégralement l'ordonnance du juge en chef adjoint Campbell et il a conclu que la conduite antérieure du ministère public avait créé «un climat» qui avait imprégné l'affaire et l'avait finalement minée. Selon lui, il s'agissait là d'«un des cas les plus manifestes», et permettre la poursuite de l'instance ternirait l'intégrité de la cour.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli l'appel du ministère public et ordonné la tenue d'un nouveau procès: (1994), 89 C.C.C. (3d) 109, 42 B.C.A.C. 105, 67 W.A.C. 105, 20 C.R.R. (2d) 212, 29 C.R. (4th) 40. Après examen de la jurisprudence relative à l'abus de procédure, elle a conclu qu'il n'existait pas de courant prépondérant sur la question de savoir si cette doctrine de common law avait été incorporée à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Elle a toutefois noté qu'historiquement, au cœur de la doctrine de l'abus de procédure reconnue en common law, se situe le maintien de l'intégrité du système judiciaire alors que la *Charte* met plutôt l'accent sur les droits individuels. L'existence de normes de preuve et de remèdes apparemment différents selon l'un ou l'autre régime a aussi été soulignée. La Cour d'appel a donc conclu que la doctrine de l'abus de procédure reconnue en common law continuait d'exister indépendamment de l'art. 7 de la *Charte*, bien que l'une puisse empiéter considérablement sur l'autre.

Après avoir noté une certaine ambiguïté quant aux éléments requis pour qu'il y ait abus de procédure, la Cour d'appel a conclu que, pour prouver l'existence d'un tel abus, par opposition à une «simple» violation d'un droit garanti par la *Charte*, l'accusé doit démontrer que la conduite du ministère public est si oppressive, vexatoire ou injuste qu'elle contrevient aux notions fondamentales de

1995 CanLII 64 (SCC)

undermine the integrity of our judicial process. It further noted that the discretion to order a stay may be exercised only in the "clearest of cases", meaning that the trial judge must be convinced that, if allowed to continue, the proceedings would tarnish the integrity of the judicial process.

justice et mine ainsi l'intégrité du processus judiciaire. Elle a également fait remarquer que le pouvoir discrétionnaire d'ordonner l'arrêt des procédures ne doit être exercé que dans les «cas les plus manifestes», ce qui veut dire que le juge du procès doit être convaincu que, s'il permettait la poursuite de l'instance, cela ternirait l'intégrité du processus judiciaire.

The court then turned to the scope and extent of the Crown's obligation to disclose information, as set out in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326. It concluded that the right of an accused to full disclosure by the Crown is an adjunct of the right to make full answer and defence and that disclosure is not, itself, a constitutionally protected right. As such, a simple non-disclosure, in and of itself, would not necessarily constitute a *Charter* violation. A *Charter* violation would only be made out when the accused demonstrated that a document which should have been disclosed (i.e. there was a reasonable possibility that it could assist in making full answer and defence) had on a balance of probabilities prejudiced or had an adverse effect on the accused's ability to make full answer and defence. In some circumstances, the only appropriate remedy for such non-disclosure might be a stay of proceedings. The Court of Appeal further held that a material non-disclosure, without more, could never amount to a common law abuse of process. In its view, only when non-disclosure was motivated by an intention on the part of the Crown to deprive the accused of a fair trial could an abuse of process arise.

54 La cour est ensuite passée à la portée de l'obligation de divulgation du ministère public, telle qu'exposée dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. Elle a conclu que le droit d'un accusé à complète divulgation par le ministère public n'est que le corollaire du droit de présenter une défense pleine et entière et que la divulgation n'est pas, en soi, un droit constitutionnellement protégé. Donc, la simple non-divulgation ne constituerait pas nécessairement, en soi, une violation de la *Charte*. On ne pourrait prétendre qu'il y a eu violation de la *Charte* que lorsque l'accusé a prouvé que la non-divulgation d'un document qui aurait dû l'être (c.-à-d. qui aurait pu raisonnablement contribuer à une défense pleine et entière) avait, selon la balance des probabilités, nui à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière ou avait eu un effet défavorable sur cette possibilité. Dans certaines circonstances, la seule réparation appropriée dans un tel cas de non-divulgation pourrait être l'arrêt des procédures. La Cour d'appel a estimé également qu'un cas de non-divulgation substantielle, sans plus, ne pouvait jamais représenter un abus de procédure reconnu en common law. À son avis, c'est uniquement lorsque la non-divulgation était motivée par l'intention du ministère public de priver l'accusé d'un procès équitable qu'un abus de procédure pourrait se produire.

1995 CanLII 51 (SCC)

Applying these principles to the case at bar, the Court of Appeal concluded that the trial judge erred in failing to inquire into the materiality of the non-disclosed information before ordering the stay of proceedings. As such, it could not be said that a violation of the accused's s. 7 rights had occurred, nor that the conduct of the Crown amounted to an abuse of process.

55 Appliquant ces principes à l'espèce, la Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait erré en ne s'enquérant pas du caractère substantiel des renseignements non divulgués avant d'ordonner l'arrêt des procédures. Comme tel, on ne saurait conclure qu'il y a eu violation des droits garantis par l'art. 7 ni que la conduite du ministère public équivalait à un abus de procédure.

56 The court noted that the trial judge had felt that a stay was necessary because of the "aura" which had been created by the earlier non-disclosures in respect of the order of Campbell A.C.J. It noted that the trial judge had found (in the judgment of November 27) that there was no "grand design" in this non-disclosure to subvert the fair trial rights of the accused. It also noted that the Crown had tried to rectify the earlier disclosure problems by waiving all privilege and giving the defence the entire contents of their file. The court thus concluded that there was no evidence that the Crown's inept handling of the case was motivated by an intention to deprive the accused of a fair trial. As such, the trial judge had erred in entering a stay of proceedings on the basis of the common law abuse of process.

57 The court then commented briefly on the question of whether an alternative remedy would have been available under the *Charter*. It concluded that since no determination as to the materiality of the records was made, a stay could not be sustained under s. 24(1). Since it did not appear that any permanent or irremediable damage had been done to the accused's ability to make full answer and defence as a result of any non-disclosures or late disclosures that were in fact material, the accused's rights could have been protected by an adjournment, by recalling witnesses who had already testified, or by declaring a mistrial if those would not suffice.

B. *Analysis of Abuse of Process*

58 I agree with the Court of Appeal that it would be pointless to order a new trial on the basis that there was no abuse of process if a stay ought nevertheless to have prevailed under ss. 7 and 24(1) of the *Charter*. It is therefore necessary to clarify the relationship between the common law and the *Charter* in this respect, both in order to dispose effectively of the question raised in this case and to

La cour a observé que le juge du procès avait estimé que l'arrêt des procédures s'avérait nécessaire à cause du «climat» que les non-divulgations antérieures avaient créé en ce qui concernait l'ordonnance du juge en chef adjoint Campbell. Elle a signalé que le juge du procès avait conclu (dans le jugement du 27 novembre) qu'il n'y avait dans cette non-divulgation aucun «grand projet» visant à porter atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable. Elle a également signalé que le ministère public avait tenté de corriger les problèmes antérieurs de divulgation en renonçant à tout privilège et en transmettant à la défense tout le contenu de son dossier. La cour a ainsi conclu que rien ne prouvait que l'ineptitude du ministère public dans le traitement de l'affaire était motivée par l'intention de priver l'accusé d'un procès équitable. Le juge du procès avait donc commis une erreur en prononçant l'arrêt des procédures en se fondant sur l'abus de procédure reconnu en common law.

Après de brèves observations sur la question de savoir si, en vertu de la *Charte*, un autre remède était disponible, la cour en est venue à la conclusion que, comme aucune décision n'avait été rendue relativement au caractère substantiel des dossiers, il n'était pas indiqué d'ordonner l'arrêt des procédures en vertu du par. 24(1). Étant donné que l'accusé ne semblait pas avoir été empêché de façon permanente ou irrémédiable de présenter une défense pleine et entière à la suite de la non-divulgation ou de la divulgation tardive de documents qui, de fait, étaient substantiels, la cour aurait pu protéger les droits de l'accusé en accordant un ajournement, en rappelant à la barre des témoins qui avaient déjà témoigné ou en déclarant la nullité du procès si ces moyens ne suffisaient pas.

B. *L'abus de procédure: analyse*

Je suis d'accord avec la Cour d'appel qu'il ne servirait à rien d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour le motif qu'il n'y avait pas abus de procédure si un arrêt des procédures devait néanmoins s'imposer en vertu de l'art. 7 et du par. 24(1) de la *Charte*. Il est donc nécessaire de clarifier le lien qui existe entre la common law et la *Charte* à cet égard, tant pour trancher la question réellement soulevée en l'espèce que pour servir de

1995 CanLII 51 (SCC)

provide guidance to courts facing similar situations involving non-disclosure in the future.

(i) The Relationship Between Abuse of Process and the *Charter*

The modern resurgence of the common law doctrine of abuse of process began with the judgment of this Court in *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128. In *Jewitt*, the Court set down what has since become the standard formulation of the test, at pp. 136-37:

> Lord Devlin has expressed the rationale supporting the existence of a judicial discretion to enter a stay of proceedings to control prosecutorial behaviour prejudicial to accused persons in *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 1254 (H.L.) at p. 1354:
>
> > Are the courts to rely on the Executive to protect their process from abuse? Have they not themselves an inescapable duty to secure fair treatment for those who come or who are brought before them? To questions of this sort there is only one possible answer. The courts cannot contemplate for a moment the transference to the Executive of the responsibility for seeing that the process of law is not abused.
>
> I would adopt the conclusion of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Young, supra*, and affirm that "there is a residual discretion in a trial court judge to stay proceedings where compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency and to prevent the abuse of a court's process through oppressive and vexatious proceedings". I would also adopt the caveat added by the Court in *Young* that this is a power which can be exercised only in the "clearest of cases". [Emphasis added.]

The general test for abuse of process adopted in that case has been repeatedly affirmed: *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657, at pp. 658-59, *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903, at p. 941, *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, at p. 1667, *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, at pp. 992-93, and most recently in *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at pp. 612-15.

guide aux tribunaux qui, à l'avenir, feront face à des situations similaires impliquant la non-divulgation de documents.

(i) Le lien entre l'abus de procédure et la *Charte*

La doctrine de l'abus de procédure reconnue en common law est réapparue récemment à l'occasion de l'arrêt de notre Cour *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128. Dans *Jewitt*, la Cour a énoncé, aux pp. 136 et 137, ce qui, depuis, est devenu la formulation standard du test: 59

> Lord Devlin a exprimé la raison qui justifie l'existence d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire d'ordonner une suspension d'instance pour contrôler la conduite de la poursuite lorsqu'elle porte préjudice à l'accusé, dans l'arrêt *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 1254 (H.L.), à la p. 1354:
>
> > [TRADUCTION] Les tribunaux doivent-ils s'en remettre au pouvoir exécutif pour empêcher l'emploi abusif de leur procédure? N'ont-ils pas eux-mêmes le devoir, auquel ils ne sauraient échapper, de garantir un traitement équitable à ceux qui se présentent, ou qu'on amène, devant eux? À de semblables questions il ne peut y avoir qu'une seule réponse. Les tribunaux ne peuvent pas envisager un seul instant le transfert au pouvoir exécutif de la responsabilité de s'assurer qu'il n'y a pas d'abus dans l'application de la loi.
>
> Je fais mienne la conclusion de la Cour d'appel de l'Ontario dans son arrêt *R. v. Young*, précité, et j'affirme que «le juge du procès a un pouvoir discrétionnaire résiduel de suspendre l'instance lorsque forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société, ainsi que d'empêcher l'abus des procédures de la cour par une procédure oppressive ou vexatoire». J'adopte aussi la mise en garde que fait la cour dans l'arrêt *Young*, portant que c'est là un pouvoir qui ne peut être exercé que dans les «cas les plus manifestes». [Je souligne.]

Le test général de l'abus de procédure qui a été adopté dans cet arrêt a été confirmé à plusieurs reprises: *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657, aux pp. 658 et 659, *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, à la p. 941, *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, à la p. 1667, *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, aux pp. 992 et 993, et, tout récemment, *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, aux pp. 612 à 615.

1995 CanLII 51 (SCC)

60 After considering much of this case law, the Court of Appeal concluded that the preponderance of cases favoured maintaining a distinction between the *Charter* and the common law doctrine of abuse of process. The Court of Appeal may, in my view, have underestimated the extent to which both individual rights to trial fairness and the general reputation of the criminal justice system are fundamental concerns underlying both the common law doctrine of abuse of process and the *Charter*. This, for the following reasons.

61 First, while the *Charter* is certainly concerned with the rights of the individual, it is also concerned with preserving the integrity of the judicial system. Subsection 24(2) of the *Charter* gives express recognition to this dual role. More significantly, however, this Court has, on many occasions, noted that the principles of fundamental justice in s. 7 are, in large part, inspired by, and premised upon, values that are fundamental to our common law. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 503, Lamer J. (as he then was) observed:

> . . . the principles of fundamental justice are to be found in the basis tenets of our legal system. They do not lie in the realm of general public policy but in the inherent domain of the judiciary as guardian of the justice system. Such an approach to the interpretation of "principles of fundamental justice" is consistent with the wording and structure of s. 7, the context of the section, *i.e.*, ss. 8 to 14, and the character and larger objects of the *Charter* itself. It provides meaningful content for the s. 7 guarantee all the while avoiding adjudication of policy matters. [Emphasis added.]

See also *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 406; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 929 (*per* Gonthier J., dissenting on other grounds). The common law doctrine of abuse of process is part and parcel of those fundamental values. It is, therefore, not surprising that in *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880, at p. 915 (*per* Sopinka J.), the majority of this Court

Après examen d'une bonne partie de cette jurisprudence, la Cour d'appel a conclu que la jurisprudence prépondérante favorisait le maintien d'une distinction entre la *Charte* et la doctrine de l'abus de procédure reconnue en common law. La Cour d'appel a peut-être, à mon avis, sous-estimé dans quelle mesure le droit des individus à un procès équitable et la réputation générale du système de justice pénale sont des préoccupations fondamentales qui sous-tendent à la fois la doctrine de l'abus de procédure reconnue en common law et la *Charte*. Et ce, pour les motifs qui suivent.

Premièrement, bien que la *Charte* se préoccupe sans aucun doute des droits individuels, elle se préoccupe également de préserver l'intégrité du système judiciaire. Le paragraphe 24(2) de la *Charte* reconnaît expressément ce double rôle. De façon plus significative encore, notre Cour a, à maintes occasions, signalé que les principes de justice fondamentale exposés à l'art. 7 sont, en grande partie, inspirés par des valeurs qui sont fondamentales à notre common law et qu'ils reposent sur ces mêmes valeurs. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 503, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) fait observer:

> . . . les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique. Ils relèvent non pas du domaine de l'ordre public en général, mais du pouvoir inhérent de l'appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire. Cette façon d'aborder l'interprétation de l'expression «principes de justice fondamentale» est conforme à la lettre et à l'économie de l'art. 7, au contexte de cet article, c.-à-d. les art. 8 à 14, ainsi qu'à la nature et aux objets plus généraux de la *Charte* elle-même. Elle donne de la substance au droit garanti par l'art. 7 tout en évitant de trancher des questions de politique générale. [Je souligne.]

Voir également *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, à la p. 406; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, à la p. 929 (le juge Gonthier, dissident sur d'autres points). La doctrine de l'abus de procédure reconnue en common law est une partie intégrale de ces valeurs fondamentales. Il n'est donc pas surprenant que, dans *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880, à la p. 915 (le juge Sopinka),

1995 CanLII 51 (SCC)

recognized that the court's power to remedy abuses of its process now has constitutional status.

Conversely, it is equally clear that abuse of process also contemplates important individual interests. In "The Stay of Proceedings as a Remedy in Criminal Cases: Abusing the Abuse of Process Concept" (1991), 15 *Crim. L.J.* 315, at p. 331, Professor Paciocco suggests that the doctrine of abuse of process, in addition to preserving the reputation of the administration of justice, also seeks to ensure that accused persons are given a fair trial. Arguably, the latter is essentially a subset of the former. Unfair trials will almost inevitably cause the administration of justice to fall into disrepute: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24. See also A. L.-T. Choo, "Halting Criminal Prosecutions: The Abuse of Process Doctrine Revisited", [1995] *Crim. L.R.* 864, at p. 865. What is significant for our purposes, however, is the fact that one often cannot separate the public interests in the integrity of the system from the private interests of the individual accused.

In fact, it may be wholly unrealistic to treat the latter as wholly distinct from the former. This Court has repeatedly recognized that human dignity is at the heart of the *Charter*. While respect for human dignity and autonomy may not necessarily, itself, be a principle of fundamental justice (*Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 592, *per* Sopinka J. for the majority), it seems to me that conducting a prosecution in a manner that contravenes the community's basic sense of decency and fair play and thereby calls into question the integrity of the system is also an affront of constitutional magnitude to the rights of the individual accused. It would violate the principles of fundamental justice to be deprived of one's liberty under circumstances which amount to an abuse of process and, in my view, the individual who is the subject of such treatment is entitled to present arguments under the

notre Cour à la majorité ait statué que le pouvoir de la cour de remédier à un abus de procédure a maintenant un caractère constitutionnel.

62 Réciproquement, il est tout aussi clair que l'abus de procédure concerne également des droits individuels importants. Dans un article intitulé «The Stay of Proceedings as a Remedy in Criminal Cases: Abusing the Abuse of Process Concept» (1991), 15 *Crim. L.J.* 315, à la p. 331, le professeur Paciocco laisse entendre que la doctrine de l'abus de procédure, en plus de préserver la réputation de l'administration de la justice, vise aussi à assurer que les accusés obtiennent un procès équitable. On pourrait dire que ce dernier objet est essentiellement un élément du premier. Les procès non équitables risquent presqu'inévitablement de déconsidérer l'administration de la justice: *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24. Voir aussi A. L.-T. Choo, «Halting Criminal Prosecutions: The Abuse of Process Doctrine Revisited», [1995] *Crim. L.R.* 864, à la p. 865. Ce qui importe ici, toutefois, c'est qu'il est souvent impossible de distinguer l'intérêt public dans l'intégrité du système judiciaire d'avec l'intérêt individuel de l'accusé.

63 À vrai dire, il peut être tout à fait irréaliste de traiter ce dernier comme étant complètement distinct du premier. Notre Cour a reconnu à plusieurs reprises que la dignité humaine est au cœur de la *Charte*. Bien que le respect de la dignité et de l'autonomie de la personne puisse en soi ne pas être nécessairement un principe de justice fondamentale (*Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, à la p. 592, le juge Sopinka au nom de la majorité), il me semble que le fait de mener une poursuite de manière à contrevenir aux valeurs fondamentales de décence et de franc-jeu de la société et à mettre ainsi en question l'intégrité du système, constitue également une atteinte d'envergure constitutionnelle aux droits d'une personne accusée. Cela violerait les principes de justice fondamentale que d'être privé de sa liberté dans des circonstances qui équivalent à un abus de procédure et, selon moi, l'individu qui ferait l'objet d'un tel traitement serait fondé à invoquer la *Charte* et à s'adresser à un

1995 CanLII 51 (SCC)

Charter and to request a just and appropriate remedy from a court of competent jurisdiction.

64 The overlap between prejudice to the individual and prejudice to the system was noted, for instance, in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at p. 947, where Lamer J. stated that, in certain cases, a *Charter* stay might be appropriate to remedy a violation of s. 11(*b*) even where there was no demonstrated prejudice to the fairness of the trial. More recently, in *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, at p. 786 (*per* Sopinka J.) and p. 812 (*per* McLachlin J.), this Court recognized that, although the primary purpose of s. 11(*b*) is the protection of the individual rights of the accused, there is also a secondary interest of society as a whole in the prompt, humane, and fair trial of those accused of crimes. Equally apposite are the remarks of Wilson J. in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1354, who noted that a contextually sensitive approach to *Charter* rights requires that the private interests reflected therein also be evaluated from the standpoint of the public interests that underlie those private rights. Given that many, if not most, of the individual rights protected in the *Charter* also have a broader, societal dimension, it is therefore consistent with both the purpose and the spirit of the *Charter* to look, in certain cases, beyond the possibility of prejudice to the particular accused, to clear cases of prejudice to the integrity of the judicial system.

65 For this reason, the principles of fundamental justice, including the "fairness of the trial", necessarily reflect a balancing of societal and individual interests: *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 539 (*per* La Forest J.); *R. v. E. (A.W.)*, [1993] 3 S.C.R. 155, at p. 198 (*per* Cory J.); *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475, at p. 486. As

tribunal compétent pour obtenir une réparation convenable et juste.

L'empiétement l'un sur l'autre du préjudice causé à l'individu et du préjudice causé au système judiciaire a été signalé, par exemple, dans *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, à la p. 947, où le juge Lamer a déclaré que, dans certains cas, l'arrêt des procédures en vertu de la *Charte* pourrait être la réparation appropriée à une violation de l'al. 11*b*) même lorsque rien n'a été prouvé qui soit de nature à compromettre le caractère équitable du procès. Plus récemment, dans *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, à la p. 786 (le juge Sopinka) et à la p. 812 (le juge McLachlin), notre Cour a reconnu que, bien que l'objet principal de l'al. 11*b*) soit la protection des droits individuels de l'accusé, il existe également un intérêt secondaire de la société dans son ensemble à ce que les personnes accusées d'infractions criminelles soient jugées rapidement, humainement et équitablement. Sont tout aussi pertinentes les remarques du juge Wilson dans *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, à la p. 1354, que l'application aux droits garantis par la *Charte* d'une méthode qui tienne compte du contexte exige que les intérêts privés qui y sont reflétés soient également évalués du point de vue de l'intérêt public qui sous-tend ces droits privés. Vu qu'un bon nombre, sinon la plupart, des droits individuels protégés dans la *Charte* ont également une portée plus large, qui touche la société, il est donc compatible avec le but et l'esprit de la *Charte* d'aller, dans certains cas, au-delà du préjudice que pourrait subir un accusé en particulier, pour reconnaître les cas manifestes de préjudice à l'intégrité du système judiciaire.

Pour cette raison, les principes de justice fondamentale, dont l'«équité en matière de procès», représentent nécessairement un équilibre entre les intérêts de la société et ceux de l'individu: *Thomson Newspapers Ltd c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, à la p. 539 (le juge La Forest); *R. c. E. (A.W.)*, [1993] 3 R.C.S. 155, à la p. 198 (le juge Cory); *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S.

1995 CanLII 51 (SCC)

such, they reflect both individual and societal interests. In my view, it is undisputable that the preservation of the integrity of the judicial system is one of these interests.

Second, I would note the beginnings of a strong trend toward convergence between the *Charter* and traditional abuse of process doctrine. In *R. v. Xenos* (1991), 70 C.C.C. (3d) 362 (Que. C.A.), for instance, the accused had been charged with arson and attempting to defraud an insurance company. It emerged in cross-examination that the Crown's key witness had arranged with the insurers to be paid $50,000 by the insurers if the accused was convicted. The trial judge found an abuse of process, but declined to order a stay. Rather, in convicting the accused, he said that he had ignored this evidence. The Court of Appeal agreed in principle with the trial judge that a stay was not the only remedy for an abuse of process and went on to rule that the appropriate remedy was in fact to exclude the witness's testimony in a new trial before a different judge. This case is an excellent example, in my mind, of how courts are becoming increasingly bold and innovative in finding appropriate remedies in lieu of stays for abuses of process. Professor Stuesser points out in "Abuse of Process: The Need to Reconsider" (1994), 29 C.R. (4th) 92, at p. 99, moreover, that the common law in the United Kingdom and Australia urges judges to look at lesser remedies before entering stays of proceedings. He argues that these authorities support the view that even under the common law, the remedy for abuse of process is no longer only a stay of proceedings.

I recognize that this Court has consistently, albeit implicitly, considered abuse of process separately from the *Charter*. In *Conway*, *supra*, it considered abuse of process separately from the s. 11(*b*) considerations arising from the accused facing a third trial. In *Scott*, *supra*, in the context of

143; *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475, à la p. 486. Ils reflètent donc à la fois les intérêts de l'individu et ceux de la société. À mon avis, il est incontestable que la préservation de l'intégrité du système judiciaire est l'un de ces intérêts.

66 Deuxièmement, je note le début d'une forte tendance à la convergence entre la *Charte* et la doctrine traditionnelle de l'abus de procédure. Dans *R. c. Xenos* (1991), 70 C.C.C. (3d) 362 (C.A. Qué.), par exemple, une personne avait été accusée d'incendie criminel et de tentative de fraude contre une compagnie d'assurances. En contre-interrogatoire, il est ressorti que le témoin-clé du ministère public avait fait un arrangement avec les assureurs pour que ces derniers lui versent 50 000 $ si l'accusé était reconnu coupable. Le juge du procès a conclu à l'abus de procédure, mais il a refusé d'ordonner l'arrêt des procédures. Il a plutôt affirmé qu'il n'avait pas tenu compte de cet élément de preuve pour déclarer l'accusé coupable. La Cour d'appel a été d'accord en principe avec le juge du procès pour dire que l'arrêt des procédures n'était pas la seule réparation en cas d'abus de procédure et a décidé que, de fait, la réparation appropriée était d'écarter la déposition des témoins lors d'un nouveau procès qui se tiendrait devant un autre juge. Il s'agit là d'un excellent exemple, selon moi, de la façon dont les tribunaux innovent de plus en plus pour façonner des réparations appropriées qui tiennent lieu d'arrêt des procédures en cas d'abus de procédure. Le professeur Stuesser signale en outre dans «Abuse of Process: The Need to Reconsider» (1994), 29 C.R. (4th) 92, à la p. 99, qu'au Royaume-Uni et en Australie, la common law incite les juges à envisager des réparations moindres avant de prononcer l'arrêt des procédures. Il soutient que cette doctrine et cette jurisprudence appuient l'opinion selon laquelle, même en common law, l'arrêt des procédures n'est plus le seul moyen de remédier à l'abus de procédure.

67 Je reconnais que notre Cour a, de façon constante bien qu'implicitement, considéré l'abus de procédure séparément de la *Charte*. Dans *Conway*, précité, l'abus de procédure a été examiné séparément des considérations relatives à l'al. 11*b*) découlant de ce que l'accusé faisait face à un troi-

1995 CanLII 51 (SCC)

an immediate stay by the Crown upon the posing by defence counsel of a question which would have revealed the identity of a police informer, the majority again considered abuse of process separately from an examination of whether the accused's s. 11(*b*) rights had been violated by the Crown's subsequent reinitiation of the proceedings. Finally, in *Power*, *supra*, it found no abuse of process in the Crown's failure to call further evidence after the trial judge had excluded a key breathalyzer sample and did not address the possibility of a *Charter* violation at all. In my view, however, the issues addressed in each of these three cases could have been addressed equally effectively under the *Charter*. In none of these decisions did the majority of this Court actively turn its mind to the interaction between the *Charter* and the common law doctrine of abuse of process. On the only occasion that it did, moreover, it expressly declined to address the issue: *Keyowski*, *supra*, at pp. 660-61. On the other hand, in *Mack*, *supra*, this Court commented at pp. 939-40 and again at p. 976 upon the strong parallels that exist between the two regimes.

sième procès. Dans *Scott*, précité, dans le contexte d'un arrêt immédiat des procédures qui avait été demandé par le ministère public au moment où l'avocat de la défense avait posé une question dont la réponse aurait révélé l'identité d'un indicateur de police, la Cour, à la majorité, a considéré encore une fois l'abus de procédure séparément de l'examen de la question de savoir si les droits garantis à l'accusé par l'al. 11*b*) avaient été violés du fait que le ministère public avait réintroduit l'instance par la suite. En dernier lieu, dans *Power*, précité, aucun abus de procédure n'a été relevé dans l'omission par le ministère public d'assigner d'autres témoins après que le juge du procès eut écarté une preuve cruciale obtenue au moyen d'un alcootest. La Cour n'a aucunement envisagé la possibilité qu'il y ait eu violation de la *Charte*. À mon avis, cependant, les questions abordées dans chacune de ces trois affaires auraient pu l'être tout aussi efficacement par application de la *Charte*. Dans aucun de ces arrêts, notre Cour, à la majorité, ne s'est particulièrement interrogée sur l'interaction entre la *Charte* et la doctrine de l'abus de procédure reconnue en common law. De plus, la seule fois où elle l'a fait, elle a expressément refusé de trancher la question: *Keyowski*, précité, aux pp. 660 et 661. Par contre, dans *Mack*, précité, la Cour a formulé, aux pp. 939 et 940 et de nouveau à la p. 976, des remarques sur les grandes similitudes qui existent entre les deux régimes.

68 I also recognize that, despite these strong parallels, the common law and *Charter* analyses have often been kept separate because of the differing onus of proof upon the accused under the two regimes. In *R. v. Keyowski* (1986), 28 C.C.C. (3d) 553 (Sask. C.A.), at pp. 561-62, for instance, it was noted that while the burden of proof under the *Charter* was the balance of probabilities, the burden under the common law was the "clearest of cases". It is important to remember, however, that even if a violation of s. 7 is proved on a balance of probabilities, the court must still determine what remedy is just and appropriate under s. 24(1). The power granted in s. 24(1) is in terms discretionary, and it is by no means automatic that a stay of proceedings should be granted for a violation of s. 7. On the contrary, I would think that the remedy of a

Je reconnais également que, malgré ce parallélisme, les analyses fondées sur la common law et la *Charte* sont restées nettement séparées parce que le fardeau de preuve incombant à l'accusé n'est pas le même sous les deux régimes. Dans *R. c. Keyowski* (1986), 28 C.C.C. (3d) 553 (C.A. Sask.), aux pp. 561 et 562, par exemple, on a noté que, bien que la charge de la preuve en vertu de la *Charte* en soit une de balance des probabilités, la charge de la preuve en common law relève des «cas les plus manifestes». Cependant, il importe de se rappeler que, même si une violation de l'art. 7 est établie selon la balance des probabilités, le tribunal doit quand même déterminer, en vertu du par. 24(1), quelle réparation est convenable et juste. Le pouvoir conféré au par. 24(1) est discrétionnaire, ce qui signifie qu'une violation de l'art.

judicial stay of proceedings would be appropriate under s. 24(1) only in the clearest of cases. In this way, the threshold for obtaining a stay of proceedings remains, under the *Charter* as under the common law doctrine of abuse of process, the "clearest of cases".

Remedies less drastic than a stay of proceedings are of course available under s. 24(1) in situations where the "clearest of cases" threshold is not met but where it is proved, on a balance of probabilities, that s. 7 has been violated. In this respect the *Charter* regime is more flexible than the common law doctrine of abuse of process. However, this is not a reason to retain a separate common law regime. It is important to recognize that the *Charter* has now put into judges' hands a scalpel instead of an axe — a tool that may fashion, more carefully than ever, solutions taking into account the sometimes complementary and sometimes opposing concerns of fairness to the individual, societal interests, and the integrity of the judicial system. Even at common law, courts have given consideration to the societal (not to mention individual) interests in obtaining a final adjudication of guilt or innocence in cases involving serious offences. In *Conway*, *supra*, at p. 1667, for instance, I elaborated upon the essential balancing character of abuse of process in the following terms:

> [Abuse of process] acknowledges that courts must have the respect and support of the community in order that the administration of criminal justice may properly fulfil its function. Consequently, where the affront to fair play and decency is disproportionate to the societal interest in the effective prosecution of criminal cases, then the administration of justice is best served by staying the proceedings. [Emphasis added.]

I see no reason why such balancing cannot be performed equally, if not more, effectively under the

7 ne donnera pas automatiquement lieu à un arrêt des procédures. En fait, je crois qu'un arrêt des procédures, à titre de réparation, n'est approprié en vertu du par. 24(1) que dans les cas les plus manifestes. Par conséquent, le test pour l'obtention d'un arrêt des procédures continue de relever des «cas les plus manifestes», tant en vertu de la *Charte* que de la doctrine de l'abus de procédure en common law.

Le paragraphe 24(1) autorise, de toute évidence, des réparations moins draconiennes qu'un arrêt des procédures lorsque le test «des cas les plus manifestes» n'est pas satisfait, mais que l'on établit, selon la balance des probabilités, qu'il y a eu violation de l'art. 7. À cet égard, le régime de la *Charte* est plus souple que la doctrine de l'abus de procédure en common law. Ceci n'est, toutefois, pas là la raison de conserver un régime de common law distinct. Il est important de reconnaître que la *Charte* a remplacé, entre les mains des juges, la hache par le scalpel et leur a donné un outil qui permet de façonner mieux que jamais des solutions qui tiennent compte, d'une part, des préoccupations parfois complémentaires et parfois contraires que sont l'équité envers les individus, et, d'autre part, les intérêts de la société et l'intégrité du système judiciaire. Même en common law, les tribunaux ont tenu compte des intérêts de la société (pour ne pas mentionner les intérêts individuels) à obtenir une déclaration définitive de culpabilité ou de non-culpabilité dans les affaires mettant en cause des infractions graves. Dans l'arrêt *Conway*, précité, à la p. 1667, par exemple, j'ai élaboré sur le caractère essentiel de la balance qui doit s'opérer en matière d'abus de procédure dans les termes suivants:

> C'est là reconnaître que les tribunaux doivent avoir le respect et le soutien de la collectivité pour que l'administration de la justice criminelle puisse adéquatement remplir sa fonction. Par conséquent, lorsque l'atteinte au franc-jeu et à la décence est disproportionnée à l'intérêt de la société d'assurer que les infractions criminelles soient efficacement poursuivies, l'administration de la justice est mieux servie par l'arrêt des procédures. [Je souligne.]

Je ne vois pas pourquoi une telle pondération ne pourrait s'effectuer aussi efficacement, sinon plus,

1995 CanLII 51 (SCC)

Charter, both in terms of defining violations and in terms of selecting the appropriate remedy to perceived violations. See, by analogy, *Morin*, *supra*.

70 For these reasons, I conclude that the only instances in which there may be a need to maintain any type of distinction between the two regimes will be those instances in which the *Charter*, for some reason, does not apply yet where the circumstances nevertheless point to an abuse of the court's process. Because the question is not before us, however, I leave for another day any discussion of when such situations, if they indeed exist, may arise. As a general rule, however, there is no utility in maintaining two distinct approaches to abusive conduct. The distinction is one that only lawyers could possibly find significant. More importantly, maintaining this somewhat artificial dichotomy may, over time, create considerably more confusion than it resolves.

71 The principles of fundamental justice both reflect and accommodate the nature of the common law doctrine of abuse of process. Although I am willing to concede that the focus of the common law doctrine of abuse of process has traditionally been more on the protection of the integrity of the judicial system whereas the focus of the *Charter* has traditionally been more on the protection of individual rights, I believe that the overlap between the two has now become so significant that there is no real utility in maintaining two distinct analytic regimes. We should not invite schizophrenia into the law.

72 I therefore propose to set down some guidelines for evaluating, first, whether there has been a violation of the *Charter* that invokes concerns analogous to those traditionally raised under the doctrine of abuse of process and, second, the circumstances under which the remedy of a judicial stay of proceedings will be "appropriate and just", as required by s. 24(1) of the *Charter*.

en vertu de la *Charte*, tant en ce qui concerne la définition des violations qu'en ce qui concerne le choix de la réparation appropriée aux violations identifiées. Voir, par analogie, l'arrêt *Morin*, précité.

Pour les motifs qui précèdent, je conclus qu'il n'y a pas lieu de maintenir de distinction entre les deux régimes, sauf, peut-être dans les cas où la *Charte*, pour quelque raison, ne s'appliquerait pas mais que les circonstances, elles, révéleraient un abus de procédure. Comme nous ne sommes, toutefois, pas saisis de cette question, je laisse à plus tard toute discussion sur les circonstances dans lesquelles peuvent survenir des situations de ce genre s'il peut en fait en exister. En règle générale, cependant, il est inutile de maintenir deux façons distinctes d'aborder la conduite abusive. Seuls peut-être les avocats pourraient trouver cette distinction significative. De façon plus importante, maintenir cette dichotomie quelque peu artificielle peut, avec le temps, engendrer considérablement plus de confusion qu'elle n'en dissipe.

Les principes de justice fondamentale reflètent la nature de la doctrine de l'abus de procédure reconnue en common law et s'y adaptent. Tout en admettant que la doctrine de l'abus de procédure reconnue en common law a traditionnellement mis davantage l'accent sur la protection de l'intégrité du système judiciaire tandis que la *Charte* l'a traditionnellement mis davantage sur la protection des droits individuels, je crois que l'empiétement l'un sur l'autre est devenu maintenant si important qu'il n'est plus réellement utile de maintenir deux régimes d'analyse distincts. Nous ne devrions pas laisser place à cette dichotomie du droit lorsqu'il n'est pas nécessaire de le faire.

Je propose donc d'énoncer certaines lignes directrices pour déterminer, premièrement, s'il y a eu une violation de la *Charte* qui soulève des préoccupations analogues à celles qu'on retrouve traditionnellement sous la doctrine relative à l'abus de procédure et, deuxièmement, quelles sont les circonstances dans lesquelles l'arrêt des procédures sera la réparation «convenable et juste», comme le requiert le par. 24(1) de la *Charte*.

1998 CanLII 15 (SCC)

(ii) Section 7, Abuse of Process and Non-disclosure

As I have already noted, the common law doctrine of abuse of process has found application in a variety of different circumstances involving state conduct touching upon the integrity of the judicial system and the fairness of the individual accused's trial. For this reason, I do not think that it is helpful to speak of there being any one particular "right against abuse of process" within the *Charter*. Depending on the circumstances, different *Charter* guarantees may be engaged. For instance, where the accused claims that the Crown's conduct has prejudiced his ability to have a trial within a reasonable time, abuses may be best addressed by reference to s. 11(*b*) of the *Charter*, to which the jurisprudence of this Court has now established fairly clear guidelines (*Morin*, *supra*). Alternatively, the circumstances may indicate an infringement of the accused's right to a fair trial, embodied in ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter*. In both of these situations, concern for the individual rights of the accused may be accompanied by concerns about the integrity of the judicial system. In addition, there is a residual category of conduct caught by s. 7 of the *Charter*. This residual category does not relate to conduct affecting the fairness of the trial or impairing other procedural rights enumerated in the *Charter*, but instead addresses the panoply of diverse and sometimes unforeseeable circumstances in which a prosecution is conducted in such a manner as to connote unfairness or vexatiousness of such a degree that it contravenes fundamental notions of justice and thus undermines the integrity of the judicial process.

Non-disclosure by the Crown normally falls within the second category described above. Consequently, a challenge based on non-disclosure will generally require a showing of actual prejudice to the accused's ability to make full answer and defence. In this connection, I am in full agreement with the Court of Appeal that there is

(ii) L'article 7, l'abus de procédure et la non-divulgation

73 Ainsi que je l'ai déjà mentionné, la doctrine de l'abus de procédure reconnue en common law a été appliquée dans un certain nombre de circonstances différentes mettant en cause la conduite de l'État en ce qui concerne l'intégrité du système judiciaire et l'équité du procès de la personne accusée. Pour cette raison, je ne crois pas utile de parler de l'existence de quelque «droit à la protection contre l'abus de procédure» dans la *Charte*. Selon les circonstances, différentes garanties en vertu de la *Charte* pourront entrer en jeu. Par exemple, lorsque l'accusé prétend que la conduite du ministère public l'a empêché d'être jugé dans un délai raisonnable, on peut mieux attaquer ces abus en ayant recours à l'al. 11*b*) de la *Charte*, au sujet duquel la jurisprudence de notre Cour a maintenant établi des lignes directrices assez claires (*Morin*, précité). De même, les circonstances peuvent indiquer une violation du droit de l'accusé à un procès équitable, droit prévu à l'art. 7 et à l'al. 11*d*) de la *Charte*. Dans ces deux situations, le souci pour les droits individuels de l'accusé peut être accompagné d'un souci pour l'intégrité du système judiciaire. Il existe, en outre, une autre catégorie résiduelle de conduite visée par l'art. 7 de la *Charte*. Cette catégorie résiduelle ne se rapporte pas à une conduite touchant l'équité du procès ou ayant pour effet de porter atteinte à d'autres droits de nature procédurale énumérés dans la *Charte*, mais envisage plutôt l'ensemble des circonstances diverses et parfois imprévisibles dans lesquelles la poursuite est menée d'une manière inéquitable ou vexatoire au point de contrevenir aux notions fondamentales de justice et de miner ainsi l'intégrité du processus judiciaire.

74 La non-divulgation par le ministère public fait habituellement partie de la deuxième catégorie que je viens de décrire. En conséquence, une contestation fondée sur la non-divulgation nécessitera généralement la preuve d'un préjudice véritable quant à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière. À cet égard, je suis

1995 CanLII 51 (SCC)

no autonomous "right" to disclosure in the *Charter* (at pp. 148-49 C.C.C.):

> . . . the right of an accused to full disclosure by the Crown is an adjunct of the right to make full answer and defence. It is not itself a constitutionally protected right. What this means is that while the Crown has an obligation to disclose, and the accused has a right to all that which the Crown is obligated to disclose, a simple breach of the accused's right to such disclosure does not, in and of itself, constitute a violation of the Charter such as to entitle a remedy under s. 24(1). This flows from the fact that the non-disclosure of information which ought to have been disclosed because it was relevant, in the sense there was a *reasonable possibility* it could assist the accused in making full answer and defence, will not amount to a violation of the accused's s. 7 right not to be deprived of liberty except in accordance with the principles of fundamental justice unless the accused establishes that the non-disclosure *has probably* prejudiced or had an adverse effect on his or her ability to make full answer and defence.
>
> It is the distinction between the "reasonable possibility" of impairment of the right to make full answer and defence and the "probable" impairment of that right which marks the difference between a mere breach of the right to relevant disclosure on the one hand and a constitutionally material non-disclosure on the other. [Italics in original; underlining added.]

Where the accused seeks to establish that the non-disclosure by the Crown violates s. 7 of the *Charter*, he or she must establish that the impugned non-disclosure has, on the balance of probabilities, prejudiced or had an adverse effect on his or her ability to make full answer and defence. It goes without saying that such a determination requires reasonable inquiry into the materiality of the non-disclosed information. Where the information is found to be immaterial to the accused's ability to make full answer and defence, there cannot possibly be a violation of the *Charter* in this respect. I would note, moreover, that inferences or conclusions about the propriety of the Crown's conduct or intention are not necessarily relevant to whether or not the accused's right to a fair trial is infringed. The focus must be primarily on the effect of the impugned actions on the fairness of the accused's

tout à fait d'accord avec la Cour d'appel que la *Charte* ne comporte aucun «droit» autonome à la divulgation (aux pp. 148 et 149 C.C.C.):

> [TRADUCTION] . . . le droit de l'accusé à ce que le ministère public lui divulgue tous les détails de la preuve vient s'adjoindre à son droit de présenter une défense pleine et entière. Ce n'est pas en soi un droit protégé sur le plan constitutionnel. Cela signifie que, bien que le ministère public ait l'obligation de divulguer sa preuve et que l'accusé ait droit à tout ce que le ministère public est tenu de divulguer, une simple atteinte au droit de l'accusé à une telle divulgation ne constitue pas en soi une violation de la Charte qui donne droit à une réparation en vertu du par. 24(1). Cela résulte du fait que la non-divulgation de renseignements qui auraient dû être divulgués en raison de leur pertinence, en ce sens qu'ils *pouvaient raisonnablement* aider l'accusé à présenter une défense pleine et entière, n'équivaudra pas à une violation du droit que l'art. 7 garantit à l'accusé de n'être privé de sa liberté qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale à moins que l'accusé n'établisse que la non-divulgation *a probablement* nui à la possibilité pour lui de présenter une défense pleine et entière ou a eu un effet défavorable sur cette possibilité.
>
> C'est la distinction entre la «possibilité raisonnable» d'atteinte au droit de présenter une défense pleine et entière et l'atteinte «probable» à ce droit qui fait la différence entre une simple atteinte au droit à la divulgation des renseignements pertinents d'une part et à la non-divulgation de documents prévue par la Constitution d'autre part. [Italiques dans l'original; je souligne.]

Lorsque l'accusé tente de prouver que la non-divulgation par le ministère public viole l'art. 7 de la *Charte*, il doit prouver que la non-divulgation en cause a, selon la balance des probabilités, nui à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière ou a eu un effet défavorable sur cette possibilité. Il va sans dire qu'une telle détermination exige une enquête suffisante sur le caractère substantiel des renseignements non divulgués. Lorsque les renseignements sont considérés non substantiels quant à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière, il ne saurait y avoir violation de la *Charte* à cet égard. Je ferai observer, de plus, que les déductions ou conclusions relatives à l'à-propos de la conduite ou de l'intention du ministère public ne sont pas nécessairement pertinentes lorsqu'il s'agit de savoir s'il y a eu violation ou non du droit de l'accusé à un

1995 CanLII 51 (SCC)

trial. Once a violation is made out, a just and appropriate remedy must be found.

(iii) The Appropriate Remedy to a s. 7 Violation for Non-disclosure

Where there has been a violation of a right under the *Charter*, s. 24(1) confers upon a court of competent jurisdiction the power to confer "such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances". Professor Paciocco, *supra*, at p. 341, has recommended that a stay of proceedings will only be appropriate when two criteria are fulfilled:

(1) the prejudice caused by the abuse in question will be manifested, perpetuated or aggravated through the conduct of the trial, or by its outcome; and

(2) no other remedy is reasonably capable of removing that prejudice.

I adopt these guidelines, and note that they apply equally with respect to prejudice to the accused or to the integrity of the judicial system.

As I have stated, non-disclosure will generally violate s. 7 only if it impairs the accused's right to full answer and defence. Although it is not a precondition to a disclosure order that there be a *Charter* violation, a disclosure order can be a remedy under s. 24(1) of the *Charter*. Thus, where the adverse impact upon the accused's ability to make full answer and defence is curable by a disclosure order, then such a remedy, combined with an adjournment where necessary to enable defence counsel to review the disclosed information, will generally be appropriate.

There may, however, be exceptional situations where, given the advanced state of the proceedings, it is simply not possible to remedy through reasonable means the prejudice to the accused's

procès équitable. L'accent doit être mis principalement sur l'effet que les actions contestées auront sur l'équité du procès de l'accusé. Une fois la violation prouvée, une réparation juste et convenable s'impose.

(iii) La réparation appropriée à une violation de l'art. 7 pour non-divulgation

Lorsqu'il y a eu violation d'un droit garanti par la *Charte*, le par. 24(1) confère à un tribunal compétent le pouvoir d'accorder «la réparation [qu'il] estime convenable et juste eu égard aux circonstances». Le professeur Paciocco, *loc. cit.*, à la p. 341, a suggéré que l'arrêt des procédures est approprié uniquement lorsqu'on satisfait à deux critères: 75

(1) le préjudice causé par l'abus en question sera révélé, perpétué ou aggravé par le déroulement du procès ou par son issue;

(2) aucune autre réparation ne peut raisonnablement faire disparaître ce préjudice.

J'adopte ces lignes directrices et note qu'elles s'appliquent également au préjudice causé à l'accusé ou à l'intégrité du système judiciaire.

Comme je l'ai affirmé, la non-divulgation ne viole généralement l'art. 7 que lorsqu'elle porte atteinte au droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Bien qu'une violation de la *Charte* ne soit pas une condition préalable à l'obtention d'une ordonnance de divulgation, une telle ordonnance peut constituer une réparation visée au par. 24(1) de la *Charte*. Ainsi, lorsqu'il est possible, au moyen d'une ordonnance de divulgation, de pallier l'impact néfaste que peut avoir la non-divulgation sur la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière, une telle réparation sera généralement appropriée, accompagnée d'un ajournement si nécessaire afin de permettre à l'avocat de la défense d'examiner les renseignements divulgués. 76

Il peut, cependant, exister des cas exceptionnels où, vu le stade avancé de l'instance, il n'est tout simplement pas possible de remédier par des moyens raisonnables au préjudice causé au droit de 77

1995 CanLII 51 (SCC)

right to make full answer and defence. In such cases, the drastic remedy of a stay of proceedings may be necessary. Although I will return to this matter in my discussion on the disclosure of records held by third parties, we must recall that, under certain circumstances, the defence will be unable to lay the foundation for disclosure of a certain item until the trial has actually begun and witnesses have already been called. In those instances, it may be necessary to take measures such as permitting the defence to recall certain witnesses for examination or cross-examination, adjournments to permit the defence to subpoena additional witnesses or even, in extreme circumstances, declaring a mistrial. A stay of proceedings is a last resort, to be taken when all other acceptable avenues of protecting the accused's right to full answer and defence are exhausted.

l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Dans ces cas, la réparation draconienne que constitue l'arrêt des procédures pourra s'imposer. Même si j'entends revenir sur ce point lors de l'examen de la divulgation de dossiers en possession de tiers, nous devons nous rappeler que, dans certaines circonstances, la défense ne sera pas en mesure d'établir les fondements d'une requête visant la divulgation d'un document déterminé tant que le procès ne sera pas vraiment commencé et que les témoins n'auront pas été appelés à la barre. Il sera peut-être alors nécessaire de prendre des mesures telles que de permettre à la défense de rappeler certains témoins à la barre pour les interroger ou les contre-interroger, de consentir à des ajournements pour permettre à la défense d'assigner d'autres témoins ou même, dans des cas extrêmes, de déclarer le procès nul. L'arrêt des procédures est le dernier ressort, auquel on doit avoir recours et uniquement après avoir épuisé tous les autres moyens acceptables pour protéger le droit de l'accusé à une défense pleine et entière.

78 When choosing a remedy for a non-disclosure that has violated s. 7, the court should also consider whether the Crown's breach of its disclosure obligations has also violated fundamental principles underlying the community's sense of decency and fair play and thereby caused prejudice to the integrity of the judicial system. If so, it should be asked whether this prejudice is remediable. Consideration must be given to the seriousness of the violation and to the societal and individual interests in obtaining a determination of guilt or innocence. Although some of the most salient considerations are discussed immediately below, that discussion is by no means exhaustive.

Lorsque la cour se penchera sur les mesures réparatrices relatives à une non-divulgation portant atteinte à l'art. 7, elle devrait examiner également si le manquement aux obligations du ministère public en matière de divulgation a porté atteinte aux principes fondamentaux qui sous-tendent le sens de décence et de franc-jeu de la collectivité, et, en conséquence, a porté préjudice à l'intégrité du système judiciaire. Si tel est le cas, la cour devrait s'interroger à savoir si ce préjudice est réparable. Il faut tenir compte de la gravité de la violation et des intérêts communautaires et individuels à la détermination de la culpabilité ou de l'innocence. Certaines des considérations les plus marquantes sont examinées dans les paragraphes qui suivent; cet examen est, toutefois, loin d'être exhaustif.

79 Among the most relevant considerations are the conduct and intention of the Crown. For instance, non-disclosure due to a refusal to comply with a court order will be regarded more seriously than non-disclosure attributable to inefficiency or oversight. It must be noted, however, that while a finding of flagrant and intentional Crown misconduct

Parmi les considérations les plus pertinentes, il faut mentionner la conduite et l'intention du ministère public. Par exemple, la non-divulgation résultant du refus de se conformer à une ordonnance judiciaire sera considérée comme étant plus grave que la non-divulgation attribuable au manque d'efficacité ou à l'inadvertance. Il faut noter, toutefois,

1995 CanLII 51 (SCC)

may make it significantly more likely that a stay of proceedings will be warranted, it does not follow that a demonstration of *mala fides* on the part of the Crown is a necessary precondition to such a finding. As Wilson J. observed for the Court in *Keyowski, supra*, at p. 659:

> To define "oppressive" as requiring misconduct or an improper motive would, in my view, unduly restrict the operation of the doctrine . . . . Prosecutorial misconduct and improper motivation are but two of many factors to be taken into account when a court is called upon to consider whether or not in a particular case the Crown's [conduct] amounts to an abuse of process.

Another pertinent consideration will be the number and nature of adjournments attributable to the Crown's conduct, including adjournments attributable to its failure to disclose in a timely manner. Every adjournment and/or additional hearing caused by the Crown's breach of its obligation to disclose may have physical, psychological and economic consequences upon the accused, particularly if the accused is incarcerated pending trial. In all fairness, however, the Crown may also seek to establish by evidence that the accused is in the majority group of persons who benefit from a delay in the proceedings because they do not want an early trial: *Morin, supra*, at pp. 802-3.

Finally, in determining whether the prejudice to the integrity of the judicial system is remediable, consideration must be given to the societal and individual interests in obtaining a determination of guilt or innocence. It goes without saying that these interests will increase commensurately to the seriousness of the charges against the accused. Consideration should be given to less drastic remedies than a stay of proceedings (see for example *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206, where, although I agreed with the majority that the Crown's conduct in disregarding the plea bargain

que, bien que la constatation de l'inconduite flagrante et intentionnelle du ministère public puisse rendre beaucoup plus vraisemblable qu'un arrêt des procédures sera justifié, il ne s'ensuit pas qu'une preuve de mauvaise foi du ministère public soit une condition préalable nécessaire à la constatation d'une telle violation. Comme le juge Wilson l'a fait remarquer au nom de la Cour dans l'arrêt *Keyowski*, précité, à la p. 659:

> À mon avis, donner au mot «oppressive» une définition exigeant qu'il y ait une conduite blâmable ou un motif illégitime limiterait indûment l'application du principe. [. . .] La conduite blâmable de la poursuite et l'existence d'un motif illégitime ne sont que deux des nombreux facteurs qu'un tribunal doit prendre en considération lorsqu'il est appelé à examiner si, dans un cas donné, [la conduite du] ministère public [. . .] équivaut à un abus de procédure.

Une autre considération pertinente a trait au nombre et à la nature des ajournements attribuables à la conduite du ministère public, y compris les ajournements attribuables à son omission de divulguer les renseignements dans les délais prescrits. Chaque ajournement et/ou chaque audience supplémentaire découlant du manquement du ministère public à son obligation de divulgation peuvent entraîner des conséquences sur les plan physique, psychologique et économique pour l'accusé, tout particulièrement si celui-ci est incarcéré en attendant le procès. En toute équité, cependant, le ministère public peut également tenter de prouver que l'accusé fait partie de la majorité de gens qui bénéficient d'un délai parce qu'ils ne souhaitent pas un procès rapide: *Morin*, précité, aux pp. 802 et 803.

Enfin, pour déterminer s'il est possible de remédier au préjudice causé à l'intégrité du système judiciaire, il faut tenir compte des intérêts communautaires et individuels à la détermination de la culpabilité ou de l'innocence. Il va sans dire que ces intérêts seront proportionnels à la gravité des accusations portées contre l'accusé. Des réparations moins draconiennes que l'arrêt des procédures devraient être examinées (voir par exemple *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206, où, même si j'étais d'accord avec la majorité que la décision du ministère public de ne pas respecter une entente

1995 CanLII 51 (SCC)

made with the accused did not amount to one of the "clearest of cases" requiring a stay of proceedings, I would have nonetheless found a violation of the accused's rights under s. 7 and substituted a conviction for the lesser included offence which was the object of the plea bargain).

82 It must always be remembered that a stay of proceedings is only appropriate "in the clearest of cases", where the prejudice to the accused's right to make full answer and defence cannot be remedied or where irreparable prejudice would be caused to the integrity of the judicial system if the prosecution were continued.

(iv) Summary

83 Where life, liberty or security of the person is engaged in a judicial proceeding, and it is proved on a balance of probabilities that the Crown's failure to make proper disclosure to the defence has impaired the accused's ability to make full answer and defence, a violation of s. 7 will have been made out. In such circumstances, the court must fashion a just and appropriate remedy, pursuant to s. 24(1). Although the remedy for such a violation will typically be a disclosure order and adjournment, there may be some extreme cases where the prejudice to the accused's ability to make full answer and defence or to the integrity of the justice system is irremediable. In those "clearest of cases", a stay of proceedings will be appropriate.

C. *Application to the Facts*

84 The motion which prompted Thackray J.'s pronouncement of a stay of proceedings was the fifth such motion since the trial judge was seized of the case. It was only the second, however, that related in any way to non-disclosure by the Crown. The first motion for a stay based upon non-disclosure, which Thackray J. rejected in reasons delivered on November 27, pertained to non-disclosures relating to the order of Campbell A.C.J., which in turn governed the production of materials which were almost exclusively in the hands of third parties.

sur le plaidoyer conclue avec l'accusé n'équivalait pas à un des «cas les plus manifestes» exigeant l'arrêt des procédures, j'aurais néanmoins conclu à une violation des droits que l'art. 7 garantit à l'accusé et j'aurais substitué une déclaration de culpabilité relativement à l'infraction moindre incluse qui avait fait l'objet des négociations).

Il faut toujours se rappeler que l'arrêt des procédures est approprié uniquement «dans les cas les plus manifestes» lorsqu'il serait impossible de remédier au préjudice causé au droit de l'accusé à une défense pleine et entière ou lorsque la continuation de la poursuite causerait à l'intégrité du système judiciaire un préjudice irréparable.

(iv) Résumé

Lorsque, dans une procédure judiciaire, la vie, la liberté et la sécurité de la personne sont affectées et qu'il est prouvé, selon la balance des probabilités, que l'omission du ministère public de faire une divulgation suffisante à la défense a empêché l'accusé de présenter une défense pleine et entière, on aura établi une violation de l'art. 7. Dans ces circonstances, la cour doit façonner une réparation convenable et juste, conformément au par. 24(1). Bien que, dans le cas d'une telle violation, la réparation soit typiquement une ordonnance de divulgation et un ajournement, il peut y avoir des cas extrêmes où le préjudice causé à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière ou à l'intégrité du système judiciaire soit irréparable. Dans ces «cas les plus manifestes», l'arrêt des procédures sera approprié.

C. *Application aux faits*

La requête qui a incité le juge Thackray à prononcer l'arrêt des procédures était la cinquième requête du genre depuis le moment où le juge du procès avait été saisi de l'affaire. C'était, toutefois, la deuxième requête se rapportant de quelque façon à la non-divulgation de renseignements par le ministère public. La première requête en arrêt des procédures fondée sur la non-divulgation, que le juge Thackray a rejetée dans ses motifs du 27 novembre, se rapportait à des omissions de divulguer aux termes de l'ordonnance du juge en chef

1995 CanLII 171 (SCC)

Much of the delayed disclosure by the Crown of the complainants' medical and therapeutic records, even after the order of Campbell A.C.J., seems to have been genuinely motivated by a desire to protect the privacy interests of the complainants, and not to compromise the rights of the accused. Some of the non-disclosure was attributable to simple incompetence. Thackray J. concluded as much when he noted that there was no evidence to suggest any "grand design by the Crown to conceal evidence" (p. 105). Although, for reasons which appear below, I agree that the scope and nature of the disclosure order were unacceptably broad, I agree with the Court of Appeal that a more appropriate route for the Crown to have taken would have been to apply for a variation of the original disclosure order, in which the Crown would have sought greater accommodation for the privacy interests of the individual complainants involved.

adjoint Campbell, laquelle régissait à son tour la production de documents qui se trouvaient presque exclusivement en la possession de tiers. La divulgation tardive par le ministère public des dossiers médicaux et des dossiers thérapeutiques des plaignantes, même après l'ordonnance du juge en chef adjoint Campbell, semble en grande partie avoir été sincèrement motivée par le désir d'assurer la protection du droit à la vie privée des plaignantes et non pas de compromettre les droits de l'accusé. La non-divulgation fut attribuable à l'incompétence jusqu'à un certain point. Le juge Thackray en a conclu ainsi lorsqu'il a constaté que rien dans la preuve ne laissait supposer un [TRADUCTION] «grand projet du ministère public en vue de dissimuler des éléments de preuve» (p. 105). Même si, pour les raisons exposées ci-dessous, j'estime que la portée et la nature de l'ordonnance de divulgation étaient d'une étendue inacceptable, je suis d'accord avec la Cour d'appel qu'il aurait été plus approprié pour le ministère public de présenter une requête en modification de l'ordonnance initiale de divulgation, au moyen de laquelle le ministère public aurait pu rechercher un meilleur équilibre pour assurer la protection des droits à la vie privée des plaignantes.

1995 CanLII 51 (SCC)

Nonetheless, due in part to an undertaking by the Crown on November 28 to disclose to the defence its complete files on the case, there is no dispute that the order of Campbell A.C.J. had been fully complied with by the Crown at the time of the fifth application by the defence for a stay of proceedings. This fifth application was founded upon the non-disclosure of a full transcript of a witness interview which had previously only partly been disclosed to the defence, the non-disclosure of several diagrams produced by witnesses in the course of their preparations with the Crown, and the failure of Crown counsel to be able to assure the court on the third day of the trial that all relevant documents in Ms. Harvey's computer files had been fully disclosed to the defence. Defence counsel exhorted the trial judge to consider, as

85

Néanmoins, en raison en partie d'un engagement pris par le ministère public le 28 novembre de divulguer à la défense tous ses dossiers sur l'affaire, il n'est pas contesté que le ministère public se soit conformé intégralement à l'ordonnance du juge en chef adjoint Campbell à l'époque de la présentation par la défense de la cinquième demande d'arrêt des procédures. Cette cinquième demande était fondée sur la non-divulgation de la transcription complète d'un entretien avec un témoin qui avait déjà été divulguée à la défense en partie seulement, sur la non-divulgation de plusieurs diagrammes exécutés par des témoins au cours de la préparation du procès par le ministère public et sur le fait que le substitut du procureur général ne pouvait pas, le troisième jour du procès, garantir à la cour que tous les documents pertinents figurant dans les fichiers informatiques de Me Harvey avaient été divulgués intégralement à la défense. L'avocat de la défense a exhorté le juge du procès à prendre également en considération les diffi-

well, the previous disclosure difficulties encountered by the defence.

86 In granting the stay of proceedings on December 7, Thackray J. concluded that the Crown's previous uncooperativeness in response to Campbell A.C.J.'s disclosure order had created an "aura" which ultimately pervaded and destroyed the case. In the November 27 ruling refusing the fourth application for a stay, however, Thackray J. had ruled that although the Crown's excuses for non-disclosure were "limp" and indicative of incompetence, there was no evidence to suggest any "grand design by the Crown to conceal evidence" (p. 105). Given that the order of Campbell A.C.J. had been fully complied with by the time of the fifth application for a stay, it is unclear what changed the trial judge's mind about the Crown's conduct in relation to that non-disclosure. Rather, it would appear that Thackray J. attached greatest significance to the fact that, notwithstanding that the trial had now begun, Crown counsel could still not provide the court with an assurance that all relevant information had been disclosed. This may have been the straw that broke the proverbial camel's back.

87 The frustration of the trial judge, forced on several occasions to intervene in order to further the disclosure process, is certainly understandable. As I have already noted, the Crown's failure to comply fully with the disclosure order of Campbell A.C.J. must not be regarded lightly. At the same time, however, we must place the considerable disclosure difficulties within their proper context. The considerable disclosure difficulties related almost entirely to the following: (1) materials which were not in the Crown's possession at the time of the making of the original disclosure order and which consequently, for reasons that I shall discuss below, the Crown is not under any obligation to

cultés que la défense avait rencontrées antérieurement concernant la divulgation d'éléments de preuve.

En ordonnant l'arrêt des procédures le 7 décembre, le juge Thackray a conclu que le peu de coopération dont le ministère public avait fait preuve à la suite de l'ordonnance de divulgation du juge en chef adjoint Campbell avait créé un «climat» qui avait imprégné l'affaire et l'avait finalement minée. Dans la décision du 27 novembre qui rejetait la quatrième demande d'arrêt des procédures, le juge Thackray avait pourtant statué que, bien que les excuses du ministère public au sujet de la non-divulgation fussent «faibles» et indicatives d'incompétence, rien dans la preuve ne laissait supposer un «grand projet du ministère public en vue de dissimuler des éléments de preuve» (p. 105). Comme l'ordonnance du juge en chef adjoint Campbell avait été respectée intégralement à l'époque de la présentation de la cinquième demande d'arrêt des procédures, on ne voit pas clairement ce qui a amené le juge du procès à changer d'opinion au sujet de la conduite du ministère public en rapport avec cette non-divulgation. Il semblerait plutôt que le juge Thackray ait attaché une très grande importance au fait que, malgré que le procès fût déjà commencé, le substitut du procureur général ne pouvait pas encore fournir à la cour l'assurance que tous les renseignements pertinents avaient été divulgués. C'est peut-être la proverbiale goutte d'eau qui a fait déborder le vase.

La frustration du juge du procès est certainement compréhensible, car il a été obligé d'intervenir à plusieurs reprises afin de faciliter la divulgation. Ainsi que je l'ai déjà mentionné, l'omission par le ministère public de se conformer intégralement à l'ordonnance de divulgation du juge en chef adjoint Campbell ne doit pas être prise à la légère. En même temps, cependant, nous devons replacer dans leur contexte les énormes difficultés soulevées par la divulgation. Elles se rapportaient presque entièrement aux éléments suivants: (1) des documents qui n'étaient pas en la possession du ministère public au moment où a été rendue l'ordonnance initiale de divulgation et que, par consé-

1995 CanLII 59 (SCC)

produce; and (2) work product which, provided that it contains no material inconsistencies or additional facts not already disclosed to the defence, the Crown would also not ordinarily be obliged to disclose, were it not for the undertaking which it gave to the defence the weekend before the beginning of the trial. This was not a case where the Crown failed, for whatever reason, to disclose the fruits of an investigation undertaken by agents of the state. Much confusion was attributable to the fact that the law regarding the disclosure of third parties' private records was highly uncertain, and nobody was quite sure what to do.

quent, pour des raisons que j'examinerai ci-dessous, le ministère public n'était pas tenu de produire; et (2) le produit du travail que, sous réserve de contradictions importantes ou de faits supplémentaires qui n'avaient pas déjà été divulgués à la défense, le ministère public n'aurait pas ordinairement été tenu de divulguer n'eût été l'engagement pris envers la défense au cours de la fin de semaine précédant le début du procès. Ce n'est pas un cas où le ministère public a omis, pour quelque raison que ce soit, de divulguer les résultats d'une enquête entreprise par des représentants de l'État. La confusion est attribuable en bonne partie au fait que le droit régissant la divulgation des dossiers privés entre les mains de tiers était grandement incertain et que personne n'était vraiment sûr de ce qu'il fallait faire.

1995 CanLII 51 (SCC)

In agreeing on November 28 to hand over its complete files in the case, the Crown may unwittingly have promised more than it could realistically deliver in such a short time, given the lack of computer literacy of one of the Crown counsel, the complexities involved in the preparation of the case, and the fact that the prosecution was being run from two different cities. These are, as the trial judge noted, "limp" excuses. Nonetheless, although the Crown, as an officer of the court, must always strive to fulfil its undertakings, the fact that the imperfect compliance which ultimately triggered the granting of the stay was with respect to a voluntary undertaking by the Crown rather than with respect to an order of the trial judge or a clear legal obligation is a factor that should not be ignored.

88 En convenant, le 28 novembre, de remettre tous ses dossiers sur cette affaire, le ministère public a peut-être involontairement promis plus qu'il ne pouvait livrer en réalité dans un si court laps de temps, étant donné le manque de connaissances en informatique de l'un des substituts du procureur général, les difficultés liées à la préparation de l'affaire et le fait que la poursuite était menée à partir de deux villes différentes. Ce sont là de «faibles» excuses, comme l'a signalé le juge du procès. Néanmoins, bien que le ministère public, en tant qu'officier de justice, doive toujours s'efforcer de remplir ses engagements, il ne faut pas négliger le fait que la divulgation partielle qui, en dernier ressort, a provoqué l'arrêt des procédures concernait un engagement pris volontairement par le ministère public plutôt qu'une ordonnance du juge du procès ou une obligation légale évidente.

Finally, although the non-disclosure of the diagrams prepared by the witnesses, as well as certain of Ms. Harvey's computer files, apparently contravened the Crown's good faith undertaking to the defence, it was unclear whether any of this information contained materially different versions of that which had already been disclosed to the defence. In fact, while Mr. Jones did concede that he could not assure the court that full disclosure had been made in conformity with the Crown's undertaking, he resolutely took the position, after

89 En dernier lieu, même si la non-divulgation des diagrammes exécutés par les témoins et de certains fichiers informatiques de Me Harvey contrevenait apparemment à l'engagement pris de bonne foi envers la défense par le ministère public, il n'est pas clair qu'une partie quelconque de ces renseignements contenait des versions substantiellement différentes de celles qui avaient déjà été divulguées à la défense. De fait, bien que Me Jones ait effectivement reconnu qu'il ne pouvait garantir à la cour que tous les détails de la preuve avaient été divul-

having reviewed some of the impugned documents, that none of the undisclosed records were material. Nor, for that matter, was there any evidence of improper motive on the part of the Crown. I hasten to add that a finding that the non-disclosures were material might have supported an inference that the Crown was actively hiding information that was material to the defence. In the instant case, however, absent any inquiry into the materiality of the non-disclosures, the most that can be said is that the non-disclosures arose as a result of inadvertence or lack of communication on the part of the two Crown counsel, or because Crown counsel undertook to bite off more voluntary disclosure than it could chew. There is no proof, moreover, that any delays were attributable to Crown non-disclosure. If indeed there were such delays, then it is relevant to note that, since the accused was not incarcerated pending trial, these delays would not have prolonged the duration of the accused's imprisonment.

90 Bearing these factors in mind, I would make the following conclusions. First, although the Crown's conduct was shoddy and inappropriate, the non-disclosure cannot be said to have violated the accused's right to full answer and defence. Contrary to the impression held by the trial judge, a review of the transcripts reveals that the Crown did not at any time concede either materiality or prejudice to the defence. The most the Crown admitted was that defence counsel might be at a disadvantage because it had only had a short time during which to review the most recently disclosed documents. At its highest, moreover, the prejudice actually identified by the trial judge was that the non-disclosed diagrams were relevant in that they might have affected the preparation of the cross-examination of one of the witnesses. Cross-examination of that witness had not yet even begun. Although I am sympathetic to the difficulties of preparing an effective cross-examination, I cannot agree that an accused's right to full answer and

gués conformément à l'engagement pris par le ministère public, il a affirmé résolument, après examen de certains des documents en question, qu'aucun des dossiers non divulgués n'était substantiel. D'ailleurs, il n'y avait non plus aucune preuve de l'existence d'un mobile illégitime de la part du ministère public. Je me hâte d'ajouter que si les renseignements non divulgués avaient été trouvés substantiels, on aurait peut-être pu en déduire que le ministère public s'était employé à dissimuler des renseignements importants pour la défense. En l'espèce, cependant, en l'absence de toute enquête sur le caractère substantiel des renseignements non divulgués, tout ce qu'on peut dire c'est que la non-divulgation est le résultat d'une inadvertance ou d'un manque de communication de la part des deux substituts du ministère public ou est survenue parce que ces derniers se sont engagés au delà de leurs possibilités. Rien ne prouve non plus que quelque délai que ce soit soit attribuable à la non-divulgation des renseignements par le ministère public. Si vraiment de tels délais se sont produits, il convient de noter que, puisque l'accusé n'était pas incarcéré en attendant le procès, ces délais n'auraient pas prolongé la durée de l'emprisonnement de l'accusé.

Compte tenu de ces facteurs, j'en viens aux conclusions suivantes. Premièrement, bien que la conduite du ministère public ait été inappropriée et inopportune, on ne peut dire que la non-divulgation a constitué une violation du droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Contrairement à l'impression ressentie par le juge du procès, il ressort de l'examen du dossier que le ministère public n'a à aucun moment concédé soit le caractère substantiel des renseignements soit l'existence d'un préjudice pour la défense. Tout ce que le ministère public a admis, c'est que l'avocat de la défense pouvait être dans une position désavantageuse parce qu'il n'avait disposé que d'un court laps de temps pour examiner les tout derniers documents divulgués. Porté à son plus haut degré, en outre, le préjudice effectivement identifié par le juge du procès a trait à ce que les diagrammes non divulgués étaient pertinents du fait qu'ils auraient pu influer sur la préparation du contre-interrogatoire de l'un des témoins. Le contre-interrogatoire de ce

defence has probably been infringed merely because of the possibility that a cross-examination of a witness, which has not yet begun, may have to be reformulated. Without any inquiry into the materiality of the non-disclosed information, it was, therefore, impossible for the trial judge to conclude that the non-disclosure had, on the balance of probabilities, prejudiced the accused's ability to make full answer and defence.

témoin n'avait même pas encore débuté. Bien que je sois consciente des difficultés liées à la préparation d'un contre-interrogatoire efficace, je ne suis pas d'accord que le droit de l'accusé à une défense pleine et entière a probablement été violé simplement à cause de la possibilité que le contre-interrogatoire d'un témoin, qui n'avait pas encore débuté, doive peut-être être reformulé. En l'absence d'enquête sur le caractère substantiel des renseignements non divulgués, il était donc impossible au juge du procès de conclure que la non-divulgation avait, selon la balance des probabilités, nui à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière.

1995 CanLII 51 (SCC)

Second, it must be recalled that the whole issue of disclosure in this case arose out of Campbell A.C.J.'s order requiring that the Crown "disclose" records in the hands of third parties and that the complainants authorize production of such records. This order was issued without any form of inquiry into their relevance, let alone a balancing of the privacy rights of the complainants and the accused's right to a fair trial. We all agree that this order was wrong. Although the error was compounded by the Crown's inept and ineffective efforts to have this order reviewed and modified, it is clear, at the end of the day, that the Crown was right in trying to protect the interests of justice. The fact that it did so in such a clumsy way should not result in a stay of proceedings, particularly so when no prejudice was demonstrated to the fairness of the accused's trial or to his ability to make full answer and defence. Thus, even if I had found a violation of s. 7, this cannot be said to be one of the "clearest of cases" which would mandate a stay of proceedings.

91 Deuxièmement, il faut se rappeler que toute la question de la divulgation en l'espèce découle de l'ordonnance du juge en chef adjoint Campbell qui enjoignait au ministère public de «divulguer» des dossiers se trouvant en la possession de tiers et aux plaignantes d'autoriser la production de ces dossiers. Cette ordonnance a été rendue sans aucun examen de la pertinence de ces dossiers, ni aucune pondération des droits à la vie privée des plaignantes et du droit de l'accusé à un procès équitable. Nous sommes tous d'accord pour dire que cette ordonnance était erronée. Bien que l'erreur ait été aggravée par les efforts inappropriés et inefficaces que le ministère public a déployés pour faire réviser et modifier l'ordonnance en question, il demeure, en fin de compte, que le ministère public a eu raison de tenter de protéger l'intérêt de la justice. Même s'il l'a fait d'une façon très maladroite, cela ne devrait pas donner lieu à un arrêt des procédures, tout particulièrement lorsque l'on n'a pas prouvé d'atteinte à l'équité du procès de l'accusé ou à la possibilité pour lui de présenter une défense pleine et entière. En conséquence, même si j'avais conclu à une violation de l'art. 7, on ne peut dire qu'il s'agit en l'espèce de l'un des «cas les plus manifestes» qui justifierait un arrêt des procédures.

To summarize, I am satisfied that the evidence in the present case did not support the finding of a violation under s. 7 of the *Charter* and, moreover, it did not reasonably support Thackray J.'s view that the only appropriate course of action under the

92 En résumé, je suis convaincue que la preuve présentée en l'espèce ne permettait pas de conclure à la violation de l'art. 7 de la *Charte* et, de plus, qu'elle ne pouvait raisonnablement étayer l'opinion du juge Thackray, selon laquelle la seule

circumstances was to stay the proceedings against the accused.

II. Production of Private Records

A. *Judgment of the Court of Appeal*

93 On May 16, 1994, the Court of Appeal released additional reasons in *O'Connor (No. 2)*, *supra*. In those reasons, it set out guidelines governing applications for production of medical records of potential witnesses, which are not in the possession of the Crown. It recommended a two-stage procedure (at p. 261):

> At the first stage, the applicant must show that the information contained in the medical records is likely to be relevant either to an issue in the proceeding or to the competence of the witness to testify. If the applicant meets this test, then the documents meeting that description must be disclosed to the court.
>
> The second stage involves the court reviewing the documents to determine which of them are material to the defence, in the sense that, without them, the accused's ability to make full answer and defence would be adversely affected. If the court is satisfied that any of the documents fall into this category, then they should be disclosed to the parties, subject to such conditions as the court deems fit.

The court noted that it would often only be possible to make the ultimate determination as to relevance and materiality at the point in the trial when the issue to which the information is said to be relevant or material is addressed.

94 The court then held that while a liberal interpretation of the word "relevant" is to be encouraged, due regard must also be had for other legitimate legal and societal interests, notably the privacy interests of complainants in sexual assault cases and the danger that the evidence will be unprobative and misleading. As such, consideration should be had for this Court's remarks in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, as well as for the factors set out in s. 276(3) of the *Criminal Code*.

décision appropriée dans les circonstances était l'arrêt des procédures intentées contre l'accusé.

II. La production de dossiers privés

A. *L'arrêt de la Cour d'appel*

Le 16 mai 1994, la Cour d'appel a donné des motifs supplémentaires dans *O'Connor (nº 2)*, précité. Dans ces motifs, elle a proposé des lignes directrices régissant les requêtes pour production des dossiers médicaux de témoins éventuels, dossiers non en la possession du ministère public. Elle a recommandé une procédure en deux étapes (à la p. 261):

> [TRADUCTION] À la première étape, le requérant doit prouver que les renseignements contenus dans les dossiers médicaux sont susceptibles de se rapporter à une question en litige ou à la capacité du témoin de déposer. Si le requérant satisfait à ce critère, les documents répondant à cette description doivent être divulgués au tribunal.
>
> La deuxième étape concerne l'examen des documents par le tribunal pour déterminer lesquels d'entre eux sont essentiels à la défense, en ce sens que, sans eux, la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière serait amoindrie. Si le tribunal est convaincu que certains des documents entrent dans cette catégorie, ils doivent alors être divulgués aux parties, aux conditions qu'il juge convenables.

La cour a signalé qu'il ne sera souvent possible de déterminer de façon définitive si les documents sont pertinents ou substantiels qu'à ce stade du procès où sera abordée la question à laquelle les renseignements se rapporteraient ou seraient essentiels.

La cour a ensuite conclu que, bien qu'il faille favoriser une interprétation libérale du mot «pertinent», il convient également de tenir compte des autres intérêts légaux et sociétaux légitimes, notamment le droit à la vie privée des plaignantes dans des causes d'agression sexuelle, et du danger que ces éléments de preuve n'aient aucune valeur probante et soient susceptibles d'induire en erreur. À cette enseigne, les remarques formulées par notre Cour dans *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, ainsi que les facteurs prévus au par. 276(3) du *Code criminel* ne sauraient être ignorés.

1995 CanLII 51 (SCC)

The Court of Appeal then reviewed grounds for disclosure which, in its view, would not meet the test for relevance. It would be insufficient, for instance, to invoke credibility "at large". A simple submission that the records may relate to "recent complaint" would be equally inadequate. So, too, would be a claim that the defence hopes to find lack of corroboration or the existence of a prior inconsistent statement, since this would amount to a fishing expedition into a person's private records. Equally insufficient would be an assertion of relevance based on the mere fact that a witness has received counselling or psychiatric assistance as a consequence of an alleged sexual assault. The fact of having received such counselling could not, moreover, justify a conclusion that the witness's evidence may be unreliable.

La Cour d'appel a ensuite examiné les motifs de divulgation qui, à son avis, ne satisferaient pas au critère de la pertinence. Il ne suffirait pas, par exemple, d'invoquer la crédibilité «en général». La simple allégation que les dossiers peuvent se rapporter à une «plainte récente» serait également insuffisante. Ainsi en serait-il de la prétention selon laquelle la défense espère trouver une absence de corroboration ou une déclaration antérieure contradictoire, puisque cela équivaudrait à se livrer à une partie de pêche dans les dossiers personnels d'une personne. Serait tout aussi insuffisante l'affirmation de pertinence qui se fonderait sur le simple fait qu'un témoin a reçu des soins socio-psychologiques ou psychiatriques à la suite d'une présumée agression sexuelle. Le fait que le témoin ait reçu de tels soins ne pourrait pas non plus justifier de conclure que son témoignage peut être sujet à caution. 95

The Court of Appeal then turned to a consideration of appropriate procedures to guide the parties on an application for pre-trial production of medical records held by third parties. It made the following points (at pp. 267-68):

— the application for disclosure should ideally be supported by affidavits;

— notice should be given to Crown counsel, to the third party in possession, and to the complainant or other witness with a privacy interest in the records;

— the application should be heard by the trial judge whenever possible;

— at the hearing, persons with an interest in the records are entitled to present argument relating to issues of privacy and privilege, and to give evidence with respect to the relevance and materiality of the records in question;

— the judge will review the records to determine materiality, a procedure which may be done *in camera* or under a publication ban where the materials involved are of a sensitive nature;

La Cour d'appel est ensuite passée à l'étude des procédures appropriées pour guider les parties lors d'une requête en production, préalablement au procès, de dossiers médicaux en la possession de tiers. Elle a énoncé ce qui suit (aux pp. 267 et 268): 96

— la requête en divulgation devrait idéalement être accompagnée d'affidavits;

— le substitut du procureur général devrait donner un avis au tiers en possession des dossiers et au plaignant ou autre témoin ayant un intérêt dans la protection du caractère privé des dossiers;

— lorsque possible, la requête devrait être entendue par le juge du procès;

— lors de l'audition, les personnes ayant un intérêt dans les dossiers ont le droit d'être entendues sur les questions de privilège et de protection de la vie privée et de témoigner relativement à la pertinence et au caractère substantiels des dossiers en question;

— le juge examinera les dossiers pour déterminer s'ils sont substantiels, procédure qui peut se dérouler à huis clos ou sous l'effet d'une interdiction de publication si les documents concernés sont de nature délicate;

1995 CanLII 51 (SCC)

— if the threshold test is not met, the records shall be sealed and retained in the file in the event they need to be reviewed later;

— any party to the original application may apply for a variation of the disclosure or non-disclosure order on proper grounds, and further application may be made if new evidence arises subsequently.

The court declined to discuss the issue of privilege, both because full disclosure was made in this case, and because no basis in relevance or materiality was established for the production of the records.

B. *Analysis of Production Guidelines*

97 Determining the nature and extent of production to the defence of a complainant's medical and therapeutic records, as well as any other documents in which the complainant holds a reasonable expectation of privacy, is a difficult and potentially value-laden exercise. I commend the initiative taken by the Court of Appeal in setting down its thoughtful approach to the issue. It can be seen that I approve of and adopt many of their observations and suggestions in the forthcoming pages.

98 As a preliminary matter, it should be noted that the issue before us relates to the production of private records held by third parties. We are not concerned here with the extent of the Crown's obligation to disclose private records in its possession, or with the question whether privacy and equality interests may militate against such disclosure by the Crown. Although my colleagues Lamer C.J. and Sopinka J. deal with these questions at great length in their reasons, I prefer not to pronounce on these issues as they do not arise in this appeal and were not argued before us. Any comment on these questions would be strictly *obiter*.

— si le test préliminaire n'est pas rencontré, les dossiers doivent être mis sous scellés et conservés au cas où ils devraient être examinés plus tard;

— toute personne partie à la requête initiale peut demander une modification de l'ordonnance de divulgation ou de non-divulgation pour des motifs appropriés, et une requête subséquente peut être présentée si de nouveaux éléments de preuve sont découverts ultérieurement.

La cour a refusé de discuter de la question de privilège, tant parce qu'il y avait eu divulgation complète en l'espèce que parce qu'on n'a aucunement établi la pertinence ou le caractère essentiel de la production des dossiers.

B. *Les lignes directrices en matière de production: analyse*

C'est un exercice difficile, qui peut mettre en jeu certaines valeurs, que de définir la nature et la portée de la divulgation à la défense de dossiers médicaux et thérapeutiques d'une plaignante (le féminin emporte le masculin), ainsi que de tous autres documents pour lesquels il existe une attente raisonnable qu'ils doivent être protégés en raison de leur caractère privé. L'initiative de la Cour d'appel d'aborder la question d'une manière aussi approfondie mérite d'être soulignée. On verra que j'approuve et adopte bon nombre de ses observations et suggestions dans les pages qui suivent.

À titre préliminaire, il y a lieu de noter que la question soumise touche la production de dossiers privés détenus par des tiers. Il ne s'agit pas en l'espèce d'examiner l'étendue de l'obligation du ministère public en matière de divulgation de dossiers privés en sa possession, ni de déterminer si les droits à l'égalité et à la protection de la vie privée peuvent militer contre une telle divulgation. Bien que mes collègues le juge en chef Lamer et le juge Sopinka examinent ces questions en profondeur, il n'y a pas lieu d'en traiter ici parce qu'elles ne sont pas soulevées dans le cadre du présent pourvoi et qu'elles n'ont pas été plaidées devant nous. Tout commentaire à ce sujet serait strictement *obiter*.

1995 CanLII 51 (SCC)

The question of production of private records not in the possession of the Crown arises in a wide variety of contexts. Although many of these contexts involve medical and therapeutic records of complainants to sexual assault, it will become apparent that the principles and guidelines outlined herein are equally applicable to any record, in the hands of a third party, in which a reasonable expectation of privacy lies. Although the determination of when a reasonable expectation of privacy actually exists in a particular record (and, if so, to what extent it exists) is inherently fact- and context-sensitive, this may include records that are medical or therapeutic in nature, school records, private diaries, and activity logs prepared by social workers, to name just a few. For the sake of convenience, information that is generically of this nature shall hereafter be referred to as "private records held by third parties".

(i) Basic Principles Governing Disclosure and Production

The basic principles governing disclosure were most recently summarized by this Court in *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727. It is now clearly established that the Crown is under a general duty to disclose all information, whether inculpatory or exculpatory, except evidence that is beyond the control of the prosecution, clearly irrelevant, privileged or subject to a right of privacy. However, where the Crown disputes the existence of the information sought by the defence, then the defence must first establish a basis which could enable the presiding judge to conclude that there is in existence further material which may be useful to the accused in making full answer and defence: *Chaplin*, *supra*, at pp. 743-45.

Though the obligation on the Crown to disclose has found renewed vigour since the advent of the *Charter*, in particular s. 7, this obligation is not contingent upon there first being established any

La question de la production des dossiers privés qui ne sont pas en la possession du ministère public se pose dans divers contextes. Bien qu'il s'agisse souvent de dossiers médicaux et thérapeutiques de plaignantes victimes d'agression sexuelle, il deviendra évident que les principes et les lignes directrices énoncés dans les présents motifs s'appliquent également à tout dossier, en la possession d'un tiers, qui devrait normalement être protégé en raison de son caractère privé. Bien que la détermination, à l'égard d'un dossier particulier, de l'existence d'une telle expectative raisonnable (et, dans l'affirmative, dans quelle mesure elle existe) soit tributaire des faits et du contexte, il peut s'agir de dossiers de nature médicale ou thérapeutique, de dossiers scolaires, de journaux intimes et de carnets d'activités rédigés par des travailleurs sociaux, pour n'en nommer que quelques-uns. Par souci de commodité, les renseignements qui sont généralement de cette nature seront désignés ci-après par l'expression «dossiers privés en la possession de tiers». 99

(i) Les principes fondamentaux régissant la divulgation et la production

Les principes fondamentaux régissant la divulgation ont été résumés tout récemment par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727. Il est maintenant clairement établi que le ministère public a l'obligation générale de divulguer tous les renseignements, qu'ils soient de nature inculpatoire ou exculpatoire, sauf les éléments de preuve hors du contrôle de la poursuite, manifestement non pertinents, privilégiés ou assujettis à un droit à la protection de la vie privée. Toutefois, lorsque le ministère public conteste l'existence des renseignements demandés par la défense, cette dernière doit d'abord établir une base de nature à permettre au juge du procès de conclure qu'il existe d'autres documents qui peuvent être nécessaires à l'accusé pour présenter une défense pleine et entière: *Chaplin*, précité, aux pp. 743 à 745. 100

Bien que l'obligation de divulguer qui incombe au ministère public ait connu un regain de vigueur depuis l'adoption de la *Charte*, en particulier l'art. 7, cette obligation n'est pas subordonnée à la 101

1995 CanLII 51 (SCC)

violation of the *Charter*. Rather, full and fair disclosure is a fundamental aspect of the Crown's duty to serve the Court as a faithful public agent, entrusted not with winning or losing trials but rather with seeing that justice is served: *Stinchcombe*, *supra*, at p. 333. For this reason, as I have already mentioned, although a disclosure order can be a constitutional remedy, the obligation on the Crown to disclose all information in its possession that is not clearly irrelevant, privileged or subject to a right of privacy undoubtedly has force independent of any violation of the accused's s. 7 rights. Because of the Crown's unique obligations, both to the court and to the public, it, alone, owes a duty to disclose to the defence. This duty does not extend to third parties. Similarly, the obligation upon the Crown to disclose all relevant material does not extend to records which are not within its possession or control. See, also, *R. v. Gingras* (1992), 71 C.C.C. (3d) 53 (Alta. C.A.).

102 Given that there is no duty on third parties to disclose, it has been suggested that s. 698 of the *Code* provides the basis upon which a court may order production of third parties' private records. In particular, ss. 698 and 700 authorize the issuance of a *subpoena ad testificandum* or a *subpoena duces tecum* to any person that is likely to give material evidence. With respect, however, I believe that this argument rests on a misunderstanding of the nature of the subpoena powers in s. 698.

103 Although a *subpoena duces tecum* requires that a witness who is the object of the subpoena bring the requested documents into court, the subpoena does not automatically call for an order requiring the documents to be produced to the court for inspection, let alone to the defence. Production

preuve préalable de l'existence d'une violation de la *Charte*. La divulgation intégrale et équitable des détails de la preuve est plutôt un aspect fondamental de l'obligation du ministère public d'être au service du tribunal en tant qu'officier public de bonne foi, dont le rôle exclut toute notion de gagner ou de perdre un procès, et consiste plutôt à s'assurer que justice soit rendue: *Stinchcombe*, précité, à la p. 333. Pour cette raison, comme je l'ai déjà mentionné, bien qu'une ordonnance de divulgation puisse constituer une réparation constitutionnelle, l'obligation qui incombe au ministère public de divulguer tous les renseignements en sa possession, qui ne sont pas manifestement sans pertinence, privilégiés ou assujettis au droit à la protection de la vie privée, s'impose sans aucun doute indépendamment de toute violation des droits que l'art. 7 garantit à l'accusé. À cause des obligations uniques du ministère public, tant envers le tribunal qu'envers le public, il a seul l'obligation de divulguer les éléments de preuve à la défense. Cette obligation ne s'étend pas aux tiers. De la même façon, l'obligation imposée au ministère public de divulguer tous les documents pertinents ne s'étend pas aux dossiers qui ne sont pas en sa possession ou sous son contrôle. Voir également *R. c. Gingras* (1992), 71 C.C.C. (3d) 53 (C.A. Alb.).

Étant donné qu'aucune obligation de divulguer n'incombe aux tiers, on a suggéré que l'art. 698 du *Code* autorise le tribunal à ordonner la production de dossiers privés détenus par des tiers. En particulier, les art. 698 et 700 autorisent la délivrance d'un *subpoena ad testificandum* ou d'un *subpoena duces tecum* à toute personne susceptible de fournir quelque preuve substantielle. En toute déférence, toutefois, je crois que cet argument repose sur une compréhension erronée de la nature des pouvoirs en matière d'assignation prévus à l'art. 698.

Bien qu'un *subpoena duces tecum* exige que le témoin qui fait l'objet de l'assignation apporte au tribunal les documents requis, il n'ordonne pas automatiquement la production de ces documents aux fins d'examen par la cour et, encore moins, que ces documents soient divulgués à la défense.

1995 CanLII 91 (SCC)

will only be ordered if the documents are likely to be relevant and if production is appropriate, having regard to all of the relevant considerations. In exercising its discretion to order production, the court must, of course, have regard to the *Charter* rights of the accused and the other interests at stake, including any claims of privilege or a right to privacy which the subject or guardian of the records might successfully assert in respect of those documents.

Leur production ne sera ordonnée que s'il est probable que les documents seront pertinents et si leur production est appropriée au regard de toutes les considérations pertinentes. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'ordonner la production, le tribunal doit, de toute évidence, tenir compte des droits garantis à l'accusé par la *Charte* ainsi que des autres intérêts en jeu, y compris, en ce qui concerne ces documents, toutes les demandes de privilège ou prétentions au droit à la protection de la vie privée que la personne visée par les dossiers ou en ayant la garde pourrait faire valoir avec succès.

1995 CanLII 51 (SCC)

One of the *Charter* values to be weighed is the "right" to disclosure, which is in reality an adjunct of the s. 7 right to make full answer and defence. Though the right to full answer and defence is generally asserted in the context of material non-disclosure by the Crown, we must recall that a purposive approach to the *Charter* requires that due consideration also be given to the effect of the exercise of discretion on an individual's rights. In particular, an effects-oriented approach to s. 7 dictates that when an accused is unable to make full answer and defence to the charges brought against him as a result of his inability to obtain information that is material to his defence, it is of little concern whether that information is in the hands of the state or in the hands of a third party. The effect is still potentially to deprive an individual of his liberty while denying him the ability to make full answer and defence.

104 L'une des valeurs de la *Charte* qu'il faut examiner est le «droit» à la divulgation qui vient en réalité s'adjoindre au droit garanti par l'art. 7 à une défense pleine et entière. Même si ce droit est généralement affirmé dans le contexte de la non-divulgation de documents par le ministère public, nous devons nous rappeler que l'interprétation de la *Charte* fondée sur l'objet exige que l'on prenne également en considération l'effet de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire sur les droits d'un individu. En particulier, une interprétation de l'art. 7 fondée sur les effets envisagés indique que, lorsqu'un accusé ne peut pas présenter une défense pleine et entière à l'encontre des accusations portées contre lui parce qu'il lui est impossible d'obtenir des renseignements qui sont essentiels à sa défense, il importe peu que ces renseignements soient en la possession de l'État ou en celle d'un tiers. L'effet demeure le même: on privera peut-être un individu de sa liberté en lui refusant la possibilité de présenter une défense pleine et entière.

An order for production of private records held by third parties does not arise as a remedy under s. 24(1) of the *Charter* since, at the moment of the request for production, the accused's rights under the *Charter* have not been violated. Nonetheless, when deciding whether to order production of private records, the court must exercise its discretion in a manner that is respectful of *Charter* values: *Dagenais*, *supra*, at p. 875. In particular, the nature, scope and breadth of the production order will ultimately depend upon a balancing of *Charter* rights which seeks to ensure that any adverse effects upon one right is proportionate to the salu-

105 Une ordonnance de production de dossiers privés détenus par des tiers ne constitue pas une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* car, au moment de la demande de production, il n'y a pas encore eu violation des droits garantis à l'accusé par la *Charte*. Néanmoins, lorsqu'il décide s'il doit ordonner la production de dossiers privés, le tribunal doit exercer son pouvoir discrétionnaire de façon à respecter les valeurs de la *Charte*: *Dagenais*, précité, à la p. 875. Tout particulièrement, la nature, la portée et l'étendue d'une ordonnance de divulgation dépendront, en définitive, d'un équilibre entre les divers droits garantis par la

tary effects of the constitutional objective being furthered: *Dagenais*, at p. 890.

(ii) The Competing Constitutional Rights at Issue

106 In formulating an approach to govern production of private records held by third parties, it is important to appreciate fully the nature of the various interests at issue. I will describe briefly each of the three constitutional rights that I believe to be implicated in this analysis: (1) the right to full answer and defence; (2) the right to privacy; and (3) the right to equality without discrimination.

(a) *The Right to a Fair Trial*

107 Much has been written about the right to a fair trial. An individual who is deprived of the ability to make full answer and defence is deprived of fundamental justice. However, full answer and defence, like any right, cannot be considered in the abstract. The principles of fundamental justice vary according to the context in which they are invoked. For this reason, certain procedural protections might be constitutionally mandated in one context but not in another: *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 361. Moreover, though the Constitution guarantees the accused a fair hearing, it does not guarantee the most favourable procedures imaginable: *Lyons*, *supra*, at p. 362. Finally, although fairness of the trial and, as a corollary, fairness in defining the limits of full answer and defence, must primarily be viewed from the point of view of the accused, both notions must nevertheless also be considered from the point of view of the community and the complainant: *E. (A.W.)*, *supra*, at p. 198. There is no question that the right to make full answer and defence cannot be so broad as to grant the defence a fishing licence into the personal and private lives of others. The question is therefore not whether the defence can be limited in its attempts to obtain production of private records held by third parties, but how it can be limited in a manner that accords appropriate con-

Charte de sorte que les effets préjudiciables à un droit soient proportionnels aux effets bénéfiques visés par l'objectif constitutionnel: *Dagenais*, à la p. 890.

(ii) Les droits constitutionnels conflictuels en cause

Afin de formuler la façon d'aborder la question de la production de dossiers privés en la possession de tiers, il est important d'apprécier pleinement la nature des différents intérêts en cause. Je décrirai brièvement chacun des trois droits constitutionnels que je crois visés par la présente analyse: (1) le droit à une défense pleine et entière; (2) le droit à la protection de la vie privée; et (3) le droit à l'égalité indépendamment de toute discrimination.

a) *Le droit à un procès équitable*

Le droit à un procès équitable a fait couler beaucoup d'encre. L'individu qui est dans l'impossibilité de présenter une défense pleine et entière est privé de justice fondamentale. Le droit à une défense pleine et entière, à l'instar de tout droit, ne saurait, toutefois, être envisagé dans l'abstrait: les principes de justice fondamentale varient selon le contexte dans lequel ils sont invoqués. Pour cette raison, certaines protections de nature procédurale pourraient être constitutionnellement mandatoires dans un contexte donné mais non dans un autre: *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 361. De plus, même si la Constitution garantit à l'accusé une audition équitable, elle ne lui garantit pas les procédures les plus favorables qu'on puisse imaginer: *Lyons*, précité, à la p. 362. En dernier lieu, bien que l'équité du procès et, par conséquent, l'équité dans la définition des limites de la défense pleine et entière doivent d'abord être envisagées du point de vue de l'accusé, les deux notions doivent néanmoins également être envisagées du point de vue de la collectivité et du plaignant: *E. (A.W.)*, précité, à la p. 198. Il n'y a pas de doute que le droit de présenter une défense pleine et entière ne peut pas aller jusqu'à permettre à la défense de se livrer à une partie de pêche dans la vie personnelle d'autrui. La question n'est donc pas de savoir si la défense peut être limitée dans ses tentatives d'ob-

1995 CanLII 103 (SCC)

stitutional protection to all of the constitutional rights at issue.

When the defence seeks production of third party records whose contents it is not aware of, the defence is obviously in a position of some difficulty. In assessing whether this difficulty poses a threat of constitutional proportions to the accused's ability to make fair answer and defence, however, one thing must be borne in mind. Given that these records are not in the possession of the Crown and have not constituted a basis for its investigations, they do not, by definition, constitute part of the state's "case to meet" against the accused. Unlike sealed wiretap packages, which represent the fruits of state investigation of the accused, private records in the hands of third parties are not subject to such a presumption of materiality.

I would note, finally, that an important element of trial fairness is the need to remove discriminatory beliefs and bias from the fact-finding process: *Seaboyer, supra.* As I pointed out in *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at pp. 622-23, for instance, the assumption that private therapeutic or counselling records are relevant to full answer and defence is often highly questionable, in that these records may very well have a greater potential to derail than to advance the truth-seeking process:

> . . . medical records concerning statements made in the course of therapy are both hearsay and inherently problematic as regards reliability. A witness's concerns expressed in the course of therapy after the fact, even assuming they are correctly understood and reliably noted, cannot be equated with evidence given in the course of a trial. Both the context in which the statements are made and the expectations of the parties are entirely different. In a trial, a witness is sworn to testify

tenir la divulgation de dossiers privés en la possession de tiers, mais bien comment elle peut l'être d'une manière qui accorde une protection constitutionnelle appropriée à tous les droits constitutionnels en cause.

108 Lorsque la défense demande la production de dossiers en la possession de tiers dont le contenu lui est inconnu, elle se trouve manifestement dans une position difficile. Pour évaluer si cette difficulté pose une menace d'une dimension constitutionnelle à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière, il faut cependant tenir compte d'une chose. Étant donné que ces dossiers ne sont pas en la possession du ministère public et n'ont pas servi de base à ses enquêtes, par définition ils ne font pas partie de la «preuve complète» que l'État doit présenter contre l'accusé. Contrairement aux paquets scellés contenant des éléments de preuve obtenus par écoute électronique, qui représentent les fruits de l'enquête menée par l'État relativement à l'accusé, les dossiers privés en la possession de tiers ne sont pas assujettis à pareille présomption quand à leur caractère substantiel.

109 Je ferai remarquer, en dernier lieu, qu'un élément important de l'équité d'un procès est la nécessité de supprimer les croyances et préjugés discriminatoires du processus d'appréciation des faits: *Seaboyer*, précité. Comme je l'ai signalé dans l'arrêt *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, aux pp. 622 et 623, par exemple, l'affirmation selon laquelle les dossiers thérapeutiques ou socio-psychologiques sont nécessaires pour assurer une défense pleine et entière est souvent grandement discutable, du fait que ces dossiers peuvent très bien risquer davantage de faire dérailler que de faire avancer le processus de recherche de la vérité:

> . . . les dossiers médicaux relatifs à des déclarations faites dans le cours d'une thérapie constituent du ouï-dire et suscitent en soi des problèmes en matière de fiabilité. Les préoccupations qu'exprime le témoin dans le cadre d'une thérapie après le fait ne sauraient équivaloir à un témoignage rendu au cours d'un procès, même en présumant qu'elles ont été correctement comprises et fidèlement prises en note. Le contexte dans lequel ces déclarations ont été faites, tout comme les attentes des

1995 CanLII 51 (SCC)

as to the particular events in issue. By contrast, in therapy an entire spectrum of factors such as personal history, thoughts, emotions as well as particular acts may inform the dialogue between therapist and patient. Thus, there is serious risk that such statements could be taken piecemeal out of the context in which they were made to provide a foundation for entirely unwarranted inferences by the trier of fact. [Emphasis added.]

parties à leur propos, diffèrent totalement. Dans un procès, le témoin fait une déposition sous serment sur les événements particuliers en cause. Dans une thérapie, par contre, le dialogue entre le thérapeute et le patient s'alimente à toute une gamme de facteurs tels l'histoire personnelle, les pensées, les émotions aussi bien que des actes en particulier. Il existe donc un fort risque que le juge des faits se serve de ces déclarations isolément, hors de leur contexte, afin d'en inférer des conclusions totalement injustifiées. [Je souligne.]

(b) *The Right to Privacy*

b) *Le droit à la protection de la vie privée*

110 This Court has on many occasions recognized the great value of privacy in our society. It has expressed sympathy for the proposition that s. 7 of the *Charter* includes a right to privacy: *Beare*, *supra*, at p. 412; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, at p. 369, *per* La Forest J. On numerous other occasions, it has spoken of privacy in terms of s. 8 of the *Charter*: see, e.g., *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417. On still other occasions, it has underlined the importance of privacy in the common law: *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138, at pp. 148-49; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130.

Notre Cour a reconnu à plusieurs reprises la grande valeur de la protection de la vie privée dans notre société. Elle a favorisé la proposition selon laquelle l'art. 7 de la *Charte* comprend un droit à la protection de la vie privée: *Beare*, précité, à la p. 412: *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, à la p. 369, le juge La Forest. À plusieurs autres occasions, elle a parlé de la protection de la vie privée relativement à l'art. 8 de la *Charte*: voir, par exemple, *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417. À d'autres occasions encore, elle a souligné l'importance de la protection de la vie privée en common law: *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138, aux pp. 148 et 149; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130.

111 On no occasion has the relationship between "liberty", "security of the person", and essential human dignity been more carefully canvassed by this Court than in the reasons of Wilson J. in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30. In her judgment, she notes that the *Charter* and the right to individual liberty guaranteed therein are tied inextricably to the concept of human dignity. She urges that both "liberty" and "security of the person" are capable of a broad range of meaning and that a purposive interpretation of the *Charter* requires that the right to liberty contained in s. 7 be read to "guarantee[] to every individual a degree of personal autonomy over important decisions intimately affecting their private lives" (p. 171). Concurring on this point with the majority, she notes, as well, that "security of the person" is sufficiently

Jamais le lien entre la «liberté», la «sécurité de la personne» et la dignité humaine essentielle n'a été examiné plus à fond par notre Cour que dans les motifs du juge Wilson dans *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30. Dans son opinion, elle note que la *Charte* et le droit à la liberté individuelle qui y est garanti sont inextricablement liés à la notion de dignité humaine. Elle fait valoir que la «liberté» et la «sécurité de la personne» peuvent signifier nombre de choses et qu'une interprétation de la *Charte* fondée sur l'objet exige que le droit à la liberté énoncé à l'art. 7 soit considéré comme «garanti[ssant] à chaque individu une marge d'autonomie personnelle sur ses décisions importantes touchant intimement à sa vie privée» (p. 171). Souscrivant sur ce point à la décision de la majorité, elle fait remarquer aussi que la «sécurité de la

1995 CanLII 51 (SCC)

broad to include protection for the psychological integrity of the individual.

Equally relevant, for our purposes, is Lamer J.'s recognition in *Mills*, *supra*, at p. 920, that the right to security of the person encompasses the right to be protected against psychological trauma. In the context of his discussion of the effects on an individual of unreasonable delay contrary to s. 11(*b*) of the *Charter*, he noted that such trauma could take the form of

> stigmatization of the accused, loss of privacy, stress and anxiety resulting from a multitude of factors, including possible disruption of family, social life and work, legal costs, uncertainty as to the outcome and sanction.

If the word "complainant" were substituted for the word "accused" in the above extract, I think that we would have an excellent description of the psychological traumas potentially faced by sexual assault complainants. These people must contemplate the threat of disclosing to the very person accused of assaulting them in the first place, and quite possibly in open court, records containing intensely private aspects of their lives, possibly containing thoughts and statements which have never even been shared with the closest of friends or family.

In the same way that this Court recognized in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, that the "principles of fundamental justice" in s. 7 are informed by fundamental tenets of our common law system and by ss. 8 to 14 of the *Charter*, I think that the terms "liberty" and "security of the person" must, as essential aspects of a free and democratic society, be animated by the rights and values embodied in the common law, the civil law and the *Charter*. In my view, it is not without significance that one of those rights, s. 8, has been identified as having as its fundamental purpose "to protect individuals from unjustified state intrusions upon their privacy" (*Hunter*, *supra*, at p. 160). The right to be secure from unreasonable search and seizure plays a pivotal role in a document that purports to contain the blueprint of the Canadian vision of what

personne» est une notion suffisamment large pour comprendre la protection de l'intégrité psychologique de l'individu.

112 Est également pertinente, en ce qui nous concerne, la reconnaissance par le juge Lamer dans *Mills*, précité, à la p. 920, du fait que le droit à la sécurité de sa personne englobe le droit d'être protégé contre un traumatisme psychique. Dans le contexte de son examen des effets qu'a sur un individu un délai déraisonnable contraire à l'al. 11*b*) de la *Charte*, il a observé qu'un tel traumatisme pourrait prendre la forme de

> stigmatisation de l'accusé, l'atteinte à la vie privée, la tension et l'angoisse résultant d'une multitude de facteurs, y compris éventuellement les perturbations de la vie familiale, sociale et professionnelle, les frais de justice et l'incertitude face à l'issue et face à la peine.

Si l'on substituait le mot «plaignante» au mot «accusé» dans le passage ci-dessus, je pense que nous aurions une excellente description du traumatisme psychique auquel peuvent faire face les plaignantes victimes d'agression sexuelle. Elles doivent envisager la menace de divulguer à la personne accusée de les avoir agressées en premier lieu, et très probablement en pleine cour, des dossiers contenant des aspects totalement privés de leur vie, contenant probablement des pensées et des déclarations qui n'ont jamais été partagées avec leurs amis les plus intimes ou leur famille.

113 De même que notre Cour a reconnu dans *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, que les «principes de justice fondamentale» énoncés à l'art. 7 sont inspirés par les doctrines fondamentales de notre système de common law et par les art. 8 à 14 de la *Charte*, je pense que les mots «liberté» et «sécurité de sa personne» doivent, en tant qu'aspects essentiels d'une société libre et démocratique, être animés par les droits et les valeurs formulés dans la common law, le droit civil et la *Charte*. À mon avis, il n'est pas sans importance que l'un de ces droits, l'art. 8, ait été considéré comme ayant pour objectif fondamental «de protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées de l'État dans leur vie privée» (*Hunter*, précité, à la p. 160). Le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives

1995 CanLII 51 (SCC)

constitutes a free and democratic society. Respect for individual privacy is an essential component of what it means to be "free". As a corollary, the infringement of this right undeniably impinges upon an individual's "liberty" in our free and democratic society.

114 A similarly broad approach to the notion of liberty has been taken in the United States. In *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972), at pp. 571-72, the United States Supreme Court affirmed that "liberty" was a "broad and majestic term" and that "[i]n a Constitution for a free people, there can be no doubt that the meaning of 'liberty' must be broad indeed". More significant for our purposes, the right to privacy was expressly found to reside in the term "liberty" in the Fourteenth Amendment in the landmark case of *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). In a similar vein, the right to personal privacy has also received recognition in international documents such as Article 17 of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, Article 12 of the *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), and Article 8 of the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221.

115 Privacy has traditionally also been protected by the common law, through causes of action such as trespass and defamation. In *Hill*, *supra*, which dealt with a *Charter* challenge to the common law tort of defamation, Cory J. reiterates the constitutional significance of the right to privacy (at para. 121):

> . . . reputation is intimately related to the right to privacy which has been accorded constitutional protection. As La Forest J. wrote in *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 427, privacy, including informational privacy, is "(g)rounded in man's physical and moral autonomy" and "is essential for the well-being of the individual".

joue un rôle central dans un document qui vise à tracer le schéma directeur de la vision canadienne de ce qui constitue une société libre et démocratique. Le respect de la vie privée d'un individu est un élément essentiel de ce que signifie être «libre». Comme corollaire, la violation de ce droit a des répercussions sur la «liberté» d'un individu dans notre société libre et démocratique.

Une vision aussi large de la notion de liberté a été adoptée aux États-Unis. Dans l'arrêt *Board of Regents of State Colleges c. Roth*, 408 U.S. 564 (1972), aux pp. 571 et 572, la Cour suprême des États-Unis a affirmé que le mot «liberté» était un [TRADUCTION] «terme vaste et majestueux» et que [TRADUCTION] «[d]ans la Constitution d'un peuple libre, il ne peut pas faire de doute que le mot «liberté» doit avoir un sens vraiment large». Ce qui est encore plus important en ce qui nous concerne, c'est qu'on a considéré expressément que le droit à la protection de la vie privée réside dans le terme «liberté» utilisé dans le Quatorzième amendement dans l'arrêt célèbre *Roe c. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Dans la même veine, le droit à la protection de la vie privée a également été reconnu dans des documents internationaux tels que l'article 17 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 U.N.T.S. 171, l'article 12 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948), et l'article 8 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221.

La common law, elle aussi, a traditionnellement protégé la vie privée, au moyen de causes d'action comme l'entrée sans autorisation et la diffamation. Dans l'arrêt *Hill*, précité, qui traite d'une contestation en vertu de la *Charte* du délit de diffamation en common law, le juge Cory a réitéré l'importance, sur le plan constitutionnel, du droit à la protection de la vie privée (au par. 121):

> . . . la réputation est étroitement liée au droit à la vie privée, qui jouit d'une protection constitutionnelle. Comme le juge La Forest le dit dans *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, à la p. 427, la vie privée, y compris la vie privée sur le plan de l'information, est «(f)ondée sur l'autonomie morale et physique de la personne» et «est

© 1995 CanLII (SCC)

The publication of defamatory comments constitutes an invasion of the individual's personal privacy and is an affront to that person's dignity. The protection of a person's reputation is indeed worthy of protection in our democratic society and must be carefully balanced against the equally important right of freedom of expression. [Emphasis added.]

Quebec, for its part, has inserted into its new *Civil Code*, S.Q. 1991, c. 64, arts. 35 and 36, which read as follows:

35. Every person has a right to the respect of his reputation and privacy.

No one may invade the privacy of a person without the consent of the person or his heirs unless authorized by law.

36. The following acts, in particular, may be considered as invasions of the privacy of a person:

(1) entering or taking anything in his dwelling;

(2) intentionally intercepting or using his private communications;

(3) appropriating or using his image or voice while he is in private premises;

(4) keeping his private life under observation by any means;

(5) using his name, image, likeness or voice for a purpose other than the legitimate information of the public;

(6) using his correspondence, manuscripts or other personal documents.

As well, s. 5 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, reads:

5. Every person has a right to respect for his private life.

It is apparent, however, that privacy can never be absolute. It must be balanced against legitimate societal needs. This Court has recognized that the essence of such a balancing process lies in assessing reasonable expectation of privacy, and balancing that expectation against the necessity of interference from the state: *Hunter*, *supra*, at pp. 159-60. Evidently, the greater the reasonable expecta-

essentielle à son bien-être». La publication de commentaires diffamatoires constitue une intrusion dans la vie privée d'un individu et un affront à sa dignité. La réputation d'une personne mérite effectivement d'être protégée dans notre société démocratique et cette protection doit être soigneusement mesurée en regard du droit tout aussi important à la liberté d'expression. [Je souligne.]

Le Québec, quant à lui, a inséré dans son nouveau *Code civil*, L.Q. 1991, ch. 64, les art. 35 et 36, qui sont ainsi libellés: 116

35. Toute personne a droit au respect de sa réputation et de sa vie privée.

Nulle atteinte ne peut être portée à la vie privée d'une personne sans que celle-ci ou ses héritiers y consentent ou sans que la loi l'autorise.

36. Peuvent être notamment considérés comme des atteintes à la vie privée d'une personne les actes suivants:

1° Pénétrer chez elle ou y prendre quoi que ce soit;

2° Intercepter ou utiliser volontairement une communication privée;

3° Capter ou utiliser son image ou sa voix lorsqu'elle se trouve dans des lieux privés;

4° Surveiller sa vie privée par quelque moyen que ce soit;

5° Utiliser son nom, son image, sa ressemblance ou sa voix à toute autre fin autre que l'information légitime du public;

6° Utiliser sa correspondance, ses manuscrits ou ses autres documents personnels.

En outre, l'art. 5 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12, se lit ainsi:

5. Toute personne a droit au respect de sa vie privée.

Il est toutefois apparent que la protection de la vie privée ne peut jamais être absolue. Elle doit être pondérée en tenant compte des besoins légitimes de la société. Notre Cour a reconnu qu'un tel processus de pondération repose essentiellement sur l'évaluation de l'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée et la pondération de cette attente en regard de la nécessité de l'interven- 117

1995 CanLII 51 (SCC)

tion of privacy and the more significant the deleterious effects flowing from its breach, the more compelling must be the state objective, and the salutary effects of that objective, in order to justify interference with this right. See *Dagenais, supra.*

118 In *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, albeit in the context of a discussion of s. 8 of the *Charter*, a majority of this Court identified one context in which the right to privacy would generally arise in respect of documents and records (at p. 293):

> In fostering the underlying values of dignity, integrity and autonomy, it is fitting that s. 8 of the *Charter* should seek to protect a biographical core of personal information which individuals in a free and democratic society would wish to maintain and control from dissemination to the state. This would include information which tends to reveal intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual. [Emphasis added.]

Although I prefer not to decide today whether this definition is exhaustive of the right to privacy in respect of all manners of documents and records, I am satisfied that the nature of the private records which are the subject matter of this appeal properly brings them within that rubric. Such items may consequently be viewed as disclosing a reasonable expectation of privacy which is worthy of protection under s. 7 of the *Charter*.

119 The essence of privacy, however, is that once invaded, it can seldom be regained. For this reason, it is all the more important for reasonable expectations of privacy to be protected at the point of disclosure. As La Forest J. observed in *Dyment*, *supra*, at p. 430:

> . . . if the privacy of the individual is to be protected, we cannot afford to wait to vindicate it only after it has been violated. This is inherent in the notion of being secure against unreasonable searches and seizures. Invasion of privacy is clearly at its greatest when there is a search of a dwelling house or other premises. Equally, however, it is present when there is an intrusion on the body of a person. Searches of the person constitute an affront to individual dignity, and the more intrusive the search, the greater the affront.

tion de l'État: *Hunter*, précité, aux pp. 159 et 160. Évidemment, plus l'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée sera grande et plus les effets préjudiciables découlant de sa violation seront importants, plus l'objectif de l'État ainsi que les effets bénéfiques de cet objectif devront être impératifs afin de justifier toute entrave à ce droit. Voir *Dagenais*, précité.

Dans l'arrêt *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, bien que dans le contexte de l'art. 8 de la *Charte*, notre Cour, à la majorité, a identifié un contexte dans lequel le droit à la protection de la vie privée serait généralement soulevé relativement à des documents et à des dossiers (à la p. 293):

> Étant donné les valeurs sous-jacentes de dignité, d'intégrité et d'autonomie qu'il consacre, il est normal que l'art. 8 de la *Charte* protège un ensemble de renseignements biographiques d'ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l'État. Il pourrait notamment s'agir de renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l'individu. [Je souligne.]

Bien que je préfère ne pas décider aujourd'hui s'il s'agit d'une définition exhaustive du droit à la protection de la vie privée à l'égard de toutes sortes de documents et de dossiers, je suis convaincue sans l'ombre d'un doute que la nature des dossiers privés qui font l'objet du présent pourvoi sont inclus sous cette rubrique. Ces renseignements peuvent, par conséquent, être considérés comme comportant une attente raisonnable qu'ils demeureront privés et donc seront dignes de protection en vertu de l'art. 7 de la *Charte*.

Toutefois, l'essence de la notion de vie privée est telle que, dès qu'on y a porté atteinte, on peut rarement la regagner dans son intégralité. Pour cette raison, il est d'autant plus important que les attentes raisonnables en matière de vie privée soient protégées au point de divulgation. Comme le juge La Forest le faisait observer dans *Dyment*, précité, à la p. 430:

> . . . si le droit à la vie privée de l'individu doit être protégé, nous ne pouvons nous permettre de ne faire valoir ce droit qu'après qu'il a été violé. Cela est inhérent à la notion de protection contre les fouilles, les perquisitions

© 1995 Canlii (S.C.C.)

sions of privacy must be prevented, and where privacy is outweighed by other societal claims, there must be clear rules setting forth the conditions in which it can be violated. [Emphasis in last sentence added.]

In the same way that our constitution generally requires that a search be premised upon a pre-authorization which is of a nature and manner that is proportionate to the reasonable expectation of privacy at issue (*Hunter*, *supra*; *Thomson Newspapers*, *supra*), s. 7 of the *Charter* requires a reasonable system of "pre-authorization" to justify court-sanctioned intrusions into the private records of witnesses in legal proceedings. Although it may appear trite to say so, I underline that when a private document or record is revealed and the reasonable expectation of privacy therein is thereby displaced, the invasion is not with respect to the particular document or record in question. Rather, it is an invasion of the dignity and self-worth of the individual, who enjoys the right to privacy as an essential aspect of his or her liberty in a free and democratic society.

(c) *The Right to Equality Without Discrimination*

Unlike virtually every other offence in the *Criminal Code*, sexual assault is a crime which overwhelmingly affects women, children and the disabled. Ninety percent of all victims of sexual assault are female: *Osolin*, *supra*, at p. 669, *per* Cory J. Moreover, studies suggest that between 50 and 80 percent of women institutionalized for psychiatric disorders have prior histories of sexual abuse (T. Firsten, "An Exploration of the Role of Physical and Sexual Abuse for Psychiatrically Institutionalized Women" (1990), unpublished research paper, available from Ontario Women's Directorate). Children are most highly vulnerable (*Sexual Offences Against Children* (the Badgley Report), vol. 1 (1984)).

It is a common phenomenon in this day and age for one who has been sexually victimized to seek counselling or therapy in relation to this occur-

et les saisies abusives. Il faut empêcher les atteintes au droit à la vie privée et, lorsque d'autres exigences de la société l'emportent sur ce droit, il doit y avoir des règles claires qui énoncent les conditions dans lesquelles il peut être enfreint. [Je souligne la dernière phrase.]

De la même manière que notre Constitution exige généralement qu'une saisie soit préalablement autorisée d'une manière proportionnée à l'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée en cause (*Hunter*, précité; *Thomson Newspapers*, précité), l'art. 7 de la *Charte* exige un système raisonnable d'«autorisation préalable» pour justifier les intrusions sanctionnées par le tribunal dans les dossiers privés de témoins dans des poursuites judiciaires. Quoiqu'il puisse paraître banal de le dire, je souligne que, lorsqu'un document ou un dossier privé est communiqué, écartant ainsi l'attente raisonnable relativement à son caractère privé, l'intrusion ne se rapporte pas au document ou au dossier particulier en question. Il s'agit plutôt d'une atteinte à la dignité et à la valeur personnelle de l'individu, qui jouit du droit à la protection de sa vie privée, aspect essentiel de sa liberté dans une société libre et démocratique.

c) *Le droit à l'égalité indépendamment de toute discrimination*

120 Contrairement à presque toute autre infraction du *Code criminel*, l'agression sexuelle est un crime qui touche avant tout les femmes, les enfants et les handicapés. Quatre-vingt-dix pour cent de toutes les victimes d'agression sexuelle sont des femmes: *Osolin*, précité, à la p. 669, le juge Cory. De plus, les études laissent entendre que 50 à 80 pour 100 des femmes placées dans un établissement pour troubles psychiatriques ont déjà été victimes de violence sexuelle (T. Firsten, «An Exploration of the Role of Physical and Sexual Abuse for Psychiatrically Institutionalized Women» (1990), étude inédite disponible auprès de la Direction générale de la condition féminine de l'Ontario). Les enfants aussi sont parmi les plus vulnérables (*Infractions sexuelles à l'égard des enfants* (le rapport Badgley), vol. 1 (1984)).

121 Il n'est pas rare à notre époque que la personne victime d'agression sexuelle tente d'obtenir l'aide d'un socio-psychologue ou d'un thérapeute en rap-

1995 CanLII 51 (SCC)

rence. It therefore stands to reason that disclosure rules or practices which make mental health or medical records routinely accessible in sexual offence proceedings will have disproportionately invasive consequences for women, particularly those with disabilities, and children. In particular, in determining questions of disclosure of records of persons allegedly assaulted in institutions where they get psychiatric assistance, the courts must take care not to create a class of vulnerable victims who have to choose between accusing their attackers and maintaining the confidentiality of their records.

port avec cet incident. Il va sans dire que les règles ou pratiques en matière de divulgation qui rendent les dossiers médicaux ou relatifs à la santé mentale accessibles de façon routinière dans les poursuites judiciaires pour agression sexuelle auront des conséquences disproportionnées pour les femmes, particulièrement celles qui souffrent d'un handicap, et pour les enfants. En particulier, lorsqu'invités à trancher des questions relatives à la divulgation de dossiers concernant des personnes qui auraient été agressées dans des établissements où elles recevaient des soins psychiatriques, les tribunaux doivent prendre soin de ne pas créer une catégorie de victimes vulnérables qui devront choisir entre accuser leurs agresseurs ou maintenir le caractère confidentiel de leurs dossiers.

1995 CanLII 51 (SCC)

122 This Court has recognized the pernicious role that past evidentiary rules in both the *Criminal Code* and the common law, now regarded as discriminatory, once played in our legal system: *Seaboyer*, *supra*. We must be careful not to permit such practices to reappear under the guise of extensive and unwarranted inquiries into the past histories and private lives of complainants of sexual assault. We must not allow the defence to do indirectly what it cannot do directly under s. 276 of the *Code*. This would close one discriminatory door only to open another.

Notre Cour a reconnu le rôle pernicieux que les anciennes règles en matière de preuve du *Code criminel* et de la common law, considérées maintenant comme discriminatoires, ont joué dans notre système judiciaire: *Seaboyer*, précité. Nous devons veiller à ce que de telles pratiques ne réapparaissent pas sous la forme d'enquêtes approfondies et non justifiées sur les antécédents médicaux et la vie privée des plaignantes victimes d'agression sexuelle. Il ne doit pas être permis à la défense de faire indirectement ce qu'elle ne pourrait pas faire directement en vertu de l'art. 276 du *Code*. Cela ne ferait que supprimer une cause de discrimination pour en engendrer une autre.

123 As I noted in *Osolin*, *supra*, at pp. 624-25, uninhibited disclosure of complainants' private lives indulges the discriminatory suspicion that women and children's reports of sexual victimization are uniquely likely to be fabricated. Put another way, if there were an explicit requirement in the *Code* requiring corroboration before women or children could bring sexual assault charges, such a provision would raise serious concerns under s. 15 of the *Charter*. In my view, a legal system which devalues the evidence of complainants to sexual assault by *de facto* presuming their uncreditworthiness would raise similar concerns. It would not reflect, far less promote, "a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern,

Comme je l'ai mentionné dans *Osolin*, précité, aux pp. 624 et 625, la divulgation sans restriction de la vie privée des victimes donne libre cours à la présomption discriminatoire selon laquelle le signalement par les femmes et les enfants des agressions sexuelles dont ils sont victimes est singulièrement susceptible de fabrication. Autrement dit, si le *Code* exigeait expressément qu'il y ait corroboration avant que les femmes ou les enfants puissent porter des accusations d'agression sexuelle, une telle disposition soulèverait de graves préoccupations sous l'art. 15 de la *Charte*. À mon avis, un système judiciaire qui dévalue le témoignage des plaignantes victimes d'agression sexuelle en présumant *de facto* de leur manque de crédibilité soulèverait des préoccupations simi-

respect and consideration" (*Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 171).

laires. Ce ne serait pas refléter, encore moins favoriser, «l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération» (*Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 171).

Routine insistence on the exposure of complainants' personal backgrounds has the potential to reflect a built-in bias in the criminal justice system against those most vulnerable to repeat victimization. Such requests, in essence, rest on the assumption that the personal and psychological backgrounds and profiles of complainants of sexual assault are relevant as to whether or not the complainant consented to the sexual contact, or whether the accused honestly believed that she consented. Although the defence must be free to demonstrate, without resort to stereotypical lines of reasoning, that such information is actually relevant to a live issue at trial, it would mark the triumph of stereotype over logic if courts and lawyers were simply to assume such relevance to exist, without requiring any evidence to this effect whatsoever.

Insister sur la révélation routinière des antécédents personnels des plaignantes peut refléter une partialité inhérente au système de justice pénale contre les personnes les plus vulnérables d'être victimisées à nouveau. De telles demandes reposent essentiellement sur l'affirmation que les antécédents et profils personnels et psychologiques des plaignantes victimes d'agression sexuelle sont pertinents pour déterminer si la plaignante a consenti aux relations sexuelles ou si l'accusé a cru sincèrement qu'elle y consentait. Bien que la défense doive être libre de prouver, sans recourir à des raisonnements stéréotypés, que de tels renseignements ont vraiment trait à une question réellement en litige, cela marquerait le triomphe des stéréotypes sur la logique si les tribunaux et les avocats devaient simplement supposer l'existence d'une telle pertinence sans exiger aucun élément de preuve à cet égard.

124

1995 CanLII 51 (SCC)

It is revealing, for instance, to compare the approach often taken to private records in sexual assault trials with the approach taken in three decisions in which private files were sought by defence counsel in situations which did not involve sexual assaults. In *Gingras*, *supra*, the defence in a murder case sought disclosure of the prison file of an important Crown witness, who was serving time in a penitentiary in another province. The credibility of the witness was invoked as being at issue. In addition to finding important irregularities in the disclosure order, the Court concluded that the disclosure request amounted to no more than a fishing expedition and therefore quashed the order, notwithstanding the seriousness of the charge against the accused.

Il est révélateur, par exemple, de comparer la solution souvent retenue dans le cas des dossiers privés dans des procès pour agression sexuelle avec la solution retenue dans trois décisions dans lesquelles des dossiers privés ont été requis par l'avocat de la défense dans des situations qui n'impliquaient pas d'agression sexuelle. Dans *Gingras*, précité, une affaire de meurtre, la défense a demandé la divulgation du dossier d'emprisonnement d'un témoin important du ministère public, qui purgeait une peine dans un pénitencier situé dans une autre province. On soutenait que la crédibilité du témoin était en cause. En plus de découvrir d'importantes irrégularités dans l'ordonnance de divulgation, la Cour a conclu que la demande de divulgation équivalait à rien de plus qu'à une partie de pêche et a donc annulé l'ordonnance, malgré la gravité de l'accusation portée contre l'accusé.

125

In both *R. v. Gratton*, [1987] O.J. No. 1984 (Prov. Ct.), and *R. v. Callaghan*, [1993] O.J. No.

Dans *R. c. Gratton*, [1987] O.J. No. 1984 (C. prov.), et *R. c. Callaghan*, [1993] O.J.

126

2013 (Ont. Ct. (Prov. Div.)), an accused charged with assault of a police officer sought disclosure of the officer's personnel files and, in particular, any files relating to complaints or disciplinary actions taken against the officer. In both cases, the justification offered for this disclosure was to show that the officer had a propensity for violence. In both cases, in the absence of any evidence as to the likelihood that the records would contain evidence to the predisposition to violence or unreasonable use of force, the judge refused to give disclosure of those files. The contents of the files were characterized as hearsay, as potentially based on unfounded allegations, and as generally irrelevant. The only disclosure granted was of a file containing details of the formal investigation of the particular complaint filed by the accused in relation to activity which was the subject matter of the charges.

No. 2013 (Cour Ont. (Div. prov.)), une personne accusée d'avoir agressé un agent de police a demandé la divulgation de dossiers personnels de l'agent et, en particulier, de tous les dossiers relatifs aux plaintes portées ou aux mesures disciplinaires prises contre l'agent. Dans les deux cas, on prétendait vouloir prouver que l'agent avait une propension à la violence. Dans les deux cas, en l'absence de preuve quant à la probabilité que les dossiers contiendraient des éléments de preuve concernant une prédisposition à la violence ou à l'utilisation abusive de la force, le juge a refusé la divulgation de ces dossiers. Le contenu des dossiers a été qualifié de ouï-dire, de potentiellement basé sur des allégations non fondées et de non pertinent en général. La seule divulgation permise avait trait à un dossier contenant des détails sur l'enquête officielle de la plainte particulière déposée par l'accusé en rapport avec l'activité qui faisait l'objet des accusations.

127 I see no reason to treat a sexual assault complainant any differently, or to accord any less respect to her credibility or privacy, than that which was accorded police officers and convicted criminals in the above-mentioned cases.

Je ne vois aucune raison de traiter la plaignante victime d'agression sexuelle de façon différente, ou d'accorder moins de respect à sa crédibilité ou à sa vie privée, que lorsqu'il s'agit d'agents de police et de criminels reconnus coupables dans les affaires susmentionnées.

128 All of these factors, in my mind, justify concluding not only that a privacy analysis creates a presumption against ordering production of private records, but also that ample and meaningful consideration must be given to complainants' equality rights under the *Charter* when formulating an appropriate approach to the production of complainants' records. Consequently, I have great sympathy for the observation of Hill J. in *R. v. Barbosa* (1994), 92 C.C.C. (3d) 131 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), to this effect (at p. 141):

> In addressing the disclosure of records, relating to past treatment, analysis, assessment or care of a complainant, it is necessary to remember that the pursuit of full answer and defence on behalf of an accused person should be achieved without indiscriminately or arbitrarily eradicating the privacy of the complainant. Systemic revictimization of a complainant fosters disrepute for the criminal justice system. [Emphasis added.]

Tous ces facteurs, selon moi, justifient de conclure non seulement qu'une analyse du droit à la vie privée crée une présomption contre une ordonnance de production de dossiers privés, mais aussi qu'il faut prendre sérieusement en considération les droits à l'égalité des plaignantes que garantit la *Charte* lorsque vient le temps de formuler une méthode appropriée de production des dossiers de plaignantes. Je partage donc l'observation du juge Hill à cet égard, dans *R. c. Barbosa* (1994), 92 C.C.C. (3d) 131 (C. Ont. (Div. gén.)), à la p. 141:

> [TRADUCTION] Au moment d'aborder la divulgation de dossiers se rapportant au traitement, à l'analyse, à l'évaluation ou aux soins dont un plaignant a fait l'objet par le passé, il est nécessaire de se rappeler que la présentation d'une défense pleine et entière au nom de la personne accusée devrait être rendue possible sans supprimer de façon discriminatoire ou arbitraire la protection de la vie privée du plaignant. Le fait que le plaignant soit systématiquement victimisé de nouveau risque de déconsidérer le système de justice pénale. [Je souligne.]

1995 CanLII 51 (SCC)

(iii) Balancing Competing Values

As Lamer C.J. recently noted for the majority in *Dagenais*, *supra*, at p. 877, competing constitutional considerations must be balanced with particular care:

> A hierarchical approach to rights, which places some over others, must be avoided, both when interpreting the *Charter* and when developing the common law. When the protected rights of two individuals come into conflict . . . *Charter* principles require a balance to be achieved that fully respects the importance of both sets of rights.

Notwithstanding my agreement with this proposition, I would emphasize that the imagery of conflicting rights which it conjures up may not always be appropriate. One such example is the interrelation between the equality rights of complainants in sexual assault trials and the rights of the accused to a fair trial. The eradication of discriminatory beliefs and practices in the conduct of such trials will enhance rather than detract from the fairness of such trials. Conversely, sexual assault trials that are fair will promote the equality of women and children, who are most often the victims.

From my earlier remarks, moreover, it should be clear that I am satisfied that witnesses have a right to privacy in relation to private documents and records (i.e. documents and records in which they hold a reasonable expectation of privacy) which are not a part of the Crown's "case to meet" against the accused. They are entitled not to be deprived of their reasonable expectation of privacy except in accordance with the principles of fundamental justice. In cases such as the present one, any interference with the individual's right to privacy comes about as a result of another person's assertion that this interference is necessary in order to make full answer and defence. As important as the right to full answer and defence may be, it must co-exist with other constitutional rights, rather than trample them: *Dagenais*, *supra*, at

(iii) La pondération de valeurs conflictuelles

129 Comme le juge en chef Lamer l'a noté récemment au nom de la majorité dans *Dagenais*, précité, à la p. 877, il faut pondérer avec un soin particulier les considérations constitutionnelles conflictuelles:

> Il faut se garder d'adopter une conception hiérarchique qui donne préséance à certains droits au détriment d'autres droits, tant dans l'interprétation de la *Charte* que dans l'élaboration de la common law. Lorsque les droits de deux individus sont en conflit [. . .] les principes de la *Charte* commandent un équilibre qui respecte pleinement l'importance des deux catégories de droits.

1995 CanLII 51 (SCC)

Tout en étant d'accord avec cette proposition, je soulignerais le fait que les images de conflits de droit qu'on évoque peuvent ne pas toujours être appropriées. Un exemple est celui de l'interaction entre les droits à l'égalité des plaignantes dans des procès pour agression sexuelle et les droits des accusés à un procès équitable. La suppression des croyances et des pratiques discriminatoires dans la conduite de ces procès accroîtra, au lieu de la diminuer, l'équité des procès de ce genre. Réciproquement, les procès pour agression sexuelle qui seront équitables favoriseront l'égalité des femmes et des enfants, qui en sont le plus souvent victimes.

130 Il devrait cependant ressortir clairement de mes remarques antérieures que je suis convaincue que les témoins ont droit à la protection de leur vie privée en ce qui a trait aux documents et aux dossiers privés (c.-à-d. les documents et les dossiers pour lesquels il existe une attente raisonnable de protection du caractère privé) qui ne font pas partie de la «preuve complète» que le ministère public doit présenter contre l'accusé. Il ne peut être porté atteinte à leur attente raisonnable en matière de protection de la vie privée qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Dans les affaires semblables à la présente, toute entrave au droit d'un individu à la protection de sa vie privée provient de l'affirmation par une autre personne que cette entrave est nécessaire à la présentation d'une défense pleine et entière. Aussi important

p. 877. Privacy and equality must not be sacrificed willy-nilly on the altar of trial fairness.

que puisse être le droit de présenter une défense pleine et entière, il doit coexister avec d'autres droits constitutionnels plutôt que de les éclipser: *Dagenais*, précité, à la p. 877. La protection de la vie privée et l'égalité ne doivent pas être sacrifiées sans autre forme de procès sur l'autel de l'équité du procès.

131 The proper approach to be taken in contexts involving competing constitutional rights may be analogized from *Dagenais*, at p. 891. In particular, since an applicant seeking production of private records from third parties is seeking to invoke the power of the state to violate the privacy rights of other individuals, the applicant must show that the use of the state power to compel production is justified in a free and democratic society. If it is not, then the other person's privacy rights will have been infringed in a manner that is contrary to the principles of fundamental justice.

L'approche appropriée dans les contextes mettant en jeu des droits constitutionnels conflictuels peut être résolue par analogie avec l'arrêt *Dagenais*, à la p. 891. En particulier, étant donné que c'est le requérant qui demande la production de dossiers privés en la possession de tiers et, à cette fin, tente d'invoquer le pouvoir de l'État de violer les droits à la protection de la vie privée d'autres individus, il doit prouver que l'utilisation du pouvoir de l'État d'imposer la production est justifiée dans une société libre et démocratique. Si tel n'est pas le cas, les droits à la protection de la vie privée de l'autre personne seront violés d'une manière contraire aux principes de justice fondamentale.

132 The use of state power to compel production of private records will be justified in a free and democratic society when the following criteria are applied. First, production should only be granted when it is shown that the accused cannot obtain the information sought by any other reasonably available and effective alternative means. Second, production which infringes upon a right to privacy must be as limited as reasonably possible to fulfil the right to make full answer and defence. Third, arguments urging production must rest upon permissible chains of reasoning, rather than upon discriminatory assumptions and stereotypes. Finally, there must be a proportionality between the salutary effects of production on the accused's right to make full answer and defence as compared with the deleterious effects on the party whose private records are being produced. The measure of proportionality must reflect the extent to which a reasonable expectation of privacy vests in the particular records, on the one hand, and the importance of the issue to which the evidence relates, on the other. Moreover, courts must remain alive to the fact that, in certain cases, the deleterious effects of

L'utilisation du pouvoir de l'État d'ordonner la production de dossiers privés sera justifiée dans une société libre et démocratique lorsque les critères suivants seront appliqués. Premièrement, la production ne devrait être ordonnée que lorsqu'il est prouvé que l'accusé ne peut obtenir les renseignements demandés par d'autres moyens raisonnablement disponibles et efficaces. Deuxièmement, la production qui viole le droit à la protection de la vie privée doit être aussi limitée qu'il est raisonnablement possible pour respecter le droit de présenter une défense pleine et entière. Troisièmement, les arguments en faveur de la production doivent se fonder sur un raisonnement permis et non pas sur des suppositions et des stéréotypes discriminatoires. En dernier lieu, il doit y avoir proportionnalité entre les effets bénéfiques de la production sur le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière et les effets préjudiciables pour la partie dont les dossiers privés sont divulgués. La mesure de proportionnalité doit refléter l'étendue de l'attente raisonnable de protection du caractère privé des dossiers particuliers, d'une part, et l'importance de la question à laquelle a trait la preuve, de

1995 CanLII 51 (SCC)

production may demonstrably include negative effects on the complainant's course of therapy, threatening psychological harm to the individual concerned and thereby resulting in a concomitant deprivation of the individual's security of the person.

All of the above considerations must be borne in mind when formulating an appropriate approach to the difficult issue raised in this appeal. Using these ground rules to structure our analysis, it is now possible to elaborate upon an approach to production of third parties' private records that, it is hoped, will maintain the greatest possible degree of proportionality in reconciling the equally important constitutional concerns of full answer and defence, privacy, and equality without discrimination.

(iv) Procedure for Obtaining Production

I would give substance to the general principles elaborated above by way of the following process. The first step for an accused who seeks production of private records held by a third party is to obtain and serve on the third party a *subpoena duces tecum*. When the subpoena is served, the accused should notify the Crown, the subject of the records, and any other person with an interest in the confidentiality of the records that the accused will ask the trial judge for an order for their production. Then, at the trial, the accused must bring an application supported by appropriate affidavit evidence showing that the records are likely to be relevant either to an issue in the trial or to the competence to testify of the subject of the records. If the records are relevant, the court must balance the salutary and deleterious effects of ordering that the records be produced to determine whether, and to what extent, production should be ordered.

l'autre. En outre, les tribunaux doivent rester sensibles au fait que, dans certains cas, les effets préjudiciables de la production peuvent visiblement comporter des effets négatifs sur le déroulement de la thérapie de la plaignante, ce qui menacerait de nuire psychologiquement à la personne concernée et entraînerait pour elle une privation concomitante du droit à sa propre sécurité.

Il faut garder à l'esprit toutes ces considérations 133
dans la formulation d'une approche appropriée à la difficile question soulevée dans le présent pourvoi. Ayant fait appel à ces notions de base pour structurer notre analyse, il est maintenant possible d'élaborer une approche à la production des dossiers privés en la possession de tiers qui, il est à souhaiter, maintiendra le plus haut degré possible de proportionnalité de manière à réconcilier les préoccupations constitutionnelles également importantes relatives à la présentation d'une défense pleine et entière, la protection de la vie privée et l'égalité indépendamment de toute discrimination.

1995 CanLII 51 (SCC)

(iv) Procédure visant à obtenir la production

Le processus suivant tient compte des principes 134
généraux que je viens de formuler. Premièrement, l'accusé qui cherche à obtenir la production de dossiers privés en la possession d'un tiers doit obtenir un *subpoena duces tecum* et le lui signifier. Après la signification de l'assignation, l'accusé doit aviser le ministère public, la personne visée par les dossiers et toute autre personne ayant un intérêt dans le caractère privé des dossiers, qu'il demandera au juge du procès d'en ordonner la production. Ensuite, au procès, l'accusé doit présenter une demande appuyée d'une preuve par affidavit indiquant que les dossiers sont susceptibles de se rapporter soit à une question en litige dans l'instance soit à l'habilité à témoigner de la personne visée par les dossiers. Si les dossiers sont pertinents, le tribunal doit alors pondérer les effets bénéfiques et les effets préjudiciables qu'entraînerait la délivrance en faveur de la défense de l'ordonnance de production de ces dossiers pour déterminer si et dans quelle mesure la production devrait être ordonnée.

(a) *Subpoena duces tecum and Notice to Interested Parties*

135 The form of the *subpoena duces tecum* and the procedure for its issuance are described in Part XXII of the *Criminal Code*. In particular, a subpoena will not issue unless the applicant shows that the witness is likely to give material evidence in the proceeding: s. 698(1). The function of the subpoena is to summon the witness — in this case, the guardian of the records — to court and to require the witness to bring the documents described in the subpoena. It does not, in itself, require the witness to produce the records to the court or to the defence.

136 When the subpoena is served, the accused should give written notice to anyone with an interest in the confidentiality of the records that a motion will be brought for an order for production of the records. Interested persons include the Crown, the person who is the subject of the records, the guardian of the records, and any other person required by statute to be notified. Failure to give notice to all interested parties will be fatal to the application, although the accused may reapply and, as a matter of convenience, notice to the guardian of the records may accompany the *subpoena duces tecum*.

(b) *Application for Production*

137 At the trial, when the accused applies for an order for production of the records, the judge should follow a two-stage approach. First, the accused must demonstrate that the information contained in the records is likely to be relevant either to an issue in the proceedings or to the competence to testify of the person who is the subject of the records. If the information does not meet this threshold of relevance, then the analysis ends here and no order will issue. However, if the information is likely relevant to an issue at trial or to the competence of the subject to testify, the court must weigh the positive and negative consequences of production, with a view to determining whether, and to what extent, production should be

a) *Subpoena duces tecum et avis aux parties intéressées*

La partie XXII du *Code criminel* prévoit la forme que prend le *subpoena duces tecum* et la procédure relative à son émission. Tout particulièrement, l'assignation ne sera permise que si la demande établit que le témoin est susceptible de fournir une preuve substantielle: par. 698(1). L'assignation a pour but de citer le témoin — en l'espèce, le gardien des dossiers — à comparaître en cour et d'exiger qu'il apporte les documents décrits dans l'assignation. En soi, elle n'exige pas que le témoin divulgue les dossiers au tribunal ou à la défense.

Lors de la signification du subpoena, l'accusé doit aviser par écrit toutes les personnes qui peuvent avoir un intérêt dans le caractère confidentiel des dossiers qu'une requête sera présentée en vue d'obtenir une ordonnance pour la production des dossiers. Parmi les personnes intéressées, mentionnons le ministère public, la personne visée par les dossiers, le gardien des dossiers et toute autre personne qui doit être informée selon la loi. L'omission d'aviser toutes les parties concernées sera fatale à cette requête bien que l'accusé puisse présenter une nouvelle requête et que, par souci de commodité, le *subpoena duces tecum* puisse être accompagné d'un avis au gardien des dossiers.

b) *Demande de production*

Au procès, lorsque l'accusé demande une ordonnance de production des dossiers, le juge devrait procéder en deux étapes. Premièrement, l'accusé doit démontrer que les renseignements contenus dans les dossiers sont susceptibles de se rapporter soit à une question en litige dans l'instance soit à la capacité à témoigner de la personne visée par les dossiers. Si les renseignements ne satisfont pas à cette exigence minimale en matière de pertinence, l'analyse prend fin et aucune ordonnance ne sera rendue. Toutefois, si les renseignements se rapportent vraisemblablement soit à une question en litige dans l'instance soit à l'habilité à témoigner de la personne visée, le tribunal doit pondérer les effets bénéfiques et les effets préjudiciables de la

1995 CanLII 59 (SCC)

ordered. At each stage counsel for all interested parties should be permitted to make submissions.

(1) Relevance

At the outset, the accused must establish a basis which could enable the presiding judge to conclude that there is actually in existence further material which may be useful to the accused in making full answer and defence, in the sense that it is logically probative (*Chaplin*, *supra*, at pp. 743-45). In other words, the accused must satisfy the court that the information contained in the records is likely to be relevant either to an issue in the proceeding or to the competence of the subject to testify (*O'Connor No. 2*, *supra*).

It may be useful at this stage for the third party guardian of the records to prepare a list of the records in its possession. In an appropriate case, the trial judge may require such a list to be provided to the accused and the other interested parties. This was done, for example, in *Barbosa*, *supra*, albeit in the somewhat different context of a request by the Crown to withhold disclosure of records in its own possession. In that decision, Hill J. made the following comments about the utility of an inventory of records (at p. 136):

> The existence of an inventory not only promotes procedural efficiency during argument of an application of this type, but also has the advantage of potentially permitting defence counsel to focus the subject-matter of his application to a population of documents less than the whole of those in the custody of the relevant custodian. On occasion, such an inventory promotes further informal discussions between defence and Crown counsel leading to further disclosure without review by the court.

However, I wish to emphasize that, like any other motion, an application for an order for production of private records held by a third party must be accompanied by affidavit evidence which establishes to the judge's satisfaction that the

production pour déterminer si et dans quelle mesure la production devrait être ordonnée. À chaque étape, on devrait accorder aux avocats des parties intéressées la possibilité de présenter des arguments.

(1) Pertinence

Dès le départ, l'accusé doit établir une base qui permettrait au juge de conclure à l'existence réelle d'autres documents qui peuvent être utiles à l'accusé pour présenter une défense pleine et entière (*Chaplin*, précité, aux pp. 743 à 745) en ce sens qu'ils sont logiquement probants. En d'autres termes, l'accusé doit convaincre le tribunal que les renseignements contenus dans les dossiers sont susceptibles de se rapporter soit à une question en litige dans l'instance soit à l'habilité à témoigner de la personne visée (*O'Connor n° 2*, précité). 138

À ce stade, il peut être utile pour le tiers gardien des dossiers de préparer une liste des dossiers en sa possession. Le cas échéant, le juge du procès peut exiger qu'une telle liste soit fournie à l'accusé et aux autres parties intéressées. Par exemple, c'est ce qui a été fait dans l'arrêt *Barbosa*, précité, malgré le contexte quelque peu différent d'une requête présentée par le ministère public visant à empêcher la divulgation des dossiers en sa propre possession. Dans cet arrêt, le juge Hill a fait les remarques suivantes sur l'utilité d'un inventaire des dossiers (à la p. 136): 139

> [TRADUCTION] L'existence d'un inventaire non seulement favorise l'efficacité procédurale au cours du débat sur une demande de ce genre, mais a également l'avantage de pouvoir permettre à l'avocat de la défense de faire porter précisément l'objet de sa demande sur un nombre de documents moins élevé que ceux qui sont en la possession du gardien visé. À l'occasion, un tel inventaire favorise la tenue d'autres discussions informelles entre les avocats de la défense et du ministère public entraînant des divulgations additionnelles sans contrôle par les tribunaux.

Je tiens, toutefois, à souligner que, comme pour toute autre requête, une demande visant à obtenir une ordonnance pour la production de dossiers privés en la possession d'un tiers doit être accompagnée d'une preuve par affidavit qui établit à la 140

1995 CanLII 51 (SCC)

information sought is likely to be relevant. The accused's demonstration that information is likely to be relevant must be based on evidence, not on speculative assertions or on discriminatory or stereotypical reasoning.

141 The Chief Justice and Sopinka J. argue that accused persons are placed in a difficult situation by the requirement that they prove the likely relevance of the documents without having access to them. My colleagues point to the decisions of this Court in *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637, *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505 (especially at pp. 1513-14), *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, and *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469, and conclude that the standard of "likely relevance" should not be interpreted as an onerous burden. I would begin by noting that *Carey* arose in the context of a civil action in which neither the right to full answer and defence nor any constitutional right of privacy were engaged; it therefore has no application here. As for *Dersch*, *Garofoli* and *Durette*, a majority of this Court held in those cases that an accused is entitled to have access to information used by police to obtain a wiretap authorization because, without such access, the accused cannot realistically challenge the legality of the surveillance. However, in those cases, the accused sought access to records created by the state as part of its investigation; that situation can hardly be compared to the situation of an accused who demands access to therapeutic or other private records created and held by a third party. The records here in question are not within the possession or control of the Crown, do not form part of the Crown's "case to meet", and were created by a third party for a purpose unrelated to the investigation or prosecution of the offence. In my opinion, it cannot be assumed that such records are likely to be relevant, and if the accused is unable to show that they are, then the application for production must be

satisfaction du juge que les renseignements demandés sont susceptibles d'être pertinents. La démonstration par l'accusé que les renseignements sont susceptibles d'être pertinents doit être fondée sur la preuve et non sur des affirmations spéculatives ou sur un raisonnement discriminatoire ou stéréotypé.

Le Juge en chef et le juge Sopinka soutiennent que les accusés se trouvent dans une situation difficile parce qu'ils sont tenus de démontrer la pertinence probable des documents sans y avoir accès. Mes collègues soulignent les arrêts de notre Cour *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637, *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505 (spécialement aux pp. 1513 et 1514), *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, et *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469, et concluent que le critère de la «pertinence probable» ne devrait pas être interprété comme constituant un fardeau onéreux. Je tiens tout d'abord à signaler que l'arrêt *Carey* se situait dans le contexte d'une action civile dans laquelle il n'était question ni du droit à une défense pleine et entière ni d'un droit constitutionnel à la protection de la vie privée; il ne s'applique donc pas en l'espèce. En ce qui concerne les arrêts *Dersch*, *Garofoli* et *Durette*, notre Cour, à la majorité, y a conclu qu'un accusé a le droit d'avoir accès aux renseignements utilisés par les policiers pour obtenir une autorisation d'écoute électronique car, sans un tel accès, l'accusé ne peut de façon réaliste contester la légalité de la surveillance. Toutefois, dans ces affaires, l'accusé cherchait à avoir accès à des dossiers créés par l'État dans le cadre de son enquête; cette situation peut difficilement être comparée à la situation de l'accusé qui demande l'accès à des dossiers thérapeutiques ou d'autres dossiers privés créés et conservés par un tiers. Les dossiers visés en l'espèce ne sont pas en la possession ou sous le contrôle du ministère public, ne font pas partie de la «preuve complète» du ministère public et ont été créés par un tiers à une fin non reliée à l'enquête ou à la poursuite de l'infraction. À mon avis, on ne peut présumer que ces dossiers seront vraisemblablement pertinents et si l'accusé est incapable d'en démontrer la pertinence, alors la demande de production doit être

1995 CanLII 51 (SCC)

rejected as it amounts to nothing more than a fishing expedition.

The burden on an accused to demonstrate likely relevance is a significant one. For instance, it would be insufficient for the accused to demand production simply on the basis of a bare, unsupported assertion that the records might impact on "recent complaint" or the "kind of person" the witness is. Similarly, the applicant cannot simply invoke credibility "at large", but must rather provide some basis to show that there is likely to be information in the impugned records which would relate to the complainant's credibility on a particular, material issue at trial. Equally inadequate is a bare, unsupported assertion that a prior inconsistent statement might be revealed, or that the defence wishes to explore the records for "allegations of sexual abuse by other people". Such requests, without more, are indicative of the very type of fishing expedition that this Court has previously rejected in other contexts. See, in the context of cross-examination on sexual history, *Osolin*, *supra*, at p. 618, *per* L'Heureux-Dubé J. dissenting, and *Seaboyer*, *supra*, at p. 634, *per* McLachlin J. for the majority; in the context of search and seizure, *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416, at p. 448, *per* Sopinka J. for the Court, and *Hunter*, *supra*, at p. 167, *per* Dickson J. (as he then was) for the Court; in the context of wiretaps and their supporting affidavits, *Chaplin*, *supra*, at p. 746, *per* Sopinka J. for the Court, *Durette*, *supra*, at p. 523, *per* L'Heureux-Dubé J. dissenting, *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111, at p. 1169, *per* La Forest J. dissenting, and *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at p. 55, *per* La Forest J. for the majority. See also *Cross on Evidence* (7th ed. 1990), at pp. 51 *et seq.*; *Halsbury's Laws of England* (4th ed. 1976), vol. 17, para. 5, at p. 7.; *Wigmore on Evidence* (3rd ed. 1940), vol. 1, para. 9, at pp. 655 *et seq.*

rejetée comme n'équivalant à rien d'autre qu'une partie de pêche.

La charge qui incombe à l'accusé de démontrer la pertinence probable est considérable. Par exemple, il ne suffira pas que l'accusé demande la production de dossiers en se fondant uniquement sur une simple déclaration non étayée selon laquelle les dossiers pourraient influer sur une «plainte récente» ou le «genre de personne» qu'est le témoin. De la même manière, le requérant ne peut pas simplement invoquer la crédibilité «en général», mais il doit plutôt fournir une base pour prouver qu'il y a des chances que les dossiers contestés contiennent des renseignements qui se rapporteraient à la crédibilité de la plaignante sur une question particulière et essentielle en litige. Tout aussi insuffisante est la simple affirmation non étayée selon laquelle une déclaration antérieure incompatible pourrait être révélée ou selon laquelle la défense désire examiner les dossiers en vue de trouver des «allégations d'abus sexuel commis par d'autres personnes». De telles demandes sont, sans plus, indicatives du type même de partie de pêche que notre Cour a déjà rejeté dans d'autres contextes. Voir, dans le contexte d'un contre-interrogatoire sur le comportement sexuel antérieur, *Osolin*, précité, à la p. 618, le juge L'Heureux-Dubé dissidente, et *Seaboyer*, précité, à la p. 634, le juge McLachlin au nom de la majorité; dans le contexte des fouilles, perquisitions ou saisies, *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, à la p. 448, le juge Sopinka au nom de la Cour, et *Hunter*, précité, à la p. 167, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) au nom de la Cour; dans le contexte de l'écoute électronique et des affidavits à l'appui, *Chaplin*, précité, à la p. 746, le juge Sopinka au nom de la Cour, *Durette*, précité, à la p. 523, le juge L'Heureux-Dubé dissidente, *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111, à la p. 1169, le juge La Forest dissident, et *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, à la p. 55, le juge La Forest au nom de la majorité. Voir également *Cross on Evidence* (7e éd. 1990), aux pp. 51 et suiv.; *Halsbury's Laws of England* (4e éd. 1976), vol. 17, par. 5, à la p. 7; *Wigmore on Evidence* (3e éd. 1940), vol. 1, par. 9, aux pp. 655 et suiv.

142

1995 CanLII 51 (SCC)

143 Similarly, the mere fact that a witness has a medical or psychiatric record cannot be taken as indicative of the potential unreliability of his or her testimony. Any suggestion that a particular treatment, therapy, illness, or disability implies unreliability must be informed by cogent evidence, rather than stereotype, myth or prejudice. For these reasons, it would also be inappropriate for judicial notice to be taken of the fact that unreliability may be inferred from any particular course of treatment. See *R. v. K. (V.)* (1991), 4 C.R. (4th) 338 (B.C.C.A.), at pp. 350-51.

144 Finally, it must not be presumed that the mere fact that a witness received treatment or counselling after a sexual assault indicates that the records will contain information that is relevant to the defence. The focus of therapy is vastly different from that of an investigation or other process undertaken for the purposes of the trial. While investigations and witness testimony are oriented toward ascertaining historical truth — namely, the facts surrounding the alleged assault — therapy generally focuses on exploring the complainant's emotional and psychological responses to certain events, after the alleged assault has taken place. Victims often question their perceptions and judgment, especially if the assailant was an acquaintance. Therapy is an opportunity for the victim to explore her own feelings of doubt and insecurity. It is not a fact-finding exercise. Consequently, the vast majority of information noted during therapy sessions bears no relevance whatsoever or, at its highest, only an attenuated sense of relevance to the issues at trial. Moreover, as I have already noted elsewhere, much of this information is inherently unreliable and, therefore, may frustrate rather than further the truth-seeking process. Thus, although the fact that an individual has sought counselling after an alleged assault may certainly raise the applicant's hopes for a fruitful fishing expedition, it does not follow, absent other

De même, le simple fait qu'un témoin ait des antécédents médicaux ou psychiatriques ne peut pas être considéré comme indiquant que son témoignage pourrait manquer de crédibilité. Toute suggestion selon laquelle un traitement, une thérapie, une maladie ou un handicap entraînent un manque de crédibilité doit reposer sur une preuve convaincante plutôt que sur des stéréotypes, des mythes ou des préjugés. Pour ces raisons, il ne serait pas non plus approprié que le tribunal prenne connaissance d'office du fait que le manque de crédibilité puisse se déduire d'un traitement particulier. Voir *R. c. K. (V.)* (1991), 4 C.R. (4th) 338 (C.A.C.-B.), aux pp. 350 et 351.

En dernier lieu, il ne faut pas présumer que le simple fait qu'un témoin ait suivi un traitement ou reçu des conseils socio-psychologiques après une agression sexuelle indique que les dossiers contiendront des renseignements qui se rapportent à la défense. Une thérapie ne met pas du tout l'accent sur les mêmes choses qu'une enquête ou un autre processus entrepris aux fins du procès. Alors que les enquêtes et les dépositions des témoins visent à déterminer la vérité historique — à savoir les faits entourant l'agression alléguée — la thérapie met généralement l'accent sur l'examen des réactions émotives et psychologiques de la plaignante à certains événements, après que l'agression sexuelle ait eu lieu. Les victimes mettent souvent en doute leurs perceptions et leur bon jugement, tout particulièrement si l'agresseur était une connaissance. La thérapie offre à la victime l'occasion d'explorer ses propres sentiments de doute et d'insécurité. Ce n'est pas un exercice d'appréciation des faits. Par conséquent, la vaste majorité des renseignements notés au cours des séances de thérapie ne sont nullement pertinents ou, tout au plus, se rapportent peu aux questions en litige. De plus, comme je l'ai déjà mentionné ailleurs, bon nombre de ces renseignements sont peu fiables en soi et peuvent donc entraver plutôt que faciliter le processus de recherche de la vérité. Même si le fait qu'une personne ait sollicité des conseils socio-psychologiques après une présumée agression sexuelle peut certainement susciter chez le requérant l'espoir d'une partie de pêche fructueuse, il ne s'ensuit pas, en l'absence d'autres éléments de preuve, que les ren-

1995 CanLII 51 (SCC)

evidence, that information found in those records is likely to be relevant to the accused's defence.

Unlike my colleagues Lamer C.J. and Sopinka J., I would not take the "sheer number" of cases in which production has been ordered in the past as a demonstration of the potential relevance of therapeutic records. Whatever may have been their past practice in this regard, judges should be encouraged to carefully scrutinize claims of relevance in a manner that is sensitive to the therapeutic context and the nature of records created in that context. Without such sensitivity, the danger is great that records having no real relevance will be produced, the search for truth frustrated, and the rights of complainants needlessly violated.

In establishing the required evidentiary basis, the applicant may resort to the Crown's disclosure, to its own witnesses, and to cross-examination of the Crown witnesses at both the preliminary inquiry and the trial. On some occasions, it may also be necessary to introduce expert evidence to lay the foundation for a production application (for instance, expert evidence to the effect that a certain type of therapy may lead to "created memories"). The determination of relevance is a fluid, rather than fixed, process. In consequence, information which cannot be proved relevant at one point during the trial may later become relevant, in which case a further application for production may be warranted. However, regardless of when it is brought, an application for production will not succeed if it is not supported by evidence demonstrating the likely relevance of the records.

I would like to make two final observations on the subject of relevance. The first of these relates to the Court of Appeal's comment that relevance should be determined with due regard for "other legitimate legal and societal interests, including the privacy interests of complainants" (*O'Connor*

seignements figurant dans ces dossiers se rapporteront vraisemblablement à la défense de l'accusé.

145 Contrairement à mes collègues le juge en chef Lamer et le juge Sopinka, je ne considérerais pas le «nombre même» de cas où la production de documents a été ordonnée dans le passé comme preuve de la pertinence potentielle des dossiers thérapeutiques. Quelle que puisse avoir été la pratique suivie par les juges dans le passé, il faudrait les inciter à examiner soigneusement toute affirmation voulant que de tels dossiers soient pertinents, d'une façon adaptée au contexte thérapeutique et à la nature des dossiers constitués dans ce contexte. Sans une sensibilité nécessaire, il y a un grand danger que soient produits des dossiers n'ayant pas vraiment de pertinence, que soit brimée la recherche de la vérité et que soient inutilement lésés les droits des plaignantes.

146 Pour faire la preuve requise, le requérant peut se baser sur les documents et dossiers divulgués par le ministère public, sur ses propres témoins et sur le contre-interrogatoire des témoins du ministère public tant à l'enquête préliminaire qu'au procès. À certaines occasions, il peut même être nécessaire de présenter le témoignage d'un expert pour poser les fondations d'une demande de production (par exemple, le témoignage de l'expert selon lequel un certain type de thérapie peut mener à des «souvenirs fabriqués»). La détermination de la pertinence est un processus souple plutôt que rigide. En conséquence, les renseignements dont on ne pourra démontrer la pertinence à un certain moment au cours de l'instance peuvent devenir pertinents par la suite et, dans un tel cas, une demande additionnelle de production pourrait être justifiée. Toutefois, une demande de production ne sera pas accueillie, peu importe le moment où elle est présentée, si elle n'est pas appuyée par des éléments de preuve démontrant la pertinence probable des dossiers.

147 Je tiens à faire deux dernières observations en ce qui a trait à la pertinence. La première porte sur la remarque de la Cour d'appel selon laquelle la pertinence devrait être déterminée en fonction des [TRADUCTION] «autres intérêts juridiques et sociétaux légitimes, dont les intérêts des plaignants dans

1995 CanLII 51 (SCC)

(No. 2), at pp. 261-62). In my view, the privacy rights of complainants should be considered separately, rather than factored into the analysis of relevance. It is important to remember that the rationale underlying resort to privilege or privacy rights is diametrically opposed to that underlying most ordinary evidentiary rules of exclusion. Privilege and privacy interests would exclude evidence despite the fact that such evidence might further the truth-seeking process. On the other hand, ordinary rules of exclusion are generally motivated by the desire to further the truth-seeking process, in that they tend to exclude evidence which might be unreliable, which might mislead or prejudice the trier of fact, or which might otherwise prejudice the fairness of the trial. Consequently, it is both easier and more intellectually honest to consider privacy and societal interests in a separate, balancing step.

la protection de leur vie privée» (*O'Connor (nº 2)*, aux pp. 261 et 262). À mon avis, les droits des plaignantes à la protection de leur vie privée devraient être examinés de façon distincte, plutôt que dans le cadre de l'analyse de la pertinence. Il est important de se rappeler que le raisonnement qui sous-tend le recours au privilège ou au droit à la vie privée est diamétralement opposé à celui qui sous-tend la plupart des règles ordinaires d'exclusion en matière de preuve. Les intérêts dans le privilège et la protection de la vie privée excluraient des éléments de preuve malgré le fait que de tels éléments pourraient favoriser le processus de recherche de la vérité. Par ailleurs, les règles ordinaires d'exclusion sont généralement motivées par le désir de favoriser le processus de recherche de la vérité, en ce sens qu'elles tendent à écarter les éléments de preuve qui pourraient être peu fiables, qui pourraient induire en erreur ou influencer le juge des faits ou qui pourraient d'une autre façon porter atteinte à l'équité du procès. Par conséquent, il est à la fois plus facile et plus honnête sur le plan intellectuel de pondérer, lors d'une étape distincte, les intérêts dans la protection de la vie privée et les intérêts de la société.

148 However, as I have already noted, consideration for equality is not alien to the objectives of finding the truth and conducting a fair trial. On the contrary, all of these objectives dictate that a court be precluded from drawing inferences on the basis of discriminatory or stereotypical lines of reasoning. For instance, it is impermissible to seek production of records containing reference to other sexual activity to support the inference that because the complainant has engaged in unrelated sexual activity she is more likely to have consented to the activity in question, or less worthy of belief: *Seaboyer*, *supra*.

Toutefois, comme je l'ai déjà mentionné, le respect du droit à l'égalité n'est pas étranger aux objectifs de recherche de la vérité et de tenue d'un procès équitable. Au contraire, tous ces objectifs indiquent qu'un tribunal ne peut pas tirer des conclusions qui seraient fondées sur des raisonnements discriminatoires ou stéréotypés. Par exemple, il n'est pas permis de demander la divulgation de dossiers qui renvoient à d'autres activités sexuelles pour étayer la conclusion que, parce que la plaignante s'est adonnée à une activité sexuelle qui n'est pas liée à l'agression sexuelle, il soit plus probable qu'elle ait donné son consentement à l'activité en question, ou qu'elle soit moins digne de confiance: *Seaboyer*, précité.

149 My second observation relates to the competence to testify of the subject of the records. A witness is presumed competent to testify until otherwise shown. Incompetence to testify can be shown in many ways, such as calling a doctor who has treated the witness, which do not require disclosure

Ma deuxième observation porte sur l'habilité à témoigner de la personne visée par les dossiers. Une personne est présumée habile à témoigner jusqu'à preuve du contraire. L'inhabilité à témoigner peut être démontrée de plusieurs façons, telle l'assignation d'un médecin qui a traité le témoin, ce

1995 CanLII 51 (SCC)

of private medical records. If competence is the basis for defence counsel's application for production of private medical records, then the court should first consider if there are any other reasonable alternatives of testing the witness's competence which would constitute a lesser invasion into the witness's privacy.

(2) Balancing

If the trial judge concludes that the records are not likely to be relevant to an issue in the trial or to the competence to testify of the subject of the records, the application should be rejected. If, on the other hand, the judge decides that they are likely to be relevant, then the analysis proceeds to the second stage, which has two parts. First, the trial judge must balance the salutary and deleterious effects of ordering the production of the records to the court for inspection, having regard to the accused's right to make full answer and defence, and the effect of such production on the privacy and equality rights of the subject of the records. If the judge concludes that production to the court is warranted, he or she should so order.

The Chief Justice and Sopinka J. appear to share my view that the balancing of the effects of production should be undertaken only at this second stage of the procedure, after the records have been found to be likely relevant. However, they contend that the trial judge need not consider competing interests, such as the privacy rights of the subject of the records, before ordering them produced to the court for inspection. This is not my position. What my colleagues fail to recognize is that even an order for production to the court is an invasion of privacy. The records here in question are profoundly intimate, and any violation of the intimacy of the records can have serious consequences for the dignity of the subject of the records and, in some cases, for the course of his or her therapy. Neither the subject nor the guardian of the records should be compelled to violate the intimacy of the records unless the judge has determined, after

qui n'exige pas la divulgation de dossiers médicaux privés. Si la requête de l'avocat de la défense en vue de la divulgation de dossiers médicaux privés est fondée sur l'habilité à témoigner, le tribunal devrait examiner en premier lieu s'il existe d'autres moyens raisonnables pour évaluer l'habilité du témoin à témoigner qui constitueraient une intrusion moins grande dans la vie privée du témoin.

(2) La pondération

Si le juge du procès conclut que les dossiers ne 150
sont pas susceptibles de se rapporter à une question en litige dans l'instance ou à l'habilité à témoigner de la personne visée par les dossiers, la demande devrait être rejetée. Si, par ailleurs, le juge décide qu'ils seront vraisemblablement pertinents, il doit alors passer à la deuxième étape, qui comporte deux volets. Premièrement, le juge doit soupeser les effets bénéfiques et préjudiciables qu'entraînerait la production des dossiers aux fins d'examen par le tribunal, au regard du droit de l'accusé à une défense pleine et entière et l'effet d'une telle production sur le droit à la protection de la vie privée et le droit à l'égalité de la personne visée par les dossiers. Si le juge conclut que la production est justifiée, il ou elle devrait l'ordonner.

Le Juge en chef et le juge Sopinka paraissent 151
partager mon point de vue que la pondération des effets de la production ne devrait être entreprise qu'à cette deuxième étape de la procédure, après que l'on ait décidé que les dossiers seraient vraisemblablement pertinents. Cependant, ils sont d'avis qu'il n'est pas nécessaire que le juge de première instance tienne compte des intérêts opposés, comme le droit de la personne visée par les dossiers à la protection de sa vie privée, avant d'en ordonner la production aux fins d'examen par le tribunal. Je ne suis pas d'accord. Mes collègues négligent de reconnaître que même une ordonnance de production au tribunal constitue une atteinte à la vie privée. Les dossiers en l'espèce sont très personnels et toute atteinte au caractère personnel des dossiers peut avoir de graves conséquences sur la dignité de la personne visée, et, dans certains cas, sur le déroulement de sa théra-

1995 CanLII 51 (SCC)

careful consideration, that the salutary effects of doing so outweigh the damage done thereby.

152 In borderline cases, the judge should err on the side of production to the court. The trial judge, in examining the materials, will guard the privacy of the witness to the best of his or her ability. Nevertheless, reading and vetting large quantities of material that have been ordered produced to the court out of an abundance of caution can impose an excessive burden on judicial resources, especially if only a small proportion of the records produced to the court are ultimately produced to the defence. Consequently, while borderline cases at this stage should be decided in favour of production to the court, the determination of relevance and balancing should be meaningful, fair and considered. This carefully considered balancing will prevent documents from being needlessly produced.

153 Next, upon their production to the court, the judge should examine the records to determine whether, and to what extent, they should be produced to the accused. This step requires the court anew, but with the benefit of the inspection of the documents, to consider the likely relevance and salutary and deleterious effects as previously but with production to the accused in mind.

154 I have some difficulties with the Court of Appeal's position to the effect that the judge may simply disclose to the defence any evidence which is "material". The problem with such an approach is that it effectively does away with any consideration for privacy, or for larger societal interests. A fair legal system requires respect at all times for the complainant's personal dignity, and in particular his or her right to privacy, equality and security of the person. As the Chief Justice said in *Dagenais*, *supra*, in the context of a publication ban, the common law should not accord pre-

pie. Ni la personne visée ni le gardien des dossiers ne devraient être forcés de porter atteinte au caractère personnel des dossiers à moins qu'un juge ne décide, après examen approfondi, que les effets bénéfiques l'emportent sur les effets préjudiciables d'une telle atteinte.

Dans les cas limites, le juge devrait pencher du côté de la production au tribunal. Le juge du procès, en examinant les documents, protégera de son mieux la vie privée du témoin. Néanmoins, la lecture et l'examen d'un grand nombre de documents, dont la production à la cour aura été ordonnée par surcroît de prudence, peut imposer un fardeau excessif aux juges, particulièrement si une infime partie seulement des dossiers produits au tribunal est en fin de compte divulguée à la défense. Par conséquent, bien que les cas limites à ce stade devraient être réglés en faveur de la production devant la cour, la décision relative à la pertinence et à la pondération devrait être significative, juste et réfléchie. Cette pondération soigneuse permettra d'éviter la production de documents inutiles.

Ensuite, au moment de la production des dossiers devant la cour, le juge devra les examiner pour déterminer si et dans quelle mesure ils devraient être divulgués à l'accusé. Cette étape exige que la cour examine de nouveau, mais avec le bénéfice de l'inspection des documents, la pertinence probable et les effets bénéfiques et préjudiciables, comme elle l'a déjà fait, mais en ayant à l'esprit la divulgation à l'accusé.

J'ai quelque difficulté avec la position de la Cour d'appel selon laquelle le juge peut simplement divulguer à la défense tout élément de preuve «substantiel». Le problème que soulève une telle approche est que, en fait, elle ne tient pas compte de la protection de la vie privée ou d'intérêts sociétaux plus importants. Un système juridique équitable exige en tout temps le respect de la dignité personnelle de la plaignante et, en particulier, de son droit à la vie privée, à l'égalité et à la sécurité de sa personne. Comme le Juge en chef l'a écrit dans l'arrêt *Dagenais*, précité, dans le contexte d'une interdiction de publication, la common law ne devrait pas privilégier le droit à un procès équi-

eminence to the right to a fair trial, over other constitutionally entrenched rights (at p. 877):

> The pre-*Charter* common law rule governing publication bans emphasized the right to a fair trial over the free expression interests of those affected by the ban. In my view, the balance this rule strikes is inconsistent with the principles of the *Charter*, and in particular, the equal status given by the *Charter* to ss. 2(*b*) and 11(*d*). It would be inappropriate for the courts to continue to apply a common law rule that automatically favoured the rights protected by s. 11(*d*) over those protected by s. 2(*b*). A hierarchical approach to rights, which places some over others, must be avoided, both when interpreting the *Charter* and when developing the common law. When the protected rights of two individuals come into conflict, as can occur in the case of publication bans, *Charter* principles require a balance to be achieved that fully respects the importance of both sets of rights.

Similarly, as regards the production of private records held by third parties, a balance must be struck that places the *Charter* rights of complainants on an equal footing with those of accused persons.

In *Dagenais*, the Court assessed proportionality by examining and weighing the salutary and deleterious effects of the rights infringements in question. I believe that such a process was already implicit in *Seaboyer*, in which this Court sought to achieve a measure of proportionality between the right to privacy and the right to a fair trial. In my view, an analogous approach is appropriate in the disclosure context. Once a court has reviewed the records, production should only be ordered in respect of those records, or parts of records, that have significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice or by the harm to the privacy rights of the witness or to the privileged relation. See also Stuesser, "Reconciling Disclosure and Privilege" (1994), 30 C.R. (4th) 67, at pp. 71-72.

table au détriment d'autres droits consacrés par la Constitution (à la p. 877):

> La règle de common law qui, avant l'adoption de la *Charte*, régissait les ordonnances de non-publication, accordait une plus grande importance au droit à un procès équitable qu'à la liberté d'expression de ceux qui étaient touchés par l'interdiction. À mon sens, l'équilibre que cette règle fixe est incompatible avec les principes de la *Charte*, en particulier avec l'égalité de rang qu'accorde la *Charte* aux al. 2*b*) et 11*d*). Il ne conviendrait pas que les tribunaux continuent d'appliquer une règle de common law qui privilégie systématiquement les droits garantis à l'al. 11*d*) par rapport à ceux que garantit l'al. 2*b*). Il faut se garder d'adopter une conception hiérarchique qui donne préséance à certains droits au détriment d'autres droits, tant dans l'interprétation de la *Charte* que dans l'élaboration de la common law. Lorsque les droits de deux individus sont en conflit, comme cela peut se produire dans le cas d'une interdiction de publication, les principes de la *Charte* commandent un équilibre qui respecte pleinement l'importance des deux catégories de droits.

De même, en ce qui a trait à la production de dossiers privés en la possession de tiers, un équilibre doit être trouvé qui place les droits des plaignantes garantis par la *Charte* sur le même pied que ceux des accusés.

Dans *Dagenais*, la Cour a apprécié la proportionnalité en examinant et en soupesant les effets bénéfiques et préjudiciables de la violation des droits en question. Je crois qu'un tel processus était déjà implicite dans l'arrêt *Seaboyer*, dans lequel notre Cour a cherché à établir une mesure de proportionnalité entre le droit à la vie privée et le droit à un procès équitable. À mon avis, une approche analogue est appropriée dans un contexte de divulgation. Une fois qu'un tribunal a examiné les dossiers produits, seuls devraient être divulgués les dossiers ou les parties de dossiers qui ont une valeur probante importante qui n'est pas substantiellement contrebalancée par le risque d'un préjudice à la bonne administration de la justice ou l'atteinte au droit à la vie privée du témoin ou à la relation privilégiée. Voir également Stuesser, «Reconciling Disclosure and Privilege» (1994), 30 C.R. (4th) 67, aux pp. 71 et 72.

155

1995 CanLII 51 (SCC)

156 Although this list is not exhaustive, the following factors should be considered in this determination: (1) the extent to which the record is necessary for the accused to make full answer and defence; (2) the probative value of the record in question; (3) the nature and extent of the reasonable expectation of privacy vested in that record; (4) whether production of the record would be premised upon any discriminatory belief or bias; (5) the potential prejudice to the complainant's dignity, privacy or security of the person that would be occasioned by production of the record in question; (6) the extent to which production of records of this nature would frustrate society's interest in encouraging the reporting of sexual offences and the acquisition of treatment by victims; and (7) the effect on the integrity of the trial process of producing, or failing to produce, the record, having in mind the need to maintain consideration in the outcome.

Bien que la liste ne soit pas exhaustive, les facteurs suivants devraient être pris en considération dans cette détermination: (1) la mesure dans laquelle ce dossier est nécessaire pour que l'accusé puisse présenter une défense pleine et entière; (2) la valeur probante du dossier en question; (3) la nature et la portée de l'attente raisonnable au respect du caractère privé de ce dossier; (4) la question de savoir si la production du dossier reposerait sur une croyance ou un préjugé discriminatoires; (5) le préjudice possible à la dignité, à la vie privée ou à la sécurité de la personne de la plaignante que pourrait causer la production du dossier en question; (6) la mesure dans laquelle la production de dossiers de cette nature nuirait à l'intérêt qu'a la société à ce que les victimes signalent les agressions sexuelles et suivent des thérapies; et (7) l'effet de la production ou de la non-production du dossier sur l'intégrité du processus judiciaire, compte tenu de la nécessité de garder à l'esprit les conséquences de la décision.

157 According to the Chief Justice and Sopinka J., society's interest in encouraging victims of sexual assault to report the offences and to obtain treatment "is not a paramount consideration" (para. 33), and the effect of production on the integrity of the trial process should not be considered at all, in assessing whether the guardians of therapeutic records should be compelled to produce them to the defence. I can see no reason to reduce the relative importance of these factors, let alone exclude them, when balancing the salutary and deleterious effects of a production order.

Selon le Juge en chef et le juge Sopinka, l'intérêt qu'a la société à encourager les victimes d'agression sexuelle à signaler ces infractions et à suivre des traitements «n'est pas une considération primordiale» (par. 33) et l'effet de la production sur l'intégrité du processus judiciaire n'entre pas du tout en ligne de compte lorsqu'on détermine si les gardiens de dossiers thérapeutiques devraient être contraints de les divulguer à la défense. Je ne vois aucun motif de réduire l'importance relative de ces facteurs et encore moins de les exclure de l'exercice de pondération des effets bénéfiques et préjudiciables d'une ordonnance de production.

158 This Court has already recognized that society has a legitimate interest in encouraging the reporting of sexual assault and that this social interest is furthered by protecting the privacy of complainants: *Seaboyer*, *supra*, at pp. 605-6. Parliament, too, has recognized this important interest in s. 276(3)(*b*) of the *Criminal Code*. While *Seaboyer* and s. 276(3)(*b*) relate to the admissibility of evidence regarding the past sexual conduct of the complainant, the same reasoning applies here. The compelled production of therapeutic records is a serious invasion of complainants' privacy which

Notre Cour a déjà reconnu que la société a un intérêt légitime à encourager le dépôt de plaintes d'agressions sexuelles et que cet intérêt est favorisé par la protection de la vie privée des plaignantes: *Seaboyer*, précité, aux pp. 605 et 606. Le législateur fédéral a, lui aussi, reconnu cet important intérêt à l'al. 276(3)*b*) du *Code criminel*. Bien que l'arrêt *Seaboyer* et l'al. 276(3)*b*) aient trait à l'admissibilité de la preuve concernant le comportement sexuel antérieur d'une plaignante, le même raisonnement s'applique en l'espèce. La production forcée de dossiers thérapeutiques constitue

has the potential to deter sexual assault victims from reporting offences or, if they do report them, from seeking treatment.

As Lamer C.J. and Sopinka J. observe, measures exist for limiting the extent of the invasion of privacy associated with a production order. However, despite such measures, the compelled production of therapeutic records to the defence remains a serious violation of the complainant's privacy and a deterrent to the reporting of offences and the acquisition of treatment. At the same time, production may affect the integrity of the trial process. Judges must carefully weigh these consequences when deciding whether to make an order for production.

As a further argument in favour of a less onerous burden upon the accused, the Chief Justice and Sopinka J. compare the accused to a state agent applying for a search warrant under s. 487(1)(*b*) of the *Criminal Code*. They state that, by virtue of s. 487(1)(*b*), "production of third party records is always available to the Crown" (para. 34) where there are reasonable grounds to believe that evidence will be found. Because the interpretation of s. 487(1)(*b*) is not an issue in this appeal, I will keep my comments to a minimum. However, I must disagree with my colleagues' suggestion that the Crown can always obtain a warrant for production of the therapeutic records of innocent third parties simply by establishing "reasonable grounds". On the contrary, in a decision penned by the Chief Justice (then Lamer J.), this Court has held that a judge may refuse a search warrant, even if the statutory requirement of "reasonable grounds" is met, in order to protect the fundamental rights of innocent third parties: *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, at pp. 889-91. Therefore, it should not be assumed that the state could obtain a warrant in respect of intimate records held by innocent third parties as easily as the Chief Justice and Sopinka J. now suggest. Nor, in my view, should the accused be entitled to com-

une atteinte grave à la vie privée des plaignantes, atteinte qui risque de dissuader les victimes d'agression sexuelle de déposer des plaintes, ou encore, si elles portent plainte, de les dissuader de suivre des thérapies.

159 Ainsi que le notent le Juge en chef et le juge Sopinka, il existe des moyens de restreindre l'étendue de l'atteinte à la vie privée résultant d'une ordonnance de production. Cependant, malgré ces mesures, la divulgation forcée de dossiers thérapeutiques à la défense demeure une grave atteinte à la vie privée des plaignantes et un facteur susceptible de les dissuader de porter plainte et de suivre une thérapie. De plus, la production de tels dossiers risque d'avoir une incidence sur l'intégrité du processus judiciaire. Les juges doivent soupeser soigneusement ces conséquences lorsqu'ils décident s'ils doivent ordonner la production de ces dossiers.

160 Comme argument supplémentaire en faveur d'un fardeau moins lourd pour l'accusé, le Juge en chef et le juge Sopinka assimilent l'accusé à un agent de l'État qui requiert un mandat de perquisition en vertu de l'al. 487(1)*b*) du *Code criminel*. Ils soutiennent qu'en vertu de l'al. 487(1)*b*) «le ministère public peut toujours exiger la production de dossiers de tiers» (par. 34) quand il y a des motifs raisonnables de croire qu'ils fourniront une preuve. Puisque l'interprétation de l'al. 487(1)*b*) n'est pas en cause en l'espèce, je limiterai mes observations au strict minimum. Toutefois, je dois exprimer mon désaccord avec l'affirmation de mes collègues que le ministère public peut toujours obtenir un mandat de perquisition en vue d'obtenir la production de dossiers thérapeutiques de tiers innocents en établissant simplement l'existence de «motifs raisonnables». Bien au contraire, dans une décision rédigée par le Juge en chef (alors juge puîné), notre Cour a décidé qu'un juge peut refuser un mandat de perquisition, même si l'exigence légale de «motifs raisonnables» est remplie, afin de protéger les droits fondamentaux de tiers innocents: *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, aux pp. 889 à 891. On ne peut donc présumer que l'État pourra obtenir un mandat qui viserait des dossiers privés en la possession de tiers innocents,

1995 CanLII 51 (SCC)

pel production of such records without a rigorous inquiry into the relevance of the records and the salutary and deleterious effects of compelling their production.

161 I would add that where the defence seeks to justify disclosure on the basis of anticipated relevance to particular issues, some inquiry is warranted into whether or not these issues are collateral to the real issues at trial. Since the defence cannot pursue inconsistencies on collateral issues, the defence is really no better off having production on that issue. It follows that failure to produce information relating only to collateral issues will not impair the accused's right to full answer and defence. See, e.g., *R. v. C. (B.)* (1993), 80 C.C.C. (3d) 467 (Ont. C.A.); *R. v. Davison, DeRosie and MacArthur* (1974), 20 C.C.C. (2d) 424 (Ont. C.A.).

162 At the opposite end of the spectrum, where material is found that is essential to the accused's ability to make full answer and defence, then justice dictates that this material be produced, even if this information was not argued as a basis for production by the defence. However, in some such cases, sensitivity to the complainant's privacy rights and security of the person might dictate that the complainant be given the option of withdrawing from the prosecution rather than facing production of the records in question.

163 In that vein, where a court concludes that production is warranted, it should only be made in the manner and to the extent necessary to achieve that objective: *Dagenais*, *supra*. The court should not release classes of records, but rather should inspect each individual record for materiality. Records that are to be produced should be vetted with a view to protecting the witness's privacy, while nonetheless maintaining sufficient detail to make the contents meaningful to the reader. The judge may, in cer-

aussi facilement que le Juge en chef et le juge Sopinka le prétendent. À mon avis, l'accusé ne devrait pas non plus avoir le droit de forcer la production de tels dossiers sans examen rigoureux de leur pertinence et des effets bénéfiques ou préjudiciables d'une telle production.

J'ajouterais que, lorsque la défense tente de justifier la divulgation de dossiers en se fondant sur leur pertinence anticipée en relation avec des questions en litige, il y a lieu de se demander si ces questions sont ou non accessoires aux véritables questions en cause au procès. Comme la défense n'est pas autorisée à contredire des réponses sur des questions accessoires, elle ne saurait être dans une meilleure position en obtenant la production de renseignements sur cette question accessoire. Il s'ensuit que l'omission de produire des renseignements se rapportant uniquement à des questions accessoires ne portera pas atteinte aux droits de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Voir, par exemple, *R. c. C. (B.)* (1993), 80 C.C.C. (3d) 467 (C.A. Ont.); *R. c. Davison, DeRosie and MacArthur* (1974), 20 C.C.C. (2d) 424 (C.A. Ont.).

À l'autre extrémité du spectre, lorsque des documents s'avèrent essentiels pour que l'accusé puisse présenter une défense pleine et entière, la justice exige que ces documents soient produits, même si ces renseignements n'avaient pas été considérés par la défense comme base de la requête pour production. Cependant, dans certains de ces cas, l'obligation de tenir compte des droits à la protection de la vie privée et à la sécurité de la personne de la victime impose que la plaignante puisse avoir l'option de se désister de la poursuite au lieu de faire face à la production des dossiers en question.

Dans cette veine, lorsqu'un tribunal conclut que la production est justifiée, il ne devrait l'autoriser que de la manière et dans la mesure nécessaires à la réalisation de cet objectif: *Dagenais*, précité. Le tribunal ne devrait pas communiquer des catégories de dossiers, mais il devrait plutôt examiner chaque dossier pour savoir s'il est substantiel. Les dossiers à produire devraient être édités dans le but de protéger la vie privée du témoin, tout en conservant suffisamment de détails pour que le contenu

1995 CanLII 51 (SCC)

tain cases, wish to hear submissions on whether the vetting of the records should be assisted by counsel for the complainant, for the guardian of the records, or for the Crown. It will generally be appropriate, moreover, to review the records *in camera*, and to keep the records sealed and in the custody of the registrar. Depending upon the sensitivity of the records, the court should consider prohibiting the making of any reproductions of those records and imposing a publication ban on such terms as are deemed appropriate. In exceptional cases, the court may consider making an order prohibiting defence counsel from discussing the contents of these records with the accused. Finally, I agree with the Court of Appeal that it is appropriate that all records produced to the court but not ultimately to the defence be sealed and retained in the file in the event that they should need to be reviewed later. These procedures are part and parcel of the process of ensuring that privacy rights are minimally impaired while nonetheless furthering the objective of guaranteeing the accused full answer and defence and a fair trial.

ait une signification pour le lecteur. Le juge peut, dans certains cas, vouloir entendre les parties sur la question de savoir si, pour l'édition des dossiers, il devrait se faire aider par le procureur de la plaignante, par celui du gardien des dossiers ou par le substitut du procureur général. En outre, il conviendra généralement d'examiner les dossiers à huis-clos, de les garder sous scellés et de les confier à la garde du greffier. Selon le caractère délicat des dossiers, le tribunal devrait envisager d'interdire toute reproduction de ces dossiers et imposer une interdiction de publication aux conditions qu'il juge appropriées. Dans les cas exceptionnels, le tribunal peut envisager de rendre une ordonnance interdisant au procureur de la défense de discuter du contenu de ces dossiers avec l'accusé. En dernier lieu, je partage l'avis de la Cour d'appel selon lequel il conviendrait que tous les documents produits au tribunal mais non divulgués soient scellés et conservés au dossier au cas où ils devraient être examinés plus tard. Ces procédures font partie intégrante du processus visant à minimiser le plus possible l'atteinte au droit à la vie privée tout en garantissant à l'accusé une défense pleine et entière et un procès équitable.

1995 CanLII 51 (SCC)

(v) Admissibility

I cannot emphasize enough that the guidelines outlined above are clearly not synonymous with the test for admissibility of evidence at trial, outlined in *Seaboyer* and in s. 276 of the *Code*. Disclosure and production are broader concepts than admissibility and, as such, evidence which is produced to the defence will not necessarily be admissible at trial.

(v) L'admissibilité

164 Je ne saurais assez insister sur le fait que les lignes directrices énoncées ci-dessus ne correspondent pas nécessairement au test énoncé dans l'arrêt *Seaboyer* et à l'art. 276 du *Code* régissant l'admissibilité de la preuve lors du procès. La divulgation et la production sont des notions plus larges que l'admissibilité et, en conséquence, les éléments de preuve divulgués à la défense ne seront pas nécessairement admissibles lors du procès.

Indeed, in most cases, private records relating to the counselling or treatment of the complainant will be irrelevant and inadmissible hearsay evidence. Notes of statements made by a complainant in a therapeutic context are inherently unreliable because they are frequently not prepared contemporaneously with the statements, are not intended to be an accurate record of the statements, and are not ratified by the complainant. Moreover, they touch on a variety of topics not relevant to the issues at trial or the complainant's competence to

165 En fait, dans la plupart des cas, les dossiers privés qui se rapportent aux conseils socio-psychologiques reçus par la plaignante ou aux traitements qu'elle a suivis ne seront pas pertinents et constitueront une preuve par ouï-dire irrecevable. Les notes portant sur des déclarations faites par une plaignante dans un contexte thérapeutique sont, de façon inhérente, sujettes à caution parce qu'elles n'ont pas été préparées en même temps que les déclarations, ne sont pas censées constituer un enregistrement précis des déclarations et ne

testify. As I have observed earlier in these reasons, there is a real risk that statements having little or no real relevance may be taken out of context as a basis for unwarranted inferences.

166 In any event, the admissibility of the records as evidence must be determined if and when the accused seeks to introduce them. The fact that records have been ordered produced to the defence does not mean that the records are necessarily admissible.

167 I now turn to the last issue argued before this Court, which is the question of the proper forum for an application for production, and the timing of such an application.

(vi) Forum and Timing

(a) *Preliminary Inquiry*

168 In *Doyle v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 597, this Court stated that the powers of a preliminary inquiry judge are only those conferred either expressly by statute or by necessary implication. Since there is no explicit statutory authority for an order requiring third parties to produce private records to the defence at a preliminary inquiry, the power to make such an order, if it exists, must be necessarily incidental to some other statutory power.

169 The primary function of the preliminary inquiry, which is clearly set out in s. 548(1) of the *Code*, is undoubtedly to ascertain that the Crown has sufficient evidence to commit the accused to trial. See also *Caccamo v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 786. Over time, however, the preliminary inquiry appears to have taken upon itself an ancillary purpose, which is to afford the accused an opportunity to discover and appreciate the case to be made against him at trial: *Skogman v. The Queen*, [1984]

sont pas ratifiées par la plaignante. Qui plus est, elles touchent à un grand nombre de sujets qui ne se rapportent pas aux questions soulevées dans l'instance ou à l'habilité de la plaignante à témoigner. Comme je l'ai fait remarquer précédemment dans ces motifs, il existe un risque réel que des déclarations peu ou non vraiment pertinentes puissent être utilisées hors de leur contexte afin d'en inférer des conclusions injustifiées.

De toute façon, l'admissibilité des dossiers à titre d'éléments de preuve doit être réglée au moment où l'accusé cherche à les mettre en preuve. Le fait que la production de dossiers à la défense ait été ordonnée ne signifie pas que les dossiers soient nécessairement admissibles.

Je passe maintenant à la dernière question plaidée devant notre Cour, qui est de savoir à quel tribunal doit être adressée une demande de production et à quel moment une telle demande doit être présentée.

(vi) La tribune et l'étape appropriée

a) *L'enquête préliminaire*

Dans l'arrêt *Doyle c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 597, notre Cour a statué que les pouvoirs d'un juge présidant une enquête préliminaire se limitent à ceux qui lui sont conférés expressément ou implicitement par la loi. Étant donné qu'il n'y a pas de disposition législative explicite visant une ordonnance obligeant les tiers à divulguer à la défense des dossiers privés lors de l'enquête préliminaire, le pouvoir de rendre une telle ordonnance, s'il existe, doit être accessoire à un autre pouvoir conféré par la loi.

La principale fonction de l'enquête préliminaire, énoncée clairement au par. 548(1) du *Code*, est à n'en pas douter de vérifier si le ministère public a une preuve suffisante pour renvoyer l'accusé à procès. Voir également *Caccamo c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 786. Avec le temps, cependant, l'enquête préliminaire semble s'être donné un but accessoire, qui est de fournir à l'accusé l'occasion de découvrir et d'évaluer la preuve que le ministère public entend présenter contre lui lors du procès:

1995 CanLII 171 (SCC)

2 S.C.R. 93. This judicially inspired expansion of the nature and ambit of the preliminary inquiry has been attributed by learned commentators to the historical lack of any formal, institutionalized procedures by which an accused could obtain full and effective disclosure of the Crown's case. (See *Re Regina and Arviv* (1985), 19 C.C.C. (3d) 395 (Ont. C.A.), at p. 403, *per* Martin J.A., leave to appeal refused, [1985] 1 S.C.R. v.)

Although preliminary inquiry judges are not permitted to determine the credibility of witnesses, one might hazard to say that the ancillary purpose of "discovery" has lately begun to eclipse the primary purpose of sparing the accused the gross indignity of being placed on trial in circumstances where there is simply insufficient evidence to justify holding the trial at all. One provincial court judge, in the course of a thoughtful discussion on the evolving role of the preliminary inquiry, recently expressed great frustration with this apparent turn of events:

> . . . the preliminary hearing or preliminary inquiry has been turned into a nightmarish experience for any provincial court judge. Rules with respect to relevancy have been widened beyond recognition. Cross-examination at a preliminary inquiry now seems to have no limits. Attempts by provincial court judges to limit cross-examination have been perceived by some superior courts as a breach of the accused's right to fundamental justice, a breach of his or her ability to be able to make full answer and defence.
>
> The present state of the preliminary inquiry is akin to a rudderless ship on choppy waters. The preliminary hearing has been turned into a free-for-all, a living hell for victims of crime and witnesses who are called to take part in this archaic ritual.

(*R. v. Darby*, [1994] B.C.J. No. 814 (Prov. Ct.), at paras. 9 and 10.)

Nevertheless, the "discovery" aspect of the preliminary inquiry remains, at most, an incidental aspect of what is in essence an inquiry into

Skogman c. La Reine, [1984] 2 R.C.S. 93. Cette expansion, inspirée de la jurisprudence, de la nature et de la portée de l'enquête préliminaire a été attribuée par les commentateurs à l'absence historique de toute procédure formelle par laquelle l'accusé pourrait obtenir une divulgation de tous les détails de la preuve du ministère public. (Voir *Re Regina and Arviv* (1985), 19 C.C.C. (3d) 395 (C.A. Ont.), à la p. 403, le juge Martin, autorisation de pourvoi refusée, [1985] 1 R.C.S. v.)

Bien que les juges qui président une enquête préliminaire ne soient pas autorisés à déterminer la crédibilité des témoins, on pourrait se risquer à dire que le but accessoire de la «communication préalable» a commencé dernièrement à éclipser son objectif principal qui était d'épargner à l'accusé le sérieux outrage de subir un procès dans des circonstances où la preuve n'est tout simplement pas suffisante pour justifier même la tenue d'un procès. Un juge d'une cour provinciale, à l'occasion d'un examen minutieux de l'évolution du rôle de l'enquête préliminaire, a récemment exprimé une grande frustration relativement à cette tournure des événements:

> [TRADUCTION] . . . l'audience ou enquête préliminaire a tourné au cauchemar pour tout juge de cour provinciale. Les règles relatives à la pertinence ont été élargies de façon méconnaissable. Le contre-interrogatoire lors d'une enquête préliminaire semble maintenant n'avoir plus de limites. Les tentatives des juges de cours provinciales en vue de limiter le contre-interrogatoire ont été perçues par certains tribunaux supérieurs comme une atteinte au droit à la justice fondamentale de l'accusé, une atteinte à la possibilité pour lui de présenter une défense pleine et entière.
>
> Dans son état actuel, l'enquête préliminaire est une sorte de navire à la dérive dans des eaux agitées. L'enquête préliminaire a tourné à la mêlée générale, est devenue un véritable enfer pour les victimes d'infractions criminelles et les témoins qui sont appelés à participer à ce rituel archaïque.

(*R. c. Darby*, [1994] B.C.J. No. 814 (C. prov.), aux par. 9 et 10.)

Néanmoins, la «communication préalable» dans le cadre de l'enquête préliminaire demeure tout au plus un aspect accessoire de ce qui est essentielle-

1995 CanLII 51 (SCC)

whether the Crown's evidence is sufficient to warrant the committal of the accused to trial. We must also recognize that the law of disclosure in Canada changed significantly as a result of this Court's decision in *Stinchcombe*, *supra*. *Stinchcombe* recognized that a rigorous duty exists on the Crown to disclose to the defence all information in its possession, both inculpatory and exculpatory, which is not clearly irrelevant or privileged. While the Crown retains a discretion as to what is "clearly irrelevant", this discretion is reviewable by the trial judge at the instance of the defence. In short, *Stinchcombe* marked the dawn of a new era in disclosure to the defence, by transforming a professional courtesy into a formal obligation. Failure by the Crown to comply with this obligation may, particularly when motivated by an intention to withhold relevant information, result in the drastic remedy of a stay of proceedings. Consequently, in light of *Stinchcombe* and other decisions of this Court that have elaborated on those disclosure guidelines (*R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451; *Chaplin*, *supra*), it may be necessary to reassess the extent to which the "discovery" rationale remains appropriate as a consideration in the conduct of the modern-day preliminary inquiry.

172 The more limited question for the purposes of this appeal, however, is whether the judge at a preliminary inquiry may consider applications for production of private records held by third parties.

173 It is beyond doubt that the statutory powers of a preliminary inquiry judge include the power to order witnesses to give evidence. Section 545 of the *Code*, for example, contemplates that a preliminary inquiry judge may require a witness to produce documents. However, the jurisdiction of a judge at a preliminary inquiry must be interpreted

ment un examen en vue de déterminer si la preuve à charge est suffisante pour justifier le renvoi à procès. Nous devons également admettre que le droit régissant la divulgation au Canada a changé de façon importante à la suite de l'arrêt de notre Cour dans l'affaire *Stinchcombe*, précité. On y a reconnu que le ministère public a l'obligation stricte de divulguer à la défense tous les renseignements en sa possession, qu'ils soient inculpatoires ou exculpatoires, à l'exception de renseignements manifestement non pertinents ou privilégiés. Bien que le ministère public conserve un pouvoir discrétionnaire de décider ce qui «n'est manifestement pas pertinent», ce pouvoir discrétionnaire est susceptible de révision par le juge du procès à la demande de la défense. En résumé, l'arrêt *Stinchcombe* a marqué l'aube d'une ère nouvelle en matière de divulgation à la défense des détails de la preuve, en transformant en obligation formelle ce qui n'était auparavant qu'un geste de courtoisie professionnelle. L'omission par le ministère public de se conformer à cette obligation peut, particulièrement lorsqu'elle est motivée par l'intention de cacher des renseignements pertinents, entraîner la réparation draconienne que constitue l'arrêt des procédures. Par conséquent, compte tenu de l'arrêt *Stinchcombe* et d'autres arrêts de notre Cour qui ont élaboré sur ces lignes directrices en matière de divulgation (*R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; *Chaplin*, précité), il peut être nécessaire de réévaluer la mesure dans laquelle le fondement de la «communication des pièces du dossier avant l'audience» reste approprié à la conduite de l'enquête préliminaire moderne.

Cependant, aux fins du présent pourvoi, la question plus limitée est de savoir si le juge présidant l'enquête préliminaire peut connaître des demandes de production de dossiers privés détenus par des tiers.

Il va sans dire que les pouvoirs que la loi accorde au juge présidant l'enquête préliminaire comprennent celui d'ordonner aux témoins de déposer. Par exemple, l'art. 545 du *Code* prévoit le cas où un juge peut, lors de l'enquête préliminaire, exiger d'un témoin qu'il produise des documents. Cependant, la compétence du juge à l'enquête pré-

1995 CanLII 51 (SCC)

in light of the essential purpose of the inquiry, which is to assess whether the Crown has sufficient evidence to warrant committing the accused to trial. The preliminary inquiry judge does not have the power to inquire into other matters, or to order the production of documents which are not related to this assessment.

In *Patterson v. The Queen*, [1970] S.C.R. 409, for instance, this Court held that a preliminary inquiry judge had no power to compel production of a statement made to police by a prosecution witness. It is apparent that the Court was of the view that production of such a statement was not related to the purpose of the preliminary inquiry. On behalf of the majority, Judson J. stated (at p. 412):

> The purpose of a preliminary inquiry is clearly defined by the *Criminal Code* — to determine whether there is sufficient evidence to put the accused on trial. It is not a trial and should not be allowed to become a trial. We are not concerned here with the power of a trial judge to compel production during the trial nor with the extent to which the prosecution, in fairness to an accused person, ought to make production after the preliminary hearing and before trial.

(See also *Re Hislop and The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 240 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [1983] 2 S.C.R. viii.) Similarly, I do not see how private records in the hands of third parties could ever be relevant to the issues at a preliminary inquiry.

In addition, it is crucial not to lose sight of the fundamental rationale for allowing an accused to obtain production of private records. The records are not part of the Crown's case against the accused; consequently, the purpose of ordering their production is not to give the accused advance notice of the case to meet. Nor would the records be produced for the purpose of providing possible leads for the defence's own "investigation" — third parties have no obligation to assist the defence in this manner. Rather, the sole basis on which third parties may be compelled to produce the records to the defence is that it would be unfair for an accused to be convicted if, as a result of evi-

liminaire doit être interprétée en fonction de l'objet fondamental de l'enquête, qui est de déterminer si le ministère public a une preuve suffisante pour renvoyer le prévenu à procès. Le juge qui préside une enquête préliminaire n'a pas le pouvoir d'examiner d'autres questions ni celui d'ordonner la production de documents qui n'ont aucun rapport avec cet examen.

Dans l'arrêt *Patterson c. La Reine*, [1970] R.C.S. 409, notre Cour a statué que le juge présidant une enquête préliminaire n'a pas le pouvoir de forcer la production d'une déclaration faite à la police par un témoin à charge. De toute évidence, notre Cour était d'avis que la production d'une telle déclaration n'avait aucun rapport avec l'objet de l'enquête préliminaire. Le juge Judson, s'exprimant au nom de la majorité, affirme (à la p. 412): 174

> Le *Code criminel* définit clairement le but de l'enquête préliminaire qui est d'établir s'il y a une preuve suffisante pour renvoyer le prévenu à son procès. L'enquête n'est pas un procès et il ne faut pas permettre qu'elle en devienne un. Il ne s'agit pas ici de la faculté qu'a le juge du procès d'exiger la production de pièces au cours du procès, ni de la mesure où la poursuite, par loyauté envers le prévenu, doit la faire entre l'enquête préliminaire et le procès.

(Voir aussi *Re Hislop and The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 240 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1983] 2 R.C.S. viii). De même, je ne vois pas comment des dossiers privés détenus par des tiers pourraient être de quelque façon pertinents dans le cadre d'une enquête préliminaire.

En outre, il est important de ne pas perdre de 175
vue la raison fondamentale qui justifie qu'un accusé obtienne la divulgation de dossiers privés. Les dossiers ne font pas partie de la preuve que fait valoir le ministère public contre l'accusé; par conséquent, en ordonnant leur divulgation, le but n'est pas de permettre à l'accusé de connaître d'avance la «preuve complète» à laquelle il devra répondre. Les dossiers ne devraient pas non plus être divulgués afin de fournir des pistes possibles permettant à la défense de mener sa propre «enquête» — les tiers ne sont pas tenus d'aider la défense de cette manière. Loin de là, les tiers ne peuvent être tenus de divulguer les dossiers à la défense que pour

1995 CanLII 51 (SCC)

dence having significant probative value being unjustifiably withheld from the defence, the accused were unable to put this evidence before the trier of fact.

176 Since a preliminary inquiry is not a final determination of guilt, this fundamental rationale for ordering production is inapplicable. It follows that, while production of the records at the preliminary inquiry would no doubt be useful to the defence, there is no constitutional imperative at that stage that would justify an infringement of the privacy rights of the subject of the records.

177 For these reasons, I am of the view that a preliminary inquiry judge is without jurisdiction to order the production of private records held by third parties.

(b) *Pre-trial Applications*

178 The disclosure order in the present case, however, did not emanate from a preliminary inquiry judge. Rather, it was issued in response to a pre-trial application by the defence before Campbell A.C.J., who was not seized of the trial. There is no question that Campbell A.C.J. had jurisdiction to make the order requested. However, for the following reasons, it is my view that even a superior court judge should not, in advance of the trial, entertain an application for production of private third party records.

179 In the first place, such applications should be heard by the judge seized of the trial, rather than a pre-trial judge. In *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333, this Court had occasion to examine the reviewability of a pre-trial severance order issued by a judge who was not seized of the trial. Although it noted that the collateral attack rule ordinarily precluded a trial judge from reviewing orders made by judges of concurrent jurisdiction, it

l'unique raison qu'il serait injuste qu'un accusé soit déclaré coupable parce que, sans raison valable, un élément de preuve ayant une valeur probante importante n'était pas communiqué à la défense, et que, en conséquence, l'accusé n'était pas en mesure de présenter cette preuve au juge des faits.

Étant donné qu'une enquête préliminaire ne constitue pas une décision définitive en ce qui concerne la culpabilité d'un accusé, la raison fondamentale d'ordonner la divulgation ne s'applique pas. Il en découle que, bien que la production des dossiers à l'enquête préliminaire soit sans doute utile pour la défense, il n'existe aucune obligation constitutionnelle à cette étape qui justifierait une atteinte au droit à la vie privée de la personne visée par les dossiers.

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis que le juge présidant une enquête préliminaire n'a pas compétence pour ordonner la production de dossiers privés détenus par des tiers.

b) *Requêtes préalables au procès*

En l'espèce, cependant, l'ordonnance de divulgation n'émanait pas du juge présidant une enquête préliminaire. Elle a plutôt été rendue à la suite d'une requête préalable au procès que la défense avait présentée devant le juge en chef adjoint Campbell, qui n'était pas lui-même saisi de l'affaire. Il n'y a pas de doute que le juge en chef adjoint Campbell avait le pouvoir de rendre une telle ordonnance. Toutefois, pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que même un juge d'une cour supérieure ne devrait pas, avant le procès, entendre une demande de divulgation de dossiers privés en la possession d'un tiers.

Tout d'abord, de telles demandes devraient être entendues par le juge du procès plutôt que par un juge chargé d'entendre les requêtes préalables au procès. Dans l'arrêt *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333, notre Cour a eu l'occasion de décider si une ordonnance de séparation des chefs d'accusation, rendue avant le procès par un juge autre que le juge du procès, pouvait être révisée. Bien qu'elle ait fait remarquer que la règle interdisant les

concluded that the rationales of the collateral attack rule did not apply in the case of a pre-trial division and severance order. More significantly, for our purposes, it went on to discuss practical and policy reasons why it was most desirable for only the judge seized of the trial to make orders of this nature (at p. 353):

> Not only are trial judges better situated to assess the impact of the requested severance on the conduct of the trial, but limiting severance orders to trial judges avoids the duplication of efforts to become familiar enough with the case to determine whether or not a severance order is in the interests of justice.

Orders for production of private records held by third parties are, in my view, governed by similar logic.

In addition, it is desirable for the judge hearing an application for production to have had the benefit of hearing, and pronouncing upon, the defence's earlier applications, so as to minimize the possibility of inconsistency in the treatment of two similar applications. Otherwise, the possibility of such inconsistency raises the spectre of situations in which production is ordered by a pre-trial judge under circumstances later discovered to be unfounded at trial. The privacy rights of the complainant will have been infringed for naught.

More generally, for the following reasons, it is my view that applications for production of third party records should not be entertained before the commencement of the trial, even by the judge who is seized of the trial. First, the concept of pre-trial applications for production of documents held by third parties is alien to criminal proceedings. In criminal matters, witnesses can only be compelled to give evidence at trial. A prospective witness is not obliged to cooperate with either the Crown or

attaques collatérales empêchait le juge du procès de réviser les ordonnances rendues par des juges d'une juridiction concurrente, elle a conclu que la philosophie sous-jacente à la règle interdisant les attaques collatérales ne s'appliquait pas dans le cas d'une ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès. Ce qui est toutefois plus important en ce qui nous concerne, c'est que la Cour a ensuite examiné les raisons pratiques pour lesquelles il était très souhaitable que seul le juge du procès rende des ordonnances de cette nature (à la p. 353):

> Non seulement le juge du procès est-il mieux placé pour évaluer l'effet de la séparation demandée sur la conduite du procès, mais limiter au juge du procès les ordonnances de séparation des chefs d'accusation permet d'éviter le dédoublement des efforts déployés pour acquérir une connaissance du dossier suffisante pour déterminer si les intérêts de la justice exigent une telle ordonnance.

Les ordonnances de production des dossiers privés en la possession de tiers sont, à mon avis, régies par une logique semblable.

180 De plus, il est souhaitable que le juge qui entend une demande de production ait eu l'avantage d'entendre et de trancher les demandes antérieures de la défense, de façon à minimiser la possibilité de contradiction dans le traitement de deux requêtes semblables. Si tel n'est pas le cas, la possibilité d'une telle contradiction risque d'entraîner des situations dans lesquelles la production de dossiers est ordonnée par un juge qui entend la requête avant la tenue du procès dans des circonstances considérées plus tard lors du procès comme n'étant pas fondées. Les droits à la protection de la vie privée du plaignant auront été violés inutilement.

181 De façon plus générale, pour les motifs suivants, je suis d'avis que les demandes de production de dossiers de tiers ne devraient pas être entendues avant le début du procès, même par le juge du procès. Premièrement, le concept de demande de production préalable au procès de documents en la possession de tiers est étranger aux procédures criminelles. Dans les affaires criminelles, les témoins ne peuvent être obligés de déposer qu'au procès. Un témoin éventuel n'est tenu de collaborer ni

1995 CanLII 51 (SCC)

the defence before the trial, and a court should not compel the witness to provide the defence with a preview of his or her evidence. I am not persuaded that prospective defence witnesses in sexual assault cases should be treated any differently.

182 Second, if pre-trial applications for production from third parties were permitted, it would invite fishing expeditions, create unnecessary delays, and inconvenience witnesses by requiring them to attend court on multiple occasions. Moreover, a judge is not in a position, before the beginning of the trial, to determine whether the records in question are relevant, much less whether they are admissible, and will be unable to balance effectively the constitutional rights affected by a production order (see *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, and *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3).

183 Proponents of a pre-trial procedure argue that without such a procedure, an accused might not obtain access to important records until it is too late. However, the situation would be no different in any other trial in which a witness has refused to cooperate with the defence. I cannot emphasize enough that the records here in question do not form part of the Crown's case against the accused, and that the accused consequently has no right to advance notice of their contents. Nor does the accused have any right to search the records for potential leads. The sole ground on which third parties may be compelled to produce the records to the defence is if they have probative value in respect of the issues in the trial, or the competence to testify of the subject of the records, that is not significantly outweighed by prejudice to the administration of justice or to the subject's privacy and equality rights. I am not persuaded that this purpose requires that the accused have access to the documents in advance of the trial.

avec le ministère public ni avec la défense avant le procès et un tribunal ne devrait pas obliger le témoin à fournir à la défense un aperçu de son témoignage. Je ne suis pas convaincue que des témoins éventuels de la défense dans des affaires d'agressions sexuelles devraient être traités différemment.

Deuxièmement, encourager la demande de production préalable au procès de documents en la possession de tiers favoriserait les parties de pêche, entraînerait des délais inutiles et causerait un préjudice aux témoins en les obligeant à se présenter devant le tribunal à plusieurs reprises. Qui plus est, un juge n'est pas en position, avant le début du procès, de déterminer si les dossiers en question sont pertinents, encore moins s'ils sont admissibles, et sera incapable de soupeser de manière efficace les droits constitutionnels touchés par une ordonnance de production (voir *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, et *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3).

Ceux qui favorisent une procédure préalable au procès soutiennent que, sans une telle procédure, un accusé pourrait ne pas avoir accès, en temps opportun, à des dossiers importants. Toutefois, la situation ne serait pas différente dans tout autre procès où un témoin a refusé de collaborer avec la défense. Je tiens encore à souligner que les dossiers visés en l'espèce ne font pas partie de la preuve que le ministère public fait valoir contre l'accusé et que l'accusé n'a, par conséquent, aucun droit de connaître d'avance le contenu de ces éléments de preuve. L'accusé n'a pas non plus le droit d'examiner les dossiers pour y rechercher des pistes éventuelles. Le seul motif pour lequel des tiers pourraient être tenus de produire des dossiers à la défense est qu'ils ont une valeur probante relativement aux questions en litige, ou à l'habilité des sujets de ces dossiers à témoigner, valeur probante sur laquelle ne l'emportent pas substantiellement le risque d'un préjudice à la bonne administration de la justice ou l'atteinte au droit de la personne visée au respect de sa vie privée et à son droit à l'égalité. Je ne suis pas convaincue que cet objectif exige que l'accusé ait accès aux documents avant le procès.

1995 CanLII 151 (SCC)

For these reasons, I am firmly of the view that applications for production of private records held by third parties should only be entertained at the trial.

III. Summary

In summary, on the issue of abuse of process for non-disclosure by the Crown, I conclude that there is no need to maintain any type of distinction between the common law doctrine of abuse of process and *Charter* requirements regarding abusive conduct. On the facts of this case, no such abusive conduct by the Crown has been demonstrated and a stay of proceedings was not appropriate.

On the issue of production of private records held by third parties, courts must balance the right of an accused to a fair trial with the competing rights of a complainant to privacy and to equality without discrimination. Since this exercise has not been done in this case, I agree with the Court of Appeal that a new trial should be ordered.

IV. Conclusion and Disposition

Since I am of the opinion that the Court of Appeal was correct in concluding that the trial judge erred in staying the proceedings against the appellant, I would dismiss the appeal and dispose of this matter in the manner suggested by the Court of Appeal.

The reasons of Cory and Iacobucci JJ. were delivered by

CORY J. — The actions of Crown counsel originally responsible for the prosecution of this case were extremely high-handed and thoroughly reprehensible. Nonetheless, I cannot agree with Justice Major that the misdeeds of the Crown were such that, upon a consideration of all the circumstances of this case, the drastic remedy of a stay was merited. Like Justice L'Heureux-Dubé and the Court

Pour ces motifs, je suis fermement d'avis que les requêtes en production de dossiers privés en la possession de tiers ne devraient être entendues qu'au procès. 184

III. Sommaire

En résumé, quant à la question de l'abus de procédures relativement à la non-divulgation de renseignements par le ministère public, je conclus qu'il n'y a pas lieu de maintenir quelque genre de distinction que ce soit entre la doctrine de l'abus de procédures en common law et les exigences de la *Charte* en ce qui concerne la conduite abusive. Dans le dossier qui nous occupe, la preuve ne révèle pas que le ministère public ait eu une telle conduite abusive, et l'arrêt des procédures était inapproprié. 185

En ce qui a trait à la production de dossiers privés en la possession de tiers, les tribunaux doivent soupeser le droit d'un accusé à être jugé équitablement en regard des droits d'une plaignante à la protection de sa vie privée et à l'égalité indépendamment de toute discrimination. Comme cette pondération n'a pas été faite en l'espèce, je suis d'accord avec la Cour d'appel qu'il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. 186

IV. Conclusion et dispositif

Comme j'estime que la Cour d'appel a eu raison de conclure que le juge du procès a commis une erreur en arrêtant les procédures prises contre le requérant, je rejetterais le pourvoi et je disposerais de l'appel de la manière proposée par la Cour d'appel. 187

Version française des motifs des juges Cory et Iacobucci rendus par

LE JUGE CORY — Les actes du substitut du procureur général initialement chargé de la poursuite en l'espèce étaient extrêmement arrogants et tout à fait répréhensibles. Néanmoins, je ne puis souscrire à l'opinion du juge Major selon laquelle les méfaits du ministère public étaient tels que, après examen de toutes les circonstances de l'espèce, le tribunal était justifié de recourir à la réparation dra- 188

1995 CanLII 51 (SCC)

of Appeal for British Columbia, I do not think that this is one of those clearest of cases which merits the imposition of the ultimate remedy of a stay.

189 I agree with the result reached by L'Heureux-Dubé J. and many of her conclusions pertaining to privacy and privilege. However, I concur with the reasons of the Chief Justice and Justice Sopinka with respect to their holding that the principles set forth in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, affirmed in *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451, pertaining to the Crown's duty to disclose must apply to therapeutic records in the Crown's possession.

190 I further agree with the Chief Justice and Sopinka J. as to the procedure they suggest for determining whether records in the possession of third parties are likely to be relevant. As well, I am in agreement with their reasons pertaining to the nature of the onus resting upon the accused and the nature of the balancing process which must be undertaken by the trial judge.

The following are the reasons delivered by

191 MCLACHLIN J. — I have read the reasons of my colleagues. I concur entirely in those of Justice L'Heureux-Dubé and wish only to add this comment in support of the position she adopts.

192 Discovery on criminal cases must always be a compromise. On the one hand stands the accused's right to a fair trial. On the other stands a variety of contrary considerations. One of these contrary considerations is the protection of privacy of third parties who find themselves, through no fault of their own, caught up in the criminal process. Another is the increase in the length and complexity of trials which exhaustive discovery proceedings may introduce. Both impact adversely and heavily on the public.

conienne qu'est l'arrêt des procédures. À l'instar du juge L'Heureux-Dubé et de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, je ne crois pas que ce soit l'un des cas les plus manifestes qui justifie la réparation ultime que constitue l'arrêt des procédures.

Je suis d'accord avec le résultat retenu par le juge L'Heureux-Dubé et avec bon nombre de ses conclusions sur la protection de la vie privée et l'existence d'un privilège. Toutefois, je souscris aux motifs du Juge en chef et du juge Sopinka pour ce qui est de leur conclusion selon laquelle les principes relatifs à l'obligation de divulguer du ministère public, énoncés dans *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, et confirmés dans *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, doivent s'appliquer aux dossiers thérapeutiques en sa possession.

Je suis également d'accord avec le Juge en chef et le juge Sopinka quant à la procédure qu'ils proposent pour déterminer si les dossiers en la possession de tiers sont susceptibles d'être pertinents. De plus, je souscris à leurs motifs relativement à la nature du fardeau incombant à l'accusé et à la nature du processus de pondération auquel le juge du procès doit recourir.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN — J'ai pris connaissance des motifs de mes collègues. Je souscris entièrement à ceux du juge L'Heureux-Dubé et je désire seulement ajouter l'observation suivante à l'appui de la position qu'elle adopte.

Dans les affaires criminelles, la communication préalable doit toujours être un compromis. D'un côté, il y a le droit de l'accusé à un procès équitable. De l'autre, il y a diverses considérations contraires. L'une d'elles est la protection de la vie privée des tiers qui, sans avoir commis de faute, se trouvent pris dans le processus pénal. Une autre de ces considérations est la longueur et la complexité accrues des procès auxquels peuvent mener des communications préalables poussées. Ces deux considérations ont des conséquences graves et préjudiciables pour le public.

1995 CanLII 51 (SCC)

The task before us on this appeal is to devise a test for the production of records held by third parties which preserves the right of an accused to a fair trial while respecting individual and public interest in privacy and the efficient administration of justice. The key to achieving this lies in recognition that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees not the fairest of all possible trials, but rather a trial which is fundamentally fair: *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562. What constitutes a fair trial takes into account not only the perspective of the accused, but the practical limits of the system of justice and the lawful interests of others involved in the process, like complainants and the agencies which assist them in dealing with the trauma they may have suffered. Perfection in justice is as chimeric as perfection in any other social agency. What the law demands is not perfect justice, but fundamentally fair justice.

En l'espèce, nous devons concevoir pour la production de dossiers détenus par des tiers un critère qui préserve le droit de l'accusé à un procès équitable tout en respectant le droit des particuliers et du public à la protection de la vie privée et l'administration efficace de la justice. Pour y parvenir, il faut reconnaître que la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit non pas le plus équitable de tous les procès possibles, mais plutôt un procès fondamentalement équitable: *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562. Le procès équitable tient compte non seulement du point de vue de l'accusé, mais également des limites pratiques du système de justice et des intérêts légitimes des autres personnes concernées, comme les plaignants et les organismes qui les aident à faire face aux traumatismes qu'ils ont subis. Il est aussi utopique de chercher la perfection dans les institutions judiciaires que de la chercher dans tout autre organisme social. La loi exige non pas une justice parfaite mais une justice fondamentalement équitable. 193

1995 CanLII 51 (SCC)

Perfect justice in the eyes of the accused might suggest that an accused person should be shown every scintilla of information which might possibly be useful to his defence. From the accused's perspective, the catalogue would include not only information touching on the events at issue, but anything that might conceivably be used in cross-examination to discredit or shake a Crown witness. When other perspectives are considered, however, the picture changes. The need for a system of justice which is workable, affordable and expeditious; the danger of diverting the jury from the true issues; and the privacy interests of those who find themselves caught up in the justice system — all these point to a more realistic standard of disclosure consistent with fundamental fairness. That, and nothing more, is what the law requires.

Du point de vue de l'accusé, pour que la justice soit parfaite, il faudrait qu'il soit mis au courant de chaque éléments d'information susceptible d'être utile pour sa défense. La liste devrait alors comprendre non seulement les renseignements concernant les événements en cause mais tout ce qui, en théorie, pourrait servir en contre-interrogatoire à discréditer ou à ébranler un témoin à charge. Lorsqu'on tient compte d'autres points de vue, cependant, il en va autrement. La nécessité d'avoir un système de justice qui fonctionne et qui soit abordable et rapide, le danger de détourner le jury des vraies questions en litige et le droit à la protection de la vie privée de ceux qui se trouvent pris dans le système de justice sont tous des éléments qui convergent vers une norme de divulgation plus réaliste et compatible avec l'équité fondamentale. Voilà ce qu'exige la loi, et rien de plus. 194

I believe the test proposed by L'Heureux-Dubé J. strikes the appropriate balance between the desire of the accused for complete disclosure from everyone of everything that could conceivably be helpful to his defence, on the one hand, and the constraints imposed by the trial process and privacy interests of third parties who find themselves

Je crois que le critère proposé par le juge L'Heureux-Dubé trouve le juste équilibre entre le désir de l'accusé de se voir divulguer par chacun tout ce qui, en théorie, pourrait servir à sa défense, d'une part, et les contraintes imposées par le processus judiciaire et le droit à la protection de la vie privée des tiers qui se trouvent pris dans le système 195

caught up in the justice system, on the other, all without compromising the constitutional guarantee of a trial which is fundamentally fair.

196 I would dispose of the appeal as proposed by L'Heureux-Dubé J.

The following are the reasons delivered by

197 MAJOR J. (dissenting) — I have read the reasons of Justice L'Heureux-Dubé, and agree that common law abuse of process has been subsumed in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and should not be considered separately unless circumstances arise to which the *Charter* does not apply, which is not the case in this appeal. The party alleging abuse of process must prove on a balance of probabilities that a violation of the *Charter* has occurred. Upon proving this, a variety of remedies are available under s. 24(1).

198 With respect, I am unable to agree that a stay of proceedings was not appropriate. The conduct of the Crown in this case both impaired the ability of the accused to make full answer and defence and contravened fundamental principles underlying the community's sense of fair play and decency. This is so having regard to the failure of the Crown to disclose information within its control to alleged offences that were many years old. The remedy of a stay was within the trial judge's discretion and was appropriate under the circumstances.

I. History of Crown Conduct

199 The circumstances giving rise to the complaints in this case occurred between January 1, 1964 and November 1, 1967. The appellant was charged by indictment dated November 6, 1991, 24 years after the last incident alleged. The long delay in charges being laid made the gathering of evidence difficult for both the Crown and defence. Some witnesses were dead or incompetent and some records were

de justice, d'autre part, le tout sans mettre en péril la garantie constitutionnelle d'un procès qui soit fondamentalement équitable.

Je suis d'avis de trancher le pourvoi de la façon proposée par le juge L'Heureux-Dubé.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident) — J'ai pris connaissance des motifs du juge L'Heureux-Dubé et je suis d'accord pour dire que l'abus de procédure reconnu en common law a été considéré comme compris dans la *Charte canadienne des droits et libertés* et ne devrait pas être examiné séparément à moins qu'il ne survienne des circonstances auxquelles la *Charte* ne s'applique pas, ce qui n'est pas le cas dans le présent pourvoi. La partie qui allègue l'abus de procédure doit prouver selon une prépondérance des probabilités qu'il y a eu violation de la *Charte*. Cette preuve faite, il y a ouverture à diverses mesures de réparations aux termes du par. 24(1).

En toute déférence, je ne saurais convenir qu'un arrêt des procédures n'était pas approprié. La conduite du ministère public en l'espèce a nui à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière et a aussi violé les principes fondamentaux qui sous-tendent le sens collectif du franc-jeu et de la décence. Il en est ainsi si l'on tient compte de l'omission par le ministère public de divulguer des renseignements sous son contrôle se rapportant à des infractions qui auraient été commises il y a de nombreuses années. Le juge du procès avait le pouvoir discrétionnaire de recourir à l'arrêt des procédures et cette réparation convenait dans les circonstances.

I. L'historique de la conduite du ministère public

Les faits à l'origine des plaintes portées en l'espèce sont survenus entre le 1er janvier 1964 et le 1er novembre 1967. L'appelant a été mis en accusation le 6 novembre 1991, soit 24 ans après le dernier incident allégué. Ce long délai a rendu l'obtention d'éléments de preuve difficile tant pour le ministère public que pour la défense. Des témoins étaient décédés ou incapables de déposer

lost. The defence was entitled to assistance and consideration as it sought to uncover evidence from so long ago.

et des dossiers avaient été perdus. La défense avait droit à une certaine aide et à une certaine considération dans sa tentative de découvrir des éléments de preuve remontant aussi loin dans le temps.

The case was also unusual in that the accused was, at the time of the alleged offences, a teacher and member of the clergy. Almost 30 years later when the charges had been laid he had become a Bishop of the Roman Catholic Church. It was important that because of the high degree of public interest in the case created by the position of the accused and the nature of the allegations that the accused receive the same treatment by the Crown as any accused person has the right to expect.

200 Il s'agissait également d'un cas inhabituel du fait que, à l'époque où les infractions auraient été commises, l'accusé était enseignant et membre du clergé. Presque 30 ans plus tard, au moment où les accusations ont été portées, il était devenu évêque de l'Église catholique romaine. Vu le grand intérêt soulevé dans le public en raison du poste occupé par l'accusé et de la nature des allégations, il était important que ce dernier reçoive du ministère public le même traitement que celui auquel tout autre accusé serait en droit de s'attendre.

1995 CanLII 51 (SCC)

It is important in this case not to isolate instances of Crown conduct which, by themselves, are mere irritations or embarrassments. It is when the incidents are seen as a pattern of conduct that the "aura" mentioned by the trial judge becomes evident and the suggestion of it all being a comedy of errors disappears. It is relevant to summarize the actions and lack thereof by the Crown.

201 Il importe en l'espèce de ne pas isoler les circonstances où la conduite du ministère public en soi ne fait qu'engendrer de l'irritation ou de l'embarras. C'est lorsque les incidents dénotent un certain comportement que le «climat» dont parle le juge du procès devient évident et que disparaît l'hypothèse que tout cela constitue une comédie d'erreurs. Il convient d'esquisser les actes et les omissions du ministère public.

In the early stages of investigation Constable Grinstead of the RCMP taped interviews with the complainants. At this point the accused had not yet been charged. Three of these tapes were disclosed to defence counsel in 1991. There were more tapes in the possession and control of the Crown which were not disclosed at that time.

202 Au début de l'enquête, l'agent Grinstead de la GRC a enregistré des entretiens avec les plaignantes. À ce moment-là, aucune accusation n'avait encore été portée. Trois de ces enregistrements ont été divulgués à l'avocat de la défense en 1991. D'autres enregistrements qui étaient en la possession et sous le contrôle du ministère public n'ont toutefois pas été divulgués à l'époque.

On December 16, 1991, the complainant M.B. and a witness, M.O., made statements to Crown prosecutor Wendy Harvey. The interview with M.O. contained information which tended to conflict with the statement of M.B. and corroborate the story of the accused. This information was not disclosed to the accused until November 25, 1992, 11 months after the initial trial date and five days before the trial date at the time of disclosure.

203 Le 16 décembre 1991, la plaignante M.B. ainsi qu'un témoin, M.O., ont fait des déclarations au substitut du procureur général Wendy Harvey. L'entretien avec M.O, contenait des renseignements qui tendaient à contredire la déclaration de M.B. et à corroborer le récit de l'accusé. Ces renseignements n'ont été divulgués à l'accusé que le 25 novembre 1992, soit 11 mois après la date fixée initialement pour le procès et cinq jours avant la date fixée pour le procès au moment de la divulgation.

204 On May 25, 1992, the Crown gave a list of 14 witnesses to the defence with one-line summaries of what the witnesses would say. The accused should have received entire witness statements. The defence raised this matter before Campbell A.C.J. on June 4, 1992.

205 On June 4, 1992, Campbell A.C.J. made the order for disclosure reproduced in the reasons of L'Heureux-Dubé J. The Crown opposed the application for the order but did not make the policy arguments mentioned later by Ms. Harvey and by the interveners in this case other than mentioning that the complainants would have to disclose details of a personal nature. The Crown argued relevance and the fact that the records were not in their possession. The order granted by Campbell A.C.J. was not appealed. As a result of the order and the insufficient disclosure of the witness statements the trial was adjourned to November 30, 1992.

206 On June 16, 1992, Ms. Harvey wrote to two of the complainants' therapists. She included a copy of the order and described it. Her description narrowed the order to include only information related to alleged sexual assaults by the accused.

207 On July 8, 1992, Ms. Harvey wrote to the complainant P.P. stating that the Crown had resisted the application for the disclosure order, that the Crown intended to go before the Justice and ask for direction and that the Crown was not seeking the records of P.P.'s therapist at that time.

208 On September 21, 1992, Oppal J. expressed surprise that the order had not yet been complied with and said that the Crown should disclose the records. On October 16, 1992, Thackray J., who had been appointed trial judge, expressed similar surprise and ordered disclosure again. At that time the trial judge was given the notes of P.P.'s therapists, which he gave to the accused. On

Le 25 mai 1992, le ministère public a remis à la défense une liste de 14 témoins en plus de résumés d'une ligne de leurs dépositions éventuelles. L'accusé aurait dû recevoir toutes les déclarations des témoins. La défense a soulevé ce point devant le juge en chef adjoint Campbell le 4 juin 1992.

À cette date, le juge en chef adjoint Campbell a rendu l'ordonnance de divulgation reproduite dans les motifs du juge L'Heureux-Dubé. Le ministère public s'est opposé à la demande d'ordonnance, mais n'a pas présenté les arguments de principe invoqués plus tard par Me Harvey et par les intervenants en l'espèce, si ce n'est pour dire que les plaignantes auraient à divulguer des détails de nature personnelle. Le ministère public a soulevé la question de la pertinence et le fait que les dossiers n'étaient pas en sa possession. Il n'a pas été interjeté appel de l'ordonnance rendue par le juge en chef adjoint Campbell. Par suite de l'ordonnance et de la divulgation insuffisante des déclarations des témoins, le procès a été ajourné au 30 novembre 1992.

Le 16 juin 1992, Me Harvey a écrit à deux des thérapeutes des plaignantes. Elle a joint une copie de l'ordonnance et en a donné une description comme si elle ne comprenait que des renseignements liés aux présumées agressions sexuelles commises par l'accusé.

Le 8 juillet 1992, Me Harvey a écrit à la plaignante P.P. pour l'informer que le ministère public s'était opposé à la demande d'ordonnance de divulgation, qu'il avait l'intention de se présenter devant le juge pour demander des directives et qu'il ne réclamait pas les dossiers du thérapeute de P.P. à ce moment-là.

Le 21 septembre 1992, le juge Oppal a été surpris d'apprendre que l'ordonnance n'avait pas encore été respectée et a déclaré que le ministère public devait divulguer les dossiers. Le 16 octobre 1992, le juge Thackray, qui avait été désigné comme juge du procès, s'est dit également surpris et a ordonné de nouveau la divulgation des dossiers. À ce moment-là, le juge du procès a reçu les notes des thérapeutes de P.P., qu'il a transmises à l'accusé. Le 30 octobre 1992, le ministère public a

© CanLII 1998 (S.C.C.)

October 30, 1992, the Crown informed Thackray J. that further disclosure would be forthcoming.

On October 30, 1992, the Crown gave the court the records of M.B.'s therapist, Dr. Cheaney. The Crown asked that these notes not be turned over to the defence until submissions could be made by Ms. Harvey, who was not present on that day. No such submission had been made by November 19, 1992, when the defence raised the matter of the records again. Mr. Jones, for the Crown, made submissions regarding the relevance of the documents in question and mentioned that Ms. Harvey had submissions concerning victimizing the complainants again by disclosing the documents.

Thackray J., observing that the trial was to commence in ten days, ordered production of the documents in question. Thackray J. also ruled that a diary which the complainant R.R. had used to refresh her memory at the preliminary hearing was to be given to the court so that he could rule on its relevance.

On November 25, 1992, the defence received, in response to a renewed request for disclosure, the transcripts of the M.B. and M.O. interviews as well as two tapes of interviews done by the RCMP early in the investigation. It was also discovered that M.B. had therapists whose names and records had not been disclosed. The files of Dr. Cheaney were found to be incomplete. The defence also received an affidavit sworn by Constable Grinstead which alleged that the defence counsel had not attempted to look at the files held by the RCMP and that all interview tapes had been disclosed the previous year. This information was not correct.

On November 26, 1992, the accused applied for a stay of proceedings, based on non-disclosure by the Crown. Ms. Harvey explained the Crown's actions by pointing out that the law had recently changed to overcome myths and biases surround-

informé le juge Thackray que d'autres renseignements seraient bientôt divulgués.

209 Le 30 octobre 1992, le ministère public a transmis à la cour les dossiers du thérapeute de M.B., le Dr Cheaney. Le ministère public a demandé que ces notes ne soient pas remises à la défense avant que Me Harvey, qui était absente ce jour-là, puisse présenter des arguments. Aucun n'avait encore été présenté le 19 novembre 1992, lorsque la défense a soulevé de nouveau la question des dossiers. Me Jones, au nom du ministère public, a présenté des arguments au sujet de la pertinence des documents en question et a mentionné que Me Harvey présenterait d'autres arguments relativement au fait que la divulgation des documents léserait de nouveau les plaignantes.

1995 CanLII 51 (SCC)

210 Le juge Thackray a alors fait remarquer que le procès devait commencer dans dix jours et a ordonné la production des documents en question. Il a également décidé que le journal que la plaignante R.R. avait utilisé pour se rafraîchir la mémoire lors de l'enquête préliminaire devait être remis à la cour pour qu'il puisse se prononcer sur sa pertinence.

211 Le 25 novembre 1992, à la suite d'une nouvelle demande de divulgation, la défense a obtenu la transcription des entretiens de M.B. et de M.O. ainsi que deux enregistrements des entretiens effectués par la GRC au début de l'enquête. On a aussi découvert que M.B. avait été suivie par des thérapeutes dont les noms et les dossiers n'avaient pas été divulgués. Les dossiers du Dr Cheaney se sont révélés incomplets. La défense a également obtenu un affidavit dans lequel l'agent Grinstead alléguait que l'avocat de la défense n'avait pas entrepris de démarches en vue de consulter les dossiers en possession de la GRC et que tous les enregistrements des entretiens avaient été divulgués l'année précédente. Ces renseignements n'étaient pas exacts.

212 Le 26 novembre 1992, l'accusé a demandé l'arrêt des procédures, en se fondant sur la non-divulgation par le ministère public. Me Harvey a expliqué la conduite du ministère public en signalant que le droit avait changé récemment pour

ing victims of sexual assault. She submitted that the order was difficult to enforce given the problems surrounding traditional stereotypes regarding sexual assault. She submitted that the order and the requests of the defence counsel for disclosure exhibited gender bias.

213 Ms. Harvey also submitted that the letters to the therapists included the order and that therefore her faulty summary should not have affected the eventual disclosure of the records. The trial judge pointed out that after the therapists were advised of the true meaning of the order, the full files were disclosed. The trial judge further pointed out that the complainants had authorized production of the records in question. He said that there was not, in reality, a problem.

214 Thackray J. asked why the Crown had not gone back before Campbell A.C.J. to obtain direction, as Ms. Harvey had indicated was her intention in her letter to P.P. The Crown replied that it had instead sought direction from the trial judge. Thackray J. noted that he had ordered production and that the complainants had been forthcoming after that.

215 Ms. Harvey then explained the delays as partially attributable to the difficulties encountered by having two prosecutors in two places handling the case. She submitted that *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, was a recent decision and that the Crown was still struggling with how to cope with the new disclosure rules. Ms. Harvey said that she knew at the time that M.B. and M.O.'s interview transcripts were information that the defence should have had and incredibly suggested that she must have "dreamt" she gave this information to the defence. Other failures to disclose were attributed to inadvertence.

216 The application for a stay was denied on November 27, 1992. Thackray J. felt the delay could be

écarter les mythes et préjugés touchant les victimes d'agression sexuelle. Elle a soutenu que l'ordonnance était difficile à exécuter en raison des problèmes suscités par les stéréotypes traditionnels en matière d'agressions sexuelles. Elle a ajouté que l'ordonnance de divulgation et les requêtes des avocats de la défense à cet effet faisaient preuve de sexisme.

Me Harvey a également soutenu que l'ordonnance était incluse avec les lettres adressées aux thérapeutes et que, par conséquent, son résumé fautif n'aurait pas dû influer sur la divulgation éventuelle des dossiers. Le juge du procès a indiqué qu'il y a eu divulgation des dossiers complets après que les thérapeutes eurent été informés de la portée exacte de l'ordonnance. Il a ensuite signalé que les plaignantes avaient autorisé la production des dossiers en question. Il a dit qu'en réalité, cela ne posait pas de problème.

Le juge Thackray a demandé pourquoi le ministère public ne s'était pas adressé de nouveau au juge en chef adjoint Campbell afin d'obtenir des directives, comme Me Harvey en avait manifesté l'intention dans sa lettre à P.P. Le ministère public a répondu qu'il s'était plutôt adressé au juge du procès. Le juge Thackray a noté qu'il avait ordonné la production et que les plaignantes s'étaient montrées bien disposées par la suite.

Me Harvey a ensuite expliqué que les délais étaient attribuables en partie aux difficultés engendrées par le fait que deux avocats s'occupaient de l'affaire à deux endroits différents. Elle a allégué que l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, était récent et que le ministère public s'efforçait encore de savoir comment mettre en œuvre les nouvelles règles en matière de divulgation. Elle a dit qu'elle savait à l'époque que les transcriptions des entretiens avec M.B. et M.O. constituaient des renseignements que la défense aurait dû avoir et, chose incroyable, elle a laissé entendre qu'elle avait dû «rêver» avoir fourni ces renseignements à la défense. D'autres omissions de divulgation ont été attribuées à de l'inadvertance.

La demande d'arrêt des procédures a été rejetée le 27 novembre 1992. Le juge Thackray a estimé

© Supreme Court of Canada (SCC)

remedied before trial and ordered the Crown to complete disclosure. He ordered that only a portion of the diary was to be disclosed. Thackray J. said that the Crown submissions were disturbing and commented on the general incompetence and "dilly-dallying" of the Crown. He adjourned the trial to December 1, 1992.

qu'il était possible de remédier au délai avant le procès et a ordonné au ministère public de compléter la divulgation. Il a ordonné la divulgation d'une partie seulement du journal. Il a déclaré que les arguments du ministère public étaient troublants et a fait des commentaires sur l'incompétence générale et les «tergiversations» du ministère public. Il a ajourné le procès au 1er décembre 1992.

On November 28, 1992, the Crown agreed to waive privilege regarding its files and undertook to prepare four binders for the accused containing all information in the Crown's possession. At a pre-trial conference on November 30, 1992, Ms. Harvey indicated that the defence now had all of the notes she had prepared in connection with the case. The trial was adjourned an additional day to allow the accused's counsel time to review the newly disclosed material.

Le 28 novembre 1992, le ministère public a convenu de renoncer au privilège relativement à ses dossiers et s'est engagé à préparer à l'intention de l'accusé quatre cahiers qui contiendraient tous les renseignements en sa possession. Lors d'une conférence préparatoire tenue le 30 novembre 1992, Me Harvey a indiqué que la défense disposait alors de toutes les notes qu'elle-même avait préparées en rapport avec l'affaire. Le procès a été reporté d'un jour afin que les avocats de l'accusé puissent examiner les documents nouvellement divulgués. 217

On the second day of trial, December 3, 1992, the Crown attempted to have P.P. give evidence through drawings. It was revealed that the Crown possessed several drawings from pre-trial interviews by the complainants. These had not been disclosed to the accused. The Crown turned over eight sets of drawings by the next day but was unable to guarantee that full disclosure had been made.

Le deuxième jour du procès, soit le 3 décembre 1992, le ministère public a tenté de faire témoigner P.P. au moyen de dessins. On a appris que le ministère public était en possession de plusieurs dessins provenant d'entretiens préalables au procès avec les plaignantes. Ceux-ci n'avaient pas été divulgués à l'accusé. Le ministère public a remis huit séries de dessins le lendemain, mais n'a pu garantir qu'il y avait eu divulgation complète. 218

The accused renewed his stay application and the Crown requested an adjournment so that Ms. Harvey could make submissions. On December 4, 1992, Ms. Harvey was present but made no submissions. Mr. Jones said that the binders given to the defence were incomplete and that the Crown could still not guarantee full disclosure had been made. The trial judge gave counsel the weekend to formulate submissions regarding the stay. When the trial resumed on December 7, 1992, no submissions were made and the stay was entered: (1992), 18 C.R. (4th) 98.

L'accusé a renouvelé sa demande d'arrêt des procédures et le ministère public a demandé un ajournement pour que Me Harvey puisse présenter des arguments. Le 4 décembre 1992, elle était présente mais n'a présenté aucun argument. Me Jones a dit que les cahiers remis à la défense n'étaient pas complets et que le ministère public ne pouvait toujours pas garantir qu'il y avait eu divulgation complète. Le juge du procès a accordé aux avocats toute la fin de semaine pour formuler leur argumentation au sujet de l'arrêt des procédures. À la reprise du procès le 7 décembre 1992, aucun argument n'a été présenté et l'arrêt des procédures a été prononcé: (1992), 18 C.R. (4th) 98. 219

1995 CanLII 51 (SCC)

II. Effects of the Crown's Conduct

220 The actions by the Crown both impaired the accused's ability to make full answer and defence and contravened fundamental principles of justice underlying the community's sense of fair play and decency. I shall deal with each category.

A. *Full Answer and Defence*

221 The actions of the Crown over time included a failure, until immediately before the trial, to comply with the order of Campbell A.C.J. The respondent submits that this breach is not significant in that the order was improper and was complied with before the trial and the final stay application.

222 The impropriety of the court order if any does not excuse the conduct of the Crown after the order was made. By July 10, 1992, the order had not been complied with, and Low J. was informed that there were problems in getting the complainants to comply. The court continually expressed surprise that the order had not been complied with, and reminded the Crown of its obligation to obey court orders. By October 16, 1992, the records in question were mainly in the possession of the Crown. It was not a complainant objection which barred disclosure but the fact that the Crown disagreed with the order. The order still had not been complied with after six months.

223 The Crown never took proper action regarding the objections it had to the order. If the Crown could not appeal the order it could have, and should have, returned to Campbell A.C.J. to request variation or rescission of the order if as was suggested by them they had reason to do so. The letter from the Crown prosecutor Ms. Harvey to the complainant P.P. suggests that this is what the Crown intended. This failure gives the Crown's submissions about the propriety of the order and

II. Les effets de la conduite du ministère public

Les actes du ministère public ont nui à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière et ont aussi violé les principes fondamentaux qui sous-tendent le sens collectif du franc-jeu et de la décence. J'examinerai chacun des aspects.

A. *Une défense pleine et entière*

Les actes du ministère public au cours de la période concernée comprenaient le défaut, jusqu'à immédiatement avant le procès, de respecter l'ordonnance du juge en chef adjoint Campbell. L'intimée soutient que ce manquement n'est pas important en ce sens que l'ordonnance n'était pas appropriée et qu'elle a été respectée avant le procès et la dernière demande d'arrêt des procédures.

Le caractère inapproprié de l'ordonnance judiciaire, le cas échéant, n'excuse pas la conduite du ministère public après son prononcé. Le 10 juillet 1992, l'ordonnance n'était pas respectée et le juge Low a été informé qu'il y avait des problèmes à la faire respecter par les plaignantes. La cour s'est dite maintes fois surprise que l'ordonnance n'ait pas été respectée et elle a constamment rappelé au ministère public qu'il devait obéir aux ordonnances judiciaires. Le 16 octobre 1992, les dossiers en question étaient en grande partie en possession du ministère public. Ce n'était pas une objection des plaignantes qui empêchait la divulgation mais le fait que le ministère public n'était pas d'accord avec l'ordonnance. Cette dernière n'avait toujours pas été respectée après six mois.

Le ministère public n'a jamais pris les mesures appropriées pour faire valoir les objections qu'il avait au sujet de l'ordonnance. Si le ministère public ne pouvait interjeter appel de l'ordonnance, il aurait pu, et aurait dû, s'adresser de nouveau au juge en chef adjoint Campbell pour en demander la modification ou l'annulation si, comme il le prétendait, il avait raison de le faire. La lettre adressée par le substitut du procureur général Me Harvey à la plaignante P.P. laisse supposer que telle était l'intention du ministère public. Cette omission laisse peu de poids aux arguments présentés par le ministère public, sur le caractère inapproprié de

1995 CanLII 51 (SCC)

policy problems surrounding the order to justify non-compliance little weight.

The letters from Ms. Harvey to the therapists narrowed the scope of the order. It is unclear whether this was deliberate, given Ms. Harvey's opinion regarding the order, or whether it was an error. As soon as the order was clarified for the therapists, complete records were disclosed, suggesting that had the letters contained an accurate description of the order, compliance would have occurred at a much earlier time. The letter to the complainant P.P. dated July 8, 1992 displayed an intention to disregard the order.

The excuses proffered by the Crown were as the trial judge described them, limp. The recent *Stinchcombe* decision had nothing to do with obeying a court order for disclosure. The problems encountered by the two Crown prosecutors operating in different locations are not unusual and cannot explain the delay in either complying with or applying to vary the order.

The fact that by the time of trial the order seems to have been complied with is not much of a mitigating factor. The conduct of the Crown regarding the court order, in combination with their faulty disclosure after the trial began, would make it uncertain that the order had in fact been fully obeyed at the time of trial, notwithstanding what the Crown claimed. On previous occasions the Crown had said that the terms of the order had been fulfilled when this was not true.

The Crown also breached the general duty of disclosure as outlined in *Stinchcombe*. At the time *Stinchcombe* was a relatively new decision and prosecutors were still ascertaining the scope of the duty contained therein. However, the concepts outlined were clear enough: that the Crown had a general duty to disclose all relevant information. Sopinka J. set out the following principles in *Stinchcombe*:

l'ordonnance et les problèmes de principe qu'elle soulevait, pour justifier son non-respect.

224 Les lettres de Me Harvey aux thérapeutes limitaient la portée de l'ordonnance. On ne sait pas très bien si cela était délibéré, vu l'opinion de Me Harvey au sujet de l'ordonnance, ou si c'était par erreur. Aussitôt que la portée de l'ordonnance eut été communiquée aux thérapeutes, les dossiers complets ont été divulgués, ce qui laisse entendre que, si les lettres avaient donné une description exacte de l'ordonnance, elle aurait été respectée beaucoup plus tôt. La lettre adressée à la plaignante P.P. le 8 juillet 1992 manifestait une intention de ne pas tenir compte de l'ordonnance.

225 Les excuses présentées par le ministère public étaient faibles, selon l'expression du juge du procès. L'arrêt récent *Stinchcombe* n'avait rien à voir avec le respect d'une ordonnance judiciaire de divulgation. Les problèmes rencontrés par les deux substituts du procureur général, qui s'occupaient de l'affaire à partir d'endroits différents, ne sont pas inhabituels et ne peuvent pas expliquer le temps mis à respecter l'ordonnance ou à en demander la modification.

226 Le fait qu'il semble qu'au moment du procès l'ordonnance ait été respectée n'est pas un facteur atténuant très important. Les agissements du ministère public suite à l'ordonnance judiciaire et la divulgation imparfaite de renseignements après le début du procès portaient à douter qu'il se soit effectivement conformé intégralement à l'ordonnance au moment du procès, quoi qu'il ait prétendu. Le ministère public avait dit précédemment que l'ordonnance avait été respectée, alors que c'était faux.

227 Le ministère public a également manqué à l'obligation générale de divulgation qui est énoncée dans *Stinchcombe*. À l'époque, cet arrêt était relativement nouveau et les substituts du procureur général étaient encore incertains quant à la portée de l'obligation qui y était mentionnée. Toutefois, le principe était assez clair: le ministère public avait l'obligation générale de divulguer tous les renseignements pertinents. Le juge Sopinka l'a explicité comme suit dans *Stinchcombe*:

1995 CanLII 51 (SCC)

— the Crown has a legal duty to disclose all relevant information to the defence;

— the obligation is subject to a Crown discretion regarding information which is "clearly irrelevant" or subject to privilege, and to the time and manner of disclosure;

— the Crown's use of the discretion is reviewable by the trial judge, guided by the general principle that information is not to be withheld if there is a reasonable possibility that this will impair the right to make full answer and defence;

— the absolute withholding of relevant information can only be justified on the basis of a legal privilege.

228 The Crown's breach of this obligation includes the minimal disclosure of witness statements given to the accused on May 25, 1992. This was not proper disclosure as directed in *Stinchcombe*. Defence counsel prepare for cross-examination of Crown witnesses in three ways. They use information obtained at preliminary hearings, information supplied by their own witnesses and by the accused, and by the disclosure in the production of the Crown. The defence was, in this case, impaired to prepare for cross-examination and in gathering rebuttal evidence by the incomplete disclosure.

229 The interviews with M.B. and with M.O. were statements which should have been disclosed. The interview with M.O. was particularly important as she was not called at the preliminary hearing, and her information tended to be exculpatory. The fact that the accused had, through his own sources, discovered the existence of this information has nothing to do with the breach of the duty of disclosure. This information was disclosed only when the defence raised the issue before the trial judge, suggesting that perhaps other information was not disclosed. This is part of the "aura" which the trial

— le ministère public est tenu en droit de divulguer à la défense tous les renseignements pertinents;

— cette obligation est assujettie à un pouvoir discrétionnaire du ministère public quant aux renseignements qui ne sont «manifestement pas pertinents» ou qui sont privilégiés, et quant au moment et à la forme de la divulgation;

— le pouvoir discrétionnaire du ministère public peut faire l'objet d'un contrôle par le juge du procès, inspiré par le principe général qu'il ne faut refuser de divulguer aucun renseignement si la non-divulgation est raisonnablement susceptible de porter atteinte au droit de présenter une défense pleine et entière;

— le refus absolu de divulguer des renseignements pertinents ne peut se justifier qu'en raison d'un privilège.

Le manquement à cette obligation par le ministère public comprend la divulgation minimale des déclarations des témoins remises à l'accusé le 25 mai 1992. Cette divulgation n'était pas conforme aux directives de l'arrêt *Stinchcombe*. Les avocats de la défense ont trois moyens de se préparer au contre-interrogatoire des témoins à charge. Ils utilisent les renseignements obtenus lors de l'enquête préliminaire, les renseignements fournis par leurs propres témoins et par l'accusé et les renseignements divulgués dans les documents produits par le ministère public. En l'espèce, la divulgation incomplète a nui à la défense dans la préparation du contre-interrogatoire et dans l'obtention de la contre-preuve.

Les entretiens avec M.B. et avec M.O. constituaient des déclarations qui auraient dû être divulguées. L'entretien avec M.O. était particulièrement important parce qu'elle n'a pas été assignée à l'enquête préliminaire et que les renseignements qu'elle a fournis tendaient à être disculpatoires. Le fait que l'accusé ait découvert l'existence de ces renseignements par ses propres moyens n'a rien à voir avec le manquement à l'obligation de divulguer. Ces renseignements n'ont été divulgués que lorsque la défense a soulevé la question devant le juge du procès, ce qui laissait croire que d'autres

1999 CanLII 15 (SCC)

judge suggested had been created by December 7, 1992.

Each time disclosure was made in this case it was the result of the defence having to raise the matter in court. The defence had to find out about the missing information through alternate means. The defence was left to wonder if information existed about which it knew nothing. In order for the public to have faith in the justice system it must be able to trust Crown counsel to be forthcoming with such information. The conduct of the Crown in this case was such that trust was lost, first by the defence, and finally by the trial judge on December 7, 1992.

The drawings at the centre of the final application for a stay of proceedings were not the working papers of Ms. Harvey. Since the intention of the Crown was to have these complainants give evidence in the form of drawings these drawings were witness statements. Even if the drawings were not significantly different from the ones which would have been produced at trial, the defence was entitled to disclosure. The test is not whether the information reveals contradictions, but merely is the information relevant. This was relevant material.

It is of little consequence on the facts of this case that a considerable amount of the non-disclosed material was ultimately released piecemeal to the defence prior to the trial. The effect of continual discovery of more non-disclosed evidence, coupled with the Crown admission that disclosure was possibly incomplete, created an atmosphere in which the defence's ability to prepare was impaired. The defence had to repeatedly renew requests for disclosure on the chance that more information was extant.

The breach of the undertaking to the defence by the Crown impaired the ability to prepare a full answer and defence. It does not matter whether this undertaking was unprecedented or whether it went beyond what is expected of the Crown. The defence was entitled to rely on the undertaking,

renseignements n'avaient peut-être pas été divulgués. Cela fait partie du «climat» qui, selon le juge du procès, régnait le 7 décembre 1992.

230 Chaque divulgation en l'espèce est le fruit d'une question de la défense devant le tribunal. La défense a dû découvrir les renseignements manquants par d'autres moyens. Elle en était réduite à se demander s'il existait des renseignements dont elle n'était pas au courant. Pour que le public croie au système judiciaire, il doit pouvoir faire confiance aux substituts du procureur général pour présenter ces renseignements. Le comportement du ministère public en l'espèce était tel que la défense d'abord et le juge du procès ensuite ont perdu cette confiance le 7 décembre 1992.

1995 CanLII 51 (SCC)

231 Les dessins qui étaient au centre de la dernière demande d'arrêt des procédures n'étaient pas les documents de travail de Me Harvey. Comme le ministère public avait l'intention de faire témoigner les plaignantes au moyen de dessins, ceux-ci constituaient des déclarations de témoins. Même si les dessins ne différaient pas énormément de ceux qui auraient été produits au procès, la défense avait droit à leur divulgation. Le critère n'exige pas que les renseignements révèlent des contradictions, mais simplement qu'il s'agisse de renseignements pertinents. Il s'agissait bien de documents pertinents.

232 Il importe peu en l'espèce qu'un grand nombre des documents non divulgués aient en fin de compte été remis petit à petit à la défense avant le procès. La découverte répétée d'éléments de preuve qui n'avaient pas été divulgués et l'admission par le ministère public que la divulgation n'avait peut-être pas été complète ont eu pour effet de créer un climat qui nuisait à la capacité de la défense de se préparer. Celle-ci devait sans cesse présenter de nouvelles requêtes en divulgation au cas où il existerait d'autres renseignements.

233 En manquant à l'engagement qu'il avait pris envers la défense, le ministère public a nui à la capacité de préparer une défense pleine et entière. Il importe peu que cet engagement ait été sans précédent ou qu'il ait dépassé ce dont on s'attend du ministère public. La défense était en droit de

and did rely on it, as the trial commenced without comment. Since the previous breaches of the court order and the general duty had created concern on the part of the accused regarding disclosure, the undertaking by the Crown was an attempt to remedy the situation. The breach of the undertaking had the opposite effect and created a suspicious atmosphere in which the defence could not know what evidence the Crown was going to present.

234 The Crown offered many reasons for delay in disclosure, including a philosophical dispute regarding the court order, differences of opinion regarding relevance, miscommunication between the two Crown prosecutors involved, and simple forgetfulness. The Crown behaved in a manner consistent with the view that it was not aware of or interested in its obligations to the court or the accused.

235 Many of the explanations offered at different times during the proceedings before Thackray J. appear to be rationalizations for unacceptable conduct after the fact. Each time deficiencies in disclosure were revealed the Crown assured the court that best efforts would be made to complete disclosure. On some occasions the court was told that disclosure was complete when in fact it was not. As the trial judge mentioned, it became embarrassing to observe the Crown counsel attempt to duck its responsibility with excuses such as dreaming that interview transcripts had been disclosed.

236 The respondent submitted that where an accused alleges that non-disclosure has impaired his ability to make full answer and defence, an inquiry into the materiality of the information in question is necessary. This is arguable in a situation involving a single piece of information. Here we have a history of non-disclosure over a year, and, where the disclosure problems are continual, the effects of the non-disclosure must be looked at over the whole period of time in question. This is what the

compter sur cet engagement, et elle l'a effectivement fait, puisque le procès a débuté sans donner lieu à aucun commentaire. Comme les manquements à l'ordonnance judiciaire et à l'obligation générale survenus antérieurement avaient engendré de l'inquiétude chez l'accusé relativement à la divulgation, l'engagement du ministère public constituait une tentative de corriger la situation. Le manquement à l'engagement a eu l'effet contraire et a créé un climat de doute dans lequel la défense ne pouvait pas savoir quels éléments de preuve le ministère public allait présenter.

Le ministère public a avancé plusieurs motifs pour justifier le retard à divulguer les renseignements, y compris un débat philosophique concernant l'ordonnance judiciaire, les divergences d'opinions au sujet de la pertinence, la mauvaise communication entre les deux substituts du procureur général concernés et le simple oubli. Le comportement du ministère public donnait à penser qu'il n'était pas au courant ou ne se préoccupait pas de ses obligations envers la cour ou l'accusé.

Bon nombre des explications fournies à divers moments au cours du procès tenu devant le juge Thackray semblent être des tentatives de justifier après coup une conduite inacceptable. Chaque fois que des lacunes sont apparues dans la divulgation, le ministère public a affirmé à la cour qu'il verrait à y remédier au mieux. À quelques reprises, il a déclaré à la cour que tous les renseignements avaient été divulgués, alors que tel n'était pas le cas. Comme le dit le juge du procès, il devenait embarrassant de voir les substituts du procureur général tenter de se soustraire à leur responsabilité par des excuses comme celle d'avoir rêvé que les transcriptions des entretiens avaient été divulguées.

L'intimée a soutenu que, lorsqu'un accusé allègue que la non-divulgation a nui à sa capacité de présenter une défense pleine et entière, il faut enquêter sur l'importance des renseignements en question. On peut faire valoir ce point quand il s'agit d'un seul renseignement. En l'espèce, nous nous trouvons en présence d'une situation de non-divulgation s'étalant sur toute une année et, lorsque les problèmes de divulgation sont continuels, il faut examiner les effets de la non-divulgation

1995 CanLII 51 (SCC)

trial judge did. It was not simply the final non-disclosure of drawings or the incomplete binders supplied to the defence which the trial judge considered. He considered the history of Crown conduct outlined above.

pendant l'ensemble de la période en question. C'est ce qu'a fait le juge du procès. Il ne s'est pas penché simplement sur la dernière non-divulgation de dessins ou des cahiers incomplets remis à la défense. Il a tenu compte également de l'ensemble de la conduite du ministère public décrite plus haut.

It has frequently been stated that trial judges usually are in the best position to observe the conduct of both witnesses and counsel for the Crown and the defence. It is particularly true in this case as Thackray J. was seized of the matter by October 16, 1992, had heard several motions, and had observed the repeated attempts by the defence to obtain disclosure and the repeated attempts by Crown counsel to explain its delay in failing to comply with its obligations. The court had become, in the words of Thackray J., "an integral part of the trial preparation process" (p. 110). The familiarity of the trial judge with the conduct of the Crown and the material in question make further inquiry into materiality of the final non-disclosed material less necessary.

237 On a souvent dit que les juges du procès sont habituellement les mieux placés pour observer la conduite des témoins, des substituts du procureur général et des avocats de la défense. C'est tout particulièrement vrai en l'espèce, car le juge Thackray avait été saisi de l'affaire dès le 16 octobre 1992, avait entendu plusieurs requêtes et avait observé les tentatives répétées de la défense d'obtenir la divulgation et celles des substituts du procureur général d'expliquer le temps mis à respecter leurs obligations. La cour était devenue, selon les termes du juge Thackray, [TRADUCTION] «partie intégrante du processus de préparation du procès» (p. 110). Compte tenu de la connaissance qu'avait le juge du procès de la conduite du ministère public et des renseignements en question il était moins nécessaire d'examiner plus à fond l'importance des derniers documents non divulgués.

The respondent submitted that, at its highest, the prejudice suffered by the defence was merely an effect on the cross-examination of one of the witnesses. This understates the matter; it is not only cross-examination, but rebuttal evidence which is affected by the non-disclosure of information from or about a witness. The Crown's submission fails to consider the cumulative effect of the previous non-disclosures which affected the conduct of the entire defence.

238 L'intimée a fait valoir que le préjudice subi par la défense était tout au plus un effet sur le contre-interrogatoire de l'un des témoins. C'est minimiser la question. En effet, c'est non seulement le contre-interrogatoire, mais la contre-preuve qui sont touchés par la non-divulgation de renseignements émanant d'un témoin ou le concernant. L'argumentation du ministère public ne tient pas compte de l'effet cumulatif des non-divulgations antérieures qui ont influé sur le déroulement de toute la défense.

The accused faced proceedings in which it had grown unlikely that he would be dealt with fairly by the Crown. The Crown had breached the common law duty of disclosure, the terms of a court order, and undertakings to the defence. The Crown's behaviour had created an atmosphere of mistrust. Defence counsel had repeatedly been taken by surprise, given assurances which were unreliable, and generally left in the dark. This dramatically impaired the accused to present a full

239 L'accusé faisait face à une poursuite dans laquelle il devenait peu probable qu'il soit traité équitablement par le ministère public. Celui-ci a manqué à son obligation de divulgation reconnue en common law, aux exigences d'une ordonnance judiciaire et à des engagements pris envers la défense. Le comportement du ministère public a créé un climat de méfiance. Les avocats de la défense ont été pris très souvent au dépourvu, on leur a donné des garanties auxquelles ils ne pou-

1995 CanLII 51 (SCC)

answer and defence. The delay of the Crown in making disclosure and its inability to assure the trial judge that full disclosure had been made even after commencement of the trial were fatal to the proceedings.

240 It is the continual breaches by the Crown that made a stay the appropriate remedy. This is not a case where a further order for disclosure and an adjournment was appropriate. All this had been ordered earlier in the proceedings without success. Proceedings had become unworkable and unfair. Remedies under s. 24(1) of the *Charter* are properly in the discretion of the trial judge. This discretion should not be interfered with unless the decision was clearly unreasonable. The repeated failure of the Crown to comply with its duty to disclose and, laterally, its failure to comply with its own undertakings suggest that if a stay was not granted in this case, it is difficult to imagine a case where a stay would be granted.

B. *Fair Play and Decency*

241 The same breaches of the disclosure order, the duty under *Stinchcombe*, and the undertaking to disclose files to the defence which impaired the accused's right to make full answer and defence also violated fundamental principles of justice underlying the community's sense of fair play and decency. The community would see proceedings as being unfair where the Crown continually failed in its obligations and finally was unable to assure the court that it could ever meet them.

242 The number and nature of adjournments due to the Crown's conduct is a factor to consider because of the consequences to the accused. Not only were adjournments necessary because of non-disclosure, but also because Ms. Harvey, who had requested the opportunity to make submissions

vaient se fier et, de façon générale, on les a laissés dans l'ignorance. Cela a grandement nui à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Le temps mis par le ministère public à divulguer les renseignements et son incapacité de garantir au juge du procès que tous les renseignements avaient été divulgués même après le début du procès ont porté un coup fatal à l'instance.

Ce sont les manquements répétés du ministère public qui ont fait que l'arrêt des procédures était la réparation convenable. Ce n'est pas un cas où une autre ordonnance de divulgation et un ajournement convenaient. Tout cela avait déjà été fait au cours de l'instance, mais sans succès. Il était devenu impossible et injuste de poursuivre l'instance. Les réparations visées au par. 24(1) de la *Charte* relèvent à bon droit du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. On ne devrait pas toucher à ce pouvoir discrétionnaire à moins que la décision ne soit nettement déraisonnable. L'omission répétée par le ministère public de s'acquitter de son obligation de divulgation et, incidemment, son omission de tenir ses propres engagements laissent penser que, si l'arrêt des procédures n'avait pas été accordé en l'espèce, il est difficile d'imaginer un cas où il pourrait l'être.

B. *Le franc-jeu et la décence*

Les mêmes manquements à l'ordonnance de divulgation, à l'obligation énoncée dans *Stinchcombe* et à l'engagement de divulguer les dossiers à la défense qui ont porté atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière ont également violé les principes fondamentaux qui sous-tendent le sens collectif du franc-jeu et de la décence. Celle-ci jugerait inéquitable une instance où le ministère public fait constamment défaut de s'acquitter de ses obligations et est incapable en fin de compte de garantir à la cour qu'il pourra les respecter.

Le nombre et la nature des ajournements attribuables à la conduite du ministère public sont des éléments qu'il faut prendre en considération en raison des conséquences qu'ils peuvent avoir pour l'accusé. Les ajournements étaient nécessaires non seulement à cause de la non-divulgation, mais éga-

regarding disclosure, was either unavailable or unprepared at the appointed time. In two instances Ms. Harvey failed to make the promised submission, thus wasting the adjournment granted for that purpose and the timing of the adjournments was obviously a factor to the trial judge, as several came immediately before and during the trial.

lement parce que Me Harvey, qui avait demandé qu'on lui permette de présenter des arguments concernant la divulgation, n'était pas disponible ou disposée à le faire au moment prévu. Or, à deux reprises, Me Harvey n'a pas donné suite à sa demande, si bien que l'ajournement a été inutile. L'incidence des ajournements était évidemment d'importance pour le juge du procès, plusieurs survenant immédiatement avant le procès et pendant ce dernier.

I accept the trial judge's view that there was no "grand design" on the part of the Crown; however, the motives of the Crown are still questionable. Ms. Harvey obviously disagreed with the court order. Her actions based on her disagreement were improper. The Crown at times took responsibility for the delays only grudgingly, offering a litany of "limp" excuses.

243 Je suis d'accord avec le juge du procès pour reconnaître que le ministère public n'avait aucun «grand projet», mais les motifs du ministère public restent cependant discutables. Me Harvey n'était manifestement pas d'accord avec l'ordonnance judiciaire. Les gestes posés suite à ce désaccord étaient répréhensibles. Le ministère public n'a parfois pris la responsabilité des délais qu'à contrecœur, tout en offrant une litanie d'excuses «faibles».

Non-disclosure is not the only conduct of the Crown which violated fundamental principles of fair play and decency. The Crown also displayed an intention to disregard complying with a court order. The Crown breached an undertaking to defence counsel. The Crown gave the court assurances which turned out to be false. While these actions were tied to the issue of disclosure they also stand on their own violating fundamental principles underlying the community's sense of fair play and decency and failed the reasonable expectation of citizens of the expected conduct of the Crown.

244 La non-divulgation n'est pas le seul acte du ministère public qui ait violé les principes fondamentaux du franc-jeu et de la décence. Il a également manifesté l'intention de ne pas se conformer à une ordonnance judiciaire. Il a manqué à un engagement pris envers les avocats de la défense et il a donné à la cour des garanties qui se sont révélées fausses. Bien que ces actes aient été liés à la question de la divulgation, ils ont également, comme tels, violé les principes fondamentaux qui sous-tendent le sens collectif du franc-jeu et de la décence et ont déçu l'attente raisonnable des citoyens en ce qui a trait à la conduite du ministère public.

The affidavit of Constable Grinstead should be considered as well. The affidavit was not explained by the Crown. The affidavit contained information which was false, namely that the defence counsel had not bothered to visit the RCMP in Williams Lake to look at file contents. This conduct by another agent of the Crown added to the "aura" of unfairness expressed by the trial judge.

245 L'affidavit de l'agent Grinstead devrait aussi être pris en considération. Le ministère public n'a pas fourni d'explications à son sujet. Il contenait des renseignements faux, à savoir que les avocats de la défense ne s'étaient pas donnés la peine de rendre visite à la GRC à Williams Lake afin de consulter les dossiers. Ce comportement d'un autre représentant du ministère public a ajouté au «climat» d'iniquité mentionné par le juge du procès.

1995 CanLII 51 (SCC)

246 The complete record of non-disclosure, delay, excuses and breaches of obligation by the Crown violated the fundamental principles which underlie the community's sense of fair play and decency. The trial judge showed admirable tolerance for the behaviour of the Crown but in the end had no choice but to order a stay. The case was "now 'one of the clearest of cases'. To allow the case to proceed would tarnish the integrity of the court" (p. 110).

III. Conclusion

247 When a criminal trial gains notoriety because of the nature of the offence, the parties charged or any other reason, there is an added burden in the paramount interest of ensuring fairness in the process. Fairness is a concern in every trial, but in high profile proceedings special attention must be paid because of the danger of extraneous factors interfering with the trial. The judicial system is on display and counsel for the Crown and the accused must take care to ensure the expected standards of conduct in all cases are maintained in the exceptional ones.

248 In this case, the facts of the offences alleged were many years in the past. As well, the accused had a high profile in the community. These ingredients called for a careful prosecution to ensure fairness and the maintenance of integrity in the process.

249 The Crown should have been scrupulous to its obligations to the court and to the accused. Ms. Harvey admitted that this was "a case that require[d] a great deal of diligence and professionalism". On December 7, 1992, it was clear to the trial judge, who had personally witnessed the conduct of the Crown over a three-month period and was aware of earlier failures to disclose, that the trial was no longer fair and could not be redeemed.

L'ensemble de ces actes, soit la non-divulgation, les retards, les excuses et les manquements à son obligation par le ministère public, a porté atteinte aux principes fondamentaux qui sous-tendent le sens collectif du franc-jeu et de la décence. Le juge du procès a fait preuve d'une tolérance remarquable à l'égard du comportement du ministère public, mais, à la fin, il n'avait pas d'autre choix que de prononcer l'arrêt des procédures. C'était [TRADUCTION] «maintenant «un des cas les plus manifestes». Permettre la poursuite de l'instance ternirait l'intégrité de la cour» (p. 110).

III. Conclusion

Lorsqu'un procès criminel devient célèbre en raison de la nature de l'infraction, des accusés en cause ou pour toute autre raison, cela ajoute à l'importance de garantir l'équité du processus. L'équité est une préoccupation dans chaque procès, mais il faut y apporter une attention tout particulière dans les instances qui font la manchette à cause du danger que présentent les effets de facteurs extérieurs sur le procès. Le système judiciaire est sur la sellette et les substituts du procureur général ainsi que les avocats des accusés doivent s'assurer que les normes de conduite à respecter dans tous les cas le sont tout autant dans les cas exceptionnels.

En l'espèce, les faits constitutifs des infractions reprochées remontent à bien des années. De plus, l'accusé était une personne en vue dans la société. Ces éléments exigeaient que la poursuite soit très sensible aux exigences de l'équité et du maintien de l'intégrité du processus.

Le ministère public aurait dû agir de façon irréprochable en ce qui concerne ses obligations envers la cour et envers l'accusé. Me Harvey a reconnu qu'il s'agissait d'une [TRADUCTION] «affaire qui exige[ait] beaucoup de diligence et de professionnalisme». Le 7 décembre 1992, il apparaissait clairement au juge du procès, qui avait été personnellement témoin de la conduite du ministère public pendant trois mois et était au courant des omissions de divulguer survenues antérieurement, que le procès n'était plus équitable et ne pouvait pas être réchappé.

© 1995 Canada

In summary and in chronological order the Crown impaired the ability of the appellant to prepare a defence in the following way:

1. In 1991 the Crown failed to disclose to the RCMP interviews with the complainants.

2. On December 16, 1991, the Crown failed to disclose statements made by M.B. and M.O. to Wendy Harvey.

3. On May 25, 1992, the Crown failed to disclose the complete witness statements in their possession but substituted one-line summaries.

4. On June 16, 1992, the Crown failed to disclose the letter from Wendy Harvey to therapists narrowing Campbell A.C.J.'s disclosure order of June 4, 1992.

5. On July 8, 1992, the Crown failed to disclose the letter from Crown Counsel Harvey to P.P. stating an intention to disregard the June 4, 1992 order.

6. On September 21, 1992, the Crown failed to comply with the order of Oppal J. who expressed concern and urged compliance.

7. On October 16, 1992, the Crown turned the records of P.P. over to the court. Thackray J. was concerned about the rest of the records and ordered disclosure.

8. On October 30, 1992, the Crown failed to disclose that Dr. Cheaney's records concerning M.B. had been turned over to the court, but not to the defence.

9. On November 19, 1992, the Crown failed to disclose its remaining records.

10. On November 30, 1992, the Crown waived privileges and produced four binders of material based on an undertaking to the defence to

Voici en bref et selon un ordre chronologique comment le ministère public a nui à la capacité de l'appelant de préparer sa défense: 250

1. En 1991, le ministère public a omis de divulguer les entretiens que la GRC avait eus avec les plaignantes.

2. Le 16 décembre 1991, le ministère public a omis de divulguer des déclarations faites par M.B. et M.O. à Wendy Harvey.

3. Le 25 mai 1992, le ministère public a omis de divulguer les déclarations complètes des témoins qui étaient en sa possession, mais il y a substitué des résumés d'une ligne.

4. Le 16 juin 1992, le ministère public a omis de divulguer la lettre de Wendy Harvey aux thérapeutes, dans laquelle elle limitait la portée de l'ordonnance de divulgation rendue le 4 juin 1992 par le juge en chef adjoint Campbell.

5. Le 8 juillet 1992, le ministère public a omis de divulguer la lettre adressée à P.P., dans laquelle le substitut du procureur général Harvey faisait part de son intention de ne pas donner suite à l'ordonnance du 4 juin 1992.

6. Le 21 septembre 1992, le ministère public a omis de se conformer à l'ordonnance du juge Oppal, qui s'était dit inquiet et avait recommandé que l'on s'y conforme.

7. Le 16 octobre 1992, le ministère public a remis les dossiers de P.P. à la cour. Le juge Thackray s'est inquiété du reste des dossiers et en a ordonné la divulgation.

8. Le 30 octobre 1992, le ministère public a omis de divulguer que les dossiers du Dr Cheaney concernant M.B. avaient été remis à la cour, mais non à la défense.

9. Le 19 novembre 1992, le ministère public a omis de divulguer les autres dossiers en sa possession.

10. Le 30 novembre 1992, le ministère public a renoncé à tout privilège et a produit quatre cahiers de documentation en raison d'un engagement qu'il avait pris envers la défense de lui divulguer toutes les pièces de son dossier. Le

1995 CanLII 51 (SCC)

disclose its whole file. The Crown indicated disclosure was now complete.

11. On December 3, 1992, the Crown discovered that it possessed drawings by the complainants which had not been disclosed. The Crown agreed it was now unable to say that full disclosure had been made.

12. On December 4, 1992, the Crown admitted that the binders it turned over to the defence were incomplete.

251 The conduct of the Crown during the time Thackray J. was involved, as well as in the months before his appointment, was negligent, incompetent and unfair. While I am content to accept Thackray J.'s interpretation of the Crown's behaviour as being without deliberate intent some concerns remain, particularly in regard to the continual avoidance of compliance with the court order of June 4, 1992.

252 The trial judge was as stated in the best position to observe the conduct of the Crown and its effect on the proceedings. He found that the trial had become so tainted that it violated fundamental principles underlying the community's sense of fair play and decency and that the accused was impaired in his ability to make full answer and defence.

253 The trial judge carefully balanced the competing public interest in prosecuting offences with the need for a fair trial. He recognized that an order for a stay could be seen as a technicality, but concluded that in these unusual circumstances it was the appropriate, and only, remedy. He held that "[e]very citizen is entitled to the protection of the law, and to have the law meticulously observed" (pp. 110-11). I agree and would allow the appeal and restore the stay of proceedings.

ministère public a alors indiqué que tout avait été divulgué.

11. Le 3 décembre 1992, le ministère public s'est rendu compte qu'il avait en sa possession des dessins des plaignantes qui n'avaient pas été divulgués. Le ministère public a reconnu ne pas pouvoir dire alors s'il y avait eu divulgation complète.

12. Le 4 décembre 1992, le ministère public a admis que les cahiers qu'il avait remis à la défense étaient incomplets.

La conduite du ministère public pendant que le juge Thackray était saisi de l'affaire, ainsi que durant les mois précédant son affectation au dossier, a été négligente, inéquitable et entachée d'incompétence. Bien que je sois disposé à accepter l'interprétation du juge Thackray selon laquelle le comportement du ministère public n'était pas délibéré, il reste certaines inquiétudes, notamment en ce qui concerne ses défauts répétés de se conformer à l'ordonnance judiciaire du 4 juin 1992.

Comme je l'ai déjà mentionné, le juge du procès était le mieux placé pour observer la conduite du ministère public et son effet sur le déroulement de l'instance. Il a estimé que le procès était devenu entaché de vice au point de violer les principes fondamentaux qui sous-tendent le sens collectif du franc-jeu et de la décence et de nuire à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière.

Le juge du procès a soigneusement mesuré les droits en présence, soit celui du public à ce que les infractions soient poursuivies et la nécessité de tenir un procès équitable. Il a reconnu qu'une ordonnance d'arrêt des procédures pouvait être perçue comme faisant preuve de formalisme, mais il a conclu que, dans les circonstances inhabituelles de l'espèce, c'était la réparation convenable, et la seule. Il a jugé que [TRADUCTION] «[t]out citoyen a droit à la protection de la loi et à ce que celle-ci soit observée scrupuleusement» (pp. 110 et 111). Je suis d'accord et je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'arrêt des procédures.

1995 CanLII 51 (SCC)

I concur with the Chief Justice and Justice Sopinka that the Crown's disclosure obligations established in *Stinchcombe* are unaffected by the confidential nature of therapeutic records in its possession. I agree with the substantive law and the procedure recommended in obtaining such records from third persons.

Appeal dismissed, LAMER C.J., SOPINKA *and* MAJOR JJ. *dissenting*.

Solicitors for the appellant: Considine & Lawler, Victoria.

Solicitors for the respondent: Cardinal Edgar Emberton & Macaulay, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Robert J. Frater, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Attorney General for Ontario: Miriam Bloomenfeld, Janet Gallin and Susan Chapman, Toronto.

Solicitors for the interveners the Aboriginal Women's Council, the Canadian Association of Sexual Assault Centres, the DisAbled Women's Network of Canada and the Women's Legal Education and Action Fund: Sharon D. McIvor, Ottawa, and Elizabeth J. Shilton, Toronto.

Solicitor for the intervener the Canadian Mental Health Association: Frances Kelly, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Canadian Foundation for Children, Youth and the Law: Brian Weagant, Toronto.

Solicitor appointed by the Court as amicus curiae: Elizabeth Bennett, Q.C., Peck Tammen Bennett, Vancouver.

Tout comme le Juge en chef et le juge Sopinka, je suis d'avis que les obligations de divulgation du ministère public établies dans l'arrêt *Stinchcombe* ne sont pas touchées par la nature confidentielle des dossiers thérapeutiques en sa possession. Je suis d'accord avec le droit substantiel et avec la procédure recommandée pour obtenir ces dossiers de tiers. 254

Pourvoi rejeté, le juge en chef LAMER, *les juges* SOPINKA *et* MAJOR *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelant: Considine & Lawler, Victoria.

Procureurs de l'intimée: Cardinal Edgar Emberton & Macaulay, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Robert J. Frater, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Miriam Bloomenfeld, Janet Gallin et Susan Chapman, Toronto.

Procureurs des intervenants l'Aboriginal Women's Council, l'Association canadienne des centres contre le viol, le Réseau d'action des femmes handicapées du Canada et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes: Sharon D. McIvor, Ottawa, et Elizabeth J. Shilton, Toronto.

Procureur de l'intervenante l'Association canadienne de la santé mentale: Frances Kelly, Vancouver.

Procureur de l'intervenante la Canadian Foundation for Children, Youth and the Law: Brian Weagant, Toronto.

Procureur nommé par la Cour à titre d'amicus curiae: Elizabeth Bennett, c.r., Peck Tammen Bennett, Vancouver.

1995 CanLII 51 (SCC)

Robert Scott Plant *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* PLANT

File No.: 22606.

1992: November 5; 1993: September 30.

Present: Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Cultivation of marihuana — Police conducting perimeter search without a warrant and checking computerized records of electrical utility — Whether warrantless perimeter search or check of computerized electrical records violated s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, s. 10.

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Police conducting search of perimeter of accused's property without a warrant — Search warrant later obtained partly on basis of information gathered during perimeter search — Warrantless perimeter search violating accused's right to be secure against unreasonable search and seizure — Whether search pursuant to warrant reasonable — Whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

The police received an anonymous tip that marihuana was being grown in the basement of a house within a specific city block. One of the officers conducted a reconnaissance and ascertained the exact street address of the house described. He then used a terminal linked to the electrical utility's computer that allowed police to check electrical consumption at a specified address after entering a password and determined that consumption at that address was four times the average of two other comparably sized residences over the same period. Later that day he and another officer entered the property.

Robert Scott Plant *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* PLANT

N° du greffe: 22606.

1992: 5 novembre; 1993: 30 septembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Culture de chanvre indien — Perquisition périphérique sans mandat et vérification des dossiers informatisés d'un service d'électricité effectuées par la police — La perquisition périphérique sans mandat et la vérification des dossiers informatisés relatifs à la consommation d'électricité violaient-elles l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 10.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Perquisition périphérique sans mandat effectuée par la police sur le bien-fonds de l'accusé — Mandat de perquisition obtenu ultérieurement en partie sur la foi de renseignements recueillis lors de la perquisition périphérique — Perquisition périphérique sans mandat portant atteinte au droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives — La perquisition en exécution du mandat a-t-elle été effectuée de façon non abusive? — Y a-t-il lieu d'écarter les éléments de preuve? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

La police a reçu un tuyau d'une source anonyme indiquant qu'il y avait culture de chanvre indien dans le sous-sol d'une maison à l'intérieur d'un îlot donné. Un policier a effectué une reconnaissance des lieux et a vérifié l'adresse municipale exacte de la maison décrite. Ensuite, utilisant un terminal relié à l'ordinateur du service d'électricité qui permettait à la police, au moyen d'un mot de passe, de vérifier la consommation d'électricité à une adresse donnée, il a constaté que la consommation à cette adresse était, pour la période en question, quatre fois supérieure à la moyenne de celle de deux

1993 CanLII 70 (SCC)

They observed that two basement windows were covered in something opaque and discovered that a vent was plugged with a plastic bag. The police then prepared an information to obtain a search warrant which included the tip received, the observations made during the perimeter search and the results of the electricity bill comparison. On the basis of this information, a search warrant was issued pursuant to s. 12 of the *Narcotic Control Act* ("*NCA*"). On execution of the warrant, the police discovered over a hundred seedling marihuana plants. The accused was arrested and charged with unlawful cultivation of marihuana and possession of marihuana for the purposes of trafficking. He was convicted of the cultivation charge but acquitted on the charge of possession for the purposes of trafficking. The Court of Appeal dismissed his appeal from conviction. This appeal is to determine whether the warrantless perimeter search or the search under warrant violated s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, whether the police check of computerized electrical records violated s. 8, and whether, if any s. 8 violation occurred, the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: The perimeter search was unreasonable and violated s. 8 of the *Charter*, since there is nothing to suggest that any exigent circumstances existed to justify a search without a warrant, so that there was no legal basis for a warrantless search pursuant to s. 10 *NCA*. The information obtained could therefore not be relied on in obtaining the warrant. The police check of computerized records was not unreasonable, however. In view of the nature of the information, the relationship between the accused and the electrical utility, the place and manner of the search and the seriousness of the offence under investigation, it cannot be concluded that the accused held a reasonable expectation of privacy in relation to the computerized electricity records which outweighed the state interest in enforcing the laws relating to narcotics offences. While they reveal the pattern of electricity consumption in the residence, the records do not reveal intimate details of the accused's life. Since the search does not fall within the parameters of s. 8 of the *Charter*, this information was

résidences de dimension comparable. Plus tard dans le courant de la même journée, il s'est rendu sur les lieux avec un autre policier. Ils ont remarqué que deux fenêtres du sous-sol étaient recouvertes d'une substance opaque et ont constaté qu'une bouche d'aération était obstruée à l'aide d'un sac de plastique. Les policiers ont alors préparé une dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition. La dénonciation faisait état du tuyau reçu, des constatations faites au cours de la perquisition périphérique et des résultats de la comparaison des comptes d'électricité. Sur la foi de cette dénonciation, un mandat de perquisition a été décerné en vertu de l'art. 12 de la *Loi sur les stupéfiants* («*LS*»). En procédant à l'exécution du mandat, les policiers ont découvert plus de cent semis de chanvre indien. L'accusé a été arrêté et inculpé de culture illégale de chanvre indien et de possession de chanvre indien en vue d'en faire le trafic. Il a été déclaré coupable relativement à la première accusation, mais acquitté relativement à la seconde. La Cour d'appel a rejeté l'appel qu'il a interjeté de sa déclaration de culpabilité. Le pourvoi vise à déterminer si la perquisition périphérique sans mandat ou la perquisition effectuée en vertu d'un mandat ont été effectuées en violation de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, si la vérification par la police des dossiers informatisés de consommation d'électricité a été effectuée en violation de l'art. 8 et si, dans l'hypothèse d'une violation quelconque de l'art. 8, les éléments de preuve obtenus devraient être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci: La perquisition périphérique était abusive et contraire à l'art. 8 de la *Charte* étant donné que rien ne permet de penser qu'il y avait une situation d'urgence justifiant une perquisition sans mandat, et qu'il n'y avait donc aucun fondement juridique à une perquisition sans mandat effectuée en vertu de l'art. 10 *LS*. On ne pouvait donc se fonder sur les renseignements ainsi recueillis pour obtenir le mandat. La vérification par la police des dossiers informatisés n'était toutefois pas abusive. Compte tenu de la nature des données, de la relation existant entre l'accusé et le service d'électricité, de l'endroit où a eu lieu la perquisition et des conditions dans lesquelles elle a été effectuée, ainsi que de la gravité de l'infraction faisant l'objet de l'enquête, on ne peut conclure que l'accusé avait, en ce qui concerne les dossiers informatisés de consommation d'électricité, une attente raisonnable au respect de sa vie privée qui l'emportait sur le droit de l'État d'assurer l'application des lois relatives aux infractions en matière de stupéfiants. Bien que faisant

1993 CanLII 70 (SCC)

available to the police to support the application for a search warrant. Coupled with the anonymous tip, it was sufficient to constitute reasonable grounds for the issuance of the warrant. The search authorized by the search warrant was therefore reasonable. While there was a sufficient temporal connection between the warrantless perimeter search and the obtaining of the evidence to trigger s. 24(2) of the *Charter*, the evidence should not be excluded. The admission of real evidence does not tend to bring the administration of justice into disrepute. Moreover, the police acted in good faith. They were entitled to rely on the law as it was at the time and therefore to presume that warrantless perimeter searches were constitutionally valid pursuant to s. 10 *NCA*. The seriousness of the offence also militates in favour of admission of the evidence.

Per McLachlin J.: Sopinka J.'s reasons were agreed with, subject to certain comments on the right of the police to search the computerized records of public utilities. The evidence here discloses a sufficient expectation of privacy to require the police to obtain a warrant before eliciting the information. The information was not public, since there is no evidence suggesting it was available to the public and the police obtained access only by means of a special arrangement. The records are capable of telling much about one's personal lifestyle and about what is happening inside a private dwelling, the most private of places. A reasonable person would conclude that the records should be used only for the purpose for which they were made, and not divulged to strangers without proper legal authorization. Computers may and should be private places, where the information they contain is subject to the legal protection arising from a reasonable expectation of privacy. While the evidence obtained as a result of the computer search should not have been used, there was sufficient other evidence to support the issuance of the warrant.

état du niveau de consommation d'électricité dans sa résidence, les dossiers ne dévoilent pas des détails intimes de la vie de l'accusé. Comme la perquisition ne s'inscrit pas dans les paramètres de l'art. 8 de la *Charte*, les policiers pouvaient invoquer les données recueillies à l'appui de leur demande de mandat de perquisition. Combinées au tuyau reçu d'une source anonyme, ces données constituaient des motifs raisonnables suffisants pour justifier la délivrance du mandat. La perquisition autorisée par le mandat n'était donc pas abusive. Bien qu'il ait existé, aux fins de l'application du par. 24(2) de la *Charte*, un lien temporel suffisant entre la perquisition périphérique sans mandat et l'obtention des éléments de preuve, il n'y a pas lieu d'écarter ces éléments. L'utilisation d'une preuve matérielle ne tend pas à déconsidérer l'administration de la justice. De plus, les policiers ont agi de bonne foi. Ils pouvaient légitimement se fonder sur le droit tel qu'il existait au moment en question et, par conséquent, présumer que les perquisitions périphériques sans mandat étaient constitutionnelles aux termes de l'art. 10 *LS*. La gravité de l'infraction milite également en faveur de l'utilisation de la preuve.

Le juge McLachlin: L'opinion du juge Sopinka est acceptée sauf en ce qui concerne certaines observations sur le droit de la police de fouiller dans les dossiers informatisés d'entreprises de services publics. La preuve produite en l'espèce révèle une attente suffisante en matière de vie privée pour que la police soit tenue d'obtenir un mandat avant de prendre les renseignements en question. Ceux-ci ne revêtaient aucun caractère public puisque rien dans la preuve n'indique qu'ils étaient accessibles au public et puisque la police n'a pu y avoir accès qu'en raison d'une entente spéciale. Il est possible de tirer des dossiers en cause beaucoup de renseignements sur le mode de vie d'une personne et sur ce qui se passe à l'intérieur du lieu privé par excellence qu'est une habitation privée. Une personne raisonnable serait amenée à conclure que les dossiers ne devraient servir qu'aux fins pour lesquelles ils ont été constitués et qu'ils ne devraient pas être mis à la disposition de n'importe qui sans l'autorisation judiciaire voulue. Les ordinateurs peuvent, et devraient, être des endroits privés, les données qui y sont emmagasinées bénéficiant de la protection juridique qu'entraîne une attente raisonnable quant au respect de la vie privée. Les éléments de preuve recueillis au moyen de la perquisition informatique n'auraient pas dû être utilisés, mais il existait suffisamment d'autres éléments de preuve pour justifier la délivrance du mandat.

1993 CanLII 70 (SCC)

Cases Cited

By Sopinka J.

Applied: *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Wiley*, [1993] 3 S.C.R. 263; **distinguished:** *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; **referred to:** *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *United States v. Miller*, 425 U.S. 435 (1976); *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Cave*, B.C. Prov. Ct. Quesnel, No. 14705, December 13, 1992; *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140; *R. v. Donaldson* (1990), 58 C.C.C. (3d) 294; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265.

By McLachlin J.

Referred to: *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 489 [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 72].
Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, ss. 4(2), 6(1), 10 [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 199], 12.
United States Constitution, Fourth Amendment.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1991), 116 A.R. 1, upholding the appellant's conviction on a charge of unlawful cultivation of marihuana. Appeal dismissed.

Terry Sturgeon, for the appellant.

M. David Gates and *Ronald C. Reimer*, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. was delivered by

SOPINKA J. — This appeal raises similar issues to those dealt with in *R. v. Wiley*, [1993] 3 S.C.R.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêts appliqués: *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Wiley*, 3 R.C.S. 263; **distinction d'avec l'arrêt:** *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; **arrêts mentionnés:** *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Katz c. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *United States c. Miller*, 425 U.S. 435 (1976); *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Cave*, C. prov. C.-B. Quesnel, nº 14705, 13 décembre 1992; *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140; *R. c. Donaldson* (1990), 58 C.C.C. (3d) 294; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

Citée par le juge McLachlin

Arrêts mentionnés: *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 489 [abr. & rempl. ch. 27 (1er suppl.), art. 72].
Constitution des États-Unis, Quatrième amendement.
Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 4(2), 6(1), 10 [abr. & rempl. ch. 27 (1er suppl.), art. 199], 12.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1991), 116 A.R. 1, qui a confirmé le verdict de culpabilité rendu contre l'appelant relativement à une accusation d'avoir fait illégalement la culture du chanvre indien. Pourvoi rejeté.

Terry Sturgeon, pour l'appelant.

M. David Gates et *Ronald C. Reimer*, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci rendu par

LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi soulève des questions similaires à celles examinées dans

1993 CanLII 70 (SCC)

263, and *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, reasons for judgment in which are released concurrently herewith. My reasons in *Wiley* explain the procedural history of these appeals in this Court. In addition to the issues of the validity of perimeter searches and a search pursuant to a warrant, this appeal addresses the question as to whether a police check of computerized information in the possession of a public institution constitutes a search.

I. The Facts

The appellant was convicted of unlawful cultivation of marihuana contrary to s. 6(1) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1 ("*NCA*"), but acquitted of the charge of possession of marihuana for the purposes of trafficking under s. 4(2) of that Act. On March 9, 1990, the Calgary Police Service received an anonymous Crime Stoppers tip which indicated that marihuana was being grown in the basement of a "cute house" beside a house with a lot of windows on 26th Street between two consecutive cross avenues in Calgary. Acting on this tip, Constable Fair, a member of the Calgary Police Service drug unit, conducted a reconnaissance which included travelling to the reported street, searching out the house described and ascertaining the exact street address of the house which appeared to match the premises identified by the informant: 2618-26th Street S.W., Calgary. Constable Fair, being satisfied that this was the house described, noted the full address.

After determining the correct address, on March 9, 1990 Constable Fair used a terminal in the Calgary Police Service Detective Division which was linked to the city of Calgary utility main frame and was designed to allow the police to check electrical consumption at a specified address after entering a password. Constable Fair, upon comparison of the electrical consumption at 2618-26th Street S.W. over the prior six-month period with two other comparably sized residences in the city of Calgary, determined that consumption at that address was

les arrêts *R. c. Wiley*, [1993] 3 R.C.S. 263, et *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, rendus simultanément. J'ai fait, dans l'arrêt *Wiley*, l'historique de ces pourvois devant notre Cour. Outre la validité d'une perquisition périphérique et d'une perquisition en vertu d'un mandat, le présent pourvoi soulève la question de savoir si la vérification par la police de données informatiques appartenant à un établissement public constitue une perquisition.

I. Les faits

L'appelant a été déclaré coupable d'avoir fait illégalement la culture de chanvre indien, en contravention du par. 6(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1 («*LS*»), mais acquitté de possession de chanvre indien en vue d'en faire le trafic, infraction prévue au par. 4(2) de cette loi. Le 9 mars 1990, le service de police de Calgary a reçu d'une source anonyme d'Info-Crime un tuyau indiquant qu'il y avait culture de chanvre indien dans le sous-sol d'une [TRADUCTION] «jolie maison» adjacente à une maison comportant un grand nombre de fenêtres située 26th Street, entre deux avenues transversales consécutives de Calgary. Sur la foi de cette information, l'agent Fair, de l'unité des stupéfiants, a effectué une reconnaissance des lieux: il s'est rendu dans la rue indiquée, y a cherché la maison décrite et a vérifié l'adresse municipale exacte de la maison qui semblait correspondre aux lieux identifiés par l'indicateur, soit le 2618, 26th Street S.W., Calgary. Persuadé qu'il s'agissait bien de la maison décrite, l'agent Fair a pris note de l'adresse complète.

Après avoir ainsi vérifié l'adresse exacte, l'agent Fair a utilisé, le 9 mars 1990, un terminal se trouvant dans la section des enquêtes du service de police de Calgary et qui était relié à l'unité centrale des services publics de la ville; grâce à ce terminal, la police pouvait, moyennant un mot de passe, vérifier la consommation d'électricité à une adresse donnée. En comparant la consommation d'électricité au 2618 de la 26th Street S.W. pendant les six mois précédents avec celle de deux résidences de dimension comparable à Calgary,

1993 CanLII 70 (SCC)

four times the average of the other two over the same period.

Later on March 9, 1990, Constable Fair and another member of the Calgary Police Service, Constable Hettler, entered the property at 2618-26th Street S.W. and knocked on one door, received no answer and went around to the back door. The two officers observed that two basement windows were covered in something opaque and they sniffed at what appeared to be the outside vent for the dryer. As they smelled nothing, they looked inside the vent and discovered that it was plugged with a plastic bag. The two officers were chased from the premises by a resident who returned home.

Constable Fair then returned to the detachment and prepared a search warrant and an information to obtain a search warrant pursuant to ss. 10 and 12 *NCA*. The information included the tip received on March 8, 1990, the observations made during the perimeter search of March 9, 1990 and the results of the electricity bill comparison. The information implied that the informant had identified the exact street address of the premises to be searched, rather than only having provided more general information pertaining to the block in which the residence was located. Further, Constable Fair indicated that the blocked windows and electricity consumption were consistent with other hydroponic marihuana operations and use of high voltage grow lights. On the basis of this information, a search warrant was issued pursuant to s. 12 *NCA* which authorized eight named peace officers to search the premises at 2618-26th Street S.W., Calgary, Alberta between the hours of 11:30 a.m. and 6:00 p.m. on March 9, 1990. The police then attended at the appellant's residence and gave him a copy of the search warrant. On execution of the warrant, the police discovered 112 seedling plants at the appellant's residence which were later proven to be marihuana. The appellant was arrested and notified of his right to counsel by Constable Hettler.

l'agent Fair a constaté que la consommation à cette adresse était, pour cette même période, quatre fois supérieure à la moyenne des deux autres.

Plus tard le 9 mars 1990, l'agent Fair et un autre membre du service de police de Calgary, l'agent Hettler, se sont rendus au 2618 de la 26th Street S.W. et ont frappé à une porte; ne recevant pas de réponse, ils sont allés à la porte arrière. Les deux agents ont remarqué que deux fenêtres du sous-sol étaient recouvertes d'une substance opaque et ils ont senti ce qui semblait être la bouche d'aération de la sécheuse. N'ayant décelé aucune odeur, ils ont regardé à l'intérieur de la bouche d'aération et constaté qu'elle était obstruée à l'aide d'un sac de plastique. Les deux agents ont été chassés par un résident qui rentrait chez lui.

L'agent Fair est alors retourné au poste pour y préparer un mandat de perquisition ainsi qu'une dénonciation en vue d'obtenir ledit mandat en vertu des art. 10 et 12 *LS*. La dénonciation faisait état de l'information reçue le 8 mars 1990, des constatations faites au cours de la perquisition périphérique du 9 mars 1990 et des résultats de la comparaison des comptes d'électricité. Le texte laissait entendre que l'indicateur avait indiqué l'adresse municipale exacte de l'endroit devant faire l'objet de la perquisition, au lieu d'avoir seulement fourni des renseignements plus généraux concernant l'îlot dans lequel se trouvait la résidence. L'agent Fair indiquait de plus que les fenêtres obstruées et la consommation d'électricité étaient compatibles avec la culture hydroponique du chanvre indien et l'utilisation de lampes de serre à haute tension. Sur la foi de cette dénonciation, un mandat de perquisition a été décerné en vertu de l'art. 12 *LS*, autorisant nommément huit agents de la paix à perquisitionner au 2618, 26th Street S.W., Calgary (Alberta), entre 11 h 30 et 18 h le 9 mars 1990. Les policiers se sont alors présentés à la résidence de l'appelant et lui ont remis une copie du mandat de perquisition. En procédant à l'exécution du mandat, ils ont découvert dans la maison 112 semis, identifiés par la suite comme étant du chanvre indien. L'appelant a été arrêté et l'agent Hettler l'a informé de son droit à l'assistance d'un avocat.

1993 CanLII 70 (SCC)

At trial, the appellant was found guilty of the charge under s. 6(1) *NCA*, but was acquitted of the charge of possession for the purposes of trafficking contrary to s. 4(2) of that Act. His appeal from conviction to the Court of Appeal of Alberta was dismissed.

II. Judgments Below

A. *Court of Queen's Bench of Alberta* (Perras J.)

Perras J. held that the appellant was guilty as charged with respect to s. 6(1) *NCA*, but determined that he was not convinced beyond a reasonable doubt with respect to the charge under s. 4(2) of the Act. In reaching the decision to convict, Perras J. concluded that he was satisfied as to the appellant's guilt on the first count on the basis of the seizure of 112 seedling marihuana plants and various other items associated with hydroponic growth of marihuana from the residence which numerous documents demonstrated the appellant to have occupied. The trial judge found that there were reasonable grounds for issuance of the warrant since the issuing justice could rely on the electricity consumption record check, the observations made during the perimeter search and the information revealed by the informant. He determined that there were sufficient grounds for issuance of the warrant even with the misstatement removed from the information and noted that the check of the hydro records probably did not amount to a search or seizure since the records did not belong to the accused.

B. *Court of Appeal of Alberta* (1991), 116 A.R. 1

In a unanimous decision, the Court of Appeal of Alberta dismissed the appellant's appeal from conviction. The court held that the search warrant under which the evidence was seized was valid, so that the evidence was properly admitted at trial. Although the court determined that the officers had missed identifying a step on the information by

Au terme de son procès, l'appelant a été déclaré coupable de l'infraction prévue au par. 6(1) *LS*, mais acquitté de l'accusation de possession en vue de faire le trafic en contravention du par. 4(2) de cette loi. L'appel qu'il a interjeté de sa déclaration de culpabilité devant la Cour d'appel de l'Alberta a été rejeté.

II. Les juridictions inférieures

A. *La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta* (le juge Perras)

Le juge Perras a déclaré l'appelant coupable de l'infraction prévue au par. 6(1) *LS* dont il était inculpé, tout en se disant non convaincu hors de tout doute raisonnable pour ce qui est de l'accusation portée en vertu du par. 4(2) de cette loi. En ce qui concerne la déclaration de culpabilité, le juge Perras s'est dit convaincu de la culpabilité de l'accusé quant au premier chef étant donné la saisie de 112 pousses de chanvre indien et de divers autres articles associés à la culture hydroponique de ce stupéfiant dans la résidence qu'avait occupée l'appelant comme l'établissaient de nombreux documents. Le juge du procès a estimé que la délivrance du mandat reposait sur des motifs raisonnables puisque le juge l'ayant signé pouvait se fonder sur la vérification de la consommation d'électricité, les constatations faites au cours de la perquisition périphérique et les renseignements reçus de l'indicateur. Il a jugé que ces motifs étaient suffisants même si l'on retranchait l'information erronée de la dénonciation et il a souligné que la vérification des dossiers d'hydro-électricité n'équivalait probablement pas à une perquisition ou à une saisie étant donné que ces dossiers n'appartenaient pas à l'accusé.

B. *La Cour d'appel de l'Alberta* (1991), 116 A.R. 1

Dans une décision unanime, la Cour d'appel de l'Alberta a rejeté l'appel que l'appelant avait formé contre sa déclaration de culpabilité. La cour a estimé que le mandat de perquisition en vertu duquel les éléments de preuve avaient été saisis était valide, de sorte que ces éléments pouvaient être utilisés au procès. Tout en reconnaissant que

1993 CanLII 70 (SCC)

stating the address in such a manner as to imply that the informant had given them the entire address, rather than stating that the informant had given them part of the address and through reconnaissance they had determined the exact address, the court found that even without the complete street address, the Provincial Court judge would still have issued the search warrant.

The Court of Appeal held that the computer search did not violate s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The court found that in order to ground a claim under s. 8, the appellant would have had to demonstrate that a privacy issue was at stake. It was determined that unlike the privacy expected with regard to confidential information in client/lawyer and patient/doctor relationships, the information in the case at bar was created in the context of a commercial transaction. Further, the information belonged to the Calgary Utilities Commission (the "Commission") rather than to the appellant since the records were created for the purposes of billing rather than for customer use. The Court of Appeal determined that the fact that the same city paid the police and sold the electricity was not relevant to the s. 8 issue. Finally, the Court of Appeal found that no alternative evidence was offered to explain why the appellant's utility bill should be quadruple that of other similar residences in the area and was satisfied by the officer's sworn statement as to high electricity consumption being associated with a hydroponic grow operation.

The Court of Appeal concluded that the police did not violate s. 8 of the *Charter* by conducting the warrantless perimeter search. It was determined that the police were operating under the statutory authority of s. 10 *NCA* when they conducted the perimeter search. Since s. 10 authorizes conduct of a warrantless search of a place other than a dwelling house, the police were justified in relying on that power to search the grounds surrounding the appellant's residence so long as no search of the house itself was involved. The court

les policiers avaient omis une étape en rédigeant la dénonciation comme si l'indicateur avait donné l'adresse exacte, au lieu de préciser que ce dernier l'avait donnée partiellement et qu'une reconnaissance des lieux avait ensuite permis de l'établir avec précision, la cour a conclu que, même en l'absence d'une adresse complète, le juge de la Cour provinciale aurait néanmoins décerné le mandat de perquisition.

La Cour d'appel a décidé que la perquisition informatique ne violait pas l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Elle a estimé que pour établir l'existence d'une atteinte à l'art. 8, l'appelant aurait dû démontré que sa vie privée était en cause. Or elle a jugé que, contrairement à l'attente en matière de vie privée touchant les renseignements confidentiels fournis dans le cadre de la relation client/avocat et patient/médecin, les données en cause en l'espèce avaient été recueillies dans le cadre d'une activité commerciale. De plus, ces données appartenaient à la Calgary Utilities Commission (la «Commission») et non à l'appelant, étant donné que les dossiers avaient été constitués à des fins de facturation et non à l'intention du consommateur. La Cour d'appel a jugé non pertinent quant à l'art. 8 le fait que c'était la ville qui payait la police et vendait l'électricité. Enfin, la cour a souligné qu'on n'avait présenté aucun autre élément de preuve pour expliquer pourquoi le compte d'électricité de l'appelant était le quadruple de celui d'autres résidences similaires dans les environs; elle s'est dite convaincue par la déclaration du policier faite sous serment quant à l'association entre une consommation d'électricité élevée et la culture hydroponique.

La Cour d'appel a conclu que les policiers n'ont pas violé l'art. 8 de la *Charte* en effectuant la perquisition périphérique sans mandat et qu'ils agissaient alors sous l'autorité de l'art. 10 *LS*. Étant donné que cet article autorise les perquisitions sans mandat dans un lieu autre qu'une maison d'habitation, les policiers étaient justifiés de se fonder sur ce pouvoir pour perquisitionner les lieux entourant la résidence de l'appelant dans la mesure où cela ne comportait aucune perquisition dans la maison elle-même. La cour a établi une distinction d'avec

1993 CanLII 70 (SCC)

differentiated the case at bar from *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, on the basis that in this case the officers conducting the search had reasonable grounds rather than mere suspicion as to the presence of a narcotic.

On this basis, the Court of Appeal determined that all of the information relied upon for issuance of the search warrant was legally admissible and none of it had been obtained in contravention of the *Charter*. Further, the court indicated that if it were wrong in the assessment as to whether a *Charter* right had been breached, it concluded that exclusion of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. The court found that the evidence discovered through the perimeter search was real and pre-existing and would likely have been discovered even without a constitutional violation. Further, it was determined that examination of the electricity bills by the police constituted a search permissible pursuant to s. 10 *NCA* since the electricity was an item which aided in the illegal cultivation and thus constituted an item "in respect of which an offence . . . has been committed". The Court of Appeal indicated that s. 489 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, also permitted seizure of the electrical records. Finally, even if such seizure were not authorized by statute, the court concluded that the related evidence should nonetheless be admitted because to exclude it would bring the administration of justice into disrepute pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

III. The Issues

This appeal is brought by leave of this Court and raises the following questions of law:

1. Did the warrantless perimeter search violate s. 8 of the *Charter*?

l'arrêt *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, en disant que, dans la présente espèce, les policiers ayant procédé à la perquisition avaient des motifs raisonnables de croire à la présence d'un stupéfiant et non de simples soupçons.

Compte tenu de ces éléments, la Cour d'appel a jugé que tous les renseignements sur la foi desquels a été délivré le mandat de perquisition étaient légalement admissibles et qu'aucun d'entre eux n'avait été obtenu en contravention de la *Charte*. De plus, la cour a précisé que, en supposant qu'elle faisait erreur quant à l'atteinte à un droit garanti par la *Charte*, l'exclusion de ces éléments de preuve était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. La cour a estimé que les éléments de preuve découverts à la faveur de la perquisition périphérique étaient des éléments matériels préexistants, et qu'ils auraient vraisemblablement été découverts même sans violation constitutionnelle. En outre, elle a jugé que l'examen des comptes d'électricité par la police constituait une perquisition permise sous le régime de l'art. 10 *LS* étant donné que l'électricité avait servi à la culture illégale et qu'elle était donc un élément «ayant . . . donné lieu à la perpétration d'une infraction». La Cour d'appel a indiqué que l'art. 489 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, permettait également la saisie des dossiers de consommation d'électricité. Enfin, a conclu la cour, même dans l'hypothèse où une telle saisie n'aurait pas été autorisée par la loi, la preuve recueillie devrait néanmoins être admise parce que son exclusion est susceptible, comme le prévoit le par. 24(2) de la *Charte*, de déconsidérer l'administration de la justice.

III. Les questions en litige

Le présent pourvoi formé sur autorisation de notre Cour soulève les questions de droit suivantes:

1. La perquisition périphérique sans mandat a-t-elle été effectuée en violation de l'art. 8 de la *Charte*?

1993 CanLII 70 (SCC)

2. Did the search under warrant issued pursuant to s. 12 *NCA* violate s. 8 of the *Charter*?

3. Did the police check of computerized electrical records violate s. 8 of the *Charter*?

4. If any s. 8 violation occurred, should the evidence be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*?

IV. Pertinent Legislation

Canadian Charter of Rights and Freedoms

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

24. . . .

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1

10. A peace officer may, at any time, without a warrant enter and search any place other than a dwelling-house, and under the authority of a warrant issued under section 12, enter and search any dwelling-house in which the peace officer believes on reasonable grounds there is a narcotic by means of or in respect of which an offence under this Act has been committed.

12. A justice who is satisfied by information on oath that there are reasonable grounds for believing that there is a narcotic, by means of or in respect of which an offence under this Act has been committed, in any dwelling-house may issue a warrant, under the hand of the justice, authorizing a peace officer named therein at any time to enter the dwelling-house and search for narcotics.

2. La perquisition effectuée en vertu d'un mandat décerné sous le régime de l'art. 12 *LS* a-t-elle été effectuée en violation de l'art. 8 de la *Charte*?

3. La vérification par la police des dossiers informatisés de consommation d'électricité a-t-elle été effectuée en violation de l'art. 8 de la *Charte*?

4. S'il y a eu violation quelconque de l'art. 8, les éléments de preuve obtenus devraient-ils être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*?

IV. Les dispositions législatives pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

24. . . .

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1

10. L'agent de la paix qui croit, pour des motifs raisonnables, à la présence d'un stupéfiant ayant servi ou donné lieu à la perpétration d'une infraction à la présente loi peut, à tout moment, perquisitionner sans mandat; toutefois, dans le cas d'une maison d'habitation, il lui faut un mandat de perquisition délivré à cet effet en vertu de l'article 12.

12. Le juge de paix qui est convaincu, sur la foi d'une dénonciation sous serment, qu'il existe des motifs raisonnables de croire à la présence, dans une maison d'habitation, d'un stupéfiant ayant servi ou donné lieu à la perpétration d'une infraction à la présente loi peut signer un mandat de perquisition autorisant l'agent de la paix qui y est nommé à pénétrer dans la maison d'habitation pour y chercher le stupéfiant.

1993 CanLII 70 (SCC)

V. Analysis

A. *Did the Searches Violate s. 8 of the Charter?*

There are two searches to be considered: the warrantless perimeter search and the search pursuant to the search warrant issued under s. 12 *NCA*. Different considerations apply to each. It is also alleged that the police check of computerized records also constitutes a search.

1. Perimeter Search

With respect to the perimeter search, in view of the conclusion reached in *Grant*, this search was unreasonable and violated s. 8 of the *Charter*. There is nothing to suggest that any exigent circumstances existed to justify a perimeter search without a warrant. The information obtained could not, therefore, be relied on in obtaining the warrant. See *Grant* and *Wiley*, *supra*. With respect to the search pursuant to the warrant, it is necessary to determine whether, with the excision of the information obtained as a result of the perimeter search, there remained reasonable grounds for the warrant to issue. The answer to this question depends on whether the check of computerized information constitutes a search and, if so, whether it was unreasonable and, therefore, in violation of s. 8 of the *Charter*.

2. Computerized Records

The purpose of s. 8 is to protect against intrusion of the state on an individual's privacy. The limits on such state action are determined by balancing the right of citizens to have respected a reasonable expectation of privacy as against the state interest in law enforcement. See *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 159-60. Section 8 protects people and not property. It is, therefore, unnecessary to establish a proprietary interest in the thing seized. See *Hunter*, *supra*, at p. 158; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, *per* La Forest J., at pp. 426-27; *Katz v. United States*,

V. Analyse

A. *Les perquisitions ont-elles été effectuées en violation de l'art. 8 de la Charte?*

Il y a deux perquisitions à examiner: la perquisition périphérique sans mandat et la perquisition effectuée en vertu du mandat décerné conformément à l'art. 12 *LS*. Différentes considérations s'appliquent à chacune d'elles. On allègue aussi que la vérification par la police des dossiers informatisés constitue également une perquisition.

1. La perquisition périphérique

En ce qui concerne la perquisition périphérique, elle était abusive et contraire à l'art. 8 de la *Charte* étant donné la conclusion à laquelle la Cour est arrivée dans l'arrêt *Grant*. Rien ne permet de penser qu'il y avait une situation d'urgence justifiant une perquisition périphérique sans mandat. On ne pouvait donc se fonder sur les renseignements ainsi recueillis pour obtenir le mandat. Voir les arrêts *Grant* et *Wiley*, précités. En ce qui a trait à la perquisition effectuée en vertu du mandat, il faut déterminer si, abstraction faite des renseignements obtenus grâce à la perquisition périphérique, il subsistait des motifs raisonnables en justifiant la délivrance. La réponse à cette question dépend de la nature de la vérification des données informatiques, savoir si elle constitue une perquisition, et dans l'affirmative, si cette perquisition était abusive et, par conséquent, contraire à l'art. 8 de la *Charte*.

2. Les dossiers informatisés

L'article 8 a pour objet de protéger les particuliers contre l'intrusion de l'État dans leur vie privée. Les limites de l'action étatique sont déterminées en pondérant le droit des citoyens au respect d'une attente raisonnable en matière de vie privée et le droit de l'État d'assurer l'application de la loi. Voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, aux pp. 159 et 160. L'article 8 protège les personnes et non la propriété. Il est, par conséquent, inutile d'établir un droit de propriété sur la chose saisie. Voir *Hunter*, précité, à la p. 158; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, le juge La Forest,

1993 CanLII 70 (SCC)

389 U.S. 347 (1967). In this respect, I must disagree with the Court of Appeal which relied on the absence of a proprietary interest on the part of the appellant in the computer information.

In balancing the reasonable expectation of privacy of the individual with the interests of the state in law enforcement, this Court has determined that electronic taping of private communication by state authorities violates the personal sphere protected by s. 8: *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30. Similarly, such investigative practices as videotaping of events in a private hotel room (*R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36) and seizure by state agents of a blood sample taken by medical personnel for medical purposes (*Dyment*, *supra*) have been found to run afoul of the s. 8 right against unreasonable search and seizure in that the dignity, integrity and autonomy of the individual are directly compromised. While this Court has considered the possibility of violations of s. 8 in relation to informational privacy (*Dyment*, *supra*, at p. 429), we have not previously considered whether state inspection of computer records implicates s. 8 of the *Charter*.

Some indication of the parameters of the protection afforded by s. 8 with respect to informational privacy can be derived from the following passage from the reasons of La Forest J. in *Dyment*, *supra*, at pp. 429-30, commenting on the Report of the Task Force on Privacy and Computers:

> In modern society, especially, retention of information about oneself is extremely important. We may, for one reason or another, wish or be compelled to reveal such information, but situations abound where the reasonable expectations of the individual that the information shall remain confidential to the persons to whom, and restricted to the purposes for which it is divulged, must be protected.

aux pp. 426 et 427; *Katz c. United States*, 389 U.S. 347 (1967). À cet égard, je dois dire que je ne partage pas l'avis de la Cour d'appel qui s'est fondée sur l'absence d'un droit de propriété de l'appelant sur les données informatiques.

En pondérant l'attente raisonnable des particuliers en matière de vie privée et le droit de l'État d'assurer l'application de la loi, notre Cour a jugé que l'enregistrement électronique des communications privées par les autorités étatiques viole la sphère personnelle protégée par l'art. 8: *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30. De même, des techniques d'enquête tels l'enregistrement magnétoscopique d'activités se déroulant dans une chambre d'hôtel privée (*R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36) et la saisie par des mandataires de l'État d'un échantillon de sang prélevé par le personnel hospitalier à des fins médicales (*Dyment*, précité) ont été jugées contraires au droit garanti par l'art. 8 d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives en ce qu'elles compromettent directement la dignité, l'intégrité et l'autonomie de la personne. Jusqu'ici, notre Cour a examiné la possibilité de violations de l'art. 8 en regard des aspects informationnels de la vie privée (*Dyment*, précité, à la p. 429), mais elle n'a encore jamais abordé la question de savoir si l'inspection par l'État de dossiers informatisés peut donner lieu à l'application de l'art. 8 de la *Charte*.

On peut dégager certains paramètres de la protection accordée par l'art. 8 à l'égard des aspects informationnels de la vie privée du passage suivant des motifs du juge La Forest dans l'arrêt *Dyment*, précité, aux pp. 429 et 430, où il commente le rapport du groupe d'étude sur l'ordinateur et la vie privée:

> Dans la société contemporaine tout spécialement, la conservation de renseignements à notre sujet revêt une importance accrue. Il peut arriver, pour une raison ou pour une autre, que nous voulions divulguer ces renseignements ou que nous soyons forcés de le faire, mais les cas abondent où on se doit de protéger les attentes raisonnables de l'individu que ces renseignements seront gardés confidentiellement par ceux à qui ils sont divulgués, et qu'ils ne seront utilisés que pour les fins pour lesquelles ils ont été divulgués.

1993 CanLII 70 (SCC)

Consideration of such factors as the nature of the information itself, the nature of the relationship between the party releasing the information and the party claiming its confidentiality, the place where the information was obtained, the manner in which it was obtained and the seriousness of the crime being investigated allow for a balancing of the societal interests in protecting individual dignity, integrity and autonomy with effective law enforcement. It is, then, necessary to apply this contextual approach to the facts of the case at bar.

The United States Supreme Court has limited application of the Fourth Amendment (the right against unreasonable search and seizure) protection afforded by the United States Constitution to situations in which the information sought by state authorities is personal and confidential in nature: *United States v. Miller*, 425 U.S. 435 (1976). That case determined that the accused's cheques, subpoenaed for evidence from a commercial bank, were not subject to Fourth Amendment protection. While I do not wish to be taken as adopting the position that commercial records such as cancelled cheques are not subject to s. 8 protection, I do agree with that aspect of the *Miller* decision which would suggest that in order for constitutional protection to be extended, the information seized must be of a "personal and confidential" nature. In fostering the underlying values of dignity, integrity and autonomy, it is fitting that s. 8 of the *Charter* should seek to protect a biographical core of personal information which individuals in a free and democratic society would wish to maintain and control from dissemination to the state. This would include information which tends to reveal intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual. The computer records investigated in the case at bar while revealing the pattern of electricity consumption in the residence cannot reasonably be said to reveal intimate details of the appellant's life since electricity consumption reveals very little about the personal lifestyle or private decisions of the occupant of the residence.

L'examen de facteurs tels la nature des renseignements, celle des relations entre la partie divulguant les renseignements et la partie en réclamant la confidentialité, l'endroit où ils ont été recueillis, les conditions dans lesquelles ils ont été obtenus et la gravité du crime faisant l'objet de l'enquête, permet de pondérer les droits sociétaux à la protection de la dignité, de l'intégrité et de l'autonomie de la personne et l'application efficace de la loi. Il convient donc d'appliquer cette méthode contextuelle aux faits de l'espèce.

La Cour suprême des États-Unis a restreint l'application du Quatrième amendement de la Constitution américaine (le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives) aux situations dans lesquelles les renseignements que cherchent à recueillir les autorités étatiques sont de nature personnelle et confidentielle: *United States c. Miller*, 425 U.S. 435 (1976). Dans cette affaire, on a jugé que les chèques de l'accusé, obtenus par *subpoena* d'une banque commerciale, ne bénéficiaient pas de la protection du Quatrième amendement. Je ne voudrais pas être vu comme considérant qu'un chèque oblitéré ne jouit pas de la protection de l'art. 8, mais je ne suis pas d'accord avec cet aspect de l'arrêt *Miller*, qui donne à entendre que, pour que la protection constitutionnelle s'applique, les renseignements saisis doivent être de nature «personnelle et confidentielle». Étant donné les valeurs sous-jacentes de dignité, d'intégrité et d'autonomie qu'il consacre, il est normal que l'art. 8 de la *Charte* protège un ensemble de renseignements biographiques d'ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l'État. Il pourrait notamment s'agir de renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l'individu. Or, on ne saurait raisonnablement prétendre que les dossiers informatisés consultés dans la présente affaire, lesquels font état du niveau de consommation d'électricité dans une résidence, dévoilent des détails intimes de la vie de l'appelant, la consommation d'électricité ne révèlant que très peu de chose du mode de vie ou des décisions privées de l'occupant de la résidence.

1993 CanLII 70 (SCC)

The nature of the relationship between the appellant and the Commission cannot be characterized as a relationship of confidence. The Commission prepared the records as part of an ongoing commercial relationship and there is no evidence that it was contractually bound to keep them confidential. This is not to suggest that records prepared in a commercial context can never be subject to the privacy protection afforded by s. 8 of the *Charter*. If commercial records contain material which meets the "personal and confidential" standard set out above, the commercial nature of the relationship between the parties will not necessarily foreclose a s. 8 claim.

La relation entre l'appelant et la Commission ne peut être qualifiée de relation de confiance. La Commission a constitué les dossiers dans le cadre d'une relation commerciale suivie et rien n'indique qu'elle ait été contractuellement tenue d'en préserver la confidentialité. Cela ne veut pas dire que les dossiers établis en contexte commercial ne peuvent jamais être l'objet de la protection qu'accorde à la vie privée l'art. 8 de la *Charte*. Si les dossiers commerciaux contiennent des éléments qui satisfont à la norme de la «nature personnelle et confidentielle» énoncée précédemment, le caractère commercial de la relation entre les parties ne fera pas nécessairement obstacle à une revendication fondée sur l'art. 8.

1993 CanLII 70 (SCC)

In any event, the transaction records which were maintained as a result of the commercial relationship in the case at bar cannot be characterized as confidential communications which *Duarte*, *supra*, and *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, indicated were protected by s. 8. Although it has been indicated that some utilities commissions have developed policies against releasing consumption information to police (*R. v. Cave*, B.C. Prov. Ct., Quesnel Registry No. 14705, December 13, 1992 (unreported)), it was clearly the policy of the Calgary Commission to permit police access to the computer data bank, albeit through a computer password. Further, it is generally possible for an individual to inquire with respect to the energy consumption at a particular address, so that this information is subject to inspection by members of the public at large. The accessibility of the information to the public is, in my view, more relevant to the issue than the policy of release developed by the Calgary Commission since the primary concern in this analysis is the expectation of privacy held by the person whose information was released rather than the manner in which the body releasing the information categorized it. Nevertheless, I do not view the relevant relationship in the case at bar

Quoi qu'il en soit, les dossiers établis du fait de la relation commerciale existant en l'espèce ne sauraient être qualifiés de communications confidentielles, auxquelles les arrêts *Duarte*, précité, et *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, accordent la protection de l'art. 8. Bien que certaines commissions de services publics aient adopté des directives interdisant de divulguer à la police des renseignements sur la consommation (*R. c. Cave*, C. prov. C.-B., greffe de Quesnel nº 14705, 13 décembre 1992 (non publié)), la Commission de Calgary avait clairement comme politique de permettre à la police d'avoir accès à la banque de données informatiques, même s'il lui fallait pour cela utiliser un mot de passe. De plus, il est généralement possible pour un particulier de s'enquérir de la consommation d'électricité à une adresse donnée, de telle sorte que cette information est susceptible d'être vérifiée par le grand public. L'accessibilité publique des renseignements est, à mon avis, plus pertinente en la matière que la politique de divulgation adoptée par la Commission de Calgary, étant donné que l'élément primordial de la présente analyse est l'attente en matière de vie privée qu'avait la personne à propos de qui les renseignements ont été divulgués, et non la manière dont l'organisme qui les a divulgués les a qualifiés. Néanmoins, je considère que la relation en cause en l'espèce n'est pas de celles auxquelles

as one which is reasonably characterized as confidential.

The place and manner in which the information in the case at bar was retrieved also point toward the conclusion that the appellant held no reasonable expectation of privacy with respect to the computerized electricity records. The police were able to obtain the information on-line by agreement of the Commission. Accessing the information did not involve intrusion into places ordinarily considered private, as was the case in *Duarte*, *supra*, and *Wong*, *supra*. Nor did it involve invasion by state agents in personal computer records confidentially maintained by a private citizen. While the requirement that the police use a password to access the information may suggest some element of privacy in the manner in which the search was conducted, it may equally suggest that the password was merely intended to ensure that on-line information was available only to the police. In any event, the search was not conducted in an intrusive or high-handed manner, so that on balance, I would conclude that the place and manner of the search were in keeping with what could reasonably have been expected by the appellant.

In addition to the fact that the manner and place of the search are indicative of a minimally intrusive search, the seriousness of the offence militates in favour of the conclusion that the requirements of law enforcement outweigh the privacy interest claimed by the appellant. As this Court previously concluded in *Kokesch*, *supra*, while participation in the illicit trade of marihuana may not be as serious as the trade in other narcotics such as cocaine, it remains an offence which is taken seriously by law enforcement agents.

Overall, I have concluded from the nature of the information, the relationship between the appellant and the Commission, the place and manner of the

on peut raisonnablement attribuer un caractère confidentiel.

L'endroit où les données en cause ont été obtenues et les conditions dans lesquelles elles ont été recueillies mènent également à la conclusion que l'appelant n'avait, à l'égard des dossiers de consommation d'électricité, aucune attente quant au respect de sa vie privée. Les policiers ont pu obtenir les données en direct grâce à l'accord de la Commission. L'obtention de ces données n'a pas nécessité d'intrusion dans des endroits ordinairement considérés comme privés, comme c'était le cas dans les arrêts *Duarte* et *Wong*, précités. L'opération n'a pas non plus nécessité l'intrusion de mandataires de l'État dans les dossiers informatiques personnels constitués confidentiellement par un particulier. Même si l'exigence que les policiers utilisent un mot de passe pour avoir accès aux données peut démontrer un certain élément de confidentialité dans la façon dont la perquisition a été effectuée, elle peut également donner à penser que le mot de passe visait simplement à faire en sorte que ces données ne soient accessibles en direct qu'à la police. Quoi qu'il en soit, la perquisition n'a pas été effectuée de façon intrusive ou autoritaire, si bien que tout compte fait, je conclurais que l'endroit où a eu lieu la perquisition et les conditions dans lesquelles elle a été effectuée correspondent à ce à quoi l'appelant pouvait raisonnablement s'attendre.

Outre le fait que la méthode utilisée et l'endroit où a été effectuée la perquisition témoignent de son caractère intrusif minimal, la gravité de l'infraction milite en faveur de la conclusion que les exigences de l'application de la loi l'emportent sur le droit de l'appelant au respect de sa vie privée. Ainsi que notre Cour l'a conclu auparavant dans l'arrêt *Kokesch*, précité, la participation au commerce illicite du chanvre indien n'est peut-être pas aussi grave que le commerce d'autres stupéfiants, telle la cocaïne, mais elle n'en reste pas moins une infraction que les agents chargés de l'application de la loi prennent au sérieux.

En somme, compte tenu de la nature des données, de la relation existant entre l'appelant et la Commission, de l'endroit où a eu lieu la perquisi-

1993 CanLII 70 (SCC)

search and the seriousness of the offence under investigation, that the appellant cannot be said to have held a reasonable expectation of privacy in relation to the computerized electricity records which outweighs the state interest in enforcing the laws relating to narcotics offences. As such, the appellant has failed to bring this search within the parameters of s. 8 of the *Charter*. This information was, therefore, available to the police to support the application for a search warrant. I will consider, next, the sufficiency of the information in support of the issue of the search warrant.

tion et des conditions dans lesquelles elle a été effectuée, ainsi que de la gravité de l'infraction faisant l'objet de l'enquête, j'en viens à la conclusion qu'on ne peut considérer que l'appelant avait, en ce qui concerne les dossiers informatisés de consommation d'électricité, une attente raisonnable quant au respect de sa vie privée qui l'emporte sur le droit de l'État d'assurer l'application des lois relatives aux infractions en matière de stupéfiants. À ce titre, l'appelant n'a pas réussi à inscrire la perquisition dans les paramètres de l'art. 8 de la *Charte*. Les policiers pouvaient donc invoquer les données recueillies à l'appui de leur demande de mandat de perquisition. J'examinerai maintenant si la dénonciation suffisait pour décerner le mandat de perquisition.

3. Reasonable Grounds for Issuance of the Search Warrant

The appellant alleged that the warrant issued in this case was invalid in that it was issued on the basis of an information containing improperly obtained and misstated facts. This Court has determined that peace officers cannot benefit from their own illegal acts by including in informations sworn to obtain warrants facts which were retrieved through searches without lawful authority. See *Grant* and *Kokesch*, *supra*. As such, in order to assess whether the search and seizure conducted under warrant in the case at bar were in violation of s. 8, it is necessary to determine whether the officers can be said to have had reasonable grounds to believe that a narcotic was contained in the appellant's residence in contravention of the *NCA* in the absence of the observations made during the warrantless perimeter search. See reasons in *Grant* and *Wiley*, *supra*.

In the case at bar, the officers relied in their sworn information on the tip of an unknown informant, the electricity records check and observations made during the warrantless perimeter search as evidence of reasonable grounds to believe that a narcotic was contained in the appellant's residence in contravention of the *NCA*. As I have indicated, the observations made during the warrantless perimeter search must be eliminated

3. Les motifs raisonnables pour décerner le mandat de perquisition

L'appelant a allégué que le mandat décerné en l'espèce était invalide parce qu'il l'a été sur la foi d'une dénonciation énonçant des renseignements erronés et obtenus de façon irrégulière. Notre Cour a jugé que des agents de la paix ne peuvent tirer partie de leurs propres actes illégaux en incluant dans des dénonciations sous serment en vue d'obtenir des mandats des faits recueillis grâce à des perquisitions non légalement autorisées. Voir *Grant* et *Kokesch*, précités. Ainsi, afin d'évaluer si la perquisition et la saisie effectuées en l'espèce en vertu d'un mandat l'ont été en violation de l'art. 8, il faut décider si l'on peut dire que les policiers avaient des motifs raisonnables de croire qu'un stupéfiant se trouvait dans la résidence de l'appelant en contravention de la *LS*, abstraction faite de ce qu'ils avaient constaté au cours de la perquisition périphérique sans mandat. Voir *Grant* et *Wiley*, précités.

Dans l'affaire qui nous est soumise, les policiers se sont fondés, dans leur dénonciation sous serment, sur le tuyau reçu d'un indicateur inconnu, sur la vérification des dossiers de consommation d'électricité et sur les constatations faites à la faveur de la perquisition périphérique sans mandat comme preuve de motifs raisonnables de croire à la présente d'un stupéfiant dans la résidence de l'appelant, en contravention de la *LS*. Comme je

1993 CanLII 76 (SCC)

given that they were obtained in contravention of the *Charter*. With respect to the other elements of the sworn information, the appellant has alleged that the anonymous tip relied upon by the police was not sufficiently reliable to have constituted a reasonable ground for believing that a narcotics offence had been committed in the appellant's residence. In addition, the appellant claimed that the misstatement by the officer with respect to the address given by the anonymous informant invalidated the warrant issued. I will consider each of these submissions in turn.

The Anonymous Tip

In *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140, at p. 1168, this Court determined that the reliability of the tip of an informant depends on an assessment of the totality of the circumstances and specified three areas of concern:

> First, was the information predicting the commission of a criminal offence compelling? Second, where that information was based on a "tip" originating from a source outside the police, was that source credible? Finally, was the information corroborated by police investigation prior to making the decision to conduct the search?

While that case related to the decision of the police to conduct a warrantless search pursuant to the tip of a known informant, the factors enunciated demonstrate principled concerns with the use of informants in general and are equally applicable to the anonymous tip in the case at bar. The information given by the anonymous informant was compelling in that it identified the location of the cultivation operation and located the appellant's house in a fairly specific geographic region, albeit without specifying an exact street address. It is impossible to determine whether the source was credible except by reference to the fact that the information was subsequently corroborated by a police reconnaissance which resulted in identification of the exact address of the residence described by the informant. The tip itself, therefore, was compelling enough in its specification of the place in which

l'ai indiqué, les constatations faites au cours de la perquisition périphérique sans mandat doivent être écartées étant donné qu'elles l'ont été en violation de la *Charte*. Quant aux autres éléments de la dénonciation sous serment, l'appelant allègue que le renseignement de source anonyme sur lequel s'est fondée la police n'était pas suffisamment fiable pour constituer un motif raisonnable de croire qu'une infraction relative à un stupéfiant avait été commise dans sa résidence. De plus, l'appelant soutient que la déclaration erronée du policier quant à l'adresse donnée par l'indicateur anonyme a invalidé le mandat décerné. J'examinerai à tour de rôle chacun de ces arguments.

Le tuyau de source anonyme

Dans l'arrêt *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140, notre Cour a jugé que la fiabilité du tuyau fourni par un indicateur dépend de l'appréciation de l'ensemble des circonstances; il faut, a dit la Cour, à la p. 1168, poser trois questions:

> Premièrement, les renseignements permettant de prévoir la perpétration d'une infraction criminelle étaient-ils convaincants? Deuxièmement puisque ces renseignements reposaient sur un tuyau provenant d'une source extérieure à la police, cette source était-elle fiable? Enfin, l'enquête de la police confirmait-elle ces renseignements avant que les policiers décident de procéder à la fouille?

Cette affaire mettait en cause la décision de la police de procéder à une fouille sur la foi d'un tuyau reçu d'un indicateur connu, mais les facteurs qui y sont énumérés traduisent les questions de principe que soulève l'utilisation d'indicateurs en général et sont également applicables au tuyau reçu d'une source anonyme en cause dans la présente espèce. L'information transmise par l'indicateur anonyme était convaincante en ce qu'elle indiquait l'emplacement de la culture et situait géographiquement la maison de l'appelant de façon assez précise, même si elle n'indiquait pas l'adresse municipale exacte. Il est impossible de déterminer si la source était crédible, sauf si l'on tient compte du fait que les renseignements ont subséquemment été confirmés par la reconnaissance des lieux à laquelle ont procédé les policiers, laquelle a permis de connaître l'adresse exacte de

1993 CanLII 70 (SCC)

the offence was occurring for the police to readily locate the exact address of the appellant's residence and corroborate the report of the informant. I conclude that the anonymous tip, although made by an unknown informant, was sufficiently reliable to have formed part of the reasonable grounds asserted in the information to obtain the warrant. Therefore, I would not excise that piece of evidence from the warrant.

Misstatement in the Information

Although the information sworn in support of the application for a search warrant indicated that an anonymous Crime Stoppers informant had reported that marihuana was being cultivated "at the residence of 2618 26 Street S.W.", the informant had in fact only identified the residence as being a "cute house" located within the 2600 block of 26th Street near a house with many windows. As a result, the information gave the impression that the informant had supplied more detailed facts than was actually the case.

Although the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Donaldson* (1990), 58 C.C.C. (3d) 294, determined that a search warrant must be quashed should a deliberate deception by police be proven, neither the trial judge nor the Court of Appeal found any deliberate attempt to mislead the issuing justice in the case at bar. Furthermore, the appellant has not pointed to new evidence which would indicate that the misstatement by the officer was anything more than a good faith, albeit erroneous, attempt to draft the information concisely by omitting reference to the step between the general tip and the conclusion as to the exact address of the residence identified.

In considering the material that was properly before the authorizing judge, however, only the information actually obtained from the tipster should be included. In addition, this information could be amplified by reference to the fact that the

la résidence décrite par l'indicateur. En soi, donc, le tuyau était suffisamment convaincant quant à l'endroit où l'infraction était commise pour permettre à la police de localiser facilement l'adresse exacte de la résidence de l'appelant et de confirmer le rapport de l'indicateur. Je conclus donc que, bien qu'émanant d'un indicateur inconnu, le tuyau était suffisamment fiable pour faire partie des motifs raisonnables énoncés dans la dénonciation en vue d'obtenir le mandat. En conséquence, je suis d'avis de ne pas supprimer cet élément de preuve du mandat.

La déclaration erronée dans la dénonciation

La dénonciation sous serment rédigée à l'appui de la demande de mandat de perquisition indiquait qu'un indicateur anonyme d'Info-Crime avait signalé que du chanvre indien était cultivé [TRADUCTION] «à la résidence portant le numéro 2618, 26th Street S.W.»; en fait, toutefois, l'indicateur n'avait identifié la résidence que comme une «jolie maison» située dans l'îlot 2600 de la 26th Street près d'une maison ayant de nombreuses fenêtres. Aussi la dénonciation donnait-elle l'impression que l'indicateur avait fourni des informations factuelles plus détaillées que ce n'était le cas en réalité.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a, dans l'arrêt *R. c. Donaldson* (1990), 58 C.C.C. (3d) 294, décidé qu'un mandat de perquisition doit être annulé s'il est établi qu'il y a eu erreur délibérée de la part de la police, mais, en l'espèce, ni le juge du procès ni la Cour d'appel n'ont conclu à une tentative délibérée de tromper le juge de paix. De plus, l'appelant n'a pas signalé l'existence de nouveaux éléments de preuve qui établiraient que la déclaration erronée de l'agent était davantage qu'une tentative de bonne foi de faire preuve de concision en omettant l'étape intervenue entre le renseignement général et la conclusion quant à l'adresse exacte de la résidence.

En ce qui concerne toutefois les éléments dont le juge appelé à autoriser le mandat était à bon droit saisi, ils ne devraient comprendre que les seuls renseignements réellement obtenus de l'indicateur. De plus, ces renseignements pouvaient être étayés

1993 CanLII 70 (SCC)

police were able to locate a residence matching the description which they were given. This information, coupled with the results of the computer check, were, in my opinion, sufficient to constitute reasonable grounds for the issue of the warrant. As noted by the trial judge, there was evidence to show that excessive hydro consumption at one residence as compared to another may be a general indicator of the hydroponic growth of marihuana. The Court of Appeal concluded that this evidence was sufficient to constitute reasonable grounds for issuance of the warrant. The trial judge reached the same result, albeit for different reasons since he did not consider the constitutional validity of the perimeter search which formed a part of the reasonable grounds asserted by the officers.

The result of this conclusion is that the search which was authorized by the search warrant was reasonable. Since no issue is taken with the manner in which the search was conducted, the search was reasonable and not in violation of the *Charter*. As in *Grant* and *Wiley*, *supra*, however, this does not end the matter and it is necessary to consider whether s. 24(2) is triggered because the warrantless perimeter search violated s. 8, and therefore I must determine whether the evidence was obtained in a manner that violated the *Charter*.

B. *Exclusion Under s. 24(2)*

In my view, the perimeter search was an integral part of the investigation which included the search conducted pursuant to the search warrant. Accordingly, there was a sufficient temporal connection to the obtaining of the evidence to trigger s. 24(2). I agree with the conclusion reached by the Court of Appeal that the evidence should not be excluded. I find no error in their application of the relevant factors, nor is their conclusion unreasonable. This is, however, a case close to the line and my brief review of the relevant factors confirms the conclusion reached by the Court of Appeal.

par le fait que les policiers ont pu localiser une résidence correspondant à la description donnée. Combinés aux résultats de la vérification informatique, ces renseignements constituaient, à mon avis, des motifs raisonnables suffisants pour justifier la délivrance du mandat. Comme l'a signalé le juge du procès, la preuve démontrait que la consommation excessive d'hydro-électricité dans une résidence comparativement à une autre pouvait être un indice général de la culture hydroponique de chanvre indien. La Cour d'appel a conclu que cette preuve suffisait pour constituer un motif raisonnable de décerner le mandat. Le juge du procès est arrivé au même résultat, bien que pour des raisons différentes puisqu'il n'a pas examiné la constitutionnalité de la perquisition périphérique entrant dans les motifs raisonnables qu'invoquaient les policiers.

Le résultat de cette conclusion est que la perquisition autorisée par le mandat n'était pas abusive. Étant donné que les conditions dans lesquelles la perquisition a été effectuée ne sont pas en litige, celle-ci n'était pas abusive et était conforme à la *Charte*. Toutefois, comme dans les arrêts *Grant* et *Wiley*, précités, cela ne met pas fin à l'analyse puisqu'il faut examiner s'il y a lieu d'appliquer le par. 24(2) parce que la perquisition périphérique sans mandat a violé l'art. 8; il me faut donc décider si les éléments de preuve obtenus l'ont été dans des conditions qui vont à l'encontre de la *Charte*.

B. *L'exclusion en vertu du par. 24(2)*

À mon sens, la perquisition périphérique faisait partie intégrante de l'enquête, qui comprenait la perquisition effectuée en vertu du mandat. Par conséquent, il existait, aux fins de l'application du par. 24(2), un lien temporel suffisant entre cette perquisition et l'obtention de la preuve. Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour conclure qu'il n'y a pas lieu d'écarter ces éléments. Je ne vois aucune erreur dans l'application qu'elle a faite des facteurs pertinents, et sa conclusion n'est pas déraisonnable. Il s'agit, toutefois, d'un cas limite, et un bref examen des facteurs pertinents confirme la conclusion à laquelle est arrivée la Cour d'appel.

1993 CanLII 70 (SCC)

In *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, this Court concluded that in determining whether information obtained in contravention of the *Charter* ought to be excluded from evidence three factors ought to be considered: (i) the effect of admission of the evidence on the fairness of the trial, (ii) the seriousness of the violation of the *Charter* and (iii) the effect of exclusion on the repute of the administration of justice. The evidence which the Crown tendered is real evidence of the marihuana and various cultivation implements which were discovered in the search pursuant to a valid warrant and which existed prior to and independent of the *Charter* violation. Unlike the admission of self-incriminatory evidence, the admission of this sort of real evidence does not tend to bring the administration of justice into disrepute in that the evidence does not depend for its existence on the *Charter* violation.

In assessing the seriousness of the *Charter* violation, the good faith of the officers conducting the search is relevant. Subsequent to the warrantless search conducted in this case, I indicated in *Grant*, *supra*, that s. 10 *NCA* had to be read down to apply only to situations involving exigent circumstances which rendered obtaining prior judicial authorization impracticable. However, the police were entitled to rely on the law as it was at the time when the warrantless perimeter search was conducted and therefore to presume that warrantless perimeter searches were constitutionally valid pursuant to s. 10 *NCA*: *Kokesch*, *supra*, at pp. 33-34. In this case, the police had the necessary reasonable grounds to conclude that they could resort to the use of s. 10 *NCA*. I agree with the Court of Appeal that the police acted in good faith. This is not a case such as *Kokesch*, *supra*, where the officers operated on mere suspicion. Thus, with regard to the warrantless perimeter search, I would conclude that the police acted in good faith in reliance on powers granted them by Parliament in s. 10 *NCA*. Before entering the dwelling, they had obtained a warrant that was legally and constitutionally valid.

Dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, notre Cour a conclu qu'afin de déterminer si des renseignements obtenus en contravention de la *Charte* doivent être écartés de la preuve, il faut prendre en considération trois facteurs: (i) l'effet de l'utilisation de la preuve sur l'équité du procès, (ii) la gravité de la violation de la *Charte* et (iii) l'effet de l'exclusion sur la considération dont jouit l'administration de la justice. La preuve que le ministère public a présentée est la preuve matérielle de la présence de chanvre indien et de divers outils de culture découverts au moment de la perquisition effectuée en vertu d'un mandat valide et qui existaient antérieurement et indépendamment de la violation de la *Charte*. Contrairement à l'utilisation d'éléments de preuve auto-incriminants, l'utilisation de ce type de preuve matérielle ne tend pas à déconsidérer l'administration de la justice car son existence ne dépend pas de la violation de la *Charte*.

L'un des éléments pertinents quant à l'appréciation de la gravité de la violation de la *Charte* est la bonne foi des policiers procédant à la perquisition. Subséquemment à la perquisition sans mandat effectuée en l'espèce, j'ai indiqué dans l'arrêt *Grant*, précité, que l'art. 10 *LS* devait recevoir une interprétation atténuée de façon à ce qu'il s'applique seulement dans les situations où une situation d'urgence rend pratiquement impossible l'obtention d'une autorisation judiciaire préalable. Cependant, les policiers pouvaient légitimement se fonder sur le droit tel qu'il existait au moment de la perquisition périphérique sans mandat et, par conséquent, présumer que ce type de perquisition était constitutionnel aux termes de l'art. 10 *LS*: arrêt *Kokesch*, précité, aux pp. 33 et 34. En l'espèce, les policiers avaient les motifs raisonnables requis pour conclure à la possibilité de recourir à l'art. 10 *LS*. Je partage l'avis de la Cour d'appel quant à la bonne foi des policiers. Il ne s'agit pas d'un cas semblable à celui de l'arrêt *Kokesch*, précité, où les agents avaient agi sur la foi d'un simple soupçon. Ainsi, en ce qui concerne la perquisition périphérique sans mandat, je suis d'avis de conclure que les policiers ont agi de bonne foi conformément aux pouvoirs que le législateur leur a conférés à l'art. 10 *LS*. Avant de pénétrer dans la

1993 CanLII 70 (SCC)

There was, therefore, no flagrant violation of the *Charter*.

With respect to the third factor to be considered, I have concluded that the administration of justice would not be brought into disrepute should the evidence be admitted. The guilt of the appellant with respect to cultivation of marihuana contrary to s. 6(1) *NCA* is clearly established on the real evidence. Further, as previously indicated, the offence is a serious one punishable by imprisonment for a maximum of seven years. Exclusion of the evidence would result in the absence of evidence by which the appellant could be convicted. In these circumstances, the seriousness of the offence militates in favour of the admission of the evidence: see *Collins*, *supra*, *per* Lamer J. (as he then was), at p. 286. I agree with the Court of Appeal that, on balance, exclusion of the evidence would have a greater negative effect on the repute of justice than would its admission.

After considering the relevant factors, I conclude that the evidence was properly admitted by the trial judge, despite the s. 8 violation which resulted from the warrantless perimeter search.

In the result, the appeal is dismissed.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. — I agree with the reasons and the disposition as proposed by Justice Sopinka, save for certain comments on the right of the police to search the computerized records of public utilities.

I agree with my colleague that the question of whether records are protected centres on a person's reasonable expectation of privacy. As La Forest J. stated in *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 429-30:

> . . . situations abound where the reasonable expectations of the individual that the information shall remain confi-

demeure, ils avaient obtenu un mandat, lequel était légalement et constitutionnellement valide. Il n'y a donc pas eu de violation flagrante de la *Charte*.

En ce qui concerne le troisième facteur, je conclus que l'utilisation des éléments de preuve n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. La culpabilité de l'appelant à l'égard de la culture de chanvre indien en contravention au par. 6(1) *LS* est clairement établie compte tenu de la preuve matérielle. De plus, comme je l'ai indiqué précédemment, il s'agit d'une infraction grave, punissable d'un emprisonnement maximal de sept ans. L'exclusion des éléments de preuve entraînerait l'absence de preuve permettant de conclure à la culpabilité de l'accusé. Dans ces circonstances, la gravité de l'infraction milite en faveur de l'utilisation de la preuve: voir *Collins*, précité, le juge Lamer (maintenant Juge en chef), à la p. 286. Je partage l'avis de la Cour d'appel que, tout compte fait, l'exclusion de la preuve aurait sur la considération dont jouit la justice un effet négatif plus grand que son utilisation.

Après examen des facteurs pertinents, j'en viens à la conclusion que le juge du procès pouvait légitimement admettre les éléments de preuve, malgré la violation de l'art. 8 résultant de la perquisition périphérique sans mandat.

En définitive, le pourvoi est rejeté.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN — Je souscris aux motifs du juge Sopinka et au dispositif qu'il propose, sauf en ce qui concerne certaines observations concernant le droit de la police de fouiller dans les dossiers informatisés d'entreprises de services publics.

Comme mon collègue, j'estime que la question de savoir si des dossiers font l'objet d'une exemption de communication repose sur l'attente raisonnable d'une personne en matière de vie privée. Ainsi que l'affirme le juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, aux pp. 429 et 430:

> . . . les cas abondent où on se doit de protéger les attentes raisonnables de l'individu que ces renseigne-

1993 CanLII 70 (SCC)

dential to the persons to whom, and restricted to the purposes for which it is divulged, must be protected.

The question in each case is whether the evidence discloses a reasonable expectation that the information will be kept in confidence and restricted to the purposes for which it is given. Although I find the case of electricity consumption records close to the line, I have concluded that the evidence here discloses a sufficient expectation of privacy to require the police to obtain a warrant before eliciting the information. I conclude that the information was not public, since there is no evidence suggesting that this information was available to the public and the police obtained access only by reason of a special arrangement. The records are capable of telling much about one's personal lifestyle, such as how many people lived in the house and what sort of activities were probably taking place there. The records tell a story about what is happening inside a private dwelling, the most private of places. I think that a reasonable person looking at these facts would conclude that the records should be used only for the purpose for which they were made — the delivery and billing of electricity — and not divulged to strangers without proper legal authorization.

I disagree with my colleague's assertion that "[t]he computer records investigated in the case at bar while revealing the pattern of electricity consumption in the residence cannot reasonably be said to reveal intimate details of the appellant's life since electricity consumption reveals very little about the personal lifestyle or private decisions of the occupant of the residence" (p. 293). The very reason the police wanted these records was to learn about the appellant's personal lifestyle, i.e., the fact that he was growing marihuana. More generally, electricity consumption records may, as already noted, reveal how many people live in a house and much about what they do. While not as

ments seront gardés confidentiellement par ceux à qui ils sont divulgués, et qu'ils ne seront utilisés que pour les fins pour lesquelles ils ont été divulgués.

Il faut se demander dans chaque cas si, d'après la preuve, on s'attendait raisonnablement que les renseignements soient gardés confidentiels et ne soient utilisés qu'aux fins pour lesquelles ils ont été fournis. Quoique les dossiers portant sur la consommation d'électricité me paraissent constituer un cas limite, j'estime que la preuve produite en l'espèce révèle une attente suffisante en matière de vie privée pour que la police soit tenue d'obtenir un mandat avant de prendre les renseignements en question. Je conclus que ceux-ci ne revêtaient aucun caractère public puisque rien dans la preuve n'indique qu'ils étaient accessibles au public et puisque la police n'a pu y avoir accès qu'en raison d'une entente spéciale. Il est possible de tirer des dossiers en cause beaucoup de renseignements sur le mode de vie d'une personne, et notamment sur le nombre de personnes qui occupent une maison ainsi que sur le genre d'activités auxquelles elles se livrent vraisemblablement. Ces dossiers renseignent sur ce qui se passe à l'intérieur du lieu privé par excellence qu'est une habitation privée. Je crois qu'une personne raisonnable qui considérerait ces faits serait amenée à conclure que les dossiers ne devraient servir qu'aux fins pour lesquelles ils ont été constitués, à savoir l'alimentation en électricité et la facturation de l'électricité consommée. Ils ne devraient pas être mis à la disposition de n'importe qui sans l'autorisation judiciaire voulue.

Selon mon collègue, «on ne saurait raisonnablement prétendre que les dossiers informatisés consultés dans la présente affaire, lesquels font état du niveau de consommation d'électricité dans une résidence, dévoilent des détails intimes de la vie de l'appelant, la consommation d'électricité ne révélant que très peu de choses du mode de vie ou des décisions privées de l'occupant de la résidence» (p. 293). Je ne partage pas cet avis. C'est d'ailleurs précisément pour se renseigner sur le mode de vie personnel de l'appelant (c.-à-d. sur le fait qu'il se livrait à la culture du chanvre indien) que la police souhaitait consulter ces dossiers. D'une manière plus générale, les dossiers faisant état de la con-

1993 CanLII 70 (SCC)

revealing as many types of records, they can disclose important personal information.

My colleague notes that the relationship between the appellant and the electricity commission was not one of confidence. It seems to me that the question is not so much whether the relationship is one of confidence, so much as whether the particular records disclose a reasonable expectation of confidence. Moreover, as my colleague points out, this Court in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, has held that commercial records may be characterized in some circumstances as confidential.

My colleague states that the information was generally available to the public. This, with respect, does not accord with the evidence, which as noted, suggests that the records were not open to the public, and that the police were able to access them only by using a special computer number which they had been given in confidence. This is an important factor; had I been able to conclude that the records were open to the public, I might well have concluded with my colleague that the appellant had no expectation of privacy in the records.

My colleague also argues that the place and manner in which the information was retrieved belie a reasonable expectation of privacy, emphasizing that the police did not have to intrude into "places ordinarily considered private" like a house or hotel room to get the information. But, again with respect, this begs the question. Computers may and should be private places, where the information they contain is subject to the legal protection arising from a reasonable expectation of privacy. Computers may contain a wealth of personal information. Depending on its character, that

sommation d'électricité peuvent, comme je l'ai déjà indiqué, révéler combien de personnes habitent une maison et en dire long sur leurs activités. Quoique moins révélateurs que bien d'autres types de dossiers, ils peuvent dévoiler d'importants renseignements personnels.

Mon collègue fait remarquer que la relation existant entre l'appelant et la commission de l'électricité n'était pas une relation de confiance. Il me semble toutefois que la question n'est pas tant de savoir s'il s'agit d'une relation de confiance que de savoir si les dossiers particuliers dont il s'agit permettent de conclure à une attente raisonnable de confidentialité. D'autre part, comme le signale mon collègue, notre Cour a statué dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, que les dossiers commerciaux peuvent dans certaines circonstances être qualifiés de confidentiels.

Mon collègue affirme que les renseignements en cause étaient généralement accessibles au public. Or, voilà qui, avec égards, ne concorde pas avec la preuve, de laquelle il ressort, répétons-le, que l'accès des dossiers était refusé au public et que la police n'a pu les consulter qu'au moyen d'un numéro spécial d'ordinateur qui lui avait été fourni à titre confidentiel. Ce point est capital, car si j'avais pu conclure que le public avait accès aux dossiers, j'aurais bien pu décider, comme mon collègue, que l'appelant n'avait relativement aux dossiers aucune attente en matière de vie privée.

Mon collègue soutient en outre que l'endroit où les renseignements ont été extraits et la méthode d'extraction ne permettent pas de conclure à l'existence d'une attente raisonnable en matière de vie privée puisque, souligne-t-il, la police n'a pas eu à s'introduire dans des «endroits ordinairement considérés comme privés», comme une maison ou une chambre d'hôtel, pour obtenir ces renseignements. Mais, avec égards encore une fois, mon collègue élude la question. Les ordinateurs peuvent, et devraient, être des endroits privés, les données qui y sont emmagasinées bénéficiant de la protection

1993 CanLII 70 (SCC)

information may be as private as any found in a dwelling house or hotel room.

My colleague finally argues that the seriousness of the offence outweighs any privacy interest in the records. I confess to reservations about a case-by-case balancing approach to whether a warrant is required or not to obtain information. In each case, the police would have to ask themselves: is the offence serious enough to outweigh the suspect's privacy interest? If the answer is yes, they would take the evidence without a warrant. The courts would then have to review their exercise of judgment. In my view, such a regime would provide little comfort to the person whose privacy interest is at stake, and would breed uncertainty and litigation. Such considerations may have a place in determining whether improperly obtained evidence may be admitted under s. 24 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, but are problematic at the earlier stage of determining whether rights have been violated. The test must remain the individual's reasonable expectation of privacy. If that test is met, a search without a warrant will constitute a violation, even where the suspected offence is a serious one.

Although I conclude that the evidence obtained as a result of the computer search was improperly obtained and should not have been used in obtaining the warrant which is at issue here, I am satisfied that there was sufficient other evidence to support the issuance of the warrant. Accordingly, I would dispose of the appeal as proposed by Sopinka J.

juridique qu'entraîne une attente raisonnable quant au respect de la vie privée. Un ordinateur peut contenir une abondance de renseignements personnels qui, suivant leur nature, peuvent être tout aussi privés que ceux qui se trouvent dans une maison d'habitation ou dans une chambre d'hôtel.

Mon collègue prétend en dernier lieu que la gravité de l'infraction l'emporte sur tout droit au respect de la vie privée pouvant exister relativement aux dossiers. J'ai des doutes franchement quant au recours à un examen au cas par cas afin de déterminer s'il faut ou non obtenir un mandat pour recueillir des renseignements. La police se verrait en effet obligée de se demander dans chaque cas si l'infraction est suffisamment grave pour l'emporter sur le droit du suspect au respect de sa vie privée. Dans l'affirmative, la police recueillerait les éléments de preuve sans obtenir de mandat. Ce serait alors aux tribunaux de contrôler la façon dont la police aurait exercé son jugement. À mon avis, pareil régime, tout en s'avérant peu rassurant pour la personne dont le droit au respect de la vie privée est en jeu, serait générateur d'incertitudes et de litiges. Voilà des considérations qui pourront entrer en ligne de compte aux fins de déterminer si des éléments de preuve irrégulièrement obtenus peuvent être utilisés en vertu de l'art. 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais qui créent des problèmes au stade préalable où il s'agit de déterminer s'il y a eu violation de droits. Le critère doit toujours être ce à quoi l'individu peut raisonnablement s'attendre en ce qui concerne le respect de sa vie privée. Du moment que ce critère est rempli, une fouille ou une perquisition sans mandat constituera une violation, même si l'infraction soupçonnée est grave.

Bien que concluant que les éléments de preuve recueillis au moyen de la perquisition informatique l'ont été de façon irrégulière et n'auraient pas dû être utilisés pour obtenir le mandat en cause dans la présente affaire, je suis convaincue qu'il existait suffisamment d'autres éléments de preuve pour justifier la délivrance du mandat. Par conséquent, je suis d'avis de trancher le pourvoi de la manière que propose le juge Sopinka.

1993 CanLII 68 (SCC)

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Lord, Russell, Calgary.

Solicitor for the respondent: John C. Tait, Ottawa.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Lord, Russell, Calgary.

Procureur de l'intimée: John C. Tait, Ottawa.

1993 CanLII 70 (SCC)

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Vincent Quesnelle *Respondent*

and

Attorney General of Alberta, Canadian Association of Chiefs of Police, Criminal Lawyers' Association of Ontario and Barbra Schlifer Commemorative Clinic *Interveners*

Indexed as: R. *v.* Quesnelle

2014 SCC 46

File No.: 35390.

2014: March 20; 2014: July 9.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Evidence — Disclosure — Whether police occurrence reports prepared in the investigation of unrelated incidents involving a complainant or witness are "records" within the meaning of s. 278.1 of the Criminal Code, such that they are subject to the Mills regime — Whether the exemption for investigatory and prosecutorial records applies to all police occurrence reports or only those made in relation to the offence in question — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 278.1 to 278.91.

Q was charged with sexually assaulting two complainants. Before trial, Q made an application seeking disclosure of certain police occurrence reports which involved a complainant but which were not made in the course of the investigation of the charges against Q. The trial judge ruled that the occurrence reports at issue were "records" under the *Mills* regime, specifically s. 278.1 of the *Criminal Code*. As such, Q applied for disclosure of the occurrence reports pursuant to s. 278.3 of the *Code*. The trial judge dismissed the application and Q was ultimately convicted. The Court of Appeal allowed Q's appeal on the basis that the police occurrence reports were not "records" under the *Mills* regime and should

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Vincent Quesnelle *Intimé*

et

Procureur général de l'Alberta, Association canadienne des chefs de police, Criminal Lawyers' Association of Ontario et Barbra Schlifer Commemorative Clinic *Intervenants*

Répertorié : R. *c.* Quesnelle

2014 CSC 46

N° du greffe : 35390.

2014 : 20 mars; 2014 : 9 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit criminel — Preuve — Communication — Le rapport de police dressé dans le cadre d'une enquête relative à des incidents sans lien auxquels est mêlé le plaignant ou un témoin constitue-t-il un « dossier » au sens de l'art. 278.1 du Code criminel de sorte qu'il soit soumis au régime de l'arrêt Mills? — L'exception prévue pour le dossier d'enquête ou de poursuite vaut-elle à l'égard de tous les rapports de police ou seulement à l'égard de ceux établis relativement à l'infraction en cause? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 278.1 à 278.91.

Q a été accusé d'avoir agressé sexuellement les deux plaignantes. Avant le début du procès, il a demandé la communication de certains rapports de police qui avaient trait à l'une d'elles, mais qui n'avaient pas été produits dans le cadre de l'enquête ayant mené aux accusations portées contre lui. La juge du procès a statué que ces rapports constituaient des « dossiers » suivant le régime de l'arrêt *Mills*, plus précisément l'art. 278.1 du *Code criminel*. Q a donc demandé leur communication en application de l'art. 278.3 du *Code*. La juge a rejeté la demande, et Q a finalement été déclaré coupable. La Cour d'appel a accueilli l'appel de Q au motif que les rapports de police ne constituaient pas des « dossiers » pour les

2014 SCC 46 (CanLII)

have been part of regular Crown disclosure under *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326. The Court of Appeal therefore ordered a new trial.

Held: The appeal is allowed, the order for a new trial is set aside, and the conviction is restored with the sentence appeal remitted to the Court of Appeal.

Sections 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code*, known as the *Mills* regime, permit disclosure of private records relating to complainants and witnesses in cases involving particular sexual offences only where a record is likely relevant and its disclosure is necessary in the interests of justice. The regime reflects Parliament's intention to accommodate and reconcile the right of the accused to make full answer and defence with the privacy and equality rights of complainants in sexual offence cases. While it governs the disclosure of "records" in sexual offence trials, the regime does not displace the Crown's duty to make reasonable inquiries and obtain potentially relevant material in accordance with *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66.

Whether a document counts as a "record" depends first on whether the document contains personal information for which there is a reasonable expectation of privacy, and second on whether it falls into the exemption for investigatory and prosecutorial documents. Section 278.1 provides an illustrative list of some types of records that generally give rise to a reasonable expectation of privacy, but other documents will still be covered if they attract a reasonable expectation of privacy. Trial judges will usually assess reasonable expectations on the basis of the type of document at issue. Police occurrence reports prepared in the investigation of previous incidents involving a complainant or witness other than the offence being prosecuted count as "records" and are subject to the *Mills* regime.

Given the sensitive nature of the information frequently contained in such police occurrence reports, and the impact that their disclosure can have on the privacy interests of complainants and witnesses, there will generally be a reasonable expectation of privacy in such reports. Police occurrence reports may contain highly sensitive material including unproven allegations and statements of complainants. They may reveal family

besoins du régime de l'arrêt *Mills* et que le ministère public aurait dû les communiquer conformément à la procédure habituelle suivant l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. Elle a donc ordonné un nouveau procès.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. L'ordonnance à l'effet de tenir un nouveau procès est annulée, la déclaration de culpabilité est rétablie et l'appel de la peine est renvoyé à la Cour d'appel.

Dans le cas de certaines infractions à caractère sexuel, les art. 278.1 à 278.91 du *Code criminel* — le « régime de l'arrêt *Mills* » — permettent la communication d'un dossier personnel se rapportant au plaignant ou à un témoin seulement lorsque le dossier est vraisemblablement pertinent et que sa communication sert les intérêts de la justice. Le régime traduit l'intention du législateur de concilier le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et les droits à la vie privée et à l'égalité du plaignant dans une affaire d'infraction à caractère sexuel. Même si le régime s'applique à la communication d'un « dossier » dans un procès pour infraction à caractère sexuel, l'obligation faite au ministère public d'effectuer des vérifications raisonnables et d'obtenir les renseignements et les éléments de preuve susceptibles d'être pertinents demeure, conformément à *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66.

Un document constitue un « dossier » lorsque, premièrement, il contient des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée et que, deuxièmement, il ne tombe pas sous le coup de l'exception prévue à l'égard du dossier d'enquête ou de poursuite. L'article 278.1 énumère des exemples de dossiers qui confèrent généralement une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée; d'autres documents seront toutefois protégés s'ils suscitent une telle attente. Le juge du procès se prononce habituellement sur l'existence d'une telle attente en fonction de la nature du document en cause. Le rapport de police dressé à l'occasion de l'enquête relative à un incident antérieur auquel a été mêlé le plaignant ou un témoin, et non à l'infraction qui fait l'objet de la procédure, constitue un « dossier » et est soumis au régime de l'arrêt *Mills*.

Vu la nature délicate des renseignements souvent contenus et les conséquences que peut avoir leur communication sur le droit du plaignant ou du témoin à la vie privée, le rapport de police confère généralement une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée. Il peut contenir des renseignements de nature très délicate tels que des allégations dont le bien-fondé n'a pas été établi et des déclarations du plaignant. Il peut

2014 SCC 46 (CanLII)

status, health information, and other personal details. Most significantly, they can reveal previous instances where the witness or complainant has been the victim of criminal activity, including previous sexual assaults. Disclosure of this information engages complainants' and witnesses' "informational privacy", the right to control how their information is shared. Disclosure of this information to the accused is particularly likely to engage the dignity interests of complainants and witnesses, and to discourage victims of sexual offences from coming forward. The fact that this information has already been obtained by police does not destroy the affected person's interest in keeping the information private from others. People are entitled to provide information to police with confidence that the police will only disclose it for good reason.

The exemption for investigatory and prosecutorial records contained in s. 278.1 does not strip the protection of the *Mills* regime from police occurrence reports. In light of the text of the provision in both languages, as well as its purpose, context, and the consequences of concluding otherwise, the trial judge was correct in deciding that the exemption applies only to records made in relation to the offence in question, and not to police occurrence reports made in the course of unrelated investigations.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631; *R. v. Dinh*, 2001 ABPC 48, 42 C.R. (5th) 318; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Escher v. Brazil* (2009), Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 200; *R. v. Fiddler*, 2012 ONSC 2539, 258 C.R.R. (2d) 193; *R. v. McAdam* (2008), 172 C.R.R. (2d) 27; *R. v. Daoust*, 2004 SCC 6, [2004] 1 S.C.R. 217.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code (production of records in sexual offence proceedings), S.C. 1997, c. 30, preamble.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.
Constitution Act, 1867, s. 133.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 193(1), 278.1 to 278.91, 278.2(2), (3), 278.3, 278.5, 278.7.

révéler l'état matrimonial, des renseignements médicaux et d'autres données personnelles. Mais surtout, il peut dévoiler l'existence d'un incident antérieur où le témoin ou le plaignant a été victime d'un acte criminel, y compris une agression sexuelle. La communication de telles données met en jeu le « droit au respect du caractère privé des renseignements personnels » du plaignant ou du témoin, soit le droit de ce dernier de décider lui-même des modalités de leur partage. Leur communication à l'accusé est particulièrement susceptible de porter atteinte à la dignité du plaignant ou du témoin et de décourager une victime d'agression sexuelle de dénoncer son agresseur. Le fait que la police détient déjà les renseignements ne saurait écarter le droit de l'intéressé à ce que leur confidentialité soit assurée. Les gens qui fournissent des renseignements à la police s'attendent à ce que celle-ci ne les communique à autrui que pour un motif valable.

L'exception prévue par l'art. 278.1 à l'égard du dossier d'enquête ou de poursuite ne soustrait pas le rapport de police à la protection du régime de l'arrêt *Mills*. Au vu du libellé de la disposition dans les deux langues, ainsi que de son objet, de son contexte et des conséquences d'une conclusion différente, la juge du procès statue à bon droit que l'exception s'applique seulement aux rapports établis relativement à l'infraction en cause, et non à ceux rédigés dans le cadre d'enquêtes sans lien avec celle-ci.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631; *R. c. Dinh*, 2001 ABPC 48, 42 C.R. (5th) 318; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Escher c. Brazil* (2009), Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 200; *R. c. Fiddler*, 2012 ONSC 2539, 258 C.R.R. (2d) 193; *R. c. McAdam* (2008), 172 C.R.R. (2d) 27; *R. c. Daoust*, 2004 CSC 6, [2004] 1 R.C.S. 217.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 193(1), 278.1 à 278.91, 278.2(2), (3), 278.3, 278.5, 278.7.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 133.
Loi modifiant le Code criminel (communication de dossiers dans les cas d'infraction d'ordre sexuel), L.C. 1997, ch. 30, préambule.

2014 SCC 46 (CanLII)

Municipal Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. M.56.

Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 134, No. 122, 2nd Sess., 35th Parl., February 4, 1997, p. 7664.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 134, No. 150, 2nd Sess., 35th Parl., April 7, 1997, pp. 9361-62.

Gotell, Lise. "When Privacy is Not Enough: Sexual Assault Complainants, Sexual History Evidence and the Disclosure of Personal Records" (2006), 43 *Alta. L. Rev.* 743.

Keen, Peter Carmichael. "*Gebrekirstos*: Fallout from *Quesnelle*" (2013), 4 C.R. (7th) 56.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Rosenberg, Sharpe and MacFarland JJ.A.), 2013 ONCA 180, 114 O.R. (3d) 779, 303 O.A.C. 18, 1 C.R. (7th) 394, 297 C.C.C. (3d) 414, [2013] O.J. No. 1365 (QL), 2013 CarswellOnt 3337, setting aside the accused's convictions for sexual assault and assault and ordering a new trial. Appeal allowed and convictions restored.

Milan Rupic, for the appellant.

Najma Jamaldin and *Paul Genua*, for the respondent.

Maureen J. McGuire, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Philip Wright, *Vincent Westwick* and *Christiane Huneault*, for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police.

Jonathan Dawe and *Michael Dineen*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Susan Chapman and *Joanna Birenbaum*, for the intervener the Barbra Schlifer Commemorative Clinic.

Loi sur l'accès à l'information municipale et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. M.56.

Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 134, nº 122, 2e sess., 35e lég., 4 février 1997, p. 7664.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 134, nº 150, 2e sess., 35e lég., 7 avril 1997, p. 9361-9362.

Gotell, Lise. « When Privacy is Not Enough : Sexual Assault Complainants, Sexual History Evidence and the Disclosure of Personal Records » (2006), 43 *Alta. L. Rev.* 743.

Keen, Peter Carmichael. « *Gebrekirstos* : Fallout from *Quesnelle* » (2013), 4 C.R. (7th) 56.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Rosenberg, Sharpe et MacFarland), 2013 ONCA 180, 114 O.R. (3d) 779, 303 O.A.C. 18, 1 C.R. (7th) 394, 297 C.C.C. (3d) 414, [2013] O.J. No. 1365 (QL), 2013 CarswellOnt 3337, qui a annulé les déclarations de culpabilité d'agression sexuelle et de voies de fait prononcées contre l'accusé et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli et déclarations de culpabilité rétablies.

Milan Rupic, pour l'appelante.

Najma Jamaldin et *Paul Genua*, pour l'intimé.

Maureen J. McGuire, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Philip Wright, *Vincent Westwick* et *Christiane Huneault*, pour l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police.

Jonathan Dawe et *Michael Dineen*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Susan Chapman et *Joanna Birenbaum*, pour l'intervenante Barbra Schlifer Commemorative Clinic.

2014 SCC 46 (CanLII)

The judgment of the Court was delivered by

KARAKATSANIS J. —

I. Overview

[1] In sexual offence cases, the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, limits the disclosure of private records relating to complainants and witnesses. The relevant provisions, ss. 278.1 to 278.91, known as the *Mills* regime, permit disclosure only where a record is likely relevant and its disclosure is necessary in the interests of justice. The regime applies to "records" that contain personal information for which there is a reasonable expectation of privacy, unless they are made by persons responsible for the investigation or prosecution of the offence. The issue on appeal is whether these provisions apply to police occurrence reports prepared in the investigation of previous incidents involving a complainant or witness and not the offence being prosecuted. The question is whether these unrelated police occurrence reports count as "records" as defined in s. 278.1, such that the statutory disclosure limits apply.

[2] I conclude that the *Mills* regime applies to police occurrence reports that are not directly related to the charges against the accused. Privacy is not an all or nothing right. Individuals involved in a criminal investigation do not forfeit their privacy interest for all future purposes; they reasonably expect that personal information in police reports will not be disclosed in unrelated matters. Moreover, while the regime exempts investigatory and prosecutorial records, that exemption applies only to records made in relation to the particular offence in question.

[3] Accordingly, I agree with the trial judge that the unrelated police occurrence reports at issue

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE KARAKATSANIS —

I. Aperçu

[1] Dans les affaires d'infraction d'ordre sexuel, le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, limite la communication d'un dossier personnel se rapportant au plaignant ou à un témoin. Les dispositions pertinentes, soit les art. 278.1 à 278.91 — le « régime de l'arrêt *Mills* » — ne permettent la communication que lorsque le dossier est vraisemblablement pertinent et que sa communication sert les intérêts de la justice. Le régime s'applique au « dossier » qui contient des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, sauf s'il est produit par un responsable de l'enquête ou de la poursuite relativement à l'infraction qui fait l'objet de la procédure. Le pourvoi porte sur la question de savoir si ces dispositions s'appliquent au rapport de police dressé à l'occasion de l'enquête relative à des incidents auxquels a été mêlé le plaignant ou un témoin, et non à l'infraction qui fait l'objet de la procédure. Il nous faut décider si ce rapport de police sans lien avec l'infraction constitue un « dossier » au sens de l'art. 278.1, de telle sorte qu'il soit assujetti aux restrictions légales de communication.

[2] J'arrive à la conclusion que le régime de l'arrêt *Mills* s'applique au rapport de police qui n'est pas directement lié à l'accusation portée contre l'accusé. Le droit à la vie privée n'est pas un droit de nature absolue. La personne qui est visée par une enquête criminelle ne renonce pas à son droit à la vie privée pour toutes les circonstances ultérieures; elle s'attend raisonnablement à ce que ses renseignements personnels consignés dans le rapport de police ne fassent pas l'objet d'une communication dans une autre affaire. De plus, même si le régime prévoit une exception pour les dossiers d'enquête et de poursuite, cette exception ne vaut que pour les dossiers constitués relativement à l'infraction en cause.

[3] Par conséquent, je conviens avec la juge du procès que chacun des rapports de police considérés

2014 SCC 46 (CanLII)

were "records" within the definition of s. 278.1 and thus subject to the *Mills* regime. The trial judge was entitled to conclude that the reports should not be disclosed. I would allow the appeal, set aside the order for a new trial, and restore the conviction, remitting the sentence appeal to the Court of Appeal.

II. Facts

[4] The respondent, Vincent Quesnelle, was charged with sexually assaulting two complainants, T.R. and L.I. Prior to trial, CBC Radio aired a documentary about the complainant T.R. (a street sex worker), during which the lead investigator in this case indicated that she had obtained and reviewed four or five police occurrence reports which involved T.R. but were not made in the course of the investigation that resulted in the charges against the respondent. The detective did not include the reports in the investigatory file.

[5] The police create occurrence reports to document incidents to which they respond, including disturbances, requests for assistance, reports of alleged crimes and even medical emergencies or car accidents. The reports contain police officers' recollections and notes concerning the facts of the incident.

III. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice*

[6] Before trial, the respondent made an application seeking disclosure of the police occurrence reports that had been reviewed by the detective. The trial judge, Thorburn J., ruled that the occurrence reports at issue were "records" under the *Mills* regime for two reasons: 2009 CanLII 73645. First, occurrence reports contain personal information in which there is a reasonable expectation of privacy. Second, the reports do not fall under the exception to the *Mills* regime in s. 278.1 because they are not "records made by persons responsible for the investigation or prosecution of the offence": that section excludes only police records made in relation to the

en l'espèce constitue un « dossier » au sens de l'art. 278.1, de sorte qu'il tombe sous le coup du régime de l'arrêt *Mills*. La juge du procès était en droit de conclure que les rapports ne devaient pas être communiqués. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance à l'effet de tenir un nouveau procès, de rétablir la déclaration de culpabilité et de renvoyer l'appel de la peine à la Cour d'appel.

II. Faits

[4] L'intimé, Vincent Quesnelle, a été accusé d'avoir agressé sexuellement les deux plaignantes, T.R. et L.I. Avant le procès, la chaîne CBC Radio a présenté un documentaire sur la plaignante T.R., une prostituée travaillant dans la rue. L'enquêteuse principale au dossier y affirmait avoir obtenu et examiné quatre ou cinq rapports de police qui avaient trait à T.R., mais qui n'avaient pas été produits dans le cadre de l'enquête ayant débouché sur les accusations portées contre l'intimé. L'enquêteuse n'a pas versé les rapports au dossier d'enquête.

[5] Les policiers rédigent un rapport afin de documenter une intervention par suite, notamment, d'une infraction à la paix publique, d'une demande d'aide, du signalement d'un crime, voire d'une urgence médicale ou d'un accident de la route. Ils y consignent le déroulement de l'intervention et des précisions sur les faits en cause.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario*

[6] Avant le début du procès, l'intimé a demandé la communication des rapports de police dont l'enquêteuse avait pris connaissance. Appelée à présider le procès, la juge Thorburn a conclu que ces rapports constituaient des « dossiers » suivant le régime de l'arrêt *Mills*, et ce, pour deux raisons (2009 CanLII 73645). Premièrement, ils contenaient des renseignements personnels qui conféraient une attente raisonnable en matière de vie privée. Deuxièmement, ils ne tombaient pas sous le coup de l'exception prévue à l'art. 278.1, car ils ne constituaient pas des « dossier[s] qui [sont] produit[s] par un responsable de l'enquête ou de

2014 SCC 46 (CanLII)

case being prosecuted. Under the *Mills* regime, a "record" may only be disclosed to the accused if the trial judge is satisfied that it is likely relevant to an issue at trial and disclosure is necessary in the interests of justice.

[7] Since the records fell within the *Mills* regime, the respondent applied for disclosure of the occurrence reports pursuant to s. 278.3 of the *Code*. He argued that the records were likely relevant to assess the complainant's credibility. The defence chose not to rely on the documentary in making this application. He did not want to alert the complainant — who was a party to the application — to his theory of the relevance of the occurrence reports. The trial judge ruled against the respondent because there was no evidentiary basis on which to conclude that the documents requested were likely relevant or that their production was necessary in the interests of justice: 2010 ONSC 175 (CanLII).

[8] The respondent was ultimately convicted and sentenced to six and a half years in jail, less credit for time served: 2010 ONSC 3713 (CanLII).

B. *Ontario Court of Appeal, 2013 ONCA 180, 114 O.R. (3d) 779*

[9] The respondent appealed his conviction and sentence to the Ontario Court of Appeal. He argued that the police occurrence reports were not "records" under the *Mills* regime, and therefore should have been part of regular Crown disclosure under *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326.

[10] The Court of Appeal allowed his appeal on this basis and ordered a new trial. First, MacFarland J.A. concluded that complainants and witnesses who give information to the police have no reasonable expectation of privacy in police documents

la poursuite relativement à l'infraction qui fait l'objet de la procédure ». Seuls échappent à l'application du régime les rapports établis relativement à l'infraction faisant l'objet de la poursuite. Conformément au régime de l'arrêt *Mills*, un « dossier » ne peut être communiqué à l'accusé que si le juge du procès est convaincu qu'il est vraisemblablement pertinent quant à un point en litige et que sa communication sert les intérêts de la justice.

[7] Comme les rapports étaient assujettis au régime de l'arrêt *Mills*, l'intimé a demandé leur communication en application de l'art. 278.3 du *Code*. Il a prétendu qu'ils étaient vraisemblablement pertinents pour l'appréciation de la crédibilité de la plaignante. La défense a choisi de ne pas faire mention du documentaire, car elle ne voulait pas attirer l'attention de la plaignante — qui était constituée partie à la demande — sur les raisons pour lesquelles elle jugeait les rapports pertinents. La juge du procès a rejeté la demande parce qu'aucun fondement probant ne permettait de conclure que les documents étaient vraisemblablement pertinents ou que leur communication servait les intérêts de la justice (2010 ONSC 175 (CanLII)).

[8] L'intimé a finalement été reconnu coupable et condamné à six ans et demi d'emprisonnement, moins le temps crédité pour la détention (2010 ONSC 3713 (CanLII)).

B. *Cour d'appel de l'Ontario, 2013 ONCA 180, 114 O.R. (3d) 779*

[9] L'intimé a interjeté appel de la déclaration de culpabilité et de la peine devant la Cour d'appel de l'Ontario. Il a prétendu que les rapports de police n'étaient pas des « dossiers » pour les besoins du régime de l'arrêt *Mills*, de sorte que le ministère public aurait dû les communiquer conformément à la procédure habituelle suivant l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326.

[10] La Cour d'appel accueille l'appel pour ce motif et ordonne la tenue d'un nouveau procès. La juge MacFarland estime en premier lieu que le plaignant ou le témoin qui donne des renseignements à la police n'a aucune attente raisonnable en matière

2014 SCC 46 (CanLII)

recording that information. Second, she concluded that s. 278.1 exempts all records that are prepared by the investigating police service, whether or not the records are related to the case being prosecuted. Thus the police occurrence reports at issue were not subject to the *Mills* regime. The court reasoned that the police occurrence reports reviewed by Detective Leaver were fruits of the investigation, and ordered their disclosure.

IV. Analysis

A. *The Principles Governing Crown Disclosure*

(1) Disclosure in Criminal Cases Generally

[11] The Crown has a broad duty to disclose relevant evidence and information to persons charged with criminal offences. *Stinchcombe*, at pp. 336-40, provides that the Crown is obliged to disclose all relevant, non-privileged information in its possession or control so as to allow the accused to make full answer and defence. For purposes of this "first party" disclosure, "the Crown" does not refer to all Crown entities, federal and provincial: "the Crown" is the prosecuting Crown. All other Crown entities, including police, are "third parties". With the exception of the police duty to supply the Crown with the fruits of the investigation, records in the hands of third parties, including other Crown entities, are generally not subject to the *Stinchcombe* disclosure rules.

[12] In *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66, this Court recognized that the Crown cannot merely be a passive recipient of disclosure material. Instead, the Crown has a duty to make reasonable inquiries when put on notice of material in the hands of police or other Crown entities that is potentially relevant to the prosecution or the defence. This Court also recognized that police have a duty to disclose,

de vie privée à l'égard des documents de police qui consignent ces renseignements. En deuxième lieu, elle conclut que l'exception prévue à l'art. 278.1 vise tous les dossiers produits par le service de police chargé de l'enquête, qu'ils se rapportent ou non à la poursuite. Elle estime donc que les rapports en cause ne sont pas assujettis au régime de l'arrêt *Mills*. La Cour d'appel explique que les rapports examinés par l'enquêteuse Leaver représentent les fruits de l'enquête et elle ordonne leur communication.

IV. Analyse

A. *Les principes applicables à l'obligation de communication du ministère public*

(1) Communication dans les affaires criminelles en général

[11] Le ministère public a l'obligation générale de communiquer les éléments de preuve et les renseignements pertinents à la personne qui est accusée d'une infraction criminelle. Selon l'arrêt *Stinchcombe*, p. 336-340, il est tenu de communiquer tout renseignement pertinent non protégé qui est en sa possession ou sous son contrôle afin de permettre à l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Pour les besoins de la communication par la « partie principale », « le ministère public » ne s'entend pas de toutes les composantes de l'État fédéral ou provincial, mais seulement du poursuivant. Toutes les autres composantes de l'État, y compris la police, sont des « tiers ». Exception faite de l'obligation qui incombe à la police de transmettre au ministère public les fruits de l'enquête, les dossiers en la possession de tiers, y compris d'autres composantes de l'État, ne sont habituellement pas assujettis aux règles établies dans l'arrêt *Stinchcombe* en matière de communication.

[12] Dans l'arrêt *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66, notre Cour reconnaît que le ministère public ne peut se contenter de recevoir passivement des renseignements. Des vérifications raisonnables lui incombent lorsqu'il apprend que la police ou d'autres composantes de l'État ont en leur possession des éléments susceptibles d'être utiles à la poursuite ou à la défense. Notre Cour reconnaît

2014 SCC 46 (CanLII)

without prompting, "all material pertaining to its investigation of the accused" (para. 14) as well as other information "obviously relevant to the accused's case" (para. 59).

[13] In *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at paras. 15-34, this Court established a separate disclosure regime for records in the hands of "third parties" that are "likely relevant" to an issue at trial. Under *O'Connor*, an application is made to the court and the judge determines whether production should be compelled in accordance with a two-stage test. At the first stage, the applicant has an onus to establish the likely relevance of the record. At the second stage, the judge examines the record and determines whether, and to what extent, it should be produced for the accused: in the case of relevant information, privacy interests yield to the right to a full answer and defence.

(2) Disclosure in Sexual Offence Cases — the *Mills* Regime

[14] Beginning in the late 1980s, it became commonplace in sexual offence trials for defence counsel to seek the private records of complainants in order to attack the complainant through invasive (and often inappropriate) credibility probing: *House of Commons Debates*, vol. 134, No. 122, 2nd Sess., 35th Parl., February 4, 1997. The *Mills* regime, enacted in 1997, was a response to these practices. The provisions of the *Mills* regime are set out in the Appendix. The central idea, according to the preamble to the legislation enacting the regime, is that

> while production to the court and to the accused of personal information regarding any person may be necessary in order for an accused to make a full answer and defence, that production may breach the person's right to privacy and equality and therefore the determination as to whether to order production should be subject to careful scrutiny;

(*An Act to amend the Criminal Code (production of records in sexual offence proceedings*), S.C. 1997, c. 30)

aussi l'obligation de la police de communiquer, sans qu'il soit nécessaire de lui en faire la demande, « tous les renseignements se rapportant à son enquête sur l'accusé » (par. 14), ainsi que les autres renseignements qui « se rapportent manifestement à la poursuite engagée contre l'accusé » (par. 59).

[13] Dans l'arrêt *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 15-34, notre Cour établit un régime de communication distinct pour les dossiers qui se trouvent en la possession de « tiers » et qui sont « vraisemblablement pertinents » quant à un point en litige. Le tribunal saisi statue sur la demande de communication à l'issue d'une analyse à deux volets. Le requérant doit d'abord prouver que les renseignements contenus dans le dossier sont d'une pertinence vraisemblable. Le tribunal examine ensuite le dossier pour déterminer s'il doit être communiqué à l'accusé — et, le cas échéant, dans quelle mesure il doit l'être; lorsque les renseignements sont pertinents, le droit à la vie privée cède le pas au droit à une défense pleine et entière.

(2) Communication dans une affaire d'infraction d'ordre sexuel — le régime de l'arrêt *Mills*

[14] Dès la fin des années 1980, lors d'un procès pour infraction d'ordre sexuel, il était courant que l'avocat de la défense demande l'accès aux dossiers privés du plaignant afin de miner sa crédibilité de manière attentatoire (et souvent inappropriée) (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 134, nº 122, 2e sess., 35e lég., 4 février 1997). Adopté en 1997, le régime de l'arrêt *Mills* est venu encadrer cette pratique. Les dispositions qui y correspondent sont reproduites en annexe. Selon le préambule de la loi qui crée le régime, l'idée maîtresse est la suivante :

> . . . si la communication de renseignements personnels au tribunal et à l'accusé peut être nécessaire à une défense pleine et entière de l'accusé, elle peut aussi constituer une atteinte au droit à la vie privée et à l'égalité de la personne qu'ils concernent et [. . .], de ce fait, la décision de l'accorder ne devrait être rendue qu'avec prudence,

(*Loi modifiant le Code criminel (communication de dossiers dans les cas d'infraction d'ordre sexuel)*, L.C. 1997, ch. 30)

2014 SCC 46 (CanLII)

The regime reflects Parliament's intention to accommodate and reconcile the right of the accused to make full answer and defence with the privacy and equality rights of complainants in sexual offence cases. In the words of Professor Lise Gotell, the regime was created in order to "to limit what it is that a woman/child complainant must be forced to reveal at trial as the price of her access to the criminal justice system" ("When Privacy is not Enough: Sexual Assault Complainants, Sexual History Evidence, and the Disclosure of Personal Records" (2006), 43 *Alta. L. Rev.* 743, at p. 745). That approach was upheld by this Court in *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, and its constitutionality is not challenged in this appeal.

Le régime traduit l'intention du législateur de concilier le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et les droits à l'égalité et à la vie privée du plaignant dans les affaires d'infraction à caractère sexuel. Pour reprendre les termes employés par la professeure Lise Gotell, le régime a vu le jour afin [TRADUCTION] « de limiter ce que le plaignant — femme ou enfant — doit être contraint de révéler au procès pour se prévaloir du système de justice pénale » (« When Privacy is not Enough : Sexual Assault Complainants, Sexual History Evidence, and the Disclosure of Personal Records » (2006), 43 *Alta. L. Rev.* 743, p. 745). Notre Cour confirme cette approche dans l'arrêt *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, et sa constitutionnalité n'est pas contestée dans le pourvoi.

[15] The *Mills* regime governs the disclosure of records containing private information of witnesses and complainants in certain sexual offence prosecutions (*Criminal Code*, 278.1 to 278.91). It establishes a two-part process through which accused persons may apply for disclosure of such records. First, a record — whether in the hands of the Crown, the police, or a third party (s. 278.2(2)) — will only be produced to the court where the trial judge is satisfied that the record is *likely* relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify, and that disclosure to the court is necessary in the interests of justice: s. 278.5. Second, after reviewing the record, the judge may only order disclosure to the accused if the record is likely relevant and disclosure is in the interests of justice: s. 278.7.

[15] Le régime de l'arrêt *Mills* régit la communication à l'accusé d'un dossier qui renferme des renseignements personnels sur un témoin ou sur le plaignant dans les instances relatives à certaines infractions d'ordre sexuel (*Code criminel*, art. 278.1 à 278.91). Il établit une démarche à deux volets. Premièrement, le dossier — qu'il soit en la possession du ministère public, de la police ou d'un tiers (par. 278.2(2)) — n'est communiqué au tribunal que si le juge du procès est convaincu qu'il est *vraisemblablement* pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner, et que si la communication du dossier sert les intérêts de la justice (art. 278.5). Deuxièmement, après examen du dossier, le juge n'ordonne sa communication à l'accusé que s'il est vraisemblablement pertinent et que sa communication sert les intérêts de la justice (art. 278.7).

[16] Once the Crown obtains a record and determines that it is covered by the *Mills* regime, it must give notice to the accused: *Criminal Code*, s. 278.2(3). While the Crown may not disclose the contents of the record, it should in appropriate circumstances give an assessment of the likely relevance of a record in its possession, as well as indicate the basis of its relevance. At a minimum, the Crown should advise if it intends to use any information contained in records protected by *Mills* as part of its case against an accused. The Crown's assessment that the record is relevant for a specific

[16] Lorsqu'il obtient un dossier puis détermine qu'il relève du régime de l'arrêt *Mills*, le ministère public doit en informer l'accusé (*Code criminel*, par. 278.2(3)). Bien qu'il ne puisse communiquer le contenu du dossier, il doit, lorsque les circonstances s'y prêtent, déterminer si le dossier qu'il a en sa possession est vraisemblablement pertinent ou non et, dans l'affirmative, indiquer ce en quoi il est pertinent. Il doit à tout le moins faire connaître son intention d'invoquer contre l'accusé des renseignements contenus dans un dossier relevant du régime de l'arrêt *Mills*. La conclusion du ministère

2014 SCC 46 (CanLII)

reason will likely establish a basis for the judge to order production to the court.

[17] The mere fact that a police occurrence report concerns a complainant or witness is not enough to make the report relevant to an otherwise unrelated prosecution. The *Mills* provisions echo this Court's frequent warnings against relying on myths and stereotypes about sexual assault complainants in assessing the relevance of evidence in the context of sexual assault trials. For example, the fact that a complainant has reported sexual violence in the recent or distant past, provides sexual services for money, or suffers from addiction is not, without more, enough to render a police occurrence report "relevant": see, e.g., *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777, at para. 82 (*per* McLachlin J., dissenting); *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at paras. 86-97 (*per* L'Heureux-Dubé J.); *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at pp. 670-72 (*per* Cory J.). However, occurrence reports which raise legitimate questions about the credibility of the complainant or a witness, or some other issue at trial, will be treated as relevant.

(3) The *McNeil* Duties and the *Mills* Notice Obligation

[18] The Crown's *McNeil* duty to make reasonable inquiries and the corresponding police duty to supply relevant information and evidence to the Crown apply notwithstanding the *Mills* regime. The *Mills* regime governs the *disclosure* of "records" in sexual offence trials, but does not displace the Crown's duty to make reasonable inquiries and *obtain* potentially relevant material (or the police duty to pass on material to the Crown) under *McNeil*. As an officer of the court and Minister of Justice, the Crown is duty-bound to seek justice, not convictions, and to avoid wrongful convictions, in the prosecutions of all offences, including sexual offences. The *Mills* regime simply replaces the

public selon laquelle le dossier est pertinent pour un motif précis servira vraisemblablement d'assise à la décision du juge d'ordonner sa communication au tribunal.

[17] Le simple fait que le rapport de police concerne un plaignant ou un témoin ne suffit pas à le rendre pertinent dans le cadre d'une poursuite par ailleurs sans lien. L'adoption des dispositions qui constituent le régime de l'arrêt *Mills* fait suite aux mises en garde répétées de notre Cour contre le recours à des mythes et à des stéréotypes sur les personnes qui portent plainte pour agression sexuelle lorsqu'il s'agit de statuer sur la pertinence d'un élément de preuve dans le cadre d'un procès pour agression sexuelle. Par exemple, le fait que le plaignant a signalé un acte de violence sexuelle dans un passé récent ou lointain, qu'il offre des services sexuels contre de l'argent ou qu'il souffre d'une dépendance ne suffit pas à lui seul à rendre un rapport de police « pertinent » (voir p. ex. *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777, par. 82 (la juge McLachlin, dissidente); *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 86-97 (la juge L'Heureux-Dubé); *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, p. 670-672 (le juge Cory)). Cependant, le rapport qui soulève des questions légitimes au sujet de la crédibilité du plaignant ou d'un témoin, ou quelque autre question au procès, est tenu pour pertinent.

(3) Les devoirs imposés par l'arrêt *McNeil* et l'obligation d'informer issue de l'arrêt *Mills*

[18] Malgré le régime de l'arrêt *Mills*, demeurent l'obligation que fait *McNeil* au ministère public d'effectuer des vérifications raisonnables ainsi que l'obligation correspondante de la police de transmettre au ministère public les renseignements et les éléments de preuve pertinents. Le régime s'applique à la *communication* d'un « dossier » dans le cadre d'un procès pour infraction d'ordre sexuel, mais il ne soustrait pas le ministère public à l'obligation de faire des vérifications raisonnables et d'*obtenir* les éléments susceptibles d'être pertinents (non plus que la police à l'obligation de transmettre les renseignements au ministère public) suivant l'arrêt *McNeil*. En qualité d'officier de justice et de

2014 SCC 46 (CanLII)

obligation to *produce* relevant records directly with an obligation to *give notice* of their existence: *Criminal Code*, s. 278.2(3).

ministre de la Justice, le ministère public doit rechercher l'accomplissement de la justice, et non l'obtention de déclarations de culpabilité, et il doit éviter les erreurs judiciaires dans toutes les poursuites, y compris celles pour infractions d'ordre sexuel. Le régime de l'arrêt *Mills* remplace simplement l'obligation de *communiquer* les dossiers pertinents par celle d'*informer* l'accusé de leur existence (*Code criminel*, par. 278.2(3)).

B. *Are Unrelated Police Occurrence Reports "Records"?*

B. *Un rapport de police sans lien avec l'affaire constitue-t-il un « dossier »?*

[19] The issue in this appeal is whether police occurrence reports prepared in the investigation of unrelated incidents involving a complainant or witness are "records" within the meaning of s. 278.1 of the *Criminal Code*, such that they are subject to the *Mills* regime. Section 278.1 defines "records" as follows:

278.1 For the purposes of sections 278.2 to 278.9, "record" means any form of record that contains personal information for which there is a reasonable expectation of privacy and includes, without limiting the generality of the foregoing, medical, psychiatric, therapeutic, counselling, education, employment, child welfare, adoption and social services records, personal journals and diaries, and records containing personal information the production or disclosure of which is protected by any other Act of Parliament or a provincial legislature, but does not include records made by persons responsible for the investigation or prosecution of the offence.

[19] La question en litige dans le pourvoi est celle de savoir si le rapport de police dressé dans le cadre de l'enquête relative à des incidents sans lien auxquels est mêlé le plaignant ou un témoin constitue un « dossier » au sens de l'art. 278.1 du *Code criminel* de sorte qu'il soit soumis au régime de l'arrêt *Mills*. Voici comment cet article définit le « dossier » :

278.1 Pour l'application des articles 278.2 à 278.9, « dossier » s'entend de toute forme de document contenant des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, notamment : le dossier médical, psychiatrique ou thérapeutique, le dossier tenu par les services d'aide à l'enfance, les services sociaux ou les services de consultation, le dossier relatif aux antécédents professionnels et à l'adoption, le journal intime et le document contenant des renseignements personnels et protégés par une autre loi fédérale ou une loi provinciale. N'est pas visé par la présente définition le dossier qui est produit par un responsable de l'enquête ou de la poursuite relativement à l'infraction qui fait l'objet de la procédure.

[20] The determination of whether a document counts as a "record" involves two inquiries. First, does the document contain personal information for which there is a reasonable expectation of privacy? Second, does it fall into the exemption for investigatory and prosecutorial documents? I consider these questions in turn.

[20] Déterminer si un document constitue un « dossier » appelle deux questions. Premièrement, le document contient-il des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée? Deuxièmement, tombe-t-il sous le coup de l'exception prévue à l'égard des dossiers d'enquête et de poursuite? J'examine ces questions à tour de rôle.

2014 SCC 46 (CanLII)

(1) Documents Attracting a Reasonable Expectation of Privacy

(a) *Section 278.1 Requires a Categorical Approach*

[21] Under the first step of the *Mills* regime, the trial judge makes a preliminary determination of whether a document is a "record" covered by the regime, without seeing the specific document. Only if the judge decides that the document is likely relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify and that production to the court is necessary in the interests of justice will the judge then have the opportunity to view and assess the particular document. Therefore, the judge will usually determine whether a record "contains personal information for which there is a reasonable expectation of privacy", on the basis of the *type* of document at issue.

[22] The definition of "record" is broad and non-exhaustive. Section 278.1 provides an illustrative list of some of the types of records that usually give rise to a reasonable expectation of privacy. However, documents that do not fall into the listed categories will still be covered by the *Mills* regime if they contain information that gives rise to a reasonable expectation of privacy.

[23] The question here is whether the trial judge committed a reversible error at the preliminary stage by holding that police occurrence reports relating to the complainant were "records" because they generally contain information that gives rise to a reasonable expectation of privacy. The Court of Appeal concluded that the trial judge erred because the definition of "record" under s. 278.1 contemplates the types of personal information disclosed in the context of a "trust-like, confidential or therapeutic relationship" and which an individual would "seek to withhold from the state" (paras. 32-33). In my view, such a restricted approach is not warranted. The trial judge was right to treat the reports as "records" under the *Mills* regime because

(1) Documents conférant une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée

a) *L'article 278.1 commande une approche fondée sur la nature du document*

[21] À la première étape de l'application du régime de l'arrêt *Mills*, le juge du procès décide à titre préliminaire si le document constitue un « dossier » auquel s'applique le régime, mais sans l'avoir sous les yeux. Ce n'est que s'il estime que le document est vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner et que sa communication sert les intérêts de la justice qu'il pourra l'examiner. Le juge détermine donc habituellement si un dossier « cont[ie]nt des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée » en fonction de la *nature* du document en cause.

[22] La définition de « dossier » est large et non exhaustive. L'article 278.1 énumère des exemples de dossiers qui confèrent habituellement une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée. Cependant, les documents qui ne sont pas visés par ces exemples relèvent tout de même du régime de l'arrêt *Mills* s'ils contiennent des renseignements qui confèrent une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée.

[23] Il nous faut décider en l'espèce si, à l'étape préliminaire, la juge du procès commet une erreur justifiant l'annulation de sa décision lorsqu'elle conclut que le rapport de police ayant trait au plaignant constitue un « dossier » parce qu'il contient généralement des renseignements qui confèrent une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée. La Cour d'appel conclut que la juge fait erreur, car selon la définition qui figure à l'art. 278.1, le « dossier » vise les renseignements personnels communiqués dans le cadre d'une [TRADUCTION] « relation confidentielle, thérapeutique ou fondée sur la confiance » et que l'intéressé « ne voudrait pas révéler à l'État » (par. 32-33). À mon sens, une interprétation aussi stricte n'est pas

2014 SCC 46 (CanLII)

the reports generally contain information in which there is a reasonable expectation of privacy.

(b) *Reasonable Expectation of Privacy*

[24] In order for a document to constitute a "record" and therefore fall within the *Mills* regime it must be a "record that contains personal information for which there is a reasonable expectation of privacy": s. 278.1.

[25] The appellant submits that police occurrence reports will often contain deeply personal and potentially embarrassing information, and that witnesses and complainants retain a privacy interest in the reports. The subject of an occurrence report will not expect the report to be disclosed to impeach his or her credibility in an unrelated case.

[26] The respondent agrees with the Court of Appeal that police occurrence reports do not "implicate the types of privacy interests envisioned in s. 278.1 or in *Mills*" (R.F., at para. 58, citing Court of Appeal reasons, at para. 41). The Court of Appeal observed that the complainant cannot have a subjective expectation of privacy in previous complaints to police: she will know, at the time of making a complaint to police, that the information she discloses will end up in a public trial. Moreover, the victim of an attack does not speak to police in the context of a trust-like, confidential, or therapeutic relationship.

(i) General Principles

[27] The assessment of whether there is a reasonable expectation of privacy for purposes of s. 278.1 of the *Criminal Code* draws on the jurisprudence applying s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: see *Mills*, at para. 99. That

justifiée. La juge du procès a raison de voir dans le rapport de police un « dossier » emportant l'application du régime de l'arrêt *Mills*, car le rapport contient généralement des renseignements pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée.

b) *Attente raisonnable en matière de protection de la vie privée*

[24] Pour qu'un document constitue un « dossier » et relève du régime de l'arrêt *Mills*, il doit s'agir d'un « document contenant des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée » (art. 278.1).

[25] L'appelant soutient qu'un rapport de police renferme souvent des renseignements extrêmement personnels et susceptibles d'être embarrassants, et que le témoin ou le plaignant conserve son droit à la vie privée en liaison avec un tel document. La personne concernée par un rapport ne s'attend pas à ce qu'il soit communiqué et serve à miner sa crédibilité dans une autre affaire.

[26] L'intimé convient avec la Cour d'appel que le rapport ne [TRADUCTION] « met pas en jeu un droit à la vie privée de la nature de ceux envisagés à l'art. 278.1 ou dans l'arrêt *Mills* » (m.i., par. 58, citant les motifs de la Cour d'appel, par. 41). La Cour d'appel fait remarquer que la plaignante ne peut avoir d'attente subjective en matière de protection de la vie privée à l'égard de plaintes antérieures; elle sait, au moment où elle porte plainte à la police, que les renseignements qu'elle donne seront révélés lors du procès. En outre, la victime d'une agression ne s'adresse pas à la police dans le contexte d'une relation confidentielle, thérapeutique ou fondée sur la confiance.

(i) Principes généraux

[27] L'examen qui vise à déterminer s'il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée aux fins de l'art. 278.1 du *Code criminel* prend appui sur la jurisprudence relative à l'application de l'art. 8 de la *Charte canadienne*

2014 SCC 46 (CanLII)

jurisprudence establishes that expectations of privacy must be assessed in light of the "totality of the circumstances" (*R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579, at para. 26; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 45; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 19). The circumstances (or nature of the relationship) in which information is shared are not determinative: the reasonable expectation of privacy is not limited to trust-like, confidential, or therapeutic relationships.

[28] Unlike much of the jurisprudence under s. 8 of the *Charter*, the analysis of the reasonable expectation of privacy in this case does not concern the right to be free from unreasonable intrusion by the state. Rather, the question is whether it is reasonable to expect that the state will keep information that it has legitimately acquired private from *other* private individuals.

[29] A reasonable expectation of privacy is not an all or nothing concept: *Mills*, at para. 108. A person may have a reasonable expectation that the state will not have access to her hotel room, even if she fully expects hotel staff to enter the premises: *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631, at para. 22, discussing *R. v. Dinh*, 2001 ABPC 48, 42 C.R. (5th) 318. Equally, a person may divulge information to an individual or an organization with the expectation that it be used only for a specific purpose: *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 429-30. The same principle applies to disclosure to the police.

[30] In this case, the question is whether the subjects of police occurrence reports could reasonably expect the police to safeguard their private information, unless and until disclosure is justified. After describing the information contained in the reports, I will discuss the privacy interests engaged by that information. Finally, I will address the implications arising from the fact that the reports are in the hands of police.

des droits et libertés (voir *Mills*, par. 99). Selon cette jurisprudence, l'existence d'une telle attente s'établit en fonction de « l'ensemble des circonstances » (*R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579, par. 26; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, par. 45; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 19). Les circonstances dans lesquelles l'information est partagée ne sont pas décisives, non plus que la nature de la relation entre les intéressés : ce ne sont pas que les relations confidentielles, thérapeutiques ou fondées sur la confiance qui confèrent une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée.

[28] Contrairement à celle qui sous-tend bon nombre des arrêts de jurisprudence relatifs à l'application de l'art. 8 de la *Charte*, l'analyse de l'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée ne vise pas en l'espèce le droit d'être protégé contre une atteinte abusive de la part de l'État. La question est plutôt de savoir s'il est raisonnable de s'attendre à ce que celui-ci s'abstienne de communiquer à d'*autres* particuliers des renseignements qu'il a légitimement obtenus.

[29] L'existence ou l'inexistence d'une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée n'est pas absolue (*Mills*, par. 108). Une personne peut s'attendre raisonnablement à ce que l'État n'entre pas dans sa chambre d'hôtel, alors qu'elle sait bien que le personnel de l'hôtel y pénétrera (*R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631, par. 22, où la Cour examine *R. c. Dinh*, 2001 ABPC 48, 42 C.R. (5th) 318). De même, une personne peut donner des renseignements à une autre personne ou à une organisation en pensant qu'ils ne seront utilisés qu'à une fin précise (*R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 429-430). Il en va de même des renseignements fournis aux policiers.

[30] Il nous faut en l'espèce décider si une personne visée par un rapport de police peut raisonnablement s'attendre à ce que la police protège ses renseignements personnels, sauf si cette dernière est justifiée de les communiquer. Après la teneur du rapport, je me penche ci-après sur le droit à la vie privée que mettent en jeu ces renseignements. J'examinerai ensuite, en dernier lieu, les conséquences de la possession du rapport par la police.

2014 SCC 46 (CanLII)

(ii) The Information in Police Occurrence Reports

[31] Police occurrence reports contain information disclosed to police by the persons concerned, by third parties, or obtained by police through search, seizure, surveillance, or information sharing.

[32] This Court observed in *McNeil*, at para. 19:

> Criminal investigative files may contain highly sensitive material including: outlines of unproven allegations; statements of complainants or witnesses — at times concerning very personal matters . . . .

[33] Police occurrence reports may reveal family status, health information (including statements concerning mental health or the use of drugs and alcohol), and details about housing and employment. They may reveal personal conflicts or details about relationships between individuals. See P. C. Keen, "*Gebrekirstos*: Fallout from *Quesnelle*" (2013), 4 C.R. (7th) 56, at pp. 60-61. Moreover, they very often reveal the extent of an individual's engagement with the criminal justice system. Most significantly, they can reveal previous instances where the witness or complainant has been the victim of criminal activity, including previous sexual assaults.

(iii) The Price of Disclosure

[34] The disclosure of the information described above engages complainants' and witnesses' "[i]nformational privacy", "the claim of individuals, groups, or institutions to determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others" (*Tessling*, at para. 23, quoting A. F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), at p. 7). As L'Heureux-Dubé J. observed in *O'Connor*, at para. 119:

(ii) Les renseignements contenus dans le rapport de police

[31] Le rapport de police consigne les renseignements fournis aux policiers par la personne concernée ou par un tiers, ou ceux obtenus au moyen d'une fouille, d'une perquisition, d'une saisie, d'une opération de surveillance ou d'un échange de renseignements.

[32] Dans *McNeil*, la Cour fait remarquer ce qui suit au par. 19 :

> En effet, les dossiers d'enquête criminelle peuvent contenir des renseignements de nature très délicate tels que des exposés sur des allégations dont le bien-fondé n'a pas été établi, des déclarations de plaignants ou de témoins — parfois à propos de questions très personnelles . . .

[33] Un rapport de police peut révéler l'état matrimonial d'une personne, des renseignements médicaux à son sujet (y compris des déclarations sur sa santé mentale ou sa consommation de drogues ou d'alcool), ainsi que des précisions sur son logement et son emploi. Il peut faire état de conflits personnels ou donner des précisions sur les liens qui unissent des particuliers. Voir P. C. Keen, « *Gebrekirstos* : Fallout from *Quesnelle* » (2013), 4 C.R. (7th) 56, p. 60-61. De plus, il dévoile bien souvent les démêlés de l'intéressé avec le système de justice criminelle. Mais surtout, il peut révéler l'existence d'incidents antérieurs où le témoin ou le plaignant a été victime d'un acte criminel, y compris une agression sexuelle.

(iii) Le prix de la communication

[34] La communication de telles données met en jeu le [TRADUCTION] « droit au respect du caractère privé des renseignements personnels » des plaignants et des témoins, soit [TRADUCTION] « le droit revendiqué par des particuliers, des groupes ou des institutions de déterminer eux-mêmes le moment, la manière et la mesure dans lesquels des renseignements les concernant sont communiqués » (*Tessling*, par. 23, citant A. F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), p. 7). Comme le fait observer la juge L'Heureux-Dubé dans *O'Connor*, par. 119 :

2014 SCC 46 (CanLII)

Although it may appear trite to say so, I underline that when a private document or record is revealed and the reasonable expectation of privacy therein is thereby displaced, the invasion is not with respect to the particular document or record in question. Rather, it is an invasion of the dignity and self-worth of the individual, who enjoys the right to privacy as an essential aspect of his or her liberty in a free and democratic society.

Quoiqu'il puisse paraître banal de le dire, je souligne que, lorsqu'un document ou un dossier privé est communiqué, écartant ainsi l'attente raisonnable relativement à son caractère privé, l'intrusion ne se rapporte pas au document ou au dossier particulier en question. Il s'agit plutôt d'une atteinte à la dignité et à la valeur personnelle de l'individu, qui jouit du droit à la protection de sa vie privée, aspect essentiel de sa liberté dans une société libre et démocratique.

The disclosure of police occurrence reports that contain intimate personal information — such as details of previous allegations of sexual assault — may do particularly serious violence to the dignity and self-worth of an affected person.

La communication d'un rapport contenant des renseignements intimes et personnels, telles des précisions sur des allégations antérieures d'agression sexuelle, est particulièrement susceptible de porter gravement atteinte à la dignité et à la valeur personnelle de l'intéressé.

[35] The *Mills* regime regulates disclosure in the context of a criminal trial: information that is disclosed will often be exposed in court. Significantly, even where the information is not used in the trial, it will certainly be seen by the accused, who will often be known to the affected person, and whose use of the information is not subject to the legal oversight of the *Charter* or privacy legislation that applies when such information is given to law enforcement. Consequently, disclosure may involve a more serious violation of the complainant's dignity than disclosure to the state.

[35] Le régime de l'arrêt *Mills* encadre la communication dans le contexte d'un procès au pénal : les renseignements communiqués seront souvent exposés devant le tribunal. Il importe de signaler que même les données qui ne sont pas utilisées au procès sont certainement portées à la connaissance de l'accusé, qui est souvent une personne que connaît l'intéressé et qui, lorsqu'il utilise ces renseignements, n'est assujetti ni à la *Charte*, ni aux règles d'une loi sur la protection de la vie privée applicables à la transmission de tels renseignements aux autorités chargées de l'application de la loi. Cette communication peut donc porter plus gravement atteinte à la dignité du plaignant que la communication de renseignements à l'État.

[36] There are tangible harms associated with disclosure of personal information in the context of prosecutions for sexual offences, particularly when information about the complainant is disclosed to the person accused of sexually assaulting her. In the preamble to the legislation enacting the *Mills* regime, Parliament recognized "that the compelled production of personal information may deter complainants of sexual offences from reporting the offence to the police". Victims of sexual offences will be less likely to come forward if they know that doing so will entail disclosure of their past interactions with police to the very person who they claim has wronged them.

[36] Certains préjudices tangibles sont associés à la communication de renseignements personnels dans le cadre d'une poursuite pour infraction d'ordre sexuel, surtout lorsque les renseignements sur le plaignant sont communiqués à la personne accusée de l'avoir agressé. Dans le préambule de la loi qui crée le régime de l'arrêt *Mills*, le législateur reconnaît « que l'obligation de communiquer des renseignements personnels peut avoir un effet dissuasif sur la dénonciation d'agressions sexuelles ». Les victimes d'agressions sexuelles qui sauront que, si elles portent plainte, leurs démêlés antérieurs avec la police seront communiqués à la personne accusée de les avoir agressées seront moins susceptibles de dénoncer leur agresseur.

2014 SCC 46 (CanLII)

(iv) The Effect of Third Party Disclosure on Expectations of Privacy

[37] It bears repeating that privacy is not an all or nothing concept; rather, "[p]rivacy interests in modern society include the reasonable expectation that private information will remain confidential to the persons to whom and restricted to the purposes for which it was divulged" (*Mills*, at para. 108). Consequently, the fact that information about a person has been disclosed to a third party does not destroy that person's privacy interests. Because the contents of occurrence reports will be disclosed under *certain* circumstances does not mean that there is not a reasonable expectation of privacy in those records.

[38] The Court of Appeal erred in concluding that the complainant could not have a reasonable expectation of privacy because the information was disclosed outside the context of a "trust-like, confidential or therapeutic relationship". While such relationships may give rise to heightened privacy interests, their absence is not dispositive. Whether a person is entitled to expect that their information will be kept private is a contextual inquiry.

[39] Where an individual voluntarily discloses sensitive information to police, or where police uncover such information in the course of an investigation, it is reasonable to expect that the information will be used for the purpose for which it was obtained: the investigation and prosecution of a particular crime. Similarly, it is reasonable to expect individual police officers to share lawfully gathered information with other law enforcement officials, provided the use is consistent with the purposes for which it was gathered.

[40] However, when the government divulges sensitive information to private individuals this may

(iv) Les conséquences de la communication de renseignements à un tiers sur l'attente en matière de protection de la vie privée

[37] Il convient de rappeler que le droit à la vie privée n'est pas un droit de nature absolue. « Dans une société moderne, le droit à la protection de la vie privée comporte l'attente raisonnable que les renseignements privés ne resteront connus que des personnes à qui ils ont été divulgués et qu'ils ne seront utilisés que dans le but pour lequel ils ont été divulgués » (*Mills*, par. 108). Par conséquent, la communication à un tiers de renseignements sur une personne ne supprime pas le droit au respect de la vie privée de celle-ci. La communication du contenu d'un rapport de police dans *certaines* circonstances n'écarte pas l'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée que confère ce document.

[38] La Cour d'appel a tort de conclure que la plaignante ne pouvait avoir d'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée parce que les renseignements n'ont pas été communiqués dans le contexte d'une [TRADUCTION] « relation confidentielle, thérapeutique ou fondée sur la confiance ». L'existence d'une telle relation peut certes accroître la portée du droit à la protection de la vie privée, mais son inexistence n'est pas décisive. L'analyse qui permet de déterminer si une personne est en droit de s'attendre à ce que des renseignements la concernant demeurent privés est de nature contextuelle.

[39] Lorsqu'un particulier communique de son gré des renseignements délicats à la police ou que celle-ci les découvre au cours d'une enquête, il est raisonnable qu'il s'attende à ce que les renseignements servent dans le but pour lequel ils ont été obtenus, à savoir l'enquête et la poursuite relatives à un acte criminel. De même, il est raisonnable qu'il s'attende à ce que les policiers partagent des renseignements légalement obtenus avec d'autres responsables de l'application de la loi, à condition que leur utilisation soit compatible avec les fins de leur obtention.

[40] Cependant, l'État qui communique des renseignements délicats à un particulier peut porter

2014 SCC 46 (CanLII)

violate reasonable expectations of privacy. For example, if police were to publicly broadcast a wiretap recording this would clearly constitute an interference with privacy (see *Escher v. Brazil*, Inter-American Court of Human Rights, judgment of July 6, 2009, series C, No. 200, at paras. 157-58) as well as a violation of s. 193(1) of the *Criminal Code*. To indiscriminately publicize the contents of police occurrence reports would result in similar interference.

[41] That is not to say that all disclosures of personal information by the police unreasonably intrude upon privacy. Where private information becomes part of a criminal case, the disclosure of that information to the court, the accused, and to the public is reasonable and unavoidable. For example, police occurrence reports made in the course of the investigation of the offence being prosecuted must be disclosed under *Stinchcombe*.

[42] But what of police occurrence reports that were made in connection with separate incidents, rather than as part of the investigation into the offence being prosecuted? There will certainly be times when the disclosure of such records is necessary to ensure a fair trial. Consequently, the *Mills* regime gives trial judges the power to disclose records under such circumstances. The judge must balance the privacy of complainants and witnesses against ensuring the disclosure necessary to make full answer and defence. However, the fact that a record might be disclosed under appropriate circumstances does not nullify the expectation of privacy in that record in general.

[43] People provide information to police in order to protect themselves and others. They are entitled to do so with confidence that the police will only disclose it for good reason. The fact that the information is in the hands of the police should not nullify their interest in keeping that information private from other individuals.

atteinte à l'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée. Par exemple, il y aurait manifestement atteinte à la vie privée si la police diffusait publiquement l'enregistrement d'une conversation par suite d'écoute électronique (voir *Escher c. Brazil*, Cour interaméricaine des Droits de l'Homme, jugement du 6 juillet 2009, série C, nº 200, par. 157-158), ainsi que violation du par. 193(1) du *Code criminel*. Publier indistinctement les données contenues dans un rapport de police entraînerait une atteinte semblable.

[41] Néanmoins, la police ne porte pas déraisonnablement atteinte au droit à la vie privée chaque fois qu'elle communique des renseignements personnels. La communication au tribunal, à l'accusé et au public des renseignements personnels qui sont versés au dossier d'une instance criminelle est à la fois raisonnable et inévitable. Par exemple, le rapport de police dressé lors de l'enquête sur l'infraction qui fait l'objet de la procédure doit être communiqué suivant les règles de l'arrêt *Stinchcombe*.

[42] Mais qu'en est-il du rapport de police dressé relativement à un incident distinct, et non dans le cadre de l'enquête sur l'infraction qui fait l'objet de la procédure? Il peut certainement arriver que sa communication soit nécessaire à l'équité du procès. Dans ce cas, le régime de l'arrêt *Mills* confère donc au juge du procès le pouvoir de le communiquer. Le juge doit alors mettre en balance le droit du plaignant ou du témoin à sa vie privée avec la nécessité de la communication pour la défense pleine et entière de l'accusé. Le fait qu'un dossier puisse être communiqué lorsque les circonstances le justifient ne fait toutefois pas disparaître l'attente en matière de protection de la vie privée qui s'y rattache généralement.

[43] Les gens fournissent des renseignements à la police dans le but d'assurer leur propre protection et celle d'autrui. Ils sont en droit de s'attendre à ce que la police ne les communique que pour un motif valable. La possession des renseignements par la police ne saurait écarter le droit à ce que leur confidentialité soit assurée.

2014 SCC 46 (CanLII)

(c) *Conclusion on Reasonable Expectation of Privacy*

[44] Fundamentally, the privacy analysis turns on a normative question of whether we, as a society, should expect that police occurrence reports will be kept private. Given the sensitive nature of the information frequently contained in such reports, and the impact that their disclosure can have on the privacy interests of complainants and witnesses, it seems to me that there will generally be a reasonable expectation of privacy in police occurrence reports.

(d) *Personal Information Protected by Legislation*

[45] The appellant Crown submits that police occurrence reports are "records containing personal information the production or disclosure of which is protected by any other Act of Parliament or a provincial legislature" and are therefore "records" for purposes of s. 278.1. The trial judge held that police occurrence reports "contain personal information protected by provincial legislation" (2009 CanLII 73645, at para. 18). Given my conclusion that such reports contain information in which there is a reasonable expectation of privacy, it is unnecessary to decide whether they are protected by the *Municipal Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. M.56.

(2) The Exemption for Investigatory and Prosecutorial Records

[46] Even records that give rise to a reasonable expectation of privacy are not covered by the *Mills* regime if they fall into the exemption contained in s. 278.1:

278.1 . . . "record" . . . does not include records made by persons responsible for the investigation or prosecution of the offence.

278.1 . . . N'est pas visé par la présente définition le dossier qui est produit par un responsable de l'enquête ou de la poursuite relativement à l'infraction qui fait l'objet de la procédure.

c) *Conclusion sur l'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée*

[44] Fondamentalement, l'analyse relative à la protection de la vie privée se ramène à une question normative : devons-nous, en tant que société, nous attendre à ce qu'un rapport de police demeure confidentiel? Vu la nature délicate des renseignements souvent contenus dans ce document et les conséquences que peut avoir leur communication sur le droit du plaignant ou du témoin à la vie privée, le rapport me paraît conférer généralement une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée.

d) *Renseignements personnels protégés par la loi*

[45] Le ministère public appelant prétend qu'un rapport de police constitue un « document contenant des renseignements personnels et protégés par une autre loi fédérale ou une loi provinciale » et qu'il s'agit donc d'un « dossier » au sens de l'art. 278.1. La juge du procès conclut que le rapport [TRADUCTION] « renferme des renseignements personnels protégés par une loi provinciale » (2009 CanLII 73645, par. 18). Vu ma conclusion selon laquelle ce document renferme des renseignements pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, il est inutile de décider s'il bénéficie de la protection de la *Loi sur l'accès à l'information municipale et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. M.56.

(2) L'exception prévue pour les dossiers d'enquête et de poursuite

[46] Même le dossier qui justifie une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée n'est pas assujetti au régime de l'arrêt *Mills* s'il est visé par l'exception prévue à l'art. 278.1 :

278.1 . . . N'est pas visé par la présente définition le dossier qui est produit par un responsable de l'enquête ou de la poursuite relativement à l'infraction qui fait l'objet de la procédure

278.1 . . . "record" . . . does not include records made by persons responsible for the investigation or prosecution of the offence.

2014 SCC 46 (CanLII)

[47] The trial judge held that the exemption applies only to records made in relation to the offence in question, and not to police occurrence reports made in the course of unrelated investigations. Other courts have generally reached the same conclusion: see, e.g., *R. v. Fiddler*, 2012 ONSC 2539, 258 C.R.R. (2d) 193, at paras. 36-38; *R. v. McAdam* (2008), 172 C.R.R. (2d) 27 (Ont. S.C.J.).

[48] The Court of Appeal, however, held that the exemption applies to all records made by the responsible police force, whether or not they were made in relation to the offence at issue. The Court of Appeal relied on the plain wording of the English version of the provision, the view that such records are unlikely to engage privacy interests, and this Court's description of the exemption, in *Mills*, as "excluding investigatory or prosecutorial records" (para. 39, citing *Mills*, at para. 50).

[49] With respect, I do not agree with the Court of Appeal's interpretation of the exception. In light of the text of the provision in both languages, as well as its purpose, context, and the consequences of the Court of Appeal's interpretation, I conclude that the trial judge correctly interpreted the exemption to exclude only those records made in relation to the offence at issue.

(a) *The Text of the Provision*

[50] The trial judge reasoned that "[t]he words 'records made by persons responsible for the investigation or prosecution of the offence' must be limited by 'the' offence", encompassing only records made in relation to the offence at issue (2009 CanLII 73645, at para. 20). The Court of Appeal, on the other hand, emphasized that the exemption refers only to the creators of the records — the police and prosecution services — not to the purpose for which they are made. In my view the English text, read in isolation, could bear both meanings.

[51] However, the French "*le dossier qui est produit par un responsable de l'enquête ou de la poursuite relativement à l'infraction qui fait l'objet*

[47] La juge du procès conclut que l'exception s'applique seulement aux dossiers établis relativement à l'infraction en cause, et non aux rapports rédigés dans le cadre d'autres enquêtes. D'autres tribunaux arrivent généralement à la même conclusion (voir p. ex. *R. c. Fiddler*, 2012 ONSC 2539, 258 C.R.R. (2d) 193, par. 36-38; *R. c. McAdam* (2008), 172 C.R.R. (2d) 27 (C.S.J. Ont.)).

[48] La Cour d'appel conclut toutefois que l'exception vaut pour tous les dossiers produits par le service de police responsable, qu'ils se rapportent ou non à l'infraction en cause. Elle invoque à l'appui le libellé clair de la version anglaise de la disposition, l'improbabilité que ces dossiers mettent en jeu un droit à la vie privée et la définition de l'exception qu'elle reprend de l'arrêt *Mills* — « à l'exclusion des dossiers d'enquête et ceux de la poursuite » (par. 39, citant *Mills*, par. 50).

[49] En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec cette interprétation de l'exception. Au vu du libellé de la disposition dans les deux langues, ainsi que de son objet, de son contexte et des conséquences de l'interprétation de la Cour d'appel, j'estime que la juge du procès conclut à juste titre que l'exception exclut seulement les dossiers produits relativement à l'infraction considérée.

a) *Le libellé de la disposition*

[50] La juge du procès explique que [TRADUCTION] « [l]a portée de l'énoncé "*records made by persons responsible for the investigation or prosecution of the offence*" est restreinte par l'emploi des mots "*the*" *offence* », de sorte que seuls sont visés les dossiers produits relativement à l'infraction en cause (2009 CanLII 73645, par. 20). En revanche, la Cour d'appel souligne que l'application de l'exception à un dossier dépend de la personne qui le produit — la police et le service des poursuites —, et non de la raison pour laquelle il est produit. À mon avis, considérée isolément, la version anglaise peut s'entendre des deux.

[51] Or, le libellé français — « le dossier qui est produit par un responsable de l'enquête ou de la poursuite relativement à l'infraction qui fait l'objet

2014 SCC 46 (CanLII)

de la procédure" can only mean that the exemption applies to records made by police or prosecutors *in relation to* the offences at issue.

[52] The Court of Appeal did not address the French version of the provision, because the Crown's position in that court was that the French text was amenable to both interpretations. Before this Court, the Crown resiled from that position. Because the word "*relativement*" is an adverb, the expression "*relativement à l'infraction qui fait l'objet de la procédure*" must modify the expression "*qui est produit*". The word "*relativement*" cannot modify the nouns "*enquête*" or "*poursuite*". If the last clause of the exemption were intended to apply to "*enquête*" and "*poursuite*", the grammatically correct phrase would be "*de l'enquête ou de la poursuite relative à l'infraction qui fait l'objet de la procédure*".

[53] Section 133 of the *Constitution Act, 1867* establishes that Parliament enacts legislation in both French and English. This "means that both language versions of a bilingual statute or regulation are official, original and authoritative expressions of the law" (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 95). It is a rule of statutory interpretation that where the version in one language can bear two meanings, only one of which is consistent with the version in the other language, the shared meaning governs: *R. v. Daoust*, 2004 SCC 6, [2004] 1 S.C.R. 217, at para. 28.

(b) *The Purpose of the Exemption in Section 278.1*

[54] The *Mills* regime serves two goals: first, the regime protects the privacy of complainants and witnesses, and second, it preserves the fair trial rights of the accused.

[55] The definition of "record" in s. 278.1 serves a gatekeeping function within the regime. The reasonable expectation of privacy test sweeps in records that merit the protection afforded by the *Mills* regime. The exemption further contributes to the gatekeeping role of the section by bypassing

de la procédure » — ne peut faire bénéficier de l'exception que le dossier produit par la police ou par le poursuivant *relativement à* l'infraction en cause.

[52] La Cour d'appel ne s'est pas penchée sur la version française de la disposition parce que le ministère public a soutenu devant elle que la version française se prêtait aux deux interprétations. Le ministère public rompt aujourd'hui avec cette position. Étant donné la nature adverbiale du mot « relativement », l'énoncé « relativement à l'infraction qui fait l'objet de la procédure » se rattache nécessairement au groupe « qui est produit ». L'adverbe « relativement » ne peut se rapporter aux substantifs « enquête » ou « poursuite ». Si la dernière partie du texte établissant l'exception devait s'appliquer à l'« enquête » et à la « poursuite », la formulation correcte du point de vue grammatical serait « de l'enquête ou de la poursuite *relative* à l'infraction qui fait l'objet de la procédure ».

[53] Selon l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le législateur adopte les lois en français et en anglais, de sorte que [TRADUCTION] « les versions dans l'une et l'autre langues d'une loi ou d'un règlement bilingue sont officielles et originales et font foi du droit applicable » (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5e éd. 2008), p. 95). Une règle d'interprétation législative veut que lorsque l'une des deux versions peut avoir deux sens dont un seul correspond à celui de l'autre version, il convient de retenir le sens commun (*R. c. Daoust*, 2004 CSC 6, [2004] 1 R.C.S. 217, par. 28).

b) *L'objet de l'exception prévue à l'article 278.1*

[54] Le régime de l'arrêt *Mills* a deux objectifs : d'abord, protéger la vie privée du plaignant ou du témoin et, ensuite, garantir le droit de l'accusé à un procès équitable.

[55] La définition du mot « dossier » à l'art. 278.1 balise l'application du régime. Le critère de l'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée assimile à un dossier tout document qui justifie la protection offerte par le régime de l'arrêt *Mills*. L'exception ajoute à ce balisage en passant outre

2014 SCC 46 (CanLII)

the balancing process for records that Parliament recognized should always be produced.

[56] Records created in the investigation of the offence are presumptively relevant to an issue at trial and it is in the interests of justice for the case against the accused to be disclosed to the defence. There is no need to consider such records under the second step of *Mills* because they will always be produced anyway — the exemption is eminently logical. However, for records unrelated to the offence at issue, the balancing exercise will often have important work to do. The rationale for the exemption does not apply, and to bypass the balancing process on the grounds that the document was made by the same police force that investigated the claim would not accord with the goals of the scheme.

(c) *Incongruous Consequences of a Broad Exemption*

[57] If the s. 278.1 exemption excluded all documents made by the police force and prosecution agency — even those unrelated to the offence — the consequences would be illogical. This would mean that unrelated police occurrence reports would be treated differently depending on whether they were made by members of the investigating police force or members of a different police force. If Parliament wanted to exempt unrelated police and prosecution documents from the *Mills* regime, it is hard to see why it would have excluded only those documents made by some police departments and not others.

[58] This would mean that an accused whose case was investigated by a large police force would be more likely to get easy access to occurrence reports than if the case was investigated by a small force. For example, where the RCMP is involved in an investigation, the Court of Appeal's interpretation of the

à la mise en balance applicable aux dossiers dont le législateur reconnaît qu'ils doivent toujours être communiqués.

[56] On présume que le dossier constitué dans le cadre de l'enquête sur l'infraction se rapporte à une question en litige au procès et qu'il est dans l'intérêt de la justice que la preuve dont dispose la poursuite contre l'accusé soit communiquée à la défense. Il n'y a pas lieu d'examiner ce dossier à la deuxième étape de la démarche établie par l'arrêt *Mills* puisqu'il doit être communiqué de toute façon; l'application de l'exception est éminemment logique. Cependant, en ce qui concerne les dossiers qui sont sans lien avec l'infraction en cause, la mise en balance sera souvent déterminante. La raison d'être de l'exception ne vaut pas, et il serait contraire aux objectifs du régime de contourner cette pondération pour le seul motif que le document a été produit par le même service de police que celui qui a enquêté sur la plainte.

c) *Conséquences absurdes d'une interprétation large de l'exception*

[57] Si l'exception prévue à l'art. 278.1 soustrayait à l'application du régime *Mills* tous les documents produits par la police et le service des poursuites — même ceux qui ne sont pas liés à l'infraction —, il en résulterait des conséquences illogiques. En effet, les rapports de police sans lien avec l'affaire seraient considérés différemment selon qu'ils ont été produits par le service de police responsable de l'enquête ou par un autre service de police. Si le législateur a voulu soustraire à l'application du régime de l'arrêt *Mills* les dossiers de police et de poursuite sans lien avec l'affaire, on comprend mal qu'il ait seulement exclu les documents produits par certains services de police et pas ceux produits par d'autres.

[58] Ainsi, un accusé aurait plus facilement accès à un rapport de police lorsque l'enquête a été menée par un service de police aux attributions importantes plutôt que par un service de police aux attributions plus modestes. Par exemple, lorsque la GRC participe à une enquête, le rapport qu'elle

2014 SCC 46 (CanLII)

exemption would waive the *Mills* regime for RCMP occurrence reports from across the country.

(d) *Application of the Exemption to Other Third Party Documents in the Investigative File*

[59] I would reject the submission of the intervener the Attorney General of Alberta that all documents in the investigative file — all of the fruits of the investigation — are covered by the exemption. This point was not addressed in the courts below, and was raised only at oral argument.

[60] The English and French versions of the provision, considered in isolation, provide some support for the intervener's position. The terms "record" and "*dossier*" can refer to individual documents or to collections of documents such as case files. Consequently, on a purely textual basis, one might think that the exemption covers the investigative "record" in its entirety, as opposed to only individual "records".

[61] However, the scheme and purpose of the regime run counter to such an interpretation. Section 278.2(2) of the *Criminal Code* provides that the *Mills* regime applies to records "in the possession or control of any person, including the prosecutor in the proceedings". Hence the *Mills* regime operates in part as an exception to the Crown's obligation to produce the fruits of the investigation.[1] If the exemption captured all documents in the investigative file — all the fruits of the investigation — the *Mills* regime would not perform this function or protect privacy interests the regime was meant to serve. The fact that documents in the investigative file may generally be presumed to be relevant does not mean that the privacy value of those documents will always be outweighed. For example, where police obtain a highly sensitive therapeutic record without waiver, to exclude the record from the

1 The legislative history of the *Mills* regime further confirms that it was intended to apply to third party records in the hands of the police or the Crown: see, e.g., *House of Commons Debates*, vol. 134, No. 122, 2nd Sess., 35th Parl., February 4, 1997, at p. 7664 (Gordon Kirkby); *House of Commons Debates*, vol. 134, No. 150, 2nd Sess., 35th Parl., April 7, 1997, at pp. 9361-62 (Shaughnessy Cohen).

rédige où que ce soit au pays échapperait au régime de l'arrêt *Mills*, selon l'interprétation de l'exception par la Cour d'appel.

d) *Application de l'exception aux autres documents de tiers versés au dossier d'enquête*

[59] Je rejette la thèse du procureur général de l'Alberta voulant que tous les documents versés au dossier d'enquête — la totalité des fruits de l'enquête — soient visés par l'exception. Ce point n'a pas été abordé devant les tribunaux inférieurs, et il n'a été soulevé qu'en plaidoirie devant notre Cour.

[60] Interprétées isolément, les versions française et anglaise de la disposition appuient dans une certaine mesure la thèse de l'intervenant. Les mots « dossier » et « *record* » peuvent renvoyer à un document individuel ou à un ensemble de documents, comme le dossier de l'enquêteur. Par conséquent, selon une interprétation purement textuelle, on pourrait penser que l'exception s'applique au « dossier » d'enquête dans sa totalité, et non aux « documents » individuels.

[61] L'économie du régime et son objet vont toutefois à l'encontre d'une telle interprétation. Le paragraphe 278.2(2) du *Code criminel* dispose que le régime de l'arrêt *Mills* s'applique aux dossiers qui sont « en la possession ou sous le contrôle du poursuivant ». Ainsi, le régime s'applique en partie de manière à soustraire le ministère public à son obligation de produire les fruits de l'enquête[1]. Si l'exception visait tous les documents que contient le dossier d'enquête, soit tous les fruits de l'enquête, le régime de l'arrêt *Mills* n'aurait pas cet effet et il ne protégerait pas le droit à la vie privée comme il est censé le faire. Même si les documents versés au dossier d'enquête peuvent généralement être tenus pour pertinents, leur valeur sur le plan de la protection de la vie privée ne sera pas toujours supplantée. Par exemple, lorsque la police obtient un dossier thérapeutique de nature très délicate en

1 L'historique législatif du régime de l'arrêt *Mills* confirme en outre l'intention du législateur qu'il s'applique au dossier d'un tiers se trouvant en la possession de la police ou du ministère public (voir p. ex. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 134, nº 122, 2e sess., 35e lég., 4 février 1997, p. 7664 (Gordon Kirkby); *Débats de la Chambre des communes*, vol. 134, nº 150, 2e sess., 35e lég., 7 avril 1997, p. 9361-9362 (Shaughnessy Cohen)).

2014 SCC 46 (CanLII)

scrutiny of the *Mills* regime simply because it is included in the investigative file would undermine the purposes of the regime. I would therefore reject the suggestion that the exemption excludes all documents made by third parties simply because they are placed in the investigative or prosecution file.

(e) *The Effect on Trial Fairness*

[62] The respondent and the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario raise concerns about the effect of an expansive interpretation of "records" in s. 278.1 on trial fairness. A broad interpretation of "records" means that the *Mills* regime applies to a larger number of documents. While this furthers Parliament's objective of protecting the privacy of complainants and witnesses, it may also impose procedural burdens on defendants and create the risk that some helpful documents would not be available to the defence. However, largely for the reasons set out in *Mills*, I do not think these concerns require a narrower reading of s. 278.1.

[63] Documents protected by the *Mills* regime are not inaccessible to the defence. Defendants can access records when the privacy infringement is proportionate, given the relevance of the record to the defence. Where the Crown plans to use information from police occurrence reports as part of its case against an accused, disclosure of that information will always be in the interests of justice. In *Mills*, this Court held that the process for accessing documents was adequate to preserve the constitutionality of the regime.

[64] The principles of fundamental justice and trial fairness do not guarantee defence counsel the right to precisely the same privileges and procedures as the Crown and the police (*Mills*, at para. 111). Nor is the right to a full answer and defence a right to pursue every conceivable tactic to be used in defending oneself against criminal

l'absence d'une renonciation, soustraire le dossier à l'application du régime de l'arrêt *Mills* simplement parce qu'il fait partie du dossier d'enquête irait à l'encontre des objectifs du régime. Je suis donc d'avis de rejeter la thèse selon laquelle l'exception soustrait à l'application du régime tous les documents produits par des tiers pour le seul motif qu'ils sont versés au dossier d'enquête ou au dossier de poursuite.

e) *L'effet sur l'équité du procès*

[62] L'intimé et l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario disent craindre l'effet sur l'équité du procès d'une interprétation large du mot « dossier » employé à l'art. 278.1. Pareille interprétation large de ce mot emporte l'application du régime de l'arrêt *Mills* à un nombre accru de documents. Même si elle va dans le sens de la réalisation de l'objectif du législateur — protéger la vie privée du plaignant ou du témoin —, elle peut aussi accroître les obligations du défendeur sur le plan procédural et présenter le risque que certains documents utiles soient mis hors de portée de la défense. Cependant, en grande partie pour les motifs exposés dans l'arrêt *Mills*, je ne pense pas que ces craintes commandent une interprétation stricte de l'art. 278.1.

[63] Les documents protégés par le régime de l'arrêt *Mills* ne sont pas rendus inaccessibles à la défense. Le défendeur peut obtenir accès au dossier lorsque l'atteinte à la vie privée est proportionnée compte tenu de l'importance du dossier pour la défense. Dans le cas où le ministère public entend utiliser contre l'accusé les renseignements contenus dans un rapport de police, la communication de ces renseignements sert toujours les intérêts de la justice. Dans *Mills*, notre Cour conclut que la démarche à accomplir pour obtenir la communication d'un dossier est garante de la constitutionnalité du régime.

[64] Les principes de justice fondamentale et l'équité du procès n'exigent pas que l'avocat de la défense bénéficie exactement des mêmes privilèges et de la même procédure que le ministère public et la police (*Mills*, par. 111). Le droit à une défense pleine et entière ne confère pas non plus à la personne accusée d'un acte criminel le droit

2014 SCC 46 (CanLII)

prosecution. The right to a full answer and defence is not without limit.

[65] Because the Crown is an officer of the court, with undivided loyalty to the administration of justice, the Crown is not in an adversarial role in relation to its disclosure obligations. The information obtained through investigation is "not the property of the Crown for use in securing a conviction but the property of the public to be used to ensure that justice is done" (*Stinchcombe*, at p. 333). The Crown has an obligation under s. 278.2(3) of the *Criminal Code*, to notify the accused of records in its possession covered by the *Mills* regime. Moreover, as discussed above, both police and Crown have common law duties aimed at ensuring proper disclosure, which apply notwithstanding the application of the *Mills* regime.

(f) *Conclusion on the Exemption*

[66] For these reasons, I conclude that s. 278.1 exempts records made in relation to the offence being prosecuted, not other records made by the same police or prosecution agencies.

V. Disposition

[67] It follows from this analysis that the police occurrence reports mentioned in the CBC radio documentary were subject to the *Mills* regime for disclosure, not *Stinchcombe*. The trial judge was right to require a *Mills* application before disclosing them to the defence, and the Court of Appeal was wrong to interfere. The trial judge's application of the *Mills* regime was not challenged before us. Accordingly, I would allow the appeal, set aside the order for a new trial, and restore the conviction, remitting the sentence appeal to the Court of Appeal.

de recourir à toutes les tactiques possibles pour se défendre. Le droit à une défense pleine et entière connaît certaines limites.

[65] L'avocat du ministère public est un officier de justice entièrement dévoué à la bonne administration de la justice. Il n'a aucun intérêt particulier à défendre et doit se soumettre aux obligations de communication. Les renseignements issus de l'enquête « n'appartiennent pas au ministère public pour qu'il s'en serve afin d'obtenir une déclaration de culpabilité, mais sont plutôt la propriété du public qui doit être utilisée de manière à s'assurer que justice soit rendue » (*Stinchcombe*, p. 333). Le paragraphe 278.2(3) du *Code criminel* fait obligation au ministère public d'informer l'accusé des dossiers relevant du régime de l'arrêt *Mills* qu'il a en sa possession. En outre, je le rappelle, la common law impose à la police et au ministère public des obligations dont la raison d'être est d'assurer une communication suffisante et qui s'appliquent indépendamment du régime de l'arrêt *Mills*.

f) *Conclusion sur l'exception*

[66] Pour ces motifs, je conclus que l'art. 278.1 fait bénéficier d'une exception les dossiers produits relativement à l'infraction faisant l'objet de la procédure, et non les autres dossiers produits par le même service de police ou par le même service des poursuites.

V. Dispositif

[67] Il découle de l'analyse qui précède que les rapports de police mentionnés dans le documentaire diffusé à la radio par la CBC relevaient des règles de l'arrêt *Mills*, et non des règles de l'arrêt *Stinchcombe*. La juge du procès a eu raison de statuer qu'il fallait présenter une demande sur le fondement du régime de l'arrêt *Mills* pour que les rapports puissent être communiqués à la défense, et la Cour d'appel a eu tort de modifier sa décision. L'application du régime de l'arrêt *Mills* par la juge du procès n'est pas contestée devant notre Cour. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance à l'effet de tenir un nouveau procès, de rétablir la déclaration de culpabilité et de renvoyer l'appel de la peine à la Cour d'appel.

2014 SCC 46 (CanLII)

[68] I would grant the motion to strike para. 10 of the respondent's factum, but dismiss the motion to strike para. 11. I would also grant the motion to strike the appellant's reply factum.

[68] Je suis d'avis d'accueillir la requête visant la radiation du par. 10 du mémoire de l'intimé, mais de rejeter la requête visant la radiation du par. 11. Je suis également d'avis d'accueillir la requête visant la radiation du mémoire en réplique de l'appelante.

APPENDIX

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46

278.1 For the purposes of sections 278.2 to 278.9, "record" means any form of record that contains personal information for which there is a reasonable expectation of privacy and includes, without limiting the generality of the foregoing, medical, psychiatric, therapeutic, counselling, education, employment, child welfare, adoption and social services records, personal journals and diaries, and records containing personal information the production or disclosure of which is protected by any other Act of Parliament or a provincial legislature, but does not include records made by persons responsible for the investigation or prosecution of the offence.

278.2 (1) No record relating to a complainant or a witness shall be produced to an accused in any proceedings in respect of

(*a*) an offence under section 151, 152, 153, 153.1, 155, 159, 160, 170, 171, 172, 173, 210, 211, 212, 213, 271, 272 or 273,

(*b*) an offence under section 144, 145, 149, 156, 245 or 246 of the *Criminal Code*, chapter C-34 of the Revised Statutes of Canada, 1970, as it read immediately before January 4, 1983, or

(*c*) an offence under section 146, 151, 153, 155, 157, 166 or 167 of the *Criminal Code*, chapter C-34 of the Revised Statutes of Canada, 1970, as it read immediately before January 1, 1988,

or in any proceedings in respect of two or more offences that include an offence referred to in any of paragraphs (*a*) to (*c*), except in accordance with sections 278.3 to 278.91.

(2) Section 278.1, this section and sections 278.3 to 278.91 apply where a record is in the possession or

ANNEXE

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

278.1 Pour l'application des articles 278.2 à 278.9, « dossier » s'entend de toute forme de document contenant des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, notamment : le dossier médical, psychiatrique ou thérapeutique, le dossier tenu par les services d'aide à l'enfance, les services sociaux ou les services de consultation, le dossier relatif aux antécédents professionnels et à l'adoption, le journal intime et le document contenant des renseignements personnels et protégés par une autre loi fédérale ou une loi provinciale. N'est pas visé par la présente définition le dossier qui est produit par un responsable de l'enquête ou de la poursuite relativement à l'infraction qui fait l'objet de la procédure.

278.2 (1) Dans les poursuites pour une infraction mentionnée ci-après, ou pour plusieurs infractions dont l'une est une infraction mentionnée ci-après, un dossier se rapportant à un plaignant ou à un témoin ne peut être communiqué à l'accusé que conformément aux articles 278.3 à 278.91 :

a) une infraction prévue aux articles 151, 152, 153, 153.1, 155, 159, 160, 170, 171, 172, 173, 210, 211, 212, 213, 271, 272 ou 273;

b) une infraction prévue aux articles 144, 145, 149, 156, 245 ou 246 du *Code criminel*, chapitre C-34 des Statuts revisés du Canada de 1970, dans sa version antérieure au 4 janvier 1983;

c) une infraction prévue aux articles 146, 151, 153, 155, 157, 166 ou 167 du *Code criminel*, chapitre C-34 des Statuts revisés du Canada de 1970, dans sa version antérieure au 1er janvier 1988.

(2) L'article 278.1, le présent article et les articles 278.3 à 278.91 s'appliquent même si le dossier est

2014 SCC 46 (CanLII)

control of any person, including the prosecutor in the proceedings, unless, in the case of a record in the possession or control of the prosecutor, the complainant or witness to whom the record relates has expressly waived the application of those sections.

(3) In the case of a record in respect of which this section applies that is in the possession or control of the prosecutor, the prosecutor shall notify the accused that the record is in the prosecutor's possession but, in doing so, the prosecutor shall not disclose the record's contents.

278.3 (1) An accused who seeks production of a record referred to in subsection 278.2(1) must make an application to the judge before whom the accused is to be, or is being, tried.

(2) For greater certainty, an application under subsection (1) may not be made to a judge or justice presiding at any other proceedings, including a preliminary inquiry.

(3) An application must be made in writing and set out

(*a*) particulars identifying the record that the accused seeks to have produced and the name of the person who has possession or control of the record; and

(*b*) the grounds on which the accused relies to establish that the record is likely relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify.

(4) Any one or more of the following assertions by the accused are not sufficient on their own to establish that the record is likely relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify:

(*a*) that the record exists;

(*b*) that the record relates to medical or psychiatric treatment, therapy or counselling that the complainant or witness has received or is receiving;

(*c*) that the record relates to the incident that is the subject-matter of the proceedings;

(*d*) that the record may disclose a prior inconsistent statement of the complainant or witness;

(*e*) that the record may relate to the credibility of the complainant or witness;

en la possession ou sous le contrôle du poursuivant, sauf si le plaignant ou le témoin auquel il se rapporte a expressément renoncé à l'application de ces articles.

(3) Le poursuivant qui a en sa possession ou sous son contrôle un dossier auquel s'applique le présent article doit en informer l'accusé mais il ne peut, ce faisant, communiquer le contenu du dossier.

278.3 (1) L'accusé qui veut obtenir la communication d'un dossier doit en faire la demande au juge qui préside ou présidera son procès.

(2) Il demeure entendu que la demande visée au paragraphe (1) ne peut être faite au juge ou juge de paix qui préside une autre procédure, y compris une enquête préliminaire.

(3) La demande de communication est formulée par écrit et donne :

a) les précisions utiles pour reconnaître le dossier en cause et le nom de la personne qui l'a en sa possession ou sous son contrôle;

b) les motifs qu'invoque l'accusé pour démontrer que le dossier est vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner.

(4) Les affirmations ci-après, individuellement ou collectivement, ne suffisent pas en soi à démontrer que le dossier est vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner :

a) le dossier existe;

b) le dossier se rapporte à un traitement médical ou psychiatrique ou une thérapie suivis par le plaignant ou le témoin ou à des services de consultation auxquels il a recours ou a eu recours;

c) le dossier porte sur l'événement qui fait l'objet du litige;

d) le dossier est susceptible de contenir une déclaration antérieure incompatible faite par le plaignant ou le témoin;

e) le dossier pourrait se rapporter à la crédibilité du plaignant ou du témoin;

2014 SCC 46 (CanLII)

(*f*) that the record may relate to the reliability of the testimony of the complainant or witness merely because the complainant or witness has received or is receiving psychiatric treatment, therapy or counselling;

(*g*) that the record may reveal allegations of sexual abuse of the complainant by a person other than the accused;

(*h*) that the record relates to the sexual activity of the complainant with any person, including the accused;

(*i*) that the record relates to the presence or absence of a recent complaint;

(*j*) that the record relates to the complainant's sexual reputation; or

(*k*) that the record was made close in time to a complaint or to the activity that forms the subject-matter of the charge against the accused.

(5) The accused shall serve the application on the prosecutor, on the person who has possession or control of the record, on the complainant or witness, as the case may be, and on any other person to whom, to the knowledge of the accused, the record relates, at least seven days before the hearing referred to in subsection 278.4(1) or any shorter interval that the judge may allow in the interests of justice. The accused shall also serve a subpoena issued under Part XXII in Form 16.1 on the person who has possession or control of the record at the same time as the application is served.

(6) The judge may at any time order that the application be served on any person to whom the judge considers the record may relate.

278.4 (1) The judge shall hold a hearing *in camera* to determine whether to order the person who has possession or control of the record to produce it to the court for review by the judge.

(2) The person who has possession or control of the record, the complainant or witness, as the case may be, and any other person to whom the record relates may appear and make submissions at the hearing, but they are not compellable as witnesses at the hearing.

(3) No order for costs may be made against a person referred to in subsection (2) in respect of their participation in the hearing.

f) le dossier pourrait se rapporter à la véracité du témoignage du plaignant ou du témoin étant donné que celui-ci suit ou a suivi un traitement psychiatrique ou une thérapie, ou a recours ou a eu recours à des services de consultation;

g) le dossier est susceptible de contenir des allégations quant à des abus sexuels commis contre le plaignant par d'autres personnes que l'accusé;

h) le dossier se rapporte à l'activité sexuelle du plaignant avec l'accusé ou un tiers;

i) le dossier se rapporte à l'existence ou à l'absence d'une plainte spontanée;

j) le dossier se rapporte à la réputation sexuelle du plaignant;

k) le dossier a été produit peu après la plainte ou l'événement qui fait l'objet du litige.

(5) L'accusé signifie la demande au poursuivant, à la personne qui a le dossier en sa possession ou sous son contrôle, au plaignant ou au témoin, selon le cas, et à toute autre personne à laquelle, à sa connaissance, le dossier se rapporte, au moins sept jours avant l'audience prévue au paragraphe 278.4(1) ou dans le délai inférieur autorisé par le juge dans l'intérêt de la justice. Dans le cas de la personne qui a le dossier en sa possession ou sous son contrôle, une assignation à comparaître, rédigée selon la formule 16.1, doit lui être signifiée, conformément à la partie XXII, en même temps que la demande.

(6) Le juge peut ordonner à tout moment que la demande soit signifiée à toute personne à laquelle, à son avis, le dossier se rapporte.

278.4 (1) Le juge tient une audience à huis clos pour décider si le dossier devrait être communiqué au tribunal pour que lui-même puisse l'examiner.

(2) La personne qui a le dossier en sa possession ou sous son contrôle, le plaignant ou le témoin, selon le cas, et toute autre personne à laquelle le dossier se rapporte peuvent comparaître et présenter leurs arguments à l'audience mais ne peuvent être contraints à témoigner.

(3) Aucune ordonnance de dépens ne peut être rendue contre une personne visée au paragraphe (2) en raison de sa participation à l'audience.

2014 SCC 46 (CanLII)

278.5 (1) The judge may order the person who has possession or control of the record to produce the record or part of the record to the court for review by the judge if, after the hearing referred to in subsection 278.4(1), the judge is satisfied that

(*a*) the application was made in accordance with subsections 278.3(2) to (6);

(*b*) the accused has established that the record is likely relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify; and

(*c*) the production of the record is necessary in the interests of justice.

(2) In determining whether to order the production of the record or part of the record for review pursuant to subsection (1), the judge shall consider the salutary and deleterious effects of the determination on the accused's right to make a full answer and defence and on the right to privacy and equality of the complainant or witness, as the case may be, and any other person to whom the record relates. In particular, the judge shall take the following factors into account:

(*a*) the extent to which the record is necessary for the accused to make a full answer and defence;

(*b*) the probative value of the record;

(*c*) the nature and extent of the reasonable expectation of privacy with respect to the record;

(*d*) whether production of the record is based on a discriminatory belief or bias;

(*e*) the potential prejudice to the personal dignity and right to privacy of any person to whom the record relates;

(*f*) society's interest in encouraging the reporting of sexual offences;

(*g*) society's interest in encouraging the obtaining of treatment by complainants of sexual offences; and

(*h*) the effect of the determination on the integrity of the trial process.

278.6 (1) Where the judge has ordered the production of the record or part of the record for review, the judge

278.5 (1) Le juge peut ordonner à la personne qui a le dossier en sa possession ou sous son contrôle de le communiquer, en tout ou en partie, au tribunal pour examen par lui-même si, après l'audience, il est convaincu de ce qui suit :

a) la demande répond aux exigences formulées aux paragraphes 278.3(2) à (6);

b) l'accusé a démontré que le dossier est vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner;

c) la communication du dossier sert les intérêts de la justice.

(2) Pour décider s'il doit rendre l'ordonnance prévue au paragraphe (1), le juge prend en considération les effets bénéfiques et préjudiciables qu'entraînera sa décision, d'une part, sur le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et, d'autre part, sur le droit à la vie privée et à l'égalité du plaignant ou du témoin, selon le cas, et de toute autre personne à laquelle le dossier se rapporte et, en particulier, tient compte des facteurs suivants :

a) la mesure dans laquelle le dossier est nécessaire pour permettre à l'accusé de présenter une défense pleine et entière;

b) sa valeur probante;

c) la nature et la portée de l'attente raisonnable au respect de son caractère privé;

d) la question de savoir si sa communication reposerait sur une croyance ou un préjugé discriminatoire;

e) le préjudice possible à la dignité ou à la vie privée de toute personne à laquelle il se rapporte;

f) l'intérêt qu'a la société à ce que les infractions d'ordre sexuel soient signalées;

g) l'intérêt qu'a la société à ce que les plaignants, dans les cas d'infraction d'ordre sexuel, suivent des traitements;

h) l'effet de la décision sur l'intégrité du processus judiciaire.

278.6 (1) Dans les cas où il a rendu l'ordonnance visée au paragraphe 278.5(1), le juge examine le dossier

2014 SCC 46 (CanLII)

shall review it in the absence of the parties in order to determine whether the record or part of the record should be produced to the accused.

(2) The judge may hold a hearing *in camera* if the judge considers that it will assist in making the determination.

(3) Subsections 278.4(2) and (3) apply in the case of a hearing under subsection (2).

278.7 (1) Where the judge is satisfied that the record or part of the record is likely relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify and its production is necessary in the interests of justice, the judge may order that the record or part of the record that is likely relevant be produced to the accused, subject to any conditions that may be imposed pursuant to subsection (3).

(2) In determining whether to order the production of the record or part of the record to the accused, the judge shall consider the salutary and deleterious effects of the determination on the accused's right to make a full answer and defence and on the right to privacy and equality of the complainant or witness, as the case may be, and any other person to whom the record relates and, in particular, shall take the factors specified in paragraphs 278.5(2)(*a*) to (*h*) into account.

(3) Where the judge orders the production of the record or part of the record to the accused, the judge may impose conditions on the production to protect the interests of justice and, to the greatest extent possible, the privacy and equality interests of the complainant or witness, as the case may be, and any other person to whom the record relates, including, for example, the following conditions:

(*a*) that the record be edited as directed by the judge;

(*b*) that a copy of the record, rather than the original, be produced;

(*c*) that the accused and counsel for the accused not disclose the contents of the record to any other person, except with the approval of the court;

(*d*) that the record be viewed only at the offices of the court;

(*e*) that no copies of the record be made or that restrictions be imposed on the number of copies of the record that may be made; and

ou la partie en cause en l'absence des parties pour décider si le dossier devrait, en tout ou en partie, être communiqué à l'accusé.

(2) Le juge peut tenir une audience à huis clos s'il l'estime utile pour en arriver à la décision visée au paragraphe (1).

(3) Les paragraphes 278.4(2) et (3) s'appliquent à toute audience tenue en vertu du paragraphe (2).

278.7 (1) S'il est convaincu que le dossier est en tout ou en partie vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner et que sa communication sert les intérêts de la justice, le juge peut ordonner que le dossier — ou la partie de celui-ci qui est vraisemblablement pertinente — soit, aux conditions qu'il fixe éventuellement en vertu du paragraphe (3), communiqué à l'accusé.

(2) Pour décider s'il doit rendre l'ordonnance prévue au paragraphe (1), le juge prend en considération les effets bénéfiques et préjudiciables qu'entraînera sa décision, d'une part, sur le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et, d'autre part, sur le droit à la vie privée et à l'égalité du plaignant ou du témoin, selon le cas, et de toute autre personne à laquelle le dossier se rapporte et, en particulier, tient compte des facteurs mentionnés aux alinéas 278.5(2)*a*) à *h*).

(3) Le juge peut assortir l'ordonnance de communication des conditions qu'il estime indiquées pour protéger l'intérêt de la justice et, dans la mesure du possible, les intérêts en matière de droit à la vie privée et d'égalité du plaignant ou du témoin, selon le cas, et de toute personne à laquelle le dossier se rapporte, notamment :

a) établissement, selon ses instructions, d'une version révisée du dossier;

b) communication d'une copie, plutôt que de l'original, du dossier;

c) interdiction pour l'accusé et son avocat de divulguer le contenu du dossier à quiconque, sauf autorisation du tribunal;

d) interdiction d'examiner le contenu du dossier en dehors du greffe du tribunal;

e) interdiction de la production d'une copie du dossier ou restriction quant au nombre de copies qui peuvent en être faites;

2014 SCC 46 (CanLII)

(*f*) that information regarding any person named in the record, such as their address, telephone number and place of employment, be severed from the record.

(4) Where the judge orders the production of the record or part of the record to the accused, the judge shall direct that a copy of the record or part of the record be provided to the prosecutor, unless the judge determines that it is not in the interests of justice to do so.

(5) The record or part of the record that is produced to the accused pursuant to an order under subsection (1) shall not be used in any other proceedings.

(6) Where the judge refuses to order the production of the record or part of the record to the accused, the record or part of the record shall, unless a court orders otherwise, be kept in a sealed package by the court until the later of the expiration of the time for any appeal and the completion of any appeal in the proceedings against the accused, whereupon the record or part of the record shall be returned to the person lawfully entitled to possession or control of it.

278.8 (1) The judge shall provide reasons for ordering or refusing to order the production of the record or part of the record pursuant to subsection 278.5(1) or 278.7(1).

(2) The reasons referred to in subsection (1) shall be entered in the record of the proceedings or, where the proceedings are not recorded, shall be provided in writing.

278.9 (1) No person shall publish in any document, or broadcast or transmit in any way, any of the following:

(*a*) the contents of an application made under section 278.3;

(*b*) any evidence taken, information given or submissions made at a hearing under subsection 278.4(1) or 278.6(2); or

(*c*) the determination of the judge pursuant to subsection 278.5(1) or 278.7(1) and the reasons provided pursuant to section 278.8, unless the judge, after taking into account the interests of justice and the right to privacy of the person to whom the record relates, orders that the determination may be published.

(2) Every person who contravenes subsection (1) is guilty of an offence punishable on summary conviction.

f) suppression de renseignements sur toute personne dont le nom figure dans le dossier, tels l'adresse, le numéro de téléphone et le lieu de travail.

(4) Dans les cas où il ordonne la communication d'un dossier en tout ou en partie à l'accusé, le juge ordonne qu'une copie du dossier ou de la partie soit donnée au poursuivant, sauf s'il estime que cette mesure serait contraire aux intérêts de la justice.

(5) Les dossiers — ou parties de dossier — communiqués à l'accusé dans le cadre du paragraphe (1) ne peuvent être utilisés dans une autre procédure.

(6) Sauf ordre contraire d'un tribunal, tout dossier — ou toute partie d'un dossier — dont le juge refuse la communication à l'accusé est scellé et reste en la possession du tribunal jusqu'à l'épuisement des voies de recours dans la procédure contre l'accusé; une fois les voies de recours épuisées, le dossier — ou la partie — est remis à la personne qui a droit à la possession légitime de celui-ci.

278.8 (1) Le juge est tenu de motiver sa décision de rendre ou refuser de rendre l'ordonnance prévue aux paragraphes 278.5(1) ou 278.7(1).

(2) Les motifs de la décision sont à porter dans le procès-verbal des débats ou, à défaut, à donner par écrit.

278.9 (1) Il est interdit de publier ou de diffuser de quelque façon que ce soit :

a) le contenu de la demande présentée en application de l'article 278.3;

b) tout ce qui a été dit ou présenté en preuve à l'occasion de toute audience tenue en vertu du paragraphe 278.4(1) ou 278.6(2);

c) la décision rendue sur la demande dans le cadre des paragraphes 278.5(1) ou 278.7(1) et les motifs mentionnés à l'article 278.8, sauf si le juge rend une ordonnance autorisant la publication ou diffusion après avoir pris en considération l'intérêt de la justice et le droit à la vie privée de la personne à laquelle le dossier se rapporte.

(2) Quiconque contrevient au paragraphe (1) commet une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

2014 SCC 46 (CanLII)

278.91 For the purposes of sections 675 and 676, a determination to make or refuse to make an order pursuant to subsection 278.5(1) or 278.7(1) is deemed to be a question of law.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent: Najma Jamaldin, Toronto; Paul Genua, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police: Ottawa Police Service, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Dawe & Dineen, Toronto.

Solicitors for the intervener the Barbra Schlifer Commemorative Clinic: Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto.

278.91 Pour l'application des articles 675 et 676, la décision rendue en application des paragraphes 278.5(1) ou 278.7(1) est réputée constituer une question de droit.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Najma Jamaldin, Toronto; Paul Genua, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police : Service de police d'Ottawa, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Dawe & Dineen, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Barbra Schlifer Commemorative Clinic : Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto.

2014 SCC 46 (CanLII)

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

John Robin Sharpe *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Nova Scotia, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General for Alberta, the Canadian Police Association (CPA), the Canadian Association of Chiefs of Police (CACP), Canadians Against Violence (CAVEAT), the Criminal Lawyers' Association, the Evangelical Fellowship of Canada, Focus on the Family (Canada) Association, the British Columbia Civil Liberties Association, the Canadian Civil Liberties Association, Beyond Borders, Canadians Addressing Sexual Exploitation (CASE), End Child Prostitution, Child Pornography and Trafficking in Children for Sexual Purposes (ECPAT) and the International Bureau for Children's Rights *Interveners*

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

John Robin Sharpe *Intimé*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général du Manitoba, le procureur général de l'Alberta, l'Association canadienne des policiers (ACP), l'Association canadienne des chefs de police (ACCP), les Canadiens contre la violence (CAVEAT), la Criminal Lawyers' Association, l'Alliance évangélique du Canada, la Focus on the Family (Canada) Association, la British Columbia Civil Liberties Association, l'Association canadienne des libertés civiles, Beyond Borders, les Canadiens opposés à l'exploitation sexuelle (COES), End Child Prostitution, Child Pornography and Trafficking in Children for Sexual Purposes (ECPAT) et le Bureau international des droits des enfants *Intervenants*

INDEXED AS: R. *v.* SHARPE

Neutral citation: 2001 SCC 2.

File No.: 27376.

2000: January 18, 19; 2001: January 26.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Child pornography — Whether possession of expressive material protected by right to freedom

RÉPERTORIÉ : R. *c.* SHARPE

Référence neutre : 2001 CSC 2.

N° du greffe : 27376.

2000 : 18, 19 janvier; 2001 : 26 janvier.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Pornographie juvénile — La possession de matériel expressif est-elle protégée par le droit à la

2001 SCC 2 (CanLII)

of expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Right to liberty — Whether Criminal Code prohibition of possession of child pornography infringing right to liberty — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 163.1(4).

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Child pornography — Crown conceding that Criminal Code prohibition of possession of child pornography infringing freedom of expression — Whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 163.1(4).

Criminal law — Child pornography — Criminal Code prohibiting possession of child pornography — Scope of definition of "child pornography" — Defences available — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 163.1.

The accused was charged with two counts of possession of child pornography under s. 163.1(4) of the *Criminal Code* and two counts of possession of child pornography for the purposes of distribution or sale under s. 163.1(3). "Child pornography", as defined in s. 163.1(1) of the *Code*, includes visual representations that show a person who is or is depicted as under the age of 18 years and is engaged in or is depicted as engaged in explicit sexual activity and visual representations the dominant characteristic of which is the depiction, for a sexual purpose, of a sexual organ or the anal region of a person under the age of 18 years. "Child pornography" also includes visual representations and written material that advocates or counsels sexual activity with a person under the age of 18 years that would be an offence under the *Code*. Prior to his trial, the accused brought a preliminary motion challenging the constitutionality of s. 163.1(4) of the *Code*, alleging a violation of his constitutional guarantee of freedom of expression. The Crown conceded that s. 163.1(4) infringed s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* but argued that the infringement was justifiable under s. 1 of the *Charter*. Both the trial judge and the majority of the British Columbia Court of Appeal ruled that the prohibition of the simple possession of child pornography as defined under s. 163.1 of the *Code* was not justifiable in a free and democratic society.

liberté d'expression? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la liberté — L'interdiction de la possession de pornographie juvénile prévue au Code criminel porte-t-elle atteinte au droit à la liberté? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 163.1(4).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Pornographie juvénile — Ministère public reconnaissant que l'interdiction de la possession de pornographie prévue au Code criminel porte atteinte à la liberté d'expression — L'atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 163.1(4).

Droit criminel — Pornographie juvénile — Possession de pornographie juvénile interdite par le Code criminel — Portée de la définition de « pornographie juvénile » — Moyens de défense disponibles — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 163.1.

L'accusé a fait l'objet de deux chefs d'accusation de possession de pornographie juvénile, suivant le par. 163.1(4) du *Code criminel*, et de deux chefs de possession en vue de la distribution ou de la vente, suivant le par. 163.1(3). Selon la définition du par. 163.1(1) du *Code*, l'expression « pornographie juvénile » s'entend de toute représentation où figure une personne âgée de moins de 18 ans ou présentée comme telle et se livrant ou présentée comme se livrant à une activité sexuelle explicite, et de toute représentation dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, des organes sexuels ou de la région anale d'une personne âgée de moins de 18 ans. Cette expression s'entend également de tout écrit ou de toute représentation qui préconise ou conseille une activité sexuelle avec une personne âgée de moins de 18 ans qui constituerait une infraction au *Code*. Avant son procès, l'accusé a présenté une requête préliminaire contestant la constitutionnalité du par. 163.1(4) du *Code*, en faisant valoir qu'il y avait eu atteinte à la liberté d'expression que lui garantit la Constitution. Le ministère public a reconnu que le par. 163.1(4) porte atteinte à l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais a prétendu que la restriction était justifiable au sens de l'article premier de la *Charte*. Le juge du procès et les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont déclaré que l'interdiction de la simple possession de pornographie juvénile au sens de l'art. 163.1 du *Code* n'était pas justifiable dans une société libre et démocratique.

2001 SCC 2 (CanLII)

Held: The appeal should be allowed and the charges remitted for trial.

Per McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ.: In order to assess the constitutionality of s. 163.1(4), it is important to ascertain the nature and scope of any infringement. Until it is known what the law catches, it cannot be determined that the law catches too much. Consequently, the law must be construed, and interpretations that may minimize the alleged overbreadth must be explored. In light of Parliament's purpose of criminalizing possession of material that poses a reasoned risk of harm to children, the word "person" in the definition of child pornography should be construed as including visual works of the imagination as well as depictions of actual people. The word "person" also includes the person possessing the expressive material. The term "depicted" refers to material that a reasonable observer would perceive as representing a person under the age of 18 years and engaged in explicit sexual activity. The expression "explicit sexual activity" refers to acts at the extreme end of the spectrum of sexual activity — acts involving nudity or intimate sexual activity represented in a graphic and unambiguous fashion. Thus, representations of casual intimacy, such as depictions of kissing or hugging, are not covered by the offence. An objective approach must be applied to the terms "dominant characteristic" and "for a sexual purpose". The question is whether a reasonable viewer, looking at the depiction objectively and in context, would see its "dominant characteristic" as the depiction of the child's sexual organ or anal region in a manner that is reasonably perceived as intended to cause sexual stimulation to some viewers. Innocent photographs of a baby in the bath and other representations of non-sexual nudity are not covered by the offence. As for written material or visual representations that advocate or counsel sexual activity with a person under the age of 18 years that would be an offence under the *Criminal Code*, the requirement that the material "advocates" or "counsels" signifies that, when viewed objectively, the material must be seen as actively inducing or encouraging the described offences with children.

Parliament has created a number of defences in ss. 163.1(6) and (7) of the *Code* which should be liberally construed as they further the values protected by the guarantee of free expression. These defences may be

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et les accusations sont renvoyées au tribunal de première instance.

Le juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et LeBel : Pour évaluer la constitutionnalité du par. 163.1(4), il importe de déterminer la nature et la portée de toute atteinte. Tant que l'on ne sait pas ce à quoi la disposition s'applique, il est impossible de dire si sa portée est trop large. Par conséquent, il faut interpréter la disposition et examiner les interprétations susceptibles de réduire au minimum la portée que l'on dit excessive. Vu l'objectif du législateur de criminaliser la possession de matériel suscitant une crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé à des enfants, le mot « personne » dans la définition de la pornographie juvénile doit être considéré comme incluant les œuvres visuelles issues de l'imagination et les représentations de vraies personnes. Le mot « personne » s'entend également de la personne qui a le matériel expressif en sa possession. Le mot « présentée » renvoie à du matériel qui serait considéré par un observateur raisonnable comme représentant une personne de moins de 18 ans se livrant à une activité sexuelle explicite. L'expression « activité sexuelle explicite » vise les actes qui se situent à l'extrémité de l'éventail des activités sexuelles, à savoir les actes comportant la nudité ou des activités sexuelles intimes, représentés de manière détaillée et non équivoque. En conséquence, les représentations de contacts sexuels anodins, comme le baiser ou l'étreinte, ne sont pas visées par la disposition créant l'infraction. Une approche objective doit être appliquée à l'égard des expressions « caractéristique dominante » et « dans un but sexuel ». Il s'agit de déterminer si une personne raisonnable qui considérerait la représentation de manière objective et en contexte conclurait que sa « caractéristique dominante » est la représentation des organes sexuels ou de la région anale d'un enfant d'une façon qui puisse raisonnablement être perçue comme visant à stimuler sexuellement certaines personnes. Les photos innocentes d'un bébé dans une baignoire et les autres représentations de nudité non sexuelle ne sont pas visées par la disposition créant l'infraction. Pour ce qui est des écrits ou des représentations qui préconisent ou conseillent une activité sexuelle avec une personne de moins de 18 ans, qui constituerait une infraction au *Code criminel*, l'exigence voulant que le matériel « préconise » ou « conseille » signifie que, pris objectivement, ce matériel doit être considéré comme encourageant activement la perpétration des infractions en cause avec des enfants.

Le législateur a créé, aux par. 163.1(6) et (7) du *Code*, un certain nombre de moyens de défense qui doivent être interprétés libéralement car ils servent les valeurs protégées par la garantie de liberté d'expression. L'ac-

2001 SCC 2 (CanLII)

raised by the accused by pointing to facts capable of supporting the defence, at which point the Crown must disprove the defence beyond a reasonable doubt. The defence of "artistic merit" provided for in s. 163.1(6) must be established objectively and should be interpreted as including any expression that may reasonably be viewed as art. Section 163.1(6) creates a further defence for material that serves an "educational, scientific or medical purpose". This refers to the purpose the material, viewed objectively, may serve, not the purpose for which the possessor actually holds it. Finally, Parliament has made available a "public good" defence. As with the medical, educational or scientific purpose defences, the defence of public good should be liberally construed.

The possession of child pornography is a form of expression protected by s. 2(*b*) of the *Charter*. The right to possess expressive material is integrally related to the development of thought, opinion, belief and expression as it allows us to understand the thought of others or consolidate our own thought. The possession of expressive material falls within the continuum of intellectual and expressive freedom protected by s. 2(*b*). The accused accepts that harm to children justifies criminalizing possession of some forms of child pornography. The fundamental question therefore is whether s. 163.1(4) of the *Code* goes too far and criminalizes possession of an unjustifiable range of material.

The accused also alleges that s. 163.1(4) violates his right to liberty under s. 7 of the *Charter*, arguing that exposure to potential imprisonment as a result of an excessively sweeping law is contrary to the principles of fundamental justice. It is not necessary to consider this argument separately as it wholly replicates the overbreadth concerns that are the central obstacle to the justification of the s. 2(*b*) breach. The s. 1 analysis generally, and the minimal impairment consideration in particular, is the appropriate forum for addressing over broad restrictions on free expression.

In adopting s. 163.1(4), Parliament was pursuing the pressing and substantial objective of criminalizing the possession of child pornography that poses a reasoned risk of harm to children. The means chosen by Parlia-

cusé peut invoquer l'un ou l'autre de ces moyens de défense en signalant des faits susceptibles de l'étayer, après quoi le ministère public doit réfuter hors de tout doute raisonnable le moyen de défense invoqué. Le moyen de défense fondé sur la « valeur artistique » prévu au par. 163.1(6) doit être établi de manière objective et s'entend de toute forme d'expression pouvant raisonnablement être considérée comme de l'art. Le paragraphe 163.1(6) crée un autre moyen de défense à l'égard du matériel qui a un « but éducatif, scientifique ou médical ». Il s'agit du but auquel le matériel peut objectivement servir et non du but dans lequel la personne l'a effectivement en sa possession. Enfin, le législateur a établi un moyen de défense fondé sur le « bien public ». Ce moyen de défense, tout comme celui fondé sur l'existence d'un but éducatif, scientifique ou médical, doit être interprété libéralement.

La possession de pornographie juvénile est une forme d'expression protégée par l'al. 2*b*) de la *Charte*. Le droit de posséder du matériel expressif est intégralement lié au développement de la pensée, de la croyance, de l'opinion et de l'expression, car la possession de matériel expressif nous permet de comprendre la pensée d'autrui ou de confirmer notre propre pensée. La possession de matériel expressif est donc comprise dans le continuum de liberté intellectuelle et expressive protégée par l'al. 2*b*). L'accusé reconnaît que le préjudice causé aux enfants justifie la criminalisation de la possession de certains types de pornographie juvénile. La question fondamentale qui se pose est donc de savoir si le par. 163.1(4) du *Code* va trop loin et criminalise sans justification la possession d'un éventail trop large de matériel.

L'accusé prétend aussi que le par. 163.1(4) porte atteinte au droit à la liberté que lui garantit l'art. 7 de la *Charte*, faisant valoir que le fait d'être passible d'emprisonnement en raison de la portée excessive d'une disposition législative est contraire aux principes de justice fondamentale. Étant donné que cet argument reprend toutes les craintes de portée excessive qui constituent le principal obstacle à la justification de la violation de l'al. 2*b*), il n'est pas nécessaire de l'examiner séparément. C'est généralement à l'étape de l'analyse fondée sur l'article premier et, en particulier, dans le cadre de l'étude de la question de l'atteinte minimale qu'il convient de traiter des allégations de restrictions excessives à la liberté d'expression.

Lorsqu'il a adopté le par. 163.1(4), le législateur poursuivait un objectif urgent et réel, savoir la criminalisation de la possession de pornographie juvénile suscitant une crainte justifiée qu'un préjudice ne soit causé à

2001 SCC 2 (CanLII)

ment are rationally connected to this objective. Parliament is not required to adduce scientific proof based on concrete evidence that the possession of child pornography causes harm to children. Rather, a reasoned apprehension of harm will suffice. Applying this test, the evidence establishes several connections between the possession of child pornography and harm to children: (1) child pornography promotes cognitive distortions; (2) it fuels fantasies that incite offenders to offend; (3) it is used for grooming and seducing victims; and (4) children are abused in the production of child pornography involving real children. Criminalizing possession may reduce the market for child pornography and the abuse of children it often involves. With respect to minimal impairment, when properly interpreted, the law catches much less material unrelated to harm to children than has been suggested. However, the law does capture the possession of two categories of material that one would not normally think of as "child pornography" and that raise little or no risk of harm to children: (1) written materials or visual representations created and held by the accused alone, exclusively for personal use; and (2) visual recordings created by or depicting the accused that do not depict unlawful sexual activity and are held by the accused exclusively for private use. The bulk of the material falling within these two classes engages important values underlying the s. 2(*b*) guarantee while posing no reasoned risk of harm to children. In its main impact, s. 163.1(4) is proportionate and constitutional. Nonetheless, the law's application to materials in the two problematic classes, while peripheral to its objective, poses significant problems at the final stage of the proportionality analysis. In these applications the restriction imposed by s. 163.1(4) regulates expression where it borders on thought. The cost of prohibiting such materials to the right of free expression outweighs any tenuous benefit it might confer in preventing harm to children. To this extent, the law cannot be considered proportionate in its effects, and the infringement of s. 2(*b*) contemplated by the legislation is not demonstrably justifiable under s. 1.

des enfants. Il existe un lien rationnel entre le moyen retenu par le législateur et cet objectif. Le législateur n'est pas tenu de présenter une preuve scientifique, fondée sur des éléments de preuve concrets, établissant que la possession de pornographie juvénile cause préjudice aux enfants. Une appréhension raisonnée de préjudice suffit. Si l'on applique ce critère, la preuve établit l'existence de plusieurs liens entre la possession de pornographie juvénile et le préjudice causé aux enfants : (1) la pornographie juvénile favorise les distorsions cognitives; (2) elle alimente des fantasmes qui incitent à commettre des infractions; (3) elle sert à initier et à séduire des victimes; (4) des enfants sont exploités dans le cadre de la production de pornographie juvénile impliquant de vrais enfants. La criminalisation de la possession peut réduire le marché de la pornographie juvénile et l'exploitation des enfants qui y est souvent associée. En ce qui concerne l'atteinte minimale, selon l'interprétation qu'il convient de lui donner, la disposition vise beaucoup moins de matériel n'ayant rien à voir avec le préjudice causé aux enfants qu'on ne prétend. Toutefois, elle vise effectivement la possession de deux catégories de matériel qu'on ne considérerait pas normalement comme de la « pornographie juvénile » et qui ne présentent que peu ou pas de risques de préjudice pour les enfants : (1) les écrits ou représentations que l'accusé seul a créés et conserve exclusivement pour son usage personnel; (2) les enregistrements visuels créés par l'accusé ou dans lesquels il est représenté, qui ne dépeignent aucune activité sexuelle illégale et que l'accusé conserve exclusivement pour son usage personnel. Bien qu'il fasse intervenir d'importantes valeurs sous-jacentes à la garantie prévue à l'al. 2*b*), la majeure partie du matériel compris dans ces deux catégories ne suscite aucune crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé à des enfants. Dans son effet principal, le par. 163.1(4) est proportionné et constitutionnel. Néanmoins, l'application de la disposition au matériel compris dans les deux catégories problématiques, même si elle est secondaire par rapport à son objectif, pose des problèmes importants à l'étape finale de l'analyse de la proportionnalité. En ce qui concerne ces applications, la restriction imposée par le par. 163.1(4) réglemente l'expression là où elle côtoie la pensée. Les inconvénients que l'interdiction de ce matériel présente pour le droit à la liberté d'expression l'emportent sur les avantages ténus qu'elle pourrait avoir en matière de prévention du préjudice causé aux enfants. Dans cette mesure, la disposition ne peut pas être considérée comme proportionnée sur le plan de ses effets, et l'atteinte à l'al. 2*b*) qu'elle prévoit n'est pas justifiable au sens de l'article premier.

2001 SCC 2 (CanLII)

The appropriate remedy in this case is to read into the law an exclusion of the two problematic applications of s. 163.1. The applications of the law that pose constitutional problems are exactly those whose relation to the objective of the legislation is most remote. Carving out those applications by incorporating the proposed exceptions will not undermine the force of the law; rather, it will preserve the force of the statute while also recognizing the purposes of the *Charter*. The defects of the section are not so great that their exclusion amounts to impermissible redrafting and carving them out will not create an exception-riddled provision bearing little resemblance to the provision envisioned by Parliament. While excluding the offending applications will not subvert Parliament's object, striking down the statute altogether would most assuredly do so. Accordingly, s. 163.1(4) should be upheld on the basis that the definition of "child pornography" in s. 163.1 should be read as though it contained an exception for: (1) any written material or visual representation created by the accused alone, and held by the accused alone, exclusively for his or her own personal use; and (2) any visual recording, created by or depicting the accused, provided it does not depict unlawful sexual activity and is held by the accused exclusively for private use. These two exceptions apply as well to the offence of "making" child pornography under s. 163.1(2) (but not to printing, publishing or possessing child pornography for the purpose of publication). The exceptions will not be available where a person harbours any intention other than mere private possession.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ.: Under our society's democratic principles, individual freedoms such as expression are not absolute, but may be limited in consideration of a broader spectrum of rights, including equality and security of the person. The Crown conceded that the right to free expression was infringed in all respects, unfortunately depriving the Court of the opportunity to fully explore the content and scope of s. 2(*b*) of the *Charter* as it applies to this case. At the same time, it is recognized that, at this stage, our jurisprudence leads to the conclusion that, although harmful, the content of child pornography cannot be the basis for excluding it from the scope of the s. 2(*b*) guarantee. No separate analysis under s. 7 of the *Charter* is required. The s. 7 liberty interest is encompassed in the right of free expression and proportionality falls to be considered under s. 1 of the *Charter*. The only issue is whether the infringement of freedom of expression is

La réparation qui convient en l'espèce consiste à exclure de la portée de l'art. 163.1, au moyen d'une interprétation large, les deux applications problématiques de cette disposition. Les applications de la disposition qui posent des problèmes constitutionnels sont exactement celles qui ont le lien le plus ténu avec l'objectif du législateur. L'élimination de ces applications par l'inclusion de l'exception proposée n'affaiblira pas l'effet de la disposition; au contraire, elle préservera son effet tout en tenant compte des objectifs de la *Charte*. Les lacunes de la disposition ne sont pas importantes au point de nécessiter une reformulation inacceptable pour les éliminer, et leur élimination ne donnera pas une disposition cousue d'exceptions, ressemblant peu à celle qu'envisageait le législateur. Alors que l'élimination des applications attentatoires de la disposition ne minera pas l'objectif du législateur, l'invalidation complète de la disposition aurait sûrement cet effet. En conséquence, la validité du par. 163.1(4) devrait être confirmée pour le motif que la définition de la « pornographie juvénile », à l'art. 163.1, doit être considérée comme incluant une exception visant (1) les écrits ou représentations créés par l'accusé seul et conservés par ce dernier exclusivement pour son usage personnel; (2) tout enregistrement visuel créé par l'accusé ou dans lequel ce dernier figure, qui ne représente aucune activité sexuelle illégale et qui est conservé par l'accusé exclusivement pour son usage personnel. Ces deux exceptions s'appliquent également à l'infraction de « production » de pornographie juvénile prévue au par. 163.1(2) (mais pas à l'impression, à la publication ou à la possession de pornographie juvénile en vue de la publication). Les exceptions ne pourront pas être invoquées par la personne qui nourrit des intentions autres que la simple possession personnelle.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache : En vertu des principes démocratiques de notre société, les libertés individuelles comme la liberté d'expression ne sont pas absolues, mais peuvent être limitées eu égard à une gamme plus vaste de droits, dont celui à l'égalité et à la sécurité de la personne. Le ministère public a reconnu qu'il y avait eu atteinte, à tous égards, au droit à la liberté d'expression, privant ainsi malheureusement la Cour de la possibilité d'examiner pleinement le contenu et la portée de l'al. 2*b*) de la *Charte* qui s'applique en l'espèce. En même temps, il est reconnu que l'état actuel de notre jurisprudence amène à conclure que, bien qu'il soit nocif, le contenu de la pornographie juvénile n'est pas une raison de la soustraire à la garantie de l'al. 2*b*). Aucune analyse distincte fondée sur l'art. 7 de la *Charte* n'est requise. Le droit à la liberté garanti par l'art. 7 est compris dans le droit à la liberté d'expression et la proportionnalité doit être exa-

2001 SCC 2 (CanLII)

justifiable under s. 1. Section 1 recognizes that in a democracy competing rights and values exist. The underlying values of a free and democratic society guarantee the rights in the *Charter* and, in appropriate circumstances, justify limitations upon those rights. A principled and contextual approach to s. 1 ensures that courts are sensitive to the other values which may compete with a particular right and allows them to achieve a proper balance among these values. At each stage of the s. 1 analysis close attention must be paid to the factual and social context in which an impugned provision exists.

An appraisal of the contextual factors in this case leads to the conclusion that Parliament's decision to prohibit child pornography is entitled to an increased level of deference. Child pornography, as defined by s. 163.1(1) of the *Criminal Code*, is inherently harmful to children and to society. This harm exists independently of dissemination or any risk of dissemination and flows from the existence of the pornographic representations, which on their own violate the dignity and equality rights of children. Although not empirically measurable, nor susceptible to proof in the traditional manner, the attitudinal harm inherent in child pornography can be inferred from degrading or dehumanizing representations or treatment. Expression that degrades or dehumanizes is harmful in and of itself as all members of society suffer when harmful attitudes are reinforced. The possibility that pornographic representations may be disseminated creates a heightened risk of attitudinal harm. The violation of the privacy rights of the persons depicted constitutes an additional risk of harm that flows from the possibility of dissemination. Child pornography is harmful whether it involves real children in its production or whether it is a product of the imagination. Section 163.1 was enacted to protect children, one of the most vulnerable groups in society. It is based on the clear evidence of direct harm caused by child pornography, as well as Parliament's reasoned apprehension that child pornography also causes attitudinal harm. The lack of scientific precision in the social science evidence relating to attitudinal harm is not a valid reason for attenuating the Court's deference to Parliament's decision.

minée en vertu de l'article premier de la *Charte*. La seule question qui se pose est donc de savoir si l'atteinte à la liberté d'expression est justifiable au sens de l'article premier, lequel reconnaît que des droits et des valeurs opposés existent en démocratie. Les valeurs fondamentales d'une société libre et démocratique garantissent les droits prévus dans la *Charte* et elles justifient la restriction de ces droits lorsque cela est indiqué. La méthode contextuelle et fondée sur des principes employée pour interpréter l'article premier garantit que les tribunaux tiendront compte des autres valeurs qui peuvent entrer en conflit avec un droit particulier et leur permet d'établir un juste équilibre entre ces valeurs. Il convient d'accorder une grande attention au contexte factuel et social de la disposition contestée, à chaque étape de l'analyse fondée sur l'article premier.

En l'espèce, l'évaluation des facteurs contextuels mène à la conclusion qu'il faut faire montre d'une plus grande retenue à l'égard de la décision du législateur d'interdire la pornographie juvénile. Au sens du par. 163.1(1) du *Code criminel*, la pornographie juvénile est fondamentalement préjudiciable aux enfants et à la société. Ce préjudice existe indépendamment de toute diffusion réelle ou potentielle et il découle de l'existence des représentations pornographiques qui portent elles-mêmes atteinte aux droits à la dignité et à l'égalité des enfants. Ce préjudice comportemental inhérent à la pornographie juvénile n'est ni mesurable empiriquement ni susceptible d'être prouvé de la façon traditionnelle, mais son existence peut être déduite des représentations ou des traitements avilissants ou déshumanisants. L'expression avilissante ou déshumanisante est préjudiciable en soi, car tous les membres de la société souffrent lorsqu'il y a renforcement des comportements préjudiciables. Le risque que des représentations pornographiques soient diffusées accroît le risque de préjudice comportemental. L'atteinte aux droits à la vie privée des personnes représentées constitue un risque supplémentaire de préjudice qui découle de la possibilité de diffusion. La pornographie juvénile est préjudiciable peu importe qu'elle fasse appel à de vrais enfants ou qu'elle soit le fruit de l'imagination. L'article 163.1 a été adopté dans le but de protéger les enfants, lesquels forment l'un des groupes les plus vulnérables de la société. Il s'appuie sur la preuve manifeste du préjudice direct qui résulte de la pornographie juvénile ainsi que sur la crainte raisonnée du législateur que la pornographie juvénile ne cause également un préjudice comportemental. Le manque de précision scientifique de la preuve en matière de sciences humaines au sujet du préjudice comportemental n'est pas un motif valable d'atténuer la retenue judiciaire à l'égard de la décision du législateur.

2001 SCC 2 (CanLII)

The importance of the protection of children is recognized in both Canadian criminal and civil law. The protection of children from harm is a universally accepted goal. International law is rife with instruments that emphasize the protection of children and a number of international bodies have recognized that possession of child pornography must be targeted to effectively address the harms caused by this type of material. Moreover, domestic legislation in a number of democratic countries criminalizes the simple possession of child pornography.

As a form of expression, child pornography warrants less protection since it is low value expression that is far removed from the core values underlying the protection of freedom of expression. Child pornography has a limited link to the value of self-fulfilment, but only in its most base aspect. Furthermore, in prohibiting the possession of child pornography, Parliament promulgated a law which seeks to foster and protect the equality rights of children, along with their security of the person and their privacy interests. The importance of these *Charter* rights cannot be ignored in the analysis of whether the law is demonstrably justified in a free and democratic society and warrants a more deferential application of the criteria set out in the *Oakes* test. Finally, Parliament has the right to make moral judgments in criminalizing certain forms of conduct. The Court should be particularly sensitive to the legitimate role of government in legislating with respect to our social values.

Section 163.1(4) of the *Code* constitutes a reasonable and justified limit upon freedom of expression. In proscribing the possession of child pornography, Parliament's overarching objective was to protect children. Any provision which protects both children and society by attempting to eradicate the sexual exploitation of children clearly has a pressing and substantial purpose. Section 163.1(4) is also proportionate to the objective. First, prohibiting the possession of child pornography is rationally connected to the aim of preventing harm to children and society. The possession of child pornography contributes to the cognitive distortions of paedophiles, reinforcing their erroneous belief that sexual activity with children is acceptable. Child pornography fuels paedophiles' fantasies, which constitute the motivating force behind their sexually deviant behaviour. Section 163.1(4) plays an important role in an integrated law enforcement scheme which protects children against the harms associated with child pornogra-

Au Canada, l'importance de la protection des enfants est reconnue tant en droit criminel qu'en droit civil. La protection des enfants contre le préjudice est un objectif accepté universellement. Une multitude d'instruments du droit international mettent l'accent sur la protection des enfants et de nombreux organismes internationaux ont reconnu qu'il fallait s'attaquer à la possession de pornographie juvénile pour prévenir efficacement les préjudices causés par ce type de matériel. De plus, la législation interne de nombreux pays démocratiques criminalise la simple possession de pornographie juvénile.

Une protection atténuée à l'égard de la pornographie juvénile comme forme d'expression est justifiée, car il s'agit d'une expression de faible valeur qui s'écarte grandement des valeurs fondamentales qui sous-tendent la protection de la liberté d'expression. La pornographie juvénile a un lien ténu avec la valeur de l'épanouissement personnel, mais seulement dans son aspect le moins digne. De plus, en interdisant la possession de pornographie juvénile, le Parlement a promulgué un texte législatif visant à promouvoir et à protéger les droits des enfants à l'égalité, de même que la sécurité de leur personne et leurs droits à la vie privée. L'importance de ces droits garantis par la *Charte* ne saurait être passée sous silence dans l'analyse servant à déterminer si la mesure législative est justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique et si les critères de l'arrêt *Oakes* devraient être appliqués avec plus de retenue. Enfin, le législateur a le droit de porter des jugements de valeur en criminalisant certaines formes de comportement. La Cour devrait prêter une attention toute particulière au rôle légitime que le gouvernement joue en légiférant à l'égard de nos valeurs sociales.

Le paragraphe 163.1(4) du *Code* constitue une restriction raisonnable et justifiée de la liberté d'expression. L'objectif premier du législateur en interdisant la possession de pornographie juvénile est de protéger les enfants. Toute disposition qui protège les enfants et la société en tentant d'éliminer l'exploitation sexuelle des enfants a manifestement un objet urgent et réel. Le paragraphe 163.1(4) est également proportionné à l'objectif. Premièrement, il existe un lien rationnel entre l'interdiction de la possession de pornographie juvénile et la prévention du préjudice causé aux enfants et à la société. La possession de pornographie juvénile contribue aux distorsions cognitives des pédophiles en renforçant leur croyance erronée que l'activité sexuelle avec des enfants est acceptable. La pornographie juvénile alimente les fantasmes des pédophiles, et ces fantasmes sont à l'origine de leur comportement sexuel déviant. Le paragraphe 163.1(4) joue un rôle important dans un régime intégré d'application de la loi qui protège les enfants

2001 SCC 2 (CanLII)

phy. Paedophiles use child pornography for seducing children and for grooming them to commit sexual acts. Lastly, children are abused in the production of child pornography. The prohibition of the possession of child pornography is intended to reduce the market for this material. If consumption of child pornography is reduced, presumably production and the abuse of children will also be reduced.

Second, the prohibition of the possession of child pornography minimally impairs the right to free expression. Although s. 163.1(4) is directed only to the private possession of child pornography, children are particularly vulnerable in the private sphere, since a large portion of child pornography is produced privately and used privately by those who possess it. The harmful effect on the attitudes of those who possess child pornography similarly occurs in private. Consequently, prohibiting the simple possession of child pornography has an additional reductive effect on the harm it causes. The prohibition of the possession of child pornography also captures visual and written works of the imagination which do not involve the participation of any actual children or youth in their production; in enacting s. 163.1(4), Parliament sought to prevent not only the harm that flows from the use of children in pornography, but also the harm that flows from the very existence of images and words which degrade and dehumanize children and to send the message that children are not appropriate sexual partners. The focus of the inquiry must be on the harm of the message of the representations and not on their manner of creation, or on the intent or identity of their creator. Given the low value of the speech at issue in this case and the fact that it undermines the *Charter* rights of children, Parliament was justified in concluding that visual works of the imagination would harm children.

The inclusion of written material in the offence of possession of child pornography does not amount to thought control. The legislation seeks to prohibit material that Parliament believed was harmful. The inclusion of written material which advocates and counsels the commission of offences against children is consistent with this aim, since, by its very nature, it is harmful, regardless of its authorship. Evidence suggests that the cognitive distortions of paedophiles are reinforced by such material and that written pornography fuels the sexual fantasies of paedophiles and could incite them to offend. Although the prohibition in s. 163.1(4) extends

contre les préjudices associés à la pornographie juvénile. Les pédophiles utilisent la pornographie juvénile pour séduire des enfants et les initier aux rapports sexuels. Enfin, les enfants sont exploités dans la production de pornographie juvénile. L'interdiction de la possession de pornographie juvénile vise à réduire le marché de ce genre de matériel. Si la consommation de pornographie juvénile est réduite, il en sera probablement de même de la production et de l'exploitation des enfants.

Deuxièmement, l'interdiction de la possession de pornographie juvénile porte le moins possible atteinte au droit à la liberté d'expression. Bien que le par. 163.1(4) ne vise que la possession personnelle, les enfants sont particulièrement vulnérables dans un contexte de vie privée, une grande partie de la pornographie juvénile étant produite en privé et utilisée à des fins personnelles par les gens qui l'ont en leur possession. L'effet pernicieux sur l'attitude des gens qui ont de la pornographie juvénile en leur possession se manifeste lui aussi en privé. L'interdiction de la simple possession de pornographie juvénile contribuera donc à réduire davantage le préjudice qui en résulte. L'interdiction vise également les œuvres de fiction visuelles et écrites dont la production n'implique pas la participation de vrais enfants ou jeunes. Par l'adoption du par. 163.1(4), le législateur a voulu prévenir non seulement le préjudice résultant de l'utilisation d'enfants pour produire de la pornographie, mais également celui qui découle de l'existence même d'images et de mots qui avilissent et déshumanisent les enfants, ainsi que transmettre le message que les enfants ne sont pas des partenaires sexuels appropriés. L'accent doit être mis sur le préjudice causé par le message que transmettent les représentations, et non sur le mode de création de celles-ci, ni sur l'intention ou l'identité de leur auteur. Compte tenu de la faible valeur du discours en cause en l'espèce et du fait qu'il mine les droits garantis aux enfants par la *Charte*, le législateur était fondé à conclure que les œuvres de fiction visuelles causeraient un préjudice aux enfants.

L'inclusion du matériel écrit dans l'infraction de possession de pornographie juvénile n'équivaut pas à la censure des pensées. La mesure législative vise à interdire le matériel que le législateur estime préjudiciable. L'inclusion de l'écrit qui préconise ou conseille la perpétration d'infractions contre des enfants est compatible avec cet objectif car, de par sa nature même, un tel écrit est préjudiciable, peu importe qui en est l'auteur. Selon certains éléments de preuve, ce matériel renforce les distorsions cognitives des pédophiles et la pornographie écrite alimente les fantasmes sexuels des pédophiles et pourrait les inciter à commettre des crimes. Bien que

2001 SCC 2 (CanLII)

to teenagers between the ages of 14 and 17 who keep pornographic videotapes or pictures of themselves, this effect of the provision is a reasonable limit on teenagers' freedom of expression. A review of adolescent child pornography cases reveals that there is a great risk that they will be exploited in its creation. Hence, while adolescents between the ages of 14 and 17 may legally engage in sexual activity, Parliament had a strong basis for concluding that the age limit in the definition of child pornography should be set at 18. It is not necessary that the provision contain a defence to protect teenagers who are in possession of erotic videos or pictures of themselves. Such a defence would undermine Parliament's objective of protecting all children, since some adolescents under the age of 18 groom other children into engaging in sexual conduct. There is also no guarantee, even when a teenager is in possession of a pornographic picture or videotape depicting himself or herself, that it was created in a consensual environment. The creation of permanent records of teenagers' sexual activities has consequences which children of that age may not have sufficient maturity to understand. The Court should defer to Parliament's decision to restrict teenagers' freedom in this area. The provision does not amount to a total ban on the possession of child pornography. The provision reflects an attempt by Parliament to weigh the competing rights and values at stake and achieve a proper balance. The definitional limits act as safeguards to ensure that only material that is antithetical to Parliament's objectives in proscribing child pornography will be targeted, and the legislation incorporates defences of artistic merit, educational, scientific or medical purpose, and a defence of the public good.

Third, when the effects of the provision are examined in their overall context, the benefits of the legislation far outweigh any deleterious effects on the right to freedom of expression and the interests of privacy. Section 163.1(4) helps to prevent the harm to children which results from the production of child pornography; deters the use of child pornography in the grooming of children; curbs the collection of child pornography by paedophiles; and helps to ensure that an effective law enforcement scheme can be implemented. In sum, the legislation benefits society as a whole as it sends a clear message that deters the development of antisocial atti-

l'interdiction prévue au par. 163.1(4) vise les adolescents de 14 à 17 ans qui conservent des films vidéo ou des photos pornographiques les représentant, cet effet est une limite raisonnable imposée à la liberté d'expression des adolescents. L'examen de la jurisprudence en matière de pornographie juvénile impliquant des adolescents permet de constater l'existence d'un risque élevé qu'ils soient exploités pour produire cette forme de pornographie. Par conséquent, même si les adolescents de 14 à 17 ans peuvent légalement avoir des rapports sexuels, le législateur était solidement fondé à conclure que la limite d'âge dans la définition de la pornographie juvénile devait être fixée à 18 ans. Il n'est pas nécessaire que la disposition prévoie un moyen de défense pour protéger les adolescents qui ont en leur possession des photos ou des films vidéo érotiques d'eux-mêmes. Un tel moyen de défense minerait l'objectif du législateur de protéger tous les enfants, étant donné que certains adolescents de moins de 18 ans initient d'autres enfants aux rapports sexuels. Même dans le cas où un adolescent a en sa possession une photo ou une bande vidéo pornographique de lui-même, rien ne garantit que ce matériel a été créé dans un environnement consensuel. La création d'un enregistrement permanent des activités sexuelles d'un adolescent a des conséquences que les enfants de cet âge ne sont peut-être pas en mesure de comprendre en raison de leur manque de maturité. La Cour devrait s'en remettre à la décision du législateur de restreindre la liberté des adolescents dans ce domaine. La disposition n'interdit pas complètement la possession de pornographie juvénile. Elle reflète une tentative de la part du législateur de soupeser les droits et valeurs opposés qui sont en jeu et d'établir un juste équilibre. Les limites apportées par la définition garantissent que seul sera visé le matériel qui va à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur en interdisant la pornographie juvénile, et la mesure législative prévoit des moyens de défense fondés sur la valeur artistique, sur l'existence d'un but éducatif, scientifique ou médical et sur le bien public.

Troisièmement, l'examen des effets de la mesure législative dans leur contexte global révèle que les avantages de cette mesure l'emportent largement sur toute atteinte à la liberté d'expression et au droit à la vie privée. Le paragraphe 163.1(4) contribue à prévenir le préjudice causé aux enfants par la production de pornographie juvénile, décourage l'emploi de pornographie juvénile pour initier des enfants, freine l'accumulation de pornographie juvénile par les pédophiles et contribue à la mise en œuvre d'un régime efficace d'application de la loi. En somme, la mesure législative est bénéfique pour l'ensemble de la société en ce qu'elle transmet un

2001 SCC 2 (CanLII)

tudes. The law does not trench significantly on speech possessing social value since there is a very tenuous connection between the possession of child pornography and the right to free expression. At most, the law has a detrimental cost to those who find base fulfilment in the possession of child pornography. The privacy of those who possess child pornography is protected by the right against unreasonable search and seizure as guaranteed by s. 8 of the *Charter*. The law intrudes into the private sphere because doing so is necessary to achieve its salutary objectives. The privacy interest restricted by the law is closely related to the specific harmful effects of child pornography. Moreover, the provision's beneficial effects in protecting the privacy interests of children are proportional to the detrimental effects on the privacy of those who possess child pornography.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Referred to: *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937); *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213; *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; *Verdun v. Toronto-Dominion Bank*, [1996] 3 S.C.R. 550; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439; *R. v. Hurtubise*, [1997] B.C.J. No. 40 (QL); *R. v. Dionne* (1987), 38 C.C.C. (3d) 171; *Ontario (Attorney General) v. Langer* (1995), 123 D.L.R. (4th) 289; *R. v. American News Co.* (1957), 118 C.C.C. 152; *R. v. Delorme* (1973), 15 C.C.C. (2d) 350; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R.

message clair qui décourage les comportements antisociaux. Elle n'entrave pas sensiblement le discours ayant une valeur sociale, car il existe un lien très ténu entre la possession de pornographie juvénile et le droit à la liberté d'expression. Tout au plus, elle est coûteuse pour ceux qui s'épanouissent bassement dans la possession de pornographie juvénile. Le droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte* protège également la vie privée de ceux qui ont de la pornographie juvénile en leur possession. La mesure législative empiète sur la vie privée parce que la réalisation de ses objectifs bénéfiques l'exige. Le droit à la vie privée qui est restreint par la loi est étroitement lié aux effets préjudiciables particuliers de la pornographie juvénile. En outre, les effets bénéfiques de la mesure législative sur le droit à la vie privée des enfants est proportionnel aux effets préjudiciables sur le droit à la vie privée des gens qui ont en leur possession de la pornographie juvénile.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef McLachlin

Arrêts mentionnés : *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Palko c. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937); *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; *Verdun c. Banque Toronto-Dominion*, [1996] 3 R.C.S. 550; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439; *R. c. Hurtubise*, [1997] B.C.J. No. 40 (QL); *R. c. Dionne* (1987), 38 C.C.C. (3d) 171; *Ontario (Attorney General) c. Langer* (1995), 123 D.L.R. (4th) 289; *R. c. American News Co.* (1957), 118 C.C.C. 152; *R. c. Delorme* (1973), 15 C.C.C. (2d) 350; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Whyte*, [1988] 2

2001 SCC 2 (CanLII)

3; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493.

By L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ.

Referred to: *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989; *R. v. Mara*, [1997] 2 S.C.R. 630; *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Reference Re Public Service Employee Relations*

R.C.S. 3; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Ross c. Conseil scolaire du district nº 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

Citée par les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache

Arrêts mentionnés : *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Ross c. Conseil scolaire du district nº 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; *R. c. Mara*, [1997] 2 R.C.S. 630; *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*,

2001 SCC 2 (CanLII)

Act (Alta.), [1987] 1 S.C.R. 313; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *United States v. Hilton*, 167 F.3d 61 (1999); *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973); *R. v. K.L.V.*, [1999] A.J. No. 350 (QL); *R. v. Jewell* (1995), 100 C.C.C. (3d) 270; *Osborne v. Ohio*, 495 U.S. 103 (1990); *R. v. E. (B.)* (1999), 139 C.C.C. (3d) 100; *United States v. Knox*, 32 F.3d 733 (1994); *R. v. Pointon*, Man. Prov. Ct., October 23, 1997; *R. v. Geisel*, Man. Prov. Ct., February 2, 2000; *R. v. Davis*, [1999] 3 S.C.R. 759; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*b*), 7, 8, 15.
Child and Family Services Act, R.S.O. 1990, c. C.11, ss. 40(2), (3), (5), (7) to (10), 41 to 44.
Child and Family Services Act, S.M. 1985-86, c. 8, ss. 21 to 26, 38(7), 53.
Child and Family Services Act, S.N.W.T. 1997, c. 13, ss. 10, 11(1), 33.
Child and Family Services Act, S.S. 1989-90, c. C-7.2, ss. 2(1)(p), 7, 8, 13, 17, 18(1).
Child, Family and Community Service Act, R.S.B.C. 1996, c. 46, ss. 16 to 19, 25 to 33.
Child Trafficking and Pornography Act, 1998 (No. 22) (Ir.), ss. 2, 6.
Child Welfare Act, R.S.N. 1990, c. C-12, ss. 13, 14, 15.
Child Welfare Act, S.A. 1984, c. C-8.1, ss. 17, 18.
Children and Family Services Act, S.N.S. 1990, c. 5, ss. 26(2), (3), 27, 28, 29, 33(1), (3), 34.
Children's Act, R.S.Y. 1986, c. 22, s. 119.
Classification (Publications, Films and Computer Games) Act 1995 (Austl.) (No. 7 of 1995).
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Convention on the Rights of the Child, Can. T.S. 1992, No. 3, arts. 1, 2, 9, 16, 19, 32, 33, 34, 35, 37.
Criminal Code (Belgium), art. 383*bis*.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 22, 150.1, 151, 152, 153, 159, 160(3), 163 [am. 1993, c. 46, s. 1], 163.1 [ad. *idem*, s. 2], 170, 171, 172, 212(4), 215, 271, 272, 273.
Criminal Justice Act 1988 (U.K.), 1988, c. 33, s. 160.
Criminal Justice and Public Order Act 1994 (U.K.), 1994, c. 33, ss. 84 to 86.
Declaration of the Rights of the Child, G.A. Res. 1386 (XIV) (1959), preamble.
Draft Joint Action to combat child pornography on the Internet, [1999] O.J.C. 219/68, art. 1.
Family and Child Services Act, R.S.P.E.I. 1988, c. F-2, ss. 1(1)(c), 15(1), (1.1), 16(1), 17(1)(b), 19(b).

[1995] 1 R.C.S. 315; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *United States c. Hilton*, 167 F.3d 61 (1999); *Paris Adult Theatre I c. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973); *R. c. K.L.V.*, [1999] A.J. No. 350 (QL); *R. c. Jewell* (1995), 100 C.C.C. (3d) 270; *Osborne c. Ohio*, 495 U.S. 103 (1990); *R. c. E. (B.)* (1999), 139 C.C.C. (3d) 100; *United States c. Knox*, 32 F.3d 733 (1994); *R. c. Pointon*, C. prov. Man., 23 octobre 1997; *R. c. Geisel*, C. prov. Man., 2 février 2000; *R. c. Davis*, [1999] 3 R.C.S. 759; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*b*), 7, 8, 15.
Child and Family Services Act, S.S. 1989-90, ch. C-7.2, art. 2(1)p), 7, 8, 13, 17, 18(1).
Child, Family and Community Service Act, R.S.B.C. 1996, ch. 46, art. 16 à 19, 25 à 33.
Child Trafficking and Pornography Act, 1998 (No. 22) (Ir.), art. 2, 6.
Child Welfare Act, R.S.N. 1990, ch. C-12, art. 13, 14, 15.
Child Welfare Act, S.A. 1984, ch. C-8.1, art. 17, 18.
Children and Family Services Act, S.N.S. 1990, ch. 5, art. 26(2), (3), 27, 28, 29, 33(1), (3), 34.
Classification (Publications, Films and Computer Games) Act 1995 (Austl.) (No. 7 of 1995).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 22, 150.1, 151, 152, 153, 159, 160(3), 163 [mod. 1993, ch. 46, art. 1], 163.1 [aj. *idem*, art. 2], 170, 171, 172, 212(4), 215, 271, 272, 273.
Code pénal (Belgique), art. 383*bis*.
Convention relative aux droits de l'enfant, R.T. Can. 1992 nº 3, art. 1, 2, 9, 16, 19, 32, 33, 34, 35, 37.
Criminal Justice Act 1988 (R.-U.), 1988, ch. 33, art. 160.
Criminal Justice and Public Order Act 1994 (R.-U.), 1994, ch. 33, art. 84 à 86.
Déclaration des droits de l'enfant, Rés. A.G. 1386 (XIV) (1959), préambule.
Déclaration universelle des droits de l'homme, Rés. A.G. 217 A (III), Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948), art. 25(2).
Family and Child Services Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. F-2, art. 1(1)c), 15(1), (1.1), 16(1), 17(1)b), 19b).
Films, Videos, and Publications Classification Act 1993 (N.-Z.) No. 94, art. 2, 3, 131.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Loi sur la protection de la jeunesse, L.R.Q., ch. P-34.1, art. 2, 3, 46.

2001 SCC 2 (CanLII)

2001 SCC 2 (CanLII)

Family Services Act, S.N.B. 1980, c. F-2.2, ss. 1, 31(5), 32, 33, 51(1), 62(3).
Films, Videos, and Publications Classification Act 1993 (N.Z.) No. 94, ss. 2, 3, 131.
International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171, art. 24.
International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 993 U.N.T.S. 3, art. 10(3).
International traffic in child pornography, ICPO-Interpol AGN/65/RES/9 (1996).
Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution, and child pornography, A/RES/54/263 (2000), Annex II.
Protection of Children Act 1978 (U.K.), 1978, c. 37, ss. 1, 7.
Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc A/810, at p. 71 (1948), art. 25(2).
Young Offenders Act, R.S.C. 1985, c. Y-1, s. 20.
Youth Protection Act, R.S.Q., c. P-34.1, ss. 2, 3, 46.
18 U.S.C. §§ 2252(a)(4)(B), 2256 (1994 & Supp. IV 1998).

Loi sur l'enfance, L.R.Y. 1986, ch. 22, art. 119.
Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. 1985, ch. Y-1, art. 20.
Loi sur les services à l'enfant et à la famille, L.M. 1985-86, ch. 8, art. 21 à 26, 38(7), 53.
Loi sur les services à l'enfance et à la famille, L.R.O. 1990, ch. C.11, art. 40(2), (3), (5), (7) à (10), 41 à 44.
Loi sur les services à l'enfance et à la famille, L.T.N.-O. 1997, ch. 13, art. 10, 11(1), 33.
Loi sur les services à la famille, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, art. 1, 31(5), 32, 33, 51(1), 62(3).
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171, art. 24.
Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 993 R.T.N.U. 3, art. 10(3).
Projet d'action commune relative à la lutte contre la pédopornographie sur Internet, [1999] J.O.C. 219/68, art. 1.
Protection of Children Act 1978 (R.-U.), 1978, ch. 37, art. 1, 7.
Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits de l'enfant concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, A/RES/54/263 (2000), Annexe II.
Trafic international de matériel pornographique mettant en scène des enfants, OIPC-Interpol AGN/65/RES/9 (1996).
18 U.S.C. §§ 2252a)(4)(B), 2256 (1994 & Supp. IV 1998).

Authors Cited

Bala, Nicholas, and Martha Bailey. "Canada: Recognizing the Interests of Children" (1992-93), 31 *U. Louisville J. Fam. L.* 283.
Bessner, Ronda. "Khan: Important Strides Made by the Supreme Court Respecting Children's Evidence" (1990), 79 C.R. (3d) 15.
Blugerman, Brian, assisted by Laurie May. "The New Child Pornography Law: Difficulties of Bill C-128" (1995), 4 *M.C.L.R.* 17.
Canada. Committee on Sexual Offences Against Children and Youths. *Sexual Offences Against Children* (Badgley Report). Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984.
Canada. Criminal Intelligence Service. *Annual Report on Organized Crime in Canada*. Ottawa: The Service, 2000.
Canada. Health and Welfare Canada. Report of the Special Advisor to the Minister of National Health and Welfare on Child Sexual Abuse in Canada. *Reaching*

Doctrine citée

Bala, Nicholas, and Martha Bailey. « Canada: Recognizing the Interests of Children » (1992-93), 31 *U. Louisville J. Fam. L.* 283.
Bessner, Ronda. « Khan: Important Strides Made by the Supreme Court Respecting Children's Evidence » (1990), 79 C.R. (3d) 15.
Blugerman, Brian, assisted by Laurie May. « The New Child Pornography Law: Difficulties of Bill C-128 » (1995), 4 *M.C.L.R.* 17.
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général. *Procès-verbaux et témoignages*. Fascicule nº 105, 10 juin 1993, p. 105:4-105:5, 105:21.
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des affaires juridiques. *Rapport sur la pornographie*. Fascicule nº 18, le 22 mars 1978, p. 18:4.
Canada. Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution. *Rapport du Comité spécial d'étude de*

for Solutions. By Rix G. Rogers. Ottawa: The Advisor, 1990.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. *Report on Pornography*. Issue No. 18, March 22, 1978, p. 18:4.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and the Solicitor General. *Minutes of Proceedings and Evidence*. Issue No. 105, June 10, 1993, pp. 105:4-105:5, 105:21.

Canada. *House of Commons Debates*, 3rd Sess., 34th Parl., vol. XVI, June 3, 1993, p. 20328.

Canada. Senate. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*. Issue No. 50, June 21, 1993, p. 50:41.

Canada. Senate. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*. Issue No. 51, June 22, 1993, p. 51:54.

Canada. Special Committee on Pornography and Prostitution. *Report of the Special Committee on Pornography and Prostitution* (Fraser Report). Ottawa: The Committee, 1985.

Canadian Oxford Dictionary. Edited by Katherine Barber. Toronto: Oxford University Press, 1998, "explicit".

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 1999, release 1).

Levesque, Roger J. R. *Sexual Abuse of Children: A Human Rights Perspective*. Bloomington: Indiana University Press, 1999.

New Oxford Dictionary of English. Edited by Judy Pearsall. Oxford: Clarendon Press, 1998, "explicit".

New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, vol. 1. Oxford: Clarendon Press, 1993, "art".

Roberts, Julian V. "Sexual Assault in Canada: Recent Statistical Trends" (1996), 21 *Queen's L.J.* 395.

Ross, June. "*R.* v. *Sharpe* and Private Possession of Child Pornography" (2000), 11 *Constitutional Forum* 50.

Stephen, James Fitzjames, Sir. *A Digest of the Criminal Law (indictable offences)*, 9th ed. By Sir Lewis Frederick Sturge. London: Sweet & Maxwell, 1950.

Sugunasiri, Shalin M. "Contextualism: The Supreme Court's New Standard of Judicial Analysis and Accountability" (1999), 22 *Dalhousie L.J.* 126.

la pornographie et de la prostitution (rapport Fraser). Ottawa : Le Comité, 1985.

Canada. Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes. *Infractions sexuelles à l'égard des enfants* (rapport Badgley). Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1984.

Canada. *Débats de la Chambre des communes*, 3e sess., 34e lég., vol. XVI, 3 juin 1993, p. 20328.

Canada. Santé et Bien-être social Canada. Rapport du conseiller spécial du ministre de la Santé nationale et du Bien-être social en matière d'agressions sexuelles contre les enfants au Canada. *À la recherche de solutions*. Par Rix G. Rogers. Ottawa : Le Conseiller, 1990.

Canada. Sénat. *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*. Fascicule no 50, 21 juin, 1993, p. 50:41.

Canada. Sénat. *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*. Fascicule no 51, 22 juin 1993, p. 51:54.

Canada. Service canadien de renseignements criminels. *Rapport annuel sur le crime organisé au Canada*. Ottawa : Le Service, 2000.

Canadian Oxford Dictionary. Edited by Katherine Barber. Toronto : Oxford University Press, 1998, « explicit ».

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3e éd. Montréal : Thémis, 1999.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.

Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto : Butterworths, 1994.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1992 (updated 1999, release 1).

Levesque, Roger J. R. *Sexual Abuse of Children: A Human Rights Perspective*. Bloomington : Indiana University Press, 1999.

Nations Unies. Assemblée générale. *Vente d'enfants, prostitution des enfants et pornographie impliquant des enfants : Note du Secrétaire général*, Doc. N.U. A/49/478 (1994).

Nations Unies. Commission des droits de l'homme. *Programme d'action pour la prévention de la vente d'enfants, de la prostitution des enfants et de la pornographie impliquant des enfants*, 55e séance, 1992/74.

New Oxford Dictionary of English. Edited by Judy Pearsall. Oxford : Clarendon Press, 1998, « explicit ».

New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, vol. 1. Oxford : Clarendon Press, 1993, « art ».

2001 SCC 2 (CanLII)

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*. Concord, Ont.: Irwin Law, 1997.

United Nations. Commission on Human Rights. *Programme of Action for the Prevention of the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography*, 55th Mtg., 1992/74.

United Nations. General Assembly. *Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography: Note by the Secretary-General*, U.N. Doc. A/49/478 (1994).

Watson, Jack. "Case Comment: *R. v. Sharpe*" (1999), 10 *N.J.C.L.* 251.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1999), 136 C.C.C. (3d) 97, 127 B.C.A.C. 76, 207 W.A.C. 76, 175 D.L.R. (4th) 1, 25 C.R. (5th) 215, 69 B.C.L.R. (3d) 234, [2000] 1 W.W.R. 241, [1999] B.C.J. No. 1555 (QL), 1999 BCCA 416, dismissing a Crown appeal from a decision of the British Columbia Supreme Court (1999), 22 C.R. (5th) 129, 169 D.L.R. (4th) 536, [1999] B.C.J. No. 54 (QL), declaring void s. 163.1(4) of the *Criminal Code*. Appeal allowed.

John M. Gordon and *Kate Ker*, for the appellant.

Gil D. McKinnon, *Q.C.*, *Richard C. C. Peck*, *Q.C.*, and *Nikos Harris* for the respondent.

Cheryl J. Tobias and *Kenneth J. Yule*, for the intervener the Attorney General of Canada.

James H. Flaherty, *Christine Bartlett-Hughes* and *Laurie Lacelle*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Joanne Marceau and *Jacques Gauvin*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Daniel A. MacRury, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Mary Elizabeth Beaton, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Shawn Greenberg and *Holly Penner*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Roberts, Julian V. « Sexual Assault in Canada: Recent Statistical Trends » (1996), 21 *Queen's L.J.* 395.

Ross, June. « *R.* v. *Sharpe* and Private Possession of Child Pornography » (2000), 11 *Forum Constitutionnel* 50.

Stephen, James Fitzjames, Sir. *A Digest of the Criminal Law (indictable offences)*, 9th ed. By Sir Lewis Frederick Sturge. London : Sweet & Maxwell, 1950.

Sugunasiri, Shalin M. « Contextualism : The Supreme Court's New Standard of Judicial Analysis and Accountability » (1999), 22 *Dalhousie L.J.* 126.

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*. Concord, Ont. : Irwin Law, 1997.

Watson, Jack. « Case Comment: *R. v. Sharpe* » (1999), 10 *N.J.C.L.* 251.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1999), 136 C.C.C. (3d) 97, 127 B.C.A.C. 76, 207 W.A.C. 76, 175 D.L.R. (4th) 1, 25 C.R. (5th) 215, 69 B.C.L.R. (3d) 234, [2000] 1 W.W.R. 241, [1999] B.C.J. No. 1555 (QL), 1999 BCCA 416, qui a rejeté l'appel du ministère public contre une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1999), 22 C.R. (5th) 129, 169 D.L.R. (4th) 536, [1999] B.C.J. No. 54 (QL), qui avait déclaré nul le par. 163.1(4) du *Code criminel*. Pourvoi accueilli.

John M. Gordon et *Kate Ker*, pour l'appelante.

Gil D. McKinnon, *c.r.*, *Richard C. C. Peck*, *c.r.*, et *Nikos Harris* pour l'intimé.

Cheryl J. Tobias et *Kenneth J. Yule*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

James H. Flaherty, *Christine Bartlett-Hughes* et *Laurie Lacelle*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Joanne Marceau et *Jacques Gauvin*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Daniel A. MacRury, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Mary Elizabeth Beaton, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Shawn Greenberg et *Holly Penner*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

2001 SCC 2 (CanLII)

Joshua B. Hawkes, for the intervener the Attorney General for Alberta.

Timothy S. B. Danson, for the interveners the Canadian Police Association (CPA), the Canadian Association of Chiefs of Police (CACP) and Canadians Against Violence (CAVEAT).

Frank Addario and *Michael Lacy*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association.

Robert W. Staley, *Meredith Hayward* and *Janet Epp Buckingham*, for the interveners the Evangelical Fellowship of Canada and the Focus on the Family (Canada) Association.

John D. McAlpine, *Q.C.*, *Bruce Ryder* and *Andrew D. Gay*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Patricia D. S. Jackson and *Tycho M. J. Manson*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

David Matas, *Mark Eric Hecht* and *Jean-François Noël*, for the interveners Beyond Borders, Canadians Addressing Sexual Exploitation (CASE), End Child Prostitution, Child Pornography and Trafficking in Children for Sexual Purposes (ECPAT) and the International Bureau for Children's Rights.

The judgment of McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

Is Canada's law banning the possession of child pornography constitutional or, conversely, does it unjustifiably intrude on the constitutional right of Canadians to free expression? That is the central question posed by this appeal.

I conclude that the law is constitutional, except for two peripheral applications relating to expres-

Joshua B. Hawkes, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Timothy S. B. Danson, pour les intervenants l'Association canadienne des policiers (ACP), l'Association canadienne des chefs de police (ACCP) et les Canadiens contre la violence (CAVEAT).

Frank Addario et *Michael Lacy*, pour l'intervenante la Criminal Lawyers' Association.

Robert W. Staley, *Meredith Hayward* et *Janet Epp Buckingham*, pour les intervenantes l'Alliance évangélique du Canada et la Focus on the Family (Canada) Association.

John D. McAlpine, *c.r.*, *Bruce Ryder* et *Andrew D. Gay*, pour l'intervenante la British Columbia Civil Liberties Association.

Patricia D. S. Jackson et *Tycho M. J. Manson*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

David Matas, *Mark Eric Hecht* et *Jean-François Noël*, pour les intervenants Beyond Borders, les Canadiens opposés à l'exploitation sexuelle (COES), End Child Prostitution, Child Pornography and Trafficking in Children for Sexual Purposes (ECPAT) et le Bureau international des droits des enfants.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et LeBel rendu par

LE JUGE EN CHEF —

I. Introduction

La disposition législative canadienne interdisant la possession de pornographie juvénile est-elle constitutionnelle ou, au contraire, constitue-t-elle une restriction injustifiée du droit constitutionnel des Canadiens à la liberté d'expression? Voilà la principale question que soulève le présent pourvoi. 1

Je conclus que la disposition en cause est constitutionnelle, sauf en ce qui concerne deux applica- 2

2001 SCC 2 (CanLII)

sive material privately created and kept by the accused, for which two exceptions can be read into the legislation. The law otherwise strikes a constitutional balance between freedom of expression and prevention of harm to children. As a consequence, I would uphold the law and remit Mr. Sharpe for trial on all charges.

tions limitrophes portant sur du matériel expressif créé et conservé en privé par l'accusé, à l'égard desquelles on peut considérer que la disposition comporte deux exceptions. Hormis cela, la disposition en cause établit un équilibre constitutionnel entre la liberté d'expression et la prévention du préjudice causé aux enfants. Par conséquent, je suis d'avis d'en confirmer la validité et de renvoyer M. Sharpe à son procès relativement à tous les chefs d'accusation.

3 The respondent, Mr. Sharpe, was charged on a four-count indictment after two seizures of material. The first seizure was made by Canada Customs. It consisted of computer discs containing a text entitled "Sam Paloc's Boyabuse — Flogging, Fun and Fortitude: A Collection of Kiddiekink Classics". Two charges were laid with respect to this material — one for illegal possession under s. 163.1(4) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and one for possession for the purposes of distribution or sale under s. 163.1(3) of the *Code*. The second seizure was at Mr. Sharpe's home pursuant to a search warrant the validity of which will be contested at trial. Police officers seized a collection of books, manuscripts, stories and photographs the Crown says constitute child pornography. Again, two charges were laid — one of simple possession and one of possession for the purposes of distribution or sale.

L'intimé, M. Sharpe, a fait l'objet de quatre chefs d'accusation à la suite de deux saisies. La première, effectuée par Douanes Canada, visait des disquettes informatiques renfermant un texte intitulé « Sam Paloc's Boyabuse — Flogging, Fun and Fortitude: A Collection of Kiddiekink Classics ». Deux accusations ont été déposées à l'égard de ce matériel, une pour possession illégale, suivant le par. 163.1(4) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et l'autre pour possession en vue de la distribution ou de la vente, suivant le par. 163.1(3) du *Code*. Au cours de la deuxième saisie, effectuée au domicile de M. Sharpe en vertu d'un mandat de perquisition dont la validité sera contestée au procès, les policiers se sont emparés d'une collection d'ouvrages, de manuscrits, de récits et de photos qui, d'affirmer le ministère public, constituent de la pornographie juvénile. Deux accusations ont une fois de plus été déposées, l'une de simple possession et l'autre de possession en vue de la distribution ou de la vente.

4 Mr. Sharpe brought a preliminary motion challenging the constitutionality of s. 163.1(4) of the *Criminal Code*. He does not challenge the constitutionality of the offence of possession for the purposes of distribution and sale, which will go to trial regardless of how this appeal is resolved. Mr. Sharpe contends that the prohibition of possession, without more, violates the guarantee of freedom of expression in s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The trial judge ruled that the prohibition was unconstitutional, as did the majority of the British Columbia Court of Appeal. The Crown appeals that order to this Court.

Dans une requête préliminaire, M. Sharpe a plaidé l'inconstitutionnalité du par. 163.1(4) du *Code criminel*. Il ne conteste pas la validité de l'infraction de possession en vue de la distribution et de la vente, à l'égard de laquelle il sera jugé peu importe l'issue du présent pourvoi. Monsieur Sharpe soutient que l'interdiction de la possession, sans plus, porte atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge du procès ainsi que les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont déclaré l'interdiction inconstitutionnelle. Le ministère public fait appel de cette ordonnance devant notre Cour.

2001 SCC 2 (CanLII)

The Crown concedes that s. 163.1(4)'s prohibition on the possession of child pornography infringes the guarantee of freedom of expression in s. 2(*b*) of the *Charter*. The issue is whether this limitation of freedom of expression is justifiable under s. 1 of the *Charter*, given the harm possession of child pornography can cause to children. Mr. Sharpe accepts that harm to children justifies criminalizing possession of some forms of child pornography. The fundamental question therefore is whether s. 163.1(4) of the *Criminal Code* goes too far and criminalizes possession of an unjustifiable range of material.

Le ministère public reconnaît que le par. 163.1(4) interdisant la possession de pornographie juvénile porte atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte*. La question est de savoir si cette restriction est justifiable au sens de l'article premier de la *Charte*, étant donné le préjudice que la possession de pornographie juvénile peut causer aux enfants. Monsieur Sharpe reconnaît que ce préjudice justifie la criminalisation de la possession de certains types de pornographie juvénile. Il s'agit donc essentiellement de savoir si le par. 163.1(4) du *Code criminel* va trop loin et criminalise sans justification la possession d'un éventail trop large de matériel.

II. Provisions of the Legislation and the *Charter*

II. La disposition législative et la *Charte*

In 1993, Parliament enacted s. 163.1 of the *Criminal Code*, creating a number of offences relating to child pornography. The provision supplemented laws making it an offence to make, print, publish, distribute, or circulate obscene material (s. 163), and to corrupt children (s. 172). With the enactment of s. 163.1, the *Criminal Code* contains a comprehensive scheme to attack child pornography at every stage — production, publication, importation, distribution, sale and possession. Subsections (2) and (3) of s. 163.1 criminalize possession of child pornography for the purpose of publication and possession for the purpose of distribution or sale. Section 163.1(4) extends the prohibition to possession *simpliciter*:

En 1993, le Parlement a adopté l'art. 163.1 du *Code criminel*, créant ainsi un certain nombre d'infractions liées à la pornographie juvénile. Cet article s'ajoutait aux dispositions interdisant la production, l'impression, la publication, la distribution ou la mise en circulation de matériel obscène (art. 163) et la corruption d'un enfant (art. 172). Par suite de l'adoption de cette disposition, le *Code criminel* comporte un régime complet de répression de la pornographie juvénile à tous les stades : production, publication, importation, distribution, vente et possession. Les paragraphes 163.1(2) et (3) créent l'infraction de possession de pornographie juvénile en vue de la publication et celle de possession en vue de la distribution ou de la vente. Le paragraphe 163.1(4) étend l'interdiction à la simple possession :

163.1 . . .

(4) Every person who possesses any child pornography is guilty of

(*a*) an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years; or

(*b*) an offence punishable on summary conviction.

163.1 . . .

(4) Quiconque a en sa possession de la pornographie juvénile est coupable :

a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

The scope of this offence depends on the definition of "child pornography" in subs. (1):

(1) In this section, "child pornography" means

La portée de cette infraction dépend de la définition de « pornographie juvénile » au par. (1) :

(1) Au présent article, « pornographie juvénile » s'entend, selon le cas :

2001 SCC 2 (CanLII)

(*a*) a photographic, film, video or other visual representation, whether or not it was made by electronic or mechanical means,

(i) that shows a person who is or is depicted as being under the age of eighteen years and is engaged in or is depicted as engaged in explicit sexual activity, or

(ii) the dominant characteristic of which is the depiction, for a sexual purpose, of a sexual organ or the anal region of a person under the age of eighteen years; or

(*b*) any written material or visual representation that advocates or counsels sexual activity with a person under the age of eighteen years that would be an offence under this Act.

8 The offence is subject to a number of defences, set out in subs. (6) and (7):

(6) Where the accused is charged with an offence under subsection (2), (3) or (4), the court shall find the accused not guilty if the representation or written material that is alleged to constitute child pornography has artistic merit or an educational, scientific or medical purpose.

(7) Subsections 163(3) to (5) apply, with such modifications as the circumstances require, with respect to an offence under subsection (2), (3) or (4).

9 Subsection (7) imports the "public good" defence from the obscenity provisions of the *Criminal Code*:

163. . . .

(3) No person shall be convicted of an offence under this section if the public good was served by the acts that are alleged to constitute the offence and if the acts alleged did not extend beyond what served the public good.

(4) For the purposes of this section, it is a question of law whether an act served the public good and whether there is evidence that the act alleged went beyond what served the public good, but it is a question of fact whether the acts did or did not extend beyond what served the public good.

(5) For the purposes of this section, the motives of an accused are irrelevant.

a) de toute représentation photographique, filmée, vidéo ou autre, réalisée par des moyens mécaniques ou électroniques :

(i) soit où figure une personne âgée de moins de dix-huit ans ou présentée comme telle et se livrant ou présentée comme se livrant à une activité sexuelle explicite,

(ii) soit dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, d'organes sexuels ou de la région anale d'une personne âgée de moins de dix-huit ans;

b) de tout écrit ou de toute représentation qui préconise ou conseille une activité sexuelle avec une personne âgée de moins de dix-huit ans qui constituerait une infraction à la présente loi.

Les paragraphes (6) et (7) prévoient plusieurs moyens de défense :

(6) Lorsqu'une personne est accusée d'une infraction visée aux paragraphes (2), (3) ou (4), le tribunal est tenu de déclarer cette personne non coupable si la représentation ou l'écrit qui constituerait de la pornographie juvénile a une valeur artistique ou un but éducatif, scientifique ou médical.

(7) Les paragraphes 163(3) à (5) s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, à une infraction visée aux paragraphes (2), (3) ou (4).

Le paragraphe (7) rend applicable le moyen de défense fondé sur le « bien public » prévu par les dispositions du *Code criminel* relatives à l'obscénité :

163. . . .

(3) Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction visée au présent article si les actes qui constitueraient l'infraction ont servi le bien public et n'ont pas outrepassé ce qui a servi celui-ci.

(4) Pour l'application du présent article, la question de savoir si un acte a servi le bien public et s'il y a preuve que l'acte allégué a outrepassé ce qui a servi le bien public est une question de droit, mais celle de savoir si les actes ont ou n'ont pas outrepassé ce qui a servi le bien public est une question de fait.

(5) Pour l'application du présent article, les motifs d'un prévenu ne sont pas pertinents.

2001 SCC 2 (CanLII)

Section 2(*b*) of the *Charter* guarantees freedom of expression as follows:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . .

(*b*) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

Section 7 of the *Charter* guarantees a right to liberty as follows:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

Section 1 of the *Charter* affirms the entitlement of everyone to the fundamental rights guaranteed by the *Charter*, subject to justifiable limits:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

III. Judicial Decisions

A. *British Columbia Supreme Court* (1999), 22 C.R. (5th) 129

In the British Columbia Supreme Court, Shaw J. courageously ruled that s. 163.1(4) is unconstitutional. He held that the objective of the law is to combat material that puts children at risk of harm. He reviewed evidence that child pornography arguably creates this risk through its use for grooming or seduction; by the use of children in its manufacture; by confirming or augmenting cognitive distortions of paedophiles; and by inciting paedophiles to commit offences against children. However, although this Court in *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, did not require conclusive proof that obscene materials cause harm, Shaw J. apparently required such proof and found little scientific evidence linking the possession of child pornography to these risks. As a result, he considered the salutary effects of the law to be limited.

Le libellé de l'al. 2*b*) de la *Charte*, qui garantit la liberté d'expression, est le suivant : 10

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

. . .

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

L'article 7 de la *Charte* garantit ainsi le droit à la liberté : 11

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

L'article premier de la *Charte* reconnaît à chacun les droits fondamentaux garantis par la *Charte*, sous réserve de limites justifiables : 12

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

III. Les décisions antérieures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1999), 22 C.R. (5th) 129

Le juge Shaw de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a eu le courage de conclure à l'inconstitutionnalité du par. 163.1(4). Il a jugé que l'objectif du législateur est de lutter contre le matériel qui expose les enfants à un préjudice. Il a examiné la preuve indiquant que la pornographie juvénile expose les enfants à ce risque en raison de l'utilisation qui en est faite pour les séduire ou les initier aux rapports sexuels, de l'utilisation d'enfants pour la produire, de la confirmation ou du renforcement des distorsions cognitives des pédophiles et du fait qu'elle incite ces derniers à commettre des infractions contre des enfants. Cependant, même si dans l'arrêt *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, notre Cour n'a pas exigé une preuve concluante de la nocivité du matériel obscène, le juge Shaw a semblé en faire une exigence et a 13

2001 SCC 2 (CanLII)

As for the law's deleterious effects, he found that "the invasion of freedom of expression and personal privacy is profound" (para. 49) and held that they were "not outweighed by the limited beneficial effects of the prohibition" (para. 50). Shaw J. concluded that the law was inconsistent with the *Charter* and could not be justified under s. 1, rendering it invalid under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

constaté que peu de preuves scientifiques établissent un lien entre la possession de pornographie juvénile et ces risques. En conséquence, il a estimé que les effets bénéfiques de la disposition sont limités. Quant aux effets préjudiciables de l'interdiction, il était d'avis que [TRADUCTION] « l'atteinte à la liberté d'expression et à la vie privée était profonde » (par. 49) et n'était « pas compensée par les effets bénéfiques restreints de la loi » (par. 50). Le juge Shaw a donc conclu que la disposition est incompatible avec la *Charte* et ne peut être justifiée au sens de l'article premier, et qu'elle est donc inopérante suivant le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1999), 136 C.C.C. (3d) 97

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1999), 136 C.C.C. (3d) 97

14 The Court of Appeal, by a margin of 2 to 1, upheld the trial judge's conclusion. Southin J.A. found the law invalid for two reasons. First, she held that "legislation which makes simple possession of expressive materials a crime can never be a reasonable limit in a free and democratic society. Such legislation bears the hallmark of tyranny" (para. 95). On this approach, any prohibition of private possession of child pornography, as opposed to manufacture, distribution or possession for these purposes, would always, of necessity, unjustifiably restrict freedom of expression. In the alternative, Southin J.A. found that the law failed the proportionality test of s. 1. Like the trial judge, Southin J.A. held that the most compelling evidence of necessity is required to justify a prohibition on mere possession, and that the legislation catches too much lawful conduct unrelated to harm to children, notably in relation to teenage sexuality.

À deux juges contre un, la Cour d'appel a confirmé la conclusion du juge du procès. Madame le juge Southin a considéré que la disposition est inconstitutionnelle pour deux motifs. Premièrement, elle a dit qu'une [TRADUCTION] « mesure législative criminalisant la simple possession de matériel expressif ne saurait jamais être une limite raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique. Une telle mesure est marquée au coin de la tyrannie » (par. 95). De ce point de vue, toute interdiction frappant la possession personnelle de pornographie juvénile, par opposition à la production, à la distribution ou à la possession à cette fin, constitue nécessairement, dans tous les cas, une restriction injustifiable de la liberté d'expression. À titre subsidiaire, elle a conclu que la disposition ne satisfait pas au critère de proportionnalité de l'article premier. À l'instar du juge du procès, elle a estimé que seule une preuve de nécessité des plus convaincantes peut justifier l'interdiction de la simple possession et que la disposition vise trop d'actes légaux n'ayant aucun rapport avec le préjudice causé aux enfants, particulièrement en ce qui concerne la sexualité des adolescents.

15 Rowles J.A. held the law invalid on the ground that it is unjustifiably overbroad. Sympathetic to Parliament's goal, she argued eloquently for the need to protect children from sexual abuse. She noted that child pornography does not lie close to

Madame le juge Rowles a conclu à l'invalidité de la disposition pour le motif qu'elle a une portée trop large. Souscrivant à l'objectif du législateur, elle a évoqué avec éloquence la nécessité de protéger les enfants contre l'exploitation sexuelle. Elle a

2001 SCC 2 (CanLII)

the core of protected expression, and found that Parliament had a reasonable basis for concluding that criminalizing possession of child pornography would reduce the risk of harm to children. Rowles J.A. held, however, that the law failed because it caught much more material than necessary to achieve the objective, mainly relating to teenage sexuality, an intrusion on free expression aggravated by its impact on privacy. "By providing a sentence of incarceration for the possession of recorded thoughts and expression, including one's own thoughts and expression, the legislation trenches deeply upon the core values enshrined in the *Charter* and essential to a free and democratic society" (para. 213). In the result the law raises "the spectre that legitimate and non-harmful expression will be chilled as individuals are forced, in the words of the trial judge, to become their own censors" (para. 213). On the other side of the balance, the only "value added" by criminalizing possession of child pornography, in addition to the other offences, was a modest contribution to law enforcement (para. 214).

souligné que la pornographie juvénile est loin d'être au cœur du droit à la liberté d'expression et a décidé que le législateur avait des motifs raisonnables de croire que criminaliser la possession de pornographie juvénile réduirait le risque de préjudice aux enfants. Le juge Rowles a toutefois statué que la disposition est invalide parce qu'elle vise beaucoup plus de matériel que nécessaire pour atteindre cet objectif, principalement en ce qui a trait à la sexualité des adolescents, et que cette atteinte à la liberté d'expression, est aggravée par ses répercussions sur la vie privée. [TRADUCTION] « En rendant punissable d'emprisonnement la possession de pensées ou de formes d'expression enregistrées, y compris ses propres pensées et formes d'expression, la mesure législative porte profondément atteinte aux valeurs fondamentales qui sous-tendent la *Charte* et qui sont essentielles à une société libre et démocratique » (par. 213). Ainsi, la disposition agite « le spectre de l'entrave à l'expression légitime et inoffensive si, pour reprendre les termes du juge du procès, chacun est obligé de devenir son propre censeur » (par. 213). Sur l'autre plateau de la balance, la seule « valeur ajoutée » aux autres infractions par la criminalisation de la possession de pornographie juvénile est une modeste contribution à l'application de la loi (par. 214).

McEachern C.J.B.C. would have upheld the law. Since Mr. Sharpe conceded that possession of some pornographic material should be prohibited, the only issue was where to draw the line between permissible and impermissible material. McEachern C.J.B.C. considered Shaw J. to have erred in not considering the suppression of the market for child pornography, and hence the prevention of the abuse of children in the course of producing child pornography, to be a salutary effect of the prohibition. He found the definition of child pornography in the section carefully drafted and rationally connected to the objectives of the legislation. In his view, limitations in the law offered considerable protection against problematic prosecution. Acknowledging that the law catches some teenage sexual material unrelated to the harm, he doubted Parliament could have drafted it in a way that avoided such difficulties.

16 Le juge en chef McEachern aurait confirmé la validité de la disposition législative. Comme M. Sharpe a reconnu que la possession de certains types de matériel pornographique devrait être interdite, il suffit de déterminer ce qui est acceptable et ce qui ne l'est pas. Le juge en chef McEachern a considéré que le juge Shaw a commis une erreur en ne prenant pas en considération, parmi les effets bénéfiques de l'interdiction, l'abolition du marché de la pornographie juvénile et, partant, la prévention de l'exploitation d'enfants pour produire ce matériel. Il a estimé que la définition de la pornographie juvénile est bien rédigée et qu'elle a un lien rationnel avec les objectifs du législateur. À son avis, les limites prévues dans la disposition offrent une protection considérable contre les poursuites inappropriées. Même s'il a admis que la disposition vise du matériel sexuel d'adolescents qui n'a rien à voir avec le préjudice

2001 SCC 2 (CanLII)

The hypothetical examples of unrelated material were remote and likely to arise infrequently. McEachern C.J.B.C. concluded that "any balancing of the risk of harm to children against the risk of harm to 'innocent' possessors of child pornography as defined must be resolved in favour of children" (para. 292).

17 The decisions in the British Columbia courts reveal four distinctive arguments. At the far end of the spectrum is Southin J.A.'s argument that prohibition of private possession of child pornography can never constitute a justifiable infringement on free expression. Next is the position of the trial judge, adopted by Southin J.A. in the alternative, that the benefits of the law are limited and do not outweigh its negative effects on freedom of expression and privacy. The third argument, put forward by Rowles J.A., is that the law is unjustifiably overbroad. The fourth argument, adopted by McEachern C.J.B.C., is that the only issue is overbreadth and that on balance the law's infringement on freedom of expression is justified.

IV. Issues

18 Two issues arise: whether the prohibition of possession of child pornography in s. 163.1(4) limits a *Charter* right and, if so, whether the infringement is justified. On the first issue the Crown concedes that the law intrudes upon the guarantee of free expression in s. 2(*b*) of the *Charter*. The respondent also alleges a violation of his right to liberty under s. 7 of the *Charter*, arguing that exposure to potential imprisonment as a result of an excessively sweeping law is contrary to the principles of fundamental justice. Since this argument wholly replicates the overbreadth concerns that are the

appréhendé, il doutait que le législateur aurait pu rédiger la disposition de manière à éviter un tel écueil. Les exemples hypothétiques de matériel sans rapport avec le préjudice appréhendé ne sont pas convaincants et ces situations ne sont susceptibles de se présenter que rarement. Le juge en chef McEachern a conclu que [TRADUCTION] « dans toute évaluation du risque de préjudice à des enfants et du risque de préjudice au possesseur "innocent" de pornographie juvénile telle qu'elle est définie, c'est le premier type de risque qui doit l'emporter » (par. 292).

Quatre points de vue distincts ressortent des décisions des tribunaux de la Colombie-Britannique. À un extrême se situe la position du juge Southin, de la Cour d'appel, selon laquelle l'interdiction de possession personnelle de pornographie juvénile ne peut jamais constituer une atteinte justifiable à la liberté d'expression. Suit le point de vue du juge du procès, que le juge Southin partage à titre subsidiaire, selon lequel les avantages de la disposition sont limités et ne l'emportent pas sur les effets négatifs qu'elle a sur la liberté d'expression et le droit à la vie privée. Le troisième point de vue, énoncé par le juge Rowles de la Cour d'appel, veut que la disposition ait une portée trop large. Selon le quatrième point de vue adopté par le juge en chef McEachern, seule la question de la portée trop large se pose et, tout bien considéré, l'atteinte de la disposition à la liberté d'expression est justifiée.

IV. Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève deux questions : L'interdiction de posséder de la pornographie juvénile prévue au par. 163.1(4) limite-t-elle un droit garanti par la *Charte* et, dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée? Sur le premier point, le ministère public admet que la disposition en cause porte atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte*. L'intimé plaide aussi l'atteinte au droit à la liberté que lui garantit l'art. 7 de la *Charte*, faisant valoir que le fait d'être passible d'emprisonnement en raison de la portée excessive d'une disposition législative est contraire aux prin-

2001 SCC 2 (CanLII)

central obstacle to the justification of the s. 2(*b*) breach, it is not necessary to consider it separately. The weight of authority commends the s. 1 analysis generally, and the minimal impairment consideration in particular, as the appropriate forum for addressing allegations of overly broad restrictions on free expression: *Butler*, *supra*; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731.

The basic issue thus reduces to whether the limit imposed by the law on free expression can be justified under s. 1 of the *Charter*. If aspects of the law cannot be justified, the further question arises of whether a remedy short of striking down the entire law as unconstitutional is appropriate.

Reflecting these issues, the constitutional questions have been stated as follows:

1. Does s. 163.1(4) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, violate s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If s. 163.1(4) of the *Criminal Code* infringes s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is s. 163.1(4) a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society for the purposes of s. 1 of the *Charter*?
3. Does s. 163.1(4) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, violate s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
4. If s. 163.1(4) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringes s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is s. 163.1(4) a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society for the purposes of s. 1 of the *Charter*?

cipes de justice fondamentale. Étant donné que cet argument reprend toutes les craintes de portée excessive qui constituent le principal obstacle à la justification de la violation de l'al. 2*b*), il n'est pas nécessaire de l'examiner séparément. La jurisprudence a amplement établi que c'est généralement à l'étape de l'analyse fondée sur l'article premier et, en particulier, dans le cadre de l'étude de la question de l'atteinte minimale qu'il convient de traiter des arguments de restrictions excessives à la liberté d'expression : *Butler*, précité; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731.

19 La question fondamentale est donc simplement de savoir si la limite à la liberté d'expression imposée par la disposition peut être justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. Si des aspects de la disposition ne peuvent être justifiés, se pose alors la question de savoir si une réparation moindre que l'invalidation complète de la disposition est convenable.

20 Compte tenu de ces points en litige, les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées :

1. Le paragraphe 163.1(4) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, contrevient-il à l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. S'il contrevient à l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le par. 163.1(4) du *Code criminel* constitue-t-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, aux fins de l'article premier de la *Charte*?
3. Le paragraphe 163.1(4) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, contrevient-il à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
4. S'il contrevient à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le par. 163.1(4) du *Code criminel* constitue-t-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, aux fins de l'article premier de la *Charte*?

2001 SCC 2 (CanLII)

V. Analysis

A. *The Values at Stake*

21 Among the most fundamental rights possessed by Canadians is freedom of expression. It makes possible our liberty, our creativity and our democracy. It does this by protecting not only "good" and popular expression, but also unpopular or even offensive expression. The right to freedom of expression rests on the conviction that the best route to truth, individual flourishing and peaceful coexistence in a heterogeneous society in which people hold divergent and conflicting beliefs lies in the free flow of ideas and images. If we do not like an idea or an image, we are free to argue against it or simply turn away. But, absent some constitutionally adequate justification, we cannot forbid a person from expressing it.

22 Nevertheless, freedom of expression is not absolute. Our Constitution recognizes that Parliament or a provincial legislature can sometimes limit some forms of expression. Overarching considerations, like the prevention of hate that divides society as in *Keegstra*, *supra*, or the prevention of harm that threatens vulnerable members of our society as in *Butler*, *supra*, may justify prohibitions on some kinds of expression in some circumstances. Because of the importance of the guarantee of free expression, however, any attempt to restrict the right must be subjected to the most careful scrutiny.

23 The values underlying the right to free expression include individual self-fulfilment, finding the truth through the open exchange of ideas, and the political discourse fundamental to democracy: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 976; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at p. 765. While some types of expression, like political expression, lie closer to the core of the guarantee than others, all are vital to a free and democratic

V. Analyse

A. *Les valeurs en jeu*

Au nombre des droits les plus fondamentaux que possèdent les Canadiens figure la liberté d'expression. Celle-ci rend possible notre liberté, notre créativité ainsi que notre démocratie, et ce, en protégeant non seulement l'expression qui est « bonne » et populaire, mais aussi celle qui est impopulaire, voire offensante. Le droit à la liberté d'expression repose sur la conviction que la libre circulation des idées et des images est la meilleure voie vers la vérité, l'épanouissement personnel et la coexistence pacifique dans une société hétérogène composée de personnes dont les croyances divergent et s'opposent. Si nous n'aimons pas une idée ou une image, nous sommes libres de nous y opposer ou simplement de nous en détourner. En l'absence de justification constitutionnelle suffisante toutefois, nous ne pouvons empêcher une personne de l'exprimer ou de la présenter, selon le cas.

La liberté d'expression n'est cependant pas absolue. Notre Constitution reconnaît que le Parlement ou une législature provinciale peut parfois limiter certaines formes d'expression. Des considérations générales, telle la prévention de la haine qui divise la société, comme dans l'arrêt *Keegstra*, précité, ou la prévention du préjudice qui menace des membres vulnérables de notre société, comme dans *Butler*, précité, peuvent justifier l'interdiction de certaines formes d'expression dans certaines circonstances. En raison de l'importance de la garantie de liberté d'expression, toute tentative visant à restreindre ce droit doit cependant faire l'objet d'un examen très attentif.

Les valeurs qui sous-entendent le droit à la liberté d'expression sont notamment l'épanouissement personnel, la recherche de la vérité par l'échange ouvert d'idées et le discours politique qui est fondamental pour la démocratie : *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 976; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 765. Si certaines formes d'expression, comme l'expression politique, sont plus au cœur de la garantie que

2001 SCC 2 (CanLII)

2001 SCC 2 (CanLII)

society. As stated in *Irwin Toy*, *supra*, at p. 968, the guarantee "ensure[s] that everyone can manifest their thoughts, opinions, beliefs, indeed all expressions of the heart and mind, however unpopular, distasteful or contrary to the mainstream. Such protection", the Court continued, "is . . . 'fundamental' because in a free, pluralistic and democratic society we prize a diversity of ideas and opinions for their inherent value both to the community and to the individual". As stated by Cardozo J. in *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), free expression is "the matrix, the indispensable condition, of nearly every other form of freedom" (p. 327).

d'autres, toutes les formes d'expression sont essentielles au maintien d'une société libre et démocratique. Comme la Cour l'explique dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, p. 968, la garantie « assur[e] que chacun puisse manifester ses pensées, ses opinions, ses croyances, en fait, toutes les expressions du cœur ou de l'esprit, aussi impopulaires, déplaisantes ou contestataires soient-elles. Cette protection », de poursuivre la Cour, « est [. . .] "fondamentale" parce que dans une société libre, pluraliste et démocratique, nous attachons une grande valeur à la diversité des idées et des opinions qui est intrinsèquement salutaire tant pour la collectivité que pour l'individu ». Selon le juge Cardozo, dans *Palko c. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), la liberté d'expression est [TRADUCTION] « la matrice, l'élément essentiel de presque toute forme de liberté » (p. 327).

The law challenged in this appeal engages mainly the justification of self-fulfilment. Child pornography does not generally contribute to the search for truth or to Canadian social and political discourse. Some question whether it engages even the value of self-fulfilment, beyond the base aspect of sexual exploitation. The concern in this appeal, however, is that the law may incidentally catch forms of expression that more seriously implicate self-fulfilment and that do not pose a risk of harm to children.

24 La disposition attaquée dans le présent pourvoi fait principalement intervenir la justification fondée sur l'épanouissement personnel. La pornographie juvénile ne contribue généralement ni à la recherche de la vérité ni au discours social et politique canadien. D'aucuns doutent qu'elle fasse même intervenir la valeur de l'épanouissement personnel si ce n'est l'aspect abject de l'exploitation sexuelle. On craint toutefois, en l'espèce, que la disposition ne vise accidentellement des formes d'expression qui touchent plus sérieusement à l'épanouissement personnel et qui ne présentent aucun risque de préjudice aux enfants.

As to the contention that prohibiting possession of expressive material does not raise free expression concerns, I cannot agree. The right conferred by s. 2(*b*) of the *Charter* embraces a continuum of intellectual and expressive freedom — "freedom of thought, belief, opinion and expression". The right to possess expressive material is integrally related to the development of thought, belief, opinion and expression. The possession of such material allows us to understand the thought of others or consolidate our own thought. Without the right to possess expressive material, freedom of thought, belief, opinion and expression would be compromised. Thus the possession of expressive materials falls

25 Quant à l'affirmation selon laquelle l'interdiction de la possession de matériel expressif ne suscite aucune crainte relative à la liberté d'expression, je ne puis y souscrire. Le droit garanti par l'al. 2*b*) de la *Charte* englobe un continuum de liberté intellectuelle et expressive — « liberté de pensés, de croyance, d'opinion et d'expression ». Le droit de posséder du matériel expressif est intégralement lié au développement de la pensée, de la croyance, de l'opinion et de l'expression. La possession de ce matériel nous permet de comprendre la pensée d'autrui ou de confirmer notre propre pensée. Sans le droit de posséder du matériel expressif, la liberté de pensée, de croyance, d'opi-

within the continuum of rights protected by s. 2(*b*) of the *Charter*.

26 The private nature of the proscribed material may heighten the seriousness of a limit on free expression. Privacy, while not expressly protected by the *Charter*, is an important value underlying the s. 8 guarantees against unreasonable search and seizure and the s. 7 liberty guarantee: see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668. Indeed, as freedom from state intrusion and conformist social pressures is integral to individual flourishing and diversity, this Court has observed that "privacy is at the heart of liberty in a modern state": *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 427; see also *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 50. Privacy may also enhance freedom of expression claims under s. 2(*b*) of the *Charter*, for example in the case of hate literature: *Keegstra*, *supra*, at pp. 772-73; *Taylor*, *supra*, at pp. 936-37. The enhancement in the case of hate literature occurs in part because private material may do less harm than public, and in part because the freedoms of conscience, thought and belief are particularly engaged in the private setting: *Taylor*, *supra*. However, the private nature of much child pornography cuts two ways. It engages the fundamental right to freedom of thought. But at the same time, the clandestine nature of incitement, attitudinal change, grooming and seduction associated with child pornography contributes to the harm it may cause children, rather than reduces it.

27 In summary, prohibiting the possession of child pornography restricts the rights protected by s. 2(*b*) and the s. 7 liberty guarantee. While the prurient nature of most of the materials defined as "child pornography" may attenuate its constitutional worth, it does not negate it, since the guarantee

nion et d'expression serait compromise. La possession de matériel expressif est donc comprise dans l'ensemble des droits garantis par l'al. 2*b*) de la *Charte*.

Le caractère privé du matériel interdit peut accentuer la gravité de la limite apportée à la liberté d'expression. Même s'il n'est pas expressément garanti par la *Charte*, le droit à la vie privée constitue une valeur importante qui sous-tend le droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives garanti par l'art. 8 et le droit à la liberté garanti par l'art. 7 : voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668. En fait, comme le droit d'être protégé contre l'intrusion de l'État et les pressions sociales conformistes est inhérent à l'épanouissement personnel et à la diversité, notre Cour a fait remarquer que « la notion de vie privée est au cœur de celle de la liberté dans un État moderne » : *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 427; voir également *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, par. 50. Le droit à la vie privée peut aussi renforcer les revendications de liberté d'expression fondées sur l'al. 2*b*) de la *Charte*, dans le cas notamment d'écrits haineux : *Keegstra*, précité, p. 772-773, et *Taylor*, précité, p. 936-937. Dans un tel cas, ce renforcement résulte en partie de la possibilité que le matériel privé soit moins préjudiciable que le matériel rendu public et en partie de l'intervention particulière des libertés de conscience, de pensée et de croyance dans un contexte privé : *Taylor*, précité. Toutefois, le caractère privé d'une grande partie de la pornographie juvénile a une double incidence. Il fait intervenir le droit fondamental à la liberté d'expression. Mais en même temps, la nature clandestine de l'incitation, du changement de comportement, de l'initiation et de la séduction liés à la pornographie juvénile contribue au préjudice qui peut résulter pour les enfants, au lieu de le réduire.

En résumé, l'interdiction de la possession de pornographie juvénile restreint les droits garantis par l'al. 2*b*) et la liberté garantie par l'art. 7. Même si la nature lascive de la plus grande partie du matériel défini comme étant de la « pornographie juvénile » peut en atténuer la valeur sur le plan

2001 SCC 2 (CanLII)

tee of free expression extends even to offensive speech.

This brings us to the countervailing interest at stake in this appeal: society's interest in protecting children from the evils associated with the possession of child pornography. Just as no one denies the importance of free expression, so no one denies that child pornography involves the exploitation of children. The links between possession of child pornography and harm to children are arguably more attenuated than are the links between the manufacture and distribution of child pornography and harm to children. However, possession of child pornography contributes to the market for child pornography, a market which in turn drives production involving the exploitation of children. Possession of child pornography may facilitate the seduction and grooming of victims and may break down inhibitions or incite potential offences. Some of these links are disputed and must be considered in greater detail in the course of the s. 1 justification analysis. The point at this stage is simply to describe the concerns that, according to the government, justify limiting free expression by banning the possession of child pornography.

These then are the values at stake in this appeal. On the one hand stands the right of free expression — a right fundamental to the liberty of each Canadian and our democratic society. On the other stands the conviction that the possession of child pornography must be forbidden to prevent harm to children.

Mr. Sharpe does not suggest that the prevention of harm to children can never justify limiting free expression. Where the two values stand in stark opposition, prevention of harm to children must prevail. He suggests rather that the limitation s. 163.1(4) imposes on free expression must fail because the law catches material that poses no risk of harm to children and because the links between

constitutionnel, elle ne l'annule pas, puisque la garantie de liberté d'expression s'applique même au discours offensant.

28 Cela nous amène à l'intérêt opposé qui est en jeu dans le présent pourvoi : l'intérêt de la société à ce que les enfants soient protégés des maux liés à la possession de pornographie juvénile. Tout comme personne ne nie l'importance de la liberté d'expression, personne ne conteste non plus que la pornographie juvénile implique l'exploitation d'enfants. On peut dire que les liens entre la possession de pornographie juvénile et le préjudice causé aux enfants sont plus ténus que ceux qui existent entre la production et la distribution de pornographie juvénile et le préjudice causé aux enfants. Toutefois, la possession de pornographie juvénile contribue au marché de cette forme de pornographie, lequel marché stimule à son tour la production qui implique l'exploitation d'enfants. La possession de pornographie juvénile peut faciliter la séduction et l'initiation des victimes, vaincre leurs inhibitions et inciter à la perpétration éventuelle d'infractions. Certains de ces liens sont contestés et doivent faire l'objet d'un examen plus approfondi lors de l'analyse de la justification au sens de l'article premier. À la présente étape, il s'agit tout simplement de décrire les craintes qui, selon le gouvernement, justifient la limitation de la liberté d'expression par l'interdiction de la possession de pornographie juvénile.

29 Voilà donc les valeurs qui sont en jeu dans le présent pourvoi. D'une part, il y a le droit à la liberté d'expression — un droit fondamental pour la liberté de chaque Canadien et pour notre société démocratique. D'autre part, il y a la conviction que la possession de pornographie juvénile doit être interdite afin de prévenir tout préjudice causé aux enfants.

30 Monsieur Sharpe ne prétend pas que la prévention du préjudice causé aux enfants ne peut jamais justifier la limitation de la liberté d'expression. Lorsque les deux valeurs entrent nettement en conflit, la prévention du préjudice causé aux enfants doit l'emporter. Il affirme plutôt que la limitation que le par. 163.1(4) impose à la liberté d'expression doit tomber parce que cette disposition s'ap-

2001 SCC 2 (CanLII)

possession of child pornography and harm to children are weak.

31 In order to deal with these concerns, we must determine what material the law, properly construed, catches, and on that basis answer the question of whether those restrictions on free speech are in fact justified by the goal of preventing harm to children.

B. *The Nature and Scope of the Infringement of the Charter*

32 While the Crown concedes that s. 163.1(4) limits freedom of expression, this does not eliminate the need to consider the nature and scope of the infringement in determining whether or not it is justified. Until we know what the law catches, we cannot say whether it catches too much. This Court has consistently approached claims of overbreadth on this basis. It is not enough to accept the allegations of the parties as to what the law prohibits. The law must be construed, and interpretations that may minimize the alleged overbreadth must be explored: see *Keegstra*, *supra*, *Butler*, *supra*, and *Mills*, *supra*. So we must begin by asking what s. 163.1(4) truly catches as distinguished from some of the broader interpretations alleged by the respondent and some of the interveners in support. The interpretation of the section is a necessary precondition to the determination of constitutionality, although it is understood, of course, that courts in future cases may refine the analysis in light of the facts and considerations that emerge with experience.

33 Much has been written about the interpretation of legislation (see, e.g., R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (1997); R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994); P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000)). However, E. A. Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983) best captures the approach upon which I prefer to rely. He recognizes that statutory interpretation cannot be

plique à du matériel qui ne présente aucun risque de préjudice pour les enfants et parce que les liens entre la possession de pornographie juvénile et le préjudice causé aux enfants sont ténus.

Pour être en mesure de dissiper ces craintes, nous devons déterminer quel matériel est visé par la disposition, interprétée correctement, puis répondre à la question de savoir si ces limites apportées à la liberté d'expression sont effectivement justifiées par l'objectif de prévention du préjudice causé aux enfants.

B. *La nature et la portée de l'atteinte à la Charte*

Quoique le ministère public admette que le par. 163.1(4) limite la liberté d'expression, cela n'écarte pas la nécessité d'examiner la nature et la portée de l'atteinte afin de décider si elle est justifiée. Pour déterminer si une disposition a une portée trop large, il faut savoir ce à quoi elle s'applique. Notre Cour a constamment abordé de cette façon les arguments de portée excessive. Il ne suffit pas d'accepter les arguments des parties quant à ce qu'interdit la loi. La loi doit être interprétée, et les interprétations susceptibles de réduire au minimum la portée que l'on dit excessive doivent être examinées : voir *Keegstra*, *Butler* et *Mills*, précités. Il faut donc commencer par déterminer ce à quoi le par. 163.1(4) s'applique vraiment par opposition à certaines des interprétations plus larges préconisées par l'intimé et certains intervenants qui l'appuient. L'interprétation de la disposition est une étape préalable nécessaire à la détermination de la constitutionnalité, étant entendu naturellement que les tribunaux pourront, dans des instances ultérieures, préciser l'analyse à la lumière des faits et des considérations en présence.

On a beaucoup écrit sur l'interprétation des lois (voir, par exemple, R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (1997); R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3e éd. 1994); P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3e éd. 1999)). Toutefois, dans *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), E. A. Driedger illustre le mieux la démarche que je préfère adopter. Il reconnaît que l'interprétation d'une loi ne peut pas être fondée uniquement sur le

2001 SCC 2 (CanLII)

2001 SCC 2 (CanLII)

founded on the wording of the legislation alone. At p. 87, Driedger states: "Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament." Recent cases which have cited the above passage with approval include: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213, at para. 144; *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411, at para. 30; *Verdun v. Toronto-Dominion Bank*, [1996] 3 S.C.R. 550, at para. 22; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, at para. 10. Supplementing this approach is the presumption that Parliament intended to enact legislation in conformity with the *Charter*: see Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, *supra*, at pp. 322-27. If a legislative provision can be read both in a way that is constitutional and in a way that is not, the former reading should be adopted: see *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 1010; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at p. 660; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439, at para. 66.

Parliament's main purpose in passing the child pornography law was to prevent harm to children by banning the production, distribution and possession of child pornography, and by sending a message to Canadians "that children need to be protected from the harmful effects of child sexual abuse and exploitation and are not appropriate sexual partners": *House of Commons Debates*, 3rd Sess., 34th Parl., vol. XVI, June 3, 1993, at p. 20328. However, Parliament did not cast its net over all material that might conceivably pose any risk to children or produce any negative attitudinal changes. Mindful of the importance of freedom of expression in our society and the dangers of vague, overbroad legislation in the criminal sphere, Parliament set its targets principally on clear forms of "child pornography": depictions of explicit sex with children, depictions of sexual organs and anal areas of children and material advocating sexual crimes with children. Through qualifications and

libellé de la loi en question. Il dit ce qui suit, à la p. 87 : [TRADUCTION] « Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global et en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur. » Ce passage a été cité et approuvé récemment, entre autres, dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, par. 144; *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411, par. 30; *Verdun c. Banque Toronto-Dominion*, [1996] 2 R.C.S. 550, par. 22; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, par. 10. Cette démarche est complétée par la présomption que le législateur a voulu adopter des dispositions conformes à la *Charte* : voir Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, *op. cit.*, p. 322-327. Lorsqu'une disposition législative peut être jugée inconstitutionnelle selon une interprétation et constitutionnelle selon une autre, cette dernière doit être retenue : voir *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1078; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 1010; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, p. 660; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, par. 66.

34 L'objectif principal que le législateur poursuivait en adoptant les dispositions sur la pornographie juvénile était de prévenir le préjudice causé aux enfants en interdisant la production, la distribution et la possession de pornographie juvénile et en transmettant aux Canadiens le message « que les enfants ont besoin d'être protégés des effets terribles de l'exploitation et des agressions sexuelles et qu'on ne peut en faire des partenaires sexuels » : *Débats de la Chambre des communes*, 3e sess., 34e lég., vol. XVI, 3 juin 1993, p. 20328. Le législateur n'a toutefois pas voulu que la loi vise tout matériel théoriquement susceptible d'exposer les enfants à un risque ou de produire des changements de comportement négatifs. Conscient de l'importance de la liberté d'expression dans notre société et des dangers que comporte en matière pénale une disposition imprécise dont la portée est excessive, le législateur a visé principalement des formes évidentes de « pornographie juvénile » : la

defences Parliament indicated that it did not seek to catch all material that might harm children, but only material that poses a reasoned risk of harm to children and, even then, only where the countervailing right of free expression or the public good does not outweigh that risk of harm. With this aim in mind, I turn to s. 163.1.

représentation d'une activité sexuelle explicite avec un enfant, la représentation d'organes sexuels ou de la région anale d'un enfant et le matériel préconisant la perpétration de crimes d'ordre sexuel avec des enfants. En prévoyant des réserves et des moyens de défense, le législateur a indiqué qu'il cherchait à viser non pas tout matériel susceptible de causer un préjudice aux enfants, mais seulement le matériel qui expose les enfants à un risque raisonné de préjudice et, encore là, uniquement dans les cas où le droit à la liberté d'expression ou le bien public ne l'emporte pas sur ce risque de préjudice. C'est en gardant à l'esprit cet objectif que j'examine l'art. 163.1.

35 Section 163.1(1) defines child pornography in terms of two categories: (1) visual representations (s. 163.1(1)(*a*)); and (2) written and visual advocacy and counselling material (s. 163.1(1)(*b*)). Visual representations include "a photographic, film, video or other visual representation, whether or not it was made by electronic or mechanical means". This is broad enough to include drawings, paintings, prints, computer graphics, and sculpture: in short, any non-textual representation that can be perceived visually.

Le paragraphe 163.1(1) définit la pornographie juvénile selon deux catégories : (1) la représentation (al. 163.1(1)*a*)) et (2) l'écrit ou la représentation qui préconise ou conseille une activité sexuelle (al. 163.1(1)*b*)). La représentation comprend « toute représentation pornographique, filmée, vidéo ou autre, réalisée par des moyens mécaniques ou électroniques », ce qui est suffisamment général pour viser les dessins, peintures, gravures, graphiques informatiques ou sculptures, bref, toute représentation non écrite pouvant être perçue visuellement.

36 A visual representation can constitute child pornography in three ways:

1. By showing a person who is, or is depicted as, being under the age of 18 years and is engaged in, or is depicted as engaged in, explicit sexual activity (s. 163.1(1)(*a*)(i));

2. By having, as its dominant characteristic, the depiction, for a sexual purpose, of a sexual organ or the anal region of a person under the age of 18 years (s. 163.1(1)(*a*)(ii)); or

3. By advocating or counselling sexual activity with a person under the age of 18 years that would be an offence under the *Criminal Code* (s. 163.1(1)(*b*)).

Written material can constitute child pornography in only the last of these ways (s. 163.1(1)(*b*)). The

Peut constituer de la pornographie juvénile, selon le cas :

1. la représentation où figure une personne âgée de moins de 18 ans ou présentée comme telle et se livrant ou présentée comme se livrant à une activité sexuelle explicite (sous-al. 163.1(1)*a*)(i));

2. la représentation dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, d'organes sexuels ou de la région anale d'une personne âgée de moins de 18 ans (sous-al. 163.1(1)*a*)(ii));

3. la représentation qui préconise ou conseille une activité sexuelle avec une personne âgée de moins de 18 ans, qui constituerait une infraction au *Code criminel* (al. 163.1(1)*b*)).

Un écrit ne peut constituer de la pornographie juvénile que dans le dernier cas (al. 163.1(1)*b*)).

2001 SCC 2 (CanLII)

ambit of these provisions depends on the meaning of the terms used.

1. "Person"

In order to constitute child pornography, a visual representation must show, depict, advocate or counsel sexual activity with a "person". Two issues arise here: (1) does "person" apply only to actual, as opposed to imaginary persons; and (2) does it include the person who possesses the material?

The first issue is important because it governs whether the prohibition on possession is confined to representations of actual persons, or whether it extends to drawings from the imagination, cartoons, or computer generated composites. The available evidence suggests that explicit sexual materials can be harmful whether or not they depict actual children. Moreover, with the quality of contemporary technology, it can be very difficult to distinguish a "real" person from a computer creation or composite. Interpreting "person" in accordance with Parliament's purpose of criminalizing possession of material that poses a reasoned risk of harm to children, it seems that it should include visual works of the imagination as well as depictions of actual people. Notwithstanding the fact that "person" in the charging section and in s. 163.1(1)(*b*) refers to a flesh-and-blood person, I conclude that "person" in s. 163.1(1)(*a*) includes both actual and imaginary human beings.

This definition of child pornography catches depictions of imaginary human beings privately created and kept by the creator. Thus, the prohibition extends to visual expressions of thought and imagination, even in the exceedingly private realm of solitary creation and enjoyment. As will be seen, the private and creative nature of this expression, combined with the unlikelihood of its causing

La portée de ces dispositions dépend du sens des termes employés.

1. « Personne »

Pour être de la pornographie juvénile, la représentation doit montrer, dépeindre, préconiser ou conseiller une activité sexuelle avec une « personne ». Deux questions se posent : premièrement, le mot « personne » s'entend-il uniquement d'une vraie personne, par opposition à une personne fictive? Deuxièmement, s'entend-il également de la personne qui est en possession du matériel? 37

La première question est importante, car elle permet de déterminer si l'interdiction de la possession se limite à la représentation de vraies personnes, ou si elle vise les dessins issus de l'imagination, les bandes dessinées ou les compositions créées par ordinateur. Selon la preuve présentée, le matériel sexuellement explicite peut être préjudiciable, que les enfants représentés soient de vrais enfants ou non. De plus, en raison de la qualité de la technologie contemporaine, il peut être très difficile de distinguer une « vraie » personne d'un personnage créé par ordinateur. Il semble que, si on l'interprète d'une manière conforme à l'objectif du législateur de criminaliser la possession de matériel suscitant une crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé aux enfants, le mot « personne » devrait viser les œuvres de fiction visuelles tout autant que la représentation de vraies personnes. Bien que le mot « personne », dans la disposition créant l'infraction et à l'al. 163.1(1)*b*), s'entende d'un être en chair et en os, je conclus que « personne » à l'al. 163.1(1)*a*) désigne les êtres humains réels et les êtres humains imaginaires. 38

Cette définition de la pornographie juvénile vise les représentations d'êtres humains imaginaires créées et conservées privément par leur auteur. L'interdiction s'étend donc aux expressions visuelles de la pensée et de l'imagination, même dans le domaine extrêmement privé de la création et de l'utilisation solitaires. Comme nous le verrons, la nature privée et créative de cette forme d'expression, conjuguée à l'improbabilité qu'elle cause un préjudice aux enfants, est source de pro- 39

2001 SCC 2 (CanLII)

harm to children, creates problems for the law's constitutionality.

40 The second issue is whether "person", as the term is used in s. 163.1(1)(*a*), includes the person who possesses the material. That is, does the definition of "child pornography" catch "auto-depictions" — for example, sexually explicit photographs a person has taken of him- or herself alone? Given that Parliament has not qualified or limited the definition of "person" in s. 163.1(1)(*a*), I conclude that Parliament intended to catch such auto-depictions, even where the person making the depiction, although under 18, does not appear to be a child, and intends to keep the depiction entirely in his or her own possession. This too creates constitutional problems, as we will see.

41 The legislation defines children to include all those under the age of 18. This doubtless reflects Parliament's concern that older teenagers may look or be made to look like children. However, this age limit extends the reach of the law to material beyond the ordinary conception of child pornography. For example, it raises the possibility that teenagers, perhaps even married teenagers, could be charged and imprisoned for taking and keeping photos or videos of themselves engaged in lawful sexual acts, even if those materials were intended exclusively for their own personal use. This prohibition engages the value of self-fulfilment and may be difficult to link to a reasoned risk of harm to children, again raising particularly troubling constitutional concerns.

2. "Depicted"

42 Section 163.1(1)(*a*)(i) brings within the definition of child pornography a visual representation of a person "who is or is depicted as being under the age of eighteen years and is engaged in or is depicted as engaged in explicit sexual activity"

blèmes quant à la constitutionnalité de la disposition.

La seconde question est de savoir si le mot « personne » utilisé à l'al. 163.1(1)*a*) s'entend également de la personne qui a le matériel en sa possession. La définition de la « pornographie juvénile » s'applique-t-elle à la « représentation de soi » — par exemple, à des photos à caractère sexuel explicite qu'une personne a prises d'elle-même seule? Comme le législateur n'a pas restreint ni limité la définition du mot « personne » à l'al. 163.1(1)*a*), je conclus qu'il a voulu viser de telles représentations de soi, même dans le cas où la personne qui en est l'auteur, bien qu'elle ait moins de 18 ans, ne semble pas être un enfant et a l'intention de conserver ces représentations en sa stricte possession. Cela aussi est source de problèmes constitutionnels, comme nous le verrons.

Selon la définition donnée par la disposition législative, toutes les personnes de moins de 18 ans sont des enfants. Cela reflète sans aucun doute la crainte du législateur que des adolescents plus âgés puissent avoir l'air d'enfants ou qu'ils soient présentés comme tels. Cette limite d'âge étend toutefois la portée de la disposition à du matériel qui sort de la conception ordinaire que l'on se fait de la pornographie juvénile. Par exemple, elle soulève la possibilité que des adolescents, peut-être même des adolescents mariés, soient accusés et incarcérés pour avoir pris des photos ou effectué des enregistrements vidéo d'eux-mêmes se livrant à des activités sexuelles légales et pour avoir conservé ce matériel, même s'ils étaient destinés à leur usage personnel exclusif. Cette interdiction fait intervenir la valeur de l'épanouissement personnel et peut être difficile à relier à la crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé à des enfants, ce qui soulève encore une fois des préoccupations constitutionnelles particulièrement troublantes.

2. « Présentée »

Suivant le sous-al. 163.1(1)*a*)(i), la pornographie juvénile s'entend de la représentation d'une personne « âgée de moins de dix-huit ans ou présentée comme telle et se livrant ou présentée comme se livrant à une activité sexuelle explicite »

2001 SCC 2 (CanLII)

(emphasis added). Does "depicted" mean: (a) intended by the maker to depict; (b) perceived by the possessor as depicting; or (c) seen as being depicted by a reasonable observer?

The first and second interpretations are inconsistent with Parliament's objective of preventing harm to children through sexual abuse. The danger associated with the representation does not depend on what was in the mind of the maker or the possessor, but in the capacity of the representation to be used for purposes like seduction. It is the meaning which is conveyed by the material which is critical, not necessarily the meaning that the author intended to convey. Moreover, it would be virtually impossible to prove what was in the mind of the producer or possessor. On the second alternative, the same material could be child pornography in the possession of one person and innocent material in the hands of another. Yet the statute makes it an offence for anyone to possess such material, not just those who see it as depicting children. The only workable approach is to read "depicted" in the sense of what would be conveyed to a reasonable observer. The test must be objective, based on the depiction rather than what was in the mind of the author or possessor. The question is this: would a reasonable observer perceive the person in the representation as being under 18 and engaged in explicit sexual activity?

3. "Explicit Sexual Activity"

Section 163.1(1)(*a*)(i) catches visual representations of "explicit sexual activity". Sexual activity spans a large spectrum, ranging from the flirtatious glance at one end, through touching of body parts incidentally related to sex, like hair, lips and breasts, to sexual intercourse and touching of the genitals and the anal region. The question is where on this spectrum Parliament intended to place the boundary between material that may be lawfully possessed and material that may not be lawfully possessed. A number of indications suggest that Parliament intended to draw the line at the extreme end of the spectrum concerned with depictions of

(je souligne). Le terme « présentée » renvoie-t-il a) à l'intention de l'auteur, b) à la perception du possesseur ou c) à la perception d'un observateur raisonnable?

43 La première et la deuxième interprétations sont incompatibles avec l'objectif du législateur de prévenir le préjudice causé aux enfants par l'exploitation sexuelle. Le risque lié à la représentation dépend non pas de ce que l'auteur ou le possesseur avait en tête, mais de la possibilité que la représentation serve à des fins comme la séduction. C'est le message transmis par le matériel qui importe, et pas nécessairement ce que l'auteur a voulu exprimer. De plus, il serait pratiquement impossible d'établir ce que le producteur ou le possesseur avait en tête. Quant à la deuxième option, le même matériel pourrait constituer de la pornographie juvénile entre les mains d'une personne et être inoffensif entre les mains d'une autre. Pourtant, la loi précise que commet une infraction quiconque a en sa possession du matériel de ce genre, et non seulement la personne qui y voit la représentation d'un enfant. La seule solution réaliste est d'entendre « présentée » au sens de ce qu'y verrait un observateur raisonnable. Le critère doit être objectif et fondé sur ce qui est présenté, et non sur ce que l'auteur ou le possesseur avait en tête. La question qui se pose est la suivante : Un observateur raisonnable considérerait-il que la personne représentée a moins de 18 ans et se livre à une activité sexuelle explicite?

3. « Activité sexuelle explicite »

44 Le sous-alinéa 163.1(1)*a*)(i) vise la représentation d'une « activité sexuelle explicite ». L'activité sexuelle s'entend d'un large éventail d'activités allant du simple regard enjôleur jusqu'à la relation sexuelle et à l'attouchement des organes génitaux et de la région anale, en passant par la caresse de parties du corps revêtant un caractère sexuel secondaire, comme les cheveux, les lèvres et les seins. Il s'agit de savoir où le législateur a voulu tracer la ligne entre le matériel dont la possession peut être légale et celui dont la possession peut être illégale. Un certain nombre d'éléments indiquent que le législateur a voulu tracer la ligne à l'extré-

2001 SCC 2 (CanLII)

intimate sexual activity represented in a graphic and unambiguous manner.

45 The first indication is Parliament's use of the word "explicit" to describe the activity depicted. Parliament could have simply referred to "sexual activity". Instead, it chose "explicit sexual activity". "Explicit" must be given meaning. According to the *Canadian Oxford Dictionary* (1998), "explicit" in the context of sexual acts means "describing or representing nudity or intimate sexual activity". Similarly, "explicit" according to the *New Oxford Dictionary of English* (1998) means "describing or representing sexual activity in a graphic fashion". This suggests that the law catches only depictions of sexual intercourse and other non-trivial sexual acts.

46 This restricted meaning is supported by the fact that in creating other offences, like sexual assault, Parliament uses the word "sexual" without any modifiers. To constitute sexual assault, the sexual aspect of the contact must be clear. The addition of the modifier "explicit" in s. 163.1 suggests that this at least is required.

47 A restrained interpretation of "explicit sexual activity" is also supported by reading s. 163.1(1)(*a*)(i) and s. 163.1(1)(*a*)(ii) together. They are designed to cover two types of depiction: (i) the depiction of explicit sexual activity; and (ii) the static depiction of the sexual organs or anal regions of children. Subparagraph (ii) clearly indicates that Parliament's concern was with visual representations near the extreme end of the spectrum. While it is possible in the abstract to argue that Parliament intended a much broader sweep for subpara. (i) than for (ii), it seems more likely that Parliament was seeking to catch in subpara. (i) the activity-related counterpart to subpara. (ii).

mité de l'éventail correspondant à la représentation détaillée et non équivoque de l'activité sexuelle intime.

Le premier indice est l'emploi du mot « explicite » pour décrire l'activité représentée. Le législateur aurait pu parler simplement d'« activité sexuelle », mais il a opté pour « activité sexuelle explicite ». Il faut définir le terme « explicite ». Selon le *Canadian Oxford Dictionary* (1998), le terme anglais « *explicit* » (« explicite »), dans le contexte de l'activité sexuelle, s'entend d'une [TRADUCTION] « description ou représentation de la nudité ou de l'activité sexuelle intime ». Le *New Oxford Dictionary of English* (1998) le définit également comme étant [TRADUCTION] « la description ou la représentation de l'activité sexuelle d'une manière détaillée ». Cela porte à croire que la disposition ne s'applique qu'à la représentation de rapports sexuels et autres actes sexuels non anodins.

Ce sens restreint est étayé par le fait qu'en créant d'autres infractions, comme l'agression sexuelle, le législateur emploie le terme « sexuel » ou « sexuelle » sans autre précision. Pour qu'il y ait agression sexuelle, le caractère sexuel du contact doit être évident. L'ajout de l'adjectif « explicite » à l'art. 163.1 indique que cet élément au moins doit être présent.

L'interprétation restrictive de l'expression « activité sexuelle explicite » est aussi étayée par l'interprétation corrélative du sous-al. 163.1(1)*a*)(i) et du sous-al. 163.1(1)*a*)(ii). Ces sous-alinéas visent deux sortes de représentation : (i) la représentation d'une activité sexuelle explicite et (ii) la représentation fixe des organes sexuels ou de la région anale d'un enfant. Le sous-alinéa (ii) indique clairement que le législateur a voulu s'attaquer à la représentation d'actes situés presque à l'extrémité de l'éventail. Même si on peut théoriquement soutenir que le législateur a voulu que le sous-al. (i) ait une portée beaucoup plus large que le sous-al. (ii), il semble plus vraisemblable qu'il voulait que le sous-al. (i) s'applique à la contrepartie du sous-al. (ii) relative aux activités.

2001 SCC 2 (CanLII)

2001 SCC 2 (CanLII)

Finally, Parliament's goal of preventing harm to children related to child pornography supports a restrained interpretation of "explicit sexual activity". The evidence suggests that harm to children produced by child pornography arises from depictions of explicit sexual acts with children at the extreme end of the spectrum. The literature on harm focuses mainly on depictions of sexual activity involving nudity and portrayal of the sexual organs and anal region. It is reasonable to conclude that this sort of material was uppermost in Parliament's mind when it adopted this law.

48 Enfin, l'objectif du législateur de prévenir le préjudice causé aux enfants par la pornographie juvénile appuie l'interprétation restrictive de l'expression « activité sexuelle explicite ». Selon la preuve, le préjudice causé aux enfants par la pornographie juvénile est imputable aux représentations d'actes sexuels explicites avec des enfants, situées à l'extrémité de l'éventail. La littérature relative au préjudice met principalement l'accent sur la représentation de l'activité sexuelle comportant la nudité et la représentation des organes sexuels et de la région anale. Il est raisonnable de conclure que c'est à ce genre de matériel que le législateur a surtout voulu s'attaquer en adoptant cette disposition.

I conclude that "explicit sexual activity" refers to acts which viewed objectively fall at the extreme end of the spectrum of sexual activity — acts involving nudity or intimate sexual activity, represented in a graphic and unambiguous fashion, with persons under or depicted as under 18 years of age. The law does not catch possession of visual material depicting only casual sexual contact, like touching, kissing, or hugging, since these are not depictions of nudity or intimate sexual activity. Certainly, a photo of teenagers kissing at summer camp will not be caught. At its furthest reach, the section might catch a video of a caress of an adolescent girl's naked breast, but only if the activity is graphically depicted and unmistakably sexual. (For a discussion of such concerns see B. Blugerman and L. May, "The New Child Pornography Law: Difficulties of Bill C-128" (1995), 4 *M.C.L.R.* 17.)

49 Je conclus que l'expression « activité sexuelle explicite » s'entend des actes qui, considérés objectivement, se situent à l'extrémité de l'éventail des activités sexuelles, à savoir les actes comportant la nudité ou des activités sexuelles intimes, représentés de manière détaillée et non équivoque, avec une personne âgée de moins de 18 ans ou présentée comme telle. La disposition n'interdit pas la possession de matériel visuel représentant seulement des contacts sexuels anodins, comme l'attouchement, le baiser ou l'étreinte, étant donné qu'on n'y dépeint aucune nudité ni aucune activité sexuelle intime. La photo d'adolescents échangeant un baiser à la colonie de vacances n'est sûrement pas visée. À l'extrême limite, la disposition pourrait s'appliquer à une bande vidéo dans laquelle les seins nus d'une adolescente sont caressés, mais seulement si l'activité est représentée de manière détaillée et revêt indéniablement un caractère sexuel. (À cet égard, voir l'analyse de B. Blugerman et L. May, « The New Child Pornography Law: Difficulties of Bill C-128 » (1995), 4 *M.C.L.R.* 17.)

4. "Dominant Characteristic" and "Sexual Purpose"

The objective approach should also be applied to the term "dominant characteristic" in s. 163.1(1)(*a*)(ii), which targets possession of visual material whose "dominant characteristic" is "the depiction, for a sexual purpose, of a sexual organ or the anal region of a person under the age of

4. « Caractéristique dominante » et « but sexuel »

50 Il faut également analyser de façon objective l'expression « caractéristique dominante » au sous-al. 163.1(1)*a*)(ii), qui vise la possession de matériel visuel dont « la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, d'organes sexuels ou de la région anale d'une personne âgée

eighteen years". The question is whether a reasonable viewer, looking at the depiction objectively and in context, would see its "dominant characteristic" as the depiction of the child's sexual organ or anal region. The same applies to the phrase "for a sexual purpose", which I would interpret in the sense of reasonably perceived as intended to cause sexual stimulation to some viewers.

51 Family photos of naked children, viewed objectively, generally do not have as their "dominant characteristic" the depiction of a sexual organ or anal region "for a sexual purpose". Placing a photo in an album of sexual photos and adding a sexual caption could change its meaning such that its dominant characteristic or purpose becomes unmistakably sexual in the view of a reasonable objective observer: see *R. v. Hurtubise*, [1997] B.C.J. No. 40 (QL) (S.C.), at paras. 16-17. Absent evidence indicating a dominant prurient purpose, a photo of a child in the bath will not be caught. To secure a conviction the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the "dominant characteristic" of the picture is a depiction of the sexual organ or anal region "for a sexual purpose". If there is a reasonable doubt, the accused must be acquitted.

5. "Sexual Organ"

52 Section 163.1(1)(*a*)(ii) catches static depictions for a sexual purpose of the "sexual organ" or "anal region" of a person under 18 years, provided this is the dominant characteristic of the representation. This raises the question of the meaning of "sexual organ".

53 Prudence suggests leaving the precise content of "sexual organ" to future case-law. However, no one suggests that s. 163.1(1)(*a*)(ii) was designed to catch depictions of eyes or lips. Parliament's purpose of targeting possession of material associated with a reasoned risk of harm to children suggests a restrained interpretation of "sexual organ" in sub-

de moins de dix-huit ans ». Il s'agit de déterminer si une personne raisonnable qui considérerait la représentation de manière objective et en contexte conclurait que sa « caractéristique dominante » est la représentation des organes sexuels ou de la région anale de l'enfant. Il en va de même de l'expression « dans un but sexuel », qui s'entend selon moi de ce qui est raisonnablement perçu comme visant à stimuler sexuellement certaines personnes.

D'un point de vue objectif, la « caractéristique dominante » des photos de famille représentant des enfants nus n'est généralement pas la représentation, « dans un but sexuel », d'organes sexuels ou de la région anale d'un enfant. Placer la photo dans un album de photos à caractère sexuel et ajouter une légende à connotation sexuelle est susceptible d'en modifier le sens et de faire en sorte qu'un observateur objectif et raisonnable considérera que sa caractéristique ou fin dominante est indéniablement sexuelle : voir *R. c. Hurtubise*, [1997] B.C.J. No. 40 (QL) (C.S.), par. 16-17. À défaut d'une preuve indiquant l'existence d'une fin lubrique dominante, la photo d'un enfant dans une baignoire n'est pas visée. Pour obtenir une déclaration de culpabilité, le ministère public doit prouver, hors de tout doute raisonnable, que la « caractéristique dominante » de la photo est la représentation, « dans un but sexuel », d'organes sexuels ou de la région anale. S'il existe un doute raisonnable, l'accusé doit être acquitté.

5. « Organes sexuels »

Le sous-alinéa 163.1(1)*a*)(ii) vise la représentation fixe, dans un but sexuel, d'« organes sexuels » ou de la « région anale » d'une personne âgée de moins de 18 ans, pourvu qu'il s'agisse de la caractéristique dominante de la représentation. Cela soulève la question du sens à donner à l'expression « organes sexuels ».

Il serait prudent de laisser à la jurisprudence future le soin de définir précisément cette expression. Cependant, nul ne prétend que le sous-al. 163.1(1)*a*)(ii) vise la représentation des yeux ou des lèvres. La volonté du législateur d'interdire la possession de matériel suscitant une crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé aux enfants

2001 SCC 2 (CanLII)

para. (ii), similar to that discussed above with respect to subpara. (i).

6. Written Material: "Advocates or counsels"

The second category of child pornography caught by s. 163.1(1) is "any written material or visual representation that advocates or counsels sexual activity with a person under the age of eighteen years that would be an offence under this Act".

This section is more limited than the definition of visual pornography in s. 163.1(1)(*a*), which captures sexual "representation[s]" of children. Section 163.1(1)(*b*) is confined to material relating to activity that would be a crime under the *Criminal Code*. Moreover, it is confined to material that "counsels" or "advocates" such crimes. On its face, it appears to be aimed at combating written and visual material that actively promotes the commission of sexual offences with children.

At stake is not whether the maker or possessor of the material intended to advocate or counsel the crime, but whether the material, viewed objectively, advocates or counsels the crime. "Advocate" is not defined in the *Criminal Code*. "Counsel" is dealt with only in connection with the counseling of an offence: s. 22 of the *Criminal Code*, where it is stated to include "procure, solicit or incite". "Counsel" can mean simply to advise; however in criminal law it has been given the stronger meaning of actively inducing: see *R. v. Dionne* (1987), 38 C.C.C. (3d) 171 (N.B.C.A.), at p. 180, *per* Ayles J.A. While s. 22 refers to a person's actions and s. 163.1(1)(*b*) refers to material, it seems reasonable to conclude that in order to meet the requirement of "advocates" or "counsels", the material, viewed objectively, must be seen as "actively inducing" or encouraging the described offences with children. Again, Parliament's purpose of capturing material causing a reasoned risk of harm to children may offer guidance as to the meaning of "organs" in subpara. (ii), similar to that discussed above with respect to subpara. (i).

6. Écrit qui « préconise ou conseille »

54 La deuxième catégorie de pornographie juvénile visée par le par. 163.1(1) comprend « tout écrit ou [. . .] toute représentation qui préconise ou conseille une activité sexuelle avec une personne âgée de moins de dix-huit ans qui constituerait une infraction à la présente loi ».

55 Cette disposition a une portée plus restreinte que la définition de la pornographie visuelle à l'al. 163.1(1)*a*), laquelle englobe toute « représentation » à connotation sexuelle d'un enfant. L'alinéa 163.1(1)*b*) ne vise que le matériel se rapportant à une activité qui constituerait un crime au sens du *Code criminel*. En outre, il ne vise que le matériel qui « préconise » ou « conseille » la perpétration de tels crimes. De prime abord, l'objectif de cet alinéa semble être de lutter contre l'écrit et la représentation qui encouragent activement la perpétration d'infractions d'ordre sexuel avec des enfants.

56 Il s'agit de savoir non pas si l'auteur ou le possesseur du matériel a voulu préconiser ou conseiller la perpétration du crime, mais si, pris objectivement, le matériel préconise ou conseille la perpétration de ce crime. « Préconiser » n'est pas défini dans le *Code criminel*. « Conseiller » n'est traité qu'à l'art. 22 du *Code criminel* (conseiller de commettre une infraction) qui précise que « conseiller » s'entend « d'amener et d'inciter », et « conseil » de « l'encouragement visant à amener ou à inciter ». « Conseiller » peut simplement vouloir dire recommander, mais en droit criminel, on lui donne le sens plus fort d'encourager activement : voir *R. c. Dionne* (1987), 38 C.C.C. (3d) 171 (C.A.N.-B.), p. 180, le juge Ayles. Bien que l'art. 22 renvoie aux actes d'une personne, et l'al. 163.1(1)*b*) à du matériel, il semble raisonnable de supposer que, pour qu'il « préconise » ou « conseille », le matériel, pris objectivement, doit « encourager activement » la perpétration des infractions commises avec des enfants qui sont

2001 SCC 2 (CanLII)

dance. The mere description of the criminal act is not caught. Rather, the prohibition is against material that, viewed objectively, sends the message that sex with children can and should be pursued.

57 Without suggesting that the distinction is easy to apply in practice, a purposive approach appears to exclude many of the alleged examples of the law's overbreadth. For instance, works aimed at description and exploration of various aspects of life that incidentally touch on illegal acts with children are unlikely to be caught. While Nabokov's *Lolita*, Boccaccio's *Decameron*, and Plato's *Symposium* portray or discuss sexual activities with children, on an objective view they cannot be said to advocate or counsel such conduct in the sense of actively inducing or encouraging it. Nor would the section catch political advocacy for lowering the age of consent because such advocacy would not promote the commission of an offence but the amendment of the law. Likewise, an anthropological work discussing the sexual practices of adolescents in other cultures and describing such adolescents as well-adjusted and healthy would not be caught because it would be merely descriptive as opposed to advocating or counselling illegal acts. I note that in any event these examples would likely fall within the artistic merit, medical, educational, scientific, or public good defences, discussed below.

58 It must also be remembered that it is only the advocating or counselling of sexual activity with a person under the age of 18 that would be an offence under the *Criminal Code* that is captured by this part of the definition of child pornography. Many of the sexual offences in the *Code* apply only to sexual activity involving an individual

représentées. Là encore, l'intention du législateur de viser le matériel qui suscite une crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé à des enfants peut indiquer la voie à suivre. La simple description de l'acte criminel n'est pas visée. L'interdiction porte plutôt sur du matériel qui, considéré objectivement, transmet le message qu'on peut et qu'on devrait avoir des rapports sexuels avec des enfants.

Sans laisser entendre que la distinction est facile à faire en pratique, l'analyse fondée sur l'objet visé paraît exclure bon nombre d'exemples de situations qui illustreraient la portée excessive de la disposition. Par exemple, les œuvres vouées à la description et à l'exploration de différents aspects de la vie qui, de manière incidente, font état d'actes illégaux accomplis avec des enfants ne sont vraisemblablement pas visées. Même si *Lolita* de Nabokov, *Decameron* de Boccace et le *Banquet* de Platon représentent ou analysent des activités sexuelles avec des enfants, on ne saurait dire, objectivement, que ces œuvres préconisent ou conseillent un tel comportement au sens de l'encourager activement. La disposition ne s'appliquerait pas non plus à la défense, sur le plan politique, de l'abaissement de l'âge du consentement valide, du fait que cette défense préconiserait non pas la perpétration d'une infraction, mais plutôt la modification de la loi. De même, un ouvrage d'anthropologie analysant les pratiques sexuelles d'adolescents d'autres cultures et les présentant comme étant bien adaptés et en santé ne serait pas visé, car il ne ferait que décrire une situation au lieu de préconiser ou conseiller l'accomplissement d'actes illégaux. Je constate que, de toute façon, ces exemples relèveraient probablement des moyens de défense fondés sur la valeur artistique, sur l'existence d'un but éducatif, scientifique ou médical ou encore sur le bien public, qui sont analysés plus loin.

Il faut aussi se rappeler que seul le fait de préconiser ou de conseiller une activité sexuelle avec une personne âgée de moins de 18 ans constituerait une infraction au *Code criminel* visée par cette partie de la définition de la pornographie juvénile. De nombreuses infractions d'ordre sexuel prévues par le *Code* ne s'appliquent qu'à l'activité sexuelle

2001 SCC 2 (CanLII)

2001 SCC 2 (CanLII)

under the age of 14. For instance, the offences of sexual interference (s. 151) and invitation to sexual touching (s. 152) apply only when individuals 13 or under are involved, unless the person doing the touching or inviting is in a position of trust or authority (s. 153). Advocating the consensual sexual touching of a 16-year-old is not an offence under s. 151 and therefore would not be caught by this part of the child pornography definition. However, advocating such touching by, for example, a teacher or hockey coach, is an offence and would be caught. Similarly, inviting a 14-year-old to consensually sexually touch another person is not an offence under s. 152 and would also not be caught (subject to the same position of trust or authority exception). Finally, advocating consensual vaginal intercourse with a 15-year-old is not an offence, as the age of consent is 14. Written materials or visual representations that advocate or counsel such acts of intercourse are therefore also not caught by s. 163.1(1)(*b*).

impliquant une personne de moins de 14 ans. Par exemple, les contacts sexuels (art. 151) et l'incitation à des contacts sexuels (art. 152) ne s'appliquent que si des personnes de 13 ans ou moins sont en cause, à moins que l'auteur de l'attouchement ou de l'incitation ne soit une personne en situation d'autorité ou de confiance (art. 153). Préconiser le contact sexuel consensuel avec une personne de 16 ans n'est pas une infraction à l'art. 151 et ne serait donc pas visé par cette partie de la définition de la pornographie juvénile. Toutefois, préconiser ce genre de contact par un enseignant ou un entraîneur de hockey, notamment, est une infraction et serait visé. De même, inviter un jeune de 14 ans à avoir un contact sexuel consensuel avec une autre personne n'est pas une infraction à l'art. 152 et ne serait pas visé non plus (sous réserve de la même exception relative à la personne en situation d'autorité ou de confiance). Enfin, préconiser des relations vaginales consensuelles avec une personne de 15 ans n'est pas une infraction puisque l'âge du consentement valide est de 14 ans. Les écrits ou les représentations qui préconisent ou conseillent de tels rapports sexuels ne sont donc pas visés par l'al. 163.1(1)*b*).

However, it must be observed that the provision is broad enough to capture written works created by the author alone, solely for his or her own eyes. For example, the law could arguably extend to a teenager's favourable diary account of a sexual encounter. The interpretations of "advocates or counsels" and the fact that the description must be of an unlawful act reduce the likelihood of this happening. Nevertheless, the possibility remains that a teenager's private account of a sexual encounter could be caught. This example, like that of a drawing made and kept exclusively by the accused, engages the value of private self-fulfilment and appears to pose little real risk of harm to children, rendering it constitutionally problematic.

59 Il faut toutefois noter que la disposition a une portée suffisamment large pour viser les écrits créés uniquement par l'auteur et destinés exclusivement à son usage personnel. Par exemple, on pourrait soutenir que la disposition s'applique même à la partie d'un journal intime dans laquelle un adolescent relaterait positivement une aventure sexuelle. L'interprétation des mots « préconise ou conseille » et le fait qu'il doit s'agir de la description d'un acte illégal diminuent les chances que cela se produise. Il reste cependant que le récit privé d'une aventure sexuelle par un adolescent pourrait être visé. Cet exemple, comme celui d'un dessin effectué et conservé uniquement par l'accusé, fait intervenir la valeur de l'épanouissement personnel et ne semble exposer les enfants qu'à un faible risque réel de préjudice, ce qui le rend constitutionnellement problématique.

7. The Defences

7. Les moyens de défense

In addition to limiting the ambit of the definition of child pornography, Parliament created a number

60 En plus de restreindre la portée de la définition de la pornographie juvénile, le législateur a prévu

of defences. In so doing, Parliament recognized that the law could unduly impinge on some of the values protected by the guarantee of free expression, like artistic creativity, education, medical research, or other public purposes, and sought to provide protection for activities furthering these values. The defences should be liberally construed with this purpose in mind.

(a) *The Defence of Artistic Merit*

61 Section 163.1(6) provides a defence for a representation or written material that constitutes child pornography if it has "artistic merit". Three issues arise regarding the ambit of this defence: (1) the meaning of "artistic merit"; (2) whether artistic works must conform to "community standards" in order to gain the protection of the defence; and (3) the procedure for considering the defence. When construing the defence of artistic merit, we must keep in mind the admonition of Sopinka J. in *Butler*, *supra*, at p. 486: "Artistic expression rests at the heart of freedom of expression values and any doubt in this regard must be resolved in favour of freedom of expression." Simply put, the defence must be construed broadly.

62 The first question is what the defence covers. It seems clear the defence must be established objectively, since Parliament cannot have intended a bare assertion of artistic merit to provide a defence. This leaves two possibilities. First, "artistic merit" may refer to the quality of the work in the opinion of objective observers. It is not uncommon in everyday discourse to say of a work of art that, although it is genuinely art, it possesses little or no "artistic merit". If "artistic merit" is used in this sense, then the task of the court would be to determine how good the work of art was. Art students learning their craft, inept artists and artists breaking conventions to establish new idioms might well find their work classified as lacking "artistic merit" and hence lose the benefit of the

un certain nombre de moyens de défense. Ce faisant, il a reconnu que la disposition pourrait porter indûment atteinte à certaines valeurs protégées par la garantie de la liberté d'expression, telles la créativité artistique, l'éducation, la recherche médicale et d'autres fins publiques, et il a tenté de protéger les activités qui servent ces valeurs. Les moyens de défense doivent être interprétés libéralement en gardant ce but à l'esprit.

a) *Le moyen de défense fondé sur la valeur artistique*

Le paragraphe 163.1(6) prévoit un moyen de défense à l'égard de l'écrit ou de la représentation qui constitue de la pornographie juvénile, mais qui a une « valeur artistique ». Trois questions se posent au sujet de sa portée : (1) Que signifie l'expression « valeur artistique »? (2) L'œuvre artistique doit-elle être conforme aux «normes sociales» pour que le moyen de défense puisse être invoqué à son égard? (3) Quelle procédure faut-il suivre pour examiner ce moyen de défense? Nous devons interpréter le moyen de défense fondé sur la valeur artistique en nous rappelant la mise en garde du juge Sopinka dans l'arrêt *Butler*, précité, p. 486 : « L'expression artistique est au cœur des valeurs relatives à la liberté d'expression et tout doute à cet égard doit être tranché en faveur de la liberté d'expression ». Cela veut simplement dire que ce moyen de défense doit être interprété largement.

La première question est de savoir ce que vise le moyen de défense. Il semble clair qu'il doit être établi de manière objective, étant donné que le législateur n'a pu vouloir que le simple fait d'invoquer la valeur artistique constitue un moyen de défense. Deux possibilités s'offrent donc. Premièrement, la « valeur artistique » peut s'entendre de la qualité de l'œuvre selon l'observateur objectif. Il n'est pas rare, dans la vie de tous les jours, qu'on dise d'une œuvre d'art que, même si elle constitue véritablement de l'art, elle n'a aucune « valeur artistique » ou en a très peu. Si l'expression « valeur artistique » est utilisée dans ce sens, il incombe alors au tribunal d'évaluer la qualité de l'œuvre d'art. L'étudiant qui fait l'apprentissage d'un art, l'artiste inepte ou l'artiste qui rompt avec

2001 SCC 2 (CanLII)

defence. On the assumption that this was the meaning of "artistic merit", it was argued that the defence is too limited and arbitrary to protect artistic expression adequately.

les conventions pour établir un nouveau mode d'expression pourrait se faire dire que son œuvre manque de « valeur artistique » et donc être incapable de se prévaloir du moyen de défense. En tenant pour acquis que tel était le sens de l'expression « valeur artistique », on a fait valoir que le moyen de défense est trop restreint et arbitraire pour protéger adéquatement l'expression artistique.

The second meaning that can be ascribed to "artistic merit" is "possessing the quality of art", or "artistic character". On this meaning, a person who produces art of any kind is protected, however crude or immature the result of the effort in the eyes of the objective beholder. This interpretation seems more consistent with what Parliament intended. It is hard to conceive of Parliament wishing to make criminality depend on the worth of the accused's art. It would be discriminatory and irrational to permit a good artist to escape criminality, while criminalizing less fashionable, less able or less conventional artists. Such an interpretation would run counter to the need to give the defence a broad and generous meaning. I conclude that "artistic merit" should be interpreted as including any expression that may reasonably be viewed as art. Any objectively established artistic value, however small, suffices to support the defence. Simply put, artists, so long as they are producing art, should not fear prosecution under s. 163.1(4).

63 Le deuxième sens qui peut être donné à l'expression « valeur artistique » est « qui possède la qualité reconnue à l'art » ou « qui participe de l'art ». Selon ce sens, tout créateur d'art quel qu'il soit est protégé même si ses efforts produisent une œuvre grossière ou immature selon l'observateur objectif. Cette interprétation paraît davantage compatible avec l'intention du législateur, car on imagine difficilement qu'il a voulu assujettir la responsabilité criminelle à la valeur de l'art de l'accusé. Il serait discriminatoire et irrationnel de permettre à un bon artiste d'échapper à la responsabilité criminelle mais d'incriminer un artiste plus marginal, moins talentueux ou moins conformiste. Une telle interprétation irait à l'encontre de la nécessité d'interpréter le moyen de défense d'une manière large et libérale. Je conclus que les mots « valeur artistique » doivent s'entendre de toute forme d'expression pouvant raisonnablement être considérée comme de l'art. Toute valeur artistique objectivement établie, si minime soit-elle, suffit à fonder le moyen de défense. Tant qu'il produit de l'art, l'artiste ne devrait tout simplement pas craindre d'être poursuivi en vertu du par. 163.1(4).

What may reasonably be viewed as art is admittedly a difficult question — one that philosophers have pondered through the ages. Although it is generally accepted that "art" includes the production, according to aesthetic principles, of works of the imagination, imitation or design (*New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (1993), vol. 1, p. 120), the question of whether a particular drawing, film or text is art must be left to the trial judge to determine on the basis of a variety of factors. The subjective intention of the creator will be relevant, although it is unlikely to be conclusive. The form and content of the work

64 La question de savoir ce qui peut raisonnablement être considéré comme de l'art est certes difficile et fait depuis toujours réfléchir les philosophes. Bien qu'il soit généralement admis que l'« art » s'entend notamment de la production, selon des principes esthétiques, d'œuvres émanant de l'imagination, imitées ou originales (*New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (1993), vol. 1, p. 120), la question de savoir si un dessin, un film ou un texte en particulier est de l'art doit être tranchée par le juge du procès, compte tenu de toute une gamme de facteurs. L'intention subjective du créateur sera pertinente, mais

2001 SCC 2 (CanLII)

may provide evidence as to whether it is art. Its connections with artistic conventions, traditions or styles may also be a factor. The opinion of experts on the subject may be helpful. Other factors, like the mode of production, display and distribution, may shed light on whether the depiction or writing possesses artistic value. It may be, as the case law develops, that the factors to be considered will be refined.

65 This brings me to the issue of whether the defence incorporates a community tolerance standard. In *Ontario (Attorney General) v. Langer* (1995), 123 D.L.R. (4th) 289 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), McCombs J. interpreted s. 163.1(6) as importing a requirement that material, to have artistic merit, must comport with community standards in the sense of not posing a risk of harm to children. I am not persuaded that we should read a community standards qualification into the defence. To do so would involve reading in a qualification that Parliament has not stated. Further, reading in the qualification of conformity with community standards would run counter to the logic of the defence, namely that artistic merit outweighs any harm that might result from the sexual representations of children in the work. Most material caught by the definition of child pornography could pose a potential risk of harm to children. To restrict the artistic merit defence to material posing no risk of harm to children would defeat the purpose of the defence. Parliament clearly intended that some pornographic and possibly harmful works would escape prosecution on the basis of this defence; otherwise there is no need for it.

66 The third issue is how the artistic merit defence functions procedurally. The test, as mentioned, is objective. The wording of the section suggests that it functions in the same manner as other defences such as self defence, provocation or necessity. The

probablement non concluante. La forme et la teneur de l'œuvre peuvent permettre de déterminer s'il s'agit d'art. Ses liens avec des conventions, traditions ou styles artistiques peuvent également être un facteur à considérer. L'avis d'un expert sur le sujet peut être utile. D'autres facteurs comme le mode de production, de présentation et de distribution peuvent aider à déterminer si l'écrit ou la représentation a une valeur artistique. Il se peut qu'avec l'évolution de la jurisprudence l'identité des facteurs à considérer se précise.

Ceci nous amène à la question de savoir si le moyen de défense comporte une norme sociale de tolérance. Dans *Ontario (Attorney General) c. Langer* (1995), 123 D.L.R. (4th) 289 (C. Ont. (Div. gén.)), le juge McCombs a conclu que le par. 163.1(6) signifie que, pour avoir une valeur artistique, le matériel doit être conforme aux normes sociales en ce sens qu'il ne doit pas exposer les enfants à un préjudice. Je ne suis pas convaincue qu'il y ait lieu de considérer que ce moyen de défense comporte une restriction fondée sur les normes sociales, car cela reviendrait à inclure une condition que le législateur n'a pas formulée. En outre, il serait contraire à la logique du moyen de défense de considérer qu'il comporte la condition de la conformité aux normes sociales, laquelle logique veut que la valeur artistique l'emporte sur le préjudice susceptible de résulter de la représentation à caractère sexuel d'un enfant dans l'œuvre. La majeure partie du matériel visé par la définition de la pornographie juvénile est susceptible de causer un préjudice aux enfants. Restreindre le moyen de défense fondé sur la valeur artistique à ce qui n'expose les enfants à aucun risque de préjudice contrecarrerait l'objet de ce moyen de défense. Le législateur a manifestement voulu que certaines œuvres pornographiques susceptibles d'être préjudiciables échappent à toutes poursuites grâce à ce moyen de défense, qui autrement n'aurait aucune utilité.

La troisième question est la procédure à suivre à l'égard du moyen de défense fondé sur la valeur artistique. Comme nous l'avons vu, le critère est objectif. Le libellé de la disposition indique qu'elle s'applique de la même façon que d'autres moyens

2001 SCC 2 (CanLII)

accused raises the defence by pointing to facts capable of supporting it (generally something more than a bare assertion that the creator subjectively intended to create art), at which point the Crown must disprove the defence beyond a reasonable doubt: see *Langer*, *supra.*

I add this footnote. The statutory defence of artistic merit to a charge of possession of child pornography is conceptually different from the defence of artistic merit to a charge of obscenity under s. 163 of the *Criminal Code*. With respect to s. 163, the meaning of obscenity and the defence of artistic merit are largely judicial creations. It turns on whether the sexual portrayal is the dominant purpose of the work, on the one hand, or essential to a wider artistic purpose, on the other (the internal necessities test). It also asks whether the sexual aspect of the work, viewed in context, would meet community standards of tolerance. The definition of child pornography, by contrast, stands independent of the defence of artistic merit, making the language of "internal necessity" and the logic of "either obscenity or art" inapposite. For this reason, and with the greatest respect for the contrary view expressed by McCombs J. in *Langer*, *supra*, I do not find it incongruous to interpret the defence of artistic merit to the child pornography offences differently from that developed under the obscenity provisions.

(b) *The Defence of "Educational, Scientific or Medical Purpose"*

Section 163.1(6) creates a defence for material that serves a medical, educational or scientific purpose. This refers to the purpose the material, viewed objectively, may serve, not the purpose for which the possessor actually holds it. How the material was produced or is possessed is obviously

de défense, telles la légitime défense, la provocation ou la nécessité. L'accusé invoque le moyen de défense en signalant des faits susceptibles de l'étayer (qui représentent généralement plus qu'une simple assertion que l'auteur a voulu subjectivement créer de l'art), après quoi le ministère public doit réfuter hors de tout doute raisonnable le moyen de défense : voir *Langer*, précité.

67 J'ajoute une précision. Le moyen de défense fondé sur la valeur artistique que prévoit la loi dans le cas d'une accusation de possession de pornographie juvénile diffère, sur le plan conceptuel, du moyen de défense fondé sur la valeur artistique qui peut être invoqué dans le cas d'une accusation d'obscénité portée en vertu de l'art. 163 du *Code criminel*. En ce qui concerne ce dernier article, la sens de l'obscénité et la défense fondée sur la valeur artistique résultent dans une large mesure de la jurisprudence. Il dépend de la question de savoir, d'une part, si la représentation sexuelle est l'objectif dominant de l'œuvre ou, d'autre part, si elle est essentielle à un objectif artistique plus large (le critère des besoins internes). Il faut aussi se demander si, compte tenu du contexte, l'aspect sexuel de l'œuvre satisferait aux normes sociales de tolérance. Par contre, la définition de la pornographie juvénile est indépendante du moyen de défense fondé sur la valeur artistique, ce qui rend inutiles la notion des « besoins internes » et le raisonnement « de l'obscénité ou de l'art ». Pour ce motif, et avec le plus grand respect pour l'avis contraire exprimé par le juge McCombs dans *Langer*, précité, il ne me paraît pas incongru, lorsqu'il est question d'infractions en matière de pornographie juvénile, de donner au moyen de défense fondé sur la valeur artistique une interprétation différente de celle qui lui est donnée sous le régime des dispositions relatives à l'obscénité.

b) *Le moyen de défense fondé sur l'existence d'un « but éducatif, scientifique ou médical »*

68 Le paragraphe 163.1(6) établit un moyen de défense à l'égard du matériel qui a un but médical, éducatif ou scientifique. Il s'agit du but auquel le matériel peut objectivement servir et non du but dans lequel la personne l'a effectivement en sa possession. La manière dont le matériel a été pro-

2001 SCC 2 (CanLII)

relevant to this determination. While arguably few medical, educational and scientific works would fall within s. 163.1(1), Parliament has made it clear that if they do, possession of them is legal. The procedural aspects of the defence of artistic merit would apply to this defence.

69 The defence of possession for medical, education and scientific purposes, like the other defences, should be interpreted liberally in accordance with Parliament's intent. On such an approach, possession of materials for therapeutic purposes might meet the requirements of the defence. This defence will apply in appropriate circumstances to sketches and stories penned in the process of self-analysis or a couple's record of their sexual conduct held for the purpose of furthering that relationship: J. Ross, "*R.* v. *Sharpe* and Private Possession of Child Pornography" (2000), 11 *Constitutional Forum* 50, at p. 57.

(c) *The Defence of "Public Good"*

70 "Public good" has been interpreted as "necessary or advantageous to religion or morality, to the administration of justice, the pursuit of science, literature, or art, or other objects of general interest": J. F. Stephen, *A Digest of the Criminal Law* (9th ed. 1950), at p. 173, adopted in *R. v. American News Co.* (1957), 118 C.C.C. 152 (Ont. C.A.), at pp. 161-62, and *R. v. Delorme* (1973), 15 C.C.C. (2d) 350 (Que. C.A.), at pp. 358-59. The public good defence has received little interpretation in the obscenity context, and a precise definition of its ambit is beyond the scope of this appeal. Once again, a purposive interpretation would appear to be appropriate. Examples of possession of child pornography which could serve the public good include possession of child pornography by people in the justice system for purposes associated with prosecution, by researchers studying the effects of exposure to child pornography, and by those in possession of works addressing the political or philosophical aspects of child pornography. Again,

duit ou est conservé est évidemment pertinente à cet égard. Bien qu'on puisse soutenir que peu d'ouvrages médicaux, éducatifs ou scientifiques seraient visés par le par. 163.1(1), le législateur dit clairement que, même s'ils le sont, leur possession est légale. La procédure applicable à ce moyen de défense est la même que pour le moyen de défense fondé sur la valeur artistique.

À l'instar des autres moyens de défense, le moyen de défense fondé sur la possession dans un but médical, éducatif ou scientifique doit être interprété libéralement et en conformité avec l'intention du législateur. Dans cette optique, la possession de matériel à des fins thérapeutiques pourrait satisfaire aux exigences de ce moyen de défense. Dans des circonstances appropriées, ce moyen de défense s'appliquera à des scénarios ou récits composés dans le cadre d'une introspection ou aux activités sexuelles consignées par un couple à des fins d'épanouissement de sa relation : J. Ross, « *R.* v. *Sharpe* and Private Possession of Child Pornography » (2000), 11 *Forum Constitutionnel* 50, p. 57.

c) *Le moyen de défense fondé sur le « bien public »*

Le « bien public » a été interprété comme étant [TRADUCTION] « ce qui est nécessaire ou favorable à la religion ou à la moralité, à l'administration de la justice, à l'activité scientifique, littéraire ou artistique ou à d'autres sujets d'intérêt général » : J. F. Stephen, *A Digest of the Criminal Law* (9e éd. 1950), p. 173; cette interprétation a été adoptée dans *R. c. American News Co.* (1957), 118 C.C.C. 152 (C.A. Ont.), p. 161-162, et *R. c. Delorme* (1973), 15 C.C.C. (2d) 350 (C.A. Qué.), p. 358-359. Le moyen de défense fondé sur le bien public a été peu interprété dans le contexte de l'obscénité et la définition précise de sa portée déborde le cadre du présent pourvoi. Là encore, une interprétation téléologique semblerait appropriée. La possession de pornographie juvénile susceptible de servir le bien public inclut notamment la possession de tel matériel par des intervenants du système judiciaire dans le cadre d'une poursuite en justice, par des chercheurs qui étudient les effets de l'exposition à la pornographie juvénile ou encore

2001 SCC 2 (CanLII)

the same procedure would apply as for the defence of artistic merit.

It might be argued that the public good is served by possession of materials that promote expressive or psychological well-being or enhance one's sexual identity in ways that do not involve harm to others. In some cases this might eliminate some of the more problematic applications of s. 163.1(4). For example, it might in certain cases foreclose the law's application to visual works created and privately held by one person alone, or to private recordings by adolescents of their lawful sexual activity. Nevertheless, the public good defence might not answer all concerns as to the law's breadth. Absent evidence of public good in the particular case, a person might still be convicted for possession of material that directly engages the value of self-fulfilment and presents little or no risk of harm to children. Thus, while the public good defence might prevent troubling applications of the law in certain cases, it would not do so in all.

8. Summary of Material Caught by Section 163.1(4)

Section 163.1(4) of the *Criminal Code* evinces a clear and unequivocal intention to protect children from the abuse and exploitation associated with child pornography. It criminalizes the possession of a substantial range of materials posing a risk of harm to children. Written material and visual representations advocating the commission of criminal offences against children is caught. Visual material depicting children engaged in explicit sexual activity is caught, as is material featuring, as a dominant characteristic, the sexual organ or anal region of a child for a sexual purpose. The reach of the proscription is further broadened by extending it to the depiction of both real and imag-

par des personnes qui ont en leur possession des œuvres traitant des aspects politiques ou philosophiques de la pornographie juvénile. Là encore, la procédure applicable est la même que pour le moyen de défense fondé sur la valeur artistique.

71 On pourrait soutenir que la possession de matériel qui favorise l'épanouissement expressif ou psychologique ou qui renforce l'identité sexuelle d'une personne d'une façon non préjudiciable pour autrui sert le bien public. Dans certains cas, cela pourrait éliminer certaines des applications les plus problématiques du par. 163.1(4). Par exemple, cela pourrait parfois empêcher que la disposition s'applique à des œuvres visuelles créées et conservées en privé par une seule personne, ou à des enregistrements privés que font des adolescents de leurs activités sexuelles légales. Il se pourrait néanmoins que le moyen de défense fondé sur le bien public ne dissipe pas toutes les préoccupations concernant la portée de la disposition. En l'absence d'une preuve que le bien public est servi dans un cas donné, quelqu'un pourrait effectivement être déclaré coupable de possession de matériel qui fait directement intervenir la valeur d'épanouissement personnel et ne présente que peu ou pas de risques de préjudice pour les enfants. Par conséquent, bien qu'il soit possible que le moyen de défense fondé sur le bien public empêche dans certains cas des applications inquiétantes de la loi, il ne le fera pas dans tous les cas.

8. Résumé concernant le matériel visé par le par. 163.1(4)

72 Le paragraphe 163.1(4) du *Code criminel* traduit l'intention claire et nette de protéger les enfants contre les sévices et l'exploitation liés à la pornographie juvénile. Il criminalise la possession d'un matériel très varié qui est susceptible de causer un préjudice aux enfants. Sont visés les écrits et les représentations préconisant la perpétration d'infractions criminelles contre les enfants, de même que le matériel représentant des enfants qui se livrent à une activité sexuelle explicite et le matériel dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, des organes sexuels ou de la région anale d'un enfant. Le champ d'application de l'interdiction est élargi davantage en

2001 SCC 2 (CanLII)

inary persons. As a result, the law appears to catch a substantial amount of material that endangers the welfare of children.

ce qu'il est étendu autant à la représentation de vraies personnes et qu'à celle de personnes imaginaires. Par conséquent, la disposition semble viser une masse importante de matériel qui compromet le bien-être des enfants.

73 At the same time, the legislation recognizes the importance of free expression and the danger of a sweeping criminal prohibition. It catches visual representations only where the sexual activity depicted is explicit, thus excluding kissing, hugging and other forms of casual intimacy. It targets visual materials only where they feature a sexual organ or anal region as a "dominant characteristic" for a "sexual purpose", precluding the application of the law to innocent baby-in-the-bath photos and other scenarios of non-sexual nudity. Writings are caught only where they actively advocate or counsel illegal sexual activity with persons under the age of 18. Complementing these limits inherent in the s. 163.1(1) definition are an array of defences aimed at enhancing the protection of free expression by excluding materials with redeeming social benefits. Works of art, even of dubious artistic value, are not caught at all. Materials created for an "educational, scientific or medical purpose", liberally construed, are also exempted. Finally, a public good defence, the precise scope of which remains to be determined, further protects the possession of materials serving a necessary or advantageous social function.

La disposition reconnaît en même temps l'importance de la liberté d'expression et le danger d'une interdiction pénale générale. Elle ne vise la représentation d'une activité sexuelle que dans la mesure où cette activité est explicite, ce qui a pour effet d'exclure le baiser, l'étreinte et d'autres formes de contacts intimes anodins. Elle ne s'applique au matériel visuel que s'il a comme « caractéristique dominante » la représentation, dans un « but sexuel » des organes sexuels ou de la région anale, ce qui a pour effet d'exclure les photos innocentes d'un bébé dans une baignoire et d'autres scénarios de nudité non sexuelle. Les écrits ne sont visés que lorsqu'ils préconisent ou conseillent activement une activité sexuelle illégale avec des personnes de moins de 18 ans. Ces limites inhérentes à la définition du par. 163.1(1) sont complétées par une panoplie de moyens de défense destinés à augmenter la protection de la liberté d'expression en excluant du champ d'application de la disposition le matériel dont les effets sociaux bénéfiques rachètent ses lacunes. Les œuvres d'art, même celles dont la valeur artistique est douteuse, ne sont absolument pas visées. Le matériel créé dans un « but éducatif, scientifique ou médical », au sens large, fait aussi l'objet d'une exception. Enfin, le moyen de défense fondé sur le bien public, dont la portée précise reste à déterminer, protège en outre la possession de matériel remplissant une fonction sociale nécessaire ou profitable.

74 These exclusions support the earlier suggestion that Parliament's goal was to prohibit possession of child pornography that poses a reasoned risk of harm to children. The primary definition of "child pornography" does not embrace every kind of material that might conceivably pose a risk of harm to children, but appears rather to target blatantly pornographic material. Additionally, the defences exempt classes of material raising special free expression concerns. In this way, Parliament

Ces exclusions étayent l'affirmation faite plus tôt que l'intention du législateur était d'interdire la possession de la pornographie juvénile suscitant une crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé à des enfants. La définition fondamentale de la pornographie juvénile n'englobe pas tous les types de matériel qui pourraient théoriquement présenter un risque de préjudice pour les enfants, mais semble plutôt viser le matériel nettement pornographique. De plus, les moyens de défense excluent

2001 SCC 2 (CanLII)

has attempted to meet the dual concerns of protecting children and protecting free expression.

des catégories de matériel qui suscitent des inquiétudes particulières du point de vue de la liberté d'expression. De cette façon, le législateur a tenté de répondre à la double préoccupation de protéger les enfants et de protéger la liberté d'expression.

2001 SCC 2 (CanLII)

Yet problems remain. The interpretation of the legislation suggested above reveals that the law may catch some material that particularly engages the value of self-fulfilment and poses little or no risk of harm to children. This material may be grouped in two classes. The first class consists of self-created, privately held expressive materials. Private journals, diaries, writings, drawings and other works of the imagination, created by oneself exclusively for oneself, may all trigger the s. 163.1(4) offence. The law, in its prohibition on the possession of such materials, reaches into a realm of exceedingly private expression, where s. 2(*b*) values may be particularly implicated and state intervention may be markedly more intrusive. Further, the risk of harm arising from the private creation and possession of such materials, while not eliminated altogether, is low.

75 Il reste que certains problèmes subsistent. Selon l'interprétation proposée plus haut, la disposition peut viser du matériel qui fait particulièrement intervenir la valeur de l'épanouissement personnel et ne présente que peu ou pas de risques de préjudice pour les enfants. Ce matériel peut être réparti en deux catégories. La première catégorie est celle du matériel expressif créé personnellement et conservé en privé. Les journaux intimes, notes personnelles, écrits, dessins et autres œuvres de fiction privés et créés par des personnes pour leur propre usage exclusif peuvent tous entraîner l'infraction prévue au par. 163.1(4). En interdisant la possession de matériel de cette nature, la disposition entre dans le domaine de l'expression extrêmement privée, où les valeurs protégées par l'al. 2*b*) sont particulièrement susceptibles d'entrer en jeu et où l'intervention de l'État risque d'être nettement plus envahissante. En outre, bien qu'il ne soit pas complètement éliminé, le risque de préjudice découlant de la création et de la possession à des fins personnelles de matériel de cette nature est peu élevé.

The second class of material concerns privately created visual recordings of lawful sexual activity made by or depicting the person in possession and intended only for private use. Sexually explicit photographs taken by a teenager of him- or herself, and kept entirely in private, would fall within this class of materials. Another example would be a teenaged couple's private photographs of themselves engaged in lawful sexual activity. Possession of such materials may implicate the values of self-fulfilment and self-actualization, and therefore, like the material in the first category, reside near the heart of the s. 2(*b*) guarantee. And like the material in the first category, this material poses little risk of harm to children. It is privately created and intended only for personal use. It depicts only lawful sexual activity. Indeed, because the law reaches depictions of persons who are or appear to

76 La seconde catégorie de matériel a trait aux enregistrements visuels d'activités sexuelles légales qui sont faits en privé par la personne les ayant en sa possession ou y figurant et qui sont destinés à un usage personnel seulement. Les photos sexuellement explicites qu'un adolescent prend de lui-même et qu'il garde strictement pour son usage personnel feraient partie de cette catégorie de matériel. Il en serait de même des photos personnelles qu'un couple d'adolescents auraient prises de leurs activités sexuelles légales. La possession de matériel de cette nature peut faire intervenir les valeurs de l'épanouissement personnel et de la réalisation de soi et donc, à l'instar du matériel de la première catégorie, être presque au cœur de la garantie prévue à l'al. 2*b*). Tout comme le matériel de la première catégorie, ce matériel est peu susceptible de causer un préjudice aux enfants.

be under 18, the person or persons depicted may not even appear to be children.

Il est créé en privé et destiné uniquement à un usage personnel. Il ne représente que des activités sexuelles légales. En fait, étant donné que la disposition vise les représentations de personnes âgées de moins de 18 ans ou qui semblent l'être, la ou les personnes représentées peuvent même ne pas sembler être des enfants.

77 These examples suggest that s. 163.1(4), at the margins of its application, prohibits deeply private forms of expression, in pursuit of materials that may pose no more than a nominal risk of harm to children. It is these potential applications that present the most significant concerns at the stage of justification.

Ces exemples indiquent que, aux confins de son champ d'application, le par. 163.1(4) interdit des formes d'expression profondément privées et du matériel susceptible de ne présenter qu'un risque infime de préjudice pour les enfants. Ce sont ces applications potentielles qui suscitent les préoccupations les plus importantes à l'étape de la justification.

C. *Is the Limitation on Free Expression Imposed by Section 163.1(4) Justified Under Section 1 of the Charter?*

C. *La limite imposée à la liberté d'expression par le par. 163.1(4) est-elle justifiée au sens de l'article premier de la Charte?*

78 Crown counsel has conceded that criminalizing possession of child pornography limits the right of free expression. The question we must answer is whether that limitation is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. To justify the intrusion on free expression, the government must demonstrate, through evidence supplemented by common sense and inferential reasoning, that the law meets the test set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and refined in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, and *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877. The goal must be pressing and substantial, and the law enacted to achieve that goal must be proportionate in the sense of furthering the goal, being carefully tailored to avoid excessive impairment of the right, and productive of benefits that outweigh the detriment to freedom of expression.

L'avocat du ministère public a reconnu que la criminalisation de la possession de pornographie juvénile limite le droit à la liberté d'expression. Nous devons déterminer s'il s'agit d'une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Pour justifier l'atteinte à la liberté d'expression, le gouvernement doit établir, au moyen d'une preuve complétée par le bon sens et le raisonnement par déduction, que la disposition satisfait au critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et précisé dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, et *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877. L'objectif doit être urgent et réel, et la disposition adoptée pour le réaliser doit être proportionnée en ce sens qu'elle doit favoriser la réalisation de cet objectif, être soigneusement conçue pour éviter toute atteinte excessive au droit et produire des avantages qui l'emportent sur l'atteinte à la liberté d'expression.

79 Before we turn to these issues, we must consider the argument that prohibitions on private possession of child pornography can never be justified. Such laws, Southin J.A. asserted, constitute "the hallmark of tyranny" (para. 95). They represent such a fundamental intrusion on basic liberties that

Avant d'aborder ces questions, nous devons examiner l'argument selon lequel l'interdiction de la possession personnelle de pornographie juvénile ne saurait être justifiée. En Cour d'appel, le juge Southin affirme que les dispositions qui imposent une telle interdiction sont [TRADUCTION] « mar-

2001 SCC 2 (CanLII)

they can never be justified in a free and democratic society.

Section 1 of the *Charter* belies the suggestion that any *Charter* right is so absolute that limits on it can never be justified. The argument posits that some rights are so basic that they can never be limited as a matter of principle, precluding any evaluation under s. 1. This is both undesirable and unnecessary. It is undesirable because it raises the risk that laws that can be justified may be struck down on the basis of how they are characterized. It is unnecessary because s. 1 provides a basis for fair evaluation that upholds only those laws that do not unjustifiably erode basic liberties.

I conclude that the argument that limitations on possession of child pornography can never be justified as a matter of principle must be dismissed. We must conduct a detailed analysis of whether the law's intrusion on freedom of speech can be justified under s. 1 of the *Charter*.

1. Is the Legislative Objective Pressing and Substantial?

I earlier concluded that Parliament's objective in passing s. 163.1(4) was to criminalize possession of child pornography that poses a reasoned risk of harm to children. This objective is pressing and substantial. Over and above the specific objectives of the law in reducing the direct exploitation of children, the law in a larger attitudinal sense asserts the value of children as a defence against the erosion of societal attitudes toward them. While the government in this case did not present attitudinal harm to society at large as a justification for the law's intrusion on the right of free expression, this may be seen as a good incidental to the

quée[s] au coin de la tyrannie » (par. 95) et qu'elles représentent une atteinte tellement profonde à des libertés fondamentales qu'elles ne sauront jamais être justifiées dans une société libre et démocratique.

80 L'article premier de la *Charte* contredit l'argument que tout droit garanti par la *Charte* est si absolu que sa restriction ne peut jamais être justifiée. Selon cet argument, certains droits sont si fondamentaux que, par principe, ils ne peuvent jamais être restreints, ce qui empêche toute évaluation fondée sur l'article premier. Cela n'est ni souhaitable ni nécessaire. Ce n'est pas souhaitable en raison du risque qui en résulte que des textes législatifs susceptibles d'être justifiés soient invalidés à cause de la façon dont ils ont été qualifiés. Ce n'est pas nécessaire parce que l'article premier constitue un moyen de procéder à une évaluation équitable qui confirme la validité des seuls textes qui ne sapent pas de manière injustifiable des libertés fondamentales.

81 Je conclus qu'il faut rejeter l'argument selon lequel les limites imposées à la possession de pornographie juvénile ne sauraient, par principe, jamais être justifiées. Nous devons analyser en détail la question de savoir si l'atteinte portée à la liberté de parole par la disposition en cause peut être justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*.

1. L'objectif législatif est-il urgent et réel?

82 J'ai déjà jugé que l'objectif visé par le législateur lorsqu'il a adopté le par. 163.1(4) était de criminaliser la possession de pornographie juvénile suscitant une crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé aux enfants. Cet objectif est urgent et réel. En plus de viser expressément la réduction de l'exploitation directe d'enfants, la disposition, sur le plan plus général des mentalités, proclame la valeur des enfants pour contrer la détérioration des comportements sociaux à leur égard. Même si, en l'espèce, le gouvernement n'a pas invoqué le préjudice comportemental causé à la société en général pour justifier l'atteinte à la liberté d'expression

2001 SCC 2 (CanLII)

law's main purpose — the prevention of harm to children.

2. Is There Proportionality Between the Limitation on the Right and the Benefits of the Law?

83 Parliament can prohibit possession of child pornography. The issue in this case is whether it has done so in a reasonable and proportionate manner having regard to the right of free expression.

(a) *Rational Connection*

84 As the first step in showing proportionality, the Crown must demonstrate that the law is likely to confer a benefit or is "rationally connected" to Parliament's goal. This means that it must show that possession of child pornography, as opposed to its manufacture, distribution or use, causes harm to children.

85 This raises a question pivotal to this appeal: what standard of proof must the Crown achieve in demonstrating harm — scientific proof based on concrete evidence or a reasoned apprehension of harm? The trial judge insisted on scientific proof based on concrete evidence. With respect, this sets the bar too high. In *Butler*, *supra*, considering the obscenity prohibition of the *Criminal Code*, this Court rejected the need for concrete evidence and held that a "reasoned apprehension of harm" sufficed (p. 504). A similar standard must be employed in this case.

86 The Crown argues that prohibiting possession of child pornography is linked to reducing the sexual abuse of children in five ways: (1) child pornography promotes cognitive distortions; (2) it fuels fantasies that incite offenders; (3) prohibiting its possession assists law enforcement efforts to reduce

par la disposition, cela peut être considéré comme un bon élément accessoire de l'objectif principal de la disposition, à savoir la prévention du préjudice causé aux enfants.

2. La restriction du droit est-elle proportionnelle aux avantages de la disposition?

Le législateur peut interdire la possession de pornographie juvénile. Il s'agit en l'espèce de décider s'il l'a fait d'une manière raisonnable et proportionnelle eu égard au droit à la liberté d'expression.

a) *Le lien rationnel*

Pour établir la proportionnalité, le ministère public doit d'abord démontrer que la mesure législative est susceptible de procurer un avantage ou qu'elle a un « lien rationnel » avec l'objectif du législateur. Cela signifie qu'il doit établir que la possession de pornographie juvénile — par opposition à sa production, à sa distribution ou à son utilisation — cause un préjudice aux enfants.

Il se pose dès lors une question cruciale en l'espèce : À quelle norme de preuve le ministère public doit-il satisfaire pour démontrer l'existence d'un préjudice — une preuve scientifique fondée sur des éléments de preuve concrets ou une appréhension raisonnée de préjudice? Le juge du procès a insisté sur la présentation d'une preuve scientifique fondée sur des éléments de preuve concrets. En toute déférence, il s'agit là d'une norme trop exigeante. Dans l'arrêt *Butler*, précité, où elle examinait les dispositions du *Code criminel* relatives à l'obscénité, notre Cour a rejeté la nécessité d'éléments de preuve concrets et a conclu qu'une « appréhension raisonnée du préjudice » suffisait (p. 504). Une norme semblable doit être appliquée en l'espèce.

Le ministère public soutient que l'interdiction de la possession de pornographie juvénile est liée à cinq égards à la réduction de l'exploitation sexuelle des enfants : (1) la pornographie juvénile favorise les distorsions cognitives; (2) elle alimente des fantasmes qui incitent à commettre des

2001 SCC 2 (CanLII)

the production, distribution and use that result in direct harm to children; (4) it is used for grooming and seducing victims; and (5) some child pornography is produced using real children.

infractions; (3) l'interdiction de la possession de cette forme de pornographie facilite les tentatives d'appliquer la loi pour réduire les activités de production, la distribution et l'utilisation qui causent un préjudice direct aux enfants; (4) la pornographie juvénile sert à initier et à séduire des victimes; (5) dans certains cas, de vrais enfants sont utilisés pour la produire.

The first alleged harm concerns cognitive distortions. The Crown argues that child pornography may change possessors' attitudes in ways that makes them more likely to sexually abuse children. People may come to see sexual relations with children as normal and even beneficial. Moral inhibitions may be weakened. People who would not otherwise abuse children may consequently do so. Banning the possession of child pornography, asserts the Crown, will reduce these cognitive distortions.

87 Le premier préjudice allégué concerne les distorsions cognitives. Le ministère public prétend que la pornographie juvénile peut modifier le comportement du possesseur en le rendant plus susceptible d'exploiter sexuellement des enfants. Des gens peuvent en arriver à considérer que les rapports sexuels avec des enfants sont normaux et même bénéfiques. Les inhibitions morales peuvent être affaiblies. Des personnes qui, sans cela, n'exploiteraient pas des enfants peuvent être amenées à le faire. Selon le ministère public, l'interdiction de la possession de pornographie juvénile a pour effet de réduire ces distorsions cognitives.

The trial judge discounted this harm due to the limited scientific evidence linking cognitive distortions to increased rates of offending. Applying the reasoned apprehension of harm test yields a different conclusion. While the scientific evidence is not strong, I am satisfied that the evidence in this case supports the existence of a connection here: exposure to child pornography may reduce paedophiles' defences and inhibitions against sexual abuse of children. Banalizing the awful and numbing the conscience, exposure to child pornography may make the abnormal seem normal and the immoral seem acceptable.

88 Le juge du procès n'a pas tenu compte de ce préjudice en raison du caractère limité de la preuve scientifique reliant les distorsions cognitives à une hausse de la délinquance. L'application du critère de l'appréhension raisonnée d'un préjudice mène à une conclusion différente. Bien que la preuve scientifique ne soit pas solide, je suis d'avis que les éléments de preuve présentés en l'espèce étayent l'existence d'un lien : l'exposition à la pornographie juvénile risque d'affaiblir la résistance et les réticences des pédophiles à l'égard de l'exploitation sexuelle d'enfants. En banalisant l'abominable et en apaisant la conscience, l'exposition à la pornographie juvénile peut faire paraître normal ce qui est anormal, et acceptable ce qui est immoral.

The second alleged harm is that possession of child pornography fuels fantasies, making paedophiles more likely to offend. The trial judge found that studies showed a link between highly erotic child pornography and offences. However, other studies suggested that both erotic and milder pornography might provide substitute satisfaction and reduce offences. Putting the studies together, the trial judge concluded that he could not say that the net effect was to increase harm to children

89 Le deuxième préjudice allégué est que la possession de pornographie juvénile alimente les fantasmes, ce qui rend les pédophiles plus susceptibles de commettre des infractions. Selon le juge du procès, des études montrent l'existence d'un lien entre la pornographie juvénile très érotique et la commission d'infractions. Cependant, d'autres études indiquent que tant la pornographie érotique que la pornographie plus douce pourraient procurer une satisfaction de substitution et à réduire la délin-

2001 SCC 2 (CanLII)

(para. 23). Absent evidence as to whether the benefit from sublimation equals the harm of incitement or otherwise, this conclusion seems tenuous. More fundamentally, the trial judge proceeded on the basis that scientific proof was required. The lack of unanimity in scientific opinion is not fatal. Complex human behaviour may not lend itself to precise scientific demonstration, and the courts cannot hold Parliament to a higher standard of proof than the subject matter admits of. Some studies suggest that child pornography, like other forms of pornography, will fuel fantasies and may incite offences in the case of certain individuals. This reasoned apprehension of harm demonstrates a rational connection between the law and the reduction of harm to children through child pornography.

quance. À partir de l'ensemble des études, le juge du procès a conclu qu'il n'était pas en mesure d'affirmer que le résultat net était l'accroissement du préjudice causé aux enfants (par. 23). En l'absence de preuve indiquant si les avantages de la sublimation correspondent au préjudice découlant de l'incitation, cette conclusion paraît précaire. Plus fondamentalement, le juge du procès a tenu pour acquis qu'une preuve scientifique était nécessaire. L'absence d'opinion scientifique unanime n'est pas fatale. Il se peut qu'un comportement humain complexe ne se prête pas à une démonstration scientifique précise, et les tribunaux ne peuvent pas astreindre le législateur à une norme de preuve plus rigoureuse que ne le permet le sujet en question. Certaines études indiquent que, à l'instar des autres formes de pornographie, la pornographie juvénile alimente les fantasmes et peut inciter certains individus à commettre des infractions. Cette crainte raisonnée de préjudice montre l'existence d'un lien rationnel entre la disposition contestée et la réduction du préjudice causé aux enfants par la pornographie juvénile.

90 The third alleged harm — that criminalizing the possession of child pornography aids in prosecuting the distribution and use of child pornography — was not expressly considered by the trial judge. Detective Waters testified that as a result of possession charges, the police have been able to uncover persons involved in producing and distributing child pornography. The Criminal Lawyers' Association argues that it is dangerous to justify violations of rights on the sole basis that they will assist in the detection and prosecution of other criminal offences. Such reasoning, it argues, could be used to justify many other violations of fundamental rights. Given the evidence linking possession with harm to children on other grounds, it is not necessary to resolve the question of whether an offence abridging a *Charter* right can ever be justified solely on the basis that it assists in prosecuting other offences. It is sufficient to note that the fact the offence of possession aids prosecution of those

Le juge du procès n'a pas expressément examiné le troisième préjudice allégué, à savoir que la criminalisation de la possession de pornographie juvénile contribue à la répression de la distribution et de l'utilisation de la pornographie juvénile. Le détective Waters a témoigné que des accusations de possession avaient permis à la police de découvrir des personnes impliquées dans la production et la distribution de pornographie juvénile. La Criminal Lawyers' Association fait valoir qu'il est risqué de justifier la violation d'un droit par le simple fait qu'elle aidera à déceler et à réprimer d'autres infractions criminelles. Elle ajoute qu'un tel raisonnement pourrait servir à justifier de nombreuses autres atteintes à des droits fondamentaux. Vu la preuve établissant, sur la foi d'autres fondements, un lien entre la possession et le préjudice causé aux enfants, il n'est pas nécessaire de répondre à la question de savoir si une disposition créant une infraction et limitant un droit garanti par la *Charte* peut être justifiée du seul fait qu'elle contribue à la répression d'autres infractions. Il suffit de souligner qu'un effet secondaire positif de la disposition en cause est que l'infraction de possession aide à

2001 SCC 2 (CanLII)

who produce and distribute child pornography is a positive side-effect of the law.

The trial judge was satisfied that the evidence relating to the fourth alleged harm, the use of child pornography to "groom" or seduce victims, showed a rational connection. The evidence is clear and uncontradicted. "Sexually explicit pornography involving children poses a danger to children because of its use by pedophiles in the seduction process" (para. 23). The ability to possess child pornography makes it available for the grooming and seduction of children by the possessor and others. Mr. Sharpe does not deny that some child pornography can play an important role in the seduction of children. Criminalizing the possession of child pornography is likely to help reduce the grooming and seduction of children.

The fifth and final harm — the abuse of children in the production of pornography — is equally conclusive. Children are used and abused in the making of much of the child pornography caught by the law. Production of child pornography is fueled by the market for it, and the market in turn is fueled by those who seek to possess it. Criminalizing possession may reduce the market for child pornography and the abuse of children it often involves. The link between the production of child pornography and harm to children is very strong. The abuse is broad in extent and devastating in impact. The child is traumatized by being used as a sexual object in the course of making the pornography. The child may be sexually abused and degraded. The trauma and violation of dignity may stay with the child as long as he or she lives. Not infrequently, it initiates a downward spiral into the sex trade. Even when it does not, the child must live in the years that follow with the knowledge that the degrading photo or film may still exist,

poursuivre les gens qui produisent et distribuent de la pornographie juvénile.

91 Le juge du procès était convaincu que la preuve relative au quatrième préjudice allégué, celui de l'utilisation de la pornographie juvénile pour « initier » ou séduire des victimes, démontrait l'existence d'un lien rationnel. La preuve est claire et non contredite. [TRADUCTION] « La pornographie impliquant des enfants qui se livrent à une activité sexuelle explicite expose les enfants à un danger, en raison du fait que les pédophiles s'en servent pour séduire leurs victimes » (par. 23). La possibilité d'avoir de la pornographie juvénile en sa possession permet au possesseur de ce matériel et à d'autres personnes de s'en servir pour initier et séduire des enfants. Monsieur Sharpe ne nie pas que certaines formes de pornographie juvénile puissent jouer un rôle important dans la séduction des enfants. La criminalisation de la possession de pornographie juvénile est susceptible de contribuer à réduire la séduction d'enfants et leur initiation aux rapports sexuels.

92 Le cinquième et dernier préjudice, à savoir l'exploitation d'enfants pour la production de pornographie, est également concluant. Des enfants sont utilisés et exploités pour produire une grande partie de la pornographie juvénile visée par la disposition. La production de pornographie juvénile est stimulée par l'existence d'un marché qui, à son tour, est stimulé par les gens qui désirent posséder ce matériel. La criminalisation de la possession peut réduire le marché de la pornographie juvénile et l'exploitation des enfants qui y est souvent associée. Le lien entre la production de pornographie juvénile et le préjudice causé aux enfants est très fort. L'exploitation a une portée très étendue et des effets dévastateurs. L'enfant est traumatisé par le fait qu'il sert d'objet sexuel lors de la production du matériel pornographique. Il peut être sexuellement exploité et avili. Le traumatisme et l'atteinte à la dignité peuvent marquer l'enfant pour la vie. Il n'est pas rare que l'enfant tombe dans la déchéance et se retrouve dans le commerce du sexe. Même s'il échappe à ce triste sort, l'enfant vit par la suite en sachant qu'une photo ou un film avilissant existe peut-être encore et qu'à tout

2001 SCC 2 (CanLII)

and may at any moment be being watched and enjoyed by someone.

93 It is argued that even if possession of child pornography is linked to harm to children, that harm is fully addressed by laws against the production and distribution of child pornography. Criminalizing mere possession, according to this argument, adds greatly to the limitation on free expression but adds little benefit in terms of harm prevention. The key consideration is what the impugned section seeks to achieve beyond what is already accomplished by other legislation: *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633. If other laws already achieve the goals, new laws limiting constitutional rights are unjustifiable. However, an effective measure should not be discounted simply because Parliament already has other measures in place. It may provide additional protection or reinforce existing protections. Parliament may combat an evil by enacting a number of different and complementary measures directed to different aspects of the targeted problem: see, e.g., *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3. Here the evidence amply establishes that criminalizing the possession of child pornography not only provides additional protection against child exploitation — exploitation associated with the production of child pornography for the market generated by possession and the availability of material for arousal, attitudinal change and grooming — but also reinforces the laws criminalizing the production and distribution of child pornography.

94 I conclude that the social science evidence adduced in this case, buttressed by experience and common sense, amply meets the *Oakes* requirement of a rational connection between the purpose of the law and the means adopted to effect this purpose. Possession of child pornography increases the risk of child abuse. It introduces risk, moreover, that cannot be entirely targeted by laws prohibiting the manufacture, publication and distri-

moment quelqu'un peut être en train de regarder ce matériel et d'en tirer du plaisir.

On fait valoir que, même si la possession de pornographie juvénile est liée au préjudice causé à des enfants, les dispositions interdisant la production et la distribution de cette forme de pornographie permettent de remédier pleinement à ce préjudice. Selon cet argument, la criminalisation de la simple possession contribue énormément à limiter la liberté d'expression, mais est peu bénéfique sur le plan de la prévention du préjudice. Ce qui importe c'est ce que la disposition contestée tende à accomplir davantage que ce que d'autres dispositions font déjà : *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633. Si d'autres dispositions permettent déjà d'atteindre les objectifs visés, les nouvelles dispositions qui restreignent des droits constitutionnels sont injustifiables. Cependant, une mesure efficace ne devrait pas être écartée du seul fait qu'il existe déjà d'autres mesures adoptées par le législateur. Il se peut qu'elle fournisse une protection supplémentaire ou renforce des protections existantes. Le législateur peut s'attaquer à un problème en adoptant un certain nombre de mesures distinctes et complémentaires visant différents aspects du problème : voir, par exemple, *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3. En l'espèce, la preuve établit amplement que la criminalisation de la possession de pornographie juvénile fournit non seulement une protection supplémentaire contre l'exploitation des enfants — phénomène associé à la production de pornographie juvénile pour le marché créé par la possession et la disponibilité de matériel destiné à stimuler, entraîner des changements comportementaux et à initier —, mais elle renforce en outre les dispositions qui criminalisent la production et la distribution de cette forme de pornographie.

Je conclus que, renforcée par l'expérience et le bon sens, la preuve en matière de sciences humaines qui a été présentée en l'espèce satisfait amplement à l'exigence établie dans l'arrêt *Oakes* relativement à l'existence d'un lien rationnel entre l'objectif de la loi et les moyens pris pour l'atteindre. La possession de pornographie juvénile accroît le risque que des enfants soient exploités. En outre, elle crée un risque que ne peuvent pas

2001 SCC 2 (CanLII)

2001 SCC 2 (CanLII)

bution of child pornography. Laws against publication and distribution of child pornography cannot catch the private viewing of child pornography, yet private viewing may induce attitudes and arousals that increase the risk of offence. Nor do such laws catch the use of pornography to groom and seduce children. Only by extending the law to private possession can these harms be squarely attacked.

supprimer entièrement les dispositions qui interdisent la production, la publication et la distribution de pornographie juvénile. Les dispositions interdisant la publication et la distribution ne s'appliquent pas au visionnement privé de pornographie juvénile, alors qu'un tel visionnement peut provoquer des comportements et une stimulation qui accroissent le risque d'infraction. Ces dispositions ne s'appliquent pas non plus à l'utilisation de la pornographie pour initier et séduire les enfants. Seule l'application de la disposition à la possession personnelle peut permettre de s'attaquer directement à ces préjudices.

(b) *Minimal Impairment*

b) *L'atteinte minimale*

This brings us to a critical question in this case: does the law impair the right of free expression only minimally? If the law is drafted in a way that unnecessarily catches material that has little or nothing to do with the prevention of harm to children, then the justification for overriding freedom of expression is absent. Section 163.1(4), as a criminal offence, carries the heavy consequences of prosecution, conviction and loss of liberty, and must therefore be carefully tailored as a "measured and appropriate response" to the harms it addresses: *Keegstra*, *supra*, at p. 771. At the same time, legislative drafting is a difficult art and Parliament cannot be held to a standard of perfection: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Irwin Toy*, *supra*; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303. It may be difficult to draft a law capable of catching the bulk of pornographic material that puts children at risk, without also catching some types of material that are unrelated to harm to children. This is what McEachern C.J.B.C. had in mind when he suggested that it is difficult to see how Parliament could have drafted the law in a way that eliminated the possibility of "unintended consequences" (para. 292).

95 Nous devons maintenant trancher la question cruciale en l'espèce : La disposition en cause porte-t-elle le moins possible atteinte à la liberté d'expression? Si la disposition est rédigée de manière à englober inutilement du matériel qui n'a que peu ou rien à voir avec la prévention du préjudice causé aux enfants, alors la suppression de la liberté d'expression n'est pas justifiée. Le paragraphe 163.1(4) crée une infraction criminelle qui comporte de lourdes conséquences en matière de poursuites, de déclaration de culpabilité et de perte de liberté. Elle doit donc être soigneusement conçue de manière à constituer « une réaction mesurée et appropriée » aux préjudices qu'elle vise : *Keegstra*, précité, p. 771. Par ailleurs, la rédaction législative est un art exigeant, et le législateur ne saurait être astreint à une norme de perfection : *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Irwin Toy*, précité; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303. Il peut être difficile de rédiger une disposition applicable à l'ensemble du matériel pornographique qui expose les enfants à un risque, sans viser également certains types de matériel qui n'ont rien à voir avec le préjudice causé aux enfants. C'est ce que le juge en chef McEachern voulait dire lorsqu'il a indiqué qu'il était difficile d'imaginer comment le législateur aurait pu rédiger la disposition de façon à éliminer le risque de [TRADUCTION] « conséquences non voulues » (par. 292).

96 This Court has held that to establish justification it is not necessary to show that Parliament has

Notre Cour a jugé que, pour établir la justification, il n'est pas nécessaire de démontrer que le

adopted the least restrictive means of achieving its end. It suffices if the means adopted fall within a range of reasonable solutions to the problem confronted. The law must be reasonably tailored to its objectives; it must impair the right no more than reasonably necessary, having regard to the practical difficulties and conflicting tensions that must be taken into account: see *Edwards Books and Art Ltd.*, *supra*; *Chaulk*, *supra*; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Butler*, *supra*; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3.

97 This approach to minimal impairment is confirmed by the existence of the third branch of the proportionality test, requiring that the impairment of the right be proportionate to the benefit in terms of achieving Parliament's goal. If the only question were whether the impugned law limits the right as little as possible, there would be little need for the third stage of weighing the costs resulting from the infringement of the right against the benefits gained in terms of achieving Parliament's goal. It was argued after *Oakes*, *supra*, that anything short of absolutely minimal impairment was fatal. This Court has rejected that notion. The language of the third branch of the *Oakes* test is consistent with a more nuanced approach to the minimal impairment inquiry — one that takes into account the difficulty of drafting laws that accomplish Parliament's goals, achieve certainty and only minimally intrude on rights. At its heart, s. 1 is a matter of balancing: see *Dagenais*, *supra*; *RJR-MacDonald*, *supra*; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Thomson Newspapers*, *supra*.

98 Against this background, I turn to the legislation here at issue. Mr. Sharpe argues that s. 163.1(4) fails the minimal impairment test because the legal definition of child pornography includes material posing no reasoned risk of harm to children. However, as discussed earlier, properly interpreted, the

législateur a choisi le moyen le moins restrictif de réaliser son objectif. Il suffit que le moyen en question ait été choisi parmi une gamme de solutions raisonnables au problème visé. La disposition doit être raisonnablement adaptée à ses objectifs; elle ne doit pas ne doit pas porter atteinte au droit plus qu'il n'est raisonnablement nécessaire de le faire, eu égard aux difficultés pratiques et aux pressions contradictoires qui doivent être prises en considération : voir *Edwards Books and Art Ltd.*, précité; *Chaulk*, précité; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Butler*, précité; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.

Cette interprétation de l'atteinte minimale est confirmée par l'existence du troisième volet du critère de la proportionnalité, qui exige que l'atteinte au droit soit proportionnée aux avantages de la réalisation de l'objectif du législateur. S'il s'agissait seulement de déterminer si la disposition contestée limite aussi peu que possible le droit en cause, il ne serait pas beaucoup nécessaire d'appliquer le troisième volet, qui consiste à soupeser les coûts de l'atteinte au droit et les avantages résultant de la réalisation de l'objectif du législateur. Après l'arrêt *Oakes*, précité, on a soutenu que toute atteinte qui n'était pas absolument minimale était fatale. Notre Cour a rejeté cette idée. Le libellé du troisième volet du critère de l'arrêt *Oakes* est compatible avec une interprétation plus nuancée de l'atteinte minimale, qui tient compte de la difficulté de rédiger des dispositions qui permettent de réaliser les objectifs du législateur, assurent la certitude et portent le moins possible atteinte à des droits. Au fond, l'article premier vise à établir un équilibre : voir *Dagenais*, précité; *RJR-MacDonald*, précité; *Ross c. Conseil scolaire du district nº 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Thomson Newspapers*, précité.

C'est dans ce contexte que je vais examiner la disposition contestée en l'espèce. Monsieur Sharpe soutient que le par. 163.1(4) ne satisfait pas au critère de l'atteinte minimale parce que la définition légale de la pornographie juvénile englobe du matériel qui ne suscite aucune crainte raisonnée

2001 SCC 2 (CanLII)

law catches much less material unrelated to harm to children than Mr. Sharpe suggests. Depictions of kissing, hugging and other activity short of "explicit" sexual activity, works of art even of limited technical value, and family photos of naked children absent proof of a dominant sexual purpose, all fall outside the scope of the law. Many of the other hypothetical examples relied on in the courts below as suggesting overbreadth either disappear entirely on a proper construction of the statutory definition of child pornography, or are narrowed to the extent that material is caught only where it is related to harm to children. If these were the only grounds for concern arising from s. 163.1(4), I would have little difficulty concluding the provision is carefully tailored to its objective. It should also be remembered that to effect a conviction under s. 163.1(4), as under any other criminal provision, the Crown must establish that the accused possessed the requisite *mens rea*; this requirement, too, limits the reach of the statute.

qu'un préjudice ne soit causé à des enfants. Cependant, comme nous l'avons vu plus tôt, selon l'interprétation qu'il convient de lui donner, la disposition vise beaucoup moins de matériel n'ayant rien à voir avec le préjudice causé aux enfants que ne l'affirme M. Sharpe. La représentation d'un baiser, d'une étreinte ou d'une autre activité qui ne constitue pas une activité sexuelle « explicite », de même que l'œuvre d'art qui n'a qu'une valeur technique limitée et la photo de famille d'un enfant nu échappent toutes à l'application de la disposition en l'absence de preuve d'un objectif sexuel dominant. Bon nombre des autres exemples hypothétiques qui ont été donnés devant les tribunaux d'instance inférieure pour étoffer l'argument de la portée excessive tombent complètement devant l'interprétation qu'il convient de donner de la définition légale de la pornographie juvénile, ou voient leur portée réduite dans la mesure où n'est visé que le matériel lié à l'infliction d'un préjudice aux enfants. Si c'étaient là les seules préoccupations découlant du par. 163.1(4), j'aurais peu de difficulté à conclure que la disposition est soigneusement adaptée à son objectif. Il ne faut pas non plus oublier que, pour obtenir une déclaration de culpabilité en vertu du par. 163.1(4), comme en vertu de toute autre disposition en matière criminelle, le ministère public doit prouver que l'accusé avait la *mens rea* requise; cette exigence limite elle aussi le champ d'application de la disposition.

The fact remains, however, that the law may also capture the possession of material that one would not normally think of as "child pornography" and that raises little or no risk of harm to children: (1) written materials or visual representations created and held by the accused alone, exclusively for personal use; and (2) visual recordings, created by or depicting the accused, that do not depict unlawful sexual activity and are held by the accused exclusively for private use.

99 Il reste toutefois que la disposition peut également viser la possession de matériel qui ne serait pas normalement considéré comme de la « pornographie juvénile » et qui ne présente que peu ou pas de risques de préjudice pour les enfants : (1) les écrits ou représentations que l'accusé seul a créés et conserve exclusivement pour son usage personnel; (2) les enregistrements visuels créés par l'accusé ou dans lesquels il est représenté, qui ne dépeignent aucune activité sexuelle illégale et que l'accusé conserve exclusivement pour son usage personnel.

Possession of material in these categories is less closely tied to harm to children than the vast majority of material caught by the law. Children are not exploited in its production. The self-created

100 La possession de matériel compris dans ces catégories a un lien moins étroit avec le préjudice causé aux enfants que la majeure partie du matériel visé par la disposition. Aucun enfant n'est exploité

2001 SCC 2 (CanLII)

nature of the material comprising the first category undermines the possibility that it could produce negative attitudinal changes. In the second category, those depicted may well not even look like children. This said, some material in these categories could conceivably cause harm to children. Self-created private expressive materials could conceivably abet negative attitudinal changes in the creator, although since the creation came from him or her in the first place one would not expect the effect to be significant. A self-created private depiction or writing in the possession of the maker could fall into the hands of someone who might use it in a way that harms children. Again, a person's video or photo of him- or herself engaged in a lawful sexual act could present an image that looks like a child, which could possibly come into the hands of someone who would use it to harm children. So it cannot be denied that permitting the author of such materials to keep them in his or her custody poses some risk. However, the risk is small, incidental and more tenuous than that associated with the vast majority of material targeted by s. 163.1(4). Indeed, the above-cited examples lie at the edge of the problematic classes of material. The bulk of the material in these two problematic classes, while engaging important values underlying the s. 2(*b*) guarantee, poses no reasoned risk of harm to children.

pour produire ce matériel. Le fait que le matériel de la première catégorie soit une création personnelle diminue le risque qu'il entraîne des modifications de comportement négatives. Dans la seconde catégorie, il se peut bien que les personnes représentées ne ressemblent même pas à des enfants. Cela dit, certains types de matériel compris dans ces catégories risquent théoriquement de causer un préjudice à des enfants. Il se peut bien que le matériel expressif qu'une personne crée elle-même favorise des modifications de comportement négatives chez elle, mais étant donné que c'est elle qui a créé le matériel au départ, on ne s'attendrait pas à ce que cet effet soit important. La représentation ou l'écrit qui est en la possession de son auteur pourrait tomber entre les mains d'une personne susceptible de s'en servir d'une manière préjudiciable pour les enfants. Là encore, l'enregistrement vidéo ou la photo qu'une personne effectue ou prend, selon le cas, de ses propres activités sexuelles légales peut sembler présenter un enfant et tomber entre les mains de quelqu'un s'en servira pour causer un préjudice à des enfants. Il est donc indéniable que permettre à l'auteur de matériel de cette nature de le garder en sa possession présente un certain risque. Toutefois, le risque est minime, secondaire et plus faible que celui que présente la majeure partie du matériel visé par le par. 163.1(4). En fait, les exemples susmentionnés se situent aux confins des catégories de matériel problématiques. Bien qu'il fasse intervenir d'importantes valeurs sous-jacentes à la garantie prévue à l'al. 2*b*), la majeure partie du matériel compris dans ces deux catégories problématiques ne suscite aucune crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé à des enfants.

101 The government's argument on this point is, in effect, that it is necessary to prohibit possession of a large amount of harmless expressive material in order to combat the small risk that some material in this class may cause harm to children. This suggests that the law may be overbroad. However, final determination of this issue requires us to proceed to the third prong of the proportionality test

En réalité, le gouvernement fait valoir à cet égard qu'il est nécessaire d'interdire la possession d'une grande quantité de matériel expressif inoffensif pour éliminer le risque minime que du matériel de cette catégorie cause un préjudice à des enfants. Cela indique que la disposition peut avoir une portée trop large. Toutefois, pour pouvoir trancher cette question, il faut passer au troisième volet du critère de la proportionnalité, qui consiste à soupeser les inconvénients que la disposition pré-

2001 SCC 2 (CanLII)

— the weighing of the costs of the law to freedom of expression against the benefits it confers.

(c) *Proportionality: the Final Balance*

This brings us to the third and final branch of the proportionality inquiry: whether the benefits the law may achieve in preventing harm to children outweigh the detrimental effects of the law on the right of free expression. The final proportionality assessment takes all the elements identified and measured under the heads of Parliament's objective, rational connection and minimal impairment, and balances them to determine whether the state has proven on a balance of probabilities that its restriction on a fundamental *Charter* right is demonstrably justifiable in a free and democratic society.

In the vast majority of the law's applications, the costs it imposes on freedom of expression are outweighed by the risk of harm to children. The Crown has met the burden of demonstrating that the possession of child pornography poses a reasoned apprehension of harm to children and that the goal of preventing such harm is pressing and substantial. Explicit sexual photographs and videotapes of children may promote cognitive distortions, fuel fantasies that incite offenders, enable grooming of victims, and may be produced using real children. Written material that advocates or counsels sexual offences with children can pose many of the same risks. Although we recently held in *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69, that it may be difficult to make the case of obscenity against written texts, materials that advocate or counsel sexual offences with children may qualify. The Crown has also met the burden of showing that the law will benefit society by reducing the possibility of cognitive distortions, the use of pornography in grooming victims, and the abuse of children in the manufacture and continuing existence of this material. Explicit sexual photographs of children, videotapes of pre-pubescent children, and written works advocating sexual offences with children — all these and more pose a

sente pour la liberté d'expression et les avantages qu'elle procure.

c) *La proportionnalité : l'évaluation finale*

102 Cela nous amène au troisième et dernier volet de l'analyse de la proportionnalité, qui consiste à déterminer si les avantages que la disposition peut comporter sur le plan de la prévention du préjudice causé aux enfants l'emportent sur les effets néfastes qu'elle a sur le droit à la liberté d'expression. L'évaluation finale de la proportionnalité consiste à soupeser tous les éléments identifiés et mesurés sous les rubriques de l'objectif du législateur, du lien rationnel et de l'atteinte minimale, afin de déterminer si l'État a démontré, selon la prépondérance des probabilités, que la restriction qu'il apporte à un droit fondamental garanti par la *Charte* est justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique.

103 La plupart du temps, le risque qu'un préjudice soit causé à des enfants l'emporte sur les inconvénients que l'application de la disposition présente pour la liberté d'expression. Le ministère public s'est acquitté de son obligation de démontrer, d'une part, que la possession de pornographie juvénile suscite une crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé à des enfants et, d'autre part, que la prévention d'un tel préjudice est un objectif urgent et réel. Les photos et les enregistrements vidéo sexuellement explicites d'enfants peuvent favoriser les distorsions cognitives, alimenter des fantasmes qui incitent à commettre des infractions, permettre l'initiation des victimes et être produits au moyen de vrais enfants. Les écrits qui préconisent ou conseillent la perpétration d'infractions d'ordre sexuel avec des enfants peuvent présenter bon nombre des mêmes risques. Même si nous avons récemment jugé dans l'arrêt *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69, qu'il peut être difficile de prouver que des écrits sont obscènes, le matériel qui préconise ou conseille la perpétration d'infractions d'ordre sexuel avec des enfants peut se prêter à une telle preuve. Le ministère public s'est également acquitté de l'obligation de démontrer que la disposition est bénéfique pour la société en ce sens qu'elle permet de réduire le

2001 SCC 2 (CanLII)

reasoned risk of harm to children. Thus we may conclude that in its main impact, s. 163.1(4) is proportionate and constitutional.

104 I say this having given full consideration to the law's chilling effect. It is argued that fear of prosecution under s. 163.1(4), and the attendant social stigma, will deter people from keeping legal material and thus chill legitimate expression. However, the interpretation of the law offered in this decision may go some distance to reducing the uncertainty that feeds the chilling effect. Families need not fear prosecution for taking pictures of bare-bottomed toddlers at the beach or children playing in the backyard, given the requirement that the dominant purpose be sexual. As case law develops, greater certainty may be expected, further reducing the law's chilling effect. On the record before us, the chilling effect, while not insignificant, does not appear to represent a major cost as it relates to the vast majority of material captured under s. 163.1(4).

105 However, the prohibition also captures in its sweep materials that arguably pose little or no risk to children, and that deeply implicate the freedoms guaranteed under s. 2(*b*). The ban, for example, extends to a teenager's sexually explicit recordings of him- or herself alone, or engaged in lawful sexual activity, held solely for personal use. It also reaches private materials, created by an individual exclusively for him- or herself, such as personal journals, writings, and drawings. It is in relation to these categories of materials that the costs of the prohibition are most pronounced. At the same time, it is here that the link between the proscribed

risque de distorsions cognitives, l'utilisation de la pornographie pour initier des victimes, ainsi que l'exploitation d'enfants qui résulte de la production et de l'existence même de ce matériel. Les photos sexuellement explicites d'enfants, les enregistrements vidéo de préadolescents et les écrits incitant à commettre des infractions d'ordre sexuel avec des enfants suscitent tous une crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé à des enfants, et la liste ne s'arrête pas là. Nous pouvons donc conclure que, dans son effet principal, le par. 163.1(4) est proportionné et constitutionnel.

J'affirme cela en tenant bien compte de l'effet inhibiteur de la disposition. On fait valoir que la crainte d'une poursuite fondée sur le par. 163.1(4) et du stigmate social qui s'y rattache dissuadera les gens de conserver du matériel légal et inhibera ainsi l'expression légitime. Cependant, l'interprétation de la disposition qui est proposée dans les présents motifs est de nature à réduire l'incertitude à l'origine de l'effet inhibiteur. Les parents n'ont pas à craindre d'être poursuivis pour avoir photographié leurs bambins nu-fesses à la plage ou leurs enfants en train de jouer dans l'arrière-cour, vu l'exigence d'un objectif sexuel dominant. On peut s'attendre à ce qu'une plus grande certitude résulte de l'évolution de la jurisprudence, ce qui réduira davantage l'effet inhibiteur de la disposition. Il ressort du dossier qui nous a été soumis que l'effet inhibiteur, même s'il n'est pas négligeable, ne semble pas constituer un inconvénient majeur en ce qui concerne la majeure partie du matériel visé par le par. 163.1(4).

Toutefois, l'interdiction vise également du matériel dont on pourrait prétendre qu'il ne présente que peu ou pas de risques de préjudice pour les enfants et qui touche profondément aux libertés garanties par l'al. 2*b*). Par exemple, l'interdiction vise les enregistrements sexuels explicites qu'un adolescent fait de lui-même seul ou d'une activité sexuelle légale à laquelle il se livre, et qu'il conserve exclusivement pour son usage personnel. Elle vise également le matériel privé, comme un journal intime, un écrit ou un dessin, qu'une personne crée exclusivement pour son usage personnel. C'est à l'égard de ces catégories de matériel

2001 SCC 2 (CanLII)

materials and any risk of harm to children is most tenuous, for the reasons discussed earlier: children are not exploited or abused in their production; they are unlikely to induce attitudinal effects in their possessor; adolescents recording themselves alone or engaged in lawful sexual activity will generally not look like children; and the fact that this material is held privately renders the potential for its harmful use by others minimal. Consequently, the law's application to these materials, while peripheral to its objective, poses the most significant problems at this final stage of the proportionality analysis.

que les inconvénients de l'interdiction sont le plus marqués. En même temps, c'est à cet égard que le lien entre le matériel prohibé et tout risque qu'un préjudice soit causé à des enfants est le plus ténu, pour les raisons déjà mentionnées : des enfants ne sont pas exploités ou maltraités pour produire ce matériel; le matériel en cause est peu susceptible d'avoir un effet sur le comportement de la personne qui l'a en sa possession; les adolescents qui effectuent un enregistrement d'eux-mêmes seuls ou d'une activité sexuelle légale à laquelle ils se livrent ne ressemblent généralement pas à des enfants; enfin, le fait que ce matériel soit conservé en privé réduit au minimum le risque que d'autres personnes en fassent une utilisation préjudiciable. Par conséquent, l'application de la disposition au matériel de cette nature, même si elle est secondaire par rapport à son objectif, pose les problèmes les plus importants à cette étape finale de l'analyse de la proportionnalité.

As noted in discussing the values at stake in this appeal, privacy interests going to the liberty of the subject are also engaged by the legislation in question. However, these interests largely overlap with the s. 2(*b*) values and are properly considered in the final balancing stage under s. 1.

106 Comme je l'ai fait remarquer en analysant les valeurs qui sont en jeu dans le présent pourvoi, la mesure législative en cause fait aussi intervenir les intérêts en matière de vie privée de l'intimé qui touchent à sa liberté. Toutefois, ces intérêts coïncident en grande partie avec les valeurs sous-jacentes à l'al. 2*b*), et c'est à juste titre qu'elles sont examinées à l'étape de l'évaluation finale fondée sur l'article premier.

I turn first to consider the law's application to self-created works of the imagination, written or visual, intended solely for private use by the creator. The intensely private, expressive nature of these materials deeply implicates s. 2(*b*) freedoms, engaging the values of self-fulfilment and self-actualization and engaging the inherent dignity of the individual: *Ford*, *supra*, at p. 765; see also my comments in *Keegstra*, *supra*, at p. 804. Personal journals and writings, drawings and other forms of visual expression may well be of importance to self-fulfilment. Indeed, for young people grappling with issues of sexual identity and self-awareness, private expression of a sexual nature may be crucial to personal growth and sexual maturation. The fact that many might not favour such forms of expression does not lessen the need to insist on

107 J'aborde en premier lieu l'application de la disposition aux œuvres de fiction, écrites ou visuelles, qu'une personne crée uniquement pour son usage personnel. La nature expressive extrêmement privée de ce matériel touche profondément aux libertés garanties par l'al. 2*b*), en faisant intervenir les valeurs de l'épanouissement personnel et de la réalisation de soi, ainsi que la dignité inhérente de l'être humain : *Ford*, précité, p. 765; voir aussi mes commentaires dans l'arrêt *Keegstra*, précité, p. 804. Le journal intime et les notes personnelles de même que les dessins et autres formes d'expression visuelle peuvent être importants pour l'épanouissement de la personne. En fait, l'expression privée de nature sexuelle peut être cruciale pour la croissance personnelle et le développement sexuel de jeunes personnes aux prises avec des questions

2001 SCC 2 (CanLII)

strict justification for their prohibition. As stated in *Irwin Toy*, *supra*, at p. 976, "the diversity in forms of individual self-fulfilment and human flourishing ought to be cultivated in an essentially tolerant, indeed welcoming, environment".

d'identité sexuelle et de conscience de soi. Le fait qu'il soit possible que bien des personnes ne voient pas d'un œil favorable de telles formes d'expression ne réduit pas pour autant la nécessité d'insister sur une justification stricte de l'interdiction qui les frappe. Comme il est précisé dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, p. 976, « la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels doit être encouragée dans une société qui est essentiellement tolérante, même accueillante ».

108 The restriction imposed by s. 163.1(4) regulates expression where it borders on thought. Indeed, it is a fine line that separates a state attempt to control the private possession of self-created expressive materials from a state attempt to control thought or opinion. The distinction between thought and expression can be unclear. We talk of "thinking aloud" because that is often what we do: in many cases, our thoughts become choate only through their expression. To ban the possession of our own private musings thus falls perilously close to criminalizing the mere articulation of thought.

La restriction imposée par le par. 163.1(4) réglemente l'expression là où elle côtoie la pensée. En fait, il n'y a qu'une ligne de démarcation ténue entre la tentative de l'État de contrôler la possession de matériel expressif par la personne qui l'a créé et la tentative de l'État de contrôler la pensée ou l'opinion. La distinction entre la pensée et l'expression peut être difficile à établir. Nous disons « penser à voix haute » parce que c'est souvent ce que nous faisons : dans bien des cas, nos pensées ne prennent forme que par leur expression. L'interdiction de l'expression de nos rêveries personnelles frôle dangereusement la criminalisation de la simple expression de la pensée.

109 The same concerns arise in relation to autodepictions; that is, visual recordings made by a person of him- or herself alone, held privately and intended only for personal use. Again, such materials may be of significance to adolescent self-fulfilment, self-actualization and sexual exploration and identity. Similar considerations apply where the creator of the recordings is not the sole subject; that is, where lawful sexual acts are documented in a visual recording, such as photographs or a videotape, and held privately by the participants exclusively for their own private use. Such materials could conceivably reinforce healthy sexual relationships and self-actualization. For example, two adolescents might arguably deepen a loving and respectful relationship through erotic pictures of themselves engaged in sexual activity. The cost of including such materials to the right of

Les mêmes préoccupations naissent à l'égard des représentations de soi, c'est-à-dire les enregistrements visuels qu'une personne fait d'elle-même seule, qu'elle conserve privément et qui sont destinés exclusivement à son usage personnel. Là encore, du matériel de cette nature peut être important pour l'épanouissement personnel, la réalisation de soi ainsi que l'exploration et l'identité sexuelles de l'adolescent. Des considérations similaires s'appliquent lorsque l'auteur de l'enregistrement n'est pas le seul sujet représenté, c'est-à-dire lorsque des actes sexuels légaux sont présentés dans un enregistrement visuel, comme une photo ou un vidéo, et conservés privément par les participants exclusivement pour leur usage personnel. En théorie, ce matériel peut renforcer de saines relations sexuelles et la réalisation de soi. Par exemple, deux adolescents pourraient faire grandir une relation d'amour et de respect en se servant de photos érotiques d'eux-mêmes se livrant à une activité sexuelle. Les inconvénients que l'inclusion de ce matériel présente pour le droit à la liberté d'expres-

2001 SCC 2 (CanLII)

free expression outweighs any tenuous benefit it might confer in preventing harm to children.

I conclude that in broad impact and general application, the limits s. 163.1(4) imposes on free expression are justified by the protection the law affords children from exploitation and abuse. I cannot, however, arrive at the same conclusion in regard to the two problematic categories of materials described above. The legislation prohibits a person from articulating thoughts in writing or visual images, even if the result is intended only for his or her own eyes. It further prohibits a teenager from possessing, again exclusively for personal use, sexually explicit photographs or videotapes of him- or herself alone or engaged with a partner in lawful sexual activity. The inclusion of these peripheral materials in the law's prohibition trenches heavily on freedom of expression while adding little to the protection the law provides children. To this extent, the law cannot be considered proportionate in its effects, and the infringement of s. 2(*b*) contemplated by the legislation is not demonstrably justifiable under s. 1.

D. *Remedy*

Confronted with a law that is substantially constitutional and peripherally problematic, the Court may consider a number of alternatives. One is to strike out the entire law. This was the choice of the trial judge and the majority of the British Columbia Court of Appeal. The difficulty with this remedy is that it nullifies a law that is valid in most of its applications. Until Parliament can pass another law, the evil targeted goes unremedied. Why, one might well ask, should a law that is substantially constitutional be struck down simply because the accused can point to a hypothetical application that

sion l'emportent sur les avantages ténus qu'elle pourrait avoir en matière de prévention du préjudice causé aux enfants.

110 Je conclus que, du point de vue de l'application générale du par. 163.1(4) et de son effet global, les limites qu'il impose à la liberté d'expression sont justifiées par le fait qu'il protège les enfants contre l'exploitation et les mauvais traitements. Je suis toutefois incapable d'arriver à la même conclusion en ce qui concerne les deux catégories problématiques de matériel décrites plus haut. La mesure législative interdit à une personne d'exprimer ses pensées dans des écrits ou des images, même si ceux-ci ne sont destinés qu'à son usage personnel. Elle interdit en outre à un adolescent d'avoir en sa possession, là encore exclusivement pour son usage personnel, des photos ou des enregistrements vidéo sexuellement explicites de lui-même, seul ou en compagnie d'une autre personne avec laquelle il se livre à une activité sexuelle légale. L'inclusion de ce matériel limitrophe dans le champ d'application de l'interdiction empiète lourdement sur la liberté d'expression et ajoute peu à la protection que la disposition assure aux enfants. Dans cette mesure, la disposition ne peut pas être considérée comme proportionnée sur le plan de ses effets, et l'atteinte à l'al. 2*b*) qu'elle prévoit n'est pas justifiable au sens de l'article premier.

D. *La réparation*

111 En présence d'une disposition législative substantiellement constitutionnelle et marginalement problématique, la Cour peut envisager un certain nombre de solutions. L'une consiste à invalider la disposition en entier. C'est le choix qu'ont fait le juge du procès et les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Le problème que pose cette réparation est qu'elle annule une disposition qui est valide dans la majorité de ses applications. Tant que le législateur n'aura pas pu adopter une autre disposition, le mal visé ne pourra pas être corrigé. Pourquoi, pourrait-on se demander, devrait-on invalider une disposition substantiellement constitutionnelle tout simplement parce que l'accusé est capable de signaler une application hypothétique qui n'a absolument rien à voir

2001 SCC 2 (CanLII)

is far removed from his own case which might not be constitutional?

112 Another alternative might be to hold that the law as it applies to the case at bar is valid, declining to find it unconstitutional on the basis of a hypothetical scenario that has not yet arisen. In the United States, courts have frequently declined to strike out laws on the basis of hypothetical situations not before the court, although less so in First Amendment (free expression) cases. While the Canadian jurisprudence on the question is young, thus far it suggests that laws may be struck out on the basis of hypothetical situations, provided they are "reasonable".

113 Yet another alternative might be to uphold the law on the basis that it is constitutionally valid in the vast majority of its applications and stipulate that if and when unconstitutional applications arise, the accused may seek a constitutional exemption. Ross, who concludes that s. 163.1(4) is constitutional in most but not all of its applications, recommends this remedy: Ross, *supra*, at p. 58.

114 I find it unnecessary to canvas any of these suggestions further because in my view the appropriate remedy in this case is to read into the law an exclusion of the problematic applications of s. 163.1, following *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679. *Schachter* suggests that the problem of peripheral unconstitutional provisions or applications of a law may be addressed by striking down the legislation, severing of the offending sections (with or without a temporary suspension of invalidity), reading down, or reading in. The Court decides on the appropriate remedy on the basis of "twin guiding principles": respect for the role of Parliament, and respect for the purposes of the *Charter* (p. 715). Applying these principles, I

avec son propre cas et qui pourrait être inconstitutionnelle?

Il serait aussi possible de déclarer la disposition valide dans la mesure où elle s'applique à la présente affaire, et de refuser de la juger inconstitutionnelle sur la base d'un scénario hypothétique qui ne s'est pas encore présenté. Aux États-Unis, les tribunaux ont fréquemment refusé d'invalider des lois sur la base de situations hypothétiques n'ayant pas donné lieu à contestation judiciaire, quoiqu'ils refusent moins souvent de le faire dans les cas où le Premier amendement (liberté d'expression) est invoqué. Même si la jurisprudence canadienne sur la question est récente, elle semble avoir indiqué, jusqu'à maintenant, que des lois peuvent être invalidées sur la base de situations hypothétiques, pourvu que celles-ci soient « raisonnables ».

Il y aurait aussi la possibilité de confirmer la validité de la disposition pour le motif qu'elle est constitutionnelle dans la grande majorité de ses applications et de préciser que, en cas d'applications inconstitutionnelles, l'accusé peut demander une exception constitutionnelle. Ross, qui conclut que le par. 163.1(4) est constitutionnel dans la plupart mais non dans la totalité de ses applications, recommande cette réparation : Ross, *loc. cit.*, p. 58.

Je ne juge pas nécessaire d'examiner plus en détail l'une ou l'autre de ces suggestions puisque, à mon avis, la réparation qui convient en l'espèce consiste à exclure de la portée de l'art. 163.1, au moyen d'une interprétation large, les applications problématiques de cette disposition, conformément à l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679. Selon cet arrêt, il est possible de résoudre le problème des dispositions ou applications limitrophes inconstitutionnelles en invalidant la mesure législative, en en supprimant les dispositions attentatoires (avec ou sans suspension temporaire de l'invalidité) ou en lui donnant une interprétation atténuante ou une interprétation large. Le tribunal détermine la réparation convenable conformément aux « deux principes directeurs » : le respect du rôle du législateur et le respect des objets de la *Charte* (p. 715). En appliquant ces principes, je conclus que, dans les circonstances de la présente

2001 SCC 2 (CanLII)

conclude that in the circumstances of the case reading in an exclusion is the appropriate remedy.

To assess the appropriateness of reading in as a remedy, we must identify a distinct provision that can be read into the existing legislation to preserve its constitutional balance. In this case, s. 163.1 might be read as incorporating an exception for the possession of:

> 1. Self-created expressive material: i.e., any written material or visual representation created by the accused alone, and held by the accused alone, exclusively for his or her own personal use; and
>
> 2. Private recordings of lawful sexual activity: i.e., any visual recording, created by or depicting the accused, provided it does not depict unlawful sexual activity and is held by the accused exclusively for private use.

The first category would protect written or visual expressions of thought, created through the efforts of a single individual, and held by that person for his or her eyes alone. The teenager's confidential diary would fall within this category, as would any other written work or visual representation confined to a single person in its creation, possession and intended audience.

The second category would protect auto-depictions, such as photographs taken by a child or adolescent of him- or herself alone, kept in strict privacy and intended for personal use only. It would also extend to protect the recording of lawful sexual activity, provided certain conditions were met. The person possessing the recording must have personally recorded or participated in the sexual activity in question. That activity must not be unlawful, thus ensuring the consent of all parties, and precluding the exploitation or abuse of children. All parties must also have consented to the creation of the record. The recording must be kept in strict privacy by the person in possession, and intended exclusively for private use by the creator and the persons depicted therein. Thus, for example, the teenager's diary would not be protected if it described unlawful sexual activity.

affaire, l'inclusion d'une exception par interprétation large est la réparation convenable.

115 Pour décider s'il convient d'accorder une réparation au moyen d'une interprétation large, il nous faut identifier une disposition précise qui pourrait être incluse dans la loi existante afin d'en maintenir l'équilibre constitutionnel. En l'espèce, l'art. 163.1 pourrait être considéré comme incorporant une exception applicable à la possession :

> 1. de matériel expressif créé par l'intéressé : c'est-à-dire les écrits ou représentations créés par l'accusé seul et conservés par ce dernier exclusivement pour son usage personnel;
>
> 2. d'enregistrements privés d'une activité sexuelle légale : c'est-à-dire tout enregistrement visuel créé par l'accusé ou dans lequel ce dernier figure, qui ne représente aucune activité sexuelle illégale et qui est conservé par l'accusé exclusivement pour son usage personnel.

La première catégorie protégerait les expressions écrites ou visuelles de la pensée créées par une seule personne et conservées par celle-ci pour son seul usage personnel. Le journal intime de l'adolescent entrerait dans cette catégorie, de même que toute autre œuvre écrite ou représentation créée par une seule personne, qui est en la possession exclusive de cette personne et qui est destinée à être vue uniquement par elle.

116 La seconde catégorie protégerait la représentation d'une personne par elle-même, comme la photo qu'un enfant ou un adolescent a prise de lui-même seul, qu'il conserve strictement en privé et qui est destinée à son seul usage personnel. Elle irait jusqu'à protéger l'enregistrement d'une activité sexuelle légale, pourvu que certaines conditions soient remplies. La personne qui a en sa possession l'enregistrement doit avoir enregistré personnellement l'activité sexuelle en question ou y avoir participé. Cette activité ne doit pas être illégale, ce qui a pour effet de garantir que toutes les parties ont consenti et d'empêcher que des enfants soient exploités ou maltraités. Il faut aussi que toutes les parties aient consenti à la création de l'enregistrement. L'enregistrement doit être con-

2001 SCC 2 (CanLII)

ple, a teenage couple would not fall within the law's purview for creating and keeping sexually explicit pictures featuring each other alone, or together engaged in lawful sexual activity, provided these pictures were created together and shared only with one another. The burden of proof in relation to these excepted categories would function in the same manner as that of the defences of "artistic merit", "educational, scientific or medical purpose", and "public good". The accused would raise the exception by pointing to facts capable of bringing him or her within its protection, at which point the Crown would bear the burden of disproving its applicability beyond a reasonable doubt.

servé strictement en privé par la personne qui l'a en sa possession et être destiné exclusivement à l'usage personnel de son auteur et des personnes qui y sont représentées. Ainsi, par exemple, la disposition ne s'appliquerait pas à un couple d'adolescents qui créerait et conserverait des photos sexuellement explicites d'eux-mêmes séparément ou ensemble en train de se livrer à une activité sexuelle légale, pourvu qu'ils aient pris les photos ensemble et qu'ils ne les aient échangées qu'entre eux. Le fardeau de la preuve à l'égard de ces catégories d'exceptions serait semblable à celui qui s'applique aux moyens de défense fondés sur la « valeur artistique », le « but éducatif, scientifique ou médical » et le « bien public ». L'accusé soulèverait l'exception en indiquant des faits susceptibles de lui permettre de s'en prévaloir, après quoi il incomberait au ministère public d'établir hors de tout doute raisonnable que cette exception ne s'applique pas.

117 These two exceptions would necessarily apply as well to the offence of "making child pornography" under s. 163.1(2) (but not to printing, publishing or possessing for the purpose of publishing); otherwise an individual, although immune from prosecution for the possession of such materials, would remain vulnerable to prosecution for their creation.

Ces deux exceptions s'appliqueraient nécessairement aussi à l'infraction de « production de pornographie juvénile » prévue au par. 163.1(2) (mais non à l'impression et à la publication de ce matériel, ou au fait de l'avoir en sa possession à des fins de publication); sinon, une personne qui ne pourrait pas être poursuivie pour possession de matériel de cette nature resterait susceptible de l'être pour l'avoir créé.

118 I reiterate that the protection afforded by this exception would extend no further than to materials intended solely for private use. If materials where shown to be held with any intention other than for personal use, their possession would then fall outside the exception's aegis and be subject to the full force of s. 163.1(4). Indeed, such possession might also run afoul of the manufacturing and distributing offences set out in ss. 163.1(2) and 163.1(3).

Je répète que la protection accordée par cette exception ne s'appliquerait qu'au matériel destiné uniquement à un usage personnel. S'il était démontré que du matériel est conservé à une autre fin que l'usage personnel, la possession de ce matériel ne relèverait plus de l'exception et tomberait entièrement sous le coup du par. 163.1(4). En fait, une telle possession pourrait aussi tomber sous le coup des dispositions relatives aux infractions de production et de distribution des par. 163.1(2) et (3).

119 It is apparent that the availability of the second exception turns on whether Parliament had criminalized the depicted sexual activity. Parliament may affect the scope of the exception by narrowing or broadening the range of sexual activity that is criminalized. (More broadly, of course, Par-

Il appert que la possibilité de se prévaloir de le seconde exception dépend de la question de savoir si le législateur a criminalisé l'activité sexuelle représentée. Le législateur peut modifier le champ d'application de l'exception en restreignant ou en élargissant l'étendue des activités sexuelles crimi-

2001 SCC 2 (CanLII)

liament, in its wisdom, may choose to redraft the statute to reflect the concerns that compel the Court to hold that the statute cannot constitutionally apply to the two stipulated exceptions.)

nalisées. (Dans un sens plus large, il va sans dire que le législateur peut, dans sa sagesse, choisir de reformuler la disposition en cause de manière à dissiper les préoccupations qui obligent notre Cour à statuer que cette disposition ne peut pas s'appliquer constitutionnellement aux deux exceptions prévues.)

Thus described, the proposed exception relates only to materials that pose a negligible risk of harm to children, while deeply implicating s. 2(*b*) values and the s. 7 liberty interest by virtue of their intensely private nature and potential connection to self-fulfilment and self-actualization. With the contours of this exception in mind, I proceed to the question of whether reading in this exception is the appropriate remedy for the overbreadth of s. 163.1(4).

120 Ainsi décrite, l'exception proposée ne s'applique qu'au matériel qui ne présente qu'un risque négligeable de préjudice pour les enfants, mais qui touche profondément aux valeurs consacrées par l'al. 2*b*) et au droit à la liberté garanti par l'art. 7, en raison de sa nature extrêmement privée et de son lien potentiel avec l'épanouissement personnel et la réalisation de soi. Ayant en tête les paramètres de cette exception, je passe maintenant à la question de savoir si le fait d'inclure cette exception par interprétation large est la façon convenable de remédier à la portée excessive du par. 163.1(4).

Schachter, *supra*, holds that reading in will be appropriate only where (1) the legislative objective is obvious and reading in would further that objective or constitute a lesser interference with that objective than would striking down the legislation; (2) the choice of means used by the legislature to further the legislation's objective is not so unequivocal that reading in would constitute an unacceptable intrusion into the legislative domain; and (3) reading in would not require an intrusion into legislative budgetary decisions so substantial as to change the nature of the particular legislative enterprise. The third requirement is not of concern here. The first two inquiries — conformity with legislative objective and avoidance of unacceptable law-making — require more discussion.

121 Selon l'arrêt *Schachter*, précité, l'interprétation large n'est appropriée que si les critères suivants sont respectés : (1) l'objectif du législateur est évident et l'interprétation large favoriserait l'atteinte de cet objectif ou constituerait un empiétement moindre sur cet objectif que l'invalidation de la mesure législative en cause; (2) le choix des moyens utilisés par le législateur pour atteindre son objectif n'est pas assez incontestable pour que l'interprétation large constitue un empiétement inacceptable sur le domaine législatif; (3) l'interprétation large ne nécessiterait pas un empiétement si important sur les décisions financières du législateur qu'elle modifierait la nature du régime législatif en question. Le troisième critère n'est pas pertinent en l'espèce. Les deux premiers critères — la compatibilité avec l'objectif du législateur et la nécessité d'éviter un empiétement inacceptable sur le domaine législatif — exigent un examen plus approfondi.

The first question is whether the legislative objective of s. 163.1(4) is evident. In my view it is. The purpose of the legislation is to protect children from exploitation and abuse by prohibiting possession of material that presents a reasoned risk of harm to children. This question leads to a second: whether reading in will further that objective. In

122 Il s'agit en premier lieu de savoir si l'objectif du par. 163.1(4) est évident. Selon moi, il l'est. La disposition vise à protéger les enfants contre l'exploitation et les mauvais traitements en interdisant la possession de matériel qui suscite une crainte raisonnée qu'un préjudice ne leur soit causé. Cette question en entraîne une deuxième : celle de savoir

2001 SCC 2 (CanLII)

other words, will precluding the offending applications of the law better conform to Parliament's objective than striking down the whole law? Again the answer is clearly yes. The applications of the law that pose constitutional problems are exactly those whose relation to the objective of the legislation is most remote. Carving out those applications by incorporating the proposed exception will not undermine the force of the law; rather, it will preserve the force of the statute while also recognizing the purposes of the *Charter*. The defects of the section are not so great that their exclusion amounts to impermissible redrafting, as was the case in *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, and *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761. The new exceptions resemble those that Parliament has already created and are consistent with its overall approach of catching mainstream child pornography reasonably linked to harm while excluding peripheral material that engages free speech values. Moreover, since the problematic applications lie on the periphery of the material targeted by Parliament, carving them out will not create an exception-riddled provision bearing little resemblance to the provision envisioned by Parliament. This suggests that excluding the offending applications of the law will not subvert Parliament's object. On the other hand, striking down the statute altogether would assuredly undermine Parliament's object, making it impossible to combat the lawfully targeted harms until it can pass new legislation.

123 I recognize that questions may arise in the application of the excepted categories. However, the same may be said for s. 163.1 as drafted. It will be for the courts to consider precise questions of interpretation if and when they arise, bearing in mind Parliament's fundamental object: to ban possession of child pornography which raises a reasoned apprehension of harm to children.

si une interprétation large favorisera la réalisation de cet objectif. En d'autres termes, est-il plus compatible avec l'objectif du législateur d'empêcher les applications attentatoires de la disposition en cause que d'invalider complètement cette disposition? Là encore, la réponse est nettement affirmative. Les applications de la disposition qui posent des problèmes constitutionnels sont exactement celles qui ont le lien le plus ténu avec l'objectif du législateur. L'élimination de ces applications par l'inclusion de l'exception proposée n'affaiblira pas l'effet de la disposition; au contraire, elle préservera son effet tout en tenant compte des objectifs de la *Charte*. Les lacunes de la disposition ne sont pas importantes au point de nécessiter une reformulation inacceptable pour les éliminer, comme c'était le cas dans les arrêts *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, et *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761. Les nouvelles exceptions ressemblent à celles que le législateur a déjà créées et elles s'harmonisent avec sa façon globale de s'attaquer au phénomène général de la pornographie juvénile raisonnablement liée à un préjudice, tout en excluant le matériel limitrophe qui fait intervenir les valeurs protégées par la liberté d'expression. De plus, comme les applications problématiques se situent aux confins du matériel visé par le législateur, leur élimination ne donnera pas une disposition cousue d'exceptions, ressemblant peu à celle qu'envisageait le législateur. Cela montre que l'élimination des applications attentatoires de la disposition ne minera pas l'objectif du législateur. Par contre, l'invalidation complète de la disposition minerait sûrement l'objectif du législateur en empêchant la lutte contre les préjudices légitimement visés tant qu'il n'aurait pas adopté une nouvelle disposition.

Je reconnais que l'application des catégories d'exceptions peut soulever certaines questions. On peut toutefois en dire autant du texte actuel de l'art. 163.1. Il appartiendra aux tribunaux de se pencher sur des questions d'interprétation précises lorsqu'elles seront soulevées, en tenant compte de l'objectif fondamental du législateur, qui est d'interdire la possession de pornographie juvénile suscitant une crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé à des enfants.

2001 SCC 2 (CanLII)

The second prong of *Schachter*, *supra*, is directed to the possibility that reading in, though recognizing the objective of the legislation, may nonetheless undermine legislative intent by substituting one means of effecting that intent with another. As we noted in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, the relevant question is "what the legislature would . . . have done if it had known that its chosen measures would be found unconstitutional" (para. 167). If it is not clear that the legislature would have enacted the legislation without the problematic provisions or aspects, then reading in a term may not provide the appropriate remedy. This concern has more relevance where the legislature has made a "deliberate choice of means" by which to reach its objective. Even in such a case, however, "a deliberate choice of means will not act as a bar to reading in save for those circumstances in which the means chosen can be shown to be of such centrality to the aims of the legislature and so integral to the scheme of the legislation, that the legislature would not have enacted the statute without them": *Vriend*, *supra*, at para. 167.

124 Le deuxième volet du critère énoncé dans l'arrêt *Schachter*, précité, porte sur la possibilité que l'interprétation large, même si elle reconnaît l'objectif de la loi, puisse néanmoins altérer l'intention du législateur en remplaçant un moyen de mettre à exécution cette intention par un autre moyen. Comme nous l'avons noté dans l'arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, la question pertinente consiste à se demander « ce que le législateur aurait [. . .] fait s'il avait su que ses dispositions seraient jugées inconstitutionnelles » (par. 167). S'il n'est pas évident que le législateur aurait adopté la mesure législative sans les dispositions ou les aspects problématiques, il se peut alors que l'inclusion d'une condition par interprétation large ne constitue pas la réparation convenable. Cette préoccupation est plus pertinente lorsque le législateur a fait un « choix délibéré des moyens » qui permettraient d'atteindre son objectif. Cependant, même dans ce cas, « le choix délibéré des moyens n'empêche pas le recours à l'interprétation large, sauf dans les cas où l'on peut établir que les moyens choisis revêtent une importance à ce point centrale eu égard aux buts poursuivis par le législateur et sont à ce point essentiels à l'économie de la loi que le législateur ne l'aurait pas adoptée sans eux » : *Vriend*, précité, par. 167.

In the present case it cannot be said that the legislature has made a deliberate choice of means in the sense that phrase was used in *Vriend*, *supra*. Clearly, s. 163.1(4) is a deliberate choice of means in the general sense that the provision was adopted to address the problem of child abuse and exploitation. I see no evidence, however, that Parliament saw the statute's application to the two problematic categories of materials (i.e., self-created expressive materials and private recordings that do not depict unlawful sexual activity) as an integral part of the legislative scheme. On the contrary, given that the risk to children posed by materials falling within these two categories is relatively remote, it seems reasonable to conclude that such materials are caught incidentally, not deliberately, and that Parliament would have excluded these two categories from the purview of the law had it

125 En l'espèce, on ne peut pas dire que le législateur a fait un choix délibéré des moyens au sens où on l'entend dans l'arrêt *Vriend*, précité. Le paragraphe 163.1(4) est nettement un choix délibéré de moyens en ce sens général que la disposition a été adoptée pour régler le problème de l'exploitation et des mauvais traitements dont sont victimes les enfants. Je ne vois cependant aucune preuve que le législateur considérait que l'application de la disposition aux deux catégories problématiques de matériel (c'est-à-dire le matériel expressif créé par l'intéressé et les enregistrements privés qui ne représentent pas des activités sexuelles illégales) faisait partie intégrante de son régime législatif. Au contraire, comme le risque auquel le matériel compris dans ces deux catégories expose les enfants est relativement peu élevé, il semble raisonnable de conclure que le matériel de cette nature est visé de manière incidente et non intentionnelle et que le législateur aurait soustrait ces deux catégories à

2001 SCC 2 (CanLII)

been seized of the difficulty raised by their inclusion.

126 The legislative history of Bill C-128, which introduced s. 163.1(4), reinforces my view that reading in an exclusion of the problematic material would not unduly intrude on the legislative domain. As was noted during the Senate Committee's proceedings, there had over the years been a great deal of debate, both within Parliament and in the country more generally, about the problem of child pornography and the appropriate way to address it (*Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, Issue No. 50, June 21, 1993, at p. 50:41 (statement of Richard Mosley, Chief Policy Counsel, Criminal and Social Policy, Department of Justice)).

127 After expressing concern over the potential for constitutional problems arising from Bill C-128, the Honorable Gérald-A. Beaudoin, Chairman of the Senate Committee, concluded:

> There is, obviously, also the problem the courts will face. The Supreme Court of Canada has to interpret the Constitution and the Criminal Code. If the legislation is very vague, greater power is given to the judges. This is a difficulty which, in cases involving obscenity and pornography, perhaps, cannot be avoided. In other words, to a certain extent it has to be left to the courts.

(*Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, Issue No. 51, June 22, 1993, at p. 51:54)

As Senator Beaudoin predicted, it has fallen to the Courts to interpret s. 163.1(4) and judge its ultimate validity in accordance with that interpretation. The British Columbia Courts found the law constitutionally wanting and struck it down in its entirety. I too, find it to be constitutionally imperfect. However, the defects lie at the periphery of the law's application. In my view, the appropriate remedy is to uphold the law in its broad application, while holding that it must not be applied to two categories of material, as described above: self-created, privately held expressive materials

l'application de la disposition s'il avait été au fait du problème que pose leur inclusion.

L'historique du projet de loi C-128, qui ajouté le par. 163.1(4), renforce mon point de vue que le fait d'inclure, par interprétation large, une exception visant le matériel problématique ne constituerait pas un empiétement excessif sur le domaine législatif. Comme on l'a souligné pendant les délibérations du comité sénatorial, le problème de la pornographie juvénile et la façon appropriée de le résoudre ont fait l'objet de nombreux débats au fil des ans, tant au Parlement qu'à l'échelle du pays (*Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, fascicule nº 50, 21 juin 1993, p. 50:41 (déclaration de Richard Mosley, premier conseiller en politiques, Politiques pénales et sociales, ministère de la Justice)).

Après avoir exprimé des craintes au sujet de la possibilité que le projet de loi C-128 engendre des problèmes constitutionnels, l'honorable Gérald-A. Beaudoin, président du comité sénatorial, a conclu en ces termes :

> Évidemment, les tribunaux vont se trouver également face à un problème. La Cour suprême du Canada doit interpréter la Constitution et le Code criminel. Si la loi est trop vague, cela confère davantage de pouvoirs aux juges. C'est un problème qu'il n'est peut-être pas possible d'éviter dans les cas d'obscénité et de pornographie. Autrement dit, il faut laisser une plus grande latitude aux tribunaux.

(*Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, fascicule nº 51, 22 juin 1993, p. 51:54)

Comme l'avait prédit le sénateur Beaudoin, les tribunaux ont été appelés à interpréter le par. 163.1(4) et à décider de sa validité au regard de cette interprétation. Les tribunaux de la Colombie-Britannique ont conclu que la disposition était constitutionnellement déficiente et ils l'ont invalidée en entier. J'estime moi aussi qu'elle est déficiente sur le plan constitutionnel. Toutefois, les déficiences se situent aux confins de son champ d'application. À mon avis, la réparation convenable consiste à confirmer la validité de la disposition en ce qui concerne son application générale

2001 SCC 2 (CanLII)

and private recordings that do not depict unlawful sexual activity.

E. *Summary*

I would summarize my conclusions with respect to s. 163.1(4) in general terms as follows:

1. The offence prohibits the possession of photographs, film, videos and other visual representations that show or depict a person under the age of 18 engaged in explicit sexual activity. Visual representations of any activity that falls short of this threshold are not caught. Thus, representations of casual intimacy, such as depictions of kissing or hugging, are not covered by the offence.

2. The offence prohibits the possession of visual representations that feature, as a dominant characteristic, the depiction of a sexual organ or the anal region of a person under the age of 18 for a sexual purpose. Innocent photographs of a baby in the bath and other representations of non-sexual nudity are not covered by the offence.

3. The offence prohibits the possession of written or visual material that actively induces or encourages unlawful sexual activity with persons under the age of 18. Written description that falls short of this threshold is not covered by the offence.

4. Courts should take an objective approach to determining whether material falls within the definition of child pornography. The question is whether a reasonable person would conclude, for example, that the impugned material portrays "explicit" sexual activity, or that the material "advocates or counsels" sexual offences with persons under 18. Courts should also take

tout en statuant qu'elle ne doit pas être appliquée aux deux catégories de matériel décrites plus haut : le matériel expressif créé par une personne et conservé privément, et les enregistrements privés qui ne représentent pas des activités sexuelles illégales.

E. *Résumé*

Voici un résumé général de mes conclusions concernant le par. 163.1(4) : 128

1. La disposition interdit la possession de photos, de films, de vidéos ou de toute autre représentation où figure une personne âgée de moins de 18 ans ou présentée comme telle, qui se livre à une activité sexuelle explicite. Les représentations d'activités qui ne satisfont pas à ce critère ne sont pas visées. Par conséquent, la représentation d'actes intimes anodins, comme un baiser ou une étreinte, n'est pas visée par la disposition créant l'infraction.

2. La disposition interdit la possession de représentations dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, des organes sexuels ou de la région anale d'une personne âgée de moins de 18 ans. Les photos innocentes d'un bébé dans une baignoire et les autres représentations de nudité non sexuelle ne sont pas visées par la disposition créant l'infraction.

3. La disposition interdit la possession d'écrits ou de matériel visuel qui encouragent une activité sexuelle illégale avec une personne âgée de moins de 18 ans. Les écrits qui ne satisfont pas à ce critère ne sont pas visés par la disposition créant l'infraction.

4. Les tribunaux devraient adopter une méthode objective pour déterminer si un type de matériel est visé par la définition de la pornographie juvénile. Il s'agit de déterminer si une personne raisonnable conclurait, par exemple, que le matériel contesté représente une activité sexuelle « explicite » ou s'il « préconise ou conseille » la perpétration d'infractions d'ordre sexuel avec des personnes âgées de moins de 18 ans. Les tribunaux devraient également adopter une méthode objective pour déterminer si un

2001 SCC 2 (CanLII)

an objective approach in determining the availability of any statutory defence.

5. The various statutory defences (i.e., artistic merit; educational, scientific or medical purpose; and public good) must be interpreted liberally to protect freedom of expression, as well as possession for socially redeeming purposes.

6. The guarantees provided in ss. 2(*b*) and 7 of the *Charter* require the recognition of two exceptions to s. 163.1(4), where the prohibition's intrusion into free expression and privacy is most pronounced and its benefits most attenuated:

(a) The first exception protects the possession of expressive material created through the efforts of a single person and held by that person alone, exclusively for his or her own personal use. This exception protects deeply private expression, such as personal journals and drawings, intended solely for the eyes of their creator.

(b) The second exception protects a person's possession of visual recordings created by or depicting that person, but only where these recordings do not depict unlawful sexual activity, are held only for private use, and were created with the consent of those persons depicted.

7. These two exceptions apply equally to the offence of "making" child pornography under s. 163.1(2).

8. Neither exception affords protection to a person harbouring any other intention than private possession; any intention to distribute, publish, print, share or in any other way disseminate these materials will subject a person to the full force of s. 163.1.

VI. Conclusion

129 I would uphold s. 163.1(4) on the basis that the definition of "child pornography" in s. 163.1

moyen de défense prévu par la loi peut être invoqué.

5. Les divers moyens de défense prévus par la loi (c'est-à-dire la valeur artistique, le but éducatif, scientifique ou médical et le bien public) doivent être interprétés de façon libérale de manière à protéger la liberté d'expression et la possession à des fins sociales dont les avantages rachètent ses lacunes.

6. Les garanties prévues à l'al. 2*b*) et à l'art. 7 de la *Charte* exigent la reconnaissance de deux exceptions au par. 163.1(4), à savoir le cas où l'atteinte que l'interdiction porte à la liberté d'expression et au droit à la vie privée est la plus marquée, et ses avantages les plus ténus :

a) La première exception protège la possession de matériel expressif créé par une seule personne qui le conserve exclusivement pour son propre usage personnel. Elle protège également les formes d'expression profondément personnelle comme les journaux intimes et les dessins destinés à l'usage exclusif de leur auteur.

b) La seconde exception protège la possession par une personne d'enregistrements qu'elle a créés ou dans lesquels elle figure, mais seulement si ces enregistrements ne représentent pas une activité sexuelle illégale, si elle les conserve exclusivement pour son usage personnel et s'ils ont été créés avec le consentement des personnes qui y figurent.

7. Ces deux exceptions s'appliquent également à l'infraction de « production » de pornographie juvénile prévue au par. 163.1(2).

8. Aucune de ces exceptions ne protège la personne qui nourrit des intentions autres que la possession personnelle : toute personne ayant eu l'intention de distribuer, publier, imprimer, partager ou, de quelque autre façon, diffuser ce matériel sera assujettie à l'application intégrale de l'art. 163.1.

VI. Conclusion

Je suis d'avis de confirmer la validité du par. 163.1(4) pour le motif que la définition de la

2001 SCC 2 (CanLII)

should be read as though it contained an exception for: (1) any written material or visual representation created by the accused alone, and held by the accused alone, exclusively for his or her own personal use; and (2) any visual recording, created by or depicting the accused, provided it does not depict unlawful sexual activity and is held by the accused exclusively for private use. The constitutional questions should be answered accordingly.

« pornographie juvénile », à l'art. 163.1, doit être considérée comme incluant une exception visant (1) les écrits ou représentations créés par l'accusé seul et conservés par ce dernier exclusivement pour son usage personnel, et (2) tout enregistrement visuel créé par l'accusé ou dans lequel ce dernier figure, qui ne représente aucune activité sexuelle illégale et qui est conservé par l'accusé exclusivement pour son usage personnel. Il y a lieu de répondre aux questions constitutionnelles en conséquence.

I would therefore allow the appeal and remit the respondent for trial on all charges.

130 Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer l'intimé à son procès relativement à toutes les accusations.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

131 L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER AND BASTARACHE JJ. — In this appeal, we are asked to assess the constitutionality of s. 163.1(4) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The Court must determine whether Parliament may legitimately criminalize the possession of the material it has defined as child pornography. Specifically, we must decide whether s. 163.1(4) is an unjustified infringement of the right to free expression found in s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Court is also asked to determine whether s. 163.1(4) infringes s. 7 of the *Charter*. In our view, the s. 7 liberty interest is encompassed in the right of free expression and proportionality falls to be considered under s. 1. Accordingly, no separate s. 7 analysis is required.

LES JUGES L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER ET BASTARACHE — Dans le cadre du présent pourvoi, notre Cour est appelée à évaluer la constitutionnalité du par. 163.1(4) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Nous devons déterminer si le législateur peut légitimement criminaliser la possession de matériel qu'il a défini comme de la pornographie juvénile. Plus précisément, nous devons décider si le par. 163.1(4) constitue ou non une atteinte injustifiée au droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Notre Cour est également appelée à décider si le par. 163.1(4) viole l'art. 7 de la *Charte*. À notre avis, le droit à la liberté garanti par l'art. 7 est compris dans le droit à la liberté d'expression et la proportionnalité doit être examinée en vertu de l'article premier. Aucune analyse distincte fondée sur l'art. 7 n'est donc requise.

132 A discussion of these constitutional questions must take place within the broad political, social and historical context in which they arise; see *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419, at p. 438; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 647; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1352; see also S. M. Sugunasiri, "Contextualism: The Supreme Court's New Standard of Judicial Analysis and Accountability" (1999), 22 *Dalhousie L.J.* 126, at pp. 133-34. The impugned provision of the *Criminal Code* must also be interpreted in light of *Char-*

L'examen de ces questions constitutionnelles doit se faire dans le large contexte politique, social et historique où elles se posent : voir *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, p. 438; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 647; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1352. Voir également S. M. Sugunasiri, « Contextualism: The Supreme Court's New Standard of Judicial Analysis and Accountability » (1999), 22 *Dalhousie L.J.* 126, p. 133-134. La disposition contestée du *Code criminel* doit également être interprétée à la lumière

2001 SCC 2 (CanLII)

ter values reflected in s. 1 as elaborated in cases such as *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136, and *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 64. See *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892.

133 In the context of this case, the twin considerations of social justice and equality warrant society's active protection of its vulnerable members. Democratic and constitutional principles dictate that every member of society be treated with dignity and respect and accorded full participation in society. In this sense, government legislation that protects the vulnerable plays a vital role. Given our democratic values, it is clear that the *Charter* must not be used to reverse advances made by vulnerable groups or to defeat measures intended to protect the disadvantaged and comparatively powerless members of society. The constitutional protection of a form of expression that undermines our fundamental values must be carefully scrutinized. On this point, it is helpful to refer to *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, where Dickson C.J. stated, at p. 779:

> In interpreting and applying the *Charter* I believe that the courts must be cautious to ensure that it does not simply become an instrument of better situated individuals to roll back legislation which has as its object the improvement of the condition of less advantaged persons.

This principle has been emphasized, *inter alia*, in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 993; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R 1038, at p. 1051; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at para. 86. These reasons explain why we cannot agree with McLachlin C.J. that the scope of the prohibition against the possession of child pornography is overbroad, and why the legislation is justified under s. 1 in its entirety.

des valeurs que reflète l'article premier de la *Charte* et qui sont précisées notamment dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 136, et le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 64. Voir *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892.

Dans le contexte de la présente affaire, les deux considérations que sont la justice et l'égalité sociales justifient la protection active des membres vulnérables de la société. Les principes démocratiques et constitutionnels exigent que chaque membre de la société soit traité avec dignité et respect et admis à participer pleinement à la société. En ce sens, une mesure gouvernementale qui protège les citoyens vulnérables joue un rôle vital. Compte tenu de nos valeurs démocratiques, il est évident que la *Charte* ne doit pas servir à annuler les progrès réalisés par les groupes vulnérables ni à faire obstacle à des mesures visant à protéger les membres désavantagés et comparativement démunis de la société. La protection constitutionnelle d'une forme d'expression qui sape nos valeurs fondamentales doit être soumise à un examen approfondi. Sur ce point, il est utile de se reporter à l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, dans lequel le juge en chef Dickson dit, à la p. 779 :

> Je crois que lorsqu'ils interprètent et appliquent la *Charte*, les tribunaux doivent veiller à ce qu'elle ne devienne pas simplement l'instrument dont se serviront les plus favorisés pour écarter des lois dont l'objet est d'améliorer le sort des moins favorisés.

Ce principe a été souligné dans d'autres arrêts, dont *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 993; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1051; *Ross c. Conseil scolaire du district nº 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, par. 86. Nos motifs expliquent pourquoi nous ne pouvons être d'accord avec le juge en chef McLachlin pour dire que la portée de l'interdiction de la possession de pornographie juvénile est excessive et pourquoi le texte législatif contesté est justifié en totalité au sens de l'article premier.

2001 SCC 2 (CanLII)

The respondent's argument that s. 163.1(4) is unconstitutional rests on his claim that the prohibition of the possession of child pornography unjustifiably infringes the right to free expression. Section 163.1(4) states:

> Every person who possesses any child pornography is guilty of
>
> (*a*) an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years; or
>
> (*b*) an offence punishable on summary conviction.

Section 163.1(1) defines "child pornography" as:

> (*a*) a photographic, film, video or other visual representation, whether or not it was made by electronic or mechanical means,
>
> (i) that shows a person who is or is depicted as being under the age of eighteen years and is engaged in or is depicted as engaged in explicit sexual activity, or
>
> (ii) the dominant characteristic of which is the depiction, for a sexual purpose, of a sexual organ or the anal region of a person under the age of eighteen years; or
>
> (*b*) any written material or visual representation that advocates or counsels sexual activity with a person under the age of eighteen years that would be an offence under this Act.

These provisions must be read in conjunction with s. 163(3), which provides a "public good" defence:

> (3) No person shall be convicted of an offence under this section if the public good was served by the acts that are alleged to constitute the offence and if the acts alleged did not extend beyond what served the public good.

They must also be read in light of the broad defences found in s. 163.1(6):

> (6) Where the accused is charged with an offence under subsection (2), (3) or (4), the court shall find the accused not guilty if the representation or written material that is alleged to constitute child pornography has artistic merit or an educational, scientific or medical purpose.

134 Selon l'intimé, le par. 163.1(4) est inconstitutionnel parce que l'interdiction de la possession de pornographie juvénile est une atteinte injustifiée au droit à la liberté d'expression. Voici le texte du par. 163.1(4) :

> Quiconque a en sa possession de la pornographie juvénile est coupable :
>
> *a*) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans;
>
> *b*) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

Suivant le par. 163.1(1), la « pornographie juvénile » s'entend :

> *a*) de toute représentation photographique, filmée, vidéo ou autre, réalisée par des moyens mécaniques ou électroniques :
>
> (i) soit où figure une personne âgée de moins de dix-huit ans ou présentée comme telle et se livrant ou présentée comme se livrant à une activité sexuelle explicite,
>
> (ii) soit dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, d'organes sexuels ou de la région anale d'une personne âgée de moins de dix-huit ans;
>
> *b*) de tout écrit ou de toute représentation qui préconise ou conseille une activité sexuelle avec une personne âgée de moins de dix-huit ans qui constituerait une infraction à la présente loi.

Ces dispositions doivent être interprétées conjointement avec le par. 163(3), qui prévoit un moyen de défense fondé sur le « bien public » :

> (3) Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction visée au présent article si les actes qui constitueraient l'infraction ont servi le bien public et n'ont pas outrepassé ce qui a servi celui-ci.

Il faut aussi les interpréter en fonction des moyens de défense généraux prévus au par. 163.1(6) :

> (6) Lorsqu'une personne est accusée d'une infraction visée aux paragraphes (2), (3) ou (4), le tribunal est tenu de déclarer cette personne non coupable si la représentation ou l'écrit qui constituerait de la pornographie juvénile a une valeur artistique ou un but éducatif, scientifique ou médical.

2001 SCC 2 (CanLII)

135 In this way, "child pornography" was defined by Parliament to encompass a broad range of material that it determined was harmful to children. It includes both representations that involve real children in their production as well as products of the imagination, such as drawings and written material. Importantly, the provisions do not distinguish between representations created by electronic or mechanical means. Both are captured. The definition is designed to cover representations involving persons either under the age of 18 or depicted as being under the age of 18. Nevertheless, Parliament has limited the protection from the harm of child pornography to a certain degree, striking the balance it deemed appropriate between the rights and values at stake.

Ainsi, le législateur a défini la « pornographie juvénile » de façon à englober un matériel très varié qu'il a jugé préjudiciable aux enfants. Elle comprend à la fois des représentations dans lesquelles figurent des enfants, ainsi que des produits de l'imagination comme les dessins et les écrits. Il importe de noter que les dispositions ne font pas de distinction entre les représentations réalisées par des moyens mécaniques et celles réalisées par des moyens électroniques. Les deux sont visées. La définition est conçue de manière à couvrir les représentations impliquant des personnes âgées de moins de 18 ans ou présentées comme telles. Le législateur a néanmoins limité jusqu'à un certain point la protection contre les torts causés par la pornographie juvénile en établissant un équilibre qu'il jugeait approprié entre les droits et les valeurs qui sont en jeu.

136 The facts that give rise to this appeal are as follows: Mr. Sharpe was charged with two counts of possession of child pornography for the purpose of distribution or sale, as well as two counts of possession *simpliciter* of child pornography contrary to s. 163.1(4). Prior to the start of his trial in the Supreme Court of British Columbia, the accused challenged the constitutionality of a number of provisions of the *Criminal Code*, including s. 163.1(4).

Les faits à l'origine du présent pourvoi sont les suivants : M. Sharpe a fait l'objet de deux chefs d'accusation de possession de pornographie juvénile en vue de la distribution ou de la vente, ainsi que de deux chefs de simple possession de pornographie juvénile en violation du par. 163.1(4). Avant l'ouverture de son procès devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, l'accusé a contesté la constitutionnalité d'un certain nombre de dispositions du *Code criminel*, dont le par. 163.1(4).

137 The nature of the materials in the respondent's possession is typical of the material that may be caught by the impugned provision. Detective Noreen Waters of the Coordinated Law Enforcement Unit (Pornography Portfolio), City of Vancouver Police Department and the chief police investigator in this matter, testified at the *voir dire* that a large quantity of photographs, books and manuscripts as well as 10 computer disks containing a series of stories were seized from the respondent. The photographs were of boys. The great majority of them appear to be under the age of 18, and some appear to be pre-pubescent. With very few exceptions, the boys are naked or mostly naked, and are posed in a manner that prominently displays their genitals. Some photos are of a boy with an erection, and some depict a boy apparently

La nature du matériel trouvé en la possession de l'intimé est un bon exemple du matériel qui peut être visé par la disposition contestée. Le détective Noreen Waters, de la Coordinated Law Enforcement Unit (Pornography Portfolio) du service de police de Vancouver et enquêteur en chef dans cette affaire, a déclaré au cours du voir-dire qu'une grande quantité de photos, d'ouvrages et de manuscrits ainsi que 10 disquettes renfermant une série de récits ont été saisis chez l'intimé. Il s'agissait de photos de garçons. Ces derniers semblent en grande majorité avoir moins de 18 ans, et certains semblent être préadolescents. À quelques très rares exceptions près, les garçons sont nus ou pratiquement nus, et photographiés d'une façon qui met en évidence leurs organes génitaux. Certaines photos représentent un garçon en érection, et

2001 SCC 2 (CanLII)

masturbating. A few photos show two boys embracing or kissing. One photo shows two boys performing fellatio on each other.

d'autres, un garçon apparemment en train de se masturber. Quelques photos montrent deux garçons qui s'étreignent ou qui s'embrassent. Une photo montre deux garçons pratiquant mutuellement la fellation.

Also entered into evidence was a collection of 17 stories written by the respondent. At trial, Detective Waters commented as follows on these stories:

138 A aussi été déposée en preuve une collection de 17 récits écrits par l'intimé. Au procès, le détective Waters a fait les commentaires suivants au sujet de ces récits :

They're extremely violent stories, the majority of them, with sexual acts involving very young children, in most cases, under the age of 10 engaged in sadomasochistic and violent sex acts with either adults and children, other children, both male and female.

[TRADUCTION] Il s'agit de récits extrêmement violents, pour la plupart, avec des actes sexuels impliquant de très jeunes enfants, dans la plupart des cas, âgés de moins de 10 ans, qui se livrent à des actes sexuels sadomasochistes et violents soit avec des adultes et des enfants, soit avec d'autres enfants, des deux sexes.

They're extremely disturbing with just the descriptions of the sexual acts with the children particularly in relation to circumcision. And the theme is often that the child enjoys the beatings and the sexual violence and that they are wanting it and actually seeking it out.

Ils sont extrêmement troublants en raison même des descriptions des actes sexuels avec les enfants, tout particulièrement en ce qui a trait à la circoncision. Et ils ont souvent pour thème que l'enfant prend plaisir aux coups et à la violence sexuelle et qu'il en demande et en redemande.

After reviewing the testimony of Detective Waters and that of Dr. Peter Collins, an expert in forensic psychiatry, sexual deviance and paedophilia, the trial judge ruled that the prohibition of the simple possession of child pornography in s. 163.1(4) violated the right to free expression guaranteed by s. 2(*b*). He concluded that the violation was not saved by s. 1. Accordingly, the two charges of possession *simpliciter* of child pornography were dismissed: (1999), 22 C.R. (5th) 129. The trial with respect to the charges of possession for the purpose of distribution or sale was adjourned pending the appeal of the trial judge's ruling. The majority of the British Columbia Court of Appeal (Southin and Rowles JJ.A., McEachern C.J.B.C. dissenting) upheld the trial judge's ruling: (1999), 136 C.C.C. (3d) 97. The Attorney General of British Columbia is now appealing.

139 Après avoir examiné le témoignage du détective Waters et celui du Dr Peter Collins, expert en psychiatrie médicolégale, en déviance sexuelle et en pédophilie, le juge du procès a décidé que l'interdiction de la simple possession de pornographie juvénile, au par. 163.1(4), portait atteinte au droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2*b*) de la *Charte*. Il a conclu que l'atteinte n'était pas justifiée en vertu de l'article premier. En conséquence, les deux chefs d'accusation de simple possession de pornographie juvénile ont été rejetés : (1999), 22 C.R. (5th) 129. Le procès relatif aux deux chefs d'accusation de possession de pornographie juvénile en vue de la distribution ou de la vente a été ajourné pendant l'appel de la décision du juge du procès. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique, à la majorité (les juges Southin et Rowles, avec la dissidence du juge en chef McEachern), a confirmé la décision du juge du procès : (1999), 136 C.C.C. (3d) 97. Le procureur général de la Colombie-Britannique forme le présent pourvoi.

The right to free expression is at the heart of this appeal. So is child pornography. Under our society's democratic principles, individual freedoms such as expression are not absolute, but may

140 Le droit à la liberté d'expression, tout comme la pornographie juvénile, est au cœur du pourvoi. En vertu des principes démocratiques de notre société, les libertés individuelles comme la liberté d'ex-

2001 SCC 2 (CanLII)

be limited in consideration of a broader spectrum of rights, including equality and security of the person; see *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at para. 61; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 877. The context here is one of competing rights; we must keep this in mind when determining whether s. 163.1(4) is an unjustified violation of the respondent's right to free expression.

I. Freedom of Expression

A. *The Nature and Scope of the Guarantee to Free Expression in Section 2(b) of the Charter*

141 Even before the advent of the *Charter*, Canadian courts recognized that the right to free expression was a fundamental part of democratic values, and a necessary element in ensuring the participation of individuals and groups in society; see *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at pp. 583-86. After the right to free expression was entrenched in the *Charter*, courts acknowledged that its value extended beyond the simple need for participation in a democratic society; see *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at p. 764; *Edmonton Journal*, *supra*; *Irwin Toy*, *supra*; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697. In *Irwin Toy*, *supra*, at p. 976, the majority identified three values which form the foundation of the right to free expression: (1) seeking and attaining truth is an inherently good activity; (2) participation in social and political decision-making should be fostered and encouraged; and (3) diversity in the forms of individual self-fulfilment and human flourishing ought to be cultivated in a tolerant and welcoming environment for the sake of both those who convey a meaning and those to whom the meaning is conveyed.

142 The core values emphasized in *Irwin Toy*, *supra*, and in later cases such as *Keegstra*, *supra*, identify the purpose of the right to free expression in a free and democratic society. The importance of the right rests, in part, in expression's role in affirming individual ideas and communicating views. How-

pression ne sont pas absolues, mais peuvent être limitées eu égard à une gamme plus vaste de droits, dont celui à l'égalité et à la sécurité de la personne : *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 61; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 877. Les droits en présence s'opposent, ce dont il faut tenir compte pour déterminer si le par. 163.1(4) est une atteinte injustifiée au droit de l'intimé à la liberté d'expression.

I. La liberté d'expression

A. *La nature et la portée de la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la Charte*

Même avant l'adoption de la *Charte*, les tribunaux canadiens ont reconnu que le droit à la liberté d'expression était une partie fondamentale des valeurs démocratiques et un élément essentiel pour assurer la participation des personnes et des groupes au sein de la société : voir *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, p. 583-586. Après l'inclusion du droit à la liberté d'expression dans la *Charte*, les tribunaux ont reconnu que sa valeur englobait davantage que le seul besoin de participation au sein d'une société démocratique : *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 764; *Edmonton Journal*, précité; *Irwin Toy*, précité; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697. Dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, p. 976, les juges majoritaires ont identifié trois valeurs qui sous-tendent le droit à la liberté d'expression : (1) la recherche de la vérité est une activité qui est bonne en soi, (2) la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique doit être encouragée et favorisée, et (3) la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels doit être encouragée dans une société qui est tolérante et accueillante tant à l'égard de ceux qui transmettent un message qu'à l'égard de ceux à qui il est destiné.

L'objet du droit à la liberté d'expression dans une société libre et démocratique se dégage des valeurs fondamentales soulignées dans *Irwin Toy*, précité, et dans des arrêts subséquents comme *Keegstra*, précité. L'importance de ce droit repose en partie sur le rôle que joue l'expression dans

2001 SCC 2 (CanLII)

ever, it must be remembered that the individual right to free expression is exercised within a broad societal context. As stated in *Irwin Toy*, *supra*, at p. 976, the self-realization of those whose activities or representations convey meaning is linked to the self-realization of those to whom the meaning is conveyed. In this sense, the values identified as central to free expression take into account the fact that individual and societal goals are not mutually exclusive.

l'affirmation des idées personnelles et la communication des points de vue. Toutefois il ne faut pas oublier que le droit individuel à la liberté d'expression s'exerce dans un large contexte social. Comme le précise l'arrêt *Irwin Toy*, précité, p. 976, l'épanouissement personnel de ceux dont les activités ou les représentations transmettent un message est lié à l'épanouissement personnel de ceux à qui ce message est destiné. Dans ce sens, les valeurs décrites comme essentielles à la liberté d'expression tiennent compte du fait que les objectifs individuels et les objectifs sociétaux ne s'excluent pas mutuellement.

2001 SCC 2 (CanLII)

The Supreme Court of Canada has dealt with the right to free expression in a number of cases, including *Dolphin Delivery*, *supra*; *Ford*, *supra*; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *Edmonton Journal*, *supra*; *Irwin Toy*, *supra*; *Taylor*, *supra*; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *Keegstra*, *supra*; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Butler*, *supra*; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, *supra*; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439; and *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877. From the outset, the Court defined "expression" broadly to mean any activity or representation that conveys meaning or attempts to convey meaning in a non-violent form; see, for example, *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of Criminal Code*, *supra*, at p. 1180; *Rocket*, *supra*, at p. 244; and *Keegstra*, *supra*, at pp. 729 and 826.

143 La Cour suprême du Canada a traité du droit à la liberté d'expression dans de nombreux arrêts, notamment *Dolphin Delivery*, précité; *Ford*, précité; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique* (*Procureur général*), [1988] 2 R.C.S. 214; *Edmonton Journal*, précité; *Irwin Toy*, précité; *Taylor*, précité; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Keegstra*, précité; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Butler*, précité; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Ross c. Conseil scolaire du district nº 15 du Nouveau-Brunswick*, précité; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, et *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877. Dès le début, notre Cour a donné au mot « expression » une définition large englobant toute activité ou représentation qui transmet ou tente de transmettre un message sous une forme non violente : voir, par exemple, *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel*, précité, p. 1180, *Rocket*, précité, p. 244, et *Keegstra*, précité, p. 729 et 826.

The right to free expression extends, for example, to commercial expression. In *Ford*, *supra*, at p. 767, the Court underscored the basis for the protection of commercial expression as follows:

144 Le droit à la liberté d'expression vise, par exemple, l'expression commerciale. Dans l'arrêt *Ford*, précité, p. 767, notre Cour a souligné en ces termes le fondement de la protection de l'expression commerciale :

> Over and above its intrinsic value as expression, commercial expression which, as has been pointed out, protects listeners as well as speakers plays a significant role

> Au-delà de sa valeur intrinsèque en tant que mode d'expression, l'expression commerciale qui, répétons-le, protège autant celui qui s'exprime que celui qui

in enabling individuals to make informed economic choices, an important aspect of individual self-fulfillment and personal autonomy.

l'écoute, joue un rôle considérable en permettant aux individus de faire des choix économiques éclairés, ce qui représente un aspect important de l'épanouissement individuel et de l'autonomie personnelle.

See also *Irwin Toy*, *supra*, and *RJR-MacDonald*, *supra*. Similarly, the Court has recognized that picketing has a communicative element and is therefore protected by s. 2(*b*); see *Dolphin Delivery*, *supra*, at p. 588; *B.C.G.E.U.*, *supra*; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083.

Voir également les arrêts *Irwin Toy* et *RJR-MacDonald*, précités. De même, notre Cour a reconnu que le piquetage comporte un élément de communication et bénéficie donc de la protection de l'al. 2*b*) : voir *Dolphin Delivery*, précité, p. 588; *B.C.G.E.U.*, précité, et *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083.

145 The Court has also had occasion to deal with the issue of hate propaganda. In *Irwin Toy*, *supra*, the majority affirmed the doctrine of content neutrality, stating that s. 2(*b*) protects all messages, "however unpopular, distasteful or contrary to the mainstream" (p. 968); see also *Keegstra*, *supra*, at p. 729. In *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, the Court, applying this principle, unanimously concluded that the content-neutral approach to s. 2(*b*) meant that even deliberate falsehoods are a protected form of expression.

Notre Cour a aussi eu l'occasion d'examiner la question de la propagande haineuse. Dans *Irwin Toy*, précité, les juges majoritaires ont réitéré le principe de la neutralité du contenu, en déclarant que l'al. 2*b*) protège tous les messages, « aussi impopulaires, déplaisant[s] ou contestataires » soient-ils (p. 968) : voir également *Keegstra*, précité, p. 729. Dans *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, notre Cour, appliquant ce principe, a conclu à l'unanimité que la façon d'aborder l'al. 2*b*) selon la méthode de la neutralité du contenu du message signifiait que même les faussetés délibérées constituent une forme protégée d'expression.

146 The Court was asked to address the subject of pornography in *Butler*, *supra*, finding that pornography, including obscenity, was protected expression. Since there are no content-based restrictions on s. 2(*b*), it followed that pornographic material, no matter how offensive, was covered by the s. 2(*b*) guarantee.

Appelée à aborder la question de la pornographie dans l'arrêt *Butler*, précité, notre Cour a statué que la pornographie, y compris l'obscénité, est une forme d'expression protégée. Comme l'al. 2*b*) ne comporte aucune restriction fondée sur le contenu, il s'ensuit que le matériel pornographique, aussi choquant soit-il, est visé par la garantie de cet alinéa.

147 From these cases, it is clear that in characterizing the right to free expression under s. 2(*b*), the Court has developed a two-pronged test. Initially, courts must determine whether the activity in question is expression for the purposes of s. 2(*b*). It is incumbent upon the person alleging a violation to prove that the activity conveys or attempts to convey meaning. The Court has stressed that the content of the expression is irrelevant; provided that there is an attempt to convey meaning, s. 2(*b*)

Il ressort clairement de ces arrêts que, pour qualifier le droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2*b*), la Cour a établi un critère à deux volets. Tout d'abord, les tribunaux doivent déterminer si l'activité en cause est une expression aux fins de l'al. 2*b*). Il incombe à la personne qui allègue l'existence d'une atteinte de prouver que l'activité transmet ou tente de transmettre un message. Notre Cour a souligné que le contenu de l'expression n'est pas pertinent; pourvu qu'il y ait tentative de

2001 SCC 2 (CanLII)

is engaged; see *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code*, *supra*; *Butler*, *supra*; *Zundel*, *supra*, at p. 753. The exception to this general principle is that s. 2(*b*) does not protect activity which conveys a meaning but does so in a violent form. The Court has indeed recognized that expression consists of both content and form, two distinct expressive elements that are inextricably connected; see *Keegstra*, *supra*, at p. 729; *Irwin Toy*, *supra*, at p. 968.

Once it is established that the activity in question conveys or attempts to convey meaning in a non-violent form, courts must turn to the second stage of the analysis. This involves a determination of whether the law or government action actually restricts expression. Determining whether expression is restricted is distinct from the first step of deciding whether any particular activity constitutes expression; see *Ford*, *supra*. While individual self-fulfilment, the attainment of truth, and participation in a democratic society are important considerations in the s. 1 analysis, the ambit of the interests protected is not dependent on them; see *Zundel*, *supra*, at pp. 752-53, where McLachlin J. (as she then was) confirmed that any content which conveys meaning is protected if it does not take a violent form.

B. *Is the Simple Possession of Child Pornography Protected by Section 2(b) of the Charter?*

With the above principles as a backdrop, the first step in answering the constitutional questions posed in this case is to determine whether the possession of child pornography is protected by s. 2(*b*), which guarantees the right to "freedom of thought, belief, opinion and expression".

It is clear that s. 163.1(4) restricts expression if the possession of child pornography can be considered expression. While the Crown has conceded this latter question, it is important to recognize that the right to free expression in s. 2(*b*) has always

transmettre un message, l'al. 2*b*) s'applique : voir *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel*, précité; *Butler*, précité; *Zundel*, précité, p. 753. L'exception à ce principe général est que l'al. 2*b*) ne protège pas l'activité qui transmet un message sous une forme violente. La Cour a en effet reconnu que l'expression comporte à la fois un contenu et une forme, deux éléments expressifs distincts qui sont inextricablement liés : voir *Keegstra*, précité, p. 729; *Irwin Toy*, précité, p. 968.

148 Dès qu'il est établi que l'activité en question transmet ou tente de transmettre un message sous une forme non violente, les tribunaux doivent passer à la deuxième étape de l'analyse. Il s'agit alors de déterminer si la mesure législative ou gouvernementale restreint effectivement l'expression. Cette détermination diffère de l'étape initiale qui consiste à décider si l'activité en cause est une forme d'expression : voir *Ford*, précité. Même si l'épanouissement personnel, la découverte de la vérité et la participation au sein d'une société démocratique sont des éléments importants de l'analyse fondée sur l'article premier, ils ne déterminent pas la portée des intérêts protégés; voir *Zundel*, précité, p. 752-753, où le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) confirme que toute communication qui transmet un message est protégée si elle ne revêt pas une forme violente.

B. *La simple possession de pornographie juvénile est-elle protégée par l'al. 2b) de la Charte?*

149 Avec les principes susmentionnés comme toile de fond, la première étape à franchir pour répondre aux questions constitutionnelles en l'espèce consiste à déterminer si la possession de pornographie juvénile est protégée par l'al. 2*b*), qui garantit le droit à la « liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression ».

150 Il est évident que le par. 163.1(4) limite l'expression si la possession de pornographie juvénile peut être considérée comme une forme d'expression. Bien que le ministère public ait admis cela par la suite, il est important de reconnaître qu'on a

2001 SCC 2 (CanLII)

been considered to protect only those activities which are communicative; see e.g., P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 40-8; J. Watson, "Case Comment: *R. v. Sharpe*" (1999), 10 *N.J.C.L.* 251, at p. 256. In *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code*, *supra*, at p. 1206, Wilson J. commented:

> With respect to s. 193 of the *Code*, I do not see how the provision can be said to infringe the guarantee of freedom of expression either on its own or in combination with s. 195.1(1)(*c*). In my view, only s. 195.1(1)(*c*) limits freedom of expression. Section 193 deals with keeping or being associated with a common bawdy-house and places no constraints on communicative activity in relation to a common bawdy-house. I do not believe that "expression" as used in s. 2(*b*) of the *Charter* is so broad as to capture activities such as keeping a common bawdy-house. [Emphasis added.]

toujours considéré que le droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2*b*) ne protège que les activités communicatives : voir, par exemple, P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, p. 40-8; J. Watson, « Case Comment: *R. v. Sharpe* » (1999), 10 *N.J.C.L.* 251, p. 256. Dans *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel*, précité, le juge Wilson fait l'observation suivante, à la p. 1206 :

> En ce qui concerne l'art. 193 du *Code*, je ne vois pas comment on peut affirmer que cette disposition, seule ou combinée avec l'al. 195.1(1)*c*), porte atteinte à la garantie de la liberté d'expression. À mon avis, seul l'al. 195.1(1)*c*) limite la liberté d'expression. L'article 193 porte sur la tenue d'une maison de débauche ou le fait d'y être associé et n'impose aucune restriction aux activités de communication reliées à une maison de débauche. Je ne crois pas que le terme « expression », tel qu'il est utilisé à l'al. 2*b*) de la *Charte*, soit assez large pour englober des activités comme la tenue d'une maison de débauche. [Nous soulignons.]

151 From our jurisprudence, it is unclear whether the requirement that an activity convey or attempt to convey meaning excludes all activities which are not *prima facie* communicative from the scope of the right to free expression in s. 2(*b*). For example, this Court speculated that the parking of a car is not protected expression since it is not a *prima facie* communicative activity; see *Irwin Toy*, *supra*, at p. 969. While it may be true that s. 2(*b*) guarantees the right to possess "material [that] allows us to understand the thought of others", the scope of the right (in the spectrum developed by McLachlin C.J., at para. 25) to create and possess self-authored works, especially those not intended for others, in order to "consolidate our own thought" is far from clear. Thus, in our view, it is unfortunate that the Crown conceded that the right to free expression was violated in this appeal in all respects, thereby depriving the Court of the opportunity to fully explore the content and scope of s. 2(*b*) as it applies in this case. At the same time, we recognize that, at this stage, our jurisprudence leads to the conclusion that, although harmful, the content of child pornography cannot be the basis

Notre jurisprudence n'indique pas clairement si la condition que l'activité transmette ou tente de transmettre un message a pour effet de soustraire au droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2*b*) toutes les activités qui ne sont pas communicatives à première vue. Par exemple, notre Cour a conjecturé que stationner une voiture n'est pas une expression protégée puisqu'il ne s'agit pas d'une activité communicative à première vue : voir *Irwin Toy*, précité, p. 969. S'il se peut que l'al. 2*b*) garantisse le droit de posséder du « matériel [qui] nous permet de comprendre la pensée d'autrui », la portée du droit (dans la gamme décrite par le juge en chef McLachlin au par. 25) de créer et de posséder des ouvrages dont on est soi-même l'auteur, particulièrement ceux qui ne sont pas destinés à autrui, afin de « confirmer notre propre pensée » est loin d'être claire. Par conséquent, il est malheureux, à notre avis, que le ministère public ait reconnu qu'il y avait eu atteinte, à tous égards, au droit à la liberté d'expression dans la présente affaire et qu'il ait ainsi privé notre Cour de la possibilité d'examiner pleinement le contenu et la portée de l'al. 2*b*) qui s'applique en l'espèce. En même temps, nous reconnaissons que l'état actuel de notre jurisprudence amène à conclure que, bien qu'il soit nocif,

2001 SCC 2 (CanLII)

for excluding it from the scope of the s. 2(*b*) guarantee.

II. Section 1

A. *Contextual Approach to Section 1*

1. Methodology

To decide whether the limits on the accused's right to free expression imposed by s. 163.1(4) of the *Criminal Code* are justified under s. 1, we must determine whether the limits on the right constitute "reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society". Since the advent of the landmark decision in *Oakes*, *supra*, we have made this determination in two stages. At the first stage, the Court examines whether the objective or purpose behind the limit is of sufficient importance to justify overriding a *Charter* right. The second stage considers whether the legislative means chosen are rationally connected to the legislative objective, whether those means minimally impair the *Charter* guarantee that has been infringed, and finally whether the salutary effects of the impugned provision are proportional to its deleterious effects.

While the guidelines set out in *Oakes* provide a useful analytical framework for the practical application of s. 1, it is important not to lose sight of the underlying purpose of that section, namely to balance individual rights and our communal values. Where courts are asked to consider whether a violation is justified under s. 1, they must be sensitive to the competing rights and values that exist in our democracy. As Dickson C.J. advised in *Oakes*, *supra*, at p. 136:

The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide

le contenu de la pornographie juvénile n'est pas une raison de la soustraire à la garantie de l'al. 2*b*).

II. L'article premier

A. *La façon contextuelle d'aborder l'article premier*

1. La méthode

152 Pour décider si la restriction du droit à la liberté d'expression de l'accusé, imposée par le par. 163.1(4) du *Code criminel*, est justifiée au sens de l'article premier, nous devons déterminer si ce droit est restreint « par une règle de droit, dans des limites qui [sont] raisonnables et dont la justification [peut] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Depuis que l'arrêt de principe *Oakes*, précité, a été rendu, cette détermination par notre Cour se fait en deux étapes. À la première étape, la Cour examine si l'objectif ou le but qui sous-tend la restriction est suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la *Charte*. La deuxième étape consiste à déterminer s'il existe un lien rationnel entre les moyens choisis par le législateur et l'objectif législatif, si ces moyens portent le moins possible atteinte au droit garanti par la *Charte* qui est en cause et, enfin, si les effets bénéfiques de la disposition contestée sont proportionnels à ses effets préjudiciables.

153 Même si les lignes directrices énoncées dans l'arrêt *Oakes* offrent un cadre analytique utile pour l'application pratique de l'article premier, il importe de ne pas perdre de vue l'objectif sous-jacent de cet article, qui est d'établir un équilibre entre les droits individuels et nos valeurs collectives. Lorsqu'ils sont appelés à déterminer si une atteinte est justifiée au sens de l'article premier, les tribunaux doivent tenir compte des droits et des valeurs opposés qui existent dans notre démocratie. Comme le recommande le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Oakes*, précité, p. 136 :

Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diver-

2001 SCC 2 (CanLII)

variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified.

sité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer.

In *Slaight Communications*, *supra*, at p. 1056, a majority of this Court recognized that the underlying values of a free and democratic society guarantee the rights in the *Charter* and, in appropriate circumstances, justify limitations upon those rights.

Dans l'arrêt *Slaight Communications*, précité, p. 1056, notre Cour, à la majorité, a reconnu que les valeurs fondamentales d'une société libre et démocratique garantissent les droits prévus dans la *Charte* et qu'elles justifient la restriction de ces droits lorsque cela est indiqué.

154 In keeping with the underlying purpose of s. 1 and the democratic values which it seeks to encourage, this Court has eschewed a formalistic and rigid application of the framework set out in *Oakes* in favour of a principled and contextual approach. As Wilson J. recognized in *Edmonton Journal*, *supra*, at pp.1355-56, a particular right or freedom may have a different value depending on the legislative context. An examination of the factual and social context in which an infringement of that right occurs allows the court to evaluate what truly is at stake in a particular case. In addition, the contextual approach ensures that courts are sensitive to the other values which may compete with a particular right and allows them to achieve a proper balance among these values. Section 1 determinations, therefore, are not to be made in a vacuum, nor are they to focus exclusively on the right or freedom infringed.

Conformément à l'objectif sous-jacent de l'article premier et aux valeurs démocratiques qu'il cherche à promouvoir, notre Cour a renoncé à une application formaliste et rigide du cadre établi dans l'arrêt *Oakes* pour adopter une méthode contextuelle et fondée sur des principes. Comme le reconnaît le juge Wilson dans *Edmonton Journal*, précité, p. 1355-1356, une liberté ou un droit particuliers peuvent avoir une valeur différente selon le contexte législatif. Un examen du contexte factuel et social dans lequel a lieu l'atteinte à ce droit permet au tribunal d'évaluer ce qui est véritablement en jeu dans une affaire donnée. En outre, la méthode contextuelle garantit que les tribunaux tiendront compte des autres valeurs qui peuvent entrer en conflit avec un droit particulier et leur permet d'établir un juste équilibre entre ces valeurs. Par conséquent, les déterminations fondées sur l'article premier ne doivent pas se faire en vase clos et ne doivent pas non plus porter exclusivement sur le droit ou la liberté auxquels il est porté atteinte.

155 More recently, this Court has emphasized that close attention must be paid to the factual and social context in which an impugned provision exists at each stage of the s. 1 analysis. In *Thomson Newspapers*, *supra*, Bastarache J., for the majority of this Court, stated as follows, at para. 87:

Plus récemment, notre Cour a souligné la nécessité d'accorder une grande attention au contexte factuel et social de la disposition contestée, à chaque étape de l'analyse fondée sur l'article premier. Dans *Thomson Newspapers*, précité, par. 87, le juge Bastarache affirme, au nom de notre Cour à la majorité :

2001 SCC 2 (CanLII)

2001 SCC 2 (CanLII)

The analysis under s. 1 of the *Charter* must be undertaken with a close attention to context. This is inevitable as the test devised in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, requires a court to establish the objective of the impugned provision, which can only be accomplished by canvassing the nature of the social problem which it addresses. Similarly, the proportionality of the means used to fulfil the pressing and substantial objective can only be evaluated through a close attention to detail and factual setting. In essence, context is the indispensable handmaiden to the proper characterization of the objective of the impugned provision, to determining whether that objective is justified, and to weighing whether the means used are sufficiently closely related to the valid objective so as to justify an infringement of a *Charter* right.

This approach is consistent with the approach taken by the majority of this Court in *Keegstra*, *supra*, at p. 760; *Butler*, *supra*, at p. 499; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, at para. 63; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876, at para. 36; *Lucas*, *supra*; and was followed in *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989.

A principled approach to the question of whether a limitation is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society must therefore take into account all of the interests and values which are at play in the given factual context and these considerations must underlie each stage of the s. 1 analysis. A failure to consider the beneficial aspects of the law, the values and rights which it seeks to protect and foster, and the actual nature of the right infringed in the particular case until the final stage of the proportionality analysis risks doing violence to the balance between individual rights and community goals which s. 1 seeks to achieve. Before turning to the direct application of the *Oakes* test, it is necessary to consider the contextual factors introduced in *Thomson Newspapers*, *supra*.

2. Context

An examination of the social, legislative and factual context of an impugned provision and the

L'analyse fondée sur l'article premier doit être réalisée en accordant une grande attention au contexte. Cette démarche est incontournable car le critère élaboré dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, exige du tribunal qu'il dégage l'objectif de la disposition contestée, ce qu'il ne peut faire que par un examen approfondi de la nature du problème social en cause. De même, la proportionnalité des moyens utilisés pour réaliser l'objectif urgent et réel visé ne peut être évaluée qu'en s'attachant étroitement au détail et au contexte factuel. Essentiellement, le contexte est l'indispensable support qui permet de bien qualifier l'objectif de la disposition attaquée, de décider si cet objectif est justifié et d'apprécier si les moyens utilisés ont un lien suffisant avec l'objectif valide pour justifier une atteinte à un droit garanti par la *Charte*.

Cette méthode est compatible avec celle adoptée par notre Cour à la majorité dans *Keegstra*, précité, p. 760; *Butler*, précité, p. 499; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, par. 63; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876, par. 36; *Lucas*, précité; et elle a été suivie dans *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989.

156 La méthode fondée sur des principes qui permet de décider si une limite est raisonnable et si la justification de cette limite peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique doit donc tenir compte de tous les intérêts et de toutes les valeurs en jeu dans un contexte factuel donné, et ce, à chacune des étapes de l'analyse fondée sur l'article premier. Faute de tenir compte des aspects bénéfiques de la loi, des valeurs et des droits qu'elle cherche à protéger et à promouvoir, et de la nature réelle du droit auquel il est porté atteinte dans un cas précis avant l'étape finale de l'analyse de la proportionnalité, on risque de rompre l'équilibre entre les droits individuels et les objectifs collectifs que l'article premier de la *Charte* cherche à réaliser. Avant d'appliquer directement le critère de l'arrêt *Oakes*, il faut examiner les facteurs contextuels énoncés dans *Thomson Newspapers*, précité.

2. Le contexte

157 Pour déterminer le degré de retenue auquel a droit le législateur au cours des diverses étapes de

nature of the right that it has infringed is important in determining the degree of deference owed to the legislature in applying the various steps in the s. 1 analysis. What type of proof should the Court require of the government to justify its choice of means? How much evidence must the government provide of the harm which it has sought to address? In *Thomson Newspapers*, *supra*, Bastarache J. identified some of the contextual factors that are relevant to the determination of these questions (at para. 90). Amongst these factors are: the nature of the harm at issue and consequent inability to measure it scientifically or the efficaciousness of a remedy (as in *Butler*, *supra*, at p. 502); the vulnerability of the group which the legislature seeks to protect (as in *Irwin Toy*, *supra*, at p. 995; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, *supra*, at para. 88); that group's own subjective fears and apprehension of harm (as in *Keegstra*, *supra*, at p. 857); and the nature of the expressive activity affected. The additional factor we consider is the enhancement of other *Charter* values, which recognizes the right of Parliament to give effect to moral values. While these five factors do not serve as criteria which the government must satisfy, they are relevant to the determination of whether an impugned provision is demonstrably justified.

l'analyse fondée sur l'article premier, il importe de procéder à un examen du contexte factuel, législatif et social de la disposition contestée et de la nature du droit auquel il est porté atteinte. Quel type de preuve le tribunal devrait-il obliger le gouvernement à produire pour justifier son choix des moyens? Jusqu'à quel point le gouvernement doit-il faire la preuve du préjudice qu'il cherche à prévenir? Dans l'arrêt *Thompson Newspapers*, précité, le juge Bastarache a précisé certains des facteurs contextuels qui sont utiles pour résoudre ces questions (par. 90). On compte parmi ceux-ci la nature du préjudice en cause et l'incapacité qui s'ensuit de mesurer scientifiquement ce préjudice ou l'efficacité d'une réparation (comme dans *Butler*, précité, p. 502), la vulnérabilité du groupe que le législateur cherche à protéger (comme dans *Irwin Toy*, précité, p. 995, et *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, précité, par. 88), les craintes subjectives et la crainte de préjudice entretenue par ce groupe (comme dans *Keegstra*, précité, p. 857), et la nature de l'activité expressive touchée. L'autre facteur que nous prenons en considération est la promotion d'autres valeurs sous-jacentes à la *Charte*, qui reconnaît le droit du législateur de mettre en application des valeurs morales. Bien que ces cinq facteurs ne soient pas des critères auxquels le gouvernement doit satisfaire, ils sont pertinents pour déterminer si la justification d'une disposition contestée peut se démontrer.

(a) *Nature of the Harm and Inability to Measure It*

a) *La nature du préjudice et l'incapacité de le mesurer*

158 The very existence of child pornography, as it is defined by s. 163.1(1) of the *Criminal Code*, is inherently harmful to children and to society. This harm exists independently of dissemination or any risk of dissemination and flows directly from the existence of the pornographic representations, which on their own violate the dignity and equality rights of children. The harm of child pornography is inherent because degrading, dehumanizing, and objectifying depictions of children, by their very existence, undermine the *Charter* rights of children and other members of society. Child pornography eroticises the inferior social, economic, and sexual

L'existence même de la pornographie juvénile, au sens du par. 163.1(1) du *Code criminel*, est fondamentalement préjudiciable aux enfants et à la société. Le préjudice qu'elle cause existe indépendamment de toute diffusion réelle ou potentielle et découle directement de l'existence des représentations pornographiques qui portent elles-mêmes atteinte aux droits à la dignité et à l'égalité des enfants. Le préjudice causé par la pornographie juvénile est inhérent parce que la représentation avilissante et déshumanisante d'enfants, qui en fait des objets, compromet par sa seule existence les droits constitutionnels des enfants et des autres

2001 SCC 2 (CanLII)

status of children. It preys on preexisting inequalities.

The *Report on Pornography* by the Standing Committee on Justice and Legal Affairs (1978) (MacGuigan Report), spoke of the effects of pornography as follows (at p. 18:4):

> The clear and unquestionable danger of this type of material is that it reinforces some unhealthy tendencies in Canadian society. The effect of this type of material is to reinforce male-female stereotypes to the detriment of both sexes. It attempts to make degradation, humiliation, victimization, and violence in human relationships appear normal and acceptable. A society which holds that egalitarianism, non-violence, consensualism, and mutuality are basic to any human interaction, whether sexual or other, is clearly justified in controlling and prohibiting any medium of depiction, description or advocacy which violates these principles.

In a similar manner, child pornography creates a type of attitudinal harm which is manifested in the reinforcement of deleterious tendencies within society. The attitudinal harm inherent in child pornography is not empirically measurable, nor susceptible to proof in the traditional manner but can be inferred from degrading or dehumanizing representations or treatment; see *Thomson Newspapers*, *supra*, at para. 92, and *R. v. Mara*, [1997] 2 S.C.R. 630. In the past this Court has not held Parliament to a strict standard of proof in showing a link between the expressive activity in question and the harm which it seeks to prevent, but has afforded Parliament a margin of appreciation to pursue legislative objectives based on less than conclusive social science evidence; see *Irwin Toy*, *supra*, at p. 990; *Keegstra*, *supra*, at p. 776; *Butler*, *supra*, at p. 504.

In *Butler*, *supra*, this Court recognized that some forms of pornography create attitudinal harm. *Butler* concerned an accused who was charged with various counts related to selling, possessing for the purposes of distribution and exposmembres de la société. La pornographie juvénile érotise l'infériorité des enfants sur les plans social, économique et sexuel et se nourrit d'inégalités préexistantes.

159 Le *Rapport sur la pornographie* du Comité permanent de la justice et des affaires juridiques (1978) (rapport MacGuigan) traite en ces termes des effets de la pornographie, à la p. 18:4 :

> Le danger évident et incontestable de ce genre de matériel est qu'il encourage certaines tendances malsaines au sein de notre société canadienne. Il met l'accent sur les stéréotypes masculins et féminins au détriment des deux sexes. La dégradation, l'humiliation, la soumission et à l'en croire, la violence dans les relations humaines seraient tout à fait normales et acceptables. Une société qui considère que l'égalité, entre ses membres, la suppression de la violence, le libre choix et la réciprocité constituent la base de toutes les relations humaines, sexuelles ou autres, est nettement justifiée de régir et d'interdire toute forme de description ou d'incitation qui viole ces principes.

160 De même, la pornographie juvénile crée un type de préjudice comportemental qui se manifeste par le renforcement de tendances malsaines au sein de notre société. Ce préjudice comportemental inhérent à la pornographie juvénile n'est ni mesurable empiriquement, ni susceptible d'être prouvé de la façon traditionnelle, mais son existence peut être déduite des représentations ou traitements avilissants ou déshumanisants : voir *Thomson Newspapers*, précité, par. 92, et *R. c. Mara*, [1997] 2 R.C.S. 630. Dans le passé, notre Cour n'a pas obligé le législateur à appliquer une norme stricte de preuve pour démontrer l'existence d'un lien entre l'activité expressive et le préjudice qu'il cherche à prévenir, mais lui a accordé une certaine latitude pour poursuivre des objectifs législatifs fondés sur des éléments de preuve non concluants en matière de sciences humaines : voir *Irwin Toy*, précité, p. 990; *Keegstra*, précité, p. 776; *Butler*, précité, p. 504.

161 Dans *Butler*, précité, notre Cour a reconnu que certaines formes de pornographie causent un préjudice comportemental. Dans cette affaire, l'accusé avait fait l'objet de divers chefs d'accusation de vente, de possession à des fins de distribution et

2001 SCC 2 (CanLII)

ing obscene materials that did not involve children. While considering the meaning of obscenity within the context of s. 163(8) of the *Criminal Code*, Sopinka J., writing for the majority, stated, at p. 479, that degrading and dehumanizing material

> would, apparently, fail the community standards test not because it offends against morals but because it is perceived by public opinion to be harmful to society, particularly to women. While the accuracy of this perception is not susceptible of exact proof, there is a substantial body of opinion that holds that the portrayal of persons being subjected to degrading or dehumanizing sexual treatment results in harm, particularly to women and therefore to society as a whole.

162 Since "child pornography" is fully defined in s. 163.1(1), the community standards test developed for determining whether adult pornography is obscene has no role in determining whether pornography involving children falls within the child pornography prohibition. However, *Butler* is important since it recognizes that harmful material involving explicit sex and children may be constitutionally proscribed; see *Butler*, *supra*, at p. 485, *per* Sopinka J.; at p. 516, *per* Gonthier J. Section 163.1(1) targets material similar to the type found to be harmful in *Butler*. The impugned provision recognizes that the possession of child pornography has a particularly deleterious effect on society since the persons depicted and most directly harmed are children.

163 Implicit in the Court's reasons in *Butler* is the recognition that expression that degrades or dehumanizes is harmful in and of itself. The Court broadened the traditional individualistic notion of harm, and recognized that all members of society suffer when harmful attitudes are reinforced. This broader notion of harm was also emphasized in *Keegstra*, *supra*, at pp. 747-48, where Dickson C.J. explained the attitudinal harm of hate propaganda as follows:

d'exposition à la vue du public de matériel obscène qui ne mettait pas en cause des enfants. En examinant le sens du mot « obscénité » dans le contexte du par. 163(8) du *Code criminel*, le juge Sopinka a affirmé, au nom de la majorité, à la p. 479, que le matériel dégradant ou déshumanisant

> échouerait apparemment le test des normes sociales non parce qu'il choque la morale, mais parce que, dans l'opinion publique, ce matériel est jugé nocif pour la société, particulièrement pour les femmes. Bien qu'il soit impossible de prouver à coup sûr la justesse de cette perception, il existe un important courant d'opinions selon lequel la représentation de personnes qui subissent un traitement sexuel dégradant ou déshumanisant entraîne un préjudice, notamment à l'égard des femmes et, par conséquent, de l'ensemble de la société.

Comme la « pornographie juvénile » fait l'objet d'une définition complète au par. 163.1(1), le critère des normes sociales établi pour déterminer si la pornographie adulte est obscène n'est d'aucune utilité pour déterminer si du matériel pornographique impliquant des enfants est visé par l'interdiction de la pornographie juvénile. Toutefois, l'arrêt *Butler* est important étant donné qu'il reconnaît que le matériel préjudiciable représentant des choses sexuelles explicites et des enfants peut être prohibé par la Constitution : voir *Butler*, précité, p. 485, le juge Sopinka; p. 516, le juge Gonthier. Le paragraphe 163.1(1) vise du matériel semblable à celui jugé préjudiciable dans *Butler*. La disposition contestée reconnaît que la possession de pornographie juvénile a un effet particulièrement néfaste sur la société étant donné que les personnes représentées et les plus directement affectées sont des enfants.

Il ressort implicitement des motifs de l'arrêt *Butler* que notre Cour reconnaît que l'expression avilissante ou déshumanisante est préjudiciable en soi. Elle a élargi la notion traditionnelle et individualiste de préjudice et a reconnu que tous les membres de la société souffrent lorsqu'il y a renforcement des comportements préjudiciables. Cette notion générale du préjudice a aussi été mise en relief dans l'arrêt *Keegstra*, précité, p. 747-748, où le juge en chef Dickson a expliqué de la façon suivante le préjudice comportemental causé par la propagande haineuse :

2001 SCC 2 (CanLII)

. . . the alteration of views held by the recipients of hate propaganda may occur subtlely, and is not always attendant upon conscious acceptance of the communicated ideas. Even if the message of hate propaganda is outwardly rejected, there is evidence that its premise of racial or religious inferiority may persist in a recipient's mind as an idea that holds some truth, an incipient effect not to be entirely discounted . . . .

. . . le changement des opinions des destinataires de la propagande haineuse peut se produire subtilement et ne résulte pas toujours de l'acceptation consciente de l'idée ainsi communiquée. Même si le message transmis par la propagande haineuse est en apparence rejeté, il semble que sa prémisse d'infériorité raciale ou religieuse puisse rester dans l'esprit du destinataire en tant qu'idée traduisant une certaine vérité, et c'est là le germe d'un effet dont on ne saurait faire entièrement abstraction . . .

In addition to the types of harm discussed above, child pornography creates a risk of harm that flows from the possibility of its dissemination. If disseminated, child pornography involving real people immediately violates the privacy rights of those depicted, causing them additional humiliation. While attitudinal harm is not dependent on dissemination, the risk that pornographic representations may be disseminated creates a heightened risk of attitudinal harm.

164 Outre les types de préjudice analysés plus haut, la pornographie juvénile crée un risque de préjudice qui découle de la possibilité qu'elle soit diffusée. Si elle est diffusée, la pornographie juvénile qui représente de vraies personnes porte dès lors atteinte à leurs droits à la vie privée et leur cause ainsi une humiliation supplémentaire. Même si le préjudice comportemental ne dépend pas de la diffusion, le risque que des représentations pornographiques soient diffusées accroît le risque de préjudice comportemental.

Child pornography is especially valuable to paedophiles. Dr. Collins defined paedophilia in these terms: "Paedophilia is a form of paraphilia. Paraphilia very simply is the clinical term denoting sexual deviance. . . . [Paedophilia] is the erotic attraction or the sexual attraction to pre-pubescent children". Paedophiles tend to use child pornography in two primary ways. First, representations of children as sexual objects or engaged in sexual activity are used to reinforce the opinion that children are appropriate sexual partners; these cognitive distortions are then used to justify paedophilic acts. Second, many paedophiles show child pornography to children in order to lower their inhibitions towards engaging in sexual activity and to persuade them that paedophilic activity is normal; see Committee on Sexual Offences Against Children and Youths, *Sexual Offences Against Children* (1984) ("Badgley Report"), vol. 2, at p. 1209.

165 La pornographie juvénile est particulièrement recherchée par les pédophiles. Le Dr Collins a défini la pédophilie en ces termes : [TRADUCTION] « La pédophilie est une forme de paraphilie. La paraphilie est tout simplement l'appellation clinique de la déviance sexuelle. [. . .] [La pédophilie] est l'attirance érotique ou sexuelle pour les enfants préadolescents ». Les pédophiles ont tendance à se servir de la pornographie juvénile de deux façons principales. En premier lieu, les représentations d'enfants comme étant des objets sexuels ou qui se livrent à des activités sexuelles servent à renforcer l'opinion selon laquelle les enfants sont des partenaires sexuels appropriés; ces distorsions cognitives servent alors à justifier des actes de pédophilie. En deuxième lieu, de nombreux pédophiles montrent de la pornographie juvénile à des enfants afin de vaincre leurs réticences à participer à des activités sexuelles et de les persuader que l'activité pédophilique est normale : voir Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes, *Infractions sexuelles à l'égard des enfants* (1984) (« rapport Badgley »), vol. 2, p. 1314-1315.

It should be emphasized that some of the material in the respondent's possession was on com-

166 Il y a lieu de souligner qu'une partie du matériel trouvé en la possession de l'intimé était stockée sur

2001 SCC 2 (CanLII)

puter disk and capable of instantaneous distribution, creating a risk that this material might in fact be disseminated. The widespread availability of computers and the Internet has resulted in new ways of creating images, and has facilitated the storage, reproduction, and distribution of child pornography. Detective Waters likened this increased distribution to a tidal wave. As stated in Criminal Intelligence Service Canada's *Annual Report on Organized Crime in Canada* (2000), at p. 13: "The distribution of child pornography is growing proportionately with the continuing expansion of Internet use. Chat rooms available throughout the Internet global community further facilitate and compound this problem. The use of the Internet has helped pornographers to present and promote their point of view." Criminalizing the possession of child pornography may reduce the market for child pornography and decrease the exploitative use of children in its production.

des disquettes informatiques et susceptible d'être distribuée instantanément, d'où le risque que ce matériel soit effectivement diffusé. La disponibilité généralisée des ordinateurs et de l'Internet a donné lieu à de nouvelles façons de créer des images et a facilité le stockage, la reproduction et la distribution de pornographie juvénile. Le détective Waters a comparé cette distribution accrue à un raz-de-marée. Comme l'affirme le Service canadien de renseignements criminels dans son *Rapport annuel sur le crime organisé au Canada* (2000), p. 14 : « La distribution de la pornographie juvénile connaît une hausse proportionnelle à l'expansion continue de l'utilisation d'Internet. Les forums que tient la collectivité mondiale dans Internet facilitent la distribution et aggravent le problème. L'utilisation d'Internet aide les distributeurs de pornographie à présenter et à faire valoir leur point de vue. » Criminaliser la possession de pornographie juvénile peut contribuer à diminuer le marché de cette pornographie et à réduire l'exploitation d'enfants liée à sa production.

167 In short, the lack of scientific precision in the social science evidence relating to attitudinal harm available to Parliament is not a valid reason for calling into question Parliament's decision to act. It has been estimated that over 60,000 Canadians have been depicted at a young age in sexually explicit material; see Badgley Report, *supra*, vol. 2, at p. 1198. It goes without saying that child pornography which sexually exploits children in its production is harmful. Moreover, we have seen that the harms of child pornography extend far beyond direct, physical exploitation. It is harmful whether it involves real children in its production or whether it is a product of the imagination. In either case, child pornography fosters and communicates the same harmful, dehumanizing and degrading message.

Bref, le manque de précision scientifique de la preuve en matière de sciences humaines dont disposait le législateur au sujet du préjudice comportemental ne justifie pas de mettre en doute le bien-fondé de sa décision d'agir. On a évalué à plus de 60 000 le nombre d'enfants canadiens qui ont été représentés dans des poses suggestives : voir le rapport Badgley, *op. cit.*, vol. 2, p. 1303. Il va sans dire que la pornographie juvénile qui comporte l'exploitation sexuelle d'enfants est préjudiciable. De plus, nous avons constaté que les préjudices résultant de la pornographie juvénile vont beaucoup plus loin que l'exploitation directe et physique. Cette forme de pornographie est préjudiciable peu importe qu'elle fasse appel à de vrais enfants ou qu'elle soit le fruit de l'imagination. Dans l'un et l'autre cas, la pornographie juvénile entretient et communique le même message préjudiciable, déshumanisant et avilissant.

168 The basis for s. 163.1 was the clear evidence of direct harm that child pornography causes, as well as Parliament's reasoned apprehension (based on the available social science evidence) that child pornography also causes attitudinal harm. The

L'article 163.1 s'explique par la preuve manifeste du préjudice direct qui résulte de la pornographie juvénile ainsi que par la crainte raisonnée du législateur (fondée sur la preuve disponible en matière de sciences humaines) que la pornographie

2001 SCC 2 (CanLII)

2001 SCC 2 (CanLII)

decision to act was consistent with the Fraser Committee's call for measures prohibiting child pornography (*Report of the Special Committee on Pornography and Prostitution* (1985) ("Fraser Report")). As we will see in the next section, s. 163.1 is consistent with action taken by other countries, and the international community, which have recognized and addressed the need to protect children.

(b) *The Vulnerability of Children and Their Subjective Fears*

Section 163.1 was enacted to protect children. Because of their physical, mental, and emotional immaturity, children are one of the most vulnerable groups in society, particularly with regard to sexual violence. Child pornography plays a role in the abuse of children, exploiting the extreme vulnerability of children. Pornography that depicts real children is particularly noxious because it creates a permanent record of abuse and exploitation. An analysis of the vulnerability of the group and their subjective fears supports Parliament's decision to prohibit child pornography.

(i) Actions Taken to Protect Children in Canada

Canadian society has always recognized that children are deserving of a heightened form of protection. This protection rests on the best interests of the child. The vulnerability of children is a product of the innate power imbalance that exists between adults and children. As a result of this vulnerability, children are often targets of violence and exploitation. It has been estimated that in almost 80 percent of sex crimes committed, the victims are girls, boys and young men and women under the age of 20; see N. Bala and M. Bailey, "Canada: Recognizing the Interests of Children" (1992-93), 31 *U. Louisville J. Fam. L.* 283, at p. 292. Fully two-thirds of sexual assault victims in 1993 were children, and one-third of all victims were under the age of 10; see J. V. Roberts, "Sexual Assault in Canada: Recent Statistical Trends"

juvénile ne cause également un préjudice comportemental. La décision d'agir était conforme à la recommandation du comité Fraser d'interdire la pornographie juvénile (*Rapport du Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution* (1985) (« rapport Fraser »)). Comme nous le verrons dans la partie suivante, l'art. 163.1 concorde avec les mesures prises par d'autres pays et la collectivité internationale qui ont reconnu la nécessité de protéger les enfants et y ont donné suite.

b) *La vulnérabilité des enfants et leurs craintes subjectives*

169 L'article 163.1 a été adopté dans le but de protéger les enfants. En raison de leur immaturité physique, mentale et émotive, les enfants forment un des groupes les plus vulnérables de la société, surtout en matière de violence sexuelle. La pornographie juvénile joue un rôle dans l'exploitation des enfants en misant sur leur extrême vulnérabilité. La pornographie qui représente de vrais enfants est particulièrement nocive parce qu'elle crée une image permanente de violence et d'exploitation. L'analyse de la vulnérabilité des membres de ce groupe et de leurs craintes subjectives étaye la décision du législateur d'interdire la pornographie juvénile.

(i) Les mesures de protection des enfants au Canada

170 La société canadienne reconnaît depuis toujours que les enfants méritent une forme accrue de protection. Cette protection est fondée sur l'intérêt supérieur de l'enfant. La vulnérabilité des enfants résulte de l'inégalité normale du rapport de force qui existe entre les adultes et les enfants. En raison de cette vulnérabilité, les enfants sont souvent victimes de violence et d'exploitation. On estime que, dans près de 80 pour 100 des cas, les victimes de crime sexuel sont des filles, des garçons ainsi que des jeunes hommes et jeunes femmes de moins de 20 ans : voir N. Bala et M. Bailey, « Canada : Recognizing the Interests of Children » (1992-93), 31 *U. Louisville J. Fam. L.* 283, p. 292. Au moins les deux tiers des victimes d'agression sexuelle en 1993 étaient des enfants, et un tiers de toutes les victimes avaient moins de 10 ans : voir J. V.

(1996), 21 *Queen's L.J.* 395, at p. 420. Indeed, it is thought that one in four girls and one in 10 boys will be victims of sexual assault before they reach the age of 18; see R. Bessner, "Khan: Important Strides Made by the Supreme Court Respecting Children's Evidence" (1990), 79 C.R. (3d) 15, at p. 16.

171 The need to protect children from harm has been an ongoing concern for Canada. In 1991, Canada ratified the United Nations' *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, an international instrument that affirms the need to protect children from various forms of harm, including discrimination (art. 2), violence (art. 19), separation from parents except where necessary for the child's best interest (art. 9), interference with privacy, family and home (art. 16), work that threatens health, education or development (art. 32), harmful drugs and involvement in their production or distribution (art. 33), abduction, trafficking or sale (art. 35), torture (art. 37), and sexual exploitation (art. 34). Canada's support for the Convention demonstrates this country's strong commitment to protecting children's rights.

172 In addition to ratifying the Convention, Canadian legislators have adopted other measures aimed at protecting children. Hence s. 163.1(4) is part of a broader scheme of *Criminal Code* offences which recognize the vulnerability of children and attempt to protect them from exploitation. For example, some *Criminal Code* provisions prevent an accused from relying on the consent of complainants under a certain age. For many offences the age of consent is 14, and for others it is 18; see *Criminal Code*, ss. 150.1, 151, 152, 153(1), 159, 160(3), 170, 171, 172, 271, 272, 273. In particular, s. 150.1 recognizes that children under the age of 14 are extremely vulnerable to sexual exploitation, and thus prevents those charged of doing so from raising the defence of consent. Similarly, s. 212(4) prevents any person

Roberts, « Sexual Assault in Canada: Recent Statistical Trends » (1996), 21 *Queen's L.J.* 395, p. 420. On croit même qu'une fille sur quatre et un garçon sur 10 seront victimes d'une agression sexuelle avant d'avoir atteint l'âge de 18 ans : voir R. Bessner, « Khan: Important Strides Made by the Supreme Court Respecting Children's Evidence » (1990), 79 C.R. (3d) 15, p. 16.

La nécessité de protéger les enfants contre tout préjudice est une préoccupation constante du Canada. En 1991, le Canada a ratifié la *Convention relative aux droits de l'enfant* des Nations Unies, R.T. Can. 1992 nº 3, un document international qui proclame la nécessité de protéger l'enfant contre diverses formes de préjudice, dont la discrimination (art. 2), la violence (art. 19), le fait d'être séparé de ses parents sauf si cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 9), les immixtions dans sa vie privée, sa famille ou son domicile (art. 16), le travail susceptible de compromettre son éducation ou de nuire à sa santé ou à son développement (art. 32), l'usage de stupéfiants et la participation de l'enfant à leur production ou à leur distribution (art. 33), l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants (art. 35), la torture (art. 37) et l'exploitation sexuelle (art. 34). L'appui du Canada à la Convention témoigne de son ferme engagement à protéger les droits des enfants.

En plus de ratifier la Convention, les législateurs canadiens ont adopté d'autres mesures de protection des enfants. Le paragraphe 163.1(4) fait donc partie de l'ensemble général des dispositions relatives aux infractions du *Code criminel* qui reconnaissent la vulnérabilité des enfants et tentent de les protéger contre toute exploitation. Par exemple, certaines dispositions du *Code criminel* empêchent l'accusé d'invoquer le consentement de plaignants qui n'ont pas atteint un certain âge. Pour de nombreuses infractions, l'âge du consentement est de 14 ans, tandis que pour d'autres infractions, il est de 18 ans : voir les art. 150.1, 151, 152, 159, 170, 171, 172, 271, 272 et 273 ainsi que les par. 153(1) et 160(3) du *Code criminel*. En particulier, l'art. 150.1 reconnaît que les enfants de moins de 14 ans sont extrêmement vulnérables à l'exploita-

2001 SCC 2 (CanLII)

2001 SCC 2 (CanLII)

from receiving the sexual services of a person under the age of 18 for consideration. Other sections are designed to address children's special vulnerability. Section 215 imposes a legal duty on parents or guardians to provide the necessaries of life to children under 16 years of age. Finally, there exists a special framework for dealing with children as young offenders. Under the *Young Offenders Act*, R.S.C. 1985, c. Y-1, children are offered procedural safeguards, and are subject to attenuated penalties.

tion sexuelle et interdit à la personne accusée d'exploitation sexuelle d'un tel enfant d'invoquer le consentement comme moyen de défense. De même, le par. 212(4) interdit à quiconque d'obtenir, moyennant rétribution, les services sexuels d'une personne âgée de moins de 18 ans. D'autres dispositions visent à remédier à la vulnérabilité particulière des enfants. L'article 215 impose aux parents ou aux gardiens l'obligation de fournir les choses nécessaires à l'existence des enfants de moins de 16 ans. Enfin, il existe un régime particulier pour le traitement des enfants qui sont de jeunes contrevenants. En vertu de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. 1985, ch. Y-1, les enfants disposent de garanties procédurales et sont passibles de peines réduites.

In the civil law context, child protection legislation provides for apprehension of a child when, for example, there is a risk that the child may be harmed; see *Child Welfare Act*, S.A. 1984, c. C-8.1, ss. 17, 18; *Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, c. 46, ss. 16 to 19 and 25 to 33; *The Child and Family Services Act*, S.M. 1985-86, c. 8, ss. 21 to 26, 38(7), 53; *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, ss. 1, 31(5), 32, 33, 51(1), 62(3); *Child Welfare Act*, R.S.N. 1990, c. C-12, ss. 13, 14, 15; *Child and Family Services Act*, S.N.W.T. 1997, c. 13, ss. 10, 11(1), 33; *Children and Family Services Act*, S.N.S. 1990, c. 5, ss. 26(2), (3), 27, 28, 29, 33(1), (3), 34; *Child and Family Services Act*, R.S.O. 1990, c. C.11, ss. 40(2), (3), (5), (7) to (10), 41 to 44; *Family and Child Services Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. F-2, ss. 1(1)(c), 15(1), (1.1), 16(1), 17(1)(b), 19(b); *Youth Protection Act*, R.S.Q., c. P-34.1, ss. 2, 3 and 46; *The Child and Family Services Act*, S.S. 1989-90, c. C-7.2, ss. 2(1)(p), 7, 8, 13, 17, 18(1); *Children's Act*, R.S.Y. 1986, c. 22, s. 119.

173 Dans le contexte du droit civil, des mesures législatives visant la protection des enfants prévoient l'appréhension d'un enfant lorsque, par exemple, il y a risque qu'il subisse un préjudice : voir *Child Welfare Act*, S.A. 1984, ch. C-8.1, art. 17, 18; *Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 46, art. 16 à 19 et 25 à 33; *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, L.M. 1985-86, ch. 8, art. 21 à 26, 38(7), 53; *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, art. 1, 31(5), 32, 33, 51(1), 62(3); *Child Welfare Act*, R.S.N. 1990, ch. C-12, art. 13, 14, 15; *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.T.N.-O. 1997, ch. 13, art. 10, 11(1), 33; *Children and Family Services Act*, S.N.S. 1990, ch. 5, art. 26(2), (3), 27, 28, 29, 33(1), (3), 34; *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, ch. C.11, art. 40(2), (3), (5), (7) à (10), 41 à 44; *Family and Child Services Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. F-2, art. 1(1)c), 15(1), (1.1), 16(1), 17(1)b), 19b); *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., ch. P-34.1, art. 2, 3, 46; *The Child and Family Services Act*, S.S. 1989-90, ch. C-7.2, art. 2(1)p), 7, 8, 13, 17, 18(1); *Loi sur l'enfance*, L.R.Y. 1986, ch. 22, art. 119.

Canadian courts have shown an increased awareness of the rights and interests of children. Our Court has repeatedly articulated the importance of protecting children and youth from various forms of harm; see, for example, *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906, at p. 948, *per* McLachlin J.;

174 Les tribunaux canadiens ont manifesté une attention accrue à l'égard des droits et des intérêts des enfants. Notre Cour a souligné à maintes reprises l'importance d'assurer la protection des enfants et des jeunes contre diverses formes de préjudice : voir, par exemple, *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906,

M. (K.) v. M. (H.), [1992] 3 S.C.R. 6; *Irwin Toy*, *supra*; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *L. (D.O.)*, *supra*, at p. 439, *per* L'Heureux-Dubé J. The common law, based on the *parens patriae* jurisdiction, has recognized the power of state institutions to intervene to protect children who are at risk; see, for example, *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, at para. 88. Further, in cases such as *Young v. Young*, *supra*, at pp. 84-85, this Court has reaffirmed that any decision affecting a child must be made in his or her best interests, which include, but are not limited to, ensuring that the child is protected from harm, whether caused by others or self-inflicted, and, importantly, seeking to foster the healthy development of the child to adulthood.

p. 948, le juge McLachlin; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Irwin Toy*, précité; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *L. (D.O.)*, précité, p. 439, le juge L'Heureux-Dubé. La common law, sur le fondement de la compétence *parens patriae*, a reconnu le pouvoir des institutions de l'État d'intervenir pour protéger les enfants en situation de risque : voir, par exemple, *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, par. 88. De plus, dans des arrêts comme *Young c. Young*, précité, p. 84-85, notre Cour a confirmé que toute décision touchant un enfant doit être prise en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant, notamment, et non exclusivement, en assurant sa protection contre le préjudice causé par autrui ou qu'il s'inflige à lui-même et, ce qui est important, en cherchant à promouvoir le sain développement de l'enfant jusqu'à l'âge adulte.

(ii) Actions Taken Internationally to Protect Children

(ii) Les mesures de protection des enfants à l'échelle internationale

175 The protection of children from harm is a universally accepted goal. While this Court has recognized that, generally, international norms are not binding without legislative implementation, they are relevant sources for interpreting rights domestically; see *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at pp. 349-50; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817. As stated in R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 330:

> . . . the legislature is presumed to respect the values and principles enshrined in international law, both customary and conventional. These constitute a part of the legal context in which legislation is enacted and read. In so far as possible, therefore, interpretations that reflect these values and principles are preferred.

La protection des enfants contre le préjudice est un objectif accepté universellement. Même si notre Cour reconnaît qu'en général elles ne lient pas les tribunaux en l'absence d'une mise en œuvre législative, les normes internationales sont une source utile d'interprétation des droits sur le plan national : voir *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 349-350; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817. Comme le dit R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3e éd. 1994), p. 330 :

> [TRADUCTION] . . . le législateur est présumé respecter les valeurs et les principes contenus dans le droit international, coutumier et conventionnel. Ces principes font partie du cadre juridique au sein duquel une loi est adoptée et interprétée. Par conséquent, dans la mesure du possible, il est préférable d'adopter des interprétations qui correspondent à ces valeurs et à ces principes.

176 In *Slaight Communications*, *supra*, at pp. 1056-57, this Court explained that a balancing of competing interests must be informed by Canada's international obligations. The fact that a value has the status of an international human right is indica-

Dans l'arrêt *Slaight Communications*, précité, p. 1056-1057, notre Cour explique que l'évaluation d'intérêts opposés doit tenir compte des obligations internationales du Canada. Le fait qu'une valeur soit reconnue par le droit international de la

2001 SCC 2 (CanLII)

tive of the high degree of importance with which it must be considered; see also *Keegstra*, *supra*, at p. 750.

Both legislators abroad and the international community have acknowledged the vulnerability of children and the resulting need to protect them. It is therefore not surprising that the *Convention on the Rights of the Child* has been ratified or acceded to by 191 states as of January 19, 2001, making it the most universally accepted human rights instrument in history.

Indeed, international law is rife with instruments that emphasize the protection of children. Article 25(2) of the *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc A/810, at p. 71 (1948), recognizes that "childhood [is] entitled to special care and assistance". The United Nations *Declaration of the Rights of the Child*, G.A. Res. 1386 (XIV) (1959), in its preamble, states that the child "needs special safeguards and care". In 1992, the United Nations Commission on Human Rights adopted the *Programme of Action for the Prevention of the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography*, 55th Mtg., 1992/74. Additional instruments such as the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 993 U.N.T.S. 3, art. 10(3), and the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, art. 24, also emphasize the protection of children. The recent *Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography*, A/RES/54/263 (2000), which prohibits, *inter alia*, child pornography, has already been signed by 69 states; see <http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/treaty18_asp.htm> (accessed January 23, 2001).

Section 163.1 of Canada's *Criminal Code* reflects a growing trend towards the criminalization of the possession of child pornography. A number of international bodies have recognized

personne indique toute l'importance qu'il faut lui accorder. Voir également *Keegstra*, précité, p. 750.

177 Les législateurs étrangers tout autant que la collectivité internationale reconnaissent la vulnérabilité des enfants et la nécessité qui s'ensuit de les protéger. Il n'est donc pas étonnant que la *Convention relative aux droits de l'enfant* ait fait l'objet d'une ratification ou d'une adhésion par 191 États, dès le 19 janvier 2001, ce qui en fait l'instrument de défense des droits de la personne le plus universellement accepté de l'histoire.

178 En réalité, une multitude d'instruments du droit international mettent l'accent sur la protection des enfants. Le paragraphe 25(2) de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. A.G. 217 A (III), Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948), reconnaît que « l'enfance [a] droit à une aide et à une assistance spéciales ». La *Déclaration des droits de l'enfant* des Nations Unies, Rés. A.G. 1386 (XIV) (1959), dans son préambule, déclare que l'enfant « a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux ». En 1992, la Commission des droits de l'homme des Nations Unies a adopté le *Programme d'action pour la prévention de la vente d'enfants, de la prostitution des enfants et de la pornographie impliquant des enfants*, 55e séance, 1992/74. D'autres instruments comme le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 R.T.N.U. 3, par. 10(3), et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, art. 24, mettent aussi l'accent sur la protection des enfants. Le récent *Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits de l'enfant concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants*, A/RES/54/263 (2000), qui interdit notamment la pornographie juvénile, a déjà été signé par 69 États : voir <http://www.unhchr.ch/french/html/menu3/b/treaty18_asp_fr.htm> (consulté le 23 janvier 2001).

179 L'article 163.1 du *Code criminel* du Canada reflète une tendance grandissante à criminaliser la possession de pornographie juvénile. De nombreux organismes internationaux ont reconnu qu'il fallait

2001 SCC 2 (CanLII)

that possession must be targeted to effectively address the harms of child pornography; see *Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography: Note by the Secretary-General*, U.N. Doc. A/49/478 (1994), at paras. 196-97; *Programme of Action for the Prevention of the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography*, *supra*, at para. 53; *Draft Joint Action to combat child pornography on the Internet*, [1999] O.J.C. 219/68, art. 1; *International traffic in child pornography*, ICPO-Interpol AGN/65/RES/9 (1996).

s'attaquer à la possession pour prévenir efficacement les préjudices causés par la pornographie juvénile : voir *Vente d'enfants, prostitution des enfants et pornographie impliquant des enfants : Note du Secrétaire général*, Doc. N.U. A/49/478 (1994), par. 196-197; *Programme d'action pour la prévention de la vente d'enfants, de la prostitution des enfants et de la pornographie impliquant des enfants*, par. 53; *Projet d'action commune relative à la lutte contre la pédopornographie sur Internet*, [1999] J.O.C. 219/68, art. 1; *Trafic international de matériel pornographique mettant en scène des enfants*, OIPC-Interpol, AGN/65/RES/9 (1996).

180 Domestic legislation in a number of countries criminalizes the possession of child pornography, regardless of whether the possessor has an intent to disseminate; see, for example, Australia: *Classification (Publications, Films and Computer Games) Act 1995* (Cth.), and state and territorial legislation in the Australian Capital Territory, New South Wales, Northern Territory, Queensland, South Australia, Tasmania, Victoria and Western Australia, which classify and prohibit various forms of child pornography; Belgium: art. 383*bis* of the *Criminal Code*, which proscribes private possession of figures, things, films, photos, slides or other visual representations of sexual acts or positions involving persons under 16 that are characterized as pornographic; England: *Protection of Children Act 1978* (U.K.), 1978, c. 37, ss. 1 and 7; *Criminal Justice Act 1988* (U.K.), 1988, c. 33, s. 160, and *Criminal Justice and Public Order Act 1994* (U.K.), 1994, c. 33, ss. 84 to 86), which target private possession of photographs and pseudo-photographs of persons under 16 or who appear to be under 16; Ireland: *Child Trafficking and Pornography Act, 1998*, ss. 2 and 6, which defines child as a person under the age of 17, bans the private possession of (1) any visual representation that shows a person who is or is depicted as a child engaged in or witnessing explicit sexual activity and any visual representation whose dominant characteristic is the depiction of the genital or anal region of a child for sexual purposes; (2) any audio representation of a person who is or is represented as being a child and who is engaged in or is represented as being engaged in explicit sexual activity;

La législation interne de nombreux pays criminalise la possession de pornographie juvénile, peu importe que le possesseur ait ou non l'intention de diffuser le matériel : par exemple, l'Australie (*Classification (Publications, Films and Computer Games) Act of 1995* (Cth.)), et des lois du Territoire de la capitale fédérale, de la Nouvelle-Galles du Sud, du Territoire du Nord, du Queensland, de l'Australie-Méridionale, de la Tasmanie, de Victoria et de l'Australie-Occidentale) classifie et interdit diverses formes de pornographie juvénile; la Belgique (art. 383*bis* du *Code pénal*) interdit la possession personnelle d'emblèmes, d'objets, de films, de photos, de diapositives ou d'autres supports visuels qui représentent des positions ou des actes sexuels à caractère pornographique, impliquant des mineurs âgés de moins de 16 ans; l'Angleterre (*Protection of Children Act 1978* (R.-U.), 1978, ch. 37, art. 1 et 7; *Criminal Justice Act 1988* (R.-U.), 1988, ch. 33, art. 160, et *Criminal Justice and Public Order Act 1994* (R.-U.), 1994, ch. 33, art. 84 à 86) prend pour cible la possession personnelle de photos et de pseudo-photos de personnes ayant, ou paraissant avoir, moins de 16 ans; l'Irlande (*Child Trafficking and Pornography Act, 1998*, art. 2 et 6) définit l'enfant comme une personne âgée, ou décrite comme âgée, de moins de 17 ans, et interdit la possession personnelle, premièrement, de toute représentation visuelle montrant un enfant qui participe ou assiste à des activités sexuelles explicites et de toute représentation visuelle dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, des organes génitaux ou de la région anale d'un enfant, deuxiè-

2001 SCC 2 (CanLII)

(3) any visual or audio representation that advocates, encourages or counsels any sexual activity with children which is an offence; and (4) any visual representation or description of or information relating to a child that indicates or implies that the child is available to be used for the purposes of sexual exploitation; New Zealand: *Films, Videos, and Publications Classification Act 1993*, ss. 2, 3 and 131, which proscribes private possession of publications that describe, depict, express or otherwise deal with matters such as sex, horror, crime, cruelty, or violence such that the availability of the publication is likely to be injurious to the public good in that it promotes, supports or tends to promote or support the exploiting of children or young persons, for sexual purposes; and the United States: 18 U.S.C. §§ 2252(a)(4)(B) and 2256 (1994 & Supp. IV 1998), which targets photographs, film, video or pictures, computer or computer-generated images or pictures of sexually explicit conduct involving a person who is under 18 or who appears to be under 18. This statute has been interpreted as including only those visual images which are easily mistaken for that of a real child; see, for example, *United States v. Hilton*, 167 F.3d 61 (1st Cir. 1999), at p. 72. Therefore, drawings, sculptures and paintings are not proscribed.

mement, de toute représentation audio d'une personne qui est un enfant ou qui est présentée comme telle et qui se livre ou est présentée comme se livrant à une activité sexuelle explicite, troisièmement, de toute représentation visuelle ou audio préconisant, encourageant ou conseillant une activité sexuelle avec des enfants qui constitue une infraction, et quatrièmement, de toute représentation visuelle ou description d'un enfant ou de toute information au sujet d'un enfant indiquant ou laissant entendre qu'on peut disposer de l'enfant à des fins d'exploitation sexuelle; la Nouvelle-Zélande (*Films, Videos, and Publications Classification Act 1993*, art. 2, 3, 131) interdit la possession personnelle de publications décrivant, représentant, exposant ou abordant d'autres façons des sujets relatifs au sexe, à l'horreur, au crime, à la cruauté ou à la violence, de sorte que la disponibilité de la publication risque de nuire au bien public du fait qu'elle préconise ou encourage, ou tend à préconiser ou à encourager, l'exploitation d'enfants ou de jeunes personnes à des fins sexuelles; les États-Unis (18 U.S.C. §§ 2252(a)(4)(B) et 2256 (1994 & Supp. IV 1998)) prennent pour cible les photos, les films, les films vidéo, les images ou les images informatiques ou conçues par ordinateur d'actes sexuellement explicites impliquant une personne de moins de 18 ans ou semblant avoir moins de 18 ans. Cette loi a été interprétée comme ne visant que les images visuelles qui peuvent facilement être perçues à tort comme représentant un vrai enfant : voir, par exemple, *United States c. Hilton*, 167 F.3d 61 (1st. Cir. 1999), p. 72. Par conséquent, les dessins, sculptures et peintures ne sont pas interdits.

2001 SCC 2 (CanLII)

(c) *The Nature of the Expressive Activity Affected*

c) *La nature de l'activité expressive touchée*

The nature of the expressive activity at issue is another important contextual factor that has emerged from the Court's s. 2(*b*) jurisprudence. The Court has emphasized that under s. 1, the level of protection to which expression is entitled will vary with the nature of the expression. The more distant the expression from the core values underlying the right, the more likely action restricting it can be justified; see *Keegstra*, *supra*, at p. 765; *Lucas*, *supra*, at para. 34. Defamatory libel, hate

181 La nature de l'activité expressive en cause est un autre facteur contextuel important qui ressort de la jurisprudence de notre Cour relative à l'al. 2*b*). La Cour a souligné que, en vertu de l'article premier de la *Charte*, le degré de protection auquel l'expression a droit varie selon la nature de l'expression. Plus l'expression s'éloigne des valeurs fondamentales qui sous-tendent ce droit, plus la mesure qui la restreint peut être justifiée : *Keegstra*, précité, p. 765; *Lucas*, précité, par. 34. Le libelle dif-

speech and pornography are far removed from the core values of freedom of expression and have been characterized as low value expression, which merits an attenuated level of constitutional protection; see *Lucas*, *supra*, at para. 93; *Butler*, *supra*, at p. 500; *Keegstra*, *supra*, at p. 765. These forms of expression receive an attenuated level of constitutional protection not because a lower standard of justification is applied to the government, but because the low value of the expression is more easily outweighed by the objective of the infringing legislation: see *Thomson Newspapers*, *supra*, at para. 91.

famatoire, la propagande haineuse et la pornographie s'écartent grandement des valeurs fondamentales de la liberté d'expression et ont été qualifiés d'expression de faible valeur qui mérite une protection constitutionnelle atténuée : *Lucas*, précité, par. 93; *Butler*, précité, p. 500; *Keegstra*, précité, p. 765. Ces formes d'expression bénéficient d'une protection constitutionnelle atténuée non pas parce que le gouvernement doit satisfaire à une norme de justification moins exigeante, mais parce que, compte tenu de la faible valeur de l'expression, l'objectif de la mesure législative attentatoire l'emporte plus facilement sur celle-ci : voir *Thomson Newspapers*, précité, par. 91.

182 We will now address the nature of the expression in light of the three core values of freedom of expression: (1) the search for truth; (2) participation in political decision-making; and (3) diversity in forms of self-fulfilment and human flourishing.

Examinons maintenant la nature de l'expression en fonction des trois grandes valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression : (1) la recherche de la vérité, (2) la participation à la prise d'une décision politique, et (3) la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels.

183 It is clear that the possession of child pornography contributes nothing to the search for truth. The impugned provision prohibits the possession of material which visually depicts children engaged in sexual activity or which has as its dominant characteristic the depiction, for a sexual purpose, of the sexual organ or the anal region of a child. The written material prohibited is that which advocates or counsels the commission of sexual offences against children. The message conveyed by child pornography perpetuates lies about children's humanity. It promotes the false view that children are appropriate sexual partners and that they are sexual objects to be used for the sexual gratification of adults. It encourages and condones their sexual abuse. These messages contribute nothing to the search for truth and are in fact detrimental to that search.

Il est clair que la possession de pornographie juvénile n'apporte rien à la recherche de la vérité. La disposition contestée interdit la possession de matériel représentant visuellement des enfants se livrant à une activité sexuelle ou dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, des organes sexuels ou de la région anale d'un enfant. Le matériel écrit touché par l'interdiction est celui qui préconise ou conseille la perpétration d'infractions d'ordre sexuel contre des enfants. Le message véhiculé par la pornographie juvénile perpétue des mensonges au sujet de l'humanité des enfants. Il promeut l'idée fausse que les enfants sont des partenaires sexuels appropriés et qu'ils sont des objets sexuels susceptibles de servir à la gratification sexuelle des adultes. Il encourage et excuse leur exploitation sexuelle. Ces messages n'apportent rien, et sont en fait nuisibles, à la recherche de la vérité.

184 It is equally clear that there is no link between the possession of "child pornography" (as defined in s. 163.1(1)) and participation in the political process. While children may not be accorded equal participation in our political process, they are deserving of equal treatment as members of our community. In *Keegstra*, *supra*, at p. 764, Dickson

Il est tout aussi évident qu'il n'existe aucun lien entre la possession de « pornographie juvénile » (au sens du par. 163.1(1)) et la participation au processus politique. Même si les enfants peuvent ne pas jouir d'une participation égale à notre processus politique, ils méritent d'être traités sur un pied d'égalité à titre de membres de notre collecti-

2001 SCC 2 (CanLII)

C.J. recognized that messages of degradation, which undermine the dignity and equality of members of identifiable groups, subvert the democratic aspirations of the expression guarantee by undermining the participation of those groups in the political process. In *Thomson Newspapers*, *supra*, at para. 92, Bastarache J. found that the same could be said of pornographic expression. He recognized that in *Irwin Toy*, *supra*, the interests of advertisers meant that there was a likelihood that their speech would manipulate children and would play on their vulnerability. In each of these cases, the type of speech involved systematically undermined the position of some members of society. Child pornography similarly undermines the position of children in society. In this sense, it is antithetical to the democratic values underlying the guarantee of freedom of expression.

vité. Dans *Keegstra*, précité, p. 764, le juge en chef Dickson a reconnu que les messages avilissants qui minent la dignité et l'égalité des membres de groupes identifiables détruisent les aspirations démocratiques de la garantie d'expression en compromettant la participation de ces groupes au processus politique. Dans *Thomson Newspapers*, précité, par. 92, le juge Bastarache a conclu qu'on peut dire la même chose de l'expression pornographique. Il a constaté que, dans *Irwin Toy*, précité, les intérêts des annonceurs faisaient que leur discours manipulerait probablement les enfants et miserait sur leur vulnérabilité. Dans chacune de ces affaires, le type de discours en cause affaiblissait systématiquement la position de certains membres de la société. La pornographie juvénile affaiblit de façon semblable la position des enfants dans la société. En ce sens, elle va à l'encontre des valeurs démocratiques qui sous-tendent la garantie de la liberté d'expression.

The expression at issue in this case is linked to the value of self-fulfilment, but only in a limited sense since s. 163.1(4) of the *Criminal Code* in no way impedes positive self-fulfilment. In *Butler*, *supra*, the Attorney General for Ontario argued that the only value underlying pornography as a form of expression was self-fulfilment in its most base aspect, that of pure physical arousal (pp. 499-500). We find this argument particularly apposite in relation to child pornography. Child pornography is used to fuel the fantasies of paedophiles and is also used to facilitate their exploitation of children. It hinders children's own self-fulfilment and autonomous development by eroticising their inferior social, economic and sexual status. It reinforces the message that their victimization is acceptable. In our view, that message denies children their autonomy and dignity. In relation to adult pornography, Sopinka J. found in *Butler* that such expression does not stand on an equal footing with other kinds of expression which directly engage the "core" of the freedom of expression values (p. 500). We agree with this statement and

185

L'expression en cause dans la présente affaire a un lien avec la valeur de l'épanouissement personnel, mais uniquement dans un sens restreint puisque le par. 163.1(4) du *Code criminel* n'entrave aucunement l'épanouissement personnel positif. Dans l'affaire *Butler*, précitée, le procureur général de l'Ontario avait fait valoir que la seule valeur qui sous-tendait la pornographie comme forme d'expression était l'épanouissement personnel, dans son aspect le moins digne, celui de la simple stimulation physique (p. 499-500). Nous jugeons cet argument particulièrement pertinent en ce qui a trait à la pornographie juvénile. Cette forme de pornographie sert à alimenter les fantasmes des pédophiles et à leur faciliter l'exploitation d'enfants. Elle nuit à l'épanouissement personnel et au développement autonome des enfants en érotisant leur situation d'infériorité sur les plans social, économique et sexuel. Elle renforce le message selon lequel il est acceptable d'en faire des victimes. À notre avis, ce message prive les enfants de leur autonomie et de leur dignité. Dans l'arrêt *Butler*, le juge Sopinka conclut, au sujet de la pornographie adulte, que cette forme d'expression n'a pas la même importance que les autres formes d'expression qui touchent directement à l'« essence » des valeurs relatives à la liberté d'expression (p. 500).

2001 SCC 2 (CanLII)

find it equally applicable in the context of child pornography.

186 The possession of child pornography has no social value; it has only a tenuous connection to the value of self-fulfilment underlying the right to free expression. As such, it warrants only attenuated protection. Hence, increased deference should be accorded to Parliament's decision to prohibit it.

(d) *Enhancement of Other Charter Values*

187 This Court has previously considered the *Charter* rights of other members of society as a contextual factor relevant to determining the proper level of deference. For example, in *Keegstra*, *supra*, the impugned legislation prohibited the willful promotion of hatred against any identifiable group. Dickson C.J. found that s. 15 and s. 27 of the *Charter* were relevant to determining the importance of the government's objective of eradicating hate propaganda. At p. 756, he quoted with approval the following statement of one of the interveners in the case:

> Government sponsored hatred on group grounds would violate section 15 of the *Charter*. Parliament promotes equality and moves against inequality when it prohibits the wilful public promotion of group hatred on these grounds. It follows that government action against group hate, because it promotes social equality as guaranteed by the *Charter*, deserves special constitutional consideration under section 15.

In *Taylor*, *supra*, Dickson C.J. further emphasized the role of other *Charter* rights in the application of s. 1, stating that in applying *Oakes*, the Court must "give full recognition to other provisions of the *Charter*, in particular ss. 15 and 27" (pp. 916-17). In our view, the positive influence of a government measure on other *Charter* rights, and in turn the negative effect of an expressive activity on the rights of other members of the community, are important factors to be considered in the application of the s. 1 analysis. This approach ensures that

Nous sommes d'accord avec cet énoncé et nous jugeons qu'il s'applique également dans le contexte de la pornographie juvénile.

La possession de pornographie juvénile n'a aucune valeur sociale; elle n'a qu'un lien ténu avec la valeur d'épanouissement personnel qui sous-tend le droit à la liberté d'expression. À ce titre, elle ne justifie qu'une protection atténuée. Il y a donc lieu de faire preuve de plus de retenue à l'égard de la décision du législateur de l'interdire.

d) *La promotion d'autres valeurs sous-jacentes à la Charte*

Notre Cour a déjà considéré que les droits garantis par la *Charte* à d'autres membres de la société sont un facteur contextuel pertinent pour décider de la mesure de retenue qui s'impose. Par exemple, dans *Keegstra*, précité, le texte législatif attaqué interdisait la fomentation volontaire de la haine contre des groupes identifiables. Le juge en chef Dickson a conclu que les art. 15 et 27 de la *Charte* étaient pertinents pour déterminer l'importance de l'objectif gouvernemental d'élimination de la propagande haineuse. À la page 756, il cite, en l'approuvant, la déclaration suivante de l'un des intervenants dans l'affaire :

> [TRADUCTION] La haine dirigée contre un groupe, avec l'encouragement du gouvernement, serait contraire à l'art. 15 de la *Charte*. Le Parlement favorise l'égalité et prend des mesures contre l'inégalité en interdisant la fomentation de la haine collective. Cela signifie que l'action gouvernementale visant la haine dirigée contre un groupe, parce qu'elle favorise l'égalité sociale garantie par la *Charte*, mérite un examen constitutionnel spécial en vertu de l'art. 15.

Dans *Taylor*, précité, le juge en chef Dickson a souligné davantage le rôle d'autres droits garantis par la *Charte* dans l'application de l'article premier, en précisant qu'en appliquant l'arrêt *Oakes*, la Cour doit « tenir pleinement compte d'autres dispositions de la *Charte*, notamment des art. 15 et 27 » (p. 916-917). À notre avis, l'influence positive d'une mesure gouvernementale sur d'autres droits garantis par la *Charte* et, par ailleurs, l'effet négatif d'une activité expressive sur les droits d'autres membres de la collectivité sont des fac-

2001 SCC 2 (CanLII)

the analysis of whether an impugned provision is reasonably justified in a free and democratic society is undertaken in a manner which promotes our democratic values.

In the Fraser Report, *supra*, the Committee described its concerns with child pornography as follows (vol. 2, at p. 571):

> . . . we are concerned with depictions that can be seen to undermine the values which we believe are fundamental to our society. It is our view that material which uses and depicts children in a sexual way for the entertainment of adults, undermines the rights of children by diminishing the respect to which they are entitled.

This description of the effects of child pornography on children's rights strikes a sombre chord. The written material and images captured by s. 163.1(1) (which depict children engaged in explicit sexual activity or which depict their sexual organs for a sexual purpose), degrade and dehumanize them. They portray children as mere sexual objects available for the gratification of adults. They play on children's inequality. Hence, this material is in direct conflict with the guarantee of equality in s. 15. In *Butler*, *supra*, Sopinka J. stated as follows, at p. 497:

> . . . if true equality between male and female persons is to be achieved, we cannot ignore the threat to equality resulting from exposure to audiences of certain types of violent and degrading material. Materials portraying women as a class as objects for sexual exploitation and abuse have a negative impact on 'the individual's sense of self-worth and acceptance'.

Similarly, Parliament's attempt to prohibit the possession of child pornography can be seen as promoting children's right to equality.

Child pornography also undermines children's right to life, liberty and security of the person as guaranteed by s. 7. Their psychological and physi-

teurs importants à considérer dans l'analyse fondée sur l'article premier. Cette approche garantit que l'analyse visant à déterminer si une disposition attaquée est raisonnablement justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique sera effectuée d'une manière conforme à nos valeurs démocratiques.

Dans le rapport Fraser, *op. cit.*, vol. 2, p. 613, le Comité décrit ainsi ses inquiétudes au sujet de la pornographie juvénile : 188

> . . . nous nous inquiétons des représentations qui peuvent sembler porter atteinte aux valeurs que nous croyons fondamentales dans notre société. À notre avis, les productions qui utilisent et représentent des enfants à des fins sexuelles pour le divertissement des adultes portent atteinte aux droits des enfants en sapant le respect auquel ils ont droit.

Cette description des effets de la pornographie juvénile sur les droits des enfants a de quoi consterner. Les écrits et images visés par le par. 163.1(1) (qui représentent des enfants qui se livrent à une activité sexuelle explicite ou qui représentent leurs organes sexuels dans un but sexuel) ont pour effet de les avilir et de les déshumaniser. Ils dépeignent les enfants comme de simples objets sexuels disponibles pour la gratification des adultes. Ils misent sur l'inégalité des enfants. Ce matériel entre donc directement en conflit avec la garantie d'égalité prévue à l'art. 15. Dans l'arrêt *Butler*, précité, p. 497, le juge Sopinka affirme ceci :

> . . . si l'on veut parvenir à une véritable égalité entre les hommes et les femmes, on ne peut ignorer la menace que présente pour l'égalité le fait d'exposer le public à certains types de matériel violent et dégradant. Le matériel qui représente les femmes comme une catégorie d'objets d'exploitation et d'abus sexuels a une incidence négative sur [TRADUCTION] «la valorisation personnelle et l'acceptation de soi».

De même, la tentative du législateur d'interdire la possession de pornographie juvénile peut être perçue comme favorisant le droit des enfants à l'égalité.

La pornographie juvénile sape également le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne que l'art. 7 garantit à l'enfant. La sécurité 189

2001 SCC 2 (CanLII)

cal security is placed at risk by their use in pornographic representations. Those children who are used in the production of child pornography are physically abused in its production. Moreover, child pornography threatens the physical and psychological security of all children, since it can be encountered by any child. Regardless of its authorship, be it of the child or others, it plays on children's weaknesses and may lead to attitudinal harm; see Fraser Report, *supra*, vol. 2, at pp. 570-71. We recognize that privacy is an important value underlying the right to be free from unreasonable search and seizure and the right to liberty. However, the privacy of those who possess child pornography is not the only interest at stake in this appeal. The privacy interests of those children who pose for child pornography are engaged by the fact that a permanent record of their sexual exploitation is produced. This privacy interest is also triggered when material which is created by teenagers in a "consensual environment" is disseminated.

psychologique et physique des enfants est compromise par l'utilisation qu'on fait d'eux dans des représentations pornographiques. Les enfants qui sont utilisés pour produire de la pornographie juvénile sont alors agressés physiquement. De plus, la pornographie juvénile compromet la sécurité physique et psychologique de tous les enfants puisqu'ils peuvent tous y être exposés. Peu importe qui en est l'auteur, que ce soient des enfants ou d'autres personnes, cette forme de pornographie mise sur les faiblesses des enfants et peut causer un préjudice comportemental : voir rapport Fraser, *op. cit.*, vol. 2, p. 613. Nous reconnaissons que le droit à la vie privée est une valeur importante qui sous-tend le droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives ainsi que le droit à la liberté. Toutefois, le droit à la vie privée des gens qui ont en leur possession de la pornographie juvénile ne constitue pas le seul droit en jeu dans le présent pourvoi. Le droit à la vie privée des enfants qui figurent dans la pornographie juvénile entre en jeu du fait qu'il y production d'un enregistrement permanent de leur exploitation sexuelle. Ce droit à la vie privée intervient également lorsque du matériel créé par des adolescents dans un « environnement consensuel » est diffusé.

190 In enacting s. 163.1(4) and prohibiting the possession of child pornography, Parliament promulgated a law which seeks to foster and protect the equality rights of children, along with their security of the person and their privacy interests. The importance of these *Charter* rights cannot be ignored in the analysis of whether the law is demonstrably justified in a free and democratic society and warrants a more deferential application of the criteria set out in *Oakes*.

En adoptant le par. 163.1(4) et en interdisant la possession de pornographie juvénile, le Parlement a promulgué un texte législatif visant à promouvoir et à protéger les droits des enfants à l'égalité, de même que la sécurité de leur personne et leur droit à la vie privée. L'importance de ces droits garantis par la *Charte* ne saurait être passée sous silence dans l'analyse servant à déterminer si la mesure législative est justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique et si les critères de l'arrêt *Oakes* devraient être appliqués avec plus de retenue.

191 In enacting s. 163.1(4), Parliament set social policy having regard to moral values, as it is entitled to do. It is accepted that, while the criminal law is not confined to prohibiting immoral acts, Parliament does have the right to make moral judgments in criminalizing certain forms of conduct. In

Dans ce paragraphe, le législateur a établi une politique sociale en fonction de certaines valeurs morales, comme il est en droit de le faire. Il est admis que, même si le droit criminel ne se limite pas à l'interdiction d'actes immoraux, le législateur a le droit de porter des jugements de valeur en

2001 SCC 2 (CanLII)

Butler, *supra*, Sopinka J. found as follows, at p. 493:

> . . . I cannot agree with the suggestion of the appellant that Parliament does not have the right to legislate on the basis of some fundamental conception of morality for the purposes of safeguarding the values which are integral to a free and democratic society.

The Court should be particularly sensitive to the legitimate role of government in legislating with respect to our social values. Like all legislative decisions, however, such moral decisions and judgments must be assessed in light of *Charter* values.

The appraisal of each of the contextual factors demonstrates that in this case increased deference to Parliament is warranted. With that in mind, we now apply the *Oakes* test to s. 163.1(4).

B. *Application of the Oakes Test*

1. Is the Objective Pressing and Substantial?

Parliament's overarching objective in proscribing the possession of child pornography was to protect children. This is set out in the following statement, made by the Parliamentary Secretary to the Minister of Justice as he introduced what is now s. 163.1 for second reading in the House of Commons:

> . . . children matter. They are the most vulnerable members of our society. They are vulnerable to emotional, sexual, and physical abuse. Our children must have the opportunity to grow up in safe, nurturing communities protected from such abuse.
>
> The purpose of a law specifically addressing child pornography is to deal with the sexual exploitation of children and to make a statement regarding the inappropriate use and portrayal of children in media and art which have sexual aspects.
>
> Our message is that children need to be protected from the harmful effects of child sexual abuse and

criminalisant certaines formes de comportement. Dans *Butler*, précité, p. 493, le juge Sopinka tire la conclusion suivante :

> . . . je ne puis souscrire à l'opinion de l'appelant que le Parlement n'a pas le droit de légiférer en se fondant sur une certaine conception fondamentale de la moralité aux fins de protéger les valeurs qui font partie intégrante d'une société libre et démocratique.

Notre Cour devrait prêter une attention toute particulière au rôle légitime que le gouvernement joue en légiférant à l'égard de nos valeurs sociales. À l'instar de toutes les décisions législatives, ces décisions et jugements de valeur doivent cependant être appréciés à la lumière des valeurs de la *Charte*.

192 L'évaluation de chacun des facteurs contextuels démontre qu'il est justifié, en l'espèce, de faire montre d'une plus grande retenue envers le législateur. Ayant cela à l'esprit, nous passons maintenant à l'application du critère de l'arrêt *Oakes* au par. 163.1(4).

B. *L'application du critère de l'arrêt Oakes*

1. L'objectif visé est-il urgent et réel?

193 L'objectif premier du législateur en interdisant la possession de pornographie juvénile est de protéger les enfants. C'est ce que précise, dans la déclaration suivante, le secrétaire parlementaire du ministre de la Justice en présentant en deuxième lecture à la Chambre des communes la disposition qui allait devenir l'art. 163.1 :

> . . . les enfants comptent chez nous. Ils sont les membres les plus vulnérables de notre société. Ils sont exposés à des actes de violence psychologique, sexuelle et physique. Il faut leur donner la possibilité de grandir dans un environnement sûr, à l'abri de ces diverses formes d'exploitation.
>
> En présentant ce projet de loi sur la pornographie juvénile, nous avons voulu traiter de l'exploitation sexuelle des enfants et prendre position sur l'utilisation et la représentation sexuelle inappropriée d'enfants, dans les médias et dans les arts.
>
> Le message que nous voulons transmettre au moyen de ce projet de loi, c'est que les enfants ont besoin d'être

2001 SCC 2 (CanLII)

exploitation and are not appropriate sexual partners. [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, 3rd Sess., 34th Parl., vol. XVI, June 3, 1993, at p. 20328)

194 Parliament has recognized that children are the most vulnerable members of our society and that they are especially vulnerable to sexual abuse. Any provision which protects both children and society by attempting to eradicate the sexual exploitation of children clearly has a pressing and substantial purpose.

195 The pressing need for this legislation is supported by the presence of legislation which prohibits the possession of child pornography in most free and democratic societies. As noted, laws in Australia, Belgium, England, Ireland, New Zealand and the United States criminalize the possession of child pornography, regardless of whether the possessor has an intent to disseminate; see also *Butler*, *supra*, at p. 497, for adult pornography.

196 As discussed above, this legislation is consistent with Canada's international commitment to protect children. In particular, it addresses our responsibilities under art. 34 of the *Convention on the Rights of the Child*:

> State Parties undertake to protect the child from all forms of sexual exploitation and sexual abuse. For these purposes, State Parties shall in particular take all appropriate national, bilateral and multilateral measures to prevent:
>
> (*a*) The inducement or coercion of a child to engage in any unlawful sexual activity;
>
> (*b*) The exploitative use of children in prostitution or other unlawful sexual practices;
>
> (*c*) The exploitative use of children in pornographic performances and materials.

Article 34 reflects the international community's strongly held belief that the protection of children

protégés des effets terribles de l'exploitation et des agressions sexuelles et qu'on ne peut en faire des partenaires sexuels. [Nous soulignons.]

(*Débats de la Chambre des communes*, 3e sess., 34e lég., vol. XVI, 3 juin 1993, p. 20328)

Le législateur a reconnu que les enfants sont les membres les plus vulnérables de notre société et qu'ils sont particulièrement exposés à la violence sexuelle. Toute disposition qui protège les enfants et la société en tentant d'éliminer l'exploitation sexuelle des enfants a manifestement un objet urgent et réel.

L'existence, dans la plupart des sociétés libres et démocratiques, de lois interdisant la possession de pornographie juvénile démontre que cette mesure législative répond à un besoin urgent. Comme nous le signalions précédemment, des lois en Australie, en Belgique, en Angleterre, en Irlande, en Nouvelle-Zélande et aux États-Unis criminalisent la possession de pornographie juvénile, peu importe que la personne qui l'a en sa possession ait ou non l'intention de la diffuser : voir aussi l'arrêt *Butler*, précité, p. 497, en ce qui concerne la pornographie adulte.

Comme nous l'avons vu, la mesure législative en cause est conforme à l'engagement international du Canada de protéger les enfants. Plus particulièrement, elle donne suite à l'obligation contractée à l'art. 34 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* :

> Les États parties s'engagent à protéger l'enfant contre toutes les formes d'exploitation sexuelle et de violence sexuelle. À cette fin, les États prennent en particulier toutes les mesures appropriées sur les plans national, bilatéral et multilatéral pour empêcher :
>
> *a*) Que des enfants ne soient incités ou contraints à se livrer à une activité sexuelle illégale;
>
> *b*) Que des enfants ne soient exploités à des fins de prostitution ou autres pratiques sexuelles illégales;
>
> *c*) Que des enfants ne soient exploités aux fins de la production de spectacles ou de matériel de caractère pornographique.

L'article 34 reflète la ferme conviction de la collectivité internationale que protéger les enfants

2001 SCC 2 (CanLII)

from the harms of child pornography is essential to their rights.

Having established the pressing and substantial nature of the objective of Parliament's prohibition of the possession of child pornography, we now consider whether the means chosen are proportional.

2. Proportionality

(a) *Rational Connection*

It is particularly important to bear in mind at this stage the contextual factors previously examined which collectively warrant increased deference to Parliament's chosen means. As mentioned earlier, in the determination of whether the means are rationally connected to the objective, Parliament is not held to a strict standard of proof. The standard is whether Parliament had a reasoned apprehension of harm. We must simply ask whether Parliament had a reasonable basis, on the evidence tendered, for believing that the prohibition of child pornography, as defined in s. 163.1(1) of the *Criminal Code*, would reduce the harm to children and society; see *Irwin Toy*, *supra*, at p. 994; *Butler*, *supra*, at p. 502. Parliament need not have had conclusive evidence before enacting the provision.

The Crown has provided five links between prohibiting the possession of child pornography and preventing harm to children and society which convincingly establish that s. 163.1(4) is rationally connected to its objective. Moreover, the expert evidence led at trial supports the reasonableness of Parliament's decision to act.

Dr. Collins testified at trial to the first type of harm identified by the Crown, namely that the possession of child pornography contributes to the cognitive distortions of paedophiles. He testified that it is generally accepted amongst the vast majority of forensic psychiatrists that possession

contre les préjudices de la pornographie juvénile est essentiel à leurs droits.

197 Après avoir établi le caractère urgent et réel de l'objectif de l'interdiction, par le législateur, de la possession de pornographie juvénile, nous allons maintenant examiner si le moyen retenu est proportionnel à cet objectif.

2. La proportionnalité

a) *Le lien rationnel*

198 Il est particulièrement important, à ce stade, de tenir compte des facteurs contextuels examinés précédemment qui, ensemble, justifient de faire montre d'une plus grande retenue envers le législateur. Comme nous l'avons déjà indiqué, pour déterminer s'il existe un lien rationnel entre le moyen choisi et l'objectif visé, le législateur n'est pas assujetti à une norme de preuve stricte. La norme est celle de l'appréhension raisonnée de préjudice. Nous devons simplement nous demander si le législateur était raisonnablement fondé, compte tenu de la preuve offerte, à croire que l'interdiction de la pornographie juvénile, au sens du par. 163.1(1) du *Code criminel*, réduirait le préjudice causé aux enfants et à la société : voir *Irwin Toy*, précité, p. 994; *Butler*, précité, p. 502. Il n'était pas nécessaire que le législateur dispose d'une preuve concluante pour adopter cette disposition.

199 Les cinq liens entre l'interdiction de possession de pornographie juvénile et la prévention du préjudice causé aux enfants et à la société, que le ministère public a présentés, démontrent de façon convaincante l'existence d'un lien rationnel entre le par. 163.1(4) et l'objectif du législateur. De plus, le témoignage d'expert entendu au procès confirme le caractère raisonnable de la décision d'agir du législateur.

200 Le Dr Collins a témoigné au procès au sujet du premier type de préjudice décrit par le ministère public, savoir que la possession de pornographie juvénile contribue aux distorsions cognitives des pédophiles. Selon lui, la vaste majorité des experts en psychiatrie médicolégale reconnaissent

2001 SCC 2 (CanLII)

of child pornography reinforces some paedophiles' cognitive distortions. He described these "offence-facilitating beliefs" as the rationalizations and justifications that paedophiles have for their deviant behaviour. Cognitive distortions contribute to the paedophile's belief that sexual activity with children is acceptable, and that children enjoy sex with adults. Dr. Collins concluded that child pornography, cognitive distortions and the validation of the belief that sexual activity with children is acceptable are inextricably linked.

généralement que la possession de pornographie juvénile renforce les distorsions cognitives de certains pédophiles. Il a décrit ces [TRADUCTION] « croyances facilitant la perpétration d'infractions » comme étant des rationalisations et des justifications que les pédophiles ont au sujet de leur comportement déviant. Les distorsions cognitives amènent le pédophile à croire que l'activité sexuelle avec des enfants est acceptable et que les enfants aiment avoir des rapports sexuels avec des adultes. Le Dr Collins a conclu que la pornographie juvénile, les distorsions cognitives et la validation de la croyance que l'activité sexuelle avec des enfants est acceptable sont des éléments inextricablement liés.

201 The testimony of Dr. Collins illustrates that there is indeed a link between the possession of child pornography and harmful attitudes about the willingness of children to engage in sexual activity with adults. The statement of Ms. Monica Rainey from Citizens Against Child Exploitation before the Standing Committee on Justice and the Solicitor General explains the potentially distortional effect of child pornography:

Le témoignage du Dr Collins montre qu'il y a effectivement un lien entre la possession de pornographie juvénile et les attitudes préjudiciables au sujet de la volonté des enfants de se livrer à des activités sexuelles avec des adultes. Dans sa déclaration devant le Comité permanent de la justice et du Solliciteur général, Mme Monica Rainey, du groupe des Citoyens contre l'exploitation des enfants, explique la distorsion susceptible de résulter de la pornographie juvénile :

> It is ludicrous to believe that child pornography has no effect on those who watch it. If that were true, why do we have advertisers selling billions of dollars of advertising for 90-second commercials? If 90 seconds work in advertising, we are fools to believe that 90 minutes of viewing adult sex with children will have no negative influence on those who are already addicted to children.
>
> (House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General*, Issue No. 105, June 10, 1993, at p. 105:21)

> [TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que la pornographie enfantine a un effet sur ceux qui la consomment. Si non, pourquoi les annonceurs dépensent-ils des milliards de dollars pour des publicités de 90 secondes? S'il suffit de 90 secondes pour transmettre un message en publicité, il est absurde de penser que le fait de regarder un message en publicité, il est absurde de penser que le fait de regarder un vidéo de 90 minutes présentant des activités sexuelles entre adultes et enfants n'aura aucune influence néfaste sur ceux qui ont déjà un penchant très marqué pour les enfants.
>
> (Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général*, fascicule no 105, 10 juin 1993, p. 105:21)

However, there is a dearth of empirical research which addresses whether these types of attitudes actually cause sexual abuse. The difficulty in obtaining empirical proof of a link between the possession of pornography and criminal behaviour was described in the Badgley Report, *supra*, vol. 2, which cited the U.K. Report of the Committee on

Il n'existe toutefois pas suffisamment de recherche empirique sur la question de savoir si ces types d'attitudes conduisent effectivement à des agressions sexuelles. La difficulté d'obtenir la preuve empirique d'un lien entre la possession de pornographie et le comportement criminel a été décrite ainsi dans le rapport Badgley, *op. cit.*, vol. 2,

2001 SCC 2 (CanLII)

Obscenity and Film Censorship (1979), as follows, at p. 1273:

> Since criminal and anti-social behaviour cannot itself, for both practical and ethical reasons, be experimentally produced or controlled, the observations must be made on some surrogate or related behaviour . . . The fundamental issue in this field concerns *the relations that hold between reactions aroused in a subject by a represented, artificial, or fantasy scene, and his behaviour in reality* . . . We can only express surprise at the confidence that some investigators have shown in supposing that they can investigate *this* problem through experimental set-ups in which reality is necessarily replaced by fantasy. [Emphasis added in Badgley Report.]

This difficulty, however, should not serve as a bar to prohibiting the possession of child pornography. In this regard, the comments of Burger C.J. in *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973), at pp. 60-61, on obscene material are apposite:

> Although there is no conclusive proof of a connection between antisocial behavior and obscene material, the legislature . . . could quite reasonably determine that such a connection does or might exist.

In our view, based on the evidence, Parliament's apprehension that child pornography reinforces the cognitive distortion that children are appropriate sexual partners was reasonable.

With respect to the second link, Dr. Collins testified to the theory that child pornography fuels paedophiles' fantasies. He identified fantasies as the motivating force behind all sexually deviant behaviour, described paedophiles as "notorious for being collectors" of pornography, noted that the most explicit child pornography was the most coveted, and testified that in his own experience a correlation between greater access to child pornography and increased child sexual abuse does exist.

In assessing whether Parliament had a reasonable basis for concluding that the possession of

p. 1381, où l'on cite le *Report of the Committee on Obscenity and Film Censorship* du Royaume-Uni (1979) :

> Les comportements criminels et antisociaux ne peuvent, pour des raisons pratiques et déontologiques, être produits ou contrôlés expérimentalement. Les observations doivent donc porter sur des comportements de substitution ou connexes [. . .] La question fondamentale dans ce domaine concerne *la relation existant entre les réactions produites chez une personne par une scène jouée, artificielle ou imaginée, et le comportement de cette personne dans la réalité* [. . .] Nous ne pouvons que nous étonner de ce que des chercheurs aient pensé pouvoir étudier *ce* problème dans un cadre expérimental, dans lequel la réalité est, par nécessité, remplacée par l'imaginaire. [Italiques ajoutés dans le rapport Badgley.]

Cette difficulté ne devrait toutefois pas empêcher d'interdire la possession de pornographie juvénile. À cet égard, les observations du juge en chef Burger dans *Paris Adult Theatre I c. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973), p. 60-61, relativement au matériel obscène, sont pertinentes :

> [TRADUCTION] Même s'il n'existe aucune preuve concluante d'un lien entre le comportement antisocial et le matériel obscène, le législateur [. . .] pourrait très raisonnablement conclure qu'un tel lien existe ou est susceptible d'exister.

Compte tenu de la preuve soumise, nous jugeons raisonnable la crainte du législateur que la pornographie juvénile ne renforce la distorsion cognitive selon laquelle l'enfant est un partenaire sexuel approprié.

202 En ce qui concerne le deuxième lien, le Dr Collins a avancé que la pornographie juvénile alimente les fantasmes des pédophiles. Il a affirmé que les fantasmes sont à l'origine de tout comportement sexuel déviant, que les pédophiles sont des [TRADUCTION] « collectionneurs notoires » de pornographie, que la pornographie juvénile la plus explicite est la plus convoitée et que, selon sa propre expérience, il existe une corrélation entre l'accès plus grand à la pornographie juvénile et l'accroissement de l'exploitation sexuelle des enfants.

203 Pour décider si le législateur était raisonnablement fondé à conclure que la possession de porno-

2001 SCC 2 (CanLII)

child pornography would harm children by fuelling the fantasies of paedophiles, it is important to bear in mind that these fantasies are based on children's degradation and dehumanization. The derivation of sexual pleasure from the possession of child pornography undermines children's rights and does violence to the values which are essential to a free and democratic society. In our view, Parliament had a reasonable basis for believing that the prohibition of the possession of child pornography would foster and protect children's *Charter* rights.

graphie juvénile causerait un préjudice aux enfants en alimentant les fantasmes des pédophiles, il importe de se rappeler que ces fantasmes reposent sur l'avilissement et la déshumanisation des enfants. La recherche du plaisir sexuel par la possession de pornographie juvénile mine les droits des enfants et va à l'encontre des valeurs essentielles d'une société libre et démocratique. À notre avis, le législateur était raisonnablement fondé à croire que l'interdiction de la possession de pornographie juvénile favoriserait et protégerait les droits garantis aux enfants par la *Charte*.

204 The third link arises from the important role of s. 163.1(4) as part of an integrated law enforcement scheme which protects children against the harms associated with child pornography. In addition to Detective Waters' testimony that the police have found distributors and producers of child pornography through laying simple possession charges, Detective Inspector Matthews of the Child Pornography Unit of the Criminal Investigation Bureau of the Ontario Provincial Police, noted in his affidavit submitted to the British Columbia Court of Appeal that virtually all of the child pornography being created and distributed today is communicated by computer through the Internet. It is largely traded privately between paedophiles for the sole purpose of increasing their private collections. Therefore, paedophiles can acquire large collections of child pornography without being detected. Because of the secrecy involved in the trade of child pornography, the distribution provisions of s. 163.1 of the *Criminal Code* are insufficient to control its proliferation. Detective Inspector Matthews noted that with possession as an offence, law enforcement agencies now have the justification to seize the images and text of child pornography stored on computers and diskettes. This ensures that the material cannot be used in a manner which is harmful to children, and that it is not distributed further.

Le troisième lien découle du rôle important que joue le par. 163.1(4) dans un régime intégré d'application de la loi qui protège les enfants contre les préjudices associés à la pornographie juvénile. Outre le témoignage du détective Waters selon lequel la police avait épinglé des distributeurs et des producteurs de pornographie juvénile en portant de simples accusations de possession, le sergent-détective Matthews de la section de la pornographie juvénile, Bureau des enquêtes criminelles de la Police provinciale de l'Ontario, a souligné, dans un affidavit présenté à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, que la quasi-totalité de la pornographie juvénile produite et distribuée de nos jours est communiquée par ordinateur sur Internet. Elle est en grande partie échangée en privé entre pédophiles qui ne cherchent qu'à enrichir leurs collections privées. Les pédophiles peuvent donc acquérir de vastes collections de pornographie juvénile sans être détectés. En raison du secret entourant le trafic de pornographie juvénile, les dispositions de l'art. 163.1 du *Code criminel* relatives à la distribution sont insuffisantes pour en freiner la prolifération. Le sergent-détective Matthews a fait remarquer que, grâce à l'infraction de possession, les organismes chargés d'appliquer la loi peuvent maintenant saisir les images et les textes de pornographie juvénile stockés sur ordinateurs et disquettes informatiques. Cela permet d'empêcher que le matériel soit utilisé d'une manière préjudiciable aux enfants et qu'il soit distribué ultérieurement.

205 One of the most compelling links between the possession of child pornography and associated

L'un des liens les plus probants entre la possession de pornographie juvénile et les préjudices

2001 SCC 2 (CanLII)

harms to children is the use of child pornography by paedophiles to groom children into committing sexual acts. Detective Inspector Matthews testified as follows before the Standing Committee on Justice and the Solicitor General about the use of child pornography as a grooming tool:

causés aux enfants tient à l'utilisation de la pornographie juvénile par les pédophiles pour initier les enfants aux rapports sexuels. Le sergent-détective Matthews a affirmé ce qui suit, devant le Comité permanent de la justice et du Solliciteur général, au sujet de l'utilisation de la pornographie juvénile pour initier des jeunes :

It's often used as a tool by pedophiles to seduce children. They use it as a tool to lower their inhibitions. They do that by exposing the children to photographs. They'll usually start out with photographs of partial nudity and then they'll work their way up to total nudity and children being involved in actual sex acts.

Another dangerous part is that when they photograph these children, especially if they're in the neighbourhood, the children may very well recognize their peers, so there's that added pressure that if it's all right for an adult to photograph their peers in the nude and take advantage of them and exploit them, then perhaps it's all right for them to do that with them.

(*Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General*, *supra*, at pp. 105:4-105:5)

[TRADUCTION] Les pédophiles y ont souvent recours pour séduire des enfants et affaiblir leurs inhibitions. Pour y arriver, ils présentent des photographies aux enfants en commençant généralement par des photographies représentant des sujets partiellement nus, pour passer à des sujets complètement nus et ensuite à des enfants participant à des activités sexuelles.

Les photographies présentent un autre danger, les sujets peuvent être du même quartier que les enfants auxquels ont les montrent et peuvent être reconnus. Cela crée une pression supplémentaire sur l'enfant qui pense que si un adulte peut prendre des photos de leurs camarades nus, et les exploiter et en abuser, il est peut-être acceptable que des adultes agissent de même à leur égard.

(*Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général*, *op. cit.*, p. 105:4-105:5)

See also Badgley Report, *supra*. The potential of child pornography as a grooming tool is often evident from the manner in which the material is presented. For example, in the *voir dire*, Detective Waters described a comic book called *Cherubino* which depicts a child with an adult male as a team of crime fighters. Each crime fighting episode ends with a sexual encounter. The pornography is thus produced in a form which is appealing to children, encouraging them to believe that such behaviour is normal.

Voir également le rapport Badgley, *op. cit.* Le risque que la pornographie juvénile serve à initier des jeunes ressort souvent de la manière dont le matériel est présenté. Par exemple, lors du voir-dire, le détective Waters a décrit un livre de conte illustré intitulé *Cherubino* qui représente une équipe de justiciers composée d'un enfant et d'un adulte. Chaque épisode de lutte contre la criminalité se termine par une relation sexuelle. La pornographie est ainsi produite sous une forme attrayante pour les enfants et les encourage à croire qu'un tel comportement est normal.

The Badgley Committee found that paedophiles sought out materials depicting children engaged in sexual conduct to use them to persuade other children to engage in similar conduct. In the Committee's view, this fact demonstrated the need for express legal sanctions against the possession of child pornography (vol. 1, at p. 101). The Committee's research indicated (vol. 2, at pp. 1282-83) that

206

Le comité Badgley a constaté que les pédophiles recherchaient du matériel représentant des enfants qui se livrent à une activité sexuelle afin de l'utiliser pour convaincre d'autres enfants de se livrer à des actes semblables. Selon ce comité, cela démontrait la nécessité d'adopter des sanctions légales expresses contre la possession de pornographie juvénile (vol. 1, p. 108). D'après les recherches du Comité (vol. 2, p. 1391),

2001 SCC 2 (CanLII)

the occurrence of unwanted exposure to pornography may have been experienced by a sizeable number of Canadians, many of whom were children and youths when the incidents took place. In many of these incidents, the persons committing these acts were well known to children or were responsible for their welfare. One in 63 persons (1.6 percent of persons in the National Population Survey) reported having been exposed to pornography and also having been sexually assaulted at the time or following the exposure.

. . . In the Committee's judgment, the incidents reported likely constitute an under-estimate of the occurrence of situations involving exposure to pornography followed by a sexual assault.

Twenty of the 33 persons who reported that they had been shown pornography and sexually assaulted by the same person were children when the incidents occurred (vol. 2, at p. 1279).

207 The use of child pornography to groom children is also evident in those cases which have considered s. 163.1 of the *Criminal Code*. For example, in *R. v. K.L.V.*, [1999] A.J. No. 350 (QL) (Q.B.), a man showed two children a photo of a young girl with her dress pulled up over her head, exposing her genitals. In *R. v. Jewell* (1995), 100 C.C.C. (3d) 270 (Ont. C.A.), one of the accused, Gramlick, had produced 33 videotapes of sexual activity among children and adults. Before participating in the filming, the children were shown commercial videos of child pornography and the accused's own homemade videotapes "to stimulate them sexually and to reassure them that their conduct was normal" (p. 274).

208 Thus, the evidence demonstrates that child pornography is used in the seduction process and links the prohibition against possession with the prevention of harm to children.

209 As discussed by McLachlin C.J., the final link identified by the Crown, the abuse of children in the production of pornography, is conclusive (at para. 92). The prohibition of the possession of child pornography is intended to reduce the market for it. If consumption is reduced, presumably pro-

il est évident qu'un nombre important de Canadiens ont été exposés contre leur gré à du matériel pornographique dans leur enfance ou leur jeunesse. Dans beaucoup de ces cas, les personnes responsables de ces actes étaient bien connues des enfants ou en avaient la garde. Une personne sur 63 (1,6 % des répondants du sondage national auprès de la population) signale avoir été exposée à du matériel pornographique et avoir subi une agression sexuelle, au moment même ou après.

. . . De l'avis du Comité, les incidents rapportés constituent probablement une sous-évaluation de la fréquence des situations combinant l'exposition à du matériel pornographique et une agression sexuelle.

Vingt des 33 personnes qui ont raconté que leur agresseur leur avait montré du matériel pornographique avant de les agresser sexuellement étaient des enfants au moment des faits (vol. 2, p. 1387).

Le recours à la pornographie juvénile pour initier les enfants ressort aussi clairement de la jurisprudence relative à l'art. 163.1 du *Code criminel*. Par exemple, dans l'affaire *R. c. K.L.V.*, [1999] A.J. No. 350 (QL) (B.R.), un homme avait montré à deux enfants la photo d'une jeune fille dont la robe était retroussée par-dessus la tête de façon à exposer ses organes sexuels. Dans l'affaire *R. c. Jewell* (1995), 100 C.C.C. (3d) 270 (C.A. Ont.), un des accusés, Gramlick, avait produit 33 vidéocassettes représentant des activités sexuelles entre des enfants et des adultes. Avant l'enregistrement, on avait montré aux enfants qui y ont participé de la pornographie juvénile sur bande vidéo commerciale et les enregistrements amateurs réalisés par l'accusé [TRADUCTION] « pour les stimuler sexuellement et les rassurer sur le caractère normal de leur conduite » (p. 274).

La preuve démontre donc que la pornographie juvénile est utilisée à des fins de séduction et qu'il existe un lien entre son interdiction et la prévention du préjudice causé aux enfants.

Comme l'affirme le juge en chef McLachlin, le dernier lien décrit par le ministère public, soit l'exploitation des enfants pour produire de la pornographie, est concluant (par. 92). L'interdiction de la possession de pornographie juvénile vise à réduire le marché de cette forme de pornographie.

2001 SCC 2 (CanLII)

2001 SCC 2 (CanLII)

duction will also be reduced. This fact was recognized by the United States Supreme Court in *Osborne v. Ohio*, 495 U.S. 103 (1990), at pp. 109-10. Parliament had additional evidence before it that the prohibition of private possession of child pornography would protect children from the harm of being used in its production. The hearings before the Fraser Committee revealed that the private preparation of child pornography was the major mode of resorting to the material. It urged Parliament to recognize that much, if not most, of the exploitation of children in pornography would occur in private (vol. 2, at p. 584). Similarly, the Badgley Committee found that privately produced material was a major source of child pornography (vol. 2, at p. 1197).

Si la consommation est réduite, il en sera probablement de même de la production. La Cour suprême des États-Unis a reconnu ce fait dans *Osborne c. Ohio*, 495 U.S. 103 (1990), p. 109-110. Le législateur disposait d'autres éléments de preuve que l'interdiction de la possession personnelle de pornographie juvénile protégerait les enfants contre le préjudice découlant de leur participation à sa production. Les audiences du comité Fraser ont révélé que la préparation privée de matériel pornographique mettant en cause des enfants était une méthode répandue. Le Comité a pressé le législateur de reconnaître que bien souvent, sinon presque toujours, l'exploitation des enfants par la pornographie se fait en privé (vol. 2, p. 627). De même, le comité Badgley a conclu que le matériel produit en privé était une source importante de pornographie juvénile (vol. 2, p. 1302).

Both the Badgley Committee and the Fraser Committee found that the then existing *Criminal Code* framework relating to obscene publications was inadequate to deal with the circumstances attending the making and distribution of child pornography. The Badgley Committee found as follows (vol. 1, at p. 101):

> The general definition of obscenity does not reflect the state's particular and more compelling interest in prosecuting and punishing those who promote the sexual abuse of children in this manner. The definition of "obscene publication" in section 159(8) of the *Criminal Code* pertains to the overall content of the publication, rather than to the circumstances of its production. In reference to child pornography, it is the circumstances of its production, namely, the sexual exploitation of young persons, which is a fundamental basis for proscription. [Emphasis deleted.]

To fill the gap in the *Criminal Code* the committee recommended that the private possession of any visual representation of a person under 18 participating in explicit sexual conduct (including the lewd exhibition of the genitals) be prohibited (vol. 1, at pp. 102-103). The Fraser Committee expressed the concern that the existing law of obscenity would not capture child pornography prepared in private for private use, because of the application of a more forgiving community stan-

210 Les comités Badgley et Fraser ont tous les deux constaté qu'à l'époque le régime du *Code criminel* relatif aux publications obscènes était insuffisant pour s'attaquer aux circonstances qui entourent la production et la distribution de pornographie juvénile. Le comité Badgley a tiré la conclusion suivante (vol. 1, p. 109) :

> La définition générale d'obscénité ne reflète pas l'intérêt particulièrement pressant de l'État à poursuivre et à punir ceux qui contribuent de cette manière à la promotion des agressions sexuelles d'enfants. La définition de « publication obscène » de l'article 159(8) du *Code criminel* se rapporte au contenu global de la publication plutôt qu'aux circonstances de sa production. Or, en ce qui concerne la pornographie mettant en cause des enfants, ce sont les circonstances de sa production, autrement dit l'exploitation sexuelle des jeunes personnes, qui constituent le fondement de son interdiction. [Italiques omis.]

Afin de combler cette lacune du *Code criminel*, le Comité a recommandé que la possession personnelle de toute représentation d'une personne âgée de moins de 18 ans participant à une activité sexuelle explicite (y compris une exposition lubrique de ses organes génitaux) soit interdite (vol. 1, p. 110). Le comité Fraser a exprimé la crainte que les dispositions législatives existantes sur l'obscénité ne visent pas la pornographie juvénile préparée en privée pour un usage personnel,

dard for materials used privately (vol. 2, at p. 584). It also recommended that the private possession of child pornography be prohibited. These recommendations contribute to the conclusion that Parliament had a rational basis for deciding that prohibiting the private possession of child pornography was essential to the protection of children from the abuse inherent in its production.

(b) *Minimal Impairment*

211 In conducting an analysis of whether s. 163.1(4), in combination with the definition of "child pornography" set out in s. 163.1(1), minimally impairs the right to free expression, the Court must be particularly sensitive to the contextual factors which we have previously discussed.

212 As Cory J. recognized in *Lucas*, *supra*, at para. 57, the negligible value of the expression restricted is an important factor in the minimal impairment analysis, which requires the Court to assess whether Parliament has struck a reasonable balance between the individual right which has been infringed and the community goals and values which Parliament seeks to protect. Without a true understanding of the type of expression which is being impaired, there is a risk that its connection to the s. 2(*b*) guarantee and our democratic values will be misrepresented. There is a risk that the balance will be skewed in favour of abstract notions of the value of expression in a democracy when the activity at issue does not serve those values. As we have seen, child pornography is in many ways antithetical to the values underlying the s. 2(*b*) guarantee. It has only a tenuous connection to the value of self-fulfilment, and only at its most base and prurient level. With respect, we see no evidence to support the notion that sexually explicit videos of teenagers "reinforce healthy sexual relationships and self-actualization", as suggested by McLachlin C.J., at para. 109, rather than being harmful self-indulgence supporting unhealthy attitudes towards oneself and others, as alluded to in the Fraser Report (see below, at para. 231). On the other hand, we have noted the harm to children that can be caused by such material by reinforcing

en raison de l'application d'une norme sociale plus indulgente dans le cas du matériel réservé à un usage personnel (vol. 2, p. 627). Il a aussi recommandé que la possession personnelle de pornographie juvénile soit interdite. Ces recommandations amènent à conclure que le législateur était raisonnablement fondé à décider que l'interdiction de la possession personnelle de pornographie juvénile était essentielle à la protection des enfants contre l'exploitation inhérente à sa production.

b) *L'atteinte minimale*

Dans l'analyse visant à déterminer si le par. 163.1(4), conjugué à la définition de « pornographie juvénile » du par. 163.1(1), porte le moins possible atteinte au droit à la liberté d'expression, la Cour doit prêter une attention toute particulière aux facteurs contextuels analysés précédemment.

Comme le juge Cory l'a reconnu, au par. 57 de l'arrêt *Lucas*, précité, la valeur négligeable de l'expression qui fait l'objet d'une restriction est un facteur important pour décider s'il y a atteinte minimale. Ce facteur oblige la Cour à déterminer si le législateur a établi un équilibre raisonnable entre le droit individuel auquel il est porté atteinte et les objectifs et valeurs collectifs que le Parlement cherche à protéger. Sans une compréhension véritable du type d'expression à laquelle il est porté atteinte, il y a un risque que son lien avec la garantie prévue à l'al. 2*b*) et avec nos valeurs démocratiques soit présenté sous un faux jour. Il y a un risque que des notions abstraites de la valeur de l'expression dans une démocratie l'emportent alors que l'activité en cause ne sert pas ces valeurs. Comme nous l'avons vu, la pornographie juvénile va, à bien des égards, à l'encontre des valeurs qui sous-tendent la garantie de l'al. 2*b*). Elle n'a qu'un lien ténu avec la valeur d'épanouissement personnel, et ce, dans son aspect le moins digne et le plus lascif. En toute déférence, nous ne voyons aucun élément de preuve étayant l'idée que des vidéos sexuellement explicites d'adolescents « renforce[nt] de saines relations sexuelles et la réalisation de soi », comme le suggère le juge en chef McLachlin (par. 109), au lieu de refléter un hédonisme préjudiciable justifiant l'adoption d'attitudes malsaines envers soi et envers autrui, auxquelles

2001 SCC 2 (CanLII)

cognitive distortions (see paras. 165 and 223) and creating instruments susceptible of being used for grooming. Moreover, there is no valid reason to presume that teenage authors of sexually explicit videos cannot themselves be paedophiles.

Furthermore, the Court must not lose sight of the other rights and democratic values which Parliament has sought to protect in enacting s. 163.1(4) of the *Criminal Code*. The prohibition of the possession of child pornography is consistent with the democratic values which are essential in our community, and also with the *Charter* rights of children. It is legislation which promotes respect for the inherent dignity of children by curbing the existence of materials which degrade them. This in turn helps to protect children's equality and security rights.

Parliament need not show that the provision is perfectly tailored to its objective; see *RJR-MacDonald*, *supra*, at p. 342; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, *supra*, at para. 108. Nor need Parliament show that there was no other reasonable measure which could achieve its objective and interfere less with the freedom of expression guarantee. Given the contextual factors which are at play in this particular case, and the deference to Parliament's choice of means that they warrant, we agree with the following statement of Dickson C.J. in *Keegstra*, *supra*, at pp. 784-85:

> . . . s. 1 should not operate in every instance so as to force the government to rely upon only the mode of intervention least intrusive of a *Charter* right or freedom. It may be that a number of courses of action are available in the furtherance of a pressing and substantial objective, each imposing a varying degree of restriction upon a right or freedom. In such circumstances, the government may legitimately employ a more restrictive measure, either alone or as part of a larger programme of action, if that measure is not redundant, furthering the objective in ways that alternative responses could not,

fait allusion le rapport Fraser (voir plus loin, par. 231). Par contre, nous avons souligné le préjudice que ce matériel peut causer aux enfants en renforçant des distorsions cognitives (voir par. 165 et 223) et en créant des instruments susceptibles de servir à les initier aux rapports sexuels. De plus, il n'y a aucune raison valable de présumer que les adolescents auteurs de vidéos sexuellement explicites ne peuvent pas être eux-mêmes des pédophiles.

213 La Cour ne doit pas non plus perdre de vue les autres droits et valeurs démocratiques que le législateur a voulu protéger en adoptant le par. 163.1(4) du *Code criminel*. L'interdiction de la possession de pornographie juvénile est conforme aux valeurs démocratiques essentielles à notre collectivité, ainsi qu'aux droits garantis aux enfants par la *Charte.* C'est une mesure législative qui favorise le respect de la dignité inhérente des enfants en enrayant le matériel qui les avilit, d'où son utilité pour protéger les droits des enfants à l'égalité et à la sécurité.

214 Le législateur n'est pas tenu de prouver que la disposition est parfaitement adaptée à son objectif : voir *RJR-MacDonald*, précité, p. 342; *Ross c. Conseil scolaire du district nº 15 du Nouveau-Brunswick*, précité, par. 108. Le législateur n'est pas non plus tenu d'établir qu'il n'y avait aucune autre mesure raisonnable qui aurait pu permettre de réaliser son objectif et de moins porter atteinte à la garantie de la liberté d'expression. Compte tenu des facteurs contextuels qui sont en jeu en l'espèce et de la retenue qu'ils justifient à l'égard des moyens choisis par le législateur, nous souscrivons à l'énoncé suivant du juge en chef Dickson dans *Keegstra*, précité, p. 784-785 :

> . . . l'article premier ne doit pas jouer dans tous les cas de manière à contraindre le gouvernement à n'intervenir que de la manière qui porte le moins possible atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*. Il se peut en effet qu'il y ait plusieurs moyens d'atteindre un objectif urgent et réel, dont chacun impose un degré plus ou moins grand de restriction à un droit ou à une liberté. Dans ces circonstances, le gouvernement peut légitimement recourir à une mesure plus restrictive, soit isolément soit dans le cadre d'un plan d'action plus étendu, pourvu que cette mesure ne fasse pas double emploi,

2001 SCC 2 (CanLII)

and is in all other respects proportionate to a valid s. 1 aim.

qu'elle permette de réaliser l'objectif de façons qui seraient impossibles par le biais d'autres mesures, et qu'elle soit à tous autres égards proportionnée à un objectif légitime aux fins de l'article premier.

215 In the court below, Rowles J.A. began her analysis of the impugned provision by highlighting the fact that it solely targeted the private possession of child pornography. She found that because s. 163.1(4) is directed only to the private possession of material, as opposed to the dissemination of material to others, it substantially reduced the likelihood that the imposition of criminal sanctions would prevent any potential harm to children. Similarly, McLachlin C.J. finds that photographs and videos of teenagers taken of themselves for their own personal use should not be proscribed (paras. 41 and 76-77) because of the privacy interest and diminished risk of harm to children. With respect, we cannot agree. In reaching this conclusion, McLachlin C.J. and Rowles J.A. fail to recognize that children are particularly vulnerable in the private sphere, a fact that was recently recognized by the Ontario Court of Appeal in *R. v. E. (B.)* (1999), 139 C.C.C. (3d) 100. *E. (B.)* involved a constitutional challenge to s. 172 of the *Criminal Code*, which prohibits, *inter alia*, participation in sexual immorality in the home of a child thereby endangering the morals of the child. The court found that the provision infringed the accused's right to freedom of expression, but that the infringement was justified under s. 1. In conducting his s. 1 analysis, Doherty J.A. made the following statement, at p. 125:

Madame le juge Rowles de la Cour d'appel a commencé son analyse de la disposition attaquée en faisant remarquer qu'elle ne vise que la possession personnelle de pornographie juvénile. Selon elle, le fait que le par. 163.1(4) ne vise que la possession personnelle de matériel, par opposition à la diffusion de matériel à autrui, réduit considérablement la probabilité que l'imposition de sanctions pénales prévienne tout préjudice susceptible d'être causé aux enfants. De même, le juge en chef McLachlin conclut que les photos et enregistrements vidéo que des adolescents prennent ou effectuent, selon le cas, d'eux-mêmes pour leur propre usage personnel ne devraient pas être interdits (par. 41 et 76-77) en raison du droit à la vie privée et du risque moins élevé que des enfants subissent un préjudice. En toute déférence, nous ne sommes pas d'accord. En tirant cette conclusion, le juge en chef McLachlin et le juge Rowles omettent de reconnaître que les enfants sont particulièrement vulnérables dans un contexte de vie privée, un fait récemment reconnu par la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. E. (B.)* (1999), 139 C.C.C. (3d) 100. Cette affaire concernait la constitutionnalité de l'art. 172 du *Code criminel*, qui interdit notamment à quiconque de participer, là où demeure un enfant, à une immoralité sexuelle ayant pour effet de mettre en danger les mœurs de cet enfant. La cour a conclu que la disposition portait atteinte au droit de l'accusé à la liberté d'expression, mais que cette atteinte était justifiée au sens de l'article premier. Dans le cadre de son analyse fondée sur l'article premier, le juge Doherty dit ceci, à la p. 125 :

> In concluding that the objective outweighs the harm done to the right protected by s. 2(*b*), I have considered that s. 172 reaches inside the home. That reach is a significant aggravating feature when considering the harm done by the section to the right of freedom of expression. That same feature, however, is essential if the section is to serve its purpose. Unfortunately, it is in the home where children are most susceptible to the kinds of conduct at which s. 172 is aimed.

> [TRADUCTION] Pour conclure que l'objectif l'emporte sur l'atteinte portée au droit garanti par l'al. 2*b*), j'ai tenu compte du fait que l'art. 172 s'étend au domicile. Cela constitue un important facteur aggravant eu égard à l'atteinte que cet article porte au droit à la liberté d'expression. Cette même caractéristique est toutefois essentielle à la réalisation de l'objectif de l'article. Malheureusement, c'est au foyer que les enfants sont le plus susceptibles d'être victimes des types de comportement visés par l'art. 172.

2001 SCC 2 (CanLII)

Doherty J.A.'s observation is particularly apposite in the context of this case. As we have discussed above, the evidence is clear that a large portion of child pornography is produced privately, and used privately by those who possess it. The harmful effect on the attitudes of those who possess it similarly occurs in private. With respect to grooming, our knowledge of the sexual abuse of children has evolved to recognize that sexual assaults occur in private as often, if not more often, as in public places. We cannot agree that prohibiting the simple possession of child pornography will not have an additional reductive effect on the harm that child pornography causes. While the possession prohibition infringes privacy more than those provisions which prohibit the distribution and production of child pornography, its intrusiveness is necessary to achieve Parliament's goal. We firmly disagree with McLachlin C.J., at para. 75, where she states that self-created privately held expressive materials should be exempted from the prohibition against possession of child pornography. Whether the material is produced by the actor himself or a third party is irrelevant. Otherwise, two identical videos will be treated differently on the basis of authorship and intent, both of which are extremely difficult to prove and have no bearing on the apprehension of harm that comes from the actual content of the material.

L'observation du juge Doherty est particulièrement pertinente dans le contexte de la présente affaire. Comme nous l'avons vu plus haut, la preuve montre clairement qu'une grande partie de la pornographie juvénile est produite en privé et utilisée à des fins personnelles par les gens qui l'ont en leur possession. Son effet pernicieux sur l'attitude des gens qui l'ont en leur possession se manifeste lui aussi en privé. En ce qui concerne l'initiation aux rapports sexuels, notre connaissance de l'exploitation sexuelle des enfants s'est améliorée au point que nous savons maintenant que les agressions sexuelles ont lieu aussi souvent, voire plus souvent, en privé que dans des lieux publics. Nous ne pouvons convenir que l'interdiction de la simple possession de pornographie juvénile ne contribuera pas à réduire davantage le préjudice qui en résulte. Bien que l'interdiction de la possession de pornographie juvénile porte davantage atteinte à la vie privée que les dispositions qui en interdisent la distribution et la production, cette atteinte est nécessaire pour atteindre l'objectif du législateur. Nous sommes fermement en désaccord avec le juge en chef McLachlin lorsqu'elle affirme au par. 75, que le matériel expressif créé personnellement et conservé en privé devrait être exempté de l'interdiction de posséder de la pornographie juvénile. Que le matériel soit produit par l'acteur lui-même ou par un tiers n'a aucune pertinence. S'il en était autrement, deux vidéos identiques seraient traités différemment selon l'auteur et l'intention, deux éléments extrêmement difficiles à prouver et n'ayant aucune incidence sur la crainte de préjudice résultant du contenu réel du matériel.

Rowles J.A. found that the impugned provision, in combination with the definition of child pornography, did not minimally impair the right to freedom of expression because it captured visual and written works of the imagination which do not involve the participation of any actual children or youth in their production. The prohibition of the possession of those materials, in her view, could only be justified on the basis of the indirect harms caused by their simple possession. She found that there was a lack of social science evidence regarding the effects of these works of the imagination and that the court should be reluctant to draw an

216

Le juge Rowles a conclu que la disposition attaquée, combinée avec la définition de pornographie juvénile, ne porte pas le moins possible atteinte au droit à la liberté d'expression du fait qu'elle vise les œuvres de fiction visuelles et écrites dont la production n'implique pas la participation d'enfants ou de jeunes. Selon elle, l'interdiction de la possession de tel matériel ne pouvait être justifiée qu'en fonction des préjudices indirects résultant de leur simple possession. Elle a conclu que la preuve en matière de sciences humaines relativement aux effets de ces œuvres de fiction était insuffisante et que la cour devrait hésiter à déduire l'existence

2001 SCC 2 (CanLII)

inference of harm given the profound violation of freedom of expression and privacy which results from making the private possession of works of a person's own imagination a criminal offence.

d'un préjudice compte tenu de l'atteinte profonde à la liberté d'expression et à la vie privée qui résulte de la criminalisation de la possession personnelle d'œuvres résultant de l'imagination d'une personne.

217 With respect, we cannot agree with her analysis. As explained earlier in these reasons, the harm which Parliament sought to prevent in enacting s. 163.1(4) of the *Criminal Code* extends beyond the harm which flows from the use of children in pornography. Parliament also sought to prevent the harm which flows from the very existence of images and words which degrade and dehumanize children and to send the message that children are not appropriate sexual partners. All of the contextual factors at play in this particular case indicate that Parliament's choice of means in protecting children should be respected. Therefore, we disagree with Rowles J.A. that a court should be reluctant to draw an inference of harm simply because of the intrusion of the legislation into the private sphere. Parliament was justified in having a reasonable apprehension that works of the imagination would be harmful to children and society.

En toute déférence, nous ne pouvons souscrire à son analyse. Comme nous l'avons expliqué précédemment, le préjudice que le législateur a tenté de prévenir en adoptant le par. 163.1(4) du *Code criminel* dépasse le préjudice résultant de l'utilisation d'enfants pour produire de la pornographie. Le législateur cherchait également à prévenir le préjudice qui découle de l'existence même d'images et de mots qui avilissent et déshumanisent les enfants, et à transmettre le message que les enfants ne sont pas des partenaires sexuels appropriés. Tous les facteurs contextuels qui sont en jeu en l'espèce indiquent qu'il y a lieu de respecter le choix que le législateur a fait des moyens de protéger les enfants. Nous ne sommes donc pas d'accord avec le juge Rowles pour dire qu'un tribunal devrait hésiter à déduire l'existence d'un préjudice en raison simplement de l'atteinte que la mesure législative en cause porte à la vie privée. Le législateur avait raison de craindre que des œuvres de fiction ne causent un préjudice aux enfants et à la société.

218 With respect to visual representations which depict children engaged in explicit sexual activity, and visual representations where the dominant characteristic is the depiction, for a sexual purpose, of a sexual organ or the anal region of a child, the focus must be on the harm of their message and not on the intent or identity of their creator. McLachlin C.J. is of the view that Parliament's concern with "explicit sexual activity" is limited to "visual representations near the extreme end of the spectrum" (para. 47). She implies that "nudity or intimate sexual activity" (para. 49) is required for material to be caught by the law. In our view, this approach is not consistent with an interpretation which focusses on the purpose of the legislation, which is to prevent the harms that arise from the possession of child pornography. To ensure that Parliament's purpose is fulfilled, when deciding on the correct interpretation of the terms in s.

En ce qui concerne les représentations d'enfants qui se livrent à une activité sexuelle explicite et les représentations dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, des organes sexuels ou de la région anale d'un enfant, l'accent doit être mis sur le préjudice causé par leur message et non pas sur l'intention ou l'identité de leur auteur. Le juge en chef McLachlin est d'avis que le législateur entend par « activité sexuelle explicite » uniquement « la représentation d'actes situés presque à l'extrémité de l'éventail » (par. 47). Elle laisse entendre qu'il doit y avoir « nudité ou [. . .] activit[é] sexuell[e] intim[e] » (par. 49) pour que le matériel soit visé par la loi. Nous sommes d'avis que ce point de vue n'est pas compatible avec l'interprétation axée sur l'objectif de la loi, qui est de prévenir les préjudices résultant de la possession de pornographie juvénile. Pour garantir la réalisation de l'objectif du législateur, il

2001 SCC 2 (CanLII)

2001 SCC 2 (CanLII)

163.1(1), it is of overriding import to consider the content of the material which will fall just outside the scope of the prohibition. For example, this consideration motivated the decision in *United States v. Knox*, 32 F.3d 733 (3rd Cir. 1994), which refused to create "an absolute immunity for pornographers who pander to pedophiles by using as their subjects children whose genital areas are barely covered" (p. 752).

Visual images which do not use children in their creation can also convey a message of degradation and dehumanization. For example, in *R. v. Pointon*, Man. Prov. Ct., October 23, 1997), the accused had in his possession hundreds of types of hand-drawn pornography and written text. The majority of the drawings in his possession portrayed children under the age of 10 engaged in various types of explicit sexual activity with each other and with adults. Amongst the pictures was one entitled "The Family Secret" which depicted two young girls, one in the act of fellatio with an adult male. The caption below the picture read: "What started as a simple weekend at the cabin with daddy became incest". This case suggests that drawings, sketches and other works of the imagination are valuable to paedophiles in their collections.

Parliament was justified in concluding that such works of the imagination would harm children. The majority held in *Irwin Toy*, *supra*, at p. 999, that "[t]his Court will not, in the name of minimal impairment, take a restrictive approach to social science evidence and require legislatures to choose the least ambitious means to protect vulnerable groups." Similarly, in *Thomson Newspapers*, *supra*, Bastarache J. made the following observation with respect to materials which degrade and dehumanize vulnerable groups, at para. 116:

Canadians presume that expressions which degrade individuals based on their gender, ethnicity, or other personal factors may lead to harm being visited upon them

est absolument important, au moment de décider de l'interprétation correcte du par. 163.1(1), de prendre en considération le contenu du matériel qui échappe tout juste à l'interdiction. Cette prise en considération a notamment motivé l'arrêt *United States c. Knox*, 32 F.3d 733 (3rd Cir. 1994), dans lequel on a refusé de créer [TRADUCTION] « une immunité absolue pour les pornographes qui encouragent bassement les pédophiles en utilisant comme sujets des enfants dont les organes génitaux sont à peine couverts » (p. 752).

219 Les images visuelles dont la création n'implique pas l'utilisation d'enfants peuvent aussi transmettre un message d'avilissement et de déshumanisation. Par exemple, dans l'affaire *R. c. Pointon* (C. prov. Man., 23 octobre 1997), l'accusé avait en sa possession des centaines de dessins et de textes pornographiques. La majorité des dessins en sa possession représentaient des enfants de moins de 10 ans en train de se livrer à divers types d'actes sexuels explicites entre eux et avec des adultes. L'une des images, intitulée [TRADUCTION] « Secret de famille », représentait deux jeunes filles, dont l'une faisait une fellation à un adulte. La légende sous l'image se lisait ainsi : [TRADUCTION] « Ce qui a commencé par une simple fin de semaine au chalet avec papa s'est terminé par un inceste ». Cette affaire indique que les dessins, croquis et autres œuvres de fiction ont de la valeur pour les pédophiles qui les collectionnent.

220 Le législateur était fondé de conclure que de telles œuvres de fiction causeraient un préjudice aux enfants. Dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, p. 999, les juges majoritaires ont statué que la « Cour n'adoptera pas une interprétation restrictive de la preuve en matière de sciences humaines, au nom du principe de l'atteinte minimale, et n'obligera pas les législatures à choisir les moyens les moins ambitieux pour protéger des groupes vulnérables ». De même, dans *Thomson Newspapers*, précité, par. 116, le juge Bastarache a fait l'observation suivante au sujet du matériel qui avilit et déshumanise des groupes vulnérables :

Les Canadiens présument que les formes d'expression qui avilissent des individus du fait de leur sexe, de leur origine ethnique ou d'autres caractéristiques person-

2001 SCC 2 (CanLII)

because this is within most people's everyday experience. In part, this is because of what we know and perhaps have experienced in our own lives about degrading representations of our personal identity. In part, it is because we know that groups which have historically been disadvantaged in economic or social terms are vulnerable to such expression. In part, it is because our values encourage us to be solicitous of vulnerable groups and to err on the side of caution where their welfare is at stake. In part, it is based on the short logical leap that degrading representations, and exhortation of certain views which degrade the humanity of others, can beget that behaviour.

nelles peuvent finir par leur être préjudiciables, parce qu'il s'agit d'une situation qu'ils sont pour la plupart à même de constater dans leur quotidien. Cela s'explique, en partie, par le fait que chacun d'entre nous a eu connaissance, dans sa propre vie, de l'effet de représentations dégradantes sur son identité personnelle ou en a peut-être fait l'expérience, et, en partie, par le fait que nous savons que les groupes qui ont été défavorisés dans le passé sur le plan économique ou social sont vulnérables à cette forme d'expression. Cela s'explique aussi par le fait que nos valeurs nous encouragent à faire montre de sollicitude à l'endroit des groupes vulnérables et à pécher par excès de prudence quand leur bien-être est en jeu. Cela s'explique en outre en partie par la facilité avec laquelle il est possible de conclure que les représentations dégradantes et la défense de certaines idées qui avilissent autrui peuvent engendrer un tel comportement.

Given the low value of the speech at issue in this case, and the fact that it undermines the *Charter* rights of children, Parliament was justified in its concern to include visual works of the imagination in its definition of child pornography.

Compte tenu de la faible valeur du discours en cause en l'espèce et du fait qu'il mine les droits garantis aux enfants par la *Charte*, le législateur était fondé de vouloir inclure les œuvres visuelles de fiction dans sa définition de la pornographie juvénile.

221 Rowles J.A. found that the inclusion of written material was particularly troublesome in the context of the possession offence and found that the law was too broad in capturing written works of the imagination. In her view, the inclusion of material that is only a record of the author's private thoughts (and not shown to anyone), came very close to criminalizing objectionable thoughts. In our view, the inclusion of written materials in the offence of possession does not amount to thought control. The legislation seeks to prohibit material that Parliament believed was harmful. The inclusion of written material which advocates and counsels the commission of offences against children is consistent with this aim, since, by its very nature, it is harmful, regardless of its authorship.

Le juge Rowles a conclu que l'inclusion de matériel écrit était particulièrement préoccupante dans le contexte de l'infraction de possession et elle a décidé que la loi avait une portée excessive du fait qu'elle visait des œuvres de fiction écrites. À son avis, l'inclusion de matériel qui n'est que la consignation des pensées personnelles de l'auteur (et qui n'est pas montré à qui que ce soit) s'apparentait de très près à la criminalisation des pensées répréhensibles. Selon nous, l'inclusion de matériel écrit dans l'infraction de possession n'équivaut pas à la censure des pensées. La mesure législative tente d'interdire le matériel que le législateur estime préjudiciable. L'inclusion de l'écrit qui préconise ou conseille la perpétration d'infractions contre des enfants est compatible avec cet objectif car, de par sa nature même, un tel écrit est préjudiciable, peu importe qui en est l'auteur.

222 In examining whether the prohibition of the possession of written child pornography minimally impairs the right to free expression, we must bear in mind that only material which advocates or counsels the commission of an offence against a

Pour déterminer si l'interdiction de la possession de pornographie juvénile écrite porte le moins possible atteinte au droit à la liberté d'expression, il faut se rappeler que la définition de l'al. 163.1(1)*b*) ne vise que le matériel qui préconise ou

2001 SCC 2 (CanLII)

child is included in the definition set out in s. 163.1(1)(*b*). We disagree with McLachlin C.J., at para. 59 of her reasons, where she finds that s. 163.1(1)(*b*) is overbroad with regard to some materials on the basis of their authorship and the intent of the possessor. The intent of the author or possessor of the material is not relevant to determining whether it advocates or counsels the commission of a crime. Section 163.1(1)(*b*) covers all written material which seeks to persuade the commission of offences against children. The focus of the inquiry must be on the content of the material itself and not on the circumstances in which it was created, nor on the form of the material, for example whether it be a novel, a poem or a diary. Any material which, upon examining the message which it conveys in the context of the piece as a whole, seeks to persuade the commission of sexual offences against children will be caught by the law. Thus, depending on the context, individual chronicles of sexual activity may well fall within the scope of the definition.

conseille la perpétration d'une infraction contre un enfant. Nous ne sommes pas d'accord avec le juge en chef McLachlin lorsqu'elle conclut, au par. 59 de ses motifs, que l'al. 163.1(1)*b*) a une portée excessive dans certains cas en raison de l'auteur du matériel et de l'intention de celui qui le possède. L'intention de l'auteur ou du possesseur n'est aucunement pertinente pour déterminer si le matériel en question préconise ou conseille la perpétration d'un crime. L'alinéa 163.1(1)*b*) vise tout écrit qui a pour objet d'inciter à commettre des infractions contre des enfants. L'analyse doit porter sur le contenu du matériel même et non sur les circonstances de sa création ni sur la forme qu'il revêt, qu'il s'agisse par exemple d'un roman, d'un poème ou d'un journal intime. La loi s'applique à tout matériel qui, d'après le message qu'il transmet globalement, a pour objet d'inciter à commettre des infractions d'ordre sexuel contre des enfants. Partant, selon le contexte, les chroniques personnelles relatant des actes sexuels peuvent bien être visées par la définition.

There is evidence to support Parliament's choice to include written material which advocates or counsels the commission of sexual offences against children. Dr. Collins testified that the cognitive distortions of paedophiles were reinforced by written materials which advocate sexual activity with children. Having such views expressed in written form would validate their beliefs about children. In his opinion, written pornography would also fuel the sexual fantasies of paedophiles, and in some cases could incite them to offend.

223 Il existe des éléments de preuve à l'appui du choix du législateur d'inclure l'écrit qui préconise ou conseille la perpétration d'infractions d'ordre sexuel contre des enfants. Le Dr Collins a témoigné que les distorsions cognitives des pédophiles étaient renforcées par les écrits qui préconisent l'activité sexuelle avec des enfants. L'expression écrite de tels points de vue validerait leurs convictions au sujet des enfants. À son avis, la pornographie écrite alimenterait aussi les fantasmes sexuels des pédophiles et pourrait dans certains cas les inciter à commettre des crimes.

Similarly there was a great deal of testimony before the Standing Committee on Justice and the Solicitor General of the need to prohibit the possession of written materials which advocate or counsel the commission of sexual offences against children. Detective Waters testified about the publications and bulletins put forth by such groups as the North American Man-Boy Love Association (NAMBLA). The organization and its publications advocate adult males having sex with young boys. It is self-described as the "most outspoken and affluent U.S. pedophile group that is affiliated to

224 De même, de nombreux témoins devant le Comité permanent de la justice et du Solliciteur général ont aussi souligné la nécessité d'interdire la possession de matériel écrit préconisant ou conseillant la perpétration d'infractions d'ordre sexuel contre des enfants. Le détective Waters a témoigné au sujet des publications et des bulletins diffusés par des groupes comme la North American Man-Boy Love Association (NAMBLA). Cet organisme et ses publications préconisent les rapports sexuels entre hommes et jeunes garçons. L'organisme se décrit lui-même comme [TRADUCTION] « le plus en

pedophile groups world-wide". Detective Waters testified that a number of members of the group had been arrested for sexual offences involving children. She noted that in the December 1992 *Bulletin*, on p. 4, NAMBLA commented that their New Zealand affiliate AMBLA was having problems due to the introduction of strict laws relating to the possession of child pornography and that later, AMBLA folded due to these laws (March 1993 *Bulletin*, at p. 3). The inclusion of the private possession of written materials which advocate or counsel the commission of offences against children, therefore, is not redundant and furthers the objective of preventing harm to children and society in a manner that the prohibition of their production and distribution alone could not.

vue et le mieux financé des groupes de pédophiles américains affiliés aux groupes de pédophiles internationaux ». Le détective Waters a affirmé que certains membres de ce groupe avaient été arrêtés pour des infractions d'ordre sexuel impliquant des enfants. Elle a souligné que, dans son bulletin, la NAMBLA avait indiqué que sa filiale de Nouvelle-Zélande, l'AMBLA, connaissait des difficultés en raison de l'adoption de dispositions strictes visant la possession de pornographie juvénile (bulletin de décembre 1992, p. 4) et qu'elle avait dû mettre fin à ses activités à cause de ces dispositions (bulletin de mars 1993, p. 3). L'inclusion de la possession personnelle de matériel écrit préconisant ou conseillant la perpétration d'infractions contre des enfants ne fait donc pas double emploi et favorise la réalisation de l'objectif de prévention du préjudice contre les enfants et la société d'une manière qui serait impossible si seules la production et la distribution de ce matériel étaient interdites.

225 We turn now to the second ground upon which Rowles J.A. found that s. 163.1(4) did not minimally impair the s. 2(*b*) guarantee, namely that the provision applies to teenagers between the ages of 14 and 17 who keep videotapes or pictures of themselves engaged in explicit sexual activity or who keep pictures of themselves, the dominant purpose of which is the depiction of their sexual organs or anal regions for a sexual purpose. In our view, when viewed in its context, this effect of the provision is a reasonable limit on teenagers' freedom of expression.

Le deuxième motif invoqué par le juge Rowles pour conclure que le par. 163.1(4) ne porte pas le moins possible atteinte à la garantie de l'al. 2*b*) est que la disposition s'applique aux adolescents de 14 à 17 ans qui conservent des films vidéo ou des photos de leurs activités sexuelles explicites ou qui conservent des photos d'eux-mêmes dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, de leurs organes sexuels ou de leur région anale. À notre avis, lorsqu'il est examiné dans ce contexte, cet effet de la disposition législative est une limite raisonnable imposée à la liberté d'expression des adolescents.

226 The definition of "child" as "a person under the age of eighteen years" is justified in light of the objective of the prohibition of child pornography. While adolescents between the ages of 14 and 17 may legally engage in sexual activity, Parliament has prohibited such conduct in certain contexts. Section 153 of the *Criminal Code* prohibits sexual contact between adolescents and those who are in a position of trust towards them. Section 212(4) makes it illegal to obtain for consideration, or to communicate for the purpose of obtaining for consideration, the sexual services of a person under

La définition de l'« enfant » comme étant « une personne âgée de moins de dix-huit ans » est justifiée eu égard à l'objectif d'interdiction de la pornographie juvénile. Même si les adolescents de 14 à 17 ans peuvent légalement avoir des rapports sexuels, le législateur a interdit de tels comportements dans certains contextes. L'article 153 du *Code criminel* interdit tout contact sexuel entre un adolescent ou adolescente et une personne qui est en situation de confiance vis-à-vis d'eux. En vertu du par. 212(4), il est illégal d'obtenir, moyennant rétribution, les services sexuels d'une personne

2001 SCC 2 (CanLII)

2001 SCC 2 (CanLII)

the age of 18. The common purpose underlying both of these sections is the prevention of the sexual exploitation of adolescents. Parliament's definition of "children" is also consistent with the definition of a child in the *Convention on the Rights of the Child*. Article 1 defines a child as "every human being below the age of eighteen years unless under the law applicable to the child, majority is attained earlier". This international convention requires that Canadian children under the age of 18 be protected as a class. A review of adolescent child pornography cases reveals that there is also a great risk that they are exploited in its creation.

âgée de moins de 18 ans ou de communiquer avec une telle personne pour tenter d'obtenir, moyennant rétribution, des services de cette nature. Ces deux dispositions ont pour objectif commun de prévenir l'exploitation sexuelle des adolescents. La définition que le législateur donne du mot « enfant » est également compatible avec celle donnée par la *Convention relative aux droits de l'enfant* dont le premier article définit l'enfant comme étant « tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable ». Cette convention internationale exige que les enfants canadiens de moins de 18 ans soient protégés en tant que catégorie de personnes. L'examen de la jurisprudence en matière de pornographie juvénile impliquant des adolescents permet de constater l'existence d'un risque élevé qu'ils soient eux aussi exploités pour produire cette forme de pornographie.

In *R. v. Geisel*, Man. Prov. Ct., February 2, 2000, the accused was found in possession of 22 photographs of teenaged girls in various states of undress. In some of the photographs one of the teenaged girls was engaged in sexual activity with a teenaged boy. The accused had befriended the girls and had allowed one of them to stay at his house when she ran away from home. The girls would visit the accused and he would take photographs. Before taking the photographs the accused would provide the girls with alcohol which he described to them as "liquid cocaine" because it was so strong. In *Jewell*, *supra*, the accused Gramlick produced his own pornographic videotapes involving 12 children whose ages ranged from 11 to 17. Five of the boys were under the age of 14 and were filmed engaging in sexual acts with each other and with adult men, including a prostitute. The boys used in the pornography "were generally described as being from impoverished and broken homes" (p. 274). They were enticed into performing by rewards of money, cigarettes and gifts. The other accused, Jewell, videotaped his sexual activities with 12 boys, the youngest of whom was 10 years old. Some of them had no knowledge that they were being filmed. Again, money, cigarettes and alcohol were used as bribes. "In some

227

Dans l'affaire *R. c. Geisel* (C. prov. Man., 2 février 2000), l'accusé a été trouvé en possession de 22 photos d'adolescentes plus ou moins dévêtues. Sur certaines photos, on pouvait voir l'une des adolescentes en train de se livrer à une activité sexuelle avec un adolescent. L'accusé s'était lié d'amitié avec les jeunes filles et avait permis à l'une d'elles de demeurer chez lui pendant qu'elle était en fugue. L'accusé prenait des photos quand les jeunes filles lui rendaient visite. Avant de prendre les photos, il leur servait de l'alcool qu'il leur présentait comme de la « cocaïne liquide », tellement il était fort. Dans l'affaire *Jewell*, précitée, l'accusé Gramlick avait produit ses propres vidéocassettes pornographiques représentant 12 enfants de 11 à 17 ans. Cinq des garçons avaient moins de 14 ans et avaient été filmés alors qu'ils se livraient à des actes sexuels entre eux et avec des hommes adultes, dont un prostitué. Les garçons en cause [TRADUCTION] « ont été décrits d'une manière générale comme provenant de familles pauvres et désunies » (p. 274). Ils étaient amenés à se livrer à ces actes en échange d'argent, de cigarettes et de cadeaux. L'autre accusé, Jewell, avait enregistré sur bande vidéo ses ébats sexuels avec 12 garçons, dont le plus jeune était âgé de 10 ans. Certains ignoraient qu'ils étaient filmés. Là encore, l'ar-

instances, [Jewell] posed as a friendly father figure, who disguised his house as a place of refuge when the young boys left their homes. He took some of the boys on trips unavailable to them in their own homes, to places like Disneyworld in Florida and Canada's Wonderland. There was evidence that he shared these boys with Gramlick and other associates" (p. 276).

gent, les cigarettes et l'alcool servaient d'appât. [TRADUCTION] « Dans certains cas, [Jewell] jouait le rôle d'un père amical qui accueillait chez lui les jeunes garçons en fugue. Il avait emmené certains d'entre eux dans des voyages, qui n'étaient pas à leur portée chez eux, notamment à Disneyworld en Floride et à Wonderland au Canada. La preuve indiquait qu'il partageait ces garçons avec Gramlick et d'autres acolytes » (p. 276).

228 A recent case before this Court further reveals the exploitation that can occur once pornographic representations of adolescents exist. In *R. v. Davis*, [1999] 3 S.C.R. 759, the accused was charged with sexually assaulting several complainants. One of the complainants was 15-16 years old at the time. The accused had posed as a photographer who could launch the complainant's modelling career. He took nude photographs of the complainant and afterwards refused to show them to her. Eventually she asked for the negatives of the pictures. The accused told her that if she wanted the negatives she would have to perform sexual acts with him, and that if she refused, he would send the photographs to her mother.

Une affaire récente portée devant notre Cour révèle en outre l'exploitation qui peut survenir une fois qu'il existe des représentations pornographiques d'adolescents. Dans *R. c. Davis*, [1999] 3 R.C.S. 759, l'inculpé avait été accusé d'avoir agressé sexuellement plusieurs plaignantes. L'une d'elles était âgée de 15 ou 16 ans à l'époque. L'accusé s'était présenté comme un photographe en mesure de lancer la carrière de mannequin de la plaignante. Il a photographié la plaignante nue et a ensuite refusé de lui montrer les photos qu'il avait prises. Celle-ci lui a finalement demandé les négatifs. L'accusé lui a répondu que, si elle voulait les négatifs, elle devrait avoir des rapports sexuels avec lui et que, si elle refusait, il enverrait les photos à sa mère.

229 These cases illustrate the very real harm which can be visited upon adolescents between the ages of 14 and 17. In each one, however, the exploitation involved in the production of the pornographic videotapes and pictures would not be evident from viewing them. It is impossible, from looking at a picture, to determine that the adolescent depicted therein has not been exploited. Hence, Parliament had a strong basis for concluding that the age limit in the definition of child pornography should be set at 18 in order to protect all children from the harm of being used in the production of child pornography. The provision recognizes, as do ss. 153 and 212(4) of the *Criminal Code*, that while adolescents may be capable of consenting to sexual activity, their consent is vitiated in circumstances where there is a possibility that they may be exploited.

Ces cas illustrent le préjudice très réel qui peut être causé à des adolescents de 14 à 17 ans. Toutefois, dans chaque cas, il ne ressortait pas clairement des films vidéo et des photos pornographiques que leur production avait comporté une part d'exploitation. Il est impossible, en regardant une photo, de dire que l'adolescent qui y est représenté n'a pas été exploité. Le législateur était donc solidement fondé à conclure que la limite d'âge dans la définition de la pornographie juvénile devrait être fixée à 18 ans afin de protéger tous les enfants contre le préjudice résultant de leur utilisation pour produire de la pornographie juvénile. À l'instar de l'art. 153 et du par. 212(4) du *Code criminel*, cette disposition reconnaît que même si les adolescents peuvent être capables de consentir à des activités sexuelles, leur consentement est vicié dans des circonstances où il est possible qu'ils soient exploités.

230 Rowles J.A. suggested that s. 163.1(4) could be tailored more effectively to protect teenagers who

Le juge Rowles a affirmé que le par. 163.1(4) pourrait être adapté plus efficacement pour proté-

2001 SCC 2 (CanLII)

2001 SCC 2 (CanLII)

are in possession of erotic pictures or videotapes of themselves. She noted that the Australian State of Victoria had provided a defence to the possession of child pornography when the minor, or one of the minors depicted in the film or photograph is the defendant. In our view, such a defence would undermine Parliament's objective of protecting all children. Some adolescents under the age of 18 sexually exploit other children. Rix Rogers, in *Reaching for Solutions* (1990) (the Report of the Special Advisor to the Minister of National Health and Welfare on Child Sexual Abuse in Canada), at pp. 18-19, referred to survey findings showing that 30 percent of sex offenders in Canada are under the age of 18. Similarly, the Fraser Committee found as follows (vol. 1, at p. 25):

> [There is] the real possibility that young persons of 16 or 17 . . . may be involved in taking advantage of still younger children, by introducing them to prostitution, to performing in pornographic displays for filming, and so on. Such exploitation might be of the older child's own motion, or it might be engineered by adults who perceive the advantage in having as fronts those who are free from serious criminal responsibility.

(See also R. J. R. Levesque, *Sexual Abuse of Children: A Human Rights Perspective* (1999), at p. 214, citing studies including a 1996 paper in the *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry* estimating that "adolescents commit over 50 percent of sexual offenses perpetrated against children under twelve years of age".) Thus, there is no guarantee, even when a teenager is in possession of a pornographic picture or videotape depicting himself or herself, that it was created in a consensual environment or that the photograph or videotape will not be used by the teenager to groom other children into engaging in sexual conduct. The latter point demonstrates that this material has the potential to exploit children even in the hands of those who are depicted in it.

ger les adolescents qui ont en leur possession des photos ou des films vidéo érotiques d'eux-mêmes. Elle a fait remarquer que l'État australien de Victoria a prévu un moyen de défense opposable dans les cas de possession de pornographie juvénile, lorsque le mineur ou l'un des mineurs représentés dans le film ou la photo est le défendeur. À notre avis, un tel moyen de défense minerait l'objectif du législateur de protéger tous les enfants. Certains adolescents de moins de 18 ans exploitent sexuellement d'autres enfants. Dans *À la recherche de solutions* (1990) (le rapport du conseiller spécial du ministre de la Santé nationale et du Bien-être social en matière d'agressions sexuelles contre les enfants au Canada), p. 20-21, Rix Rogers fait état des résultats d'un sondage qui montrent que 30 pour 100 des délinquants sexuels au Canada ont moins de 18 ans. De même, le comité Fraser a tiré la conclusion suivante (vol. 1, p. 26) :

> Il est cependant tout à fait possible, dans ce contexte, que des mineurs de 16 ou 17 ans [. . .] participent à l'exploitation d'enfants encore plus jeunes, en les amenant par exemple à la prostitution ou à l'exécution de spectacles pornographiques destinés à être filmés. Une telle exploitation pourrait être le fruit de l'initiative du mineur plus âgé, ou de sa manipulation par des adultes soucieux de se dissimuler derrière des « enfants de paille » n'ayant pas le même degré de responsabilité pénale.

(Voir aussi R. J. R. Levesque, *Sexual Abuse of Children: A Human Rights Perspective* (1999), p. 214, où sont citées des études, dont un exposé de 1996 paru dans le *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry* selon lequel [TRADUCTION] « les adolescents commettent plus de 50 pour 100 des infractions d'ordre sexuel dont sont victimes les enfants de moins de douze ans ».) Même dans le cas où un adolescent a en sa possession une photo ou une bande vidéo pornographique de lui-même, rien ne garantit que ce matériel a été créé dans un environnement consensuel ou qu'il ne sera pas utilisé par l'adolescent pour initier d'autres enfants aux rapports sexuels. Il s'ensuit donc que ce matériel est susceptible de servir à l'exploitation d'enfants même lorsqu'il se trouve entre les mains de personnes qui y sont représentées.

231 Thus, we cannot agree with the approach to this issue taken by McLachlin C.J. The inclusion of teenage pornography in s. 163.1(4) is consistent with the legislative purpose of providing for the effective protection of children by reducing the potential for harm caused by pornographic material. McLachlin C.J. is not persuaded that auto-depictions of teenage sexual activity are harmful. With respect, Parliament was justified in restricting teenagers from creating a permanent record of their sexual activity. While adolescents between the ages of 14 and 17 may legally engage in sexual activity, the creation of a permanent record of such activity has consequences which children of that age may not have sufficient maturity to understand, as illustrated in *Davis*, *supra*. Furthermore, the Fraser Committee recognized that children, because of their vulnerability, are not always accorded the same autonomy as adults. It states (vol. 2, at p. 561):

> We do not, for example, consider that the principles of individual liberty and responsibility can be applied to children to the same extent as they can to adults. Children may well have valid claims to autonomy in wide ranges of conduct. However, the liberty to engage in behaviour which is regarded as harmful will be withheld from children with more frequency than it is withheld from adults. Various justifications may be offered for this. The child may be too young or inexperienced to appreciate the harmfulness of the behaviour, or its nature or extent. In addition, quite apart from the characteristics and maturity of the individual child, adult society may be protective of the state of childhood, which is seen as a time, firstly, for the enjoyment of innocence and, then, gradually, for development out of innocence. The exposure to certain kinds of influence or behaviour may be seen as a disruption of the valuable process of gradual maturation.
>
> . . . In the case of pornography . . . we think that there is strong justification for treating children as vulnerable, and effecting some decrease in their liberty.

Parliament made a legitimate policy decision in determining that the possession of adolescent self-

Par conséquent, nous ne pouvons souscrire au point de vue que le juge en chef McLachlin adopte à cet égard. L'inclusion de la pornographie impliquant des adolescents dans le par. 163.1(4) est compatible avec l'objectif législatif de protéger efficacement les enfants en réduisant le risque de préjudice résultant du matériel pornographique. Le juge en chef McLachlin n'est pas convaincue que la représentation par des adolescents de leurs propres activités sexuelles est préjudiciable. En toute déférence, le législateur était justifié d'interdire aux adolescents de créer un enregistrement permanent de leurs activités sexuelles. Même si les adolescents de 14 à 17 ans peuvent légalement se livrer à des activités sexuelles, la création d'un enregistrement permanent de ces activités a des conséquences que les enfants de cet âge ne sont peut-être pas en mesure de comprendre en raison de leur maturité insuffisante, comme l'illustre l'affaire *Davis*, précitée. En outre, le comité Fraser a reconnu qu'en raison de leur vulnérabilité les enfants ne jouissent pas toujours de la même autonomie que les adultes. Voici ce qu'il affirme (vol. 2, p. 603) :

> Par exemple, nous ne croyons pas que les principes de liberté individuelle et de responsabilité peuvent s'appliquer avec la même force aux mineurs et aux adultes. Certes, les mineurs peuvent à juste titre revendiquer une certaine autonomie dans leurs actions, mais on les privera plus facilement que les adultes de la liberté de se livrer à des actes préjudiciables. Maints facteurs peuvent légitimer une telle réaction. L'enfant peut être trop jeune ou trop inexpérimenté pour bien comprendre la nocivité, la nature ou la portée de ses actes. En outre, nonobstant les différences de caractère et de maturité de chacun, la société adulte a souvent une attitude protectrice à l'égard des enfants, étant donné que cet âge doit être celui des joies de l'innocence, avant le passage à la maturité. Or, il se peut que le contact de certaines influences ou de certains comportements risque de troubler le caractère graduel et bénéfique de ce développement.
>
> . . . Dans le cas de la pornographie [. . .], nous croyons qu'il est tout à fait justifié de traiter les enfants comme des êtres vulnérables et d'imposer certaines limites à leur liberté.

Le législateur a pris une décision de politique légitime en interdisant la possession de matériel com-

2001 SCC 2 (CanLII)

depictions of sexual activity should be prohibited. Depictions of teenagers have the potential to be created in conditions which are exploitative and can be used to exploit other children. The Court should defer to Parliament's decision to restrict teenagers' freedom in this area. The worry that s. 163.1 interferes unduly with the freedom of expression of teenagers must also be addressed in light of the *Young Offenders Act*, another set of provisions designed to address children's special needs. Under this Act, any teenager convicted for possession of child pornography would have the benefit of a more lenient sentence and measures aimed at rehabilitation and social reintegration (see s. 20); he or she would also avoid the permanence of a criminal record.

portant la représentation par des adolescents de leurs propres activités sexuelles. La représentation d'adolescents est susceptible d'être produite dans des conditions d'exploitation et peut servir à exploiter d'autres enfants. La Cour devrait s'en remettre à la décision du législateur de restreindre la liberté des adolescents dans ce domaine. La crainte que l'art. 163.1 ne porte indûment atteinte à la liberté d'expression des adolescents doit également être examinée en fonction de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, qui est un autre ensemble de dispositions destinées à répondre aux besoins particuliers des enfants. Suivant cette loi, l'adolescent reconnu coupable de possession de pornographie juvénile recevrait une peine moins sévère et bénéficierait de mesures de réadaptation et de réinsertion sociale (voir l'art. 20), sans compter qu'il échapperait à un casier judiciaire permanent.

In considering whether s. 163.1(4), in conjunction with the definition of child pornography, minimally impairs the guarantee of freedom of expression, it is important to bear in mind that the provision does not amount to a total ban on the possession of child pornography. The provision reflects an attempt by Parliament to weigh the competing rights and values at stake and achieve a proper balance. First, the definitional limits act as safeguards to ensure that only material that is antithetical to Parliament's objectives in proscribing child pornography will be targeted. Second, the legislation incorporates defences of artistic merit, educational, scientific or medical purpose, and a defence of the public good. With regard to the defence of artistic merit, McLachlin C.J. writes that "[a]ny objectively established artistic value, however small" (para. 63), provides a complete defence. In our view, the boundaries of the artistic merit defence do not need to be decided in this appeal, especially since the defence also applies to the prohibitions against the publication, distribution and sale of child pornography that are also found in s. 163.1. However, we would consider anomalous interpreting artistic merit to provide a complete defence in a case in which the same material would fail the artistic merit test under the obscenity provisions of the *Criminal Code*. We must give effect to Parliament's deliberate decision

232 Pour déterminer si le par. 163.1(4), conjugué à la définition de la pornographie juvénile, porte le moins possible atteinte à la garantie de liberté d'expression, il importe de se rappeler que cette disposition n'interdit pas complètement la possession de pornographie juvénile. Elle reflète une tentative de la part du législateur de soupeser les droits et valeurs opposés qui sont en jeu et d'établir un juste équilibre. Premièrement, les limites apportées par la définition garantissent que seul sera visé le matériel qui va à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur en interdisant la pornographie juvénile. Deuxièmement, la mesure législative prévoit des moyens de défense fondés sur la valeur artistique, sur l'existence d'un but éducatif, scientifique ou médical et sur le bien public. En ce qui concerne le moyen de défense fondé sur la valeur artistique, le juge en chef McLachlin écrit au par. 63 que, « [t]oute valeur artistique objectivement établie, si minime soit-elle », constitue un moyen de défense suffisant. Nous estimons qu'il n'est pas nécessaire en l'espèce de délimiter le moyen de défense fondé sur la valeur artistique, étant donné particulièrement qu'il s'applique aussi à l'interdiction de la publication, de la distribution et de la vente de pornographie juvénile également prévue à l'art. 163.1. Cependant, il serait anormal, selon nous, de considérer que la valeur artistique constitue un moyen de

2001 SCC 2 (CanLII)

to avoid the term artistic "purpose", which it adopted for the educational, scientific and medical defences. Artistic merit must be determined with regard to composition and emphasis according to the criteria described in para. 64 of McLachlin C.J.'s reasons and through careful attention to artistic conventions, expert opinions and modes of production, display and distribution. Simply calling oneself an artist is not an absolute shield to conviction.

233 In light of the analysis above, we conclude that Parliament has enacted a law which is appropriately tailored to the harm it seeks to prevent. Therefore, we conclude that the impugned provision minimally impairs the rights guaranteed by s. 2(*b*).

(c) *Proportionality of Effects*

234 At this stage of the analysis we must examine whether the deleterious effects of the infringement are proportional to the salutary objective and effects of s. 163.1(4); see, e.g., *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 133; *Dagenais*, *supra*, at p. 889. In *Thomson Newspapers*, *supra*, at para. 125, Bastarache J. described this portion of the analysis as providing an opportunity to assess, in light of the practical and contextual details which are explored in the first two stages of the analysis, whether the benefits which accrue from the limitation are proportional to its deleterious effects, as measured by the values underlying the *Charter*.

235 We begin with an analysis of the salutary effects of the prohibition of the possession of child pornography. The greatest benefit to prohibiting the possession of child pornography is that it helps to prevent the harm to children which results from its production. By aiming to eradicate the legal market for such materials, the legislation acts as a powerful force to reduce the production of child pornography. By reaching into the private sphere,

défense suffisant dans un cas où le même matériel ne satisferait pas au critère de la valeur artistique dans le cadre des dispositions du *Code criminel* relatives à l'obscénité. Il nous faut respecter la décision délibérée du législateur d'éviter de parler de « but » artistique comme il l'a fait dans le cas des moyens de défense fondés sur le but éducatif, scientifique ou médical. La valeur artistique doit être évaluée en fonction de la composition et de l'idée maîtresse, conformément aux critères énoncés au par. 64 des motifs du juge en chef McLachlin, et en prêtant soigneusement attention aux conventions artistiques, aux opinions d'expert et aux modes de production, de présentation et de distribution. Il ne suffit pas de se dire artiste pour échapper à toute déclaration de culpabilité.

Compte tenu de l'analyse qui précède, nous concluons que le législateur a adopté une loi à la mesure du préjudice qu'elle vise à prévenir. Par conséquent, nous jugeons que la disposition contestée porte le moins possible atteinte aux droits garantis par l'al. 2*b*) de la *Charte*.

c) *La proportionnalité des effets*

À cette étape de l'analyse, il faut examiner si les effets préjudiciables de l'atteinte sont proportionnels à l'objectif et aux effets bénéfiques du par. 163.1(4) : voir, par exemple, *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 133; et *Dagenais*, précité, p. 889. Dans *Thomson Newspapers*, précité, par. 125, le juge Bastarache affirme que cette partie de l'analyse donne l'occasion d'apprécier, à la lumière des détails d'ordre pratique et contextuel qui sont étudiés au cours des première et deuxième étapes, si les avantages de la limitation sont proportionnels à ses effets préjudiciables, mesurés au regard des valeurs consacrées par la *Charte*.

Commençons par l'analyse des effets bénéfiques de l'interdiction de la possession de pornographie juvénile. L'avantage le plus important de cette interdiction est qu'elle contribue à prévenir le préjudice causé aux enfants par la production de pornographie juvénile. Du fait qu'elle vise à supprimer le marché légal de ce genre de matériel, la mesure législative est un moyen puissant de réduire la production de pornographie juvénile. En

2001 SCC 2 (CanLII)

the legislation extends protection to those children who are used in privately created pornographic materials. Section 163.1(4) also deters the use of child pornography in the grooming of children. The prohibition makes it more difficult for paedophiles to use child pornography to lower children's inhibitions towards sexual activity, and thus reduces the effectiveness of this abhorrent method of seduction. Similarly, the prohibition curbs the collection of child pornography by paedophiles. This protects children against sexual abuse by eliminating those materials which fuel paedophilic fantasies and incite paedophiles to commit sexual assaults. The prohibition of the possession of child pornography also helps to ensure that an effective law enforcement scheme can be implemented.

atteignant le domaine de la vie privée, elle étend sa protection aux enfants qui sont utilisés pour la production de matériel en privé. Le paragraphe 163.1(4) décourage aussi l'emploi de pornographie juvénile pour initier des enfants aux rapports sexuels. L'interdiction fait en sorte qu'il est plus difficile, pour les pédophiles, d'utiliser la pornographie juvénile pour vaincre les réticences des enfants à l'égard des activités sexuelles, ce qui a pour effet de diminuer l'efficacité de ce mode de séduction répugnant. De même, l'interdiction contribue à freiner l'accumulation de pornographie juvénile par les pédophiles, ce qui protège les enfants contre l'exploitation sexuelle en éliminant le matériel qui alimente les fantasmes pédophiliques et qui incite les pédophiles à commettre des agressions sexuelles. L'interdiction de la possession de pornographie juvénile contribue également à la mise en œuvre d'un régime efficace d'application de la loi.

The legislation is beneficial to society as a whole. Section 163.1(4) sends a clear message to all Canadians that the degradation and dehumanization of children, and their use as sexual objects for the gratification of adults is inappropriate. This benefits society by deterring the development of antisocial attitudes and complements the legislation's positive effect on children's rights. As the Fraser Committee noted, materials which use and depict children in a sexual way for the entertainment of adults undermine the rights of children by diminishing the respect to which they are entitled. The prohibition of the possession of such materials sends the message that the use of children as sexual objects is unacceptable, and thereby promotes children's position as equal members in society.

236 La mesure législative est bénéfique pour l'ensemble de la société. Le paragraphe 163.1(4) indique clairement aux Canadiens qu'il est inacceptable d'avilir et de déshumaniser les enfants et de les utiliser en tant qu'objets sexuels pour la gratification des adultes. Ce message bénéficie à la société en décourageant les comportements antisociaux et complète l'effet positif de la législation sur les droits des enfants. Comme l'a souligné le comité Fraser, les productions qui utilisent et représentent des enfants à des fins sexuelles pour le divertissement des adultes portent atteinte aux droits des enfants en sapant le respect auquel ils ont droit. L'interdiction de la possession de ce type de matériel indique que l'utilisation d'enfants en tant qu'objets sexuels est inacceptable, et elle favorise ainsi l'égalité des enfants comme membres de la société.

The impugned legislation is said to have a deleterious effect on both the right to free expression as guaranteed by s. 2(*b*) and on the value of privacy. We turn first to the effect of the provision on the freedom of expression. As we discussed above, the law does not trench significantly on speech possessing social value; there is a very tenuous connection between the possession of child pornogra-

237 On dit que la disposition législative contestée a un effet préjudiciable à la fois sur le droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2*b*) et sur la valeur de la vie privée. Examinons d'abord l'effet de cette disposition sur la liberté d'expression. Nous avons vu plus haut que la mesure législative n'entrave pas sensiblement le discours ayant une valeur sociale; il existe un lien très ténu entre la

2001 SCC 2 (CanLII)

phy and the right to free expression. At most, the law has a detrimental cost to those who find base fulfilment in the possession of child pornography.

238 As we have stated, we do not find objections to the restriction of auto-depictions of adolescent sexuality compelling. In our view, the provision is consistent with the protection of children and does not serve as an unjustified impediment to the self-fulfilment of adolescents. As the Fraser Committee noted, restrictions on children's liberties are sometimes necessary because of their vulnerability. The cases involving depictions of teenagers engaged in explicit sexual activity demonstrate that pornography depicting teenagers is sometimes produced under conditions of exploitation, rather than mutuality and consent. Any deleterious effect on the self-fulfilment of teenagers who produce permanent records of their own sexual activity in an environment of mutual consent is, therefore, far outweighed by the salutary effects on all children resulting from the prohibition of the possession of child pornography.

239 In most cases, the prohibition's restriction on expression will affect adults who seek fulfilment through the possession of child pornography. These adults seek to fulfill themselves by deriving sexual pleasure from images and writings which objectify and degrade children. It is important to emphasize that the self-fulfilment denied by the law is closely connected to the harm to children. The benefits of the prohibition of the possession of child pornography far outweigh any deleterious effect on the right to free expression.

240 The legislation affects privacy interests because it extends its reach into the home. However, we must be careful not to exaggerate the severity of this deleterious effect. The privacy of those who possess child pornography is also protected by the right against unreasonable search and seizure as

possession de pornographie juvénile et le droit à la liberté d'expression. Tout au plus, la mesure législative est coûteuse pour ceux qui s'épanouissent bassement dans la possession de pornographie juvénile.

Nous avons déjà précisé que nous ne jugeons pas convaincantes les objections à la restriction de la représentation par des adolescents de leurs propres activités sexuelles. À notre avis, la disposition en cause est compatible avec la protection des enfants et ne constitue pas une entrave injustifiée à l'épanouissement personnel des adolescents. Comme l'a souligné le comité Fraser, il est parfois nécessaire de restreindre la liberté des enfants en raison de leur vulnérabilité. La jurisprudence qui porte sur la représentation d'adolescents se livrant à des activités sexuelles explicites démontre que cette forme de pornographie est parfois produite dans des conditions d'exploitation plutôt que dans un contexte de consentement mutuel. Tout effet préjudiciable sur l'épanouissement personnel des adolescents qui produisent des enregistrements permanents de leurs propres activités sexuelles dans un contexte de consentement mutuel est donc largement transcendé par les effets bénéfiques, pour tous les enfants, de l'interdiction de la possession de pornographie juvénile.

Dans la plupart des cas, la restriction de l'expression par cette interdiction touche les adultes qui recherchent satisfaction dans la possession de pornographie juvénile. Ces adultes cherchent à s'épanouir en trouvant du plaisir sexuel dans des images et des écrits qui avilissent des enfants et en font des objets. Il importe de souligner que l'épanouissement personnel refusé par la loi est étroitement lié au préjudice causé à des enfants. Les avantages de l'interdiction de posséder de la pornographie juvénile l'emportent largement sur tout effet préjudiciable sur le droit à la liberté d'expression.

La mesure législative en cause a un effet sur le droit à la vie privée parce qu'elle s'applique jusque dans le domicile. Il faut toutefois prendre soin de ne pas exagérer la gravité de cet effet préjudiciable. La vie privée de ceux qui ont en leur possession de la pornographie juvénile est également

2001 SCC 2 (CanLII)

guaranteed by s. 8 of the *Charter*. Before any police investigation could take place within the home, a judicial officer would first have to make a determination that the law enforcement interests of the state were, in the particular situation, demonstrably superior to the affected individual's interest in being left alone. The law intrudes into the private sphere because doing so is necessary to achieve its salutary objectives. Child pornography is produced in private, and child pornography is used privately to entice children into sexual activity. Thus, the privacy interest restricted by the law is closely related to the specific harmful effects of child pornography.

protégée par le droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte*. Pour qu'une enquête policière puisse être menée dans un domicile, un officier de justice doit avoir préalablement décidé que, dans les circonstances particulières en cause, l'intérêt de l'État à ce que la loi soit appliquée l'emporte manifestement sur l'intérêt de la personne touchée à ne pas être importunée. La mesure législative empiète sur la vie privée parce que la réalisation de ses objectifs bénéfiques l'exige. La pornographie juvénile est produite en privé et elle est utilisée en privé pour amener des enfants à se livrer à des activités sexuelles. Le droit à la vie privée qui est restreint par la loi est donc étroitement lié aux effets préjudiciables particuliers de la pornographie juvénile.

In examining the law's effect on privacy interests, it is important not to lose sight of the beneficial effects of the provision in protecting the privacy interests of children. When children are depicted in pornographic representations, the camera captures their abuse and creates a permanent record of it. This constitutes an extreme violation of their privacy interests. By criminalizing the possession of such materials, Parliament has created an incentive to destroy those pornographic representations which already exist. In our view, this beneficial effect on the privacy interests of children is proportional to the detrimental effects on the privacy of those who possess child pornography.

241 En examinant l'effet de la mesure législative sur le droit à la vie privée, il importe de ne pas perdre de vue les effets bénéfiques qu'elle a en protégeant le droit à la vie privée des enfants. Lorsque des enfants sont représentés dans du matériel pornographique, la caméra saisit leur exploitation et en crée un enregistrement permanent. Cela constitue une violation extrême de leur droit à la vie privée. La criminalisation, par le législateur, de la possession de matériel de cette nature a pour effet d'inciter à détruire les représentations pornographiques qui existent déjà. À notre avis, cet effet bénéfique sur le droit à la vie privée des enfants est proportionnel aux effets préjudiciables sur le droit à la vie privée des gens qui ont en leur possession de la pornographie juvénile.

When the effects of the provision are examined in their overall context, the benefits of the legislation far outweigh any harms to freedom of expression and the interests of privacy. The legislation hinders the self-fulfilment of a few, but this form of self-fulfilment is at a base and prurient level. Those who possess child pornography are self-fulfilled to the detriment of the rights of all children. The prohibition of the possession of such materials is thus consistent with our *Charter* values. It fosters and supports the dignity of children and sends the message that they are to be accorded equal respect with other members of the community. In

242 À notre avis, l'examen des effets de la mesure législative dans leur contexte global révèle que les avantages de cette mesure l'emportent largement sur toute atteinte à la liberté d'expression et au droit à la vie privée. Elle entrave l'épanouissement personnel d'une petite minorité, mais il s'agit d'un épanouissement personnel indigne et lascif. Les gens qui ont en leur possession de la pornographie juvénile s'épanouissent au détriment des droits de tous les enfants. L'interdiction de la possession de matériel de ce genre est donc compatible avec les valeurs consacrées par notre *Charte*. Elle favorise le respect de la dignité des enfants et indique qu'ils

2001 SCC 2 (CanLII)

our view, Parliament has enacted a law which is reasonable, and which is justified in a free and democratic society.

III. Disposition

243 We would allow the appeal and remit the charges for trial.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Gil D. McKinnon and Richard C. C. Peck, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Department of Justice, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: The Public Prosecution Service (Appeals), Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: The Attorney General for New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: Alberta Justice, Calgary.

Solicitors for the interveners the Canadian Police Association (CPA), the Canadian Association of Chiefs of Police (CACP) and Canadians Against Violence (CAVEAT): Danson, Recht & Freedman, Toronto.

ont droit à la même considération que tous les autres membres de la société. À notre avis, le législateur a adopté une mesure législative raisonnable et justifiée dans une société libre et démocratique.

III. Dispositif

Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer les accusations au tribunal de première instance.

Pourvoi accueilli.

Procureur pour l'appelante : Le ministère du Procureur général, Vancouver.

Procureurs de l'intimé : Gil D. McKinnon et Richard C. C. Peck, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Le ministère de la Justice, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Le ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse : The Public Prosecution Service (Appeals), Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Le procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Alberta Justice, Calgary.

Procureurs des intervenants l'Association canadienne des policiers (ACP), l'Association canadienne des chefs de police (ACCP) et les Canadiens contre la violence (CAVEAT) : Danson, Recht & Freedman, Toronto.

2001 SCC 2 (CanLII)

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the interveners the Evangelical Fellowship of Canada and the Focus on the Family (Canada) Association: Bennett Jones, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: McAlpine Gudmundseth Mickelson, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Tory Tory, Toronto.

Solicitor for the interveners Beyond Borders, Canadians Addressing Sexual Exploitation (CASE), End Child Prostitution, Child Pornography and Trafficking in Children for Sexual Purposes (ECPAT) and the International Bureau for Children's Rights: David Matas, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenante la Criminal Lawyers' Association : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs des intervenantes l'Alliance évangélique du Canada et la Focus on the Family (Canada) Association : Bennett Jones, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la British Columbia Civil Liberties Association : McAlpine Gudmundseth Mickelson, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Tory Tory, Toronto.

Procureur des intervenants Beyond Borders, les Canadiens opposés à l'exploitation sexuelle (COES), End Child Prostitution, Child Pornography and Trafficking in Children for Sexual Purposes (ECPAT) et le Bureau international des droits des enfants : David Matas, Winnipeg.

2001 SCC 2 (CanLII)

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Walter Tessling *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec and Canadian Civil Liberties Association *Interveners*

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Walter Tessling *Intimé*

et

Procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec et Association canadienne des libertés civiles *Intervenants*

2004 SCC 67 (CanLII)

INDEXED AS: R. *v.* TESSLING

Neutral citation: 2004 SCC 67.

File No.: 29670.

2004: April 16; 2004: October 29.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci,* Major, Bastarache, Binnie, Arbour,* LeBel, Deschamps and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Police using thermal imaging device to take "heat" picture of accused's home from aircraft without warrant — Whether warrantless use of thermal imaging device violated right against unreasonable search and seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

The RCMP used an airplane equipped with a Forward Looking Infra-Red ("FLIR") camera to overfly properties owned by the accused. FLIR technology records images of thermal energy or heat radiating from a building. It cannot, at this stage of its development, determine the nature of the source of heat within the building or "see" through the external surfaces of a building. The RCMP were able to obtain a search warrant for the accused's home based on the results of the FLIR image coupled with information supplied by two informants. In the house, the RCMP found a large quantity of marijuana and several guns. The accused was charged with a variety of drug and weapons offences. At trial, he unsuccessfully argued that

* Iacobucci and Arbour JJ. took no part in the judgment.

RÉPERTORIÉ : R. *c.* TESSLING

Référence neutre : 2004 CSC 67.

N^o^ du greffe : 29670.

2004 : 16 avril; 2004 : 29 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci*, Major, Bastarache, Binnie, Arbour*, LeBel, Deschamps et Fish.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Utilisation par la police d'un aéronef muni d'un dispositif d'imagerie thermique pour prendre une photographie de la « chaleur » de la maison de l'accusé sans avoir obtenu un mandat — L'utilisation sans mandat du dispositif d'imagerie thermique porte-t-elle atteinte à la garantie contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

La GRC a eu recours à un avion muni d'un appareil photo qui utilise un système infrarouge à vision frontale (« FLIR ») pour survoler la propriété de l'accusé. La technique FLIR permet d'enregistrer des images de l'énergie thermique ou de la chaleur émanant d'un édifice. Elle ne permet pas, à ce stade de développement, de déterminer la nature de la source de chaleur dans l'édifice ni de « voir » à travers les surfaces externes d'un édifice. La GRC a pu obtenir un mandat de perquisition de la maison de l'accusé sur le fondement des résultats de l'image FLIR et des renseignements fournis par deux informateurs. Dans la maison, la GRC a trouvé une quantité importante de marijuana et plusieurs armes à feu. L'intimé a été accusé

* Les juges Iacobucci et Arbour n'ont pas pris part au jugement.

the FLIR overflight was a violation of his right to be free from unreasonable search and seizure guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and was convicted. The Court of Appeal set aside the convictions. The court found that the use of FLIR technology constituted a search of the accused's home and, since it was done without a warrant, violated his s. 8 right. The court concluded that the evidence ought to have been excluded and the accused was acquitted on all charges.

Held: The appeal should be allowed. The FLIR overflight did not violate the accused's constitutional right to be free from unreasonable search and seizure.

Few things are as important to our way of life as the amount of power allowed the police to invade the homes, privacy and even the bodily integrity of members of Canadian society without judicial authorization. Building upon the foundation laid by the common law, s. 8 of the *Charter* creates for "everyone" certain areas of personal autonomy where the state, including the police, cannot trespass. These areas we have now gathered up under the general heading of privacy. At the same time, social and economic life creates competing demands. The community wants privacy but it also insists on protection. Safety, security and the suppression of crime are legitimate countervailing concerns. Thus s. 8 of the *Charter* accepts the validity of reasonable searches and seizures.

Privacy is a protean concept, and the difficult issue is where the "reasonableness" line should be drawn. The distinction between informational and territorial privacy is of assistance in the current factual situation. Whereas the Court of Appeal treated the FLIR imaging as equivalent to a search of the home, and thus "worthy of the state's highest respect", it is more accurately characterized as an external surveillance of the home to obtain information that may or may not be capable of giving rise to an inference about what was actually going on inside, depending on what other information is available to the police. FLIR is not equivalent to entry. Because of the emphasis on the informational aspect, the reasonableness line must be determined by focussing on the nature and quality of the information FLIR can actually deliver and then evaluating its impact on an accused's reasonable privacy interest.

de diverses infractions reliées à la drogue et aux armes à feu. Au procès, il a fait valoir sans succès que le vol FLIR portait atteinte à son droit à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et il a été déclaré coupable. La Cour d'appel a annulé les déclarations de culpabilité. Elle a conclu que le recours à la technique FLIR équivalait à une perquisition de sa résidence, et que cette perquisition sans mandat portait atteinte à son droit garanti par l'art. 8. La cour a conclu qu'il aurait fallu exclure les éléments de preuve et acquitter l'accusé relativement à tous les chefs d'accusation.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. Le vol FLIR ne portait pas atteinte au droit constitutionnel de l'accusé à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives.

Peu de choses revêtent autant d'importance pour notre mode de vie que l'étendue du pouvoir conféré à la police d'entrer dans la maison d'un citoyen canadien, de porter atteinte à sa vie privée et même à son intégrité corporelle sans autorisation judiciaire. Prenant appui sur les fondements de la common law, l'art. 8 de la *Charte* crée pour « chacun » des zones d'autonomie personnelle dans lesquelles les agents de l'État, et notamment les policiers, ne peuvent pas entrer sans autorisation. Ces zones sont maintenant réunies sous l'appellation générale de « vie privée ». En même temps, la vie économique et sociale crée des demandes concurrentes. Les citoyens tiennent à leur vie privée, mais ils veulent également être protégés. La répression du crime et la sécurité sont des préoccupations légitimes tout aussi valables. Ainsi, l'art. 8 de la *Charte* reconnaît la validité des fouilles, perquisitions et saisies non abusives.

La vie privée étant une notion protéiforme, il est difficile de fixer la limite du « caractère raisonnable ». La distinction entre les aspects du droit à la vie privée en ce qui a trait aux lieux ou à l'information peut nous aider dans les circonstances de l'espèce. La Cour d'appel a considéré que l'imagerie FLIR équivalait à une perquisition à la résidence de l'accusé, où « l'État doit manifester le plus grand respect » du droit à la vie privée, mais il est plus exact d'y voir un mode de surveillance externe de la maison en vue d'obtenir des renseignements au sujet de la maison, à partir desquels il sera ou non possible de faire des déductions sur ce qui se passe à l'intérieur, selon les autres renseignements dont dispose la police. L'utilisation du dispositif FLIR n'équivaut pas à une intrusion. Comme l'aspect qui a trait à l'information doit primer, il faut déterminer la limite du caractère raisonnable en insistant sur la nature et la qualité des renseignements produits par la technique FLIR existante et en analysant ensuite leur incidence sur le droit de l'accusé en matière d'attente raisonnable de vie privée.

2004 SCC 67 (CanLII)

FLIR technology cannot, in its present state of development, permit any inferences about the precise activity giving rise to the heat. The accused had a privacy interest in the activities taking place in his home and it may be presumed that he had a subjective expectation of privacy in such activities to the extent they were the subject matter of the search. The fact that it was his home that was imaged using FLIR is an important factor, but it is not controlling and must be looked at in context and in particular, in this case, in relation to the nature and quality of the information made accessible to the police by FLIR technology. Everything shown in the FLIR photograph exists on the external surfaces of the building and, in that sense, FLIR records only information exposed to the public. Although the information about the distribution of the heat was not visible to the naked eye, the FLIR heat profile did not expose any intimate details of the accused's lifestyle or part of his core biographical data. It only showed that some of the activities in the house generated heat.

Thus, when one considers the "totality of the circumstances", the use of FLIR technology did not intrude on the reasonable sphere of privacy of the accused. Patterns of heat distribution on the external surfaces of a house are not a type of information in which, objectively speaking, the accused had a reasonable expectation of privacy. The heat distribution information offered no insight into his private life and its disclosure scarcely affected his "dignity, integrity and autonomy".

Technology must be evaluated according to its current capability, and its evolution in future dealt with step by step. Concerns should be addressed as they truly arise. FLIR technology at this stage of its development is both non-intrusive in its operations and mundane in the data it is capable of producing. The taking of a FLIR image therefore did not violate the respondent's reasonable expectation of privacy within the scope of s. 8 of the *Charter*.

Cases Cited

Considered: *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; **not followed:** *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001); **referred to:** *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *R. v.*

La technique FLIR ne peut, à ce stade de son développement, permettre de déduire l'activité précise qui produit la chaleur. L'accusé avait un droit à la vie privée afférent aux activités qui se déroulaient dans sa résidence, et il faut présumer qu'il avait à l'égard de ces activités une attente subjective en matière de vie privée dans la mesure où ces activités étaient l'objet de l'image FLIR. Le fait que l'image obtenue par la technique FLIR ait montré la résidence de l'intimé constitue un facteur important, mais il n'est pas déterminant; il importe de l'examiner en contexte et en particulier, dans la présente affaire, en relation avec la nature et la qualité de l'information à laquelle la police avait accès grâce à la technique FLIR. Tout ce que l'image FLIR montre se trouve sur les surfaces extérieures de l'édifice et, en ce sens, cette image n'enregistre que des renseignements offerts à la vue du public. Même si l'information au sujet de la distribution de la chaleur n'était pas visible à l'œil nu, le profil thermique obtenu à l'aide du dispositif FLIR n'a pas révélé des détails intimes sur le mode de vie de l'accusé ou des renseignements d'ordre biographique le concernant. Il indiquait seulement que certaines activités à l'intérieur de la maison généraient de la chaleur.

Ainsi, si l'on considère « l'ensemble des circonstances », le recours à la technique FLIR ne constituait pas une intrusion dans la sphère raisonnable de vie privée de l'accusé. La façon dont la chaleur est distribuée sur les surfaces externes d'une maison n'est pas un renseignement à l'égard duquel, objectivement, l'accusé avait une attente raisonnable en matière de vie privée. Le renseignement concernant la distribution de la chaleur ne révélait rien sur sa vie privée et sa divulgation n'a guère influé sur « sa dignité, son intégrité et l'autonomie de sa personne ».

Il faut évaluer les techniques en fonction de leurs capacités actuelles, et tout développement qui pourra survenir devra être examiné par les tribunaux. Les problèmes doivent être analysés au moment où ils se posent véritablement. À son présent stade de développement, la technique FLIR n'est pas employée de façon intrusive et elle est inoffensive pour ce qui est des données qu'elle produit. L'obtention d'une image FLIR n'a donc pas porté atteinte à l'attente raisonnable de l'intimé en matière de vie privée au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

Jurisprudence

Arrêts examinés : *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; **arrêt non suivi :** *Kyllo c. United States*, 533 U.S. 27 (2001); **arrêts mentionnés :** *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51;

2004 SCC 67 (CanLII)

Collins, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Golden*, [2001] 3 S.C.R. 679, 2001 SCC 83; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *Semayne's Case*, [1558-1774] All E.R. Rep. 62 (1604); *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Wiley*, [1993] 3 S.C.R. 263; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393; *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872; *R. v. S.A.B.*, [2003] 2 S.C.R. 678, 2003 SCC 60; *R. v. Law*, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10; *R. v. Hutchings* (1996), 111 C.C.C. (3d) 215; *R. v. Boersma*, [1994] 2 S.C.R. 488; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652; *R. v. Joyce* (1996), 95 O.A.C. 321; *R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631, 2003 SCC 30; *R. v. Dinh* (2003), 16 Alta. L.R. (4th) 26, 2003 ABCA 201; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

Authors Cited

Brougham, Lord Henry. *Historical Sketches of Statesmen Who Flourished in the Time of George III*, vol. I. London: Richard Griffin and Co., 1855.

Canada. Report of a Task Force established jointly by Department of Communications/Department of Justice. *Privacy and Computers*. Ottawa: Information Canada, 1972.

Orwell, George. *Nineteen Eighty-Four*. Toronto: Penguin Books, 1949.

Westin, Alan F. *Privacy and Freedom*. New York: Atheneum, 1970.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2003), 63 O.R. (3d) 1, 168 O.A.C. 124, 171 C.C.C. (3d) 361, 9 C.R. (6th) 36, 102 C.R.R. (2d) 132, [2003] O.J. No. 186 (QL), setting aside the accused's convictions for drug and weapons offences. Appeal allowed.

James W. Leising and *Morris Pistyner*, for the appellant.

Frank Miller and *A. Thomas Costaris*, for the respondent.

R. c. Collins, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679, 2001 CSC 83; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *Semayne's Case*, [1558-1774] All E.R. Rep. 62 (1604); *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Wiley*, [1993] 3 R.C.S. 263; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393; *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872; *R. c. S.A.B.*, [2003] 2 R.C.S. 678, 2003 CSC 60; *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10; *R. c. Hutchings* (1996), 111 C.C.C. (3d) 215; *R. c. Boersma*, [1994] 2 R.C.S. 488; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652; *R. c. Joyce* (1996), 95 O.A.C. 321; *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, 2003 CSC 30; *R. c. Dinh* (2003), 16 Alta. L.R. (4th) 26, 2003 ABCA 201; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

Doctrine citée

Brougham, Lord Henry. *Historical Sketches of Statesmen Who Flourished in the Time of George III*, vol. I. London : Richard Griffin and Co., 1855.

Canada. Rapport du Groupe d'étude établi conjointement par le ministère des Communications et le ministère de la Justice. *L'ordinateur et la vie privée*. Ottawa : Information Canada, 1972.

Orwell, George. *1984*. Traduit de l'anglais par Amélie Audiberti. Paris : Gallimard, 1950.

Westin, Alan F. *Privacy and Freedom*. New York : Atheneum, 1970.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2003), 63 O.R. (3d) 1, 168 O.A.C. 124, 171 C.C.C. (3d) 361, 9 C.R. (6th) 36, 102 C.R.R. (2d) 132, [2003] O.J. No. 186 (QL), qui a annulé les déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé relativement à des infractions en matière de drogue et d'armes à feu. Pourvoi accueilli.

James W. Leising et *Morris Pistyner*, pour l'appelante.

Frank Miller et *A. Thomas Costaris*, pour l'intimé.

2004 SCC 67 (CanLII)

Scott C. Hutchison, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Dominique Jobin and *Gilles Laporte*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Peter M. Brauti, *Sara J. Erskine* and *Brian G. Wasyliw*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of the Court was delivered by

1 BINNIE J. — This appeal requires us to consider some of the limits on the ability of the state to put our homes under surveillance using sophisticated technology without first obtaining a judicial warrant based on reasonable and probable grounds that an offence has been committed.

2 In the present case, the police used a thermal imaging device to take a "heat" picture of the respondent's home from an overhead aircraft. The camera, utilizing Forward Looking Infra-Red ("FLIR") technology, recorded not patterns of light but the relative distribution of heat over the surface of the building. The police did not obtain a search warrant prior to the overflight.

3 The FLIR image, taken together with other evidence, caused the police to infer the existence in the respondent's home of a marijuana-growing operation ("grow-op"). The respondent says the use of the FLIR technology constituted a search of his home, and having been done without a warrant, violated his constitutional right to be free from unreasonable search and seizure under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Ontario Court of Appeal agreed with him. In our view, the Court of Appeal erred in that conclusion and the appeal must be allowed.

I. Facts

4 The RCMP began investigating the respondent in February 1999. They received information from two informants. One of the informants, a source whose credibility was untested, claimed that the respondent and a colleague called Ken were producing

Scott C. Hutchison, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Dominique Jobin et *Gilles Laporte*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Peter M. Brauti, *Sara J. Erskine* et *Brian G. Wasyliw*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — Dans le présent pourvoi, nous devons examiner quelques-unes des limites posées à la capacité de l'État de surveiller nos résidences à l'aide de techniques de pointe, sans avoir obtenu d'abord un mandat décerné sur la base de motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise.

En l'espèce, la police a eu recours à un dispositif d'imagerie thermique pour prendre une photographie de la « chaleur » de la maison de l'intimé à partir d'un aéronef. L'appareil photo, qui utilise un système infrarouge à vision frontale (« FLIR »), a enregistré la distribution relative de la chaleur sur la surface de l'édifice et non des tracés de lumière. La police n'a pas obtenu de mandat de perquisition avant de survoler la résidence.

La police a déduit de l'image FLIR et d'autres éléments de preuve que l'intimé cultivait de la marijuana dans sa résidence. L'intimé affirme que le recours à la technique FLIR équivalait à une perquisition de sa résidence, et que cette perquisition sans mandat portait atteinte à son droit à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d'appel de l'Ontario lui a donné raison. Selon nous, la conclusion de la Cour d'appel est erronée et le pourvoi doit être accueilli.

I. Les faits

La GRC a ouvert une enquête sur l'intimé au mois de février 1999. Elle a reçu des renseignements de deux informateurs. L'un d'eux, dont la crédibilité n'avait pas été éprouvée, a soutenu que l'intimé et un complice prénommé Ken produisaient de la

2004 SCC 67 (CanLII)

and trafficking in marijuana. The second informant, a proven source, told police that a known drug dealer was buying large quantities of drugs from a man named Ken in the area in which the respondent lived. He did not directly implicate the respondent. Marijuana grow-ops typically use high-intensity halide lamps and generate substantial amounts of heat. The police contacted Ontario Hydro to find out if there was unusual electricity usage at any of the properties owned by the respondent or Ken but, according to the metered supply, the usage was normal. Visual surveillance of the buildings revealed nothing to suggest a marijuana grow-op.

On April 29, 1999, the police used an RCMP airplane equipped with a FLIR camera to overfly the buildings. FLIR technology records images of thermal energy or heat radiating from a building. Once a baseline is calibrated, cooler areas show up as dark, and warmer areas are lighter. FLIR imaging cannot, at this stage of its development, determine the nature of the source of heat within the building. It cannot distinguish between heat diffused over an external wall that came originally from a sauna or a pottery kiln, or between heat that originated in an overheated toaster or heat from a halide lamp. In short, the FLIR camera cannot "see" through the external surfaces of a building. (In U.S. parlance it is "off-the-wall" technology as opposed to "through-the-wall" technology.) However, the substantial amounts of heat generated by marijuana growing operations must eventually escape from the building. The FLIR camera creates an image of the distribution of escaping heat at a level of detail not discernible by the naked eye. A FLIR image, put together with other information, can help the police get reasonable and probable grounds to believe that a marijuana growing operation is in residence.

And so it was in this case. The RCMP were able to obtain a warrant based on the results of the FLIR image of the respondent's home coupled with the information supplied by the two informants. When

marijuana et en faisaient le trafic. Le second informateur, qui avait fait ses preuves, a dit à la police qu'un trafiquant de drogues connu achetait des quantités importantes de drogue d'un homme appelé Ken, dans le quartier où vivait l'intimé, mais il n'a pas impliqué directement l'intimé. La culture de marijuana nécessite généralement de puissantes lampes aux halogénures qui dégagent une chaleur considérable. La police a communiqué avec Ontario Hydro pour tenter de déterminer s'il y avait consommation anormale d'électricité dans l'une ou l'autre des maisons de l'intimé ou de Ken, mais les relevés indiquaient une consommation normale. La surveillance visuelle des maisons n'a rien révélé qui pouvait indiquer une opération de culture de marijuana.

5 Le 29 avril 1999, la police a utilisé un avion de la GRC équipé d'une caméra FLIR pour survoler les édifices. La technique FLIR permet d'enregistrer des images de l'énergie thermique ou de la chaleur émanant d'un édifice. Une fois que les données de base sont calibrées, les zones froides apparaissent dans des teintes foncées et les zones chaudes sont représentées par des teintes plus pâles. Le dispositif d'imagerie FLIR ne permet pas, à ce stade de développement, de déterminer la nature de la source de chaleur dans l'édifice. Il ne permet pas de distinguer à partir de la chaleur que diffuse un mur extérieur si la source provient d'un sauna, d'un four à poterie, d'un grille-pain en surchauffe ou d'une lampe halogène. Bref, le dispositif FLIR ne peut « voir » à travers les surfaces externes d'un édifice. (Aux É.-U., on parle d'un système « *off-the-wall* » par opposition à un système « *through-the-wall* ».) Toutefois, la quantité substantielle de chaleur générée par la culture de la marijuana doit éventuellement s'échapper du bâtiment. La caméra FLIR produit une image de la distribution des fuites de chaleur à un niveau de détail indiscernable à l'œil nu. Une image FLIR, combinée à d'autres renseignements, peut contribuer à donner à la police des motifs raisonnables de croire qu'une maison abrite une opération de culture de marijuana.

6 C'est ce qui s'est passé en l'espèce. La GRC a pu obtenir un mandat sur le fondement des résultats de l'image FLIR de la maison de l'intimé et des renseignements fournis par les deux informateurs. Lorsque

2004 SCC 67 (CanLII)

the RCMP entered the home, they found a large quantity of marijuana, two sets of scales, freezer bags, and several guns. The street value of the marijuana was between $15,000 and $22,500. The respondent was charged with a variety of offences, to which his response was that the FLIR overflight was a violation of his *Charter* rights and the police should therefore never have been granted a search warrant based in part on the FLIR image. Accordingly, in the absence of a valid search warrant, he argues, the evidence obtained by the police from inside the house should be excluded. There then being insufficient evidence to support the convictions, he should be acquitted.

les agents de la GRC ont pénétré dans la maison, ils ont trouvé une quantité importante de marijuana, deux balances, des sacs à congélation et plusieurs armes à feu. La valeur de revente de la marijuana oscillait entre 15 000 et 22 500 $. L'intimé a été accusé de diverses infractions. Il a opposé comme moyen de défense que le vol FLIR portait atteinte à ses droits garantis par la *Charte* et que la police n'aurait jamais dû obtenir un mandat de perquisition fondé en partie sur l'image FLIR. Par conséquent, en l'absence d'un mandat de perquisition valide, il prétend qu'il fallait exclure les éléments de preuve recueillis dans la maison et prononcer son acquittement puisqu'il ne restait pas suffisamment d'éléments de preuve pour étayer les déclarations de culpabilité.

II. Judicial History

A. *Superior Court (Thomson J.)*

7 In brief oral reasons, the trial judge concluded that the use of FLIR technology was unobjectionable but even if it was objectionable the evidence ought nevertheless to be admitted because its exclusion would bring the administration of justice into disrepute. The respondent was convicted and sentenced to six months' imprisonment for possession of marijuana for the purposes of trafficking, six months concurrent for the related drug offences, and a total of 12 months for the weapons offences.

B. *Court of Appeal for Ontario (O'Connor A.C.J.O., Abella and Sharpe JJ.A.)*

8 Abella J.A. started with the proposition that the home is a place where privacy commands a high level of protection. The question in the present case was whether "the privacy interest in the home extends to heat generated inside the home but reflected on the outside": (2003), 63 O.R. (3d) 1, at para. 33. She noted that in *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8, at para. 29, Sopinka J., when listing what he considered to be

II. L'historique des procédures judiciaires

A. *Cour supérieure (le juge Thomson)*

Dans des motifs succincts prononcés à l'audience, le juge de première instance a conclu qu'on ne pouvait reprocher à la police d'avoir utilisé la technique FLIR, mais que même si l'on avait pu formuler ce reproche, la preuve aurait quand même été recevable parce que son exclusion aurait déconsidéré l'administration de la justice. L'intimé a été déclaré coupable de possession de marijuana en vue d'en faire le trafic et d'autres infractions liées à la drogue et il a été condamné à deux peines d'emprisonnement de six mois à purger concurremment; il a également été déclaré coupable d'infractions en rapport avec les armes à feu pour lesquelles il a été condamné à une peine totale de 12 mois d'emprisonnement.

B. *Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef adjoint O'Connor et les juges Abella et Sharpe)*

La juge Abella a d'abord énoncé le principe selon lequel la résidence est un lieu où il convient d'accorder un degré élevé de protection de la vie privée. Selon elle, la Cour devait déterminer si [TRADUCTION] « le droit à la vie privée applicable à la résidence s'étend à la chaleur générée à l'intérieur de la résidence et dégagée à l'extérieur de celle-ci » : (2003), 63 O.R. (3d) 1, par. 33. Elle a fait

2004 SCC 67 (CanLII)

examples of lawful investigatory techniques, "notably included 'overhead infrared photography'".

Abella J.A. pointed out that the accused had a reasonable expectation of privacy in activities carried on within his residence and "the sole reason that police photograph the heat emanations is to attempt to determine what is happening inside the house" (para. 61). While the images created by FLIR technology are relatively crude, "[t]he fact that it is necessary for the police to draw inferences from the heat emanating from the external walls in order to deduce what those internal activities are, does not change the nature of what is taking place" (para. 61).

In her view "there is an important distinction between observations that are made by the naked eye or even by the use of enhanced aids, such as binoculars, which are in common use, and observations which are the product of technology" (para. 63). In particular, "FLIR technology . . . goes beyond observation, disclosing information that would not otherwise be available and tracking the external reflections of what is happening internally" (para. 65). Thus:

> The FLIR represents a search because it reveals what cannot otherwise be seen and detects activities inside the home that would be undetectable without the aid of sophisticated technology. Since what is being technologically tracked is the heat generated by activity inside the home, albeit reflected externally, tracking information through FLIR technology is a search within the meaning of s. 8 of the *Charter*. [para. 68]

With respect to whether the evidence should be admitted despite the unreasonableness of the search, Abella J.A. found the s. 8 breach to be a serious one since there was state intrusion into a home. Reasoning further that there is "public, judicial, and

remarquer que selon le juge Sopinka dans l'arrêt *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8, par. 29, [TRADUCTION] « "la photographie à infrarouge en plongée" figure parmi ces exemples » de techniques d'enquête qu'il considérait légales.

9 Soulignant que l'accusé pouvait entretenir des attentes raisonnables en matière de vie privée relativement aux activités se déroulant à l'intérieur de sa résidence, la juge Abella a indiqué que [TRADUCTION] « la police ne photographie les émanations de chaleur que pour déterminer la nature des activités se déroulant dans la maison » (par. 61). Bien que les images obtenues par le dispositif FLIR soient assez floues, [TRADUCTION] « [u]ne fois connue la chaleur émanant des murs extérieurs, la police doit recourir à des inférences pour déduire la nature des activités exercées. Toutefois, ce fait ne change en rien la nature de la démarche » (par. 61).

10 À son avis, [TRADUCTION] « il existe une distinction importante entre les observations à l'œil nu, ou même à l'aide d'accessoires d'amplification comme des jumelles, qui sont d'usage courant, et les observations qui sont le produit de moyens technologiques » (par. 63). Plus particulièrement, [TRADUCTION] « la technologie FLIR permet plus qu'une simple observation : elle dévoile des renseignements qui seraient inaccessibles en son absence et elle permet de déceler des manifestations extérieures de ce qui se déroule à l'intérieur » (par. 65). Ainsi :

> [TRADUCTION] La surveillance à l'aide du FLIR constitue une perquisition parce que les éléments qu'elle révèle seraient autrement invisibles, et qu'elle détecte des activités qui se déroulent dans la résidence et qui seraient indétectables en l'absence d'une technologie sophistiquée. Le FLIR capte les manifestations extérieures de la chaleur produite dans la résidence, mais il vise à détecter la chaleur générée par les activités exercées dans la résidence. Par conséquent, la détection de données à l'aide du FLIR constitue une perquisition au sens de l'art. 8 de la *Charte*. [par. 68]

11 Quant à la question de savoir s'il convenait d'admettre les éléments de preuve en dépit du caractère abusif de la perquisition, la juge Abella a statué que la contravention à l'art. 8 était grave car il y avait eu intrusion de l'État dans la résidence. Considérant

2004 SCC 67 (CanLII)

political recognition that marijuana is at the lower end of the hierarchy of harmful drugs" (para. 81), she concluded that the evidence ought to have been excluded and the respondent was therefore entitled to be acquitted on all charges.

en outre qu'[TRADUCTION] « il a été reconnu sur les scènes publiques, judiciaire et politique que la marijuana se situe au bas de l'échelle de la nocivité des drogues » (par. 81), elle a conclu qu'il aurait fallu exclure les éléments de preuve et que, par conséquent, l'intimé avait droit à un acquittement relativement à tous les chefs d'accusation.

III. Analysis

III. Analyse

12 The freedom from unreasonable search and seizure guaranteed by s. 8 of the *Charter* is fundamental to the relationship between the state and the citizen. It provides that:

La protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives garantie par l'art. 8 de la *Charte* est un élément fondamental de la relation entre l'État et le citoyen. Selon cet article :

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

13 Few things are as important to our way of life as the amount of power allowed the police to invade the homes, privacy and even the bodily integrity of members of Canadian society without judicial authorization. As La Forest J. stated in *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 427-28, "[t]he restraints imposed on government to pry into the lives of the citizen go to the essence of a democratic state."

Peu de choses revêtent autant d'importance pour notre mode de vie que l'étendue du pouvoir conféré à la police d'entrer dans la maison d'un citoyen canadien, de porter atteinte à sa vie privée et même à son intégrité corporelle sans autorisation judiciaire. Comme le juge La Forest l'a affirmé dans *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 427-428, « [l]'interdiction qui est faite au gouvernement de s'intéresser de trop près à la vie des citoyens touche à l'essence même de l'État démocratique. »

14 The midnight knock on the door is the nightmare image of the police state. Thus it was in 1763 that in a speech before the British Parliament, William Pitt (the Elder) famously extolled the right of everyone to exclude from his private domain the forces of the King:

L'arrivée des policiers en pleine nuit est la plus sombre illustration de l'État policier. C'est ainsi que, dans un discours célèbre prononcé en 1763 devant le Parlement britannique, William Pitt (le Premier Pitt) a prôné le droit de chacun d'interdire aux forces de Sa Majesté l'accès à son domaine privé :

The poorest man may in his cottage bid defiance to all the forces of the crown. It may be frail — its roof may shake — the wind may blow through it — the storm may enter — the rain may enter — but the King of England cannot enter! — all his force dares not cross the threshold of the ruined tenement!

[TRADUCTION] Dans sa chaumière, l'homme le plus pauvre peut défier toutes les forces de la Couronne. Sa chaumière peut bien être frêle, son toit peut branler, le vent peut souffler à travers, la tempête peut y entrer, la pluie peut y pénétrer, mais le roi d'Angleterre, lui, ne peut pas entrer! Toute sa force n'ose pas franchir le seuil du logement délabré.

(Lord H. Brougham, *Historical Sketches of Statesmen Who Flourished in the Time of George III* (1855), vol. I, at p. 42)

(Lord H. Brougham, *Historical Sketches of Statesmen Who Flourished in the Time of George III* (1855), vol. I, p. 42)

15 It is perhaps a long spiritual journey from Pitt's ringing pronouncements to the respondent's attempt to shelter a marijuana grow-op in the basement of

Peut-être qu'un long voyage spirituel sépare le vibrant plaidoyer de Pitt de la tentative de l'intimé de mettre une culture de marijuana à l'abri dans

2004 SCC 67 (CanLII)

his home in Kingsville, Ontario, but the principle is the same. Building upon the foundation laid by the common law, s. 8 of the *Charter* creates for "[e]veryone" certain areas of personal autonomy where "all the forces of the crown" cannot enter. These areas we have now gathered up under the general heading of privacy, although in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 159, Dickson J., as he then was, was careful not to foreclose the existence of s. 8 "interests beyond the right of privacy", saying:

> Like the Supreme Court of the United States, I would be wary of foreclosing the possibility that the right to be secure against unreasonable search and seizure might protect interests beyond the right of privacy, but for purposes of the present appeal I am satisfied that its protections go at least that far.

Much of the law in this area betrays its early roots in the law of trespass. In an earlier era, privacy was associated with private property, whose possession protected against intruders. If the rights of private property were respected, and the curtains of the home (or the drawbridge of the castle) were pulled, the King's agents could watch from a distance but would have no way of finding out what was going on inside. As technology developed, the protection offered by property rights diminished. Wiretaps, for example, require no physical intrusion, but can be implemented at a distance. FLIR images can be taken from an airplane. The courts were reluctant to accept the idea that, as technology developed, the sphere of protection for private life must shrink. Instead, it was recognized that the rights of private property were to some extent a proxy for the privacy that ownership of property originally conferred, and therefore, as the state's technical capacity for peeking and snooping increased, the idea of a protected sphere of privacy was refined and developed. The perspective adopted by the Court in *Hunter v. Southam*, *supra*, accordingly, is that s. 8 "protects people, not places" (p. 159). See also *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111, at p. 1142.

le sous-sol de sa maison de Kingsville en Ontario, mais le principe reste le même. Prenant appui sur les fondements de la common law, l'art. 8 de la *Charte* crée pour « [c]hacun » des zones d'autonomie personnelle dans lesquelles « toutes les forces de la Couronne » ne peuvent pas entrer. Ces zones sont maintenant réunies sous l'appellation générale de « vie privée », mais le juge Dickson (plus tard Juge en chef) s'est prudemment gardé, dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 159, d'exclure de l'objet de l'art. 8 la protection « d'autres droits que le droit à la vie privée » :

> À l'instar de la Cour suprême des États-Unis, j'hésiterais à exclure la possibilité que le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives protège d'autres droits que le droit à la vie privée mais, pour les fins du présent pourvoi, je suis convaincu que la protection qu'il offre est au moins aussi étendue.

16

La plupart des règles de droit applicables en cette matière trahissent leur rattachement au droit relatif à la violation de la propriété. Autrefois, la vie privée était associée à la propriété privée et la possession de cette propriété constituait une protection contre les intrus. Si les droits de propriété privée étaient respectés et que les rideaux des maisons étaient tirés (ou les ponts-levis des châteaux, levés), les mandataires du roi pouvaient observer à distance, mais ils ne disposaient d'aucun moyen de savoir ce qui se passait à l'intérieur. La protection offerte par les droits de propriété a diminué à mesure que la technologie a progressé. L'écoute électronique, par exemple, peut être mise en œuvre à distance sans intrusion physique. Les images FLIR peuvent être prises d'un avion. Les tribunaux ont hésité à accepter l'idée que l'aire de protection de la vie privée doit rétrécir à mesure que la technologie se développe. Ils ont plutôt reconnu que les droit en matière de propriété privée servaient, dans une certaine mesure, de véhicule au droit à la vie privée que conférait à l'origine la propriété d'un bien et, par conséquent, à mesure qu'augmentait la capacité technique de l'État de fureter, l'idée d'une aire de vie privée protégée s'est précisée et développée. C'est ainsi que notre Cour a adopté, dans l'arrêt *Hunter c. Southam*, précité, le point de vue selon lequel l'art. 8 « protège les personnes et non les lieux » (p. 159). Voir également *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111, p. 1142.

2004 SCC 67 (CanLII)

A. *Striking the Balance*

17 At the same time, social and economic life creates competing demands. The community wants privacy but it also insists on protection. Safety, security and the suppression of crime are legitimate countervailing concerns. Thus s. 8 of the *Charter* accepts the validity of reasonable searches and seizures. A balance must be struck, as held in *Hunter v. Southam*, *supra*, at pp. 159-60, *per* Dickson J.:

> . . . an assessment must be made as to whether in a particular situation the public's interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement.

18 The notion of the "balance" was also canvassed by Sopinka J. in advocating a "contextual approach" in *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 293:

> Consideration of such factors as the nature of the information itself, the nature of the relationship between the party releasing the information and the party claiming its confidentiality, the place where the information was obtained, the manner in which it was obtained and the seriousness of the crime being investigated allows for a balancing of the societal interests in protecting individual dignity, integrity and autonomy with effective law enforcement.

In the result the right to be free from examination by the state is subject to constitutionally permissible limitations. First, "not every form of examination conducted by the government will constitute a 'search' for constitutional purposes. On the contrary, only where those state examinations constitute an intrusion upon some reasonable privacy interest of individuals does the government action in question constitute a 'search' within the meaning of s. 8"; *Evans*, *supra*, at para. 11. It is only "[i]f the police activity invades a reasonable expectation of privacy, [that] the activity is a search"; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527, at p. 533. Second, as the language of s. 8 implies, even those investigations that are "searches" are permissible if they are "reasonable". A search will not offend s. 8 if it is authorized by a reasonable law and carried out in a reasonable manner: *R. v. Caslake*,

A. *La recherche d'un équilibre*

En même temps, la vie économique et sociale crée des demandes concurrentes. Les citoyens tiennent à leur vie privée, mais ils veulent également être protégés. La répression du crime et la sécurité sont des préoccupations légitimes tout aussi valables. Ainsi, l'art. 8 de la *Charte* reconnaît la validité des fouilles, perquisitions et saisies non abusives. Il faut établir un équilibre, comme le juge Dickson l'a indiqué dans *Hunter c. Southam*, précité, p. 159-160 :

> . . . il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi.

Le juge Sopinka a lui aussi abordé la notion d'« équilibre » lorsqu'il a préconisé l'adoption d'une « méthode contextuelle » dans l'arrêt *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 293 :

> L'examen de facteurs tels la nature des renseignements, celle des relations entre la partie divulguant les renseignements et la partie en réclamant la confidentialité, l'endroit où ils ont été recueillis, les conditions dans lesquelles ils ont été obtenus et la gravité du crime faisant l'objet de l'enquête, permet de pondérer les droits sociétaux à la protection de la dignité, de l'intégrité et de l'autonomie de la personne et l'application efficace de la loi.

Il s'ensuit que le droit à la protection contre les enquêtes de l'État est assujetti à des restrictions constitutionnellement acceptables. Premièrement, « tout type d'enquête gouvernementale ne constituera pas forcément, sur le plan constitutionnel, une "fouille ou perquisition". Au contraire, ce n'est que lorsque les enquêtes de l'État empiètent sur un droit raisonnable des particuliers à la vie privée que l'action gouvernementale en cause constitue une "fouille ou perquisition" au sens de l'art. 8 » : *Evans*, précité, par. 11. Ce n'est que « [s]i l'activité de la police a pour effet de déjouer une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée [qu']elle constitue alors une fouille » : *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527, p. 533. Deuxièmement, comme le laisse entendre le texte de l'art. 8, même les enquêtes qui constituent des « fouilles ou perquisitions » sont acceptables si elles sont « raisonnables ». Une fouille ou

2004 SCC 67 (CanLII)

[1998] 1 S.C.R. 51; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265.

B. *The Reasonable Expectation of Privacy*

Accordingly, the Court early on established a purposive approach to s. 8 in which privacy became the dominant organizing principle. "The guarantee of security from unreasonable search and seizure only protects a reasonable expectation": *Hunter v. Southam*, *supra*, at p. 159 (emphasis in original). Given the bewildering array of different techniques available to the police (either existing or under development), the alternative approach of a judicial "catalogue" of what is or is not permitted by s. 8 is scarcely feasible. The principled approach was carried forward in *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 45, where Cory J., referring to the need to consider "the totality of the circumstances", laid particular emphasis on (1) the existence of a subjective expectation of privacy; and (2) the objective reasonableness of the expectation.

Within the general principle thus stated, the cases have come to distinguish among a number of privacy interests protected by s. 8. These include personal privacy, territorial privacy and informational privacy.

Privacy of the person perhaps has the strongest claim to constitutional shelter because it protects bodily integrity, and in particular the right not to have our bodies touched or explored to disclose objects or matters we wish to conceal. The state cannot conduct warrantless strip searches unless they are incident to a lawful arrest and performed in a reasonable manner (*R. v. Golden*, [2001] 3 S.C.R. 679, 2001 SCC 83, at paras. 90-92) in circumstances where the police have reasonable and probable grounds for concluding that a strip search is necessary in the particular circumstances of the arrest (para. 98). Nor may the police take bodily samples without authorization: *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607.

perquisition ne contrevient pas à l'art. 8 si elle est autorisée par une règle de droit raisonnable et exécutée d'une manière raisonnable : *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

B. *L'attente raisonnable en matière de vie privée*

19 La Cour a donc très tôt adopté à l'égard de l'art. 8 une méthode téléologique axée principalement sur le respect de la vie privée. « La garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ne vise qu'une attente raisonnable » : *Hunter c. Southam*, précité, p. 159 (souligné dans l'original). Étant donné l'ensemble déconcertant de techniques différentes (existantes ou en développement) qui s'offrent à la police, il ne serait guère réaliste d'appliquer l'autre méthode consistant à établir un « catalogue » judiciaire de ce qui est ou n'est pas permis par l'art. 8. La méthode fondée sur des principes a été précisée dans l'arrêt *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, par. 45, où le juge Cory, en indiquant qu'il fallait tenir compte de « l'ensemble des circonstances », a insisté sur l'importance de l'existence d'une attente subjective en matière de vie privée, et sur l'importance du caractère raisonnable de l'attente sur le plan objectif.

20 Dans le cadre du principe général ainsi formulé, la jurisprudence est parvenue à distinguer un certain nombre d'aspects du droit à la vie privée que protège l'art. 8, notamment des aspects qui ont trait à la personne, aux lieux et à l'information.

21 La vie privée qui a trait à la personne peut le plus fortement prétendre à une protection constitutionnelle parce qu'elle protège l'intégrité corporelle et plus particulièrement le droit de refuser toute palpation ou exploration corporelle qui dévoilerait des objets ou des matières qu'une personne veut dissimuler. L'État ne peut effectuer de fouille à nu sans mandat sauf si elle est accessoire à une arrestation légale et si elle est effectuée de façon non abusive (*R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679, 2001 CSC 83, par. 90-92), dans des cas où la police a des motifs raisonnables de croire que la fouille à nu est nécessaire dans les circonstances particulières de l'arrestation (par. 98). La police ne peut pas non plus prélever sans autorisation des échantillons de substances corporelles : *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607.

2004 SCC 67 (CanLII)

22 The original notion of territorial privacy ("the house of everyone is to him as his castle and fortress": *Semayne's Case*, [1558-1774] All E.R. Rep. 62 (1604), at p. 63) developed into a more nuanced hierarchy protecting privacy in the home, being the place where our most intimate and private activities are most likely to take place (*Evans*, *supra*, at para. 42; *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297, at para. 140, *per* Cory J.: "[t]here is no place on earth where persons can have a greater expectation of privacy than within their 'dwelling-house'"; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13, at para. 43), in diluted measure, in the perimeter space around the home (*R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, at pp. 237 and 241; *R. v. Wiley*, [1993] 3 S.C.R. 263, at p. 273), in commercial space (*Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at pp. 517-19; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, at pp. 641 *et seq*.), in private cars (*Wise*, *supra*, at p. 533; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615), in a school (*R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393, at para. 32), and even, at the bottom of the spectrum, a prison (*Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872, at p. 877). Such a hierarchy of places does not contradict the underlying principle that s. 8 protects "people, not places", but uses the notion of place as an analytical tool to evaluate the reasonableness of a person's expectation of privacy.

23 Beyond our bodies and the places where we live and work, however, lies the thorny question of how much *information* about ourselves and activities we are entitled to shield from the curious eyes of the state (*R. v. S.A.B.*, [2003] 2 S.C.R. 678, 2003 SCC 60). This includes commercial information locked in a safe kept in a restaurant owned by the accused (*R. v. Law*, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10, at para. 16). Informational privacy has been defined as "the claim of individuals, groups, or institutions to determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others": A. F. Westin, *Privacy*

La notion initiale de la vie privée qui a trait aux lieux ([TRADUCTION] « la maison de chacun est pour lui son château et sa forteresse » : *Semayne's Case*, [1558-1774] All E.R. Rep. 62 (1604), p. 63) a évolué pour faire place à une hiérarchie plus nuancée visant d'abord la vie privée dans la résidence, le lieu où nos activités les plus intimes et privées sont le plus susceptibles de se dérouler (*Evans*, précité, par. 42; *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297, par. 140, le juge Cory : « [i]l n'existe aucun endroit au monde où une personne possède une attente plus grande en matière de vie privée que dans sa "maison d'habitation" »; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13, par. 43), puis, dans une moindre mesure, dans le périmètre entourant la résidence (*R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, p. 237 et 241; *R. c. Wiley*, [1993] 3 R.C.S. 263, p. 273), dans les locaux commerciaux (*Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, p. 517-519; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, p. 641 et suiv.), dans les véhicules privés (*Wise*, précité, p. 533; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615), dans les écoles (*R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393, par. 32), et même, au bas de l'échelle, dans les prisons (*Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872, p. 877). Cette hiérarchie des lieux n'est pas contraire au principe sous-jacent selon lequel l'art. 8 protège « les personnes et non les lieux », mais elle emploie la notion de lieu comme instrument d'évaluation du caractère raisonnable de l'attente en matière de vie privée.

Au-delà de notre intégrité corporelle et des lieux où nous vivons et travaillons, toutefois, se pose l'épineuse question des *renseignements* qui nous concernent et des activités que nous pouvons soustraire à la curiosité de l'État (*R. c. S.A.B.*, [2003] 2 R.C.S. 678, 2003 CSC 60). Cela englobe les renseignements commerciaux conservés dans un coffre-fort dans un restaurant appartenant à l'accusé (*R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10, par. 16). Le droit au respect du caractère privé des renseignements personnels a été défini comme [TRADUCTION] « le droit revendiqué par des particuliers, des groupes ou des institutions de déterminer eux-mêmes

2004 SCC 67 (CanLII)

and Freedom (1970), at p. 7. Its protection is predicated on

> the assumption that all information about a person is in a fundamental way his own, for him to communicate or retain . . . as he sees fit.

(Report of a Task Force established jointly by Department of Communications/Department of Justice, *Privacy and Computers* (1972), at p. 13)

The distinction between personal, territorial and informational privacy provides useful analytical tools, but of course in a given case, the privacy interest may overlap the categories. Here, for example, the privacy interest is essentially informational (i.e., about the respondent's activities) but it also implicates his territorial privacy because although the police did not actually enter his house, that is where the activities of interest to them took place.

C. *Drawing the "Reasonableness" Line*

Privacy is a protean concept, and the difficult issue is where the "reasonableness" line should be drawn. Sopinka J. offered a response to this question in the context of informational privacy in *Plant*, *supra*, at p. 293, as follows:

> In fostering the underlying values of dignity, integrity and autonomy, it is fitting that s. 8 of the *Charter* should seek to protect a biographical core of personal information which individuals in a free and democratic society would wish to maintain and control from dissemination to the state. This would include information which tends to reveal intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual. [Emphasis added.]

I emphasize the word "include" because Sopinka J. was clear that his illustration ("intimate details of the lifestyle and personal choices") was not meant to be exhaustive, and should not be treated as such. Nevertheless, *Plant* clearly establishes that not all

le moment, la manière et la mesure dans lesquels des renseignements les concernant sont communiqués » : A. F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), p. 7. La protection de ce droit repose sur

> [le] postulat selon lequel l'information de caractère personnel est propre à l'intéressé, qui est libre de la communiquer ou de la taire comme il l'entend.

(Rapport du groupe d'étude établi conjointement par le ministère des Communications et le ministère de la Justice, *L'ordinateur et la vie privée* (1972), p. 13)

24 La distinction entre les aspects du droit à la vie privée selon qu'ils ont trait à la personne, aux lieux ou à l'information nous fournit des outils d'analyse utiles, mais dans une affaire donnée, bien sûr, divers aspects peuvent se recouper. En l'espèce, par exemple, c'est l'aspect qui a trait à l'information qui domine (les renseignements concernant les activités du défendeur), mais l'aspect qui a trait au lieu intervient aussi parce que, même si la police n'est pas effectivement entrée chez l'accusé, c'est dans sa maison que se déroulaient les activités qui intéressaient les forces de l'ordre.

C. *La limite du « caractère raisonnable »*

25 La vie privée étant une notion protéiforme, il est difficile de fixer la limite du « caractère raisonnable ». Dans l'arrêt *Plant*, précité, p. 293, le juge Sopinka a proposé la solution suivante relativement à l'aspect informationnel du droit à la vie privée :

> Étant donné les valeurs sous-jacentes de dignité, d'intégrité et d'autonomie qu'il consacre, il est normal que l'art. 8 de la *Charte* protège un ensemble de renseignements biographiques d'ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l'État. Il pourrait notamment s'agir de renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l'individu. [Je souligne.]

26 Je souligne le mot « notamment » parce que le juge Sopinka a clairement indiqué que son exemple (« des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels ») ne se voulait pas exhaustif et ne devait pas être considéré comme tel. Cependant,

2004 SCC 67 (CanLII)

information an individual may wish to keep confidential necessarily enjoys s. 8 protection.

27 The distinction between informational and territorial privacy is of some assistance in drawing the "reasonableness" line in the factual situation before the Court. Whereas Abella J.A. treated the FLIR imaging as *equivalent* to a search *of* the home, and thus "worthy of the state's highest respect" (para. 33), I think it is more accurately characterized as an external search for information *about* the home which may or may not be capable of giving rise to an inference about what was actually going on inside, depending on what other information is available.

28 Moreover, because I emphasize the informational aspect, my focus is on the quality of information that FLIR imaging can actually deliver, whereas Abella J.A., looking to safeguard the home, looked more to the "theoretical capacity" of the FLIR technology. For example, her reasons include the prediction that "[t]he nature of the intrusiveness is subtle but almost Orwellian in its theoretical capacity" (para. 79).

29 In my view, with respect, the reasonableness line has to be determined by looking at the information generated by *existing* FLIR technology, and then evaluating its impact on a reasonable privacy interest. If, as expected, the capability of FLIR and other technologies will improve and the nature and quality of the information hereafter changes, it will be a different case, and the courts will have to deal with its privacy implications at that time in light of the facts as they then exist.

30 Counsel for the respondent of course views these matters somewhat differently. He points to the observation of La Forest J. in *R. v. Wong*, [1990] 3

l'arrêt *Plant* établit clairement que les renseignements dont une personne peut vouloir préserver la confidentialité ne bénéficient pas tous de la protection de l'art. 8.

La distinction entre les aspects du droit à la vie privée en ce qui a trait aux lieux ou à l'information peut nous aider à fixer la limite du « caractère raisonnable » dans les circonstances de l'espèce. La juge Abella a considéré que l'imagerie FLIR *équivalait* à une perquisition *à* la résidence de l'accusé, où [TRADUCTION] « l'État doit manifester le plus grand respect » (par. 33) du droit à la vie privée, mais j'estime pour ma part qu'il est plus exact d'y voir un mode externe de collecte de renseignements *au sujet de* la maison, à partir desquels il sera ou non possible de faire des déductions sur ce qui se passe à l'intérieur, selon les autres renseignements qui sont disponibles.

De plus, comme je fais primer l'aspect qui a trait à l'information, je mets l'accent sur la qualité de l'information que l'imagerie FLIR permet d'obtenir, alors que la juge Abella, qui cherchait à protéger la résidence, s'est arrêtée d'avantage à la [TRADUCTION] « capacité théorique » de la technique FLIR, prédisant par exemple dans ses motifs que [TRADUCTION] « [l]a nature de l'intrusion est subtile, mais sa capacité théorique la rend presque orwélienne » (par. 79).

En toute déférence, je suis d'avis qu'il faut déterminer la limite du caractère raisonnable en examinant les renseignements produits par la technique FLIR *existante* et en analysant ensuite leur incidence sur le droit en matière d'attente raisonnable de vie privée. Si, comme on peut s'y attendre, les possibilités de la technique FLIR et d'autres techniques évoluent et entraînent des changements dans la nature et la qualité des renseignements obtenus, les circonstances seront différentes et les tribunaux devront se prononcer sur son incidence en matière de vie privée à ce moment-là, en fonction des faits qui leur seront alors présentés.

L'avocat de l'intimé envisage naturellement ces questions de façon différente, et il signale l'observation suivante qu'a faite le juge La Forest dans l'arrêt

2004 SCC 67 (CanLII)

S.C.R. 36, a case dealing with surveillance by video camera, at pp. 43-44:

> In *Duarte* [[1990] 1 S.C.R. 30], this Court held that unauthorized electronic audio surveillance violates s. 8 of the *Charter*. It would be wrong to limit the implications of that decision to that particular technology. Rather what the Court said in *Duarte* must be held to embrace all existing means by which the agencies of the state can electronically intrude on the privacy of the individual, and any means which technology places at the disposal of law enforcement authorities in the future. [Emphasis in original.]

I do not read this passage as entrenching a free-standing prohibition on electronic or other technologies without a warrant. The question is: *does* FLIR technology in fact intrude on the reasonable sphere of privacy of an individual?

D. *The "Totality of the Circumstances" Test*

I proceed on the basis of the "totality of the circumstances" test set out by Cory J. in *Edwards* and the questions listed therein, at para. 45, but the questions need to be tailored to the circumstances of the present case.

(1) Did the Respondent Have a Reasonable Expectation of Privacy?

On the facts of this case, we need to address:

1. What was the subject matter of the FLIR image?
2. Did the respondent have a direct interest in the subject matter of the FLIR image?
3. Did the respondent have a *subjective* expectation of privacy in the subject matter of the FLIR image?
4. If so, was the expectation *objectively* reasonable? In this respect, regard must be had to:
   a. the place where the alleged "search" occurred;

R. c. Wong, [1990] 3 R.C.S. 36, p. 43-44, une affaire qui portait sur la surveillance par caméra vidéo :

> Dans l'arrêt *Duarte* [[1990] 1 R.C.S. 30], cette Cour a conclu que la surveillance électronique audio non autorisée constitue une violation de l'art. 8 de la *Charte*. Il serait erroné de limiter les effets de cette décision à cette technologie particulière. Il faudrait plutôt conclure que les principes énoncés dans l'arrêt *Duarte* embrassent tous les moyens actuels permettant à des agents de l'État de s'introduire électroniquement dans la vie privée des personnes, et tous les moyens que la technologie pourra à l'avenir mettre à la disposition des autorités chargées de l'application de la loi. [Souligné dans l'original.]

Selon moi, ce passage ne consacre pas d'interdiction distincte visant l'utilisation sans mandat de techniques, électroniques ou autres. La question est de savoir si le recours à la technique FLIR *constitue* en fait une intrusion dans la sphère raisonnable de vie privée d'une personne.

D. *Le critère de « l'ensemble des circonstances »*

31 J'applique le critère de « l'ensemble des circonstances » formulé par le juge Cory dans l'arrêt *Edwards* et je réponds aux questions énumérées au par. 45 de cette décision, en les adaptant aux circonstances de la présente espèce.

(1) L'intimé avait-il une attente raisonnable en matière de vie privée?

32 Vu les faits en l'espèce, il faut répondre aux questions suivantes :

1. Quel est l'objet de l'image FLIR?
2. L'intimé possédait-il des droits sur l'objet de l'image FLIR?
3. L'intimé avait-il une attente *subjective* en matière de vie privée relativement à l'objet de l'image FLIR?
4. Dans l'affirmative, cette attente était-elle objectivement raisonnable? À cet égard, il faut tenir compte des éléments suivants :
   a. l'endroit où la prétendue « perquisition » a eu lieu;

2004 SCC 67 (CanLII)

b. whether the subject matter was in public view;

c. whether the subject matter had been abandoned;

d. whether the information was already in the hands of third parties; if so, was it subject to an obligation of confidentiality?

e. whether the police technique was intrusive in relation to the privacy interest;

f. whether the use of surveillance technology was itself objectively unreasonable;

g. whether the FLIR heat profile exposed any intimate details of the respondent's lifestyle, or information of a biographical nature.

(2) If There Was a Reasonable Expectation of Privacy in This Case, Was it Violated by the Police Conduct?

33 With respect to this second question, as Abella J.A. pointed out, the law is clear that warrantless searches are presumptively unreasonable, absent exigent circumstances (*Hunter v. Southam*, *supra*; *Collins*, *supra*, at p. 278; *Evans*, *supra*; and *Grant*, *supra*). However, the second question is only reached if the first question is answered in the affirmative.

E. *Did the Respondent Have a Reasonable Expectation of Privacy in the Subject Matter of the FLIR Image?*

(1) What Is the Subject Matter of a FLIR Image?

34 The parties agree that for present purposes the subject matter of FLIR technology was accurately set out in the information used by the RCMP to obtain the search warrant after the FLIR overflight, as follows:

Thermal infrared systems are often used to conduct "structure profiles". These devices are passive

b. si l'objet était à la vue du public;

c. si l'objet avait été abandonné;

d. si des tiers possédaient déjà les renseignements; dans l'affirmative, ces renseignements étaient-ils visés par une obligation de confidentialité?

e. si la technique policière a porté atteinte au droit à la vie privée;

f. si le recours à la technique de surveillance était elle-même déraisonnable d'un point de vue objectif;

g. si le profil thermique obtenu à l'aide du dispositif FLIR a révélé des détails intimes sur le mode de vie de l'intimé ou des renseignements d'ordre biographique le concernant.

(2) Si l'intimé avait une attente raisonnable en matière de vie privée en l'espèce, a-t-elle été violée par la conduite de la police?

Quant à la deuxième question, comme l'a signalé la juge Abella, selon la loi, il est clair que les perquisitions sans mandat sont présumées abusives en l'absence de situation d'urgence (*Hunter c. Southam*, précité; *Collins*, précité, p. 278; *Evans*, précité; et *Grant*, précité). Toutefois, pour arriver à cette deuxième question, il faut auparavant que la première question ait reçu une réponse affirmative.

E. *L'intimé avait-il une attente raisonnable en matière de vie privée relativement à l'objet de l'image FLIR?*

(1) Quel est l'objet d'une image FLIR?

Les parties reconnaissent que, pour ce qui est de la présente espèce, l'objet de la technique FLIR a été énoncé avec exactitude comme suit dans la dénonciation présentée par la GRC en vue de l'obtention du mandat de perquisition, après le vol FLIR :

[TRADUCTION] Les systèmes de détecteur infrarouge sont souvent utilisés pour effectuer des « profils de structure ».

2004 SCC 67 (CanLII)

instruments which are sensitive to only thermal surface radiant temperature. The devices do not see into, or through structures. The FLIR system detects only energy which is radiated from the outside surface of an object. Internal heat which is transmitted to the outside surface of an object is detectable. This device . . . is essentially a camera that takes photographs of heat instead of light . . . The rooms of marijuana growing operations with halide lights are warmer than the average room in a residence. The walls of these rooms emanate this heat to the outside, and are therefore detectable by the FLIR. Heat in a residence is usually evenly distributed throughout the building's exterior. By comparing the pattern of heat emanating from the structure, it is possible to detect patterns of heat showing rooms or sections of a structure that may be housing the marijuana growing operation.

Ces dispositifs sont des instruments passifs, uniquement sensibles au rayonnement thermique d'une surface. Les dispositifs ne voient pas à l'intérieur des structures ni à travers celles-ci. Le système FLIR se limite à détecter l'énergie qui rayonne de la surface extérieure d'un objet. La chaleur interne transmise à la surface extérieure est détectable. Pour l'essentiel, ce dispositif [. . .] est une caméra qui prend des photographies de la chaleur plutôt que de la lumière [. . .] Les pièces dans lesquelles des plants de marijuana poussent à l'aide de lampes halogènes sont plus chaudes que, en moyenne, les autres pièces d'une résidence. De la chaleur émane de leurs murs, vers l'extérieur du bâtiment. Ainsi ces murs deviennent-ils détectables par le système FLIR. La chaleur est habituellement distribuée de façon uniforme à l'intérieur d'une résidence et à sa surface extérieure. En comparant les différences de chaleur entre les éléments de la structure, il est possible de détecter des répartitions de chaleur qui indiquent la présence d'une culture de marijuana et qui désignent des pièces ou des sections de structure susceptibles d'abriter une telle culture.

2004 SCC 67 (CanLII)

It is evident from the final sentence that a FLIR image is only as helpful as the inferences that it is capable of supporting. After reviewing the evidence, Abella J.A. concluded (at para. 69):

35 La dernière phrase montre clairement que les images FLIR n'ont pas plus d'utilité que les déductions qui peuvent en être tirées. Après avoir examiné la preuve, la juge Abella est parvenue à la conclusion suivante (par. 69) :

> Some perfectly innocent internal activities in the home can create the external emanations detected and measured by the FLIR, and many of them, such as taking a bath or using lights at unusual hours, are intensely personal.

> [TRADUCTION] Certaines activités parfaitement innocentes peuvent produire des émanations externes détectables et mesurables par le FLIR. Parmi ces activités, plusieurs — comme prendre un bain ou utiliser des lumières à des heures inhabituelles — sont éminemment personnelles.

While sources such as baths and innocent light fixtures "create" external emanations of heat, the evidence is clear that FLIR technology cannot at this state of its development differentiate between one heat source and another. The inferences that may be justified are extremely limited, as discussed in *R. v. Hutchings* (1996), 111 C.C.C. (3d) 215 (B.C.C.A.), at para. 29.

Des sources de chaleur comme le bain et d'innocents appareils d'éclairage « produisent » des émanations externes de chaleur, mais la preuve démontre clairement que la technique FLIR ne peut, à ce stade de son développement, permettre de distinguer entre différentes sources de chaleur. Les déductions justifiables sont extrêmement limitées, comme il en a été question dans l'arrêt *R. c. Hutchings* (1996), 111 C.C.C. (3d) 215 (C.A.C.-B.), par. 29.

It seems to me that Abella J.A. put her finger on the key to this case when she observed with respect to FLIR's present utility that "[t]he surface emanations are, on their own, meaningless" (para. 66 (emphasis added)). The information obtained via a FLIR image, by itself, cannot provide sufficient grounds to obtain a search warrant. This is because,

36 Il me semble que la juge Abella a la réponse en l'espèce lorsqu'elle fait observer, au sujet de l'utilité du système FLIR à l'heure actuelle, que [TRADUCTION] « [l]es émanations de surface n'ont, en elles-mêmes, aucune signification » (par. 66 (je souligne)). L'information obtenue dans une image FLIR ne saurait en soi fournir des motifs suffisants

as the Crown acknowledges, the relative crudity of the present technology does not, in itself, permit any inferences about the precise activity giving rise to the heat. For that, other evidence is required to determine if there is any reason to believe the source of the heat is a marijuana grow-op. As Crown counsel put the point in oral argument, the process of obtaining a search warrant sits "on a fulcrum. And you pile straws on one side. And this [FLIR image] is one of the straws." Moreover, "if you don't have a number of other cogent items of evidence, [FLIR] isn't going to help you greatly". Based on *current* FLIR technology, this is correct.

(2) Did the Respondent Have a Direct Interest in the Subject Matter of the Image?

37 In *Edwards*, *supra*, the Court held that an accused had no s. 8 interest in the contents of his girlfriend's apartment. No such problem arises in this case. The house under surveillance was the respondent's home.

(3) Did the Respondent Have a *Subjective* Expectation of Privacy in the Subject Matter of the FLIR Image?

38 The respondent did not testify on the *voir dire* on his s. 24(2) application to exclude the evidence, but in my view it may be presumed unless the contrary is shown in a particular case that information about what happens *inside* the home is regarded by the occupants as private. Such an expectation is rooted in the ancient law of trespass and finds its modern justification in the intimacies of personal and family life. This is the approach adopted by the Ontario Court of Appeal and, so far as it goes, I agree with it.

39 The Crown takes the position that the escape of heat from *outside* a home, like the escape of smoke from a fireplace chimney or cooking odours from a kitchen fan, represents the voluntary exposure of

d'obtenir un mandat de perquisition. Comme le reconnaît le ministère public, cela s'explique par le fait que le stade relativement primitif de la technologie ne permet pas de déduire l'activité précise qui produit la chaleur. Il faut disposer d'autres éléments de preuve pour déterminer s'il existe des motifs de croire que la chaleur provient de la culture de marijuana. Comme l'a fait valoir l'avocat du ministère public dans son plaidoyer, le processus d'obtention d'un mandat de perquisition repose [TRADUCTION] « sur un pivot. Et vous empilez les brins de paille d'un côté. Et c'est [l'image FLIR] un des brins de paille. » De plus, [TRADUCTION] « si vous ne disposez pas d'un certain nombre d'autres éléments de preuve convaincants, [l'image FLIR] ne sera pas d'une grande utilité ».

(2) L'intimé possédait-il des droits sur l'objet de l'image?

Dans l'arrêt *Edwards*, précité, la Cour a jugé que l'accusé ne pouvait revendiquer le droit garanti à l'art. 8 relativement au contenu de l'appartement de sa petite amie. Ce problème ne se pose pas en l'espèce; la maison sous surveillance était la résidence de l'intimé.

(3) L'intimé avait-il une attente *subjective* en matière de vie privée relativement à l'objet de l'image FLIR?

L'intimé n'a pas témoigné lors du voir-dire relatif à sa demande d'exclusion de la preuve fondée sur le par. 24(2), mais je suis d'avis qu'on peut présumer, jusqu'à preuve du contraire, que les occupants d'une résidence considèrent comme privés les renseignements concernant ce qui se passe *à l'intérieur* de la résidence. Cette attente remonte aux anciennes règles de droit relatives à la violation de la propriété et trouve sa justification moderne dans le caractère intime que revêtent la vie personnelle et la vie de famille. C'est l'approche que la Cour d'appel de l'Ontario a adoptée et j'y souscris jusqu'à un certain point.

Le ministère public soutient que la fuite de chaleur *à l'extérieur* d'une résidence, comme la fumée s'échappant d'une cheminée ou les odeurs de cuisson sortant d'un ventilateur de cuisine, sont autant

2004 SCC 67 (CanLII)

information. Thus, the Crown argues, the respondent could have had no reasonable subjective expectation of privacy in the information obtained in the FLIR overflight. The raw information, to the extent it was discernible to the naked eye, had been abandoned to the public domain in circumstances where casual observers or passers-by were under no obligation to keep the information confidential.

It is true that a person can have no reasonable expectation of privacy in what he or she knowingly exposes to the public, or to a section of the public, or abandons in a public place (*R. v. Boersma*, [1994] 2 S.C.R. 488; *Stillman*, *supra*, at para. 62, *per* Cory J., and at para. 226, *per* McLachlin J. (as she then was), dissenting; *Evans*, *supra*, at para. 50, *per* Major J., concurring; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416, at p. 453; *Dyment*, *supra*, at p. 435; and *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652, at para. 45).

However, I do not think it can be said that "allowing" heat to escape rebuts an expectation of privacy in the way, for example, that the accused was said to "abandon" his privacy interest in the garbage he put out on the street for collection in *R. v. Joyce* (1996), 95 O.A.C. 321 (C.A.), at paras. 4-5. Few people think to conceal their home's heat loss profile, and would have difficulty doing so if they tried. Living as he does in a land of melting snow and spotty home insulation, I do not believe that the respondent had a serious privacy interest in the heat patterns on the exposed external walls of his home. However, the police were clearly interested in the "heat profile" not for its own sake but for what it might reveal about the activities *inside* the home. In that respect, to the extent that it is in issue, the respondent maintained a subjective expectation of privacy.

I should add a *caveat*. The *subjective* expectation of privacy is important but its absence should not be used too quickly to undermine the protection

de renseignements volontairement communiqués. Ainsi, selon le ministère public, l'intimé ne pouvait avoir d'attente subjective raisonnable en matière de vie privée relativement aux renseignements obtenus lors du vol FLIR. Dans la mesure où elle pouvait être observée à l'œil nu, l'information brute avait été abandonnée au domaine public dans des circonstances telles que les simples observateurs ou passants n'assumaient aucune obligation de préserver la confidentialité des renseignements en question.

40 Il est vrai que nul ne saurait avoir d'attente raisonnable en matière de vie privée relativement à ce qu'il expose sciemment au public, ou à une partie du public, ou à ce qu'il abandonne dans un endroit public (*R. c. Boersma*, [1994] 2 R.C.S. 488; *Stillman*, précité, par. 62, le juge Cory, par. 226, et la juge McLachlin (maintenant Juge en chef), dissidente; *Evans*, précité, par. 50, le juge Major, motifs concordants; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, p. 453; *Dyment*, précité, p. 435; *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652, par. 45).

41 Cependant, je ne crois pas qu'on puisse dire que le fait de « laisser » s'échapper de la chaleur réfute une attente en matière de vie privée au sens où, par exemple, la Cour a décidé dans l'affaire *R. c. Joyce* (1996), 95 O.A.C. 321 (C.A.), par. 4-5, que l'accusé avait « renoncé » à son droit à la vie privée afférent aux rebuts qu'il avait mis à la rue pour qu'ils soient ramassés. Peu de gens pensent à cacher le profil de perte de chaleur de leur résidence, et ils auraient de la difficulté à le faire s'ils essayaient. Je ne crois pas que l'intimé, qui vit dans un pays de fonte de neige et d'isolation domiciliaire plus ou moins bien faite, puisse revendiquer sérieusement un droit à la vie privée relativement au profil thermique des murs extérieurs exposés de son domicile. La police, toutefois, s'intéressait nettement au « profil thermique », non pour le profil lui-même, mais pour ce qu'il pouvait révéler des activités se déroulant *à l'intérieur* de la résidence. Dans la mesure où cet aspect est en cause, l'intimé conservait une attente subjective en matière de vie privée.

42 J'assortirais cette conclusion d'une réserve. L'attente *subjective* en matière de vie privée a son importance, mais il ne faudrait pas utiliser trop

2004 SCC 67 (CanLII)

afforded by s. 8 to the values of a free and democratic society. In an age of expanding means for snooping readily available on the retail market, ordinary people may come to fear (with or without justification) that their telephones are wiretapped or their private correspondence is being read. One recalls the evidence at the Watergate inquiry of conspirator Gordon Liddy who testified that he regularly cranked up the volume of his portable radio to mask (or drown out) private conversations because he feared being "bugged" by unknown forces. Whether or not he was justified in doing so, we should not wish on ourselves such an environment. Suggestions that a diminished *subjective* expectation of privacy should automatically result in a lowering of constitutional protection should therefore be opposed. It is one thing to say that a person who puts out the garbage has no reasonable expectation of privacy in it. It is quite another to say that someone who fears their telephone is bugged no longer has a *subjective* expectation of privacy and thereby forfeits the protection of s. 8. Expectation of privacy is a normative rather than a descriptive standard.

rapidement son absence pour écarter la protection des valeurs d'une société libre et démocratique qu'offre l'art. 8. À une époque où l'on peut facilement se procurer sur le marché des dispositifs de furetage de plus en plus diversifiés, le simple citoyen peut en venir à craindre (à tort ou à raison) que son téléphone soit placé sous écoute ou que son courrier personnel soit lu. On peut se rappeler le témoignage du conspirateur Gordon Liddy qui disait, à l'enquête sur le Watergate, qu'il montait le volume de son appareil radio portatif pour masquer (ou couvrir) ses conservations privées parce qu'il craignait que des micros aient été placés par des groupes inconnus. Que cette crainte ait été ou non justifiée, nous ne devrions pas nous souhaiter un tel climat. Il faut donc réfuter toute affirmation selon laquelle la diminution de l'attente *subjective* en matière de vie privée se traduira automatiquement par une diminution correspondante de la protection constitutionnelle. Affirmer qu'un particulier qui laisse ses ordures au ramassage n'a pas d'attente raisonnable en matière de vie privée à leur sujet est une chose. Mais c'en est une toute autre de dire qu'une personne qui craint que son téléphone soit sur écoute n'a plus d'attente *subjective* en matière de vie privée et qu'elle ne peut plus de ce fait revendiquer la protection de l'art. 8. L'attente en matière de vie privée est de nature normative et non descriptive.

(4) Was the Respondent's Expectation of Privacy *Objectively* Reasonable?

(4) L'attente de l'intimé en matière de vie privée était-elle *objectivement* raisonnable?

43 This is a major battleground in many of the s. 8 cases and a number of factors have emerged as helpful "markers".

Cette question est l'objet de débats vigoureux dans de nombreuses affaires intéressant l'art. 8, et nombre de facteurs se sont avérés des « repères » utiles.

(a) *The Place Where the Alleged Search Occurred*

a) *L'endroit où la prétendue perquisition a eu lieu*

44 While s. 8 protects people, not places, the place where the search occurs greatly influences the reasonableness of the individual's expectation. In *Wong*, *supra*, Lamer C.J. put it this way, at p. 62:

Si l'article 8 protège les personnes et non les lieux, le lieu de la perquisition influence grandement le caractère raisonnable de l'attente en matière de vie privée. Le juge en chef Lamer l'exprime ainsi dans l'arrêt *Wong*, précité, p. 62 :

The nature of the place in which the surveillance occurs will always be an important factor to consider in

La nature de l'endroit où la surveillance a lieu sera toujours un facteur important dont il faudra tenir compte

2004 SCC 67 (CanLII)

determining whether the target has a reasonable expectation of privacy in the circumstances. It is not, however, determinative.

In this case, the image was taken of the exterior of the respondent's home, a place which, as Abella J.A. pointed out (at para. 42), traditionally has been accorded the highest degree of privacy. She relied, in part, on the concurring judgment of McLachlin J. in *Plant*, at p. 302:

> The [electricity consumption] records are capable of telling much about one's personal lifestyle, such as how many people lived in the house and what sort of activities were probably taking place there. The records tell a story about what is happening inside a private dwelling, the most private of places.

The United States Supreme Court declared the use of FLIR technology to image the outside of a house to be unconstitutional in *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001), based largely on the "sanctity of the home" (p. 37). We do not go so far. The fact that it was the respondent's home that was imaged using FLIR technology is an important factor but it is not controlling and must be looked at in context and in particular, in this case, in relation to the nature and quality of the information made accessible by FLIR technology to the police.

pour déterminer si la personne-cible s'attend raisonnablement au respect de la vie privée dans les circonstances. Ce facteur n'est toutefois pas déterminant.

45 En l'espèce, l'image montre l'extérieur de la résidence de l'intimé, un endroit où, comme l'a signalé la juge Abella (par. 42), on a toujours accordé la plus haute importance à la vie privée. La juge Abella s'est notamment appuyée en partie sur les motifs concordants de la juge McLachlin dans l'arrêt *Plant* (p. 302) :

> Il est possible de tirer des dossiers [de consommation d'électricité] en cause beaucoup de renseignements sur le mode de vie d'une personne, et notamment sur le nombre de personnes qui occupent une maison ainsi que sur le genre d'activités auxquelles elles se livrent vraisemblablement. Ces dossiers renseignent sur ce qui se passe à l'intérieur du lieu privé par excellence qu'est une habitation privée.

Dans l'arrêt *Kyllo c. United States*, 553 U.S. 27 (2001), la Cour suprême des États-Unis s'est fortement appuyée sur [TRADUCTION] « l'inviolabilité du foyer » (p. 37) pour déclarer inconstitutionnel le recours à la technique FLIR afin d'obtenir des images de l'extérieur d'une maison. Nous n'allons pas aussi loin. Le fait que l'image obtenue par la technique FLIR ait montré la résidence de l'intimé constitue certes un facteur important, mais il n'est pas déterminant; il importe de l'examiner en contexte et en particulier, dans la présente affaire, en relation avec la nature et la qualité de l'information à laquelle la police avait accès grâce à la technique FLIR.

(b) *Was the Subject Matter on Public View?*

b) *L'objet était-il à la vue du public?*

Heat is lost from the external wall of the building and this is obvious to even the most casual observer. Patches of snow melt at different rates on a poorly insulated roof. In *Hutchings*, *supra*, for example, an informant in a marijuana grow-op trial testified that he saw no snow on the barn roof where there should have been some. On the other hand, as Abella J.A. points out, at para. 65:

46 La chaleur se dégage par les murs extérieurs de l'édifice et même l'observateur le moins attentif peut le constater. La fonte de la neige ne se fait pas uniformément sur un toit mal isolé. Par exemple, dans l'arrêt *Hutchings*, précité, un informateur a affirmé dans son témoignage, dans un procès relatif à une opération de culture de marijuana, qu'il n'y avait pas de neige sur le toit de la grange alors qu'il aurait dû y en avoir. Par contre, comme l'a signalé la juge Abella (par. 65) :

> Without FLIR technology, however, that person cannot know that it is hotter than other houses in the area or that

> [TRADUCTION] Toutefois, si elle ne dispose pas de la technologie FLIR, cette personne ne peut pas savoir que

2004 SCC 67 (CanLII)

one room in particular reveals a very high energy consumption.

47 Yet FLIR technology does not "see" through the wall of the building. Indeed, it cannot even "see" through a transparent window. It is not X-ray technology. Everything shown in the FLIR photograph exists on the external surfaces of the building and in that sense it records only information exposed to the public (albeit the public, unaided by technology, cannot in fact observe the heat pattern in the detail FLIR imaging affords).

(c) *Had the Subject Matter Been Abandoned?*

48 There was no abandonment in any voluntary sense, as discussed.

(d) *Was the Information Already in the Possession of Third Parties?*

49 It was not available to third parties in any form visible to the naked eye that would have been of any use to the police.

(e) *Was the Police Technique Intrusive in Relation to the Privacy Interest?*

50 The lack of intrusiveness is a factor in the assessment; *Wong*, *supra*, at p. 43; *R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631, 2003 SCC 30, at para. 36; *Thomson Newspapers*, *supra*, at pp. 496 (dissent) and 594 (majority); and *Plant*, *supra*, at p. 295.

51 Of course the respondent objects to this form of state surveillance of his home. He points out that if the Crown is correct that what was done with FLIR technology in this case is not a s. 8 search, it would follow that the police are at liberty to take "heat pictures" of homes and other shelters whenever they wish, targeting whomever they wish, without any prior judicial authorization. This is true, but I agree with Stevens J., at p. 45, speaking for the minority in *Kyllo*, that

> public officials should not have to avert their senses or their equipment from detecting emissions in the public domain such as excessive heat, traces of smoke,

la maison est plus chaude que d'autres maisons du voisinage ou qu'une certaine pièce révèle une très grande consommation d'énergie.

Pourtant, la technique FLIR ne permet pas de « voir » à travers les murs. De fait, elle ne permet même pas de « voir » à travers une fenêtre transparente. Il ne s'agit pas de rayons X. Tout ce que l'image FLIR montre se trouve sur les surfaces extérieures de l'édifice et, en ce sens, cette image n'enregistre que des renseignements offerts à la vue du public (bien que, sans appui technologique, le public ne puisse observer le profil thermique aussi minutieusement que le permet l'imagerie FLIR).

c) *L'objet avait-il été abandonné?*

Il n'y a pas eu d'abandon volontaire, comme je l'ai dit.

d) *Des tiers possédaient-ils déjà les renseignements?*

Les renseignements n'étaient pas accessibles à des tiers sous une forme perceptible à l'œil nu pouvant être d'une utilité quelconque à la police.

e) *La technique policière a-t-elle porté atteinte au droit à la vie privée?*

L'absence de caractère attentatoire est un facteur pris en compte dans l'évaluation : *Wong*, précité, p. 43; *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, 2003 CSC 30, par. 36; *Thomson Newspapers*, précité, p. 496 (dissidence) et p. 594 (majorité); *Plant*, précité, p. 295.

L'intimé s'oppose bien sûr à cette forme de surveillance de sa résidence par l'État. Il signale que si l'on accepte l'argument du ministère public selon lequel le recours à la technique FLIR en l'espèce ne constitue pas une perquisition visée à l'art. 8, on permet à la police de prendre quand elle le veut et sans autorisation judiciaire préalable des « images thermiques » de résidences et d'autres locaux d'habitation en ciblant qui elle veut. C'est vrai, mais je suis d'accord avec le juge Stevens qui dit ce qui suit au nom des juges dissidents dans *Kyllo*, à la p. 45 :

> [TRADUCTION] . . . les mandataires de l'État ne doivent pas s'empêcher de détecter, par leurs sens ou à l'aide d'appareils, des émissions dans le domaine public comme

2004 SCC 67 (CanLII)

suspicious odors, odorless gases, airborne particulates, or radioactive emissions, any of which could identify hazards to the community.

The respondent's argument, however, is more fundamental. The real subject matter of interest to the police is not the surface heat but the inference that can be drawn about the activity going on inside the house. Abella J.A. held, at para. 67, that FLIR technology, albeit by the use of police inference, does intrude *into* the home:

. . . the measurement of heat emanations from inside a home is the measurement of inherently private activities which should not be available for state scrutiny without prior judicial authorization.

See also *R. v. Dinh* (2003), 16 Alta. L.R. (4th) 26, 2003 ABCA 201, at para. 33, *per* Conrad J.A.

The marijuana grow-op itself was certainly not in public view. Thus the debate is forced back to the same question posed at the outset: what exactly does the FLIR image tell the police about the existence of a marijuana grow-op *inside* the house? The answer, as discussed, is that FLIR imaging cannot identify the source of the heat or the nature of the activity that created it. It merely tells the police that there are heat-generating activities within the home. (It would be strange if it were otherwise.) The existence and distribution of heat on the external walls is consistent with a number of hypotheses including as *one* possibility the existence of a marijuana grow-op. FLIR's usefulness depends on what other information the police have.

While I conceptualize the subject matter somewhat differently than Abella J.A. as externally obtained information *about* the home (because no "intrusion" in any meaningful sense is possible under existing FLIR technology), I agree with the concern that privacy "is closely linked to the effect that a breach of that privacy would have on the freedom and dignity of the individual": *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841, at para. 19. Similarly in *Wong*, *supra*, at p. 47,

de la chaleur excessive, des traces de fumée, des odeurs suspectes, des gaz inodores, des particules en suspension dans l'air ou des émissions radioactives, qui pourraient révéler des dangers pour la collectivité.

52 L'argument de l'intimé, toutefois, est plus fondamental. En réalité, ce n'est pas la chaleur en surface qui intéresse la police, mais les déductions qu'elle permet de faire au sujet des activités se déroulant à l'intérieur de la maison. Selon la juge Abella, au par. 67, la technique FLIR, bien qu'elle suppose une inférence de la part de la police, constitue une intrusion *dans* la résidence :

[TRADUCTION] . . . la mesure de la chaleur se dégageant de l'intérieur d'une résidence offre la mesure d'activités de nature privée qui, sans autorisation judiciaire préalable, ne devraient pas être assujetties au regard scrutateur de l'État.

Voir aussi *R. c. Dinh* (2003), 16 Alta. L.R. (4th) 26, 2003 ABCA 201, par. 33, la juge Conrad.

53 La marijuana n'était certainement pas cultivée à la vue du public. Par conséquent, il faut revenir à la question posée au début : qu'est-ce que l'image FLIR apprend exactement à la police au sujet de l'existence d'une culture de marijuana *à l'intérieur* de la maison? Comme je l'ai déjà dit, la réponse est que l'imagerie FLIR ne permet de déterminer ni la source de chaleur ni la nature de l'activité qui la produit. Elle indique seulement à la police que la résidence abrite des activités génératrices de chaleur. (Il serait étrange qu'il en soit autrement.) La présence et la distribution de chaleur sur les murs extérieurs peut donner lieu à un certain nombre d'hypothèses, dont l'*une* peut être la culture de marijuana. L'utilité du système FLIR dépend des autres renseignements dont dispose la police.

54 Bien que ma perception de l'objet diffère quelque peu de celle de la juge Abella en ce que, selon moi, il s'agit de renseignements *au sujet* de la maison obtenus de l'extérieur (le recours à la technique FLIR existante ne pouvant donner lieu à une « intrusion » réelle), je partage la préoccupation selon laquelle le droit à la vie privée « est étroitement lié à l'effet qu'une violation de ce droit aurait sur la liberté et la dignité de l'individu en cause » : *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998]

2004 SCC 67 (CanLII)

La Forest J. states that "we must always be alert to the fact that modern methods of electronic surveillance have the potential, if uncontrolled, to annihilate privacy". I mentioned earlier Abella J.A.'s reference to George Orwell. It is appropriate, then, to quote the words of *Nineteen Eighty-Four* (1949), at pp. 4-5:

> There was of course no way of knowing whether you were being watched at any given moment. . . . It was even conceivable that they watched everybody all the time. . . . You had to live — did live, from habit that became instinct — in the assumption that every sound you made was overheard, and . . . every movement scrutinised.

55 I agree with Abella J.A. that the spectre of the state placing our homes under technological surveillance raises extremely serious concerns. Where we differ, perhaps, is that in my view such technology must be evaluated according to its *present* capability. Whatever evolution occurs in future will have to be dealt with by the courts step by step. Concerns should be addressed as they truly arise. FLIR technology at this stage of its development is both non-intrusive in its operations and mundane in the data it is capable of producing. It is clear, to repeat, that at present no warrant could ever properly be granted solely on the basis of a FLIR image.

(f) *Was the Use of Surveillance Technology Itself Objectively Unreasonable?*

56 A justified concern about the advance of surveillance technology was expressed by Abella J.A., at para. 63:

> In my view, there is an important distinction between observations that are made by the naked eye or even by the use of enhanced aids, such as binoculars, which are in common use, and observations which are the product of technology.

57 This was also a key element in the decision of the U.S. Supreme Court in *Kyllo* in which the majority judgment, written by Scalia J., concluded (at p. 40):

1 R.C.S. 841, par. 19. De la même façon, le juge La Forest a déclaré, dans l'arrêt *Wong*, précité, que « nous devons toujours rester conscient du fait que les moyens modernes de surveillance électronique, s'ils ne sont pas contrôlés, sont susceptibles de supprimer toute vie privée » (p. 47). La juge Abella a, comme je l'ai indiqué, évoqué George Orwell. Aussi est-il approprié de citer un passage de *1984* (1950), p. 13 :

> Naturellement, il n'y avait pas moyen de savoir si, à un moment donné, on était surveillé. [. . .] On pouvait même imaginer qu'elle surveillait tout le monde, constamment. [. . .] On devait vivre, on vivait, car l'habitude devient instinct, en admettant que tout son émis était entendu et que [. . .] tout mouvement était perçu.

Je suis d'accord avec la juge Abella que le spectre de la surveillance technologique de nos résidences par l'État a de quoi inquiéter vivement. Notre divergence d'opinion tient peut-être à ce que j'estime qu'il faut évaluer les techniques en fonction de leurs capacités *actuelles*. Tout développement qui pourra survenir devra être examiné par les tribunaux. Les problèmes devraient être analysés au moment où ils se posent véritablement. À son présent stade de développement, la technique FLIR peut être employée de façon non intrusive et elle est inoffensive pour ce qui est des données qu'elle produit. Je répète qu'il est clair que les images FLIR ne pourraient actuellement fonder à elles seules la délivrance d'un mandat.

f) *Le recours à la technique de surveillance elle-même était-il déraisonnable d'un point de vue objectif?*

La juge Abella, au par. 63 de ses motifs, a exprimé des craintes justifiées au sujet du progrès de la technologie de surveillance :

> [TRADUCTION] À mon avis, il existe une distinction importante entre les observations à l'œil nu, ou même à l'aide d'accessoires d'amplification comme des jumelles, qui sont d'usage courant, et les observations qui sont le produit de moyens technologiques.

Cet élément a également joué un rôle important dans l'arrêt *Kyllo* de la Cour suprême des États-Unis, où le juge Scalia a conclu au nom des juges majoritaires (p. 40) :

2004 SCC 67 (CanLII)

Where, as here, the Government uses a device that is not in general public use, to explore details of the home that would previously have been unknowable without physical intrusion, the surveillance is a "search" and is presumptively unreasonable without a warrant. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Lorsque, comme en l'espèce, le gouvernement a recours à un dispositif auquel le public n'a pas généralement accès pour scruter, relativement à une résidence, des détails dont il aurait auparavant été impossible de prendre connaissance sans intrusion physique, la surveillance est une « perquisition », et elle est présumée abusive si elle a été effectuée sans mandat. [Je souligne.]

Scalia J. does not elaborate on what he means by "a device that is not in general public use" and the dissenters suggested such a standard is unworkable (*Kyllo*, *supra*, at p. 47). On the evidence here, FLIR imaging does *not* disclose "details of the home", as has already been discussed. The terms "technology" or "a device that is not in general public use" (or Abella J.A.'s reference to "enhanced aids . . . which are in common use", at para. 63) are vague and take in a lot of territory. The argument, presumably, is that if an area of our lives is already exposed to surveillance by commonly available "technology" such as binoculars, we can have no reasonable *continuing* expectation of privacy in that respect. This may be true, but what is the test for "general public use"? In my view, the issue is not whether FLIR technology puts the police inside the home, because it does not, or whether FLIR is in general *public* use (it is not), but rather the nature and quality of the information about activities in the home that the police are able to obtain. The evidence is that a FLIR image of heat emanations is, on its own, as Abella J.A. acknowledged, "meaningless". That is the bottom line.

58 Le juge Scalia n'a pas précisé ce qu'il entendait par « un dispositif auquel le public n'a pas généralement accès », et les juges dissidents ont indiqué qu'une telle norme n'était pas applicable (*Kyllo*, précité, p. 47). Selon la preuve produite en l'espèce, l'imagerie FLIR *ne* révèle *pas* « des détails relativement à une résidence » comme nous l'avons vu. Les termes « technique » ou « dispositif auquel le public n'a pas généralement accès » (ou les mots « accessoires d'amplification [. . .] qui sont d'usage courant » employés par la juge Abella au par. 63) sont vagues et englobent beaucoup de choses. Il faut supposer que l'argument est le suivant : si un aspect de notre vie est déjà exposé à une surveillance par des moyens « techniques » facilement accessibles, comme des jumelles, nous *ne* pouvons *plus* avoir à cet égard d'attente raisonnable en matière de vie privée. C'est peut-être le cas, mais quel critère permet de dire s'il s'agit d'un dispositif « auquel le public a généralement accès »? À mon avis, la question n'est pas de savoir si la technique FLIR permet à la police d'entrer dans la maison, ce qui n'est pas le cas, ni si le *public* a généralement accès au FLIR (ce n'est pas le cas), mais plutôt quelles sont la nature et la qualité de l'information que la police peut obtenir au sujet des activités qui se déroulent dans la maison. Selon la preuve, une image FLIR montrant des émanations de chaleur n'a en elle-même, comme la juge Abella l'a reconnu, « aucune signification ». C'est là le point essentiel.

2004 SCC 67 (CanLII)

(g) *Did the FLIR Heat Profile Expose Any Intimate Details of the Respondent's Lifestyle or Part of His Core Biographical Data?*

g) *Le profil thermique obtenu à l'aide du dispositif FLIR a-t-il révélé des détails intimes sur le mode de vie de l'intimé ou des renseignements d'ordre biographique le concernant?*

59 In *Plant*, *supra*, Sopinka J. sought to calibrate a reasonable expectation of informational privacy to the purpose of s. 8 (p. 292). In that case, the police had obtained computer records from the Calgary Utilities Commission which showed unusual

Dans l'arrêt *Plant*, précité, le juge Sopinka a cherché à calibrer l'attente raisonnable des particuliers relativement aux aspects informationnels en matière de droit à la vie privée en fonction de l'objet de l'art. 8 (p. 292). Dans cette affaire, la police avait

electricity consumption at the home of the accused indicating the potential existence of a marijuana grow-op. The records themselves were not obtained from the appellant. It was held that within the commercial relationship of supplier and customer, the accused had knowingly disclosed his electricity consumption to the utility company, with no arrangement as to confidentiality. Such records could be accessed on-line by the police, and thus no reasonable expectations of privacy existed.

60 For ease of reference I repeat the dictum of Sopinka J., at p. 293, once again:

> . . . in order for constitutional protection to be extended, the information seized must be of a "personal and confidential" nature. In fostering the underlying values of dignity, integrity and autonomy, it is fitting that s. 8 of the *Charter* should seek to protect a biographical core of personal information which individuals in a free and democratic society would wish to maintain and control from dissemination to the state. This would include information which tends to reveal intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual. [Emphasis added.]

61 On this point, as well, we part company with the U.S. Supreme Court majority in *Kyllo* insofar as Scalia J. declined to distinguish among types of information relating to the home. He declares that "[i]n the home, our cases show, *all* details are intimate details, because the entire area is held safe from prying government eyes" (p. 37). This view seems to be predicated on the "originalism" philosophy of Scalia J. for he writes (at pp. 34-35):

> We think that obtaining by sense-enhancing technology any information regarding the interior of the home that could not otherwise have been obtained without physical "intrusion into a constitutionally protected area," *Silverman*, 365 U.S., at 512, constitutes a search — at least where (as here) the technology in question is not in general public use. This assures preservation of that degree of privacy against government that existed when the Fourth Amendment was adopted [in 1791]. On the

obtenu de la Calgary Utilities Commission des dossiers informatisés qui montraient une consommation d'électricité inhabituelle chez l'accusé, un indice qu'il pouvait s'y trouver une culture de marijuana. Ce n'est pas auprès de l'appelant que la police s'était procurée les dossiers. La Cour a statué que dans le cadre de la relation commerciale fournisseur-client, l'accusé avait sciemment révélé sa consommation d'électricité à la compagnie de services publics sans prendre de dispositions pour préserver la confidentialité de l'information. La police pouvait avoir accès en ligne à ces dossiers et il n'existait donc pas d'attente raisonnable en matière de vie privée.

Pour plus de commodité, je répète ici l'observation formulée par le juge Sopinka à la p. 293 :

> . . . pour que la protection constitutionnelle s'applique, les renseignements saisis doivent être de nature « personnelle et confidentielle ». Étant donné les valeurs sous-jacentes de dignité, d'intégrité et d'autonomie qu'il consacre, il est normal que l'art. 8 de la *Charte* protège un ensemble de renseignements biographiques d'ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l'État. Il pourrait notamment s'agir de renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l'individu. [Je souligne.]

Sur ce point également, nous différons d'avis avec les juges majoritaires de la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Kyllo*, dans la mesure où le juge Scalia s'est refusé à distinguer entre les divers types de renseignements relatifs à la résidence. Il a affirmé qu'[TRADUCTION] « [i]l appert de notre jurisprudence que, dans la résidence, *tous* les détails participent de l'intimité parce que toute la résidence est à l'abri du regard inquisiteur du gouvernement » (p. 37). Cette opinion semble procéder d'une philosophie « originaliste » du juge Scalia qui a écrit ce qui suit (p. 34-35) :

> [TRADUCTION] Nous pensons que l'obtention, à l'aide de techniques d'amplification sensorielle, de renseignements quels qu'ils soient concernant l'intérieur de la résidence qui n'auraient pu être obtenus autrement sans « intrusion dans un lieu bénéficiant d'une protection constitutionnelle », *Silverman*, 365 U.S., p. 512, constitue une perquisition — à tout le moins lorsque (comme en l'espèce) la technique en cause n'est pas d'utilisation répandue dans le public. Ce principe garantit, contre les atteintes du

2004 SCC 67 (CanLII)

basis of this criterion, the information obtained by the thermal imager in this case was the product of a search. [Emphasis added.]

gouvernement au droit à la vie privée, le degré de protection qui existait lors de l'adoption du Quatrième Amendement [en 1791]. Compte tenu de ce critère, les renseignements obtenus en l'espèce à l'aide de l'imageur thermique ont été obtenus lors d'une perquisition. [Je souligne.]

For reasons already stated, I do not regard the use of current FLIR technology as the functional equivalent of placing the police inside the home. Nor is it helpful in the Canadian context to compare the state of technology in 2004 with that which existed at Confederation in 1867, or in 1982 when s. 8 of the *Charter* was adopted. Having regard to its *purpose*, I do not accept that s. 8 is triggered by a FLIR image that discloses that heat sources of some unknown description are present inside the structure, or that the heat distribution is uneven. Certainly FLIR imaging generates information *about* the home but s. 8 protects people, not places. The information generated by FLIR imaging about the respondent does not touch on "a biographical core of personal information", nor does it "ten[d] to reveal intimate details of [his] lifestyle" (*Plant*, at p. 293). It shows that some of the activities in the house generate heat. That is not enough to get the respondent over the constitutional threshold.

62 Pour les raisons que j'ai déjà exposées, je ne pense pas que l'utilisation de la technique FLIR, dans son état présent, équivaille à faire entrer la police dans la résidence. Il n'est pas utile non plus, dans le contexte canadien, de comparer la technologie de 2004 avec celle qui existait en 1867, ou en 1982 lorsque l'art. 8 de la *Charte* a été adopté. Pour ce qui est de son *objet*, je ne puis accepter que l'art. 8 doive s'appliquer si une image FLIR révèle la présence dans l'édifice de sources de chaleur d'origine inconnue ou une distribution inégale de la chaleur. Il est certain que l'imagerie FLIR permet d'obtenir des renseignements *au sujet* de la résidence, mais l'art. 8 protège les personnes, non les lieux. Les renseignements que l'imagerie FLIR permet d'obtenir au sujet de l'intimé ne touchent pas « un ensemble de renseignements biographiques d'ordre personnel », pas plus qu'ils « tend[e]nt à révéler des détails intimes sur [son] mode de vie » (*Plant*, p. 293). Elle indique que certaines activités à l'intérieur de la maison génèrent de la chaleur. Cela ne suffit pas pour donner ouverture à l'application de la garantie constitutionnelle.

2004 SCC 67 (CanLII)

(h) *Conclusion With Respect to the Reasonable Expectation*

h) *Conclusion relative à l'attente raisonnable*

External patterns of heat distribution on the external surfaces of a house is not information in which the respondent had a reasonable expectation of privacy. The heat distribution, as stated, offers no insight into his private life, and reveals nothing of his "biographical core of personal information". Its disclosure scarcely affects the "dignity, integrity and autonomy" of the person whose house is subject of the FLIR image (*Plant*, at p. 293).

63 La façon dont la chaleur est distribuée sur les surfaces externes d'une maison n'est pas un renseignement à l'égard duquel l'intimé avait une attente raisonnable en matière de vie privée. Ce renseignement, comme je l'ai dit, ne révèle rien sur la vie privée de l'intimé ni sur « un ensemble de renseignements biographiques d'ordre personnel » le concernant. Sa divulgation n'influe guère sur la « dignité, [l]'intégrité et [l]'autonomie » de la personne dont la maison figure sur l'image FLIR (*Plant*, p. 293).

I wish to add one further observation. In *Plant*, Sopinka J. listed the seriousness of the offence as a factor in the "balance" sought to be achieved in s. 8 of the *Charter* (p. 295). Undoubtedly the "seriousness of the offence" has a role to play in striking "the

64 Je tiens à ajouter une autre observation. Dans l'arrêt *Plant*, le juge Sopinka a inclus la gravité de l'infraction dans la liste des facteurs influant sur « l'équilibre » que cherche à réaliser l'art. 8 de la *Charte* (p. 295). À n'en pas douter, la « gravité

balance", but I do not think that it is a factor in determining whether the respondent did or did not have a reasonable expectation of privacy in the heat distribution patterns on the outside of his house. Rather, it may more logically arise at the stage the court considers whether a particular search was reasonable, or whether the evidence obtained by an unreasonable search may be admitted into evidence under s. 24(2) of the *Charter*.

F. *If the Respondent Had a Reasonable Expectation of Privacy in this Case, Was It Violated?*

65 In light of the finding that the respondent had no reasonable expectation of privacy in the heat distribution information, this question does not arise.

IV. Disposition

66 I would allow the appeal and restore the conviction.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Canada, Toronto.

Solicitor for the respondent: Frank Miller, Windsor.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Sainte-Foy.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Toronto.

de l'infraction » a un rôle à jouer dans la recherche de « l'équilibre », mais je ne pense pas qu'il s'agisse d'un facteur pour déterminer si l'intimé avait ou non une attente raisonnable en matière de vie privée relativement à la distribution de la chaleur à l'extérieur de sa maison. Tel facteur interviendrait plutôt, plus logiquement, à l'étape où le tribunal examine si une perquisition donnée est raisonnable ou si la preuve obtenue au moyen d'une perquisition abusive est recevable sous le régime du par. 24(2) de la *Charte*.

F. *Si l'intimé avait une attente raisonnable en matière de vie privée en l'espèce, a-t-elle été violée?*

Compte tenu de ma conclusion selon laquelle l'intimé n'avait pas d'attente raisonnable en matière de vie privée relativement aux renseignements concernant la distribution de la chaleur, cette question ne se pose pas.

IV. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante : Procureur général du Canada, Toronto.

Procureur de l'intimé : Frank Miller, Windsor.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Sainte-Foy.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : McCarthy Tétrault, Toronto.

2004 SCC 67 (CanLII)

Rogers Communications Inc., Rogers Wireless Partnership, Shaw Cablesystems G.P., Bell Canada and TELUS Communications Company *Appellants*

v.

Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada *Respondent*

and

CMRRA-SODRAC Inc., Cineplex Entertainment LP, Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic, Apple Canada Inc. and Apple Inc. *Interveners*

Indexed as: Rogers Communications Inc. *v.* Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada

2012 SCC 35

File No.: 33922.

2011: December 6; 2012: July 12.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Intellectual property — Copyright — Right to communicate a work to the public by telecommunication — Copyright Board certifying tariff for communication rights in copyrighted music downloaded and streamed from the Internet — Meaning of "to the public" — Whether a point-to-point transmission from the website of an online music service to an individual customer is a private communication — Whether streaming of files from the Internet triggered by individual users constitutes communication to the public of the musical works contained therein by online music services who make the files available for streaming — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 3(1)(f).

Rogers Communications Inc., Rogers Wireless Partnership, Shaw Cablesystems G.P., Bell Canada et Société TELUS Communications *Appelantes*

c.

Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique *Intimée*

et

CMRRA-SODRAC Inc., Cineplex Divertissement LP, Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko, Apple Canada Inc. et Apple Inc. *Intervenantes*

Répertorié : Rogers Communications Inc. *c.* Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique

2012 CSC 35

N° du greffe : 33922.

2011 : 6 décembre; 2012 : 12 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Droit de communiquer une œuvre au public par télécommunication — Homologation d'un tarif par la Commission du droit d'auteur relativement au droit de communiquer par téléchargement ou transmission en continu une œuvre musicale protégée — Signification d'« au public » — La transmission point à point du site Web d'un service de musique en ligne à un consommateur individuel constitue-t-elle une communication privée? — La transmission en continu de fichiers sur Internet à la demande d'utilisateurs individuels constitue-t-elle une communication au public, par le service de musique en ligne qui l'offre, des œuvres musicales contenues dans les fichiers? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 3(1)f).

2012 SCC 35 (CanLII)

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Copyright Board certifying tariff for communication rights in copyrighted music downloaded and streamed from the Internet — Whether decision reviewable on standard of reasonableness or correctness.

The appellants are online music services that offer downloads and on-demand streams of files containing musical works. A stream is a transmission of data that allows the user to listen to or view a work at the time of the transmission, resulting in a temporary copy of the file on the user's hard drive. In 1995, the respondent proposed tariffs for various uses of musical works over the Internet for the years 1996 to 2006. When the Copyright Board proceeded to establish a tariff for the communication of musical works over the Internet, it held that a stream of a copyrighted work of music comes within the creator's right to communicate to the public by telecommunication provided by s. 3(1)(*f*) of the *Copyright Act* and a claim for communication royalties was well-founded. The Board proceeded to establish a tariff for the communication of musical works over the Internet for the years 1996 to 2006. The Federal Court of Appeal dismissed the appellant's application for judicial review of the Board's decision.

Held: The appeal should be allowed in part.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.: In light of the majority decision in *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231, the question of whether the online music services engage the exclusive right to "communicate to the public by telecommunication" by offering downloads to members of the public has now become moot and the appeal is allowed in respect of downloads. However, the appeal is dismissed in respect of music streamed from the Internet. A stream of a musical work from the Internet is not a private transaction outside the scope of the right to communicate to the public. It matters little for the purposes of copyright protection whether the members of the public receive the communication in the same or in different places, at the same or at different times, or at their own or the sender's initiative.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Homologation d'un tarif par la Commission du droit d'auteur relativement au droit de communiquer par téléchargement ou transmission en continu une œuvre musicale protégée — La décision est-elle susceptible de contrôle au regard de la norme de la décision raisonnable ou de la norme de la décision correcte?

Les appelantes, qui sont des services de musique en ligne, offrent le téléchargement et la transmission en continu sur demande de fichiers qui renferment des œuvres musicales. La transmission en continu est un transfert de données qui permet à l'utilisateur d'entendre ou de voir le contenu au moment du transfert, une copie temporaire étant alors stockée sur le disque dur de son ordinateur. En 1995, l'intimée a proposé un tarif pour diverses utilisations d'œuvres musicales sur Internet pour les années 1996 à 2006. Lorsque la Commission du droit d'auteur a entrepris d'établir un tarif de communication d'œuvres musicales sur Internet, elle a statué que la transmission en continu d'une œuvre musicale protégée par le droit d'auteur relevait du droit du créateur de communiquer son œuvre au public par télécommunication reconnu à l'al. 3(1)*f*) de la *Loi sur le droit d'auteur* et que des redevances de communication étaient réclamées à juste titre. La Commission a entrepris la mise au point d'un tarif de communication d'œuvres musicales sur Internet pour les années 1996 à 2006. La Cour d'appel fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire dont l'avait saisie l'appelante relativement à la décision de la Commission.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli en partie.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis : Vu la décision des juges majoritaires dans *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231, la question de savoir si les services de musique en ligne portent atteinte au droit exclusif de « communiquer au public par télécommunication » lorsqu'ils offrent des téléchargements au public ne se pose plus, et le pourvoi est accueilli en ce qui concerne le téléchargement. Cependant, le pourvoi est rejeté en ce qui a trait à la transmission de musique en continu sur Internet. La transmission en continu d'une œuvre musicale dans Internet n'est pas une opération privée qui échappe au droit de communiquer au public. Il importe peu, pour déterminer si la protection du droit d'auteur s'applique, que les destinataires reçoivent la communication au même endroit ou en des lieux différents, au même moment ou à des moments différents, à leur initiative ou à celle de l'expéditeur.

2012 SCC 35 (CanLII)

A transmission of a single copy of a work to a single individual is not a communication to the public within the meaning of s. 3(1)(*f*) of the *Copyright Act*. However, where there is a series of repeated transmissions of the same work to different recipients, each transmission cannot be analyzed in isolation, even if each transmission is initiated at the request of an individual member of the public. Focusing on transmissions individually loses sight of the true character of the activity in question. Copyright protection is not dependant on the technicalities of methods of transmission. Under a principled approach to copyright protection, it is necessary to consider the broader context to determine whether a given point-to-point transmission engages the exclusive right to communicate to the public. In the case of online music services, it is hardly possible to maintain that there is no intention that the same work ever be transmitted again.

A rule that each transmission must be analyzed in isolation because each is initiated at the request of an individual member of the public would have the effect of excluding all interactive communications from the scope of the right to communicate to the public. Nothing in the wording of s. 3(1)(*f*) of the Act excludes pull technologies from its scope or restricts communications to the public to a purely non-interactive context. Section 3(1)(*f*) is technology-neutral. Although the right to communicate to the public used to be historically linked to traditional media that operated on a broadcasting or push model, amending the *Copyright Act* to grant a technologically neutral right to communicate to the public by telecommunication ensured the continued relevance of the right in an evolving technological environment. The historic relationship does not support reading into the Act restrictions that are not apparent from or consistent with the language of the Act.

The appropriate standard for reviewing the Copyright Board's decision in this case is correctness. Normally, the legislature is presumed to have recognized the superior expertise of an administrative body in respect of issues arising under its home statute or a closely related statute, and deference warrants applying a reasonableness standard of review. However, under the *Copyright Act*, Parliament has given both the Copyright Board and courts concurrent jurisdiction at first instance over questions of law such as the pure question of law that arises in this case. It would be inconsistent to apply a reasonableness standard on judicial review of a decision by the Board when the same legal question would be decided *de novo* if it arose in the court at first instance. It

Transmettre une seule copie de l'œuvre à une seule personne n'équivaut pas à communiquer l'œuvre au public pour l'application de l'al. 3(1)*f*) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Chacune des transmissions répétées d'une copie de la même œuvre à des destinataires différents ne peut cependant pas être examinée isolément même si elle intervient à la demande individuelle d'un utilisateur. S'attacher à chacune des transmissions individuelles fait perdre de vue la nature véritable de l'activité en cause. La protection du droit d'auteur ne dépend pas des détails techniques du mode de transmission. Afin d'assurer une protection rationnelle du droit d'auteur, il faut tenir compte du contexte général pour déterminer si une transmission point à point porte atteinte au droit exclusif de communiquer l'œuvre au public. Dans le cas d'un service de musique en ligne, on ne saurait soutenir que son intention n'est pas de transmettre de nouveau la même œuvre.

La règle voulant que chacune des transmissions soit examinée isolément parce qu'elle intervient à la demande individuelle d'un utilisateur aurait pour effet de soustraire toute communication interactive au respect du droit exclusif de communiquer l'œuvre au public. Le libellé de l'al. 3(1)*f*) de la Loi ne soustrait pas l'extraction personnalisée au respect de la disposition ni ne relègue la communication au public au contexte strictement non interactif. L'alinéa 3(1)*f*) est neutre sur le plan technologique. Même si le droit de communication au public est historiquement lié aux médias traditionnels, qui fonctionnent selon le mode de la radiodiffusion ou de la distribution sélective, la modification de la *Loi sur le droit d'auteur* pour accorder un droit neutre sur le plan technologique de communiquer au public par télécommunication a fait en sorte que le droit reconnu demeure en phase avec un contexte technologique en constante évolution. Le lien historique ne permet pas de considérer que la Loi établit implicitement des restrictions qui ne ressortent pas de son libellé ou qui sont incompatibles avec celui-ci.

La norme de contrôle qui vaut à l'égard de la décision de la Commission du droit d'auteur en l'espèce est celle de la décision correcte. Le législateur est généralement présumé reconnaître la grande expertise d'un organisme administratif vis-à-vis des questions qui touchent à sa loi constitutive ou à une loi étroitement liée à celle-ci, et la déférence justifie un contrôle judiciaire au regard de la norme de la raisonnabilité. Or, dans la *Loi sur le droit d'auteur*, le législateur reconnaît en première instance une compétence concurrente à la Commission du droit d'auteur et à la cour de justice sur une question de droit, comme la pure question de droit qui se pose en l'espèce. Il serait illogique de contrôler la décision de la Commission sur un point de droit

2012 SCC 35 (CanLII)

would be equally inconsistent to apply a reasonableness standard to a determination of a legal question by the Board on an appeal from a judicial review but a correctness standard on an appeal from a decision of a court at first instance on the same legal question. Because the unusual statutory scheme under the *Copyright Act* does not give the Copyright Board a discrete and special administrative regime, it must be inferred that the legislative intent was not to recognize a superior expertise of the Board relative to the courts with respect to legal questions arising under the *Copyright Act*.

Per Abella J.: The standard of review should be reasonableness. The Copyright Board, when interpreting its home statute in setting tariffs for the communication of new forms of digital media, should be accorded the same deference and be reviewed on the same standard as every other specialized tribunal in Canada. Since *Dunsmuir*, this Court has unwaveringly held that institutionally expert and specialized tribunals are entitled to a presumption of deference when interpreting their mandate. Applying a correctness standard of review on the sole basis that a court could potentially interpret the same statute effectively drains expert tribunals of the institutional deference they are owed. The majority's conclusion adds the new and unrelated exception of shared jurisdiction to the existing and narrow exceptions to the presumption of home statute deference.

Expertise is attributed to a tribunal on the basis that Parliament has delegated decision-making to it as an institutionally specialized body that has day to day familiarity with its enabling statute. The Copyright Board has specialized expertise in interpreting the provisions of the *Copyright Act*. The fact of shared jurisdiction does not undermine this expertise. The Copyright Board does not simply work out the details of royalty tariffs, it sets policies that collectively determine the rights of copyright owners and users and plays an important role in achieving the proper balance between those actors. It also has highly specialized knowledge about the media technologies used to create and disseminate copyrighted works, as well as related economic issues. This specialized knowledge is precisely the kind of institutional expertise that *Dunsmuir* concluded was entitled to deference. The fact that a court might

selon la norme de la décision raisonnable, mais d'examiner *de novo* celle d'une cour de justice en première instance sur le même point de droit. Il serait tout aussi incohérent que, saisie d'un appel visant un contrôle judiciaire, la cour d'appel applique la norme de la décision raisonnable à la décision de la Commission sur un point de droit, mais soumette à la norme de la décision correcte la décision d'une cour de justice en première instance sur le même point de droit. Étant donné que le régime législatif inhabituel établi par la *Loi sur le droit d'auteur* ne dote pas la Commission du droit d'auteur d'un régime administratif distinct et particulier, il faut inférer que le législateur n'a pas voulu reconnaître à la Commission une expertise supérieure à celle d'une cour de justice en ce qui a trait aux questions de droit que soulève l'application de la *Loi sur le droit d'auteur*.

La juge Abella : La norme de contrôle applicable devrait être celle de la décision raisonnable. Lorsqu'elle interprète sa loi constitutive aux fins de l'établissement de tarifs pour la communication effectuée grâce aux nouveaux médias numériques, la Commission du droit d'auteur a droit à la même déférence et est soumise à la même norme que tout autre tribunal administratif spécialisé au Canada. Depuis l'arrêt *Dunsmuir*, notre Cour reconnaît invariablement l'application présumée de la norme déférente au tribunal administratif doté d'une expertise institutionnelle spécialisée lorsqu'il interprète sa loi constitutive. Appliquer la norme de la décision correcte pour la seule raison qu'une cour de justice pourrait être appelée à interpréter la même loi nie en fait au tribunal expert la déférence à laquelle il a droit en tant qu'institution. La conclusion des juges majoritaires ajoute l'exception nouvelle et non apparentée de la compétence concurrente à celles, plus restrictives, qui écartent déjà la présomption de déférence envers l'interprétation de la loi constitutive.

L'expertise reconnue au tribunal administratif tient au pouvoir décisionnel que lui délègue le législateur à titre d'institution spécialisée dotée d'une connaissance approfondie de sa loi constitutive. La Commission du droit d'auteur possède une expertise spécialisée dans l'interprétation de la *Loi sur le droit d'auteur*. L'existence d'une compétence concurrente n'enlève rien à cette expertise. La Commission du droit d'auteur ne se livre pas simplement à la mise au point de tarifs de redevances; elle adopte des politiques qui définissent collectivement les droits des titulaires du droit d'auteur et ceux des utilisateurs et elle joue un rôle important dans l'établissement d'un juste équilibre entre ces acteurs. Elle possède également des connaissances très pointues sur les technologies de communication employées pour créer et diffuser des œuvres protégées par le droit d'auteur, ainsi que sur les enjeux économiques

2012 SCC 35 (CanLII)

in another case be asked to interpret the same provisions of the *Copyright Act* does not detract from the Copyright Board's particular familiarity and expertise with the provisions of the *Act*.

The Board's mandate was to decide whether a particular activity triggers a tariff. The view that we can extricate a legal question from this context of complex, interlocking facts and policies considered by the Board in setting a tariff, is unrealistic. The tribunal's decision should be reviewed as a whole. Unlike trial courts, which have no expertise relative to appellate courts when interpreting a statute, tribunals have particular mandates which give them specialized expertise in interpreting and applying their home statute to a given set of facts. Extricating legal questions in the context of judicial review — referred to as "segmentation" — should be an exceptional practice.

This Court has repeatedly held that the application of multiple standards of review to different aspects of a tribunal's decision — one for questions of law and one for questions of fact — should be avoided. As a result, even if an aspect of the tribunal's decision would otherwise attract a correctness standard, the decision as a whole should be reviewed on a deferential standard. Segmenting the definition of each word or phrase in a statutory provision into discrete questions of law is a re-introduction by another name — correctness — of the unduly interventionist approach championed by the jurisdictional and preliminary question jurisprudence, jurisprudence which this Court definitively banished in *Dunsmuir* and *ATA*.

Cases Cited

By Rothstein J.

Distinguished: *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339, rev'g 2002 FCA 187, [2002] 4 F.C. 213, rev'g [2000] 2 F.C. 451; **not followed:** *Cartoon Network v. CSC Holdings, Inc.*, 536 F.3d 121 (2008); **referred to:** *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231; *SOCAN Statement*

connexes. Ces connaissances spécialisées correspondent précisément au type d'expertise institutionnelle qui commande la déférence suivant *Dunsmuir*. La possibilité qu'une cour de justice soit appelée à interpréter les mêmes dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* dans une autre affaire n'enlève pas à la Commission du droit d'auteur sa connaissance approfondie de la *Loi* ni son expertise dans l'application des dispositions de celle-ci.

La Commission du droit d'auteur avait pour mandat de déterminer si une activité particulière emportait l'exigibilité d'une redevance. Il est irréaliste de prétendre dégager une question de droit du contexte constitué des faits et des politiques à la fois complexes et interdépendants dont la Commission tient compte pour fixer un tarif. La décision d'un tribunal administratif doit faire l'objet d'un contrôle judiciaire dans sa globalité. Contrairement à la cour de justice qui n'est ni plus ni moins experte que la cour d'appel pour interpréter une loi, le tribunal administratif se voit confier un mandat particulier, ce qui lui confère une expertise spécialisée pour interpréter sa loi constitutive et l'appliquer aux faits d'une espèce. Dans le contexte d'un contrôle judiciaire, l'opération qui consiste à dissocier une question de droit (parfois appelée « fractionnement ») devrait être exceptionnelle.

Notre Cour a maintes fois estimé qu'il valait mieux éviter d'appliquer des normes différentes aux questions de droit et aux questions de fait que pose la décision d'un tribunal administratif. Dès lors, même lorsqu'un aspect de la décision administrative est par ailleurs assujetti à la norme de la décision correcte, les motifs dans leur ensemble devraient faire l'objet d'un contrôle suivant la norme déférente. Voir dans la définition de chaque mot ou expression figurant dans une disposition législative une question de droit distincte équivaut à ramener sous une autre appellation — celle de la décision correcte — l'interventionnisme indu qui caractérisait la doctrine de la condition préalable liée à la compétence, une doctrine avec laquelle la Cour a rompu définitivement dans les arrêts *Dunsmuir* et *ATA*.

Jurisprudence

Citée par le juge Rothstein

Distinction d'avec l'arrêt : *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339, inf. 2002 CAF 187, [2002] 4 C.F. 213, inf. [2000] 2 C.F. 451; **arrêt non suivi :** *Cartoon Network c. CSC Holdings, Inc.*, 536 F.3d 121 (2008); **arrêts mentionnés :** *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S.

2012 SCC 35 (CanLII)

of Royalties, Public Performance of Musical Works 1996, 1997, 1998 (Tariff 22, Internet) (Re) (1999), 1 C.P.R. (4th) 417; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395; *Canadian Wireless Telecommunications Assn. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2008 FCA 6, [2008] 3 F.C.R. 539, leave to appeal refused [2008] 2 S.C.R. vi; *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd.*, [1968] S.C.R. 676; *Canadian Admiral Corp. v. Rediffusion, Inc.*, [1954] Ex. C.R. 382; *Apple Computer Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 F.C. 173, aff'd [1988] 1 F.C. 673, aff'd [1990] 2 S.C.R. 209; *Robertson v. Thomson Corp.*, 2006 SCC 43, [2006] 2 S.C.R. 363; *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336; *Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 S.C.R. 357.

By Abella J.

Referred to: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *Chamberlain Group Inc. v. Lynx Industries Inc.*, 2010 FC 1287, 379 F.T.R. 270; *Alticor Inc. v. Nutravite Pharmaceuticals Inc.*, 2005 FCA 269, 339 N.R. 56; *Molson Breweries v. John Labatt Ltd.*, [2000] 3 F.C. 145; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395; *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157; *Law Society of*

231; *Tarif des redevances, Exécution publique d'œuvres musicales 1996, 1997, 1998 (Tarif 22, Internet)*, www.cb-cda.gc.ca/decisions/1999/19991027-m-b.pdf; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; *Assoc. canadienne des télécommunications sans fil c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2008 CAF 6, [2008] 3 R.C.F. 539, autorisation de pourvoi refusée, [2008] 2 R.C.S. vi; *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. c. CTV Television Network Ltd.*, [1968] R.C.S. 676; *Canadian Admiral Corp. c. Rediffusion, Inc.*, [1954] R.C. de l'É. 382; *Apple Computer Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 C.F. 173, conf. par [1988] 1 C.F. 673, conf. par [1990] 2 R.C.S. 209; *Robertson c. Thomson Corp.*, 2006 CSC 43, [2006] 2 R.C.S. 363; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336; *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357.

Citée par la juge Abella

Arrêts mentionnés : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Chamberlain Group, Inc. c. Lynx Industries Inc.*, 2010 CF 1287 (CanLII); *Alticor Inc. c. Nutravite Pharmaceuticals Inc.*, 2005 CAF 269 (CanLII); *Brasseries Molson c. John Labatt Ltée*, [2000] 3 C.F. 145; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des*

2012 SCC 35 (CanLII)

New Brunswick v. Ryan, 2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77; *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650; *Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.*, 2006 SCC 22, [2006] 1 S.C.R. 772; *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756; *Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2012 SCC 10, [2012] 1 S.C.R. 364.

Statutes and Regulations Cited

Administrative Tribunals Act, S.B.C. 2004, c. 45.
Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act, S.C. 1988, c. 65, ss. 61, 62.
Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6, ss. 53(2)(*c*), (*d*).
Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 2 "telecommunication", 3(1)(*f*).
Ontario Human Rights Code, 1961-62, S.O. 1961-62, c. 93.
Trade-marks Act, R.S.C. 1985, c. T-13, s. 6.

Treaties and Other International Instruments

Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, 828 U.N.T.S. 221, September 9, 1886; rev. in Berlin November 13, 1908; rev. in Rome June 2, 1928, Arts. 11*bis*, 20.
North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, Can. T.S. 1994 No. 2, Art. 1721(2).
WIPO Copyright Treaty, 2186 U.N.T.S. 121, Arts. 1(1), 8.

Authors Cited

Canada. Treasury Board. Copyright Board Canada. Performance Report for the period ending March 31, 2003 (online: www.collectionscanada.gc.ca/webarchives/20060120100901/http://www.tbs-sct.gc.ca/rma/dpr/02-03/cb-cda/cb-cda03d_e.asp).
Ginsburg, Jane C. "The (new?) right of making available to the public", in David Vaver and Lionel Bently, eds., *Intellectual Property in the New Millennium: Essays in Honour of William R. Cornish*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
Handa, Sunny. *Copyright Law in Canada*. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

relations du travail), [1995] 1 R.C.S. 157; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, 2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650; *Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.*, 2006 CSC 22, [2006] 1 R.C.S. 772; *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756; *Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)*, 2012 CSC 10, [2012] 1 R.C.S. 364.

Lois et règlements cités

Administrative Tribunals Act, S.B.C. 2004, ch. 45.
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, ch. H-6, art. 53(2)*c*), *d*).
Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada — États-Unis, L.C. 1988, ch. 65, art. 61, 62.
Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 2 « télécommunication », 3(1)*f*).
Loi sur les marques de commerce, L.R.C. 1985, ch. T-13, art. 6.
Ontario Human Rights Code, 1961-62, S.O. 1961-62, ch. 93.

Traités et autres instruments internationaux

Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique, R.T. Can. 1994 nº 2, art. 1721(2).
Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, 828 R.T.N.U. 221, 9 septembre 1886; rev. à Berlin le 13 novembre 1908; rev. à Rome le 2 juin 1928, art. 11*bis*, 20.
Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, 2186 R.T.N.U. 121, art. 1(1), 8.

Doctrine et autres documents cités

Canada. Secrétariat du Conseil du Trésor. Commission du droit d'auteur Canada. Rapport sur le rendement pour la période se terminant le 31 mars 2003 (en ligne : www.collectionscanada.gc.ca/webarchives/20060118021938/http://www.tbs-sct.gc.ca/rma/dpr/02-03/cb-cda/cb-cda03d_f.asp).
Ginsburg, Jane C. « The (new?) right of making available to the public », in David Vaver and Lionel Bently, eds., *Intellectual Property in the New Millennium : Essays in Honour of William R. Cornish*. Cambridge : Cambridge University Press, 2004.
Handa, Sunny. *Copyright Law in Canada*. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.

2012 SCC 35 (CanLII)

McKeown, John S. *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2003 (loose-leaf updated 2011, release 6).

Mullan, David J. "Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity?" (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59.

Ricketson, Sam, and Jane C. Ginsburg. *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, vol. I, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2006.

Vaver, David. *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2011.

Wilkinson, Margaret Ann. "Copyright, Collectives, and Contracts: New Math for Educational Institutions and Libraries", in Michael Geist, ed., *From "Radical Extremism" to "Balanced Copyright": Canadian Copyright and the Digital Agenda*. Toronto: Irwin Law, 2010, 503.

World Intellectual Property Organization. *WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use*, chapter 5, "International Treaties and Conventions on Intellectual Property", No. 489, 2nd ed. Geneva: WIPO, 2004.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Létourneau, Nadon and Pelletier JJ.A.), 2010 FCA 220, 409 N.R. 102, 323 D.L.R. (4th) 42, 14 Admin. L.R. (5th) 159, 86 C.P.R. (4th) 239, [2010] F.C.J. No. 1087 (QL), 2010 CarswellNat 3112, affirming a decision of the Copyright Board, www.cb-cda.gc.ca/decisions/2007/20071018-m-e.pdf, (2007), 61 C.P.R. (4th) 353, [2007] C.B.D. No. 7 (QL), 2007 CarswellNat 3466. Appeal allowed in part.

Gerald L. Kerr-Wilson, *Ariel A. Thomas* and *Julia Kennedy*, for the appellants.

Gilles Daigle, *D. Lynne Watt*, *Paul Spurgeon* and *Henry Brown*, *Q.C.*, for the respondent.

Written submissions only by *Casey M. Chisick*, *Timothy Pinos* and *Jason Beitchman*, for the intervener CMRRA-SODRAC Inc.

Written submissions only by *Tim Gilbert*, *Sana Halwani* and *Sundeep Chauhan*, for the intervener Cineplex Entertainment LP.

Written submissions only by *Jeremy de Beer* and *David Fewer*, for the intervener the

McKeown, John S. *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed. Toronto : Thomson/Carswell, 2003 (loose-leaf updated 2011, release 6).

Mullan, David J. « Establishing the Standard of Review : The Struggle for Complexity? » (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59.

Organisation mondiale de la propriété intellectuelle. *WIPO Intellectual Property Handbook : Policy, Law and Use*, chapter 5, « International Treaties and Conventions on Intellectual Property », No. 489, 2nd ed. Geneva : WIPO, 2004.

Ricketson, Sam, and Jane C. Ginsburg. *International Copyright and Neighbouring Rights : The Berne Convention and Beyond*, vol. I, 2nd ed. Oxford : Oxford University Press, 2006.

Vaver, David. *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 2011.

Wilkinson, Margaret Ann. « Copyright, Collectives, and Contracts : New Math for Educational Institutions and Libraries », in Michael Geist, ed., *From « Radical Extremism » to « Balanced Copyright » : Canadian Copyright and the Digital Agenda*. Toronto : Irwin Law, 2010, 503.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Létourneau, Nadon et Pelletier), 2010 CAF 220, 409 N.R. 102, 323 D.L.R. (4th) 42, 14 Admin. L.R. (5th) 159, 86 C.P.R. (4th) 239, [2010] A.C.F. nº 1087 (QL), 2010 CarswellNat 5932, qui a confirmé une décision de la Commission du droit d'auteur, www.cb-cda.gc.ca/decisions/2007/20071018-m-e.pdf, (2007), 61 C.P.R. (4th) 353, [2007] D.C.D.A. nº 7 (QL), 2007 CarswellNat 3467. Pourvoi accueilli en partie.

Gerald L. Kerr-Wilson, *Ariel A. Thomas* et *Julia Kennedy*, pour les appelantes.

Gilles Daigle, *D. Lynne Watt*, *Paul Spurgeon* et *Henry Brown*, *c.r.*, pour l'intimée.

Argumentation écrite seulement par *Casey M. Chisick*, *Timothy Pinos* et *Jason Beitchman*, pour l'intervenante CMRRA-SODRAC Inc.

Argumentation écrite seulement par *Tim Gilbert*, *Sana Halwani* et *Sundeep Chauhan*, pour l'intervenante Cineplex Divertissement LP.

Argumentation écrite seulement par *Jeremy de Beer* et *David Fewer*, pour l'intervenante la

2012 SCC 35 (CanLII)

Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

Written submissions only by *Michael Koch*, for the interveners Apple Canada Inc. and Apple Inc.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ. was delivered by

ROTHSTEIN J. —

I. Introduction

[1] Online music services offer permanent downloads, limited downloads and on-demand streams of files containing musical works. A download is the transmission over the Internet of a file containing data, such as a sound recording of a musical work, that gives the user a permanent copy of the file to keep as his or her own. A limited download allows the copy to be used as long as the user's subscription is paid up. A stream is a transmission of data that allows the user to listen to or view the content transmitted at the time of the transmission, resulting only in a temporary copy of the file on the user's hard drive. The Copyright Board was of the opinion that downloads and streams, among other uses of music that it examined as part of the certification process of a proposed tariff for the communication of musical works over the Internet, come within the scope of the exclusive right of copyright holders to communicate to the public by telecommunication provided by the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42 (the "Act"). Accordingly, it found that a claim for communication royalties by the holders of copyright in the communicated works was well founded, in addition to any reproduction royalties received when a work is copied through the Internet ((2007), 61 C.P.R. (4th) 353 ("Tariff 22.A decision")). On appeal, the Federal Court of Appeal agreed (2010 FCA 220, 409 N.R. 102).

Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko.

Argumentation écrite seulement par *Michael Koch*, pour les intervenantes Apple Canada Inc. et Apple Inc.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Deschamps, Fish, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Introduction

[1] Les services de musique en ligne offrent des téléchargements permanents, des téléchargements limités et des transmissions en continu sur demande qui renferment des œuvres musicales. On entend par téléchargement la transmission sur Internet d'un fichier de données, tel l'enregistrement sonore d'une œuvre musicale, dont l'utilisateur conserve une copie permanente. Le téléchargement limité permet à l'abonné d'utiliser la copie tant qu'il acquitte le coût de son abonnement. La transmission en continu est une transmission de données permettant d'entendre ou de voir le contenu au moment de la transmission; elle ne permet que le stockage d'une copie temporaire sur le disque dur de l'utilisateur. La Commission du droit d'auteur a estimé que le droit exclusif du titulaire du droit d'auteur de communiquer l'œuvre au public, par télécommunication, prévu dans la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42 (la « Loi »), s'applique au téléchargement et à la transmission en continu, entre autres utilisations de musique examinées dans le cadre du processus d'homologation d'un projet tarifaire pour la communication d'œuvres musicales sur Internet. Elle est donc arrivée à la conclusion que les redevances réclamées par les titulaires du droit d'auteur sur les œuvres communiquées le sont à juste titre (en ligne (« décision concernant le tarif 22.A »)) et qu'elles s'ajoutent à celles touchées pour la reproduction lorsque les œuvres sont reproduites au moyen d'Internet. Saisie de l'appel de cette décision, la Cour d'appel fédérale a abondé dans le même sens (2010 CAF 220 (CanLII)).

2012 SCC 35 (CanLII)

[2] The sole issue in this appeal is the meaning of the phrase "to the public" in s. 3(1)(*f*) of the Act. The online music services brought this appeal on the basis that their uses of music do not engage the right to communicate to the public by telecommunication in s. 3(1)(*f*) because they do not come within the scope of the phrase "to the public". The issue of whether *downloads* can be "communication[s]" within the meaning of s. 3(1)(*f*) was left to be determined in the companion case *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231 ("*ESA*"). In *ESA*, a majority of this Court determined that musical works are not "communicated" by telecommunication when they are *downloaded*. This conclusion affects this appeal. The question of whether the online music services engage the exclusive right to "communicate . . . to the public by telecommunication" by offering *downloads* to members of the public has now become moot. However, the ESA did not contest the Board's conclusion that a *stream* constitutes a "communication" within the meaning of s. 3(1)(*f*) of the Act. As a result, the remaining issue here is whether, based on *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339 ("*CCH*"), such communication of protected works nevertheless does not engage the exclusive right to communicate to the public because a point-to-point transmission from the website of an online music service to any individual customer is a *private* communication.

II. Facts and Procedural History

[3] The appellants, Rogers Communications Inc., Rogers Wireless Partnership, Shaw Cablesystems G.P., Bell Canada and Telus Communications Company, offer online music services. Online music services provide catalogues of digital audio files that consumers can browse at their convenience. A consumer may select a song or an album and download or stream the digital audio file containing the musical work to his or her computer or mobile phone, or both.

[2] Seul le sens des mots « au public » employés à l'al. 3(1)*f*) de la Loi fait l'objet du litige. Les services de musique en ligne, qui sont à l'origine du présent pourvoi, prétendent que leurs utilisations d'œuvres musicales n'emportent pas l'application du droit de communiquer au public par télécommunication que confère l'al. 3(1)*f*), car il ne s'agit pas de communications « au public ». Dans l'affaire connexe *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231 (« *ESA* »), la Cour devait décider si un *téléchargement* peut constituer une « communication » pour l'application de cet alinéa. Les juges majoritaires de notre Cour statuent que l'œuvre musicale qui est *téléchargée* n'est pas « communiquée » par télécommunication, une conclusion qui a une incidence dans la présente affaire. La question de savoir si les services de musique en ligne portent atteinte au droit exclusif de « communiquer au public, par télécommunication » lorsqu'ils offrent des *téléchargements* au public ne se pose donc plus. Toutefois, ESA n'a pas contesté la conclusion de la Commission selon laquelle une *transmission en continu* constitue une « communication » pour l'application de l'al. 3(1)*f*) de la Loi. La question qu'il reste donc à trancher en l'espèce est celle de savoir si, compte tenu de l'arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339 (« *CCH* »), pareille communication d'une œuvre protégée ne porte néanmoins pas atteinte au droit exclusif de communication au public puisque la transmission point à point du site Web du service de musique en ligne au consommateur individuel constitue une communication *privée*.

II. Rappel des faits et genèse de l'instance

[3] Les appelantes Rogers Communications Inc., Rogers Wireless Partnership, Shaw Cablesystems G.P., Bell Canada et Société Telus Communications offrent des services de musique en ligne. Ces fournisseurs mettent à la disposition des consommateurs des catalogues de fichiers audionumériques consultables à tout moment. Le consommateur peut choisir une chanson ou un album, puis télécharger ou se faire transmettre en continu sur son ordinateur ou son téléphone portable, ou les deux, le fichier audionumérique contenant l'œuvre musicale.

2012 SCC 35 (CanLII)

[4] The respondent, Society of Composers, Authors, and Music Publishers of Canada ("SOCAN"), is a collective society of composers, authors and publishers of music. It administers the right to perform in public and the right to communicate to the public by telecommunication the works covered by its members' copyrights. It files proposed tariffs with the Board and collects licence royalties, as set in tariffs certified by the Board, on behalf of its members.

[5] The issue in the present appeal is now whether streaming of files from the Internet triggered by individual users constitutes communication "to the public" of the musical works contained therein by online music services who make the files available to the users for streaming.

[6] These proceedings involve proposed tariffs first filed by SOCAN in 1995 for various uses of musical works constituting, in SOCAN's view, communication of musical works to the public over the Internet. There were objections to the filed proposals. In 1996, the Board decided to deal with legal issues separately from the determination of the actual tariffs. The first step was to "determine which activities on the Internet, if any, constitute a protected use [of SOCAN's repertoire of music] targeted in the tariff" (*SOCAN Statement of Royalties, Public Performance of Music Works 1996, 1997, 1998 (Tariff 22, Internet) (Re)* (1999), 1 C.P.R. (4th) 417 ("Tariff 22 decision"), at p. 424). Issued on October 27, 1999, the Board termed this its Phase I decision, dealing with legal and jurisdictional issues. Some of its determinations are directly relevant to this appeal. The Tariff 22 decision was ultimately appealed to this Court, albeit on different issues. However, in *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427 ("*SOCAN v. CAIP*"), at para. 30, Binnie J. noted the Board's interpretation of the phrase "to the public", which was that a communication may be to the public when it is made to individual members of the public, regardless of whether they receive it at the same or at different times (Tariff

[4] L'intimée, la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (« SOCAN »), un regroupement d'auteurs, de compositeurs et d'éditeurs de musique, gère les droits d'exécution en public et les droits de communication au public, par télécommunication, des œuvres protégées par le droit d'auteur de ses membres. Elle dépose des projets de tarif auprès de la Commission et perçoit au nom de ses membres les redevances fixées dans les tarifs homologués par cette dernière.

[5] La question en litige dans le présent pourvoi est désormais celle de savoir si la transmission en continu de fichiers sur Internet à la demande d'un utilisateur individuel constitue une communication « au public », par le service de musique en ligne qui offre une telle transmission aux utilisateurs, des œuvres musicales contenues dans les fichiers.

[6] La présente instance s'origine de projets tarifaires déposés initialement par la SOCAN en 1995 pour diverses utilisations d'œuvres musicales qui constituent, selon la SOCAN, une communication au public d'œuvres musicales sur Internet. Ces projets ont fait l'objet d'oppositions. En 1996, la Commission a décidé de séparer examen des points de droit et établissement des tarifs. Dans un premier temps, elle devait déterminer « quelles activités sur l'Internet, le cas échéant, constitu[ai]ent une utilisation protégée [du répertoire d'œuvres musicales de la SOCAN] visée par le tarif » (*Tarif des redevances, Exécution publique d'œuvres musicales 1996, 1997, 1998 (Tarif 22, Internet)* (1999) (en ligne) (la « décision concernant le tarif 22 »), p. 2). Le 27 octobre 1999, elle a rendu ce qu'elle a appelé sa décision de la première phase dans laquelle elle aborde points de droit et questions de compétence. Certaines des conclusions qu'elle y tire intéressent directement le présent pourvoi. La décision concernant le tarif 22 a finalement été portée en appel devant notre Cour, mais pour des motifs différents. Toutefois, dans l'arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427 (« *SOCAN c. ACFI* »), par. 30, le juge Binnie relève l'interprétation que fait la Commission des mots « au public », à savoir qu'il peut y avoir communication au public lorsque

2012 SCC 35 (CanLII)

22 decision, at p. 435). He found that this particular issue was "no longer contested."

[7] After this Court's decision in *SOCAN v. CAIP*, the Board proceeded to Phase II of the process to establish a tariff for the communication of musical works over the Internet for the years 1996 to 2006. In these proceedings, the appellants argued both before the Board and subsequently on judicial review, that a point-to-point transmission of a musical work is not a communication "to the public". This argument is in large part based on *CCH* and on the finding in that case that fax transmissions of copyrighted works by the Great Library at Osgoode Hall to its patrons were private communications.

[8] The Board rejected this argument in its decision issued on October 18, 2007. The Tariff 22.A decision reiterates the Board's earlier-stated view that communications to individual members of the public through downloads or streams requested by them at different times are communications "to the public". Accordingly, finding SOCAN's claim to be valid in law, the Board proceeded to establish the tariffs it considered appropriate.

[9] The appellants' application for judicial review was unanimously dismissed by the Federal Court of Appeal. Pelletier J.A., writing for the court, considered that the application should be reviewed on the standard of reasonableness and found the Board's determination of what constitutes a "communication to the public" under the Act to be reasonable.

III. Analysis

A. *Standard of Review*

[10] The appropriate standard for reviewing the Board's determinations on points of law was considered by Binnie J. in *SOCAN v. CAIP*. In concluding that the correctness standard must apply, he wrote, at para. 49:

celle-ci vise des particuliers au même moment ou à des moments différents (décision concernant le tarif 22, p. 17). Le juge Binnie conclut que ce point n'est « plus contesté ».

[7] Par suite de notre arrêt *SOCAN c. ACFI*, la Commission a entrepris la seconde phase du processus, soit l'établissement d'un tarif de communication d'œuvres musicales sur Internet pour les années 1996 à 2006. Les appelantes ont soutenu, tant devant la Commission que lors du contrôle judiciaire subséquent, que la transmission point à point d'une œuvre musicale ne constituait pas une communication « au public ». Elles s'appuyaient en grande partie sur l'arrêt *CCH* et sur la conclusion qui y est tirée, à savoir que la transmission par télécopieur, de la Grande bibliothèque d'Osgoode Hall à ses usagers, d'œuvres protégées par le droit d'auteur, constituait une communication privée.

[8] La Commission a rejeté cette thèse dans sa décision du 18 octobre 2007, où elle répète ce qu'elle a déjà affirmé, en l'occurrence que communiquer une œuvre à des particuliers par téléchargement ou transmission en continu, à des moments différents et sur demande, équivaut à la communiquer « au public ». Tenant pour fondée en droit la prétention de la SOCAN, elle a donc établi le tarif qui lui paraissait indiqué.

[9] La demande de contrôle judiciaire des appelantes a été rejetée par les juges unanimes de la Cour d'appel fédérale. Sous la plume du juge Pelletier, ces derniers opinent que la demande est assujettie à la norme de la décision raisonnable. Ils jugent raisonnable la décision de la Commission quant à savoir ce qui constitue une « communication au public » au sens de la Loi.

III. Analyse

A. *Norme de contrôle*

[10] Dans l'arrêt *SOCAN c. ACFI*, le juge Binnie se penche sur la norme de contrôle applicable à la décision de la Commission sur un point de droit et retient la norme de la décision correcte (par. 49) :

2012 SCC 35 (CanLII)

There is neither a preclusive clause nor a statutory right of appeal from decisions of the Copyright Board. While the Chair of the Board must be a current or retired judge, the Board may hold a hearing without any legally trained member present. The *Copyright Act* is an act of general application which usually is dealt with before courts rather than tribunals. The questions at issue in this appeal are legal questions. [Emphasis added.]

[11] Since that decision, this Court has substantially revised the appropriate approach to judicial review. *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, made clear that an administrative body interpreting and applying its home statute should normally be accorded deference on judicial review. See also *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471 ("*Canada (CHRC)*"), at para. 16, and *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at para. 26. In *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654 ("*ATA*"), at para. 39, the Court held that "[w]hen considering a decision of an administrative tribunal interpreting or applying its home statute, it should be presumed that the appropriate standard of review is reasonableness." By setting up a specialized tribunal to determine certain issues the legislature is presumed to have recognized superior expertise in that body in respect of issues arising under its home statute or a closely related statute, warranting judicial review for reasonableness.

[12] As stated by Binnie J. in *SOCAN v. CAIP*, the core of the Board's mandate is "the working out of the details of an appropriate royalty tariff" (para. 49). Nevertheless, in order to carry out this mandate, the Board is routinely called upon to ascertain rights underlying any proposed tariff. In this, it is construing the Act, its home statute.

[13] However, as Binnie J. noted in *SOCAN v. CAIP*, the Act is a statute that will also be brought

Il n'existe dans la loi ni clause privative ni droit d'appel des décisions de la Commission du droit d'auteur. Même si son président doit être juge ou juge à la retraite, la Commission peut tenir une audience en l'absence de tout membre ayant une formation juridique. La *Loi sur le droit d'auteur* est une loi de portée générale dont l'application relève habituellement des cours de justice, et non des tribunaux administratifs. Les questions en litige dans le présent pourvoi sont des questions de droit. [Je souligne.]

[11] Depuis cette décision, notre Cour a revu en profondeur les modalités du contrôle judiciaire. Dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, elle dit sans équivoque que la déférence est habituellement de mise lors du contrôle judiciaire de la décision d'un organisme administratif qui interprète et applique sa loi constitutive. Voir également *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 (« *Canada (CCDP)* »), par. 16, et *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 26. Dans *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654 (« *ATA* »), par. 39, la Cour statue qu'« [i]l convient de présumer que la norme de contrôle à laquelle est assujettie la décision d'un tribunal administratif qui interprète sa loi constitutive ou qui l'applique est celle de la décision raisonnable ». Lorsqu'il crée un tribunal administratif spécialisé pour trancher certaines questions, le législateur est présumé lui reconnaître une expertise particulière à l'égard des questions qui touchent à l'application de sa loi constitutive ou d'une loi étroitement liée à celle-ci, de sorte que le contrôle judiciaire des décisions de cet organisme doit se faire au regard de la norme de la raisonnabilité.

[12] Comme l'explique le juge Binnie dans l'arrêt *SOCAN c. ACFI*, « la mise au point d'un tarif de redevances approprié » est au cœur du mandat de la Commission (par. 49). Or, pour s'acquitter de ce mandat, la Commission est couramment appelée à se prononcer sur les droits qui sous-tendent le projet de tarif, ce qui l'amène à interpréter la Loi, sa loi constitutive.

[13] Le juge Binnie fait cependant observer dans cet arrêt que la Loi est un texte législatif qui peut

2012 SCC 35 (CanLII)

before the courts for interpretation at first instance in proceedings for copyright infringement. The court will examine the same legal issues the Board may be required to address in carrying out its mandate. On appeal, questions of law decided by the courts in these proceedings would be reviewed for correctness: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 8.

[14] It would be inconsistent for the court to review a legal question on judicial review of a decision of the Board on a deferential standard and decide exactly the same legal question *de novo* if it arose in an infringement action in the court at first instance. It would be equally inconsistent if on appeal from a judicial review, the appeal court were to approach a legal question decided by the Board on a deferential standard, but adopt a correctness standard on an appeal from a decision of a court at first instance on the same legal question.

[15] Because of the unusual statutory scheme under which the Board and the court may each have to consider the same legal question at first instance, it must be inferred that the legislative intent was not to recognize superior expertise of the Board relative to the court with respect to such legal questions. This concurrent jurisdiction of the Board and the court at first instance in interpreting the *Copyright Act* rebuts the presumption of reasonableness review of the Board's decisions on questions of law under its home statute. This is consistent with *Dunsmuir*, which directed that "[a] *discrete and special administrative regime* in which the decision maker has special expertise" was a "facto[r that] will lead to the conclusion that the decision maker should be given deference and a reasonableness test applied" (para. 55 (emphasis added)). Because of the jurisdiction at first instance that it shares with the courts, the Board cannot be said to operate in such a "discrete . . . administrative regime". Therefore, I cannot agree with Abella J. that the fact that courts routinely carry out the same interpretive tasks as the board at first instance "does not detract from the Board's

également être soumis à l'interprétation d'une cour de justice de première instance par suite d'une allégation de violation du droit d'auteur. Cette cour de justice examine alors les mêmes questions de droit que la Commission dans l'exécution de son mandat. En appel, la question de droit tranchée en première instance par la cour de justice fait l'objet d'un contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 8.

[14] Il serait illogique de contrôler la décision de la Commission sur un point de droit selon une norme déférente, mais d'examiner *de novo* la décision d'une cour de justice rendue en première instance sur le même point de droit dans le cadre d'une action pour violation du droit d'auteur. Il serait tout aussi incohérent que, saisie d'un appel visant un contrôle judiciaire, la cour d'appel fasse preuve de déférence à l'égard de la décision de la Commission sur un point de droit, mais applique la norme de la décision correcte à la décision d'une cour de justice en première instance sur le même point de droit.

[15] Étant donné le caractère particulier du régime législatif en vertu duquel la Commission et une cour de justice peuvent être respectivement appelées à statuer en première instance sur un même point de droit, il faut inférer que le législateur n'a pas voulu reconnaître à la Commission une expertise supérieure à celle de la cour de justice en la matière. Cette compétence concurrente conférée à la Commission et à la cour de justice pour interpréter en première instance la *Loi sur le droit d'auteur* a pour effet d'écarter la présomption selon laquelle la décision de la Commission sur un point de droit rendue sous le régime de sa loi constitutive est assujettie à la norme de la raisonnabilité. Cette conclusion est conforme à l'arrêt *Dunsmuir* dans lequel notre Cour dit que l'existence d'« [u]n *régime administratif distinct et particulier* dans le cadre duquel le décideur possède une expertise spéciale » constitue un « élément [qui permet] de conclure qu'il y a lieu de déférer à la décision et d'appliquer la norme de la raisonnabilité » (par. 55 (je souligne)). Étant donné la compétence qu'elle partage avec la cour de justice en première instance, on ne peut dire de la Commission qu'elle exerce ses fonctions dans le

2012 SCC 35 (CanLII)

particular familiarity and expertise with the provisions of the *Copyright Act*" (para. 68). In these circumstances, courts must be assumed to have the same familiarity and expertise with the statute as the board. Accordingly, I am of the opinion that in *SOCAN v. CAIP*, Binnie J. determined in a satisfactory manner that the standard of correctness should be the appropriate standard of review on questions of law arising on judicial review from the Copyright Board (*Dunsmuir*, at para. 62).

cadre d'un tel « régime administratif distinct ». Je ne peux donc pas convenir avec la juge Abella que le fait que la cour de justice exerce couramment les mêmes activités d'interprétation que l'organisme administratif en première instance « n'enlève pas à la Commission sa connaissance approfondie de la *Loi sur le droit d'auteur* ni son expertise dans l'application de celle-ci » (par. 68). Dès lors, il faut supposer que la cour de justice et l'organisme administratif ont, à l'égard du texte législatif, une même connaissance approfondie et une même expertise. Je suis donc d'avis que, dans l'arrêt *SOCAN c. ACFI*, le juge Binnie statue de manière satisfaisante que la norme de la décision correcte est celle qui convient au contrôle judiciaire de la décision de la Commission sur un point de droit (*Dunsmuir*, par. 62).

[16] I must also respectfully disagree with Abella J.'s characterization, at para. 62, of the holding in *ATA* as meaning that the "exceptions to the presumption of home statute deference are … constitutional questions and questions of law of central importance to the legal system and outside the adjudicator's specialized expertise". *Dunsmuir* had recognized that questions which fall within the categories of constitutional questions and questions of general law that are both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator's specialized area of expertise were to be reviewed on a correctness standard (paras. 58 and 60). *ATA* simply reinforced the direction in *Dunsmuir* that issues that fall under the category of interpretation of the home statute or closely related statutes normally attract a deferential standard of review (*ATA*, at para. 39; *Dunsmuir*, at para. 54). My colleague's approach would in effect mean that the reasonableness standard applies to *all* interpretations of home statutes. Yet, *ATA* and *Dunsmuir* allow for the exceptional *other* case to rebut the presumption of reasonableness review for questions involving the interpretation of the home statute.

[16] Soit dit en tout respect, je ne souscris pas non plus à l'interprétation que fait la juge Abella de l'arrêt *ATA* au par. 62. Selon elle, la Cour statue dans cet arrêt que les questions qui font « exception à la présomption de déférence que commande l'interprétation de la loi constitutive sont les questions constitutionnelles, ainsi que les questions de droit d'une importance capitale pour le système juridique et étrangères au domaine d'expertise du décideur ». Dans l'arrêt *Dunsmuir*, antérieur à *ATA*, notre Cour reconnaît que la question qui ressortit à la Constitution et celle qui touche au droit en général, qui revêt une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui est étrangère au domaine d'expertise du décideur sont assujetties à la norme de la décision correcte (par. 58 et 60). Dans *ATA*, notre Cour confirme seulement ce qu'elle dit dans *Dunsmuir* : la question qui touche à l'interprétation de la loi constitutive ou d'une loi qui y est étroitement liée commande généralement l'application d'une norme de contrôle déférente (*ATA*, par. 39; *Dunsmuir*, par. 54). Suivant le point de vue de ma collègue, la norme de la raisonnabilité s'applique à *toute* interprétation de la loi constitutive. Pourtant, les arrêts *ATA* et *Dunsmuir* admettent qu'une situation exceptionnelle *nouvelle* pourrait écarter la présomption d'assujettissement à la norme de la raisonnabilité de la décision qui résulte d'une interprétation de la loi constitutive.

2012 SCC 35 (CanLII)

[17] My colleague refers to pre-*Dunsmuir* decisions for the proposition that shared jurisdiction at first instance does not prevent reasonableness review of a tribunal's decision under its home statute. However, such precedents will only be helpful where they "determin[e] in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded with regard to a particular category of question" (*Dunsmuir*, at para. 62).

[18] The recent examples raised by Justice Abella where reasonableness review was applied all involved bodies with exclusive primary jurisdiction under their home statute, constituting "discrete . . . administrative regime[s]". *Canada (CHRC)* concerned the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6, which does not create shared primary jurisdiction between the administrative tribunal and the courts. In these circumstances, the Court simply found that the standard applicable on the facts of that case was the reasonableness standard and confirmed the presumptive rule that "if the issue relates to the interpretation and application of its own statute, . . . the standard of reasonableness will generally apply" (para. 24 (emphasis added)). *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395, involved the judicial review of a decision of a disciplinary body under a professional *Code of ethics of advocates*, R.R.Q. 1981, c. B-1, applicable to lawyers. There was no question of the constitutionality of the provision in the *Code of ethics*. The question, rather, was whether the adjudicator, making his fact-specific determination in the circumstances of that case, had "act[ed] consistently with the values underlying the grant of discretion, including *Charter* values" (*Doré*, at para. 24). In any case, the adjudicator was operating as part of a discrete administrative regime with exclusive jurisdiction over disciplinary matters under the *Code of ethics*.

[19] I wish to be clear that the statutory scheme under which both a tribunal and a court may decide the same legal question at first instance is quite unlike the scheme under which the vast majority

[17] Ma collègue invoque des décisions antérieures à l'arrêt *Dunsmuir* pour affirmer que le partage de la compétence en première instance ne fait pas obstacle à l'assujettissement à la norme de la raisonnabilité de la décision que rend le tribunal administratif en application de sa loi constitutive. Cette jurisprudence ne vaut toutefois que si elle « établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier » (*Dunsmuir*, par. 62).

[18] Les décisions récentes invoquées par la juge Abella appliquent toutes la norme de la décision raisonnable à un organisme qui exerce une compétence exclusive initiale que lui confère sa loi constitutive, d'où l'existence d'un « régime administratif distinct ». L'arrêt *Canada (CCDP)* porte sur la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6, qui ne confère pas une compétence concurrente au tribunal administratif et à la cour de justice en première instance. Dès lors, la Cour conclut seulement que la norme applicable au vu des faits de l'espèce est celle de la décision raisonnable et elle confirme la présomption selon laquelle, « lorsqu'il s'agit d'interpréter et d'appliquer sa propre loi [. . .] la norme de la décision raisonnable s'applique habituellement » (par. 24 (je souligne)). Dans l'affaire *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395, le contrôle judiciaire visait la décision d'un organisme disciplinaire fondée sur le *Code de déontologie des avocats*, R.R.Q. 1981, ch. B-1. La disposition applicable de ce code ne soulevait aucune question de constitutionnalité. Il s'agissait plutôt de savoir si le décideur, lorsqu'il avait tiré sa conclusion d'ordre factuel à partir des circonstances de l'espèce, avait « ag[i] de manière compatible avec les valeurs sous-jacentes à l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire, y compris les valeurs consacrées par la *Charte* » (*Doré*, par. 24). De toute manière, le décideur agissait dans le cadre d'un régime administratif distinct et avait compétence exclusive en matière disciplinaire suivant le *Code de déontologie des avocats*.

[19] Je tiens à bien préciser que le régime législatif suivant lequel un tribunal administratif et une cour de justice peuvent trancher une même question de droit en première instance diffère sensiblement

2012 SCC 35 (CanLII)

of judicial reviews arises. Concurrent jurisdiction at first instance seems to appear only under intellectual property statutes where Parliament has preserved dual jurisdiction between the tribunals and the courts. However, I leave the determination of the appropriate standard of review of a tribunal decision under other intellectual property statutes for a case in which it arises. Nothing in these reasons should be taken as departing from *Dunsmuir* and its progeny as to the presumptively deferential approach to the review of questions of law decided by tribunals involving their home statute or statutes closely connected to their function.

[20] It should be equally clear that the Board's application of the correct legal principles to the facts of a particular matter should be treated with deference, as are the decisions of this nature by trial judges on appellate review. However, I cannot agree with Abella J. that the question arising in this appeal is a question of mixed fact and law (para. 74). The issue in this case has been argued by the parties as a pure question of law. The Court is asked to determine whether a point-to-point transmission can ever constitute a communication "to the public" within the meaning of s. 3(1)(*f*) of the *Copyright Act* (A.F., at para. 2). This is not a "questio[n] of mixed fact and law [that] involve[s] applying a legal standard to a set of facts" (*Housen v. Nikolaisen*, at para. 26); it is an extricable question of law.

B. *Can a Point-to-Point Transmission Effected at the Request of the Recipient Be a Communication "to the Public"?*

(1) Arguments of the Parties and Relevant Legislative Provisions

[21] Before this Court, the appellants maintain that a point-to-point communication by telecommunication of a discrete copy of a musical work

des régimes dont l'application donne lieu à la plupart des contrôles judiciaires. Il semble n'y avoir de compétence concurrente en première instance que sous le régime des lois sur la propriété intellectuelle, le législateur ayant conservé la compétence de la cour de justice malgré celle accordée au tribunal administratif. Je ne me prononce cependant pas sur la norme de contrôle à laquelle il convient d'assujettir la décision d'un tribunal administratif rendue en application d'autres lois sur la propriété intellectuelle, car ce n'est pas l'objet du présent pourvoi. Les présents motifs ne sauraient être interprétés comme une rupture d'avec l'arrêt *Dunsmuir* ou ceux rendus dans sa foulée en ce qui concerne la déférence qui s'impose de prime abord lors du contrôle judiciaire d'une décision sur une question de droit que rend un tribunal administratif en interprétant sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat.

[20] Il convient de préciser également que lorsqu'elle applique les bons principes juridiques aux faits d'une affaire, la Commission a droit à la déférence, à l'instar du juge de première instance dont la même démarche est portée en appel. Or, je ne saurais convenir avec la juge Abella que la question qui se pose dans le présent dossier est une question mixte de fait et de droit (par. 74). Dans leurs plaidoiries, les parties l'ont présentée comme une pure question de droit. Notre Cour est appelée à décider s'il est même possible qu'une transmission point à point constitue une communication « au public » au sens de l'al. 3(1)*f*) de la *Loi sur le droit d'auteur* (m.a., par. 2). Il ne s'agit pas d'une « questio[n] mixt[e] de fait et de droit [qui] suppos[e] l'application d'une norme juridique à un ensemble de faits » (*Housen c. Nikolaisen*, par. 26), mais bien d'une question de droit manifeste.

B. *La transmission point à point à la demande du destinataire peut-elle être considérée comme une communication « au public »?*

(1) Thèses des parties et dispositions législatives pertinentes

[21] Devant notre Cour, les appelantes soutiennent que la transmission point à point, par télécommunication, de la copie individuelle d'une œuvre musicale

2012 SCC 35 (CanLII)

is not a communication *to the public*, regardless of whether another copy of the same work is transmitted to a different customer at a different time. They argue that "the [Federal Court of Appeal's] decision is directly contrary to . . . *CCH*", where "all three Courts concluded that the Great Library's facsimile service did not infringe the right to communicate to the public by telecommunication — based on analyzing whether *each* transmission was a communication to the public" (A.F., at paras. 8 and 45 (emphasis in original)). The appellants further support their position by reference to the legislative history of s. 3(1)(*f*) of the Act and U.S. authorities. SOCAN views the decisions of the Board and of the F.C.A. as correct and consistent with relevant international copyright conventions.

ne constitue pas une communication *au public*, et ce, peu importe qu'une autre copie de la même œuvre soit transmise ou non à un autre client à un moment différent. Elles ajoutent que [TRADUCTION] « la décision [de la Cour d'appel fédérale] va directement à l'encontre [. . .] de l'arrêt *CCH* », car « les juridictions successivement appelées à se prononcer dans cette affaire ont toutes trois conclu que le service de télécopie offert par la Grande bibliothèque ne portait pas atteinte au droit de communication au public, par télécommunication, après s'être demandé si *chacune* des transmissions était une communication au public » (m.a., par. 8 et 45 (en italique dans l'original)). Pour étayer leur thèse plus avant, les appelantes renvoient à l'historique législatif de l'al. 3(1)*f*) de la Loi ainsi qu'à des décisions américaines. La SOCAN estime que les décisions de la Commission et de la Cour d'appel fédérale sont fondées et vont dans le sens des conventions internationales sur le droit d'auteur applicables.

[22] The legal question in this appeal involves the interpretation of s. 3 of the Act. The right to communicate to the public by telecommunication is set out in s. 3(1)(*f*) of the Act:

[22] La question de droit soulevée dans le présent pourvoi a trait à l'interprétation de l'art. 3 de la Loi. Le droit de communiquer une œuvre au public par télécommunication est énoncé à l'al. 3(1)*f*) de la Loi :

3. (1) For the purposes of this Act, "copyright", in relation to a work, means the sole right . . .

. . .

(*f*) in the case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to communicate the work to the public by telecommunication,

. . .

and to authorize any such acts.

3. (1) Le droit d'auteur sur l'œuvre comporte le droit exclusif . . .

. . .

f) de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique;

. . .

Est inclus dans la présente définition le droit exclusif d'autoriser ces actes.

[23] Section 2 broadly defines "telecommunication" as "any transmission of signs, signals, writing, images or sounds or intelligence of any nature by wire, radio, visual, optical or other electromagnetic system". There is no dispute in this appeal that the communications in issue are "telecommunications" within the meaning of the *Copyright Act*.

[23] Une définition large du terme « télécommunication » figure à l'art. 2 : « toute transmission de signes, signaux, écrits, images, sons ou renseignements de toute nature par fil, radio, procédé visuel ou optique, ou autre système électromagnétique ». Nulle partie au pourvoi ne conteste que les communications en litige constituent des « télécommunications » au sens de la *Loi sur le droit d'auteur.*

2012 SCC 35 (CanLII)

(2) The Precedent in *CCH*: Interpreting "to the Public"

[24] The words "to the public" within the meaning of s. 3(1)(*f*) of the Act were considered in *CCH*. The Great Library offered the service of faxing reported judgments and excerpts of other legal materials to individual lawyers at the lawyer's request. The publishers holding copyrights in the transmitted works argued that the fax transmissions of copies of their works to individual lawyers were communications to the public by telecommunication by the Great Library. Contrasting this situation with telecommunications in the context of subscription or pay-per-view television, at trial, Gibson J. found no communication to the public since "the telecommunications, by facsimile, emanated from a single point and were each intended to be received at a single point" ([2000] 2 F.C. 451 (T.D.), at para. 167).

[25] The conclusion was affirmed on appeal by the Federal Court of Appeal (2002 FCA 187, [2002] 4 F.C. 213) and this Court. This Court, as did the F.C.A., held that "transmission of a single copy to a single individual is not a communication to the public": *CCH* (SCC), at para. 78; *CCH* (FCA), at paras. 101 and 253. Both sets of reasons in the Federal Court rely on the ordinary meaning of the phrase "to the public", as well as the definition of "public" in Art. 1721(2) of the *North American Free Trade Agreement*, Can. T.S. 1994 No. 2 ("NAFTA"), to conclude that "to be 'to the public' a communication must be targeted at an aggregation of individuals, which is more than a single person but not necessarily the whole public at large" (Linden J.A., at para. 100 (emphasis added)). This Court agreed with the F.C.A.'s conclusion (para. 78).

[26] However, this Court expressly limited its ruling to the facts in *CCH*. McLachlin C.J. wrote:

> The fax transmission of a single copy to a single individual is not a communication to the public. This said, a series of repeated fax transmissions of the same work to numerous different recipients might constitute communication to the public in infringement of copyright.

(2) L'arrêt *CCH* : Interprétation du terme « au public »

[24] Le terme « au public » employé à l'al. 3(1)*f*) de la Loi a été analysé dans l'affaire *CCH*. La Grande bibliothèque offrait aux avocats un service individuel de télécopie sur demande de jugements publiés et d'extraits d'autres documents juridiques. Titulaires du droit d'auteur sur les œuvres ainsi transmises, les éditeurs faisaient valoir que la télécopie de leurs œuvres à des avocats par la Grande bibliothèque constituait une communication au public par télécommunication. Établissant une comparaison avec la télécommunication dans le cadre de la télévision payante, le juge Gibson a conclu en première instance que les transmissions par télécopieur ne constituaient pas des communications au public, car elles « provenaient d'un seul point et étaient destinées à n'atteindre qu'un seul point » ([2000] 2 C.F. 451 (1re inst.), par. 167).

[25] La Cour d'appel fédérale (2002 CAF 187, [2002] 4 C.F. 213) et notre Cour ont confirmé cette conclusion. À l'instar de la première, la seconde a jugé que « [t]ransmettre une seule copie à une seule personne [. . .] n'équivaut pas à communiquer l'œuvre au public » (*CCH* (C.S.C.), par. 78; *CCH* (C.A.F.), par. 101 et 253). Les deux opinions exprimées par les juges de la Cour fédérale prennent appui sur le sens ordinaire du terme « au public », ainsi que sur la définition du mot « public » au par. 1721(2) de l'*Accord de libre-échange nord-américain*, R.T. Can. 1994 nº 2 (« ALÉNA »), et leurs auteurs concluent que « pour être faite "au public", une communication doit être destinée à un groupe de personnes, ce qui est plus qu'une personne mais pas nécessairement tout le public en général » (le juge Linden, par. 100 (je souligne)). Notre Cour fait sienne la conclusion de la Cour d'appel fédérale (par. 78).

[26] Notre Cour précise toutefois que sa conclusion ne s'applique qu'aux faits de l'espèce. La juge en chef McLachlin dit en effet :

> Transmettre une seule copie à une seule personne par télécopieur n'équivaut pas à communiquer l'œuvre au public. Cela dit, la transmission répétée d'une copie d'une même œuvre à de nombreux destinataires pourrait constituer une communication au public et violer le

2012 SCC 35 (CanLII)

However, there was no evidence of this type of transmission having occurred in this case.

On the evidence in this case, the fax transmissions were not communications to the public. [Emphasis added; paras. 78-79.]

(3) A Disagreement Based on Perspective

[27] Both parties in this appeal rely on *CCH* in support of their respective positions. They disagree, however, on the meaning of the caveat in *CCH* that "a series of repeated fax transmissions of the same work to numerous different recipients might constitute communication to the public in infringement of copyright". The appellants argue that all three courts in *CCH* ruled that each transmission must be analyzed on its own, as a separate transaction, regardless of whether another communication of the same work to a different customer may occur at a later point in time. They submit that a "series of repeated fax transmissions of the same work to numerous different recipients might constitute communication to the public in infringement of copyright" only where the series of transmissions to multiple users originate from a *single act* by the sender. They provide the example of multiple fax transmissions occurring successively as a result of a decision by the sender to fax to multiple recipients ("a broadcast fax" (A.F., at para. 70)). This is distinguishable in their view from discrete point-to-point transmissions which result from multiple unrelated acts by the sender. In SOCAN's view, there is no requirement in *CCH* that the series of transmissions originate from a single act of the sender.

[28] The disagreement is based on perspective. Where the appellants argue that we must consider the *recipient* of each transmission, SOCAN and the decisions below focused on the *sender's activities* in communicating a given work over time.

(4) Transmissions Must Be Looked at in Context

[29] In my respectful view, the appellants' proposition is untenable. Such a rule would produce

droit d'auteur. Toutefois, aucune preuve n'a établi que ce genre de transmission aurait eu lieu en l'espèce.

Compte tenu de la preuve, les transmissions par télécopieur ne constituaient pas des communications au public. [Je souligne; par. 78-79.]

(3) Désaccord découlant d'optiques différentes

[27] Les deux parties au pourvoi invoquent l'arrêt *CCH* à l'appui de leur thèse respective, mais elles ne s'entendent pas sur l'application de la réserve qui y est exprimée, à savoir que « la transmission répétée d'une copie d'une même œuvre à de nombreux destinataires pourrait constituer une communication au public et violer le droit d'auteur ». Les appelantes soutiennent que les juridictions successivement saisies ont toutes trois statué que chacune des transmissions devait être analysée séparément et considérée comme une opération distincte, que la même œuvre soit ou non communiquée à un autre client ultérieurement. Elles estiment que « la transmission répétée d'une copie d'une même œuvre à de nombreux destinataires pourrait constituer une communication au public et violer le droit d'auteur » uniquement lorsque la transmission répétée à de multiples usagers résulte d'un *seul acte* de l'expéditeur. Elles donnent l'exemple de l'expéditeur qui décide de télécopier successivement le même message à de multiples destinataires (m.a., par. 70), ce qui diffère à leur avis de la transmission individuelle point à point qui résulte d'une série d'actes indépendants les uns des autres. Pour la SOCAN, l'arrêt *CCH* n'exige pas que la transmission répétée soit le résultat d'un seul acte de l'expéditeur.

[28] Ce désaccord s'explique par des optiques différentes. Alors que les appelantes soutiennent qu'il faut tenir compte du *destinataire* de chacune des transmissions, la SOCAN et les tribunaux inférieurs s'attachent aux *actes accomplis par l'expéditeur* pour communiquer l'œuvre pendant une période donnée.

(4) Obligation de tenir compte du contexte dans l'analyse des transmissions

[29] À mon humble avis, la prétention des appelantes est indéfendable, car y faire droit mènerait

2012 SCC 35 (CanLII)

arbitrary results. For example, where a copyright-protected work is sent to 100 randomly selected members of the general public by way of a single e-mail with multiple recipients, on the appellants' approach, this would constitute a communication "to the public". However, under the same approach, the sender could avoid infringing copyright simply by executing the same task through sending separate e-mails to each of the 100 recipients. If the nature of the activity in both cases is the same, albeit accomplished through different technical means, there is no justification for distinguishing between the two for copyright purposes.

[30] Focusing on each individual transmission loses sight of the true character of the communication activity in question and makes copyright protection dependant on technicalities of the alleged infringer's chosen method of operation. Such an approach does not allow for principled copyright protection. Instead, it is necessary to consider the broader context to determine whether a given point-to-point transmission engages the exclusive right to communicate to the public. This is the only way to ensure that form does not prevail over substance.

[31] Sharlow J.A. addressed this issue in *Canadian Wireless Telecommunications Assn. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2008 FCA 6, [2008] 3 F.C.R. 539, leave to appeal refused, [2008] 2 S.C.R. vi ("*CWTA*"), holding that a person offering members of the public the opportunity to download ringtones for their mobile phones thereby communicates the musical works contained in the ringtones to the public. She wrote that this approach

> is consistent with the language of [s. 3(1)(*f*) of the Act] and its context. It also accords with common sense. If a wireless carrier were to transmit a particular ringtone simultaneously to all customers who have requested it, that transmission would be a communication to the public. It would be illogical to reach a different result simply because the transmissions are done one by one, and thus at different times. [para. 43]

à des résultats arbitraires. Ainsi, suivant l'approche qu'elles préconisent, la transmission d'une œuvre protégée par l'envoi d'un seul courriel à 100 citoyens ordinaires choisis au hasard constituerait une communication « au public ». Pourtant, suivant la même logique, l'expéditeur qui ferait la même chose, mais en envoyant un courriel distinct à chacun de ces mêmes 100 destinataires ne violerait pas le droit d'auteur. Lorsque l'acte est foncièrement identique — bien qu'il soit accompli par des moyens techniques différents —, rien ne justifie d'établir une distinction entre les deux envois pour les besoins de l'application du droit d'auteur.

[30] S'attacher à chacune des transmissions individuelles fait perdre de vue la nature véritable de la communication en cause et subordonne la protection du droit d'auteur aux détails techniques du mode opératoire retenu par la personne qui violerait le droit d'auteur, ce qui n'est pas de nature à assurer une protection rationnelle du droit d'auteur. Il faut donc tenir compte du contexte général pour déterminer si une transmission point à point porte atteinte au droit exclusif de communiquer l'œuvre au public. C'est la seule façon de s'assurer que la forme ne l'emporte pas sur le fond.

[31] La juge Sharlow aborde la question dans l'arrêt *Assoc. canadienne des télécommunications sans fil c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2008 CAF 6, [2008] 3 R.C.F. 539, autorisation de pourvoi refusée, [2008] 2 R.C.S. vi (« *ACTSF* »). Elle conclut que la personne qui offre aux particuliers la possibilité de télécharger des sonneries pour leurs téléphones portables communique au public l'œuvre musicale contenue dans ces sonneries. À son avis, cette interprétation

> est compatible avec le libellé de [l'al. 3(1)*f*) de la Loi] et avec son contexte. Elle s'accorde aussi avec le bon sens. Si une entreprise de télécommunications sans fil devait transmettre une sonnerie déterminée simultanément à tous les abonnés qui l'ont demandée, cette transmission constituerait une communication au public. Il serait illogique d'en arriver à un résultat différent pour la simple raison que les transmissions sont effectuées une par une et qu'elles ont donc lieu à des moments différents. [par. 43]

2012 SCC 35 (CanLII)

(5) The Appellants' Interpretation Would Exclude All On-Demand Transmissions

[32] In oral argument, counsel for the appellants seemed to go somewhat beyond the mere technicality of the transmissions by looking at the *intention* of the sender in accomplishing a given transmission. In the case of a "blas[t]" communication, he pointed out that the sender has "take[n] it upon [himself] to send [the work] out" (Transcript, at p. 24). By contrast, in the case of a one-to-one transmission, at least that from an online music service to a customer at the customer's request, or from the Great Library in *CCH* to a patron, he argued that there is no intention that the same work ever be transmitted again "because it is entirely at the request of the consuming public" (p. 26). In the appellants' view, this would justify differential treatment of the point-to-point transmission and the "blas[t]" communication.

[33] With respect, this proposition too must be rejected, for the same reason that focusing the analysis on the recipient of a transmission rather than on the overall context of the communication produces results inconsistent with the true character of the communication. The facts of this case underscore the point. The Board found that "[d]ownloads are 'targeted at an aggregation of individuals'" and are "offered to anyone with the appropriate device who is willing to comply with the terms" (para. 97). It is hardly possible to maintain that "there is no intention that the same work ever be transmitted again".

[34] In addition, the appellants' proposed rule that each transmission be analyzed in isolation because each is initiated at the request of individual members of the public would have the effect of excluding all interactive communications from the scope of the copyright holder's exclusive rights to communicate to the public and to authorize such communications. A stream is often effectuated at the request of the recipient. On-demand television allows viewers to request and view the desired

(5) Exclusion de toute transmission sur demande suivant l'interprétation préconisée par les appelantes

[32] Dans sa plaidoirie, l'avocat des appelantes a paru aller au-delà des seuls détails techniques de la transmission et s'intéresser à l'*intention* de l'expéditeur qui effectue une transmission donnée. Il a fait observer que dans le cas d'une communication [TRADUCTION] « à grande échelle », l'expéditeur « prend lui-même l'initiative de la transmission » (transcription, p. 24). En revanche, dans le cas d'une transmission individuelle, du moins celle effectuée par un service de musique en ligne à la demande d'un client ou par la Grande bibliothèque à un usager comme dans l'affaire *CCH*, l'avocat a fait valoir que l'intention n'est pas de transmettre de nouveau la même œuvre, « car la transmission a lieu uniquement à la demande d'un consommateur » (p. 26). Les appelantes en concluent qu'il est justifié de considérer la transmission point à point différemment de la communication « à grande échelle ».

[33] À mon humble avis, cette thèse doit également être écartée, car tout comme l'analyse qui s'attache au destinataire de la transmission plutôt qu'au contexte général de la communication, y faire droit mènerait à des résultats incompatibles avec la nature véritable de la communication, ce que confirment les faits de la présente affaire. La Commission conclut que « [l]es téléchargements sont "destiné[s] à un groupe de personnes" » et sont « offerts à quiconque possède l'appareil approprié et est disposé à remplir les conditions [établies] » (par. 97). Il n'est guère possible de soutenir que « l'expéditeur n'a pas l'intention de transmettre de nouveau la même œuvre ».

[34] Qui plus est, la règle dont les appelantes préconisent l'application de telle sorte que chacune des transmissions soit examinée isolément parce qu'elle intervient à la demande individuelle d'un utilisateur aurait pour effet de soustraire toute communication interactive au respect du droit exclusif du titulaire du droit d'auteur de communiquer son œuvre au public et d'autoriser pareille communication. Une transmission en continu est souvent effectuée à la demande du destinataire. La télévision sur

2012 SCC 35 (CanLII)

program at the time of their choosing. By definition, on-demand communications — relating to the so-called "pull" technologies — are initiated at the request of the user, independently of any other user, and each individual transmission happens in a point-to-point manner. None of these telecommunications would be considered as being made "to the public" simply because the *actual* transmission occurs at the initiative and discretion of the consumer to accept the invitation to the public to access the content.

[35] Nothing in the wording of s. 3(1)(*f*) of the Act implies such a limitation. A communication is not restricted to a purely non-interactive context.

(6) Section 3(1)(*f*) Is Not Limited to Traditional "Push" Technologies; It Is Technology-Neutral

[36] The right to communicate to the public is historically linked to traditional media that operated on a broadcasting, or "push", model. As pointed out by the appellants, the predecessor to s. 3(1)(*f*) guaranteed copyright holders an exclusive right to communicate literary, dramatic, musical or artistic works by *radio-communication*. The predecessor section was introduced in 1931, implementing Article 11*bis* of the *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*, 828 U.N.T.S. 221 (Rome Revision of 1928): J. S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, (4th ed. (loose-leaf), at p. 21-86); *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd.*, [1968] S.C.R. 676, at p. 681. Radio-communications were understood to include transmissions by microwave over the airwaves: *Canadian Admiral Corp. v. Rediffusion, Inc.*, [1954] Ex. C.R. 382. As such, the radio-communication right extended to radio and traditional over-the-air television broadcasting, notably leaving transmissions by cable outside of copyright protection.

demande permet au téléspectateur de commander puis de regarder l'émission de son choix au moment qui lui convient. Par définition, la communication sur demande — qui entre dans la catégorie de ce qu'on appelle l'« extraction personnalisée » — a lieu à l'initiative de l'utilisateur, indépendamment de tout autre utilisateur, et chacune des transmissions individuelles a lieu d'un point à un autre. Aucune de ces télécommunications ne pourrait être considérée comme une télécommunication « au public » pour le seul motif que la transmission *concrète* intervient à l'initiative et à la discrétion de l'utilisateur, qui répond à l'invitation lancée au public d'accéder au contenu en cause.

[35] Le libellé de l'al. 3(1)*f*) de la Loi ne justifie aucunement une interprétation aussi stricte. Il n'y a pas communication qu'en l'absence de toute interaction.

(6) Neutre sur le plan technologique, l'al. 3(1)*f*) ne vise pas que la « distribution sélective » traditionnelle

[36] Le droit de communication au public est historiquement lié aux médias traditionnels, qui fonctionnent selon le mode de la « radiodiffusion » ou de la « distribution sélective ». Comme le soulignent les appelantes, la disposition qui a précédé l'al. 3(1)*f*) actuel garantissait au titulaire du droit d'auteur le droit exclusif de transmettre son œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique au moyen de la *radiophonie*. Adoptée en 1931, l'ancienne disposition mettait en œuvre l'article 11*bis* de la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, 828 R.T.N.U. 221 (révisée à Rome en 1928) (J. S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4e éd. (feuilles mobiles)), p. 21-86); *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. c. CTV Television Network Ltd.*, [1968] R.C.S. 676, p. 681. Il était entendu que la communication par radiophonie incluait la transmission par micro-ondes (*Canadian Admiral Corp. c. Rediffusion, Inc.*, [1954] R.C. de l'É. 382). Le droit de communication par radiophonie visait les traditionnelles radiodiffusion et télédiffusion par ondes hertziennes, ce qui permettait tout particulièrement à la câblodistribution d'échapper à l'application du droit d'auteur.

2012 SCC 35 (CanLII)

[37] This technology-specific communication right was amended to the technologically *neutral* right to "communicate . . . to the public by telecommunication" to reflect the obligations entered into by Canada under NAFTA (*Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1988, c. 65, ss. 61 and 62). The change from radio-communication to telecommunication meant that Canadian *cable* companies which previously escaped any payment of royalties under the "radio-communication" right, were now caught by the Act: S. Handa, *Copyright Law in Canada* (2002), at p. 320.

[38] The historic relationship between the right to communicate to the public and broadcasting-type, "push" technologies, and the 1988 amendment in particular, is evidence that the Act has evolved to ensure its continued relevance in an evolving technological environment. The historic relationship does not support reading into the Act restrictions which are not apparent from and are even inconsistent with the neutral language of the Act itself.

[39] In addition, this Court has long recognized in the context of the reproduction right that, where possible, the Act should be interpreted to extend to technologies that were not or could not have been contemplated at the time of its drafting: *Apple Computer Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 F.C. 173 (T.D.), aff'd [1988] 1 F.C. 673 (C.A.), aff'd [1990] 2 S.C.R. 209. That the Act was to apply to new technologies was recently reaffirmed in *Robertson v. Thomson Corp.*, 2006 SCC 43, [2006] 2 S.C.R. 363, at para. 49, *per* LeBel and Fish JJ.:

> Media neutrality is reflected in s. 3(1) of the *Copyright Act* which describes a right to produce or reproduce a work "in any material form whatever". Media neutrality means that the *Copyright Act* should continue to apply in different media, including more technologically advanced ones. . . . [I]t exists to protect the rights of authors and others as technology evolves.

[37] Ce droit de communication lié à un mode précis a été remplacé par un droit *neutre* sur le plan technologique, celui de « communiquer au public, par télécommunication », pour tenir compte des obligations contractées par le Canada dans l'ALÉNA (*Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada — États-Unis*, L.C. 1988, ch. 65, art. 61-62). Le passage de la « radiophonie » à la « télécommunication » a fait en sorte que les entreprises canadiennes de *câblodistribution* qui échappaient jusqu'alors au paiement de redevances pour la transmission par voie de « radiophonie » tombent désormais sous le coup de la Loi: S. Handa, *Copyright Law in Canada* (2002), p. 320.

[38] Le lien historique entre le droit de communiquer au public et la « distribution sélective » ou « radiodiffusion », en particulier la modification apportée en 1988, montre bien que la Loi s'est adaptée pour demeurer en phase avec un contexte technologique en constante évolution. Ce lien ne permet pas de considérer que la Loi établit implicitement des restrictions qui ne ressortent pas de son libellé neutre ou qui sont même incompatibles avec celui-ci.

[39] De plus, dans le contexte du droit de reproduction, notre Cour reconnaît depuis longtemps que, dans la mesure du possible, la Loi doit être interprétée de manière à s'appliquer aux technologies qui n'existaient pas ou dont on ne pouvait prévoir l'existence lors de sa rédaction : *Apple Computer Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 C.F. 173 (1re inst.), conf. par [1988] 1 C.F. 673 (C.A.), conf. par [1990] 2 R.C.S. 209. Le principe voulant que la Loi s'applique aux technologies nouvelles a récemment été confirmé par les juges LeBel et Fish dans l'arrêt *Robertson c. Thomson Corp.*, 2006 CSC 43, [2006] 2 R.C.S. 363, par. 49 :

> Le paragraphe 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* reflète le principe de la neutralité du support, en reconnaissant un droit de produire ou de reproduire une œuvre « sous une forme matérielle quelconque ». La neutralité du support signifie que la *Loi sur le droit d'auteur* continue de s'appliquer malgré l'usage de supports différents, y compris ceux qui dépendent d'une technologie plus avancée. [. . .] Le principe de la neutralité du support [. . .] a été établi pour protéger les droits des auteurs et des autres à mesure que la technologie évolue.

2012 SCC 35 (CanLII)

Although the words "in any material form whatever" qualify the right to "produce or reproduce the work" in s. 3(1), the same principle should guide the application of the neutral wording of the right to "communicate . . . to the public by telecommunication". The broad definition of "telecommunication" was adopted precisely to provide for a communication right "not dependent on the form of technology" (*SOCAN v. CAIP*, at para. 90).

[40] Ultimately, in determining the extent of copyright, regard must be had for the fact that "[t]he *Copyright Act* is usually presented as a balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect and obtaining a just reward for the creator" (*Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336, at para. 30). This balance is not appropriately struck where the existence of copyright protection depends merely on the business model that the alleged infringer chooses to adopt rather than the underlying communication activity. Whether a business chooses to convey copyright protected content in a traditional, "broadcasting" type fashion, or opts for newer approaches based on consumer choice and convenience, the end result is the same. The copyrighted work has been made available to an aggregation of individuals of the general public.

(7) Developments at the International Level Are Consistent in Encompassing On-Demand Communications to the Public in Copyright Protection

[41] Developments at the international level are consistent with this conclusion. Article 11*bis* of the *Berne Convention*, of which Canada is a party, sets out certain communication rights in literary and artistic works:

[Broadcasting and Related Rights]

(1) Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing:

Bien que les mots « sous une forme matérielle quelconque » se rattachent au droit de « produire ou de reproduire [une] œuvre » prévu au par. 3(1), le même principe devrait présider à l'interprétation de la formulation neutre du droit de « communiquer au public, par télécommunication ». La définition large du mot « télécommunication » a précisément été adoptée afin que ce terme ne soit plus défini en fonction du « type de technologie en cause » (*SOCAN c. ACFI*, par. 90).

[40] En dernière analyse, pour déterminer le champ d'application du droit d'auteur, il faut se rappeler que la *Loi sur le droit d'auteur* « est généralement présentée comme établissant un équilibre entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d'autre part, l'obtention d'une juste récompense pour le créateur » (*Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336, par. 30). Cet équilibre n'est pas correctement établi lorsque, au lieu de dépendre de l'activité de communication sous-jacente, la protection de l'œuvre est entièrement tributaire du modèle d'entreprise retenu par celui qui contreviendrait au droit d'auteur. Qu'une entreprise choisisse de transmettre un contenu protégé selon le mode traditionnel de la « radiodiffusion » ou qu'elle opte pour une nouvelle technologie axée sur ce qui plaît ou convient à l'utilisateur, le résultat est en fin de compte le même : l'œuvre protégée est mise à la disposition d'un groupe de personnes faisant partie du grand public.

(7) La protection de l'œuvre communiquée sur demande au public s'inscrit dans l'évolution observée à l'échelle internationale

[41] Les changements survenus dans le monde confirment cette conclusion. L'article 11*bis* de la *Convention de Berne*, à laquelle le Canada est partie, énonce certains droits de communication d'œuvres littéraires et artistiques :

[Droits de radiodiffusion et droits connexes]

(1) Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser :

2012 SCC 35 (CanLII)

(i) the broadcasting of their works or the communication thereof to the public by any other means of wireless diffusion of signs, sounds or images;

(ii) any communication to the public by wire or by rebroadcasting of the broadcast of the work, when this communication is made by an organization other than the original one;

(iii) the public communication by loudspeaker or any other analogous instrument transmitting, by signs, sounds or images, the broadcast of the work.

[42] As stated earlier, s. 3(1)(*f*) is based on Article 11*bis* of the *Berne Convention*.

[43] The advent of on-demand technologies, and the Internet in particular, led to questions as to whether such new telecommunication technologies were encompassed in the communication right existing under the Berne regime. While it was possible to interpret the relevant articles as extending to on-demand transmissions over the Internet, there was ambiguity: S. Ricketson and J. C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond* (2nd ed. 2006), vol. I, at para. 12.48. For example, the word "broadcasting" used in Article 11*bis*(1) "may well imply widely sending a communication simultaneously to many recipients" (para. 12.49).

[44] In 1996, the *WIPO Copyright Treaty*, 2186 U.N.T.S. 121 ("WCT"), was entered into. The WCT is a special agreement within the meaning of Art. 20 of the *Berne Convention*, which stipulates that "[t]he Governments of the countries of the [Berne] Union reserve the right to enter into special agreements among themselves, in so far as such agreements grant to authors more extensive rights than those granted by the Convention, or contain other provisions not contrary to this Convention" (see Art. 1(1) of the WCT).

[45] Article 8 of the WCT reads:

1º la radiodiffusion de leurs œuvres ou la communication publique de ces œuvres par tout autre moyen servant à diffuser sans fil les signes, les sons ou les images;

2º toute communication publique, soit par fil, soit sans fil, de l'œuvre radiodiffusée, lorsque cette communication est faite par un autre organisme que celui d'origine;

3º la communication publique, par haut-parleur ou par tout autre instrument analogue transmetteur de signes, de sons ou d'images, de l'œuvre radiodiffusée.

[42] Rappelons que l'al. 3(1)*f*) s'inspire de l'article 11*bis* de la *Convention de Berne*.

[43] Les nouvelles technologies de télécommunication sur demande — Internet en particulier — ont suscité des interrogations quant à savoir si elles étaient visées par le droit de communication prévu dans la *Convention de Berne*. On pouvait certes considérer que les articles en cause s'appliquaient à la transmission « sur demande » par Internet, mais il y avait ambiguïté : S. Ricketson et J. C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights : The Berne Convention and Beyond* (2e éd. 2006), vol. I, par. 12.48. Par exemple, le mot « radiodiffusion » employé à l'article 11*bis*(1) [TRADUCTION] « peut fort bien suggérer la communication simultanée à un grand nombre de destinataires » (par. 12.49).

[44] Le *Traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur le droit d'auteur*, 2186 R.T.N.U. 121, (« le Traité de l'OMPI »), a vu le jour en 1996. Il constitue un arrangement spécial au sens de l'article 20 de la *Convention de Berne*, qui dispose que « [l]es Gouvernements des pays de l'Union [constituée en vertu de la *Convention de Berne*] se réservent le droit de prendre entre eux des arrangements particuliers, en tant que ces arrangements conféreraient aux auteurs des droits plus étendus que ceux accordés par la Convention, ou qu'ils renfermeraient d'autres stipulations non contraires à la présente Convention » (voir l'article 1(1) du Traité de l'OMPI).

[45] L'article 8 du Traité de l'OMPI est libellé comme suit :

2012 SCC 35 (CanLII)

[Right of Communication to the Public] Without prejudice to the provisions of Articles 11(1)(ii), 11*bis*(1)(i) and (ii), 11*ter*(1)(ii), 14(1)(ii) and 14*bis*(1) of the Berne Convention, authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them.

[46] Ricketson and Ginsburg comment on the meaning and legislative history of Art. 8 in these terms:

The WCT's principal innovation is its specification that the right of communication to the public includes a right of "making available to the public of [literary and artistic] works in such a way that members of the public may access those works from a place and at a time individually chosen by them". This right targets on-demand transmissions (whether by wire or wireless means), for it makes clear that the members of the public may be separated both in space and in time. [Emphasis added; para. 12.57.]

[47] The *WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use*, chapter 5, "International Treaties and Conventions on Intellectual Property", No. 489 (2nd ed. 2004), comments that the "WCT . . . *clarifies that that right also covers transmissions in interactive systems*" (para. 5.226 (emphasis added)).

[48] In the end, "[t]he core concept of 'making available' . . . can fairly be called neither a reaffirmation nor a novelty, for it resolves an ambiguity as to whether the old communication to the public rights accommodated or excluded 'pull technologies'" (J. C. Ginsburg, "The (new?) right of making available to the public", in D. Vaver and L. Bently, eds., *Intellectual Property in the New Millennium: Essays in Honour of William R. Cornish* (2004), 234, at p. 246).

[49] Canada has signed, but not yet ratified or legislatively adopted the WCT. Therefore, the WCT is not binding in this country. The WCT is only

[Droit de communication au public] Sans préjudice des dispositions des articles 11.1)2º), 11*bis*.1)1º) et 2º), 11*ter*.1)2º), 14.1)2º) et 14*bis*.1) de la Convention de Berne, les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée.

[46] Voici les observations de Ricketson et Ginsburg sur la portée et l'historique législatif de l'article 8 :

[TRADUCTION] La principale innovation du Traité de l'OMPI est qu'il précise que le droit de communiquer [une œuvre littéraire ou artistique] au public comprend le droit de la mettre « à la disposition du public de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée ». Le Traité vise ainsi la transmission « sur demande » (par fil ou sans fil), car il précise bien que les destinataires peuvent être séparés tant dans l'espace que dans le temps. [Je souligne; par. 12.57.]

[47] Le guide de l'OMPI sur la propriété intellectuelle (*WIPO Intellectual Property Handbook : Policy, Law and Use*) renferme les observations suivantes au chapitre 5 intitulé [TRADUCTION] « Conventions et traités internationaux sur la propriété intellectuelle », nº 489 (2e éd. 2004) : [TRADUCTION] « le Traité de l'OMPI [. . .] *précise que ce droit s'applique aussi à la transmission par dispositif interactif* . . . » (par. 5.226 (je souligne)).

[48] En somme, [TRADUCTION] « on ne saurait voir dans la notion fondamentale de "mise à disposition" [. . .] ni la réaffirmation d'un principe ni une nouveauté, car elle ne fait que lever une ambiguïté quant à savoir si l'ancien droit de communication au public s'appliquait ou non à l'"extraction personnalisée" » (J. C. Ginsburg, « The (new?) right of making available to the public », dans D. Vaver et L. Bently, dir., *Intellectual Property in the New Millennium : Essays in Honour of William R. Cornish* (2004), 234, p. 246).

[49] Le Traité de l'OMPI compte le Canada au nombre de ses signataires, mais il n'a pas encore été ratifié ou adopté par voie législative, de sorte qu'il

2012 SCC 35 (CanLII)

cited to demonstrate that the broad interpretation of s. 3(1)(*f*) of the Act, recognizing that a communication "to the public" subject to copyright protection may occur through point-to-point transmissions at the user's request, is not out of step with Art. 8 of the WCT and international thinking on the issue.

(8) American Jurisprudence

[50] The appellants' remaining argument is based on American jurisprudence. This argument must also be dismissed. They mainly rely on the decision of the Court of Appeals for the Second Circuit in *Cartoon Network v. CSC Holdings, Inc.*, 536 F.3d 121 (2008), in which it was held that the potential audience of *each point-to-point transmission* must be considered to determine whether a given transmission is "to the public". The Second Circuit Court of Appeals found in that case that the transmissions were not "to the public".

[51] This case is of no assistance to the appellants. The Court of Appeals for the Second Circuit relied on the specific language of the U.S. "transmit clause". It held that the language of the clause itself directs considering who is "capable of receiving" a particular "transmission" or "performance", and not of the potential audience of a particular "work" (p. 134). Quite to the contrary, our *Copyright Act* speaks more broadly of "communicat[ing a] work to the public". This Court has recognized in the past important differences both in wording and in policy between Canadian and American copyright legislation. It has warned that "United States court decisions, even where the factual situations are similar, must be scrutinized very carefully" (see *Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 S.C.R. 357, at p. 367). The difference in statutory wording between the relevant provisions of the American legislation and of the Canadian *Copyright Act* is sufficient to render the U.S. decisions of no assistance in the interpretive exercise engaged here.

n'a pas force obligatoire au pays. Je le cite uniquement pour démontrer que l'interprétation large de l'al. 3(1)*f*) de la Loi, suivant laquelle la communication « au public » protégée peut s'entendre de la transmission point à point à la demande de l'utilisateur, n'est en décalage ni avec l'article 8 du Traité de l'OMPI ni avec les vues internationales sur le sujet.

(8) La jurisprudence américaine

[50] Les appelantes invoquent en dernier lieu la jurisprudence américaine, mais leur prétention fondée sur celle-ci doit également être rejetée. Elles tablent surtout sur l'arrêt *Cartoon Network c. CSC Holdings, Inc.*, 536 F.3d 121 (2008), dans lequel la Cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit statue qu'il faut tenir compte de l'auditoire potentiel *de chacune des transmissions point à point* pour déterminer s'il y a communication « au public ». Elle conclut finalement que les transmissions en cause ne constituent pas des communications « au public ».

[51] Cet arrêt n'étaye pas la thèse des appelantes. La Cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit se fonde sur le libellé explicite de la [TRADUCTION] « disposition relative à la transmission ». Elle estime que le texte même de la disposition américaine oblige à tenir compte des personnes qui « peuvent » recevoir soit l'« émission », soit la « représentation » ou l'« exécution » en cause, et non de l'auditoire potentiel d'une « œuvre » donnée (p. 134). Dans notre *Loi sur le droit d'auteur*, le législateur s'exprime bien au contraire de façon plus générale : « communiquer au public [. . .] une œuvre . . . ». Notre Cour a reconnu dans le passé les différences importantes qui existent entre les lois canadienne et américaine sur le droit d'auteur tant sur le plan de la formulation que sur celui des principes. Elle a fait la mise en garde suivante : « La jurisprudence américaine doit [. . .] être analysée avec prudence même si elle porte sur des faits semblables . . . » (voir *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357, p. 367). La différence de formulation entre les dispositions américaines et notre *Loi sur le droit d'auteur* est suffisante pour que la jurisprudence américaine ne soit d'aucune utilité dans la présente entreprise d'interprétation.

2012 SCC 35 (CanLII)

(9) Summary

[52] These considerations are sufficient to dispose of the appellants' argument that a point-to-point transmission is necessarily a private transaction outside of the scope of the exclusive right to communicate to the public. To quote Sharlow J.A., at para. 35 of *CWTA*,

> in determining whether paragraph 3(1)(*f*) applies to the transmission of a musical work in the form of a digital audio file, it is not enough to ask whether there is a one-to-one communication, or a one-to-one communication requested by the recipient. The answer to either of those questions would not necessarily be determinative because a series of transmissions of the same musical work to numerous different recipients may be a communication to the public if the recipients comprise the public, or a significant segment of the public.

CCH (SCC) determined that a "series of repeated . . . transmissions of the same work to numerous different recipients" may constitute a communication "to the public" within the meaning of s. 3(1)(*f*) of the Act (para. 78). Where such a series of point-to-point communications of the same work to an aggregation of individuals is found to exist, it matters little for the purposes of copyright protection whether the members of the public receive the communication in the same or in different places, at the same or at different times or at their own or the sender's initiative.

IV. Application to the Facts — Whether Online Music Services "Communicate to the Public"

[53] Although they occur between the online music provider and the individual consumer in a point-to-point fashion, the transmissions of musical works in this case, where they constitute "communications", can be nothing other than communications "to the public".

[54] Online music services provide catalogues of musical works. It is open to any customer willing

(9) Résumé

[52] Ces éléments permettent de statuer sur la thèse des appelantes suivant laquelle la transmission point à point est forcément une opération privée qui échappe au droit exclusif de communiquer au public. Je cite la juge Sharlow au par. 35 de l'arrêt *ACTSF* :

> [P]our déterminer si l'alinéa 3(1)*f*) s'applique à la transmission d'une œuvre musicale sous forme de fichier audionumérique, il ne suffit pas de se demander si l'on a affaire à une communication entre un expéditeur unique et un destinataire unique ou à une communication unique demandée par le destinataire. La réponse à l'une et l'autre de ces questions ne serait pas nécessairement déterminante parce qu'une série de transmissions de la même œuvre musicale à un grand nombre de destinataires différents peut constituer une communication au public si les destinataires constituent le public ou une partie importante du public.

Dans l'arrêt *CCH* (CSC), la Cour opine que la « transmission répétée d'une copie d'une même œuvre à de nombreux destinataires pourrait constituer une communication au public » au sens de l'al. 3(1)*f*) de la Loi (par. 78). Lorsqu'on conclut à l'existence d'une série de communications point à point de la même œuvre à un groupe de personnes, il importe peu, pour déterminer si la protection du droit d'auteur s'applique, que les destinataires reçoivent la communication au même endroit ou en des lieux différents, au même moment ou à des moments différents, à leur initiative ou à celle de l'expéditeur.

IV. Application aux faits — La transmission de fichiers de musique par un service en ligne constitue-t-elle une « communication au public »?

[53] Même si elle intervient point à point entre le service de musique en ligne et un consommateur individuel, la transmission d'œuvres musicales considérée en l'espèce, lorsqu'elle constitue une « communication », ne peut être autre chose qu'une communication « au public ».

[54] Le service de musique en ligne propose des œuvres musicales au moyen d'un catalogue. Tout

2012 SCC 35 (CanLII)

to pay the purchase price to download or stream the works on offer. The works in the catalogues could as a result be transmitted to large segments of the public — if not the public at large. Through the commercial activities of the online music services, the works in question have the potential of being put in the possession of an aggregation of customers. Indeed, the appellants' business model is premised on the expectation of multiple sales of any given musical work. Achieving the highest possible number of online sales is the very *raison d'être* of online music services. The number of actual transmissions depends only on the commercial success of a given work. The necessary implication of this business model is that there will be a "series of repeated . . . transmissions of the same work to numerous different recipients" (*CCH* (SCC), at para. 78). The conclusion that a communication "to the public" occurs is consistent with reality. As Professor Vaver explains,

> [i]f the content is intentionally made available to anyone who wants to access it, it is treated as communicated "to the public" even if users access the work at different times and places.
>
> (D. Vaver, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks* (2nd ed. 2011), at p. 173)

[55] These facts are distinguishable from those in *CCH* and the holding in that case does not assist the appellants. The publishers alleging infringement in *CCH* had presented no evidence that the Great Library was communicating the same works in a serial fashion or that the Great Library had made the works generally available at any lawyer's request. The Great Library's employees examined and accordingly accepted or refused every request on its own merits, thus retaining control over access to the works.

[56] Following the online music services' business model, musical works are indiscriminately

consommateur disposé à payer le prix exigé peut télécharger ou écouter grâce à la transmission en continu les œuvres ainsi mises à sa disposition. Les œuvres inscrites au catalogue pourraient donc être transmises à de grands pans de la population, voire au grand public. En raison de l'activité commerciale du service de musique en ligne, les œuvres en cause sont susceptibles de se retrouver entre les mains d'un ensemble de consommateurs. D'ailleurs, le modèle d'entreprise des appelantes suppose qu'une même œuvre musicale fera l'objet de ventes multiples. Réaliser le plus grand nombre possible de ventes en ligne est la *raison d'être* même d'un service de musique en ligne. Le nombre de transmissions effectuées dans les faits tient uniquement au succès commercial de l'œuvre en question. Ce modèle d'entreprise suppose donc la « transmission répétée [. . .] d'une même œuvre à de nombreux destinataires » (*CCH* (CSC), par. 78). La conclusion qu'il y a communication « au public » correspond à la réalité. Le professeur Vaver explique :

> [TRADUCTION] On considère que le contenu volontairement mis à la disposition de toute personne qui souhaite y accéder est communiqué « au public », et ce, même si les utilisateurs y accèdent à des moments et à des endroits différents ».
>
> (D. Vaver, *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks* (2e éd. 2011), p. 173)

[55] Les faits de la présente espèce diffèrent de ceux de l'affaire *CCH*, et la décision rendue dans cet autre dossier n'appuie pas la prétention des appelantes. Dans *CCH*, les éditeurs qui alléguaient la violation du droit d'auteur n'ont pas présenté d'éléments de preuve tendant à démontrer que la Grande bibliothèque communiquait simultanément les mêmes œuvres en série ou qu'elle les mettait à la disposition du public en général à la demande d'un avocat. Les employés de la Grande bibliothèque examinaient, puis donnaient suite ou non, à chacune des demandes de manière discrétionnaire, de sorte qu'ils demeuraient maîtres de l'accès aux œuvres.

[56] Dans le cas d'un service de musique en ligne, les œuvres musicales sont indistinctement mises à la

2012 SCC 35 (CanLII)

made available to anyone with Internet access to the online music service's website. This means that the customers requesting the streams are not members of a narrow group, such as a family or a circle of friends. Simply, they are "the public". In these circumstances, the transmission of any file containing a musical work, starting with the first, from the online service's website to the customer's computer, at the customer's request, constitutes "communicat[ing] the work to the public by telecommunication".

V. Conclusion

[57] The appeal is allowed in respect of downloads for the reasons set out by the majority in *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada* and dismissed in respect of music streamed from the Internet in accordance with these reasons. In view of the divided result, each party should bear its own costs.

The following are the reasons delivered by

[58] ABELLA J. — I agree with Justice Rothstein that in the case of streams only, not downloads, we ought not to disturb the Copyright Board's conclusion that a point-to-point communication from an online service provider, effected at the request of a customer, can be a communication "to the public". The focus of these concurring reasons, however, is on the standard of review.

[59] In my respectful view, the majority's conclusion about how to approach the standard of review overcomplicates what should be a straightforward application of the reasonableness standard. The Board, when interpreting its home statute in setting tariffs for the communication of new forms of digital media, should be accorded the same deference and be reviewed on the same standard as every other specialized tribunal in Canada.

disposition de quiconque a accès à son site Internet. Dès lors, le consommateur qui demande la transmission en continu ne fait pas partie d'un groupe restreint, comme la famille ou le cercle d'amis. Il fait seulement partie du « public ». Dans ces conditions, transmettre un fichier contenant une œuvre musicale, du site Internet du fournisseur à l'ordinateur du consommateur, à la demande de ce dernier, équivaut dès la première fois à « communiquer au public, par télécommunication, une œuvre ».

V. Dispositif

[57] Le pourvoi est accueilli en ce qui concerne le téléchargement pour les motifs invoqués par les juges majoritaires dans *Entertainment Software Association c. Société canadienne des compositeurs, auteurs et éditeurs de musique* et rejeté en ce qui a trait à la transmission de musique en continu sur Internet pour les motifs qui précèdent. Chacune des parties ayant partiellement gain de cause, elle supportera ses propres frais de justice.

Version française des motifs rendus par

[58] LA JUGE ABELLA — Je conviens avec le juge Rothstein que, dans le cas de la transmission en continu, mais pas dans celui du téléchargement, il n'y a pas lieu de modifier la conclusion de la Commission du droit d'auteur selon laquelle la communication point à point effectuée par le fournisseur de services en ligne à la demande du client peut constituer une communication « au public ». Toutefois, les présents motifs concordants portent sur la norme de contrôle applicable.

[59] Soit dit en tout respect, j'estime que, dans leur analyse de la norme de contrôle applicable, les juges majoritaires compliquent à outrance ce qui devrait être en fait un cas simple d'application de la norme de la raisonnabilité. Lorsqu'elle interprète sa loi constitutive aux fins de l'établissement de tarifs pour la communication effectuée grâce aux nouveaux médias numériques, la Commission devrait avoir droit à la même déférence et être soumise à la même norme que tout autre tribunal administratif spécialisé au Canada.

2012 SCC 35 (CanLII)

[60] Since *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, this Court has unwaveringly held that institutionally expert and specialized tribunals are entitled to a presumption of deference when interpreting their home statute. Applying a correctness standard of review on the sole basis that a court might interpret the same statute, in my view, takes us back to the pre-*Dunsmuir* focus on relative expertise between courts and tribunals and the view that courts prevail whenever it comes to questions of law. This effectively drains expert tribunals of the deference and respect they are owed, as is reflected in the language of *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, [2004] 2 S.C.R. 427 (*SOCAN v. CAIP*), which the majority's reasons rely on to conclude that the Board's legal determinations should be reviewed on a correctness standard:

> The *Copyright Act* is an act of general application *which usually is dealt with before courts rather than tribunals*. The questions at issue in this appeal are legal questions. . . . [T]he Board's ruling . . . addresses a point of general legal significance far beyond the working out of the details of an appropriate royalty tariff, which lies within the core of the Board's mandate. [Emphasis added; para. 49.]

[61] This Court recently held in *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, [2011] 3 S.C.R. 654 (*ATA*), that deference on judicial review is presumed any time a tribunal interprets its home statute:

> *[U]nless the situation is exceptional*, and we have not seen such a situation since *Dunsmuir*, the interpretation by the tribunal of "its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity" should be presumed to be a question of statutory interpretation subject to deference on judicial review. [Emphasis added; para. 34.]

[62] The existing exceptions to the presumption of home statute deference are, as noted in *ATA*, constitutional questions and questions of law of

[60] Depuis l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, notre Cour reconnaît invariablement l'application présumée de la norme déférente au tribunal administratif doté d'une expertise spécialisée lorsqu'il interprète sa loi constitutive. Appliquer la norme de la décision correcte pour la seule raison qu'une cour de justice pourrait être appelée à interpréter la même loi nous ramène selon moi à la situation d'avant *Dunsmuir* où l'on s'attachait à l'expertise relative du décideur administratif et de la cour, et où l'on considérait que toute question de droit ressortissait aux cours de justice. En fait, une telle démarche nie au tribunal expert la déférence et le respect auxquels il a droit, comme l'illustre le passage suivant tiré de l'arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427 (*SOCAN c. ACFI*), qu'invoquent les juges majoritaires pour assujettir à la norme de la décision correcte les conclusions de droit de la Commission :

> La *Loi sur le droit d'auteur* est une loi de portée générale *dont l'application relève habituellement des cours de justice, et non des tribunaux administratifs*. Les questions en litige dans le présent pourvoi sont des questions de droit. [. . .] [La décision de la Commission] a tranché une question de droit d'une importance générale allant bien au-delà de la mise au point d'un tarif de redevances approprié, laquelle est au cœur du mandat de la Commission. [Italiques ajoutés; par. 49.]

[61] Récemment, dans *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, [2011] 3 R.C.S. 654 (*ATA*), la Cour dit que, lors du contrôle judiciaire, la déférence se présume dès lors que le tribunal administratif interprète sa loi constitutive :

> *[S]auf situation exceptionnelle* — et aucune ne s'est présentée depuis *Dunsmuir* —, il convient de présumer que l'interprétation par un tribunal administratif de « sa propre loi constitutive ou [d']une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie » est une question d'interprétation législative commandant la déférence en cas de contrôle judiciaire. [Italiques ajoutés; par. 34.]

[62] Dans *ATA*, la Cour signale que les questions qui font alors exception à la présomption de déférence que commande l'interprétation de la

2012 SCC 35 (CanLII)

central importance to the legal system and outside the adjudicator's specialized expertise (*ATA*, at para. 30; *Dunsmuir*, at paras. 58 and 60). The Court in *ATA* also questioned the continued existence of another exception: the problematic category of true questions of jurisdiction or *vires* (paras. 33-34).

[63] In concluding that the Copyright Board's concurrent jurisdiction with all federal and provincial courts in Canada warrants a correctness standard of review, the majority's reasons have added a new exception — shared jurisdiction with courts. This is not even hinted at in *Dunsmuir*. Nor is anything about this new category obviously analogous to the other exceptions to the presumption of home statute deference, which are essentially legal questions beyond the quotidian work of a tribunal. Nor is it obvious to me why shared jurisdiction should be seen to displace Parliament's attributed intention that a tribunal's specialized expertise entitles it to be reviewed with restraint. It appears to spring full panoplied from a different brow.

[64] We attribute expertise to a tribunal on the basis that Parliament has delegated decision making to it as an *institutionally specialized body*. *Dunsmuir* recognized the reality that "in many instances, those working day to day in the implementation of frequently complex administrative schemes have or will develop a considerable degree of expertise or field sensitivity to the imperatives and nuances of the legislative regime": at para. 49, citing David J. Mullan, "Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity?" (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59, at p. 93. This idea was reinforced by this Court in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, [2009] 1 S.C.R. 339, where the majority held that express or implied statutory direction was not required before granting deference to a tribunal — deference flowed instead

loi constitutive sont les questions constitutionnelles, ainsi que les questions de droit d'une importance capitale pour le système juridique et étrangères au domaine d'expertise du décideur (*ATA*, par. 30; *Dunsmuir*, par. 58 et 60). Elle s'interroge également quant à savoir si une autre exception existe toujours, celle correspondant à la catégorie problématique des véritables questions de compétence ou *vires* (par. 33-34).

[63] En concluant que la compétence que se partagent la Commission et l'ensemble des cours de justice provinciales et fédérales du Canada justifie l'application de la norme de la décision correcte, les juges majoritaires créent une nouvelle exception, celle de la compétence concurrente. Outre l'absence de toute allusion à cette nouvelle catégorie dans *Dunsmuir*, elle n'est manifestement semblable en rien aux autres exceptions à l'assujettissement présumé à la norme déférente du tribunal qui interprète sa loi constitutive, à savoir les questions de droit qui échappent au travail quotidien d'un tribunal administratif. Je ne vois pas non plus pourquoi l'existence d'une compétence concurrente écarterait l'intention prêtée au législateur, à savoir qu'en raison de son expertise spécialisée, le tribunal administratif a droit à la retenue judiciaire lors du contrôle de ses décisions. Cette nouvelle exception, entièrement blindée, paraît surgir d'une source différente.

[64] L'expertise reconnue au tribunal administratif tient au pouvoir décisionnel que lui délègue le législateur à titre d'*institution spécialisée*. Dans *Dunsmuir*, la Cour constate que « dans beaucoup de cas, les personnes qui se consacrent quotidiennement à l'application de régimes administratifs souvent complexes possèdent ou acquièrent une grande connaissance ou sensibilité à l'égard des impératifs et des subtilités des régimes législatifs en cause » : par. 49, citant David J. Mullan, « Establishing the Standard of Review : The Struggle for Complexity? » (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59, p. 93. Dans *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, [2009] 1 R.C.S. 339, les juges majoritaires de notre Cour renchérissent, estimant que la déférence à laquelle a droit le décideur administratif n'est pas subordonnée à l'existence d'une directive législative expresse ou implicite,

2012 SCC 35 (CanLII)

from the tribunal's "day to day" statutory familiarity (para. 25).

[65] The Board has specialized expertise in interpreting the provisions of the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42. The fact of shared jurisdiction does not undermine this expertise, the basis for institutional deference. The Board does not simply "wor[k] out . . . the details of an appropriate royalty tariff", despite what is suggested in *SOCAN v. CAIP*, at para. 49. It sets policies that collectively determine the rights of copyright owners and users, and plays an important role in achieving the proper balance between those actors: Margaret Ann Wilkinson, "Copyright, Collectives, and Contracts: New Math for Educational Institutions and Libraries", in Michael Geist, ed., *From "Radical Extremism" to "Balanced Copyright"* (2010), 503, at p. 514.

[66] The Board has highly specialized knowledge about the media technologies used to create and disseminate copyrighted works, such as the Internet, digital radio, satellite communications, as well as related economic issues: Copyright Board Canada, Performance Report for the period ending 31 March 2003 (online), at Section II: Departmental Context — Organization, Mandate and Strategic Outcomes. This specialized knowledge is precisely the kind of institutional expertise that *Dunsmuir* concluded was entitled to deference.

[67] In the case before us, the Board is tasked with determining whether downloading a musical work constitutes a "communicat[ion] . . . to the public" within s. 3(1)(*f*) of the *Copyright Act*. This question involves examining many facets, including how music is accessed (e.g., through a stream versus a download), recent changes and trends in the way that users and consumers access music, and how all of this impacts on the ability of copyright owners to obtain compensation for their work.

mais découle plutôt de la connaissance approfondie des dispositions qu'il applique acquise « quotidiennement » (par. 25).

[65] La Commission du droit d'auteur possède une expertise spécialisée dans l'interprétation de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42. L'existence d'une compétence concurrente n'enlève rien à cette expertise, qui appelle la déférence envers l'institution. La Commission ne se livre pas simplement à la « mise au point d'un tarif de redevances approprié », malgré ce que laisse entendre la Cour dans *SOCAN c. ACFI*, par. 49. Elle adopte un ensemble de politiques qui définit les droits du titulaire du droit d'auteur et ceux de l'utilisateur et elle joue un rôle important dans l'établissement d'un juste équilibre entre ces acteurs : Margaret Ann Wilkinson, « Copyright, Collectives, and Contracts : New Math for Educational Institutions and Libraries », dans Michael Geist, dir., *From "Radical Extremism" to "Balanced Copyright"* (2010), 503, p. 514.

[66] Elle possède des connaissances très spécialisées sur les technologies de communication employées pour créer et diffuser des œuvres protégées par le droit d'auteur, comme Internet, la radio numérique et la communication par satellite, ainsi que sur les enjeux économiques connexes : Commission du droit d'auteur du Canada, Rapport sur le rendement pour l[a] période se terminant le 31 mars 2003 (en ligne), Partie II : Contexte ministériel — Organisation, mandat et résultats stratégiques. Ces connaissances spécialisées correspondent précisément au type d'expertise institutionnelle qui commande la déférence suivant *Dunsmuir*.

[67] En l'espèce, la Commission est appelée à déterminer si télécharger une œuvre musicale équivaut à la « communiquer au public » pour l'application de l'al. 3(1)*f*) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Pour trancher, il lui faut examiner de nombreuses facettes, notamment la manière dont l'utilisateur et le consommateur obtiennent l'accès à l'œuvre musicale (p. ex., transmission en continu ou téléchargement), les tendances et mutations récentes à cet égard, ainsi que l'incidence de ces réalités sur la rémunération du titulaire du droit d'auteur pour son travail.

2012 SCC 35 (CanLII)

[68] In exercising its mandate, the Board must interpret the meaning of several provisions in the *Copyright Act*, including the exclusive rights of copyright owners listed in s. 3(1). The fact that a court might in another case be asked to interpret the same provisions of the *Copyright Act* does not detract from the Board's particular familiarity and expertise with the provisions of the *Copyright Act*. Nor does it make this legislation any less of a home statute to the Board. The *Act* may sometimes be home to other judicial actors as part of their varied adjudicative functions, but their occasional occupancy should not deprive the Board of the deference it is entitled to as the permanent resident whose only task is to interpret and apply the *Act*.

[68] Dans l'exécution de son mandat, la Commission interprète plusieurs dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur*, dont le par. 3(1), qui énumère les droits exclusifs reconnus au titulaire du droit d'auteur. La possibilité qu'une cour de justice soit appelée à interpréter les mêmes dispositions dans une autre affaire n'enlève pas à la Commission sa connaissance approfondie de la *Loi sur le droit d'auteur* ni son expertise dans l'application de celle-ci. La *Loi sur le droit d'auteur* n'en demeure pas moins sa loi constitutive. Même si, dans certains cas, la *Loi* accueille en sa demeure des acteurs judiciaires aux fonctions juridictionnelles variées, ce séjour occasionnel ne saurait éclipser la déférence à laquelle a droit l'occupant permanent, la Commission, dont l'unique tâche est d'interpréter et d'appliquer la *Loi*.

[69] The majority bases its conclusion that shared jurisdiction attracts a correctness standard on the possibility of inconsistent results stemming from a more deferential standard of review for the Board's interpretation of the *Act*. But this Court in *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, [2011] 1 S.C.R. 160, considered — and rejected — concerns over the possibility of multiple interpretations flowing from deference. Justice Fish noted that even prior to *Dunsmuir*, the standard of reasonableness was based on the idea that multiple valid interpretations of a statutory provision were inevitable, and ought not to be disturbed unless the tribunal's decision was not rationally supported (paras. 38-39).

[69] Les juges majoritaires fondent leur conclusion qu'une compétence concurrente commande l'application de la norme de la décision correcte sur le risque que des décisions incompatibles découlent de l'application d'une norme déférente à l'interprétation de la *Loi* par la Commission. Or, dans *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, [2011] 1 R.C.S. 160, notre Cour considère puis écarte les craintes exprimées quant à la possibilité que la déférence entraîne de multiples interprétations. Le juge Fish fait remarquer que, même avant *Dunsmuir*, la norme de la décision raisonnable reposait sur l'idée que de multiples interprétations valables d'une même disposition législative sont inévitables et qu'il faut se garder d'intervenir, sauf lorsque la décision du tribunal administratif n'a pas de fondement rationnel (par. 38-39).

[70] The majority's reasons also suggest that concurrent jurisdiction between tribunals and courts is rare, and therefore no threat to the integrity of the "home statute" presumption. Yet tribunals often share jurisdiction with courts in interpreting and applying the same statutory provisions. Both the Trade-marks Opposition Board and the Federal Court, for example, interpret and apply s. 6 of the *Trade-marks Act*, R.S.C. 1985, c. T-13, to determine whether a trade-mark is "confusing". The Board applies s. 6 in the context of opposition proceedings seeking to block registration of a trade-mark,

[70] Les juges majoritaires laissent également entendre que, dans la mesure où une même compétence échoit rarement à la fois à un décideur administratif et à une cour de justice, la présomption dont bénéficie l'interprétation de la loi constitutive n'est pas menacée. Or, le pouvoir d'interpréter et d'appliquer les mêmes dispositions législatives est souvent partagé. Par exemple, la Commission des oppositions des marques de commerce et la Cour fédérale sont toutes deux habilitées à interpréter et à appliquer l'art. 6 de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. 1985, ch. T-13, pour déterminer si une

2012 SCC 35 (CanLII)

while the Federal Court applies s. 6 in the context of actions for infringement or claims seeking the expungement of a registered trade-mark on the basis that it is invalid: see *Chamberlain Group Inc. v. Lynx Industries Inc.*, 2010 FC 1287, 379 F.T.R. 270; *Alticor Inc. v. Nutravite Pharmaceuticals Inc.*, 2005 FCA 269, 339 N.R. 56.

[71] Notwithstanding this shared jurisdiction, the Trade-marks Opposition Board's decisions are nevertheless reviewed on a reasonableness standard, as Rothstein J.A. concluded for the majority in *Molson Breweries v. John Labatt Ltd.*, [2000] 3 F.C. 145 (C.A.):

> *Having regard to the Registrar's expertise* . . . I am of the opinion that decisions of the Registrar, whether of fact, law or discretion, within his area of expertise, *are to be reviewed on a standard of reasonableness simpliciter* . . . [unless] additional evidence is adduced in the Trial Division that would have materially affected the Registrar's findings of fact . . . . [Emphasis added; para. 51.]

[72] And in *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, [2011] 3 S.C.R. 471, this Court applied a reasonableness standard to the Canadian Human Rights Tribunal's conclusion that the terms "compensate . . . for any expenses incurred by the victim" in s. 53(2)(*c*) and (*d*) of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6, gave it the authority to award costs. Justices LeBel and Cromwell, for the Court, noted that even though the issue of "costs" could arise before other adjudicative bodies, *including the courts*, this was not an automatic reason to apply a correctness standard. Instead, the Court found that the question was *within the Tribunal's expertise*, and therefore reviewable on a reasonableness standard of review:

marque crée de la « confusion ». La première peut connaître de la procédure d'opposition à l'enregistrement d'une marque de commerce, tandis que la seconde applique l'art. 6 dans le cadre d'une action pour violation ou d'une demande de radiation de l'enregistrement d'une marque de commerce pour cause d'invalidité : voir *Chamberlain Group Inc. c. Lynx Industries Inc.*, 2010 CF 1287 (CanLII); *Alticor Inc. c. Nutravite Pharmaceuticals Inc.*, 2005 CAF 269 (CanLII).

[71] Malgré cette compétence concurrente, les décisions de la Commission d'opposition des marques de commerce demeurent assujetties à la norme de la raisonnabilité, ce qu'a déjà expliqué comme suit le juge Rothstein, au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale, dans l'arrêt *Brasseries Molson c. John Labatt Ltée*, [2000] 3 C.F. 145 (C.A.) :

> *Compte tenu de l'expertise du registraire*, [. . .] je considère que les décisions du registraire qui relèvent de son champ d'expertise, qu'elles soient fondées sur les faits, sur le droit ou qu'elles résultent de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, *devraient être révisées suivant la norme de la décision raisonnable simpliciter* [. . .] [sauf si] une preuve additionnelle est déposée devant la Section de première instance et que cette preuve aurait pu avoir un effet sur les conclusions du registraire . . . [Italiques ajoutés; par. 51.]

[72] En outre, dans *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, [2011] 3 R.C.S. 471, notre Cour applique la norme de la décision raisonnable à la conclusion du Tribunal canadien des droits de la personne selon laquelle les mots « indemniser la victime [. . .] des dépenses entraînées par l'acte » employés aux al. 53(2)*c*) et *d*) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6, l'habilitent à adjuger des dépens. Au nom de la Cour, les juges LeBel et Cromwell y font remarquer que, même si d'autres organismes juridictionnels, *dont les cours de justice*, peuvent être saisis de la question des « dépens », la norme de la décision correcte ne s'applique pas pour autant d'office. La Cour estime plutôt que cette question *relève de l'expertise du Tribunal* et que la décision s'y rapportant doit donc être contrôlée suivant la norme de la décision raisonnable :

2012 SCC 35 (CanLII)

There is no doubt that the human rights tribunals are often called upon to address issues of very broad import. But, the same questions may arise before other adjudicative bodies, particularly the courts. . . .

if the issue relates to the *interpretation and application of its own statute, is within its expertise and does not raise issues of general legal importance, the standard of reasonableness will generally apply and the Tribunal will be entitled to deference*. [Emphasis added; paras. 23-24.]

[73] There are other examples of the application of a reasonableness standard notwithstanding shared jurisdiction between tribunals and courts. Most recently, in *Doré v. Barreau du Québec*, [2012] 1 S.C.R. 395, this Court applied a reasonableness standard in determining whether a disciplinary board properly applied the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*' guarantee of freedom of expression in disciplining a lawyer under Quebec's *Code of ethics of advocates*, R.R.Q. 1981, c. B-1. The fact that "freedom of expression" is concurrently interpreted by the courts did not in any way detract from the deference given to the discipline board in applying the *Charter*. If concurrent jurisdiction with the courts in interpreting and applying something as legally transcendent as the *Charter* does not affect the deference to which tribunals are entitled in interpreting their own mandate, surely it is hard to justify carving out copyright law for unique judicial "protection".

[74] Even if shared jurisdiction is accepted as a justification for reviewing the Board's legal determinations on a standard of correctness, the Board's mandate was to decide whether a particular activity — downloading a musical work — is the type of activity captured by the phrase "communicate . . . to the public" in s. 3(1)(*f*) of the *Copyright Act*, thereby triggering a tariff. This is a question of mixed fact and law which, according to *Dunsmuir*, attracts deference. The view that we can extricate a legal definition of "communicate . . . to the public" under s. 3(1)(*f*), from the context of the complex and interlocking facts and policies

Nul doute qu'un tribunal des droits de la personne est souvent appelé à se prononcer sur des questions de très large portée. Or, les mêmes questions peuvent être soulevées devant d'autres organismes juridictionnels, en particulier des cours de justice. . .

lorsqu'il s'agit *d'interpréter et d'appliquer sa propre loi, dans son domaine d'expertise et sans que soit soulevée une question de droit générale, la norme de la décision raisonnable s'applique habituellement, et le Tribunal a droit à la déférence*. [Italiques ajoutés; par. 23-24.]

[73] La norme du caractère raisonnable a été retenue dans d'autres cas malgré la compétence concurrente conférée à un tribunal administratif et à une cour de justice. En effet, dans l'affaire récente *Doré c. Barreau du Québec*, [2012] 1 R.C.S. 395, c'est en fonction de cette norme que la Cour a déterminé si, lorsqu'il avait réprimandé un avocat en application du *Code de déontologie des avocats* du Québec, R.R.Q. 1981, ch. B-1, le Comité de discipline avait bien interprété la liberté d'expression garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le pouvoir concurrent des cours de justice de se prononcer sur la « liberté d'expression » n'écarte pas la déférence à laquelle a droit le Comité de discipline lorsqu'il applique la *Charte*. Si une compétence concurrente à l'égard de l'interprétation et de l'application d'un texte juridique aussi transcendant que la *Charte* n'écarte pas la déférence qui s'impose envers le tribunal administratif lorsqu'il interprète son propre mandat, il est assurément difficile de justifier que les dispositions sur le droit d'auteur bénéficient d'une « protection » judiciaire particulière.

[74] À supposer même que l'existence d'une compétence concurrente justifiait que le contrôle de ses conclusions de droit s'effectue au regard de la norme de la décision correcte, la Commission avait pour mandat de déterminer si une activité — télécharger une œuvre musicale — équivalait à « communiquer au public » pour l'application de l'al. 3(1)*f*) de la *Loi sur le droit d'auteur* et emportait l'exigibilité d'une redevance. Il s'agit d'une question mixte de fait et de droit qui, selon *Dunsmuir*, commande la déférence. Il me paraît irréaliste de dégager la portée juridique des mots « communiquer au public » du contexte constitué des faits

2012 SCC 35 (CanLII)

considered by the Board in setting a tariff, strikes me as unrealistic. The majority, however, sees two extricable legal questions: the definition of "communicate" and the definition of "to the public": see also the companion appeal, *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, [2012] 2 S.C.R. 231.

[75] "Extricating" legal issues from a question of mixed fact and law is an appellate review concept that was developed in *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235. In the context of judicial review, however, extricating legal issues — sometimes referred to as "segmentation" — presents several problems. Unlike trial courts, which have no expertise relative to appellate courts when interpreting a statute, most tribunals are granted particular mandates, giving them specialized expertise in interpreting and applying their home statute to a particular set of facts.

[76] In *Dunsmuir*, while Bastarache and LeBel JJ. for the majority did not define "mixed fact and law" questions, they did discuss the issue of "separat[ing]" legal and factual issues at paras. 51-53:

> Where the question is one of fact, discretion or policy, deference will usually apply automatically. We believe that *the same standard must apply to the review of questions where the legal and factual issues are intertwined with and cannot be readily separated*. [Emphasis added; citations omitted; para. 53.]

[77] This statement was recently affirmed by this Court in *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, [2010] 2 S.C.R. 650, at para. 65. In that decision, the Chief Justice held that the B.C. Utilities Commission's conclusion that consultation with First Nations was not required for the approval of an Energy Purchase Agreement was a question of mixed fact and law (at para. 78). She declined to classify the Commission's decision within the scheme of the *Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45, as a "constitutional question"

et des politiques à la fois complexes et interdépendants dont la Commission tient compte pour fixer un tarif. Or, les juges majoritaires dégagent deux questions de droit : la définition de « communiquer » et celle d'« au public » (voir également le pourvoi connexe *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, [2012] 2 R.C.S. 231).

[75] L'opération qui consiste à « dégager » une question de droit d'une question mixte de fait et de droit, propre à l'appel, a vu le jour dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235. Cependant, dans le contexte d'un contrôle judiciaire, cette opération (parfois appelée « fractionnement ») soulève plusieurs problèmes. Contrairement à la cour de justice qui n'est ni plus ni moins experte que la cour d'appel pour interpréter une loi, le tribunal administratif se voit confier dans la plupart des cas un mandat particulier, ce qui lui confère une expertise spécialisée pour interpréter sa loi constitutive et l'appliquer aux faits d'une espèce.

[76] Sans définir la question « mixte de fait et de droit », dans *Dunsmuir*, les juges Bastarache et LeBel, aux par. 51-53 de leurs motifs majoritaires, se penchent sur l'éventualité que les éléments qui la composent puissent être « dissociés » :

> En présence d'une question touchant aux faits, au pouvoir discrétionnaire ou à la politique, la retenue s'impose habituellement d'emblée. Nous sommes d'avis que *la même norme de contrôle doit s'appliquer lorsque le droit et les faits s'entrelacent et ne peuvent aisément être dissociés.* [Italiques ajoutés; références omises; par. 53.]

[77] La Cour a récemment confirmé cet avis dans l'arrêt *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, [2010] 2 R.C.S. 650, par. 65. La Juge en chef voit une question mixte de fait et de droit dans la conclusion de la B.C. Utilities Commission selon laquelle l'approbation d'un contrat d'achat d'électricité n'était pas subordonnée à la consultation des Premières nations (par. 78). Elle se refuse à qualifier la décision de la Commission, suivant l'*Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, ch. 45, soit de « question constitutionnelle » ou de droit, soit

2012 SCC 35 (CanLII)

or question of law on the one hand, or a finding of fact on the other. Instead, citing *Dunsmuir*, she held that the mixed question "falls between the legislated standards and thus attracts the common law standard of 'reasonableness'" (para. 78).

[78] Moreover, this Court has repeatedly held that the application of multiple standards of review to different aspects of a tribunal's decision — one for questions of law and one for questions of fact — should be avoided, urging instead that the tribunal's decision be reviewed as a whole. As Iacobucci J. explained for the majority in *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157 (*CBC v. Canada*):

> While the [Canada Labour Relations Board] may have to be *correct in an isolated interpretation of external legislation, the standard of review of the decision as a whole, if that decision is otherwise within its jurisdiction, will be one of patent unreasonableness*. Of course, the correctness of the interpretation of the external statute *may affect the overall reasonableness* of the decision. Whether this is the case will depend on the impact of the statutory provision on the outcome of the decision as a whole. [Emphasis added; para. 49.]

[79] And in *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, at para. 56, Iacobucci J. confirmed that what should be reviewed are the "reasons, taken as a whole" (see also *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, [2011] 3 S.C.R. 708, at para. 14).

[80] In other words, even if an aspect of the tribunal's decision would otherwise attract a correctness standard, the decision "as a whole" should be reviewed on a deferential standard. As suggested by Iacobucci J. in *CBC v. Canada* (at para. 49 (emphasis added)), even when the tribunal incorrectly interprets an *external* statute, that would merely *"affect the overall reasonableness of the decision"*, as opposed to being a completely extricable error of law.

de conclusion de fait. Citant *Dunsmuir*, elle conclut plutôt au caractère mixte de la question, ce qui « appelle une norme se situant entre celles établies par la loi, à savoir la norme de la raisonnabilité, issue de la common law » (par. 78).

[78] En outre, la Cour a maintes fois estimé qu'il valait mieux éviter d'appliquer des normes différentes aux questions de droit et aux questions de fait, préconisant plutôt le contrôle de la décision administrative dans son ensemble. Au nom des juges majoritaires dans *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157 (*SRC c. Canada*), le juge Iacobucci donne l'explication suivante :

> Bien que le Conseil [canadien des relations du travail] puisse être soumis à la norme *[de la décision correcte] dans l'interprétation isolée d'une loi autre que sa loi constitutive, la norme de contrôle applicable à l'ensemble de la décision, à supposer que celle-ci soit par ailleurs conforme à la compétence du Conseil, sera celle du caractère manifestement déraisonnable*. Évidemment, la justesse de l'interprétation de la loi non constitutive *pourra influer sur le caractère raisonnable global* de la décision, mais cela tiendra à l'effet de la disposition législative en question sur la décision dans son ensemble. [Italiques ajoutés; par. 49.]

[79] De plus, dans *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, le juge Iacobucci confirme au par. 56 que le contrôle doit porter sur « les motifs, considérés dans leur ensemble » (voir également *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, [2011] 3 R.C.S. 708, par. 14).

[80] Autrement dit, même lorsqu'un aspect de la décision administrative est par ailleurs assujetti à la norme de la décision correcte, les motifs « dans leur ensemble » font l'objet d'un contrôle suivant la norme de la décision raisonnable. Comme le laisse entendre le juge Iacobucci dans l'arrêt *SRC c. Canada* (par. 49 (italiques ajoutés)), même l'interprétation erronée d'une *autre loi que la loi constitutive* a simplement pour effet d'« *influer sur le caractère raisonnable global de la décision* » administrative, mais ne saurait constituer une erreur de droit entièrement dissociable.

2012 SCC 35 (CanLII)

[81] There are several other directives from this Court to the effect that the application of more than one standard of review to a tribunal's decision is an exceptional practice. In *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, LeBel J. warned:

> This Court has recognized on a number of occasions that it may, in certain circumstances, be appropriate to apply different standards of deference to different decisions taken by an administrative adjudicator in a single case. This case provides an example of one type of situation where this may be the proper approach. It involves a fundamental legal question falling outside the arbitrator's area of expertise. This legal question, though foundational to the decision as a whole, is easily differentiated from a second question on which the arbitrator was entitled to deference: the determination of whether there was just cause . . . .
>
> However, as I have noted above, the fact that the question adjudicated by the arbitrator in this case can be separated into two distinct issues, one of which is reviewable on a correctness standard, should not be taken to mean that this will often be the case. *Such cases are rare; the various strands that go into a decision are more likely to be inextricably intertwined, particularly in a complex field such as labour relations, such that the reviewing court should view the adjudicator's decision as an integrated whole.* [Emphasis added; citations omitted; paras. 75-76.]

[82] This view was endorsed in *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 S.C.R. 650, where the majority said:

> The Agency is responsible for interpreting its own legislation, including what that statutory responsibility includes. The Agency made a decision with *many component parts*, each of which fell squarely and inextricably within its expertise and mandate. It was therefore entitled to *a single, deferential standard of review.* [Emphasis added; para. 100.]

[83] And in *Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.*, [2006] 1 S.C.R. 772, the Trade-marks Opposition Board concluded that use of the name "Barbie's" for a small Montreal restaurant chain would not create confusion in the marketplace with the Mattel doll of the same name. On judicial review and at this

[81] Notre Cour a plusieurs fois indiqué que l'application de plus d'une norme de contrôle à une décision administrative demeurait l'exception. Le juge LeBel fait la mise en garde suivante dans l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77 :

> Notre Cour a reconnu à un certain nombre d'occasions que les différentes décisions d'un tribunal administratif dans une affaire donnée peuvent commander différents degrés de déférence, selon les circonstances. Ce pourrait être le cas dans la présente affaire où l'arbitre a statué sur une question de droit fondamentale échappant à son domaine d'expertise. Cette question de droit, malgré son caractère fondamental pour l'appréciation de la décision dans son ensemble, se distingue aisément d'une deuxième question pour laquelle la décision de l'arbitre appelait la déférence : Oliver a-t-il été congédié pour un motif valable?
>
> Toutefois, je le répète, même si la question tranchée par l'arbitre en l'espèce peut se scinder en deux questions distinctes dont l'une peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire fondé sur la norme de la décision correcte, *cela n'arrive que rarement. Les divers éléments qui sous-tendent une décision ont plus de chance d'être inextricablement liés les uns aux autres, en particulier dans un domaine complexe comme celui des relations de travail, de sorte que la cour de justice chargée du contrôle doit considérer que la décision du tribunal forme un tout.* [Italiques ajoutés; références omises; par. 75-76.]

[82] Dans *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 650, les juges majoritaires reprennent ce point de vue et s'expriment en ces termes :

> L'Office est chargé d'interpréter ses propres dispositions législatives, y compris ce en quoi consiste cette responsabilité que lui confie la Loi. La décision qu'il a rendue comportait *plusieurs parties*, chacune d'elles relevant clairement et inextricablement de son domaine d'expertise et de son mandat. Elle commandait donc l'application d'*une seule norme de contrôle faisant appel à la déférence*. [Italiques ajoutés; par. 100.]

[83] Enfin, dans l'affaire *Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.*, [2006] 1 R.C.S. 772, la Commission des oppositions des marques de commerce avait estimé que la dénomination d'une petite chaîne de restauration montréalaise — « Barbie's » — ne créait pas de confusion sur le marché avec la poupée

2012 SCC 35 (CanLII)

Court, Mattel argued that the Board wrongly interpreted a provision of the *Trade-marks Act* defining "confusion". Binnie J. for the majority refused to extricate a definitional legal question from the mixed question of whether the word "Barbie" created "confusion" in the marketplace. Concluding that the factual and legal issues were intertwined, he applied a deferential standard:

> The determination of the likelihood of confusion requires an expertise that is possessed by the Board (which performs such assessments day in and day out) in greater measure than is typical of judges. This calls for some judicial deference to the Board's determination . . . .
>
> . . .
>
> While the appellant frames its argument as a challenge to the correctness of the interpretation given to s. 6 . . . I think that in reality . . . its challenge is directed to the relative weight to be given to the s. 6(5) enumerated and unenumerated factors. *The legal issue is not neatly extricable from its factual context, but calls for an interpretation within the expertise of the Board*. [Emphasis added; paras. 36 and 39.]

[84] Binnie J., rightly in my view, was reluctant to extricate a pure question of statutory interpretation from the Board's overall conclusion that the name "Barbie" did not create "confusion". The case before us raises the identical issue of reviewing statutory interpretation.

[85] Prof. David Mullan, persuasively in my view, has also warned against segmentation. In his view, "[o]ver-willingness" to see a question as a "court" question rather than a "tribunal" question (i.e., jurisdictional questions, questions of law or statutory interpretation), "can lead to excessive and wrong-headed intervention" (p. 74):

> In my view, it is quite inappropriate to place much, if any store in the context of a judicial review application

Barbie de Mattel. Lors du contrôle judiciaire et en appel devant notre Cour, Mattel a fait valoir que la Commission avait mal interprété la disposition de la *Loi sur les marques de commerce* qui définit la « confusion ». Au nom des juges majoritaires, le juge Binnie refuse de dissocier une question de droit de la question mixte de savoir si le mot « Barbie » est susceptible de créer de la « confusion » sur le marché. Concluant que faits et droit s'entrelacent, il applique une norme empreinte de déférence :

> La détermination de la probabilité de confusion requiert une expertise que la Commission (qui procède quotidiennement à des évaluations de ce genre) possède dans une plus grande mesure que les juges en général. Il faut donc faire preuve d'une certaine retenue judiciaire à l'égard de la décision de la Commission . . .
>
> . . .
>
> Même si l'appelante formule son argument comme si elle contestait le bien-fondé de l'interprétation attribuée à l'art. 6 [. . .], j'estime qu'en réalité [. . .] sa contestation porte sur l'importance relative qu'il faut accorder aux facteurs énumérés au par. 6(5) et à ceux qui n'y figurent pas. *La question de droit ne peut être clairement isolée de son contexte factuel, mais commande une interprétation qui relève de l'expertise de la Commission*. [Italiques ajoutés; par. 36 et 39.]

[84] Le juge Binnie hésite — à juste titre selon moi — à dissocier une pure question d'interprétation législative de la conclusion globale de la Commission, à savoir que le mot « Barbie » ne crée pas de « confusion ». L'affaire dont nous sommes saisis appelle également le contrôle de l'interprétation d'une disposition.

[85] Le professeur David Mullan, qui met aussi en garde contre le fractionnement, et de façon persuasive selon moi, opine que [TRADUCTION] « [t]rop incliner » à considérer qu'une question ressortit à une cour de justice plutôt qu'à un tribunal administratif (c.-à-d. question de compétence, de droit ou d'interprétation législative) « risque de mener à des interventions excessives et aberrantes » (p. 74) :

> [TRADUCTION] À mon avis, lors du contrôle judiciaire, il ne convient pas du tout d'accorder quelque

2012 SCC 35 (CanLII)

on the fact that the tribunal might be resolving a "pure question of law" which will have "precedential value". To see that as an indicator of a need for correctness review would be *to undercut seriously the philosophy of deference that prevails in judicial review* . . . .

. . .

To the extent that segmentation frequently involves the extraction of overarching legal principles, *it will have a tendency to promote correctness review or greater intervention*. [Emphasis added; pp. 77 and 79.]

[86] The Board was not tasked with definitively or even separately defining the terms "communicat[ion]" and "to the public" in its decision about whether s. 3(1)(*f*) applied to downloading music. It is not clear to me that Parliament intended this phrase to be defined categorically at all, as opposed to contextually depending on the facts of each case.

[87] Segmenting the definition of each word or phrase in a statutory provision into discrete questions of law is a re-introduction by another name — correctness — of the unduly interventionist approach championed by the jurisdictional and preliminary question jurisprudence, jurisprudence which this Court definitively banished in *ATA*. When that jurisprudence was in full flight, in *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756 (*Bell (1971)*), this Court held that the Ontario Human Rights Commission exceeded its jurisdiction when it defined the term "self-contained dwelling unit" within the *Ontario Human Rights Code, 1961-62*, S.O. 1961-62, c. 93, to include a boarding house. In *Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, [2012] 1 S.C.R. 364, this Court overturned *Bell (1971)* on the basis that it represented an unduly interventionist approach on the part of the reviewing courts:

Early judicial intervention . . . allows for judicial imposition of a "correctness" standard with respect to legal

importance à la possibilité que le tribunal administratif tranche une « question de droit pure » et rende ainsi une décision qui aura « valeur de précédent ». Invoquer cette éventualité pour justifier l'application de la norme de la décision correcte *mine gravement l'esprit de déférence qui anime le contrôle judiciaire*. . .

. . .

Dans la mesure où le fractionnement consiste souvent à dégager les principes juridiques fondamentaux, *il favorise généralement le contrôle selon la norme de la décision correcte, et donc une intervention accrue*. [Italiques ajoutés; p. 77 et 79.]

[86] La Commission n'avait pas à se prononcer définitivement ni même séparément sur le sens des termes « communi[cation] » et « au public » pour décider si l'al. 3(1)*f*) s'applique au téléchargement de musique. Il n'appert pas, selon moi, que le législateur a voulu que cette expression soit définie dans l'absolu, plutôt que de manière contextuelle, au regard des faits de chaque espèce.

[87] Voir dans la définition de chaque mot ou expression figurant dans une disposition législative une question de droit distincte équivaut à ramener sous une autre appellation — celle de la décision correcte — l'interventionnisme indu qui caractérisait la doctrine de la condition préalable liée à la compétence, une doctrine avec laquelle la Cour a rompu définitivement dans *ATA*. Dans l'arrêt *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756 (*Bell (1971)*), qui date de l'époque où ce courant jurisprudentiel avait le vent dans les voiles, notre Cour a conclu que la Commission ontarienne des Droits de l'Homme avait outrepassé sa compétence en estimant que la partie d'un immeuble louée par son propriétaire pouvait constituer un [TRADUCTION] « logement indépendant » au sens de l'*Ontario Human Rights Code, 1961-62*, S.O. 1961-62, ch. 93. Or, dans l'arrêt *Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)*, [2012] 1 R.C.S. 364, notre Cour écarte *Bell (1971)* au motif qu'il est l'expression d'un interventionnisme indu de la part des cours de justice :

Une intervention judiciaire hâtive [. . .] ouvre la porte à l'assujettissement à la norme de la « décision correcte »

2012 SCC 35 (CanLII)

questions that, had they been decided by the tribunal, might be entitled to deference . . . . [para. 36]

[88] The Copyright Board's conclusion that a music download is a "communicat[ion] . . . to the public" was a decision entirely within its mandate and specialized expertise, involving a complex tapestry of technology, fact, and broadcast law and policy. Pulling a single legal thread from this textured piece and declaring it to be the determinative strand for deciding how the whole piece is to be assessed strikes me, with great respect, as an anomalous jurisprudential relapse.

Appeal allowed in part.

Solicitors for the appellants: Fasken Martineau DuMoulin, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Solicitors for the intervener CMRRA-SODRAC Inc.: Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

Solicitors for the intervener Cineplex Entertainment LP: Gilbert's, Toronto.

Solicitor for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: University of Ottawa, Ottawa.

Solicitors for the interveners Apple Canada Inc. and Apple Inc.: Goodmans, Toronto.

de questions de droit qui, si elles avaient été tranchées par le tribunal administratif, auraient pu commander la déférence judiciaire . . . [par. 36]

[88] La conclusion de la Commission du droit d'auteur selon laquelle télécharger une œuvre musicale équivaut à la « communiquer au public » ressortit tout à fait à son mandat et à son expertise spécialisée. Elle a pour toile de fond un enchevêtrement complexe de technologies, de faits, ainsi que de dispositions législatives et de politiques en matière de radiodiffusion. Prélever un seul fil de cette riche étoffe et en faire l'élément déterminant pour l'appréciation de la pièce dans son ensemble représente, à mon humble avis, un recul jurisprudentiel anormal.

Pourvoi accueilli en partie.

Procureurs des appelantes : Fasken Martineau DuMoulin, Ottawa.

Procureurs de l'intimée : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante CMRRA-SODRAC Inc. : Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Cineplex Divertissement LP : Gilbert's, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko : Université d'Ottawa, Ottawa.

Procureurs des intervenantes Apple Canada Inc. et Apple Inc. : Goodmans, Toronto.

2012 SCC 35 (CanLII)

Ruby v. Canada (Solicitor General), [2000] 3 FC 589, 2000 CanLII 17145 (FCA)

Date: 2000-06-08
File number: A-52-98; A-872-97; A-873-97
Other citations: 184 FTR 159; 187 DLR (4th) 675; 256 NR 278; 6 CPR (4th) 289; 42 Admin LR (3d) 214; [2000] FCJ No 779 (QL); 97 ACWS (3d) 1059
Citation: Ruby v. Canada (Solicitor General), [2000] 3 FC 589, 2000 CanLII 17145 (FCA), <http://canlii.ca/t/4l09>, retrieved on 2018-08-02

A-52-98

Clayton Charles Ruby (*Appellant*) (*Applicant*)

v.

The Solicitor General (*Respondent*) (*Respondent*)

A-872-97

Clayton Charles Ruby (*Appellant*) (*Applicant*)

v.

The Royal Canadian Mounted Police and **The Department of External Affairs** (*Respondents*) (*Respondents*)

A-873-97

Clayton Charles Ruby (*Appellant*) (*Applicant*)

v.

The Solicitor General (*Respondent*) (*Respondent*)

Indexed as: Rubyv. Canada (Solicitor General) (C.A.)

Court of Appeal, Létourneau, Robertson and Sexton JJ.A.--Ottawa, March 7, 8 and June 8, 2000.

Privacy -- Appeals from dismissal of judicial review of Privacy Commissioner's denial of complaints concerning refusal to disclose personal information by CSIS, RCMP, Department of External Affairs (DEA) -- (1) Burden of proof -- Privacy Act, s. 47 imposing burden on institution head to establish refusal to disclose authorized -- Encompassing proof conditions of exemption met, discretion properly exercised -- As application for judicial review pursuant to s. 41 by definition questioning validity of exercise of discretion, nothing more required of

applicant -- (2) Interpretation of exemptions claimed -- (i) S. 22(1)(a) only permitting refusal to disclose personal information where information coming into existence less than 20 years prior to request -- Sole document at issue in RCMP bank over 20 years old -- (ii) DEA neither confirming nor denying existence of information requested under general policy never to disclose whether information in bank -- S. 16(2) providing institution head not required to indicate under s. 16(1) whether personal information exists -- Not contemplating exercise of discretion, but clarifying s. 16(1) option to refuse to confirm existence of information -- Even if s. 16(2) conferring discretion, not required to be exercised on case-by-case basis -- Given particular nature, purpose of Act, factual circumstances, adoption of such general policy judicious exercise of discretion -- DEA claiming exemption under s. 22(1)(a), (b) if information existed -- Motions Judge's reasons not specifically mentioning s. 22(1)(a) -- As some doubt as to whether reviewed exercise of discretion by DEA, new review with respect to s. 22(1)(a) exemption ordered -- S. 22(1)(b) authorizing refusal of access to information where disclosure could be injurious to law enforcement -- Not authorizing refusal to disclose where disclosure could have chilling effect on investigative process in general -- (iii) CSIS refusing to confirm, deny existence of information, but claiming ss. 19, 21, 22, 26 exemptions -- Information in CSIS banks should be reviewed to identify which information not covered by s. 22(1)(b) -- S. 19 requiring refusal to disclose personal information obtained in confidence from another government or international organization of states without consent -- Authority claiming benefit must ensure third party not consenting to disclosure -- Claim under s. 19 should be reviewed to ensure CSIS made reasonable efforts to seek consent of third party -- S. 26 permitting refusal to disclose personal information about third party, requiring refusal to disclose where prohibited under s. 8 -- Must read ss. 8, 26 together -- S. 8(2)(m)(i) permitting disclosure of personal information where public interest in disclosure outweighing invasion of privacy -- Manner of balancing interests within institution head's discretion -- Unclear whether CSIS considered s. 8(2)(m)(i), properly applied s. 26 exemption -- New review of personal information to determine whether s. 26 exemption properly applied.

Constitutional law -- Charter of Rights -- Fundamental freedoms -- Privacy Act, s. 51(2) providing application under s. 41 relating to personal information institution head refused to disclose under ss. 19(1)(a),(b), 21 shall be heard in camera -- S. 51(3) permitting institution head to make representations ex parte -- Appellant submitting mandatory in camera, ex parte proceeding denying individual meaningful information about why access to personal information refused, making it impossible to formulate intelligent submissions as to why government acted improperly in denying access to information sought -- Submitting law should provide affected persons with description of withheld information -- Proposed solution (i) impractical where institution head entitled to refuse to confirm, deny existence of information; (ii) if undisclosed information involved national security, foreign confidences, judge would certainly exercise discretion in favour of Crown; (iii) remedy not related to alleged breach -- S. 51(2)(a), (3) infringing Charter, s. 2(b), but justified under s. 1.

Constitutional law -- Charter of Rights -- Life, liberty and security -- Privacy Act, s. 51(2) providing application under s. 41 relating to personal information institution head refused to disclose under ss. 19(1)(a),(b), 21 shall be heard in camera -- S. 51(3) permitting institution head to make representations ex parte -- S. 51 merely procedural provision aimed at preventing accidental disclosure of national security information, foreign confidences -- Tied to process requiring disclosure of personal information to judge to assess whether exemption justified -- Such procedural safeguard not depriving applicant of liberty interest.

Judges and Courts -- Fettering discretion -- Privacy Act, s. 46 authorizing reviewing judge to receive ex parte representations, hold in camera hearings when claims for exemptions based on other than ss. 19(1)(a),(b), 21 -- Both ex parte representations, in camera hearings mandatory when ss. 19(1)(a),(b), 21 claims made -- Only written ex parte representations filed in relation to refusals to disclose by RCMP, DEA, CSIS -- Reviewing Judge of view sound practice for Court to receive ex parte submissions in proceedings contesting such refusal -- Such evidence assisting judge, ensuring secret information not disclosed where exemption from disclosure justified -- Judge of opinion ex parte submissions effective compromise making sense generally -- Judge not fettering his

discretion.

Evidence -- Reviewing Judge in Privacy Act matter refusing to admit expert evidence of appellant's former law partner on grounds marginally relevant, evidence contained not necessary, witness not independent -- Affidavit should have been admitted upon judicial review -- Satisfied logical, legal relevancy tests as value outweighed impact on process -- Satisfying necessity test as asserting facts outside experience, knowledge of Judge -- Should not have been excluded for possible bias of affiant, as going to credibility, not admissibility.

These were appeals from the dismissal of judicial review applications pursuant to *Privacy Act*, section 41 against the Privacy Commissioner's decisions with respect to complaints concerning the failure to disclose personal information, and from a decision that *Privacy Act*, section 51 was not unconstitutional. In 1988 the Royal Canadian Mounted Police (RCMP) refused to disclose to the appellant all information about him in personal information bank 005 on the ground that the records were exempt from disclosure under *Privacy Act*, subparagraph 22(1)(*a*)(ii), which grants discretion to refuse to disclose personal information where it has been obtained by an investigative body in the course of a lawful investigation, and section 27, which confers such discretion where the information is subject to solicitor-client privilege. The Privacy Commissioner upheld the RCMP's refusal. The only RCMP document still in dispute is a letter from the Department of Justice to the Officer in Charge regarding advice re: possible investigations.

With respect to the appellant's request to have access to bank 040, maintained by the Department of External Affairs (DEA), the DEA would neither confirm nor deny the existence of the information requested, but stated that if it did exist, the information would reasonably be considered exempt from disclosure under paragraphs 22(1)(*a*) and (*b*). Paragraph 22(1)(*b*) permits an institution head to refuse to disclose information which could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of any law or the conduct of any lawful investigation. It was the DEA's policy never to disclose information in bank 040 in order to forestall attempts by applicants systematically making requests and trying to discern from the pattern of answers the kind of information the DEA possessed. The Commissioner concluded that the DEA position was reasonable. The RCMP and the DEA filed supplementary secret affidavits subject to a confidentiality order. The RCMP provided the requested documents containing personal information about the appellant while the DEA advised whether or not personal information concerning the appellant existed in the information bank and, if so, why that information was exempt from disclosure under paragraphs 22(1)(*a*) and (*b*).

Finally, the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) refused to confirm or deny the existence of the information requested, adding that if it did exist, it would be exempt from disclosure pursuant to sections 19, 21, 22 and 26. Section 19 provides that an institution head shall refuse to disclose personal information obtained in confidence from a foreign government or international organization of states unless that government or institution consents to disclosure or makes the information public. Section 26 permits an institution head to refuse to disclose personal information about a third party and requires the refusal to disclose where it is prohibited under section 8. Subparagraph 8(2)(*m*)(i) permits the disclosure of personal information under the control of a government institution where the public interest in disclosure clearly outweighs any invasion of privacy that could result from the disclosure. The Commissioner held that the refusal of CSIS to confirm or deny existence of personal information was within the requirement of subsection 16(2), which provides that an institution head is not required to indicate under subsection 16(1) whether personal information exists.

Section 46 authorizes a reviewing judge to receive *ex parte* representations and hold *in camera* hearings when the claims for exemptions are based on provisions other than paragraph 19(1)(*a*) or (*b*) or section 21. However, both *ex parte* representations and *in camera* hearings are mandatory when paragraph 19(1)(*a*) or (*b*) or section 21 claims are made. Only written *ex parte* representations in the form of supplementary secret affidavits were filed pursuant to section 46 in relation to the refusals to disclose by the RCMP, the DEA and CSIS. The appellant

submitted that the reviewing Judge fettered his discretion in ruling that such representations are necessary in every review.

The reviewing Judge refused to admit the expert evidence of Mr. Copeland, a former law firm partner of the appellant, on the grounds that it was marginally relevant, the evidence it contained was not necessary and Mr. Copeland was not an independent expert in view of his former association with the appellant and in view of the fact that he was pursuing his own access proceedings.

Subsection 51(2) provides that an application under section 41 relating to personal information that the institution head refused to disclose under paragraph 19(1)(*a*) or (*b*) or section 21 shall be heard *in camera*. Subsection 51(3) permits an institution head to make representations *ex parte*. The constitutional challenges to section 51 only arise in the context of CSIS's refusal to provide access to personal information CSIS submitted that the investigations referred to in bank 010 would be jeopardized if individuals or organizations involved in those investigations were able to confirm CSIS's interest in them. The information in bank 015 is more dated and less sensitive. The Motions Judge found that paragraph 51(2)(*a*) and subsection (3) restrict the rights enshrined in Charter, paragraph 2(*b*) (freedom of expression), but that the impugned provisions were saved under section 1.

The issues were: (1) on whom did the burden of proof that the exemptions were properly claimed and applied lie; (2) what was the proper interpretation of the scope of the exemptions claimed; (3) whether the Trial Judge fettered his discretion to receive *ex parte* representations pursuant to section 46; (4) whether the Judge erred in refusing to admit the expert evidence of Mr. Copeland; (5) whether the procedure in *Privacy Act*, section 51 violates Charter, paragraph 2(*b*) (guaranteeing freedom of expression), section 7 (right not to be deprived of life, liberty and security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice).

Held, the appeal in A-872-97 should be allowed in part; the appeal in file A-873-97 should be allowed; and the appeal in A-52-98 should be dismissed.

(1) In these peculiar circumstances -- where accessibility to personal information is the rule and confidentiality the exception, where an applicant has no knowledge of the personal information withheld, no access to the record before the court and no adequate means of verifying how the discretion to refuse disclosure was exercised by the authorities, and where section 47 of the Act clearly puts on the head of a government institution the burden of establishing that it was authorized to refuse to disclose the personal information requested and, therefore, that it properly exercised its discretion in respect of a specific exemption it invoked -- an applicant cannot be made to assume an evidential burden of proof. In applying for judicial review of an institution's refusal to disclose the personal information requested pursuant to section 41, an applicant by definition questions the validity of the exercise of discretion by the institution head, and nothing more is required from him or her.

(2) The issue of the one remaining document that the RCMP refused to disclose was moot. Paragraph 22(1)(*a*) only permits refusal to disclose any personal information requested under subsection 12(1) where the information came into existence less than 20 years prior to the request. In this case, 20 years or more have elapsed.

The reviewing Judge did not err in finding that the information contained in the document was properly classified within section 27.

(i) The appellant submitted that the DEA's policy of systematically refusing to confirm or deny the existence of personal information constitutes a fettering of its discretion. Subsection 16(2) does not contemplate either an exercise of discretion, or a duty to exercise discretion on a case-by-case basis. When access to the requested material is denied, subsection 16(1) gives the institution head a choice of stating that the information does not exist or that it exists, but is exempt, or that if it existed, it would be exempt under one or more specific provisions in the Act. The last option gives the institution head the power to speak hypothetically. Subsection 16(2) does not

add anything that was not already inherent in subsection 16(1). It merely clarifies what is already expressed in subsection 16(1) and the use of "may" in subsection 16(2) merely signals that the institution head is empowered to refuse access by exercising the option in paragraph 16(1)(*b*) of refusing to confirm the existence of information. It need not imply the conferral of discretion. That interpretation is supported by the use of "may but is not required" in a context where access to personal information is the rule, and denial of access is an exception which needs to be stated. These words show Parliament's intent to confer upon an institution head the power to refuse an applicant access to the very fact of the existence of personal information which otherwise it would be compelled to disclose if the enabling power were absent. And, the word "may" has been dropped in the French version of subsection 16(2), which simply states that the head of a government institution is not required to indicate whether personal information exists.

But even if subsection 16(2) confers a discretion, in these factual circumstances, where the nature of the bank in question renders the mere fact of revealing the existence of information an act of disclosure i.e. that the requesting party is or is not the subject of an investigation, and given the nature and purpose of the Act and subsection 16(2), it was a reasonable exercise of discretion to adopt a general policy of never confirming the existence of information in the bank in question. This is one of the rare instances where the adoption of a general policy is itself a judicious exercise of discretion. Nor is the general policy in this case a fettering of discretion. The Act grants a citizen the right to complain to the Privacy Commissioner, and to request the Federal Court to review the authorities' actions, thus imposed on the institution head an obligation when carrying out the general policy of not confirming or denying the existence of personal information, to ensure that the information is examined and meets the hypothetically claimed exemptions.

The Motions Judge's reasons and conclusions did not specifically mention paragraph 22(1)(*a*), thus leaving some doubt as to whether he had reviewed the exercise of discretion by the DEA with respect to the paragraph 22(1)(*a*) exemption. As one of the objectives of the Act is to provide access to a citizen to personal information held by the Government, a new review should be conducted with respect to the paragraph 22(1)(*a*) exemption.

Paragraph 22(1)(*b*) does not authorize a refusal to disclose where disclosure could have a chilling effect on the investigative process in general. Such an extension of paragraph 22(1)(*b*) would make paragraph 22(1)(*a*) redundant, since everything in the course of a lawful investigation, as well as the information gathered as a result thereof, would be incorporated by paragraph 22(1)(*b*). In addition the 20-year limit applicable to the paragraph 22(1)(*a*) exemption would become meaningless as the information could now be kept forever pursuant to paragraph 22(1)(*b*). Moreover, the third party information exception contained in section 19 would become unnecessary when the confidential information had been obtained from that third party in the course of an investigation. Finally, none of the examples in subparagraphs 22(1)(*b*)(i), (ii), and (iii) refer to the investigative process at large. The reviewing Judge should not have extended the notion of injury in paragraph 22(1)(*b*) beyond injury to a specified investigation.

(ii) In view of the conclusion that paragraph 22(1)(*b*) was not correctly applied, the information in CSIS's banks 010 and 015 should be reviewed anew to identify which information, if any, was not covered by that exemption.

The section 19 exemption is not an absolute prohibition against disclosure. Subsection 19(2) authorizes an institution head to disclose the information where the third party consents. The authority who claims the benefit of the exemption must ensure that the third party is not consenting to disclosure because the applicant does not even know if personal information exists, who the third party is who provided the information, and even if told who the third party is, he would not necessarily know where to address his request for consent. The applicant does not know the contents of the information and what it relates to, and therefore cannot provide to the third party all the relevant details that are necessary to both meaningfully identify the issues and seek the consent of that third party. Finally, it is unfair in these conditions to place upon an applicant an almost impossible burden to

meet. For all practical purposes, the possibility of obtaining a consensual release of the information becomes so remote as to be non-existent. Political and practical considerations may make it impractical to seek consent on a case-by-case basis and lead to the establishment of protocols which respect the spirit and letter of the Act and the exemption. The respondent's claim under section 19 to a valid exemption from disclosure of the personal information should be reviewed to ensure that CSIS made reasonable efforts to seek the consent of the third party who provided the requested information.

The balancing of public interest against invasion of privacy required by subparagraph 8(2)(*m*)(i) does not have to be done in reference to every piece of information concerning every party to whom the information relates. The manner in which to conduct the weighing of interests is within the discretion of the head of the institution head. The purpose of the grant of discretion under subparagraph 8(2)(*m*)(i) involves protection of the interest of Canadian citizens in privacy. The right to privacy may be understood specifically, as in the privacy of individuals or as a broadly conceived policy goal, without reference to particular individuals. The extent to which the privacy interest ought to be considered in a more or less specific form will depend largely on the facts surrounding each request. It was unclear whether CSIS considered subparagraph 8(2)(*m*)(i) when it refused to disclose information relating to third parties and whether, therefore, it properly applied the exemption it claimed pursuant to section 26. Nor was it clear whether the reviewing Judge was satisfied that the exemption had been considered by CSIS, or that he considered it himself. There should be a new review of the personal information requested in banks 010 and 015 to determine whether the exemption in section 26 was properly applied.

(3) The reviewing Judge was of the view that it is sound practice for the Court to receive *ex parte* submissions in proceedings which contest refusal to disclose. Such evidence assists the Judge in his review and helps to ensure that confidential or secret information is not disclosed to the public or the applicant when an exemption from disclosure is justified. The reviewing Judge was of the opinion that *ex parte* submissions are an effective compromise generally. The fact that this solution makes sense generally does not mean that he fettered or improperly exercised his discretion to accept such evidence in this particular instance. This ground of appeal should be dismissed.

(4) Mr. Copeland's affidavit should have been admitted for the purpose of judicial review. It satisfied both the logical and legal relevancy tests in that its value outweighed its impact on the process, i.e. its prejudicial effect. In order to satisfy the necessity test, the expert opinion must be necessary "in the sense that it provide information `which is likely to be outside the experience and knowledge of a judge or jury'". The affiant asserts some facts relating to information that is likely to be outside the knowledge of a reviewing judge. Finally the Copeland affidavit should not have been excluded on account of a possible bias of the affiant. Such factor goes to the credibility of the evidence, not its admissibility.

(5) The appellant maintained that mandatory *in camera* and *ex parte* proceedings deny an individual any meaningful information about why access to personal information has been refused, making it impossible to formulate intelligent submissions as to why the government acted improperly in denying access to the information sought. The appellant argued that the law should address this informational void by providing affected persons with a description of the withheld information sufficient to enable him to challenge the government's refusal to disclose it. There were three reasons why this argument could not succeed: (1) The solution proposed is impracticable in those cases where the respondent is entitled under subsection 16(2) to refuse to confirm or deny the existence of information and also in cases involving large numbers of documents or a small number of complicated documents; (2) Even if section 51 granted the judge a discretion, it is virtually certain that if the respondent presented appropriate evidence that the undisclosed information involved national security or foreign confidences the judge would exercise his or her discretion in favour of the Crown and hear the matter *in camera*, if asked, and *ex parte*. Moreover, the fact that the legislation limits the mandatory nature of section 51 to reviewing the non-disclosure of information described in sections 19 and 21 demonstrates that

Parliament was acutely aware of the need to ensure as much openness as possible in the disclosure process. The exceptions fall into a narrow subset and are self-justifying; (3) The remedy which the appellant seeks bears no relationship to the alleged Charter breach. Assuming that section 51 breached the right to freedom of expression in Charter, paragraph 2(*b*) and was not saved under section 1, the logical constitutional remedy would be to replace the mandatory wording of section 51 with a discretionary provision. Effectively section 51 would be superceded by the general procedural provisions in section 46, which does not oblige the reviewing judge to provide summaries of information contained within confidential affidavits where a discretion is exercised to accept such documents on an *in camera* and *ex parte* basis. In effect, the appellant is asking the Court to rewrite both sections 46 and 51 on the mistaken assumption that section 51 is unconstitutional. Paragraph 51(2)(*a*) and subsection 51(3) infringe Charter, paragraph 2(*b*), but they are saved under Charter, section 1.

The mandatory provisions of section 51 dealing with *in camera* and *ex parte* proceedings do not engage the liberty interests envisaged by Charter, section 7. Section 51 is merely a procedural provision aimed at preventing the accidental disclosure of national security information or foreign confidences and is tied to a process which, at the end of the day, simply requires disclosure of all personal information to a judge for the purpose of assessing whether the exemptions being claimed by the head of a government institution are justified. Such a procedural safeguard, which provides, in limited situations, that an *ex parte* and *in camera* hearing will be held with respect to a refusal to disclose, does not "deprive" an applicant of his liberty interest. The collection, use and dissemination of personal information triggers the right to privacy and Charter, section 7, not the right of access provided under section 12.

statutes and regulations judicially considered

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1 , ss. 15, 16(1), 48.

Archives Act 1983, No. 79, 1983 (Aust.).

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2(*b*), 7, 8.

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46 , ss. 185 (as am. by S.C. 1993, c. 40, s. 5; 1997, c. 18, s. 8; c. 23, s. 4), 186(1)(*e*) (as am. by S.C. 1993, c. 40, s. 6), 187 (as am. by *idem*, s. 7), 196 (as am. *idem*, s. 14; 1997, c. 23, s. 7).

Freedom of Information Act, 5 U.S.C. § 552 (1994).

Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21 , s. 11.

Official Secrets Act, R.S.C., 1985, c. O-5.

Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21 , ss. 4, 5, 6, 8, 10, 11, 12, 16, 18, 19, 21, 22, 26, 27, 29 (as am. by S.C. 1992, c. 21, s. 37), 30, 31, 32, 33, 34 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 187), 35, 36, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51.

Young Offenders Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, s. 4(1).

cases judicially considered

applied:

Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.), 1988 CanLII 5656 (FCA), [1989] 1 F.C. 265; (1988), 52 D.L.R. (4th) 671; 19 F.T.R. 160; 86 N.R. 186 (C.A.); *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1999 CanLII 699 (SCC), [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *R. v. S. (S.)*, 1990 CanLII 65 (SCC), [1990] 2 S.C.R. 254; (1990), 57 C.C.C. (3d) 115; 77 C.R. (3d) 273; 49 C.R.R. 79; 110 N.R. 321; 41 O.A.C. 81; *Julius v. Bishop of Oxford* (1880), 5 App. Cas. 214 (H.L.); *Rubin v. Canada (Minister of Transport)*, 1997 CanLII 6385 (FCA), [1998] 2 F.C. 430; (1997), 154 D.L.R (4th) 414; 221 N.R. 145 (C.A.); *Kelly v. Canada (Solicitor General)* (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 54; 53 F.T.R. 147 (F.C.T.D.); affd by (1993), 13 Admin. L.R. (2d) 304; 154 N.R. 319 (F.C.A.); *Bland v. Canada (National Capital Commission)*, [1991] 3 F.C. 325 (abridged); (1991), 36 C.P.R. (3d) 289; 41 F.T.R. 202 (T.D.); *R. v. Mohan*, 1994

CanLII 80 (SCC), [1994] 2 S.C.R. 9; (1994), 114 D.L.R. (4th) 419; 889 C.C.C. (3d) 402; 29 C.R. (4th) 243; 166 N.R. 245; 71 O.A.C. 241; *The Queen v. Oakes*, 1986 CanLII 46 (SCC), [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, 1998 CanLII 829 (SCC), [1998] 1 S.C.R. 877; (1998), 38 O.R. (3d) 735; 159 D.L.R. (4th) 385; 226 N.R. 1; 109 O.A.C. 201; *Hunter et al. v. Southam Inc.*, 1984 CanLII 33 (SCC), [1984] 2 S.C.R. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241; *R. v. Mills*, 1999 CanLII 637 (SCC), [1999] 3 S.C.R. 668; (1999), 244 A.R. 201; 180 D.L.R. (4th) 1; [2000] 2 W.W.R. 180; 75 Alta. L.R. (3d) 1; 139 C.C.C. (3d) 321; 28 C.R. (5th) 207; 248 N.R. 101.

distinguished:

Michaud v. Quebec (Attorney General), 1996 CanLII 167 (SCC), [1996] 3 S.C.R. 3; (1996), 138 D.L.R. (4th) 423; 109 C.C.C. (3d) 289; 1 C.R. (5th) 1; 201 N.R. 241.

considered:

R. v. Finlay and Grellette (1985), 1985 CanLII 117 (ON CA), 52 O.R. (2d) 632; 23 D.L.R. (4th) 532; 23 C.C.C. (3d) 48; 48 C.R. (3d) 341; 18 C.R.R. 132; 11 O.A.C. 279 (C.A.); *Falconbridge Nickel Mines Ltd. and Minister of Revenue for Ontario, Re* (1981), 1981 CanLII 1641 (ON CA), 121 D.L.R. (3d) 403; [1981] C.T.C. 120 (Ont. C.A.); *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, 1997 CanLII 358 (SCC), [1997] 2 S.C.R. 403; (1997), 148 D.L.R. (4th) 385; 46 Admin. L.R. (2d) 155; 213 N.R. 161; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, 1994 CanLII 39 (SCC), [1994] 3 S.C.R. 835; (1994), 120 D.L.R. (4th) 12; 94 C.C.C. (3d) 289; 34 C.R. (4th) 269; 25 C.R.R. (2d) 1; 175 N.R. 1; 76 O.A.C. 81.

referred to:

R. v. Garofoli, 1990 CanLII 52 (SCC), [1990] 2 S.C.R. 1421; (1990), 80 C.R. (3d) 317; *Davidson v. Canada (Solicitor General)*, 1989 CanLII 5170 (FCA), [1989] 2 F.C. 341; (1989), 36 Admin. L.R. 251; 47 C.C.C. (3d) 104; 24 C.P.R. (3d) 129; 98 N.R. 126 (C.A.); *Henrie v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, 1988 CanLII 5686 (FC), [1989] 2 F.C. 229; (1988), 53 D.L.R. (4th) 568 (T.D.); affd by (1992), 1992 CanLII 8549 (FCA), 88 D.L.R. (4th) 575; 5 Admin. L.R. (2d) 269; 140 N.R. 315 (F.C.A.); *D. R. Fraser and Co., Ld. v. Minister of National Revenue*, 1948 CanLII 318 (UK JCPC), [1949] A.C. 24 (P.C.); *Dergousoff v. Dergousoff*, 1999 CanLII 12250 (SK CA), [1999] 10 W.W.R. 633; (1999), 177 Sask. R. 64; 48 R.F.L. (4th) 1 (Sask. C.A.); *Standard Trustco Ltd. (Trustee of) v. Standard Trust Co.* (1995), 1995 CanLII 3508 (ON CA), 26 O.R. (3d) 1; 129 D.L.R. (4th) 18; 1995 CanLII 1225 (ON CA), 30 C.B.R. (3d) 1; 86 O.A.C. 1 (C.A.); *Heare v. Insurance Corp. of British Columbia* (1986), 1986 CanLII 777 (BC SC), 32 D.L.R. (4th) 427; 7 B.C.L.R. (2d) 244; 23 C.C.L.I. 50; 45 M.V.R. 61 (B.C.S.C.); *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (C.A.); *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Immigration & Refugee Board)* (1997), 1997 CanLII 5922 (FC), 4 Admin. L.R. (3d) 96; 82 C.P.R. (3d) 290; 140 F.T.R. 140 (F.C.T.D.); *R. v. Marquard*, 1993 CanLII 37 (SCC), [1993] 4 S.C.R. 223; (1993), 108 D.L.R. (4th) 47; 85 C.C.C. (3d) 193; 25 C.R. (4th) 1; 159 N.R. 81; 66 O.A.C. 161; *R. v. Terceira* (1998), 1998 CanLII 2174 (ON CA), 38 O.R. (3d) 175; 123 C.C.C. (3d) 1; 15 C.R. (5th) 359; 107 O.A.C. 15 (C.A.); *R. v. Buric* (1996), 1996 CanLII 1525 (ON CA), 28 O.R. (3d) 737; 106 C.C.C. (3d) 97; 48 C.R. (4th) 149; 90 O.A.C. 321 (C.A.); affd 1997 CanLII 380 (SCC), [1997] 1 S.C.R. 535; (1997), 32 O.R. (3d) 320; 114 C.C.C. (3d) 95; 209 N.R. 241; *R. v. Dyment*, 1988 CanLII 10 (SCC), [1988] 2 S.C.R. 417; (1988), 73 Nfld. & P.E.I.R. 13; 55 D.L.R. (4th) 503; 229 A.P.R. 13; 45 C.C.C. (3d) 244; 66 C.R. (3d) 348; 10 M.V.R. (2d) 1; 89 N.R. 249; *R. v. Beare; R. v. Higgins*, 1988 CanLII 126 (SCC), [1988] 2 S.C.R. 387; (1988), 55 D.L.R. (4th) 481; [1989] 1 W.W.R. 97; 71 Sask. R. 1; 45 C.C.C. (3d) 57; 66 C.R. (3d) 97; 36 C.R.R. 90; 88 N.R. 205; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, 1995 CanLII 115 (SCC), [1995] 1 S.C.R. 315; (1994), 122 D.L.R. (4th) 1; 26 C.R.R. (2d) 202; 176 N.R. 161; 78 O.A.C. 1; 9 R.F.L. (4th) 157; *R. v. O'Connor*, 1995 CanLII 51 (SCC), [1995] 4 S.C.R. 411; (1995), 130 D.L.R. (4th) 235; [1996] 2 W.W.R. 153; 68 B.C.A.C. 1; [1996] B.C.W.L.D. 337; 103 C.C.C. (3d) 1; 44 C.R. (4th) 1; 33 C.R.R. (2d) 1; 191 N.R. 1; 112 W.A.C. 1.

authors cited

Brown, Donald J. M. and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, loose-leaf ed. Toronto: Canvasback, 1998.

Canadian Law Dictionary. Toronto: Law and Business Publications (Canada) Inc., 1980, "may".

Craig, J. D. "Invasion of Privacy and Charter Values: The Common-Law Tort Awakens" (1997), 42 *McGill L.J.* 355.

Driedger, E. A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. loose-leaf. Aurora, Ont.: Canada Law Book.

Personal Information Index, 1988. Ottawa: Supply and Services Canada, 1988.

APPEALS from the dismissal of applications for judicial review of the Privacy Commissioner's decisions with respect to complaints concerning the failure by the RCMP and the Derpartment of External Affairs (A-872-97) and CSIS (A-873-87) to disclose personal information about the appellant (*Ruby v. Canada (Royal Canadian Mounted Police)*, 1997 CanLII 6382 (FC), [1998] 2 F.C. 351; (1997), 11 Admin. L.R. (3d) 132; 140 F.T.R. 42 (T.D.)) and from a decision that *Privacy Act*, section 51 was not unconstitutional (*Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 1996 CanLII 4052 (FC), [1996] 3 F.C. 134; (1996), 136 D.L.R. (4th) 74; 113 F.T.R. 13 (T.D.)). The appeal in A-872-97 should be allowed in part; the appeal in file A-873-97 should be allowed; and the appeal in A-52-98 should be dismissed.

appearances:

Clayton Ruby and *Jill Copeland* for appellant (applicant).

Barbara A. McIsaac, Q.C. and *Gregory Tzemenakis* for respondents (respondents).

solicitors of record:

Ruby & Edwardh, Toronto, for appellant (applicant).

McCarthy Tétrault, Ottawa, for respondents (respondents).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1]Létourneau and Robertson JJ.A.: The proceedings in file A-52-98, A-872-97 and A-873-97 involve three appeals from decisions of two different judges of the Trial Division [1996 CanLII 4052 (FC), [1996] 3 F.C. 134; 1997 CanLII 6382 (FC), [1998] 2 F.C. 351]. They relate to the appellant's attempt to obtain access under the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21 (Act) to personal information held by the Royal Canadian Mounted Police (RCMP), the Department of External Affairs (DEA) and the Canadian Security Intelligence Service (CSIS).

[2]The three appeals were heard together. Basically, they call for a review of the exercise of discretion by the judge of the Trial Division, an interpretation of the scope of the exemptions, including the burden of proof in respect thereof, relied upon by these three federal authorities to deny access to the appellant as well as a determination with respect to the constitutional validity of certain provisions of section 51 of the Act. In this respect, the appellant contends that the procedure in that provision violates paragraph 2(*b*) (freedom of the press), section 7 (right to security of the person) and section 8 (right to protection against unreasonable searches and seizures) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*[1] (Charter).

[3]We will deal first with the merits of each appeal in files A-872-97 and A-873-97 [1997 CanLII 6382 (FC), [1998] 2 F.C. 351 (T.D.)] and then with the constitutional issue in file A-52-98 [1996 CanLII 4052 (FC), [1996] 3 F.C. 134 (T.D.)].

Facts

[4]The appellant was refused access to personal information banks maintained by CSIS, DEA and the RCMP. He first requested access to bank CMP/P-PU-005 (bank 005) concerning operational case records maintained by the RCMP.

[5]In a second request, he sought access to bank DEA/P-PU-040 (bank 040) maintained by the DEA as the Department of Foreign Affairs and International Trade was then known.

[6]Finally, a third request, which was refused by the Solicitor General for Canada, was for access to personal information bank SIS/P-PU-010 (bank 010) maintained by CSIS.

[7]The three banks to which the appellant sought access were established pursuant to section 10 of the Act and were listed and described, in accord with section 11, in the *Personal Information Index, 1988* published by the government.

The request refused by the RCMP in file A-872-97

[8]All of the documents identified in response to the appellant's original request are said to have been maintained in an investigative file opened as a result of a request to the RCMP from the Department of Employment and Immigration that there be an investigation of a possible breach of the *Official Secrets Act*, R.S.C., 1985, c. O-5. The investigation into leaks of the Immigration Manual to the *Globe and Mail* newspaper was undertaken; no charges were ever laid.

[9]On 22 March 1988, the appellant applied to the RCMP for access to "all information about [himself] in Toronto and Ottawa" in personal information bank 005 and was refused access a few months later. He was informed that no records were located in Ottawa and that the records located in Toronto were exempt from disclosure under subparagraph 22(1)(*a*)(ii) and section 27 of the Act. Both of those provisions grant discretion to refuse to disclose personal information where it either has been obtained by an investigative body in the course of a lawful investigation (subparagraph 22(1)(*a*)(ii)), or is subject to solicitor-client privilege (section 27).

[10]By letter of 18 October 1988 the appellant made a formal complaint to the Privacy Commissioner about the refusal by the RCMP. The Commissioner upheld the RCMP's refusal on 31 January 1990. The appellant sought review of the refusal in accordance with section 41 of the Act.

[11]After the application before the Trial Division was filed, the RCMP acknowledged in 1992 that, as a result of a change in policy since the appellant's original request, certain information might be released to him. The RCMP undertook a review of the information earlier identified and, out of a total of 42 documents in its possession, it released six documents to the appellant, with some information severed or excised from the pages released.

[12]An index of all documents earlier identified in response to the appellant's request was produced. It mentions one document, composed of four pages, said to contain personal information about the appellant which the RCMP refused to release, maintaining its claim to an exemption for that document under subparagraph 22(1)(*a*)(ii) and section 27. This document was described in the index as follows (Appeal Book, page 123):[2]

Letter, dated Mar. 29, 1978 from Department of Justice to Officer in Charge, Criminal Operations, "O" Division regarding advice re. possible investigations.

This is the only RCMP document still in issue before the Trial Division and before us.

The request refused by DEA in file A-872-97

[13]With respect to the appellant's request to have access to bank 040, maintained by the DEA, a letter dated 8

July 1988 stated that, pursuant to section 16 of the Act, the DEA would neither confirm nor deny the existence of the information requested, but, if it did exist, the information would reasonably be considered exempt from disclosure under paragraphs 22(1)(*a*) and (*b*) of the Act. Indeed, it was the policy of the DEA never to disclose information in bank 040.

[14]The departmental affiant for the DEA explained the rationale for never disclosing to applicants whether or not the Department had personal information in bank 040 on them. The DEA sought to forestall attempts by applicants systematically making requests and trying to discern from the pattern of answers the kind of information the DEA possessed. (See Appeal Book, pages 34-35.)

[15]The appellant's subsequent complaint to the Privacy Commissioner led to an investigation by the Commissioner. The Commissioner concluded that the DEA position was a reasonable application of the Act, in that either to confirm or deny the existence of information may be injurious to the conduct of lawful investigations.

[16]The RCMP and the DEA filed supplementary secret affidavits subject to a confidentiality order of the Court. The RCMP provided the requested documents containing personal information about the appellant while the DEA advised whether or not personal information concerning the appellant exists in the information bank in question and, if so, why that information is exempt from disclosure under paragraphs 22(1)(*a*) and (*b*) of the Act. Upon order of the Court, the affidavit evidence would be available for examination by the Trial Division judge assigned to the case on an *ex parte* basis and *in camera*.

The request refused by CSIS in file A-873-97

[17]By letter of March 22, 1988 the appellant requested access to the information maintained by CSIS in bank 010. The information contained in that bank was described as pertaining to sensitive and current operations involving individuals whose activities may, on reasonable grounds, be suspected of being detrimental to the interests of Canada (e.g., espionage or sabotage).

[18]In response to the request by the appellant, CSIS refused to confirm or to deny the existence of the information requested. It added that, if the information did exist, it would be exempt from disclosure pursuant to sections 19, 21, 22 and 26 of the Act.

[19]CSIS did ultimately provide some information, but not all that the Commissioner considered should be released, from a second information bank, SIS/P-PU-015 (bank 015), containing older information generally of a similar nature to that in bank 010. Bank 015 was not originally specified by the appellant.

[20]The appellant filed a complaint with the Privacy Commissioner in regard to the response of CSIS. The Commissioner concluded that the appellant's complaint was not well-founded with respect to bank 010. The refusal of CSIS to confirm or deny existence of personal information within bank 010 was within the requirements of subsection 16(2) of the Act.

[21]As a result of further investigation by the Commissioner, as well as changes in disclosure policy by CSIS, additional personal information in bank 015 was released to the appellant. The balance of documents in bank 015 relating to the appellant were said by CSIS to be withheld from disclosure as exempt by virtue of the same sections of the Act as those invoked with respect to bank 010. The Commissioner upheld CSIS's refusal to disclose, except in relation to two documents that were eventually released.

[22]The appellant unsuccessfully challenged before the Federal Court, by way of review pursuant to section 41 of the Act, the authorities' decisions denying him access to banks 010 and 015 held by CSIS, to bank 005 in the

hands of the RCMP and to bank 040 maintained by the DEA.

The legislative framework

[23]For a better understanding of the arguments made by the parties to the proceedings and of the decision of the Judge of the Trial Division [1997 CanLII 6382 (FC), [1998] 2 F.C. 351] (Judge), it is necessary to reproduce the relevant provisions of the Act which are the source of the present litigation:

8. (1) Personal information under the control of a government institution shall not, without the consent of the individual to whom it relates, be disclosed by the institution except in accordance with this section.

(2) Subject to any other Act of Parliament, personal information under the control of a government institution may be disclosed

. . .

(*m*) for any purpose where, in the opinion of the head of the institution,

(i) the public interest in disclosure clearly outweighs any invasion of privacy that could result from the disclosure, or

(ii) disclosure would clearly benefit the individual to whom the information relates.

. . .

access to personal information

Right of Access

12. (1) Subject to this Act, every individual who is a Canadian citizen or a permanent resident within the meaning of the *Immigration Act* has a right to and shall, on request, be given access to

(*a*) any personal information about the individual contained in a personal information bank; and

(*b*) any other personal information about the individual under the control of a government institution with respect to which the individual is able to provide sufficiently specific information on the location of the information as to render it reasonably retrievable by the government institution.

. . .

16. (1) Where the head of a government institution refuses to give access to any personal information requested under subsection 12(1), the head of the institution shall state in the notice given under paragraph 14(*a*)

(*a*) that the personal information does not exist, or

(*b*) the specific provision of this Act on which the refusal was based or the provision on which a refusal could reasonably be expected to be based if the information existed,

and shall state in the notice that the individual who made the request has a right to make a complaint to the Privacy Commissioner about the refusal.

(2) The head of a government institution may but is not required to indicate under subsection (1) whether personal information exists.

. . .

exemptions

Exempt Banks

18. (1) The Governor in Council may, by order, designate as exempt banks certain personal information banks that contain files all of which consist predominantly of personal information described in section 2l or 22.

(2) The head of a government institution may refuse to disclose any personal information requested under subsection 12(1) that is contained in a personal information bank designated as an exempt bank under subsection (1).

(3) An order made under subsection (1) shall specify

(*a*) the section on the basis of which the order is made; and

(*b*) where a personal information bank is designated that contains files that consist predominantly of personal information described in subparagraph 22(1)(*a*)(ii), the law concerned.

. . .

19. (1) Subject to subsection (2), the head of a government institution shall refuse to disclose any personal information requested under subsection 12(1) that was obtained in confidence from

(*a*) the government of a foreign state or an institution thereof;

(*b*) an international organization of states or an institution thereof;

(*c*) the government of a province or an institution thereof; or

(*d*) a municipal or regional government established by or pursuant to an Act of the legislature of a province or an institution of such a government.

(2) The head of a government institution may disclose any personal information requested under subsection 12(1) that was obtained from any government, organization or institution described in subsection (1) if the government, organization or institution from which the information was obtained

(*a*) consents to the disclosure; or

(*b*) makes the information public.

. . .

22. (1) The head of a government institution may refuse to disclose any personal information requested under subsection 12(1)

(*a*) that was obtained or prepared by any government institution, or part of any government institution, that is an investigative body specified in the regulations in the course of lawful investigations pertaining to

(i) the detection, prevention or suppression of crime,

(ii) the enforcement of any law of Canada or a province, or

(iii) activities suspected of constituting threats to the security of Canada within the meaning of the *Canadian Security Intelligence Service Act*,

if the information came into existence less than twenty years prior to the request;

(*b*) the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of any law of Canada or a province or the conduct of lawful investigations, including, without restricting the generality of the foregoing, any such information

(i) relating to the existence or nature of a particular investigation,

(ii) that would reveal the identity of a confidential source of information, or

(iii) that was obtained or prepared in the course of an investigation; or

. . .

(3) For the purposes of paragraph (1)(*b*), "investigation" means an investigation that

(*a*) pertains to the administration or enforcement of an Act of Parliament;

(*b*) is authorized by or pursuant to an Act of Parliament; or

(*c*) is within a class of investigations specified in the regulations.

. . .

26. The head of a government institution may refuse to disclose any personal information requested under subsection 12(1) about an individual other than the individual who made the request, and shall refuse to disclose such information where the disclosure is prohibited under section 8.

27. The head of a government institution may refuse to disclose any personal information requested under subsection 12(1) that is subject to solicitor-client privilege.

. . .

review by the federal court

41. Any individual who has been refused access to personal information requested under subsection 12(1) may, if a complaint has been made to the Privacy Commissioner in respect of the refusal, apply to the Court for a review of the matter within forty-five days after the time the results of an investigation of the complaint by the Privacy Commissioner are reported to the complainant under subsection 35(2) or within such further time as the Court may, either before or after the expiration of those forty-five days, fix or allow.

. . .

46. (1) In any proceedings before the Court arising from an application under section 41, 42 or 43, the Court shall take every reasonable precaution, including, when appropriate, receiving representations *ex parte* and conducting hearings *in camera*, to avoid the disclosure by the Court or any person of

(*a*) any information or other material that the head of a government institution would be authorized to refuse to disclose if it were requested under subsection 12(1) or contained in a record requested under the *Access to Information Act*; or

(*b*) any information as to whether personal information exists where the head of a government institution, in refusing to disclose the personal information under this Act, does not indicate whether it exists.

(2) The Court may disclose to the appropriate authority information relating to the commission of an offence

against any law of Canada or a province on the part of any officer or employee of a government institution, if in the opinion of the Court there is evidence thereof.

47. In any proceedings before the Court arising from an application under section 41, 42 or 43, the burden of establishing that the head of a government institution is authorized to refuse to disclose personal information requested under subsection 12(1) or that a file should be included in a personal information bank designated as an exempt bank under section 18 shall be on the government institution concerned.

48. Where the head of a government institution refuses to disclose personal information requested under subsection 12(1) on the basis of a provision of this Act not referred to in section 49, the Court shall, if it determines that the head of the institution is not authorized under this Act to refuse to disclose the personal information, order the head of the institution to disclose the personal information, subject to such conditions as the Court deems appropriate, to the individual who requested access thereto, or shall make such other order as the Court deems appropriate.

49. Where the head of a government institution refuses to disclose personal information requested under subsection 12(1) on the basis of section 20 or 21 or paragraph 22(1)(*b*) or (*c*) or 24(*a*), the Court shall, if it determines that the head of the institution did not have reasonable grounds on which to refuse to disclose the personal information, order the head of the institution to disclose the personal information, subject to such conditions as the Court deems appropriate, to the individual who requested access thereto, or shall make such other order as the Court deems appropriate.

[24]Before addressing the specific exemptions invoked by the authorities, we propose to dispose of a preliminary issue raised by the appellant in relation to each and every exemption, namely the burden of proof in such matters.

The burden of proving that the exemptions were properly claimed and applied

[25]Under section 47 of the Act, the burden is on the head of a government institution to establish that it is authorized to refuse to disclose the personal information requested. The appellant complains in the context of discretionary exemptions, that the Judge put the onus on him to show that the discretion was improperly exercised and, therefore that the exemptions were note properly applied. He relief upon the following passage at pages 370-371 of the Judge's decision to support his views:

. . . unless a ground for questioning the exercise of discretion is raised by the applicant, this Court, in examination of documents to review decisions to withhold information, relies upon the public officer, the head of the institution or his delegate, in meeting the public duty to exercise discretion properly. Of course, if the exercise of discretion appears on its face to be perverse the Court may find reason itself to question to exercise of discretion. Absent that or a ground raised by the applicant, the Court assumes the exercise of discretion is proper. To do otherwise, by placing on the respondents an initial burden to demonstrate that proper exercise in every case would result in an unmanageable process and would be inappropriate in this, as in any other, form of judicial review.

[26]There is no doubt that the appellant finds himself in an invidious, if not impossible, position if an evidentiary burden is put on him to question whether the head of the institution properly exercised its discretion in refusing to grant access to the personal information bank as requested. This is so for he has no knowledge whatsoever of the information contained in the bank which may relate to him, its nature, the circumstances and manner in which it was obtained, the time, place, or the sources from which it may have been gathered. The plight of the appellant is compounded when the institution flatly refuses to ever confirm or deny the existence of information concerning an applicant.

[27]Indeed, the appellant claims, and we agree, that he found himself in a situation analogous to a person seeking access to a sealed packet pursuant to a wiretap authorization prior to the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Garofoli*.[3] In order to obtain access, the accused had to establish fraud or non-disclosure of relevant information by the person who applied for the wiretap authorization. As Martin J.A. of the Ontario Court of Appeal stated in *R. v. Finlay and Grellette*:[4]

Counsel for the appellants stated that in consequence of the restriction placed on an accused's access to the sealed packet, the accused finds himself in an impossible situation. To ascertain whether there has been fraud or non-disclosure he requires access to the sealed packet, but he cannot gain access to the sealed packet unless he proves fraud or non-disclosure.

[28]Here, in the present instance, to ascertain whether there has been an improper exercise of discretion by the head of the government institution, the appellant requires access to the personal information and the court record, but he cannot gain access to that information and record unless he advances grounds for questioning the authorities' exercise of discretion.

[29]We are mindful of the fact that the Supreme Court drew a distinction in the case of *Michaud v. Quebec (Attorney General)*[5] between an accused and an interested non-accused party seeking access to a sealed packet in wiretap proceedings. In that case, Lamer C.J., writing for the majority, held that a non-accused person, unlike an accused whose constitutional right to a full answer and defence is in issue, has the burden of showing a good cause in order to gain access, that is to say that the person "must demonstrate more than a mere suspicion of police wrongdoing; he or she will normally be compelled to produce some evidence which suggests that the authorization was procured through fraud or wilful non-disclosure by the police".

[30]One would be tempted to find comfort in this decision, especially in view of the parallel drawn by the appellant, and conclude that, in the present instance, the learned Judge was right in presumptively assuming a valid exercise of discretion by the authorities and in putting on the appellant an evidentiary burden of advancing valid grounds for questioning such exercise. However, the situation is different in matters of access to confidential information since section 47 of the Act puts on the head of a government institution the burden of proving an exemption. We shall come back to the scope of this burden later on. Suffice it to say for the time being that, in our view, it encompasses both the burden of proving that the conditions of the exemptions are met and that the discretion conferred on the head of a government institution was properly exercised. Moreover, there are, in our view, so many necessary and fundamental differences between the appellant's situation and that of an interested non-accused party in wiretap proceedings that it would be an error to rely, in the present instance, upon the approach taken by the Supreme Court in that case.

[31]First, in wiretap proceedings, confidentiality is the rule, accessibility the exception. The rule is the opposite under the Act: accessibility is the rule, confidentiality the exception. While section 187 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 [as am. by S.C. 1993, c. 40, s. 7], states that all documents relating to an application shall be placed in a packet and shall not be opened except for some enumerated purposes, section 12 of the Act avers that every individual who is a Canadian citizen or a permanent resident has a right to and shall, on request, be given access to personal information except where a personal information bank is an exempt bank and where specific exemptions from disclosure are applicable.

[32]Second, the request to access the sealed packet in wiretap proceedings occurs only after an initial judicial screening. As a matter of fact, a judge has already concluded on the basis of the application and supporting affidavits that there are reasonable grounds to believe that a crime has been committed and that it is a proper case for the interception of a citizen's private communications. Moreover, the *Criminal Code* provides for additional safeguards. An authorization to invade a citizen's privacy can be sought only by the Attorney General, the

Solicitor General or specially designated agents from specially designated judges.[6] None of these safeguards exists under the Act and there is no prior screening of a government institution's decision to collect, retain and use personal information.

[33]Third, both the application for an authorization and the authorization itself are subject to stringent conditions relating to form and substance which, under judicial scrutiny, provide for protection against undue and unnecessary invasions of privacy.[7] No such *a priori* control exists under the Act and it is the government institution which exercises its discretion with respect to the collection, use and disclosure of personal information. Hence the need, in our view, on a subsequent judicial review, to carefully scrutinize the institution's exercise of discretion.

[34]Fourth, a citizen who has been the target of a lawful interception of his private communications is notified of that fact by written notice within 90 days after the period for which the authorization was given or renewed unless that period of time was validly varied.[8] Then, the citizen so informed can at least submit that he has reasonable grounds to believe that some of the stringent conditions applicable to the application for an authorization and to the authorization itself have not been met.

[35]This is what Mr. Michaud did in his case where he contended that he had reasonable grounds for believing that the application failed to disclose his status as a lawyer in violation of paragraph 185(1)(*e*) of the *Criminal Code*. He could also argue that the application was the result of internal improper administrative pressure or that he had reasonable grounds to believe that the authorization was not justified in the best interests of the administration of justice as required by paragraph 186(1)(*e*) [as am. by S.C. 1993, c. 40, s. 6] of the *Criminal Code*. In other words, he knew that his privacy had been invaded by means of an interception of his private communications. He knew what the information thus gathered was about and he could invoke the safeguards provided by the *Criminal Code* with a view to alleging a violation of those safeguards.

[36]This position is to be contrasted with that of the appellant in the present instance where he is not even being told, at least by CSIS and DEA, whether the banks to which access is sought contain personal information about him or not. Even if a person is informed that a bank does contain personal information about him or her, how can that person, who does not know what the information is, meet an evidential burden of questioning the exercise of discretion by the government authority who refuses access to it?

[37]The situation of the appellant or of a person in his position is further aggravated by the fact that the *a posteriori* judicial review before the Federal Court pursuant to section 41 of the Act, whose purpose is to review the discretion exercised by the authorities, may take the form of an *in camera* and *ex parte* hearing at which secret affidavit evidence can be filed by the head of the government institution. An applicant like the appellant does not and cannot know if that new evidence offered in support of a claim that the institution's discretion was properly exercised contains irrelevant considerations or fails to disclose relevant considerations which could have affected the exercise of discretion by the authorities.

[38]In our view, in these peculiar circumstances--where accessibility to personal information is the rule and confidentiality the exception, where an applicant has no knowledge of the personal information withheld, no access to the record before the court and no adequate means of verifying how the discretion to refuse disclosure was exercised by the authorities, and where section 47 of the Act clearly puts on the head of a government institution the burden of establishing that it was authorized to refuse to disclose the personal information requested and, therefore, that it properly exercised its discretion in respect of a specific exemption it invoked--an applicant cannot be made to assume an evidential burden of proof. As this Court said in *Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.)*[9] in relation to closely related legislation, the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, which contains a provision similar, if not identical,[10] to section 47 of the Act:

This section places the onus of proving an exemption squarely upon the government institution which claims that exemption.

The general rule is disclosure, the exception is exemption and the onus of proving the entitlement to the benefit of the exception rests upon those who claim it.

[39]It is the Court's function on an application for review under section 41 of the Act to ensure that the discretion given to the administrative authorities "has been exercised within proper limits and on proper principles."[11] This is why the reviewing Court is given access to the material in issue by section 45 of the Act. In our view, an applicant who, pursuant to section 41 of the Act, applies for judicial review of an institution's refusal to disclose the personal information requested, by definition, questions the validity of the exercise of discretion by that institution and nothing more is required from him or her. In such circumstances, this is the best an applicant can do. This is the most an applicant should be held to.

[40]We now propose to examine the appellant's requests to have access to the various banks and the specific exemptions invoked by the authorities.

The specific exemptions claimed by the RCMP with respect to bank 005

[41]As previously mentioned, only one document remains in issue in bank 005. The RCMP alleged that the information was exempt from disclosure under subparagraph 22(1)(*a*)(ii) and section 27 of the Act. Subparagraph 22(1)(*a*)(ii) is what is generally referred to as a law enforcement exemption whereby information obtained by an investigative body in the course of lawful investigations pertaining to the enforcement of any law of Canada or a province may be exempt from disclosure. Whatever may have been the merit of the respondent's claim in this respect, the issue has now become moot. Paragraph 22(1)(*a*)(ii) only permits the head of government institution to refuse to disclose any personal information requested under subsection 12(1) where information came into existence less than 20 years prior to the request. In the case at bar, 20 years or more have thus elapsed. Subparagraph 22(1)(*a*)(ii) is, therefore, no longer a valid ground for refusal to disclose.

[42]However, the respondent claims that the information is also protected by solicitor-client privilege and, accordingly, remains exempt from disclosure pursuant to section 27 of the Act.

[43]The appellant submits that the Judge erred in failing to put the onus of proof on the RCMP to show that it exercised, under section 27 of the Act, its discretion to decide whether to disclose the information. As the argument goes, it is not sufficient that the government classifies the information within the class of solicitor-client privileged documents, the RCMP must still exercise its discretion whether to disclose the document containing it because section 27 is merely discretionary.

[44]The learned Judge was satisfied that the refusal to disclose the document was based on section 27 of the Act and that the RCMP had exercised its discretion not to disclose. He also found that the information contained in the document was properly classified within section 27. We have reviewed the document in question and the context in which the refusal to disclose took place. We are satisfied that the learned Judge made no error in concluding as he did.

The specific exemptions claimed by the DEA with respect to bank 040

1. Exemption pursuant to subsection 16(2) of the Act

[45]The appellant challenged the DEA's policy of never disclosing whether personal information exists concerning an applicant in bank 040. He submits that this general policy is a refusal to exercise discretion on a

case-by-case basis and hence is a clear violation of subsection 16(2) of the Act. To put it differently, this policy of systematically refusing to confirm or deny the existence of personal information constitutes a fettering by the DEA of its discretion.

[46]Furthermore, the appellant contends that this policy of blanket refusal has the effect of *de facto* transforming bank 040 into an exempt bank without following the strict procedure established by section 18 for the creation of an exempt bank.

[47]The reviewing Judge was of the view that the discretion vested under subsection 16(2) could be exercised either on a case-by-case basis or systematically as a matter of policy.

[48]Before addressing the appellant's submissions, we believe it is worth recalling that bank 040 maintained by the DEA contains copies of requests received from authorized federal investigative bodies for personal information pursuant to paragraph 8(2)(*e*) of the Act.[12] These requests emanating from bodies like CSIS, the RCMP, the Department of National Revenue, the Canadian Forces Military Police, relate to investigations that are currently being conducted by the requesting agencies. The information in bank 040 is kept for a limited period of two years after completion of any request received by the DEA. At the end of the said period, the information is destroyed. In the present instance, the information was safeguarded because of the pending judicial proceedings.

[49]We agree with the respondent that the mere fact of revealing to an applicant that the bank contains information on him would reveal to that applicant that he is the subject of an investigation and, therefore, could jeopardize the conduct of sensitive on-going investigations. In addition, if the power conferred by subsection 16(2) to indicate whether personal information exists were to be exercised on a case-by-case basis, at times resulting in confirmation and at others in denial of the existence of information, it is not difficult to imagine that an individual or a group of individuals, in view of the nature of the bank itself, would be in a position to successfully extrapolate about the field, scope, length and intensity of active or related investigations.[13]

[50]Section 16, and particularly subsection 16(2), is cast in unusual and unnecessarily confusing terms. Although we have already reproduced it at the outset of these reasons, it would not hurt to reiterate its contents:

16. (1) Where the head of a government institution refuses to give access to any personal information requested under subsection 12(1), the head of the institution shall state in the notice given under paragraph 14(*a*)

(*a*) that the personal information does not exist, or

(*b*) the specific provision of this Act on which the refusal was based or the provision on which a refusal could reasonably be expected to be based if the information existed,

and shall state in the notice that the individual who made the request has a right to make a complaint to the Privacy Commissioner about the refusal.

(2) The head of a government institution may but is not required to indicate under subsection (1) whether personal information exists.

[51]The argument of the appellant that the use of the word "may" in subsection 16(2) calls for the exercise of discretion is not surprising. Indeed, it is a habitual and almost automatic reaction to infer a discretion from the inclusion of the word "may". However, for a number of reasons, we do not believe that subsection 16(2) is the kind of provision that contemplates either an exercise of discretion or a duty to exercise discretion on a case-by-case basis.

[52]Section 16 deals with the notice to be given to an applicant when access to the requested material is denied.

The head of a government institution is then imposed with one of three duties by subsection 16(1), but is given a choice among these three duties. Indeed, the institution head "shall" either:

(i) state that the information does not exist;

(ii) state that the information exists but is exempt by virtue of one or more specific provisions in the Act; or

(iii) state that if the information existed, it would be exempt under one or more specific provisions in the Act.

The first of these options, (i), is found in paragraph 16(1)(*a*), while the final two options, (ii) and (iii), are provided for in paragraph 16(1)(*b*), where they are joined together by an "or". The final option thus stands alone as one viable alternative open to the institution head.

[53]Examined more closely, the alternative granted in option (iii) already logically entails the authority to refuse to indicate whether or not requested information exists. The institution head must under both option (i) and option (ii) indicate whether or not information exists. Option (iii), in contrast, confers upon the institution head a power that is *sui generis* under the Act: neither an outright refusal of existing information nor disclosure. What the institution head is given is the power to speak hypothetically ("if we had information on you, it would be exempt under"). Option (iii) in paragraph 16(1)(*b*) itself gives the power to refuse to confirm existence of requested records. Subsection 16(2) is, in fact, no more than a confirmation of what was already logically implicit in paragraph 16(1)(*b*). To put it another way, subsection 16(2) does not add anything that was not already inherent in subsection 16(1): the government may indicate that information exists--by using options (i) or (ii)--or it may refuse to confirm whether information exists--by using option (iii). In our view, subsection 16(2) merely clarifies what is already expressed in subsection 16(1) and the use of the word "may" in subsection 16(2) merely reiterates that the option exists in subsection 16(1).

[54]It is true that the word "may" is often a signal that a margin of discretion is given to an administrative or judicial decision maker. The normal interpretation of this word occurring in a statutory provision is that there is an element of discretion.[14] In many circumstances, the use of the "may" certainly has this effect. However, the word should not be treated like a ritualistic talisman. As Driedger has pointed out, statutory "[w]ords, when read *by themselves* in the abstract can hardly be said to have meanings".[15]

[55]When read in context, "may" can sometimes have functions other than to confer discretion. It is well known that in some cases, "may" can be read as "must", thereby rebutting the presumptive rule that "may" is permissive stated in section 11 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21. That, however, is not all. Thorson J.A.[16] drew attention to the fact that the word "may" can sometimes be no more than a signal from the legislator that an official or tribunal is being empowered to do something:

In some contexts, of course, the word "may" is neither necessarily permissive nor necessarily imperative, but rather merely empowering. Its function is to empower some person or authority to do something which, otherwise, that person or authority would be without any power to do.

This construction of the word "may" has been reaffirmed in recent cases by the Saskatchewan and Ontario Courts of Appeal.[17]

[56]Two reasons indicate that we are, in the present instance, faced with one of those contexts where the word "may" is merely being used to denote an ability or power and not a discretion.

[57]First, the words "may but is not required" are used in a context where access to personal information is the rule, denial of access is an exception which needs to be stated. These words show Parliament's intent to confer

upon a government institution the power to refuse an applicant access to the very fact of the existence of personal information which otherwise it would be compelled to disclose if the enabling power were absent.

[58]Second, the French version of subsection 16(2) makes Parliament's intent even clearer as the word "may" has been dropped. It simply states that the head of a government institution is not required to indicate whether personal information exists. It makes it clear that the institution, notwithstanding the general obligation to disclose, is empowered not to indicate the existence of personal information. As the institution is under no obligation or duty to reveal the fact of the existence of personal information, it has the right or power not to reveal that fact.

[59]Rather than inviting the institution head to conduct a discretionary assessment in each case, the word "may" in subsection 16(2) confirms that the institution head is empowered to refuse access by exercising the option in paragraph 16(1)(*b*) of refusing to confirm existence of information. The confirmation that there is an authority to refuse to confirm existence of records need not imply the conferral of discretion.

[60]Moreover, even if we were to assume that the appellant is right in his contention that subsection 16(2) confers a discretion upon the head of a government institution, nothing in the wording or legislative purpose of that subsection requires that the discretion so given always or necessarily be exercised on a case-by-case basis.

[61]The universe of duties imposed on officials is not merely divided into two simple categories: discretionary and compulsory. L'Heureux-Dubé J. observed that it is inaccurate to speak of a rigid dichotomy of "discretionary" or "non-discretionary" decisions.[18] It is more accurate to recognize that not all grants of discretion are created equal. L'Heureux-Dubé J. went on to cite the following passage, from D. J. M. Brown & J. M. Evans, in *Judicial Review of Administrative Action in Canada*:[19]

The degree of discretion in a grant of power can range from one where the decision-maker is constrained only by the purposes and objects of the legislation, to one where it is so specific that there is almost no discretion involved. In between, of course, there may be any number of limitations placed on the decision-maker's freedom of choice, sometimes referred to as "structured" discretion.

[62]In some cases, at the far less "structured" end of the spectrum, discretion will be relatively unfettered by directives from the legislator as to the occasion and manner for exercising the conferred discretion. This may be so, for instance, when the word "may" appears unaccompanied by language like "in appropriate circumstances", or "upon showing just cause". It will then be mainly the objects of the enabling legislation that will guide the exercise of discretion.

[63]The question of whether an institution head, to whom the power to confirm existence of requested records is granted, is bound to use it upon each and every occasion must be solved "elsewhere" than from the mere presence of the word "may". What one must look to is the "purpose and text of the statute and the facts of the particular case". In *R. v. S.(S.)*,[20] Dickson C.J., writing for a unanimous Court and interpreting the word "may" in subsection 4(1) of the *Young Offenders Act* [S.C. 1980-81-82-83, c. 110], quoted with approval this dictum of Lord Selborne in *Julius v. Bishop of Oxford*:[21]

I agree . . . that the meaning of such words is the same, whether there is or is not a duty or obligation to use the power which they confer. They are potential, and never (in themselves) significant of any obligation. The question whether a Judge or a public officer, to whom a power is given by such words, is bound to use it upon any particular occasion, or in any particular manner, must be solved *aliunde* [from elsewhere, otherwise], and, in general, it is to be solved from the context, from the particular provisions, or from the general scope and objects, of the enactment conferring the power. [Emphasis added.]

[64]Although the House of Lords was interpreting the phrase "it shall be lawful" which it found to be permissive, Dickson C.J. found the dictum of assistance in interpreting the word "may".

[65]The factual context we are dealing with in the present instance is that of requests for personal information concerning lawful investigations. Given the nature of the bank in question, the mere revealing of the existence or non-existence of information is in itself an act of disclosure: a disclosure that the requesting party is or is not the subject of an investigation.

[66]In these factual circumstances, the particular nature and purpose of the Act and subsection 16(2) indicate that it was a reasonable exercise of discretion to adopt a general policy of never confirming the existence of information in the bank in question. Elsewhere in the Act, the government has been given a wide scope for protecting secrecy of law enforcement related banks where secrecy is deemed appropriate. By providing the option under subsection 16(2) of refusing to confirm or deny the existence of personal information, Parliament offered one more such mechanism, allowing government institutions the possibility of maintaining not just the content but also the existence of records confidential. In the cat-and-mouse games that spies and criminals play with law enforcement agencies, for the agency to feel bound to reveal information in certain circumstances could create opportunities for educated guesses as to the contents of information banks based on a pattern of responses. To adopt a generalized policy of always refusing to confirm the existence of personal information eliminates this threat.

[67]Given the particular context and legislative intent we are dealing with here, it seems appropriate that discretion not be exercised on a case-by-case basis in relation to the bank in question. While generally administrative decision makers should not fetter their discretion by adopting a general rule of always responding the same way to certain requests, this is one of those rare instances where the adoption of a general policy is itself a judicious exercise of discretion.

[68]Nor do we agree with the appellant's contention that the general policy in this case is a fettering of discretion. This is not a case where an authority fails to exercise discretion by categorically refusing to consider a certain kind of request and chooses instead always to "throw it into the waste paper basket without looking at it".[22] The guarantee that the institution head must do something more comes from the important supervisory role assigned to the Privacy Commissioner and the Federal Court. If information exists, the institution head of the DEA who wishes to follow the general policy of non-confirmation of existence of personal information will still have to find which exemptions would be applicable or risk being overturned by the Court.

[69]In this regard, we believe that the Act strikes the right balance between the government institution's duty to disclose and its power to refuse disclosure, including disclosure of the very existence of personal information. On the one hand, through the power conferred upon the authority by subsection 16(2), it ensures the integrity, efficiency and workability of the exemptions. On the other hand, it grants a citizen administrative and judicial review mechanisms whereby the validity and the legality of an institution's claim to exemptions is assessed.

[70]As a matter of fact, sections 29-36 [ss. 29 (as am. by S.C. 1992, c. 21, s. 37), 34 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 187)] of the Act give a citizen the right to complain to the Privacy Commissioner about the refusal by a government institution to give him or her access to the personal information requested. The Commissioner possesses wide powers of investigation supplemented with additional powers to effectively carry out any investigation, such as the powers to summon and enforce the appearance of witnesses, to enter premises and to examine and obtain copies of records. What is significant is that the Commissioner can have access to any bank and review the information therein, including an exempt bank so designated by the Governor in Council pursuant to section 18.

[71]In addition, pursuant to sections 41-51 of the Act, the Federal Court, at the request of a complainant or the

Commissioner with the consent of the complainant, may review the personal information requested and whether the exemptions were properly applied by the authorities. In the case of an exempt bank, section 43 gives the Commissioner the right to apply to the Court for a review of any file contained in such a bank.

[72]All this imposes an obligation on the institution head, when carrying out the general policy of not confirming or denying existence of personal information, to ensure that the information reviewed is examined and indeed meets the hypothetically claimed exemptions. The policy cannot be used to refuse disclosure of documents that satisfy no exemptions, for such a use of the policy would be quashed by the Court. Thus even under the policy, the institution head must still consider each request for access. There is no fettering of discretion but only a reasoned choice as to how to exercise the discretionary power of not having to confirm or deny the existence of records.

[73]The conclusion of all this is that subsection 16(2) cannot be read as creating a duty to consider whether each and every request should call forth a decision on whether to confirm or deny existence of requested information: the "may" in the provision, which has been omitted in the French version of the text, merely attests to the fact that the institution head is empowered to choose among the options in subsection 16(1). Alternatively, if the "may" is to be read as creating a duty to exercise discretion, that duty was, in our view, appropriately discharged in the circumstances.

[74]The second argument of the appellant that the approach taken by the DEA with respect to subsection 16(2) *de facto* creates an exempt bank is attractive on its face, but does not withstand closer scrutiny. Indeed, even with the systematic refusal to confirm or deny the existence of personal information in bank 040, the DEA must, pursuant to paragraph 16(1)(*b*), indicate the specific provision of the Act on which the refusal to disclose information could reasonably be based if the information existed and, we would add, if the existence of that information had been confirmed. There is no such requirement with an exempt bank which contains files which consist predominantly of personal information described in section 21 or 22 of the Act.

[75]Moreover, as the reviewing Judge pointed out at page 377 of his decision, the banks to which subsection 16(2) applies are not as limited as regards content as exempt banks are. They may contain personal information of any sort, not just those described in section 21 or 22.

[76]Finally, while judicial review of exempt banks can only be initiated by the Commissioner pursuant to section 43 of the Act, a complainant retains his right under section 41 to apply for judicial review with respect to any other bank than an exempt bank.

[77]In short, with or without a blanket application of subsection 16(2) to the banks collected pursuant to sections 4-6, such banks do not have the attributes of an exempt bank described in section 18 of the Act.

[78]To conclude, we find the arguments of the appellant with respect to subsection 16(2) to be without foundation.

2. Exemptions pursuant to paragraphs 22(1)(*a*) and (*b*)

[79]The appellant submits that the reviewing Judge misunderstood his role with respect to the law enforcement exemption invoked by the DEA pursuant to paragraph 22(1)(*a*). He contends that the Judge limited his review to assessing whether the documents fell within the class enumerated in that paragraph and failed to review the exercise of the DEA's discretion not to grant the requested access. He referred us to page 381 of the reviewing Judge's decision which reads:

In my opinion, since I have found that in each case the refusal to indicate whether the personal information

existed was authorized under the Act, the alternative grounds have little significance for the result of this review. Having examined the supplementary secret affidavits and information filed *ex parte* at the hearing, and having considered submissions of the applicant and the respondents, I am not persuaded that such information, if it existed, in the banks in question, as those banks are described in published indexes, would be inappropriately classed within the classes of exemption suggested as alternative explanations for refusal to disclose information.

[80]We believe that the Judge understood that the exercise by the DEA of its power under subsection 16(2) did not relieve him of his duty to review whether the exemptions pursuant to paragraphs 22(1)(*a*) and (*b*) were properly applied, although he appears to have seen in it little significance for the result of the review. As we have already mentioned, a refusal to indicate under subsection 16(2) the fact of the existence of personal information in a bank is not an absolute bar to releasing that information if, at the outset, it has not been properly exempted or the institution's discretion not to release has been improperly exercised.

[81]The final conclusion of the reviewing Judge on this issue of the specific exemptions as alternate grounds to subsection 16(2) is found at page 381 of his decision:

Thus, there is no basis on which this Court could find, pursuant to section 48, in relation to certain alternate grounds specified, that the refusal was not authorized, or pursuant to section 49, in relation to section 21 or paragraph 22(1)(*b*) as specified alternate grounds, that there were not reasonable grounds for the refusal. The alternate grounds specified, in the circumstances here, provide no basis for this Court to intervene in relation to the decisions of DEA and CSIS in regard to requests of the applicant for access to information in banks 040 and 010 respectively.

[82]It is implicit in the decision of the Judge that, in his review, he considered all the other specific exemptions invoked by the DEA with respect to bank 040, including paragraph 22(1)(*a*), although his reasons and conclusions on the issue at pages 380-381 of his decision make no specific mention of paragraph 22(1)(*a*). There would seem to be no doubt that he was satisfied that the material requested had been obtained or prepared in the course of a lawful investigation pertaining to law enforcement.

[83]In fairness to the reviewing Judge, there were many exemptions claimed by three federal authorities. He managed remarkably well to regroup them and avoid repetitions. His failure to mention paragraph 22(1)(*a*) is most likely an oversight. However, his conclusions as stated leave us with a lingering doubt as to whether he has in fact gone to the second step of reviewing the exercise of discretion by the DEA with respect to the paragraph 22(1)(*a*) exemption. In these circumstances and in view of the objectives of the Act, a paramount one being to provide access to a citizen to personal information held by the government, we believe a new review should be conducted with respect to the paragraph 22(1)(*a*) exemption.

[84]Turning to paragraph 22(1)(*b*), this provision authorizes an institution head to refuse access to the information requested where disclosure of such information could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of any law of Canada or a province or the lawful conduct of investigations. Basically, the appellant submits that the injury which justifies the application of the exemption is confined to injury to specific identified investigations. In his view, the learned Judge erred when he held that the exemption could be applied to instances where disclosure of the information could have a chilling effect on the investigative process generally.

[85]In his public affidavit strengthened by a secret affidavit filed *ex parte*, Mr. MacEwan who produced evidence for CSIS with respect to paragraph 22(1)(*b*) expressed fears of what he termed the "mosaic effect" whereby seemingly unrelated pieces of information could be compared with each other to develop a more comprehensive picture resulting in disclosure of active or inactive sources or methods of investigation. Counsel for the respondent strenuously endorse the broad interpretation given by the DEA to paragraph 22(1)(*b*) and accepted by the reviewing Judge, including the need in appropriate circumstances to refuse to disclose in order merely to

protect the investigative process.

[86]Shortly after the reviewing Judge issued his reasons, this Court in *Rubin v. Canada (Minister of Transport)*[23] rendered a decision interpreting a parallel if not identical provision found in paragraph 16(1)(*c*) of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1. Paragraph 16(1)(*c*) reads:

16. (1) The head of a government institution may refuse to disclose any record requested under this Act that contains

(*a*) information obtained or prepared by any government institution, or part of any government institution, that is an investigative body specified in the regulations in the course of lawful investigations pertaining to

(i) the detection, prevention or suppression of crime,

(ii) the enforcement of any law of Canada or a province, or

(iii) activities suspected of constituting threats to the security of Canada within the meaning of the *Canadian Security Intelligence Service Act*,

if the record came into existence less than twenty years prior to the request;

. . .

(*c*) information the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of any law of Canada or a province or the conduct of lawful investigations, including, without restricting the generality of the foregoing, any such information

(i) relating to the existence or nature of a particular investigation,

(ii) that would reveal the identity of a confidential source of information, or

(iii) that was obtained or prepared in the course of an investigation; or

We have also reproduced paragraph 16(1)(*a*) as it is identical to paragraph 22(1)(*a*) of our Act.

[87]The Court was well aware in *Rubin* of the impact that the scope of the interpretation given to paragraph 16(1)(*c*) would have on the construction of other exemptions contained in the *Access to Information Act*. It was also conscious of the fact that the interpretation of paragraph 16(1)(*c*) raised an issue which went to the meaning and entire interpretation of the said legislation.

[88]McDonald J.A., writing for a unanimous court, concluded that:[24]

(a) all exemptions to access must be limited and specific where two interpretations are open to the Court, the interpretation that infringes on the public's right to access the least must be chosen;

(b) the word conduct in paragraph 16(1)(*c*) refers to something specific about the development or progress of a particular investigation. It does not refer to the general investigative process;

(c) one cannot refuse to disclose information under paragraph 16(1)(*c*) on the basis that to disclose would have a chilling effect on future investigations;

(d) it is possible to protect past information if there is a specified investigation in progress or about to be undertaken;

(e) the examples given in subparagraphs (i), (ii) and (iii) of 16(1)(*c*) do not limit the general nature of the words in 16(1)(*c*), but they are illustrative of the type of information or situations that may be protected under that paragraph.

[89]In our respectful view, the Court gave convincing reasons for its conclusions that are relevant to this appeal. We need only refer to three of these reasons to illustrate the impact that an acceptance of the "mosaic effect" or of the chilling effect as part of paragraph 22(1)(*b*) would have on other exemptions contained in the Act.

[90]First, an extension of paragraph 22(1)(*b*) as proposed would make paragraph 22(1)(*a*) redundant since everything done in the course of a lawful investigation, as well as the information gathered as a result thereof, would now be incorporated by paragraph 22(1)(*b*). In addition, the 20-year limit applicable to the paragraph 22(1)(*a*) exemption would become meaningless as the information could now be kept forever pursuant to paragraph 22(1)(*b*) because of the chilling effect its disclosure could have on the investigative process or, as the Court put it in the *Rubin* case, on some future investigation. It is difficult to imagine that Parliament intended that very sensitive information relating to activities threatening the security of Canada be released after a 20-year period in accordance with paragraph 22(1)(*a*), but that, in the same breath, much less sensitive information be, under paragraph 22(1)(*b*), subject to no such limitation for fear of a chilling effect on the investigative process.

[91]Second, the third party information exception contained in section 19 of the Act would become unnecessary when the confidential information had been obtained from that third party in the course of an investigation. The non-disclosure of that information would now be governed by the broad principles applicable to paragraph 22(1)(*b*), thereby eliminating the possibility of release on consent of the third party.

[92]Third, none of the examples enumerated in subparagraphs (i), (ii) and (iii) of paragraph 22(1)(*b*) refer to the investigative process at large. Indeed, subparagraph (i) expressly refers to a particular investigation while subparagraph (iii) speaks of information obtained or prepared in the course of an investigation.

[93]As this Court pointed out in the *Rubin* case, Parliament or the government are not without effective remedy if they find that the interpretation of paragraph 22(1)(*b*) is unduly restrictive or falls short of what was intended. Either one can seek an amendment to the Act or the government can seek from the Governor in Council an order designating bank 040 of the DEA an exempt bank pursuant to section 18 of the Act.

[94]In view of the decision of this Court in the *Rubin* case previously cited, we think the reviewing Judge should not have extended the notion of injury in paragraph 22(1)(*b*) beyond injury to a specified investigation, either actual or to be undertaken. The provision does not authorize a refusal to disclose in cases where disclosure could have a chilling effect on the investigative process in general.

[95]At this point, we think it would be useful to summarize our findings with respect to the exemptions claimed by the DEA in relation to bank 040.

[96]Subsection 16(2) of the Act empowers the head of a government institution to refuse access to requested documents by exercising the option in paragraph 16(1)(*b*) of refusing to confirm existence of information. If the use of the word "may" in subsection 16(2) goes beyond empowering and is intended to confer a discretion upon the head of a government institution, such discretion does not have to be always or necessarily exercised on a case-by-case basis. Adopting a general policy of never confirming or denying the existence of information is, with respect to bank 040, the particular nature and purpose of the Act and the factual circumstances of this case, a judicious exercise of discretion. Moreover, it does not have the effect of *de facto* creating an exempt bank. However, the head of a government institution who invokes subsection 16(2) must still proceed to justify a refusal to grant access to the information requested by making reference to specific exemptions.

[97]A new review of the material denied should be conducted with respect to the law enforcement exemption (paragraph 22(1)(*a*)) to determine whether the DEA properly exercised its discretion in refusing access to the appellant.

[98]Paragraph 22(1)(*b*) of the Act does not authorize a refusal to disclose simply because disclosure could have a chilling effect on the investigative process in general. The notion of injury in paragraph 22(1)(*b*) does not extend beyond injury to a specified investigation, either actual or to be undertaken. A new review of the material denied should be conducted accordingly.

The specific exemptions claimed by CSIS with respect to banks 010 and 015

1. Exemption pursuant to paragraph 22(1)(*b*)

[99]As did DEA, CSIS argued the theory of a "chilling effect" on the investigative process in general with respect to the scope of the injury under paragraph 22(1)(*b*). In view of our conclusion that the paragraph 22(1)(*b*) exemption was not correctly applied, the information in banks 010 and 015 should be reviewed anew with a view to identifying which information, if any, is not covered by that exemption. Unless otherwise protected by another exemption, that information should then be released pursuant to section 49 of the Act, subject to such conditions or order as the Court deems appropriate.

[100]Furthermore, the reviewing Judge concluded at page 386 of his decision that "the Court cannot substitute its views for that of CSIS, or the Solicitor General, about the assessment of the reasonable expectation of probable injury". We would add, however, that it is very much part of the Court's role under section 49 to determine the reasonableness of the grounds on which disclosure was refused by CSIS. That being the case, the reviewing Judge, in our view, should have scrutinized more closely whether the release of information that is over 20 years old could reasonably be expected to be injurious to specific efforts at law enforcement and detection of hostile activities, and, therefore, whether CSIS had a reasonable ground to refuse to disclose.

2. Exemption pursuant to section 19

[101]Section 19 is a qualified mandatory exemption: the head of a government institution must refuse to disclose personal information obtained in confidence from another government or an international organization of states unless that government or institution consents to disclosure or makes the information public. This is generally referred to as the third party exemption.

[102]The appellant contended in vain before the reviewing Judge that a proper application of section 19 requires that the authority who invokes the exemption must seek the consent of the third party to disclosure before denying access to an applicant. The learned Judge, at page 382 of his decision, rejected this submission on the basis that it "reverses the primary thrust of section 19, that is, that information in that classification not be disclosed".

[103]It is true that the primary thrust of the section 19 exemption is non-disclosure of the information but, as we already mentioned, it is not an absolute prohibition against disclosure. This exemption, like the others, has to be read in the overall context of the Act which favours access to the information held. Subsection 19(2) authorizes the head of a government institution to disclose the information where the third party consents.

[104]We agree with the appellant that the authority who claims the benefit of the exemption is the person who has to ensure that the third party is not consenting to disclosure. Fundamental and practical reasons dictate this conclusion.

[105]First, the applicant in this case does not even know if personal information exists as CSIS has refused to indicate that fact pursuant to subsection 16(2).

[106]Second, he, like any other applicant against whom section 19 is invoked, does not know who the third party is who provided the information.

[107]Third, even if he were told who this third party is, he would not necessarily know where to address his request for consent.

[108]Fourth and foremost, he does not know the contents of the information and what it relates to. Therefore, he is not in a position to provide to the third party all the relevant details that are necessary to both meaningfully identify the issues at stake and seek the consent of that third party.

[109]Fifth, it is unfair in these conditions to place upon an applicant an almost impossible burden to meet. For all practical purposes, the possibility of obtaining a consensual release of the information becomes so remote as to be non-existent. Consequently, section 19 would constitute an absolute and unchallengeable exemption.

[110]In our view, a request by an applicant to the head of a government institution to have access to personal information about him includes a request to the head of that government institution to make reasonable efforts to seek the consent of the third party who provided the information. In so concluding, we want to make it clear that we are only addressing the question of onus and that we are in no way determining the methods or means by which consent of the third party can be sought. Political and practical considerations pertaining, among others, to the nature and volume of the information may make it impractical to seek consent on a case-by-case basis and lead to the establishment of protocols which respect the spirit and the letter of the Act and the exemption.

[111]In short, we believe that the respondent's claim under section 19 of the Act to a valid exemption from disclosure of the personal information requested by the appellant in banks 010 and 015 should be reviewed in accordance with our interpretation of subsection 19(2). This means that the reviewing Judge ought to ensure that CSIS has made reasonable efforts to seek the consent of the third party who provided the requested information. If need be, a reasonable period of time should be given by the reviewing Judge to CSIS to comply with the consent requirement of paragraph 19(2)(*a*).

3. Exemption pursuant to section 26

[112]While the section 19 exemption refers to personal information received from third parties, the section 26 exemption addresses the issue of personal information about third parties. It must be read in conjunction with section 8 of the Act. As a matter of fact, section 26 stipulates that a government institution may disclose personal information concerning a third party, but that it shall refuse to disclose it if the requirements set out in section 8 are satisfied. Section 8 states that, without the consent of the person to whom the information applies, disclosure is only permissible in the circumstances therein enumerated.

[113]We note in passing a practical difficulty of implementation of section 26 as a result of the consent requirement of the third party embodied in section 8. First, it is not clear as to who has the onus of seeking the consent of that third party for the release of the information. Not unlike the situation under the section 19 exemption, the applicant who requests access to information about himself is not likely to know or to be told, at least in some if not many cases, who is the third party mentioned in that information because the government institution would then reveal the very fact that it also possesses information on that third party. On the other hand, if the burden is on the government institution to seek the consent of the third party, the government would, in cases where it keeps information on that third party, reveal that fact to that third party while its policy would have been to refuse to confirm or deny the very fact of the existence of such information pursuant to subsection 16(2) if the third party had made a request for access.

[114]The appellant submits that when reviewing the section 26 exemption, the Judge ought to have determined, pursuant to paragraph 8(2)(*m*), whether the public interest in disclosure of a third party's personal information clearly outweighed any invasion of the privacy of that person that could result from the disclosure. The appellant contends that a balancing of the two interests in subparagraph 8(2)(*m*)(i) favours disclosure because the

information at issue may be very old and its disclosure would permit public scrutiny of the behaviour of CSIS and the Security Service of the RCMP.

[115]The finding of the reviewing Judge on this issue is found at pages 382-383 of his decision and reads as follows:

I agree with counsel for the respondents that section 26 also sets a mandatory exemption, unless the information concerning another individual may be released in the circumstances provided by subsection 8(2) of the Act. For the applicant, it is submitted that a proper exercise of discretion to release information about another individual requires the head of the institution concerned to consider paragraph (*m*) of subsection 8(2) and to form an opinion whether the public interest in disclosure clearly outweighs any invasion of privacy that could result from disclosure. Again, in my opinion, this submission ignores the emphasis of section 8 as a whole, that is, not to disclose information about other persons to one who makes a request under the Act, unless there be an exceptional ground as set out by subsection 8(2). I am not persuaded that every reference to another individual must be considered in relation to paragraph (*m*) of that provision before the head of the institution refuses to disclose it.

[116]We agree with the reviewing Judge that the emphasis of section 8 is against disclosure of the information relating to third parties. However, as the Judge recognized, there are exceptions to this non-disclosure principle.

[117]The Judge's conclusion on the scope of the section 26 exemption can be read in two ways. According to one, the Judge appears to have been of the view that the section 26 exemption could be relied upon simply by asserting that the primary thrust of section 8 is non-disclosure, so that none of the enumerated exceptions in subsection 8(2) have to be considered. This, in our view, would be an error because it would mean that section 8 in practice turns section 26 into a bar against disclosure in every circumstance. It would amount to giving license to the head of a government institution to ignore the express words of section 26, which dictate that such an official has no discretion to disclose if section 8 applies: the official "may" refuse to disclose third party information, but "shall" refuse disclosure if the information is protected by section 8. Clearly, Parliament intended that the head of a government institution consider and apply section 8 in some manner when using the section 26 exemption.

[118]What remains to be determined, however, is what must the head of a government institution do to sufficiently take section 8 into consideration? One possible suggestion can be found in the other way of interpreting what the Judge said, particularly the last sentence of the excerpt: the Judge recognized the need to determine whether any of the subsection 8(2) exceptions applied, but believed that a balancing of public interest against invasion of privacy could be effected generally and did not have to be done in respect of each one of the third parties mentioned in the information.

[119]We are inclined to agree with the reviewing Judge that the balancing in subparagraph 8(2)(*m*)(i) does not have to be done in reference to every piece of information concerning every party to whom the information relates. Some kind of weighing of public interest must take place, but the manner in which to conduct the weighing of interests is within the discretion of the head of the government institution. In the minority opinion in *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*,[25] discussing an issue not addressed by the majority, La Forest J. spoke of the kind of discretion conferred by subparagraph 8(2)(*m*)(i):

That section . . . states that personal information may be disclosed where, in the opinion of the head of the institution, the public interest in disclosure clearly outweighs the invasion of privacy that could result. It is difficult to imagine statutory language setting out a broader discretion. [Emphasis in the original.]

[120]While La Forest J. specified that the discretion under paragraph 8(2)(*m*) is very broad, he did not address the

issue of whether or not the head of the institution must in each case perform a balancing test under sections 26 and 8. This was because in *Dagg* the applicant specifically requested the Minister to take public interest into consideration and the Minister was found to have done so.[26]

[121]More guidance can be found in *Kelly v. Canada (Solicitor General)*,[27] where Strayer J. discussed the general approach to be taken with respect to discretionary exemptions under the Act. He stated, at page 58:

The second type of decision is purely discretionary. In my view, in reviewing such a decision, the court should not itself attempt to exercise the discretion de novo but should look at the document in question and the surrounding circumstances and simply consider whether the discretion appears to have been exercised in good faith and for some reason which is rationally connected to the purpose for which the discretion was granted.

This directs the reviewing court to look to the purpose for which discretion was granted under section 26 and subparagraph 8(2)(*m*)(i). Section 26 clearly was meant to protect third parties from having confidential information revealed about them. In that provision, discretion is conferred upon the head of a government institution in order that he or she use judgment in balancing third party privacy interests with the requesting party's access rights. Subparagraph 8(2)(*m*)(i) was enacted in order that a similar discretionary balance be maintained between the public interest in disclosure and the right to privacy.

[122]The purpose for which discretion was granted under subparagraph 8(2)(*m*)(i) illuminates how that discretion may be sensibly and responsibly exercised. The purpose of the grant of the discretion involves protection of the interest of the citizens of Canada in privacy. It should be noted, however, that the right to privacy may be understood in a specific or general way. If understood very specifically, it is the privacy of the individuals named in the requested records that the institution head would be required to consider in each and every case involving sections 26 and 8. A broader understanding of privacy, drawing inspiration from the very general wording of subparagraph 8(2)(*m*)(i) ("any invasion of privacy" / "*une éventuelle violation de la vie privée*") would suggest that the institution head may on some occasions understand protection of privacy as a broadly conceived policy goal, without reference to particular individuals. As was stated by Muldoon J. in *Bland v. Canada (National Capital Commission)*:[28]

. . . it is clear that one must, at least notionally, quantify what might be called "the privacy interest" in order that "the public interest in disclosure" and it [i.e. the privacy interest] may be weighed against each other. This is an intellectual exercise *par excellence*, which subparagraph 8(2)(*m*)(i) exacts . . . of the heads of government institutions . . . .

This confirms that the privacy interest in subparagraph 8(2)(*m*)(i) is capable of varying degrees of abstraction. Sometimes the comparison of a general category like the public interest with the interest in privacy will require that the latter be conceived in general terms.

[123]The two ways of conceiving privacy create some flexibility in the manner of exercising discretion under subparagraph 8(2)(*m*)(i). Generally, the most obvious way for the institution head to exercise his or her discretion will be by inquiring into the impact of disclosure upon the privacy of those individual third parties specifically named in the requested information. At other times, it might be appropriate to deal with the privacy interest at a more abstract level so as to weigh it against the public's interest in disclosure. The latter approach may at times be an equally valid exercise of the broad discretion conferred upon the head of a government institution. The extent to which the privacy interest ought to be considered in a more or less specific form will depend largely on the facts surrounding each request.

[124]Having said all this, however, we confess that we are unable to ascertain from the decision of the reviewing Judge whether in fact CSIS conducted any kind of discretionary balancing of public interest and privacy. In other

words, it is unclear whether CSIS took any consideration of subparagraph 8(2)(*m*)(i) when it refused to disclose information relating to third parties and whether, therefore, it properly applied the exemption it claimed pursuant to section 26 of the Act. Nor are we able to determine whether the reviewing Judge was satisfied that the exception had been considered by CSIS, or that he considered it himself.

[125]In these circumstances, there should be a new review of the personal information requested in banks 010 and 015 for the purpose of determining whether the exemption in section 26 of the Act has been properly applied by CSIS.

Whether the reviewing Judge fettered his discretion to receive *ex parte* representations pursuant to section 46

[126]Section 46 of the Act authorizes a reviewing judge to receive *ex parte* representations and hold *in camera* hearings when the claims for exemptions are based on provisions other than paragraph 19(1)(*a*) or (*b*) or section 21. However, both *ex parte* representations and *in camera* hearings are mandatory when paragraph 19(1)(*a*) or (*b*) or section 21 claims are made.

[127]In the present instance, only written *ex parte* representations in the form of supplementary secret affidavits were filed pursuant to section 46 in relation to the refusals to disclose by the RCMP, the DEA and CSIS. The appellant avers that the reviewing Judge, in violation of section 46, ruled that such representations are necessary in every review. He contends that the Judge, in so doing, fettered his discretion.

[128]With respect, we do not think this is what the reviewing Judge concluded. Because of the Court's duty to look into whether the refusal to disclose is justified, he was of the view that it is sound practice for the Court to receive *ex parte* submissions in proceedings which contest such refusal. Such evidence assists the Judge in his review and helps to ensure that confidential or secret information is not disclosed to the public or the applicant when an exemption from disclosure is justified. As it appears from his decision, the reviewing Judge was of the opinion that *ex parte* submissions are an effective compromise solution which makes sense generally. The fact that this solution makes sense generally, in our view, does not mean that he fettered or improperly exercised his discretion to accept such evidence in this particular instance. We would dismiss this ground of appeal.

Whether the Judge erred in refusing to admit the expert evidence of Mr. Copeland

[129]At the hearing on the constitutional validity of section 51 of the Act, the appellant sought to introduce as expert evidence the affidavit of Mr. Paul Copeland, a former law firm partner of the appellant and also an applicant under the Act with respect to personal information relating to himself.

[130]The learned Judge recognized that Mr. Copeland was an expert in privacy matters but refused his affidavit on three grounds: it was marginally relevant, the evidence it contained was not necessary and Mr. Copeland was not an independent expert in view of his former association with the applicant and in view of the fact that he was pursuing his own access proceedings.[29]

[131]We have reviewed Mr. Copeland's public affidavit. We have come to the conclusion that it meets the criteria set down by the Supreme Court of Canada in *R. v. Mohan*[30] and that it should have been admitted for the purpose of the judicial review.

[132]There is no doubt that the affidavit satisfies both the logical and legal relevancy test in that its value outweighs its impact on the process, i.e. its prejudicial effect. In order to satisfy the necessity test, the expert opinion must be necessary "in the sense that it provide information `which is likely to be outside the experience and knowledge of a judge or jury'".[31] The affiant asserts on the basis of his expertise some facts relating to information that is likely to be outside the knowledge of a reviewing judge.

[133]First, the affiant swears that the affidavit of Mr. MacEwan is in nature and form quite similar to all the affidavits that he has seen tendered in national security matters. He qualifies the affidavit as a "boiler plate" affidavit.

[134]Second, based on his experience, special knowledge and expertise, he expresses serious doubts that one could conclude that there exists a reasonable expectation of injury in view of the fact that the material to which access is sought is more than 20 years old.

[135]Third, he also doubts that the protection of sources, if necessary, cannot be assured otherwise than by a refusal to disclose, since such protection has been achieved in search warrant matters by a mere editing process.

[136]Fourth, he draws the attention of the reviewing Judge to the fact that there is a tendency in public administrations to unduly and unnecessarily over classify information in order to prevent government embarrassment. This controversial fact is not one that a judge could take judicial notice of.

[137]Finally, the Copeland affidavit should not have been excluded on account of a possible bias of the affiant. Such factor goes to the credibility of the evidence, not its admissibility.[32]

[138]We do not think that admitting the affidavit of Mr. Copeland bears any impact or significance on the issue of the constitutional validity of section 51 of the Act or its validation under section 1 of the Charter. Indeed, all the parties asked that the constitutional issue not be remitted for reconsideration simply because of the failure to admit it. However, we believe it should have been considered in assessing whether the exemptions were properly claimed and applied by CSIS and the DEA.

[139]Counsel for the respondent requested that she be authorized to cross-examine Mr. Copeland should his affidavit be ruled admissible. We hesitated in view of the fact that the appellant's initial request for access to personal information held by the government goes as far back as March 1988. However, we have come to the conclusion that the respondent's request should be granted, but that the right to cross-examination, if it is to be exercised should be exercised diligently.

The constitutional issue

[140]The appellant asserts that certain provisions of the Act are unconstitutional under paragraph 2(*b*), sections 7 and 8 of the Charter. Specifically, it is alleged that paragraph 51(2)(*a*) and subsection 51(3) of the Act infringe the right to freedom of the press under paragraph 2(*b*) of the Charter and the right of persons not to be deprived of their security except in accordance with the principles of fundamental justice under section 7 of the latter. Correlatively, the appellant submits that the provisions of the Act are not saved by section 1 of the Charter. Section 8 of the Charter is invoked in conjunction with section 7 and not as a separate ground of challenge.

[141]For purposes of deciding the constitutional issue, the scheme of the Act is as follows. Section 41 of the legislation provides that any person who has been refused access to his or her personal information, and who has complained to the Privacy Commissioner with respect to that refusal, may seek judicial review of the continuing refusal. An application commenced under section 41 is to be heard in a summary fashion by any judge of the Federal Court--Trial Division. That judge is required to take every reasonable precaution to avoid disclosing information which eventually may be found to have been validly withheld. In pursuit of this objective, subsection 46(1) empowers the reviewing judge to exercise a discretion as to whether *ex parte* representations and *in camera* hearings are necessary to avoid accidental disclosure of personal information. However, in certain instances the Act mandates *ex parte* and *in camera* proceedings which must be brought before certain "designated" judges of the Trial Division of this Court. These designated judges have the responsibility of handling cases involving national security matters under the control of CSIS.

[142]Paragraph 51(2)(*a*) and subsection 51(3) of the Act are two provisions that reflect this greater concern for secrecy. Together, they direct that, upon a denial of access to personal information on the basis of paragraph 19(1)(*a*) or (*b*), or section 21 of that Act and a subsequent challenge to that denial, a designated Federal Court judge is to hold an *in camera* hearing and to accept *ex parte* submissions from the head of the government institution denying access. Paragraph 19(1)(*a*) provides that the head of a government institution shall refuse to disclose any personal information that was obtained in confidence from the government of a foreign state or an institution of that foreign state. Paragraph 19(1)(*b*) extends that restriction to information obtained in confidence from an international organization of states or an institution thereof. Section 21 is a discretionary provision that permits the head of a government institution to refuse to disclose any personal information on the grounds that to do so would threaten national security. Specifically, it provides that disclosure of personal information may be refused if such disclosure could reasonably be expected to be injurious to the conduct of international affairs, the defence of Canada or the efforts of Canada toward detecting, preventing or suppressing subversive or hostile activities. (The definitions of such allied states or hostile activities are found in section 15 of the *Access to Information Act*.) For ease of reference, we will refer to information withheld pursuant to section 19 as "foreign confidences" and information withheld pursuant to section 21 as information relating to "national security". The relevant provisions of the Act read as follows:

19. (1) Subject to subsection (2), the head of a government institution shall refuse to disclose any personal information requested under subsection 12(1) that was obtained in confidence from

(*a*) the government of a foreign state or an institution thereof;

(*b*) an international organization of states or an institution thereof;

. . .

21. The head of a government institution may refuse to disclose any personal information requested under subsection 12(1) the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the conduct of international affairs, the defence of Canada or any state allied or associated with Canada, as defined in subsection 15(2) of the *Access to Information Act*, or the efforts of Canada toward detecting, preventing or suppressing subversive or hostile activities, as defined in subsection 15(2) of the *Access to Information Act*, including, without restricting the generality of the foregoing, any such information listed in paragraphs 15(1)(*a*) to (*i*) of the *Access to Information Act*.

. . .

41. Any individual who has been refused access to personal information requested under subsection 12(1) may, if a complaint has been made to the Privacy Commissioner in respect of the refusal, apply to the Court for a review of the matter within forty-five days after the time the results of an investigation of the complaint by the Privacy Commissioner are reported to the complainant under subsection 35(2) or within such further time as the Court may, either before or after the expiration of those forty-five days, fix or allow.

. . .

46. (1) In any proceedings before the Court arising from an application under section 41, 42 or 43, the Court shall take every reasonable precaution, including, when appropriate, receiving representations *ex parte* and conducting hearings *in camera*, to avoid the disclosure by the Court or any person of

(*a*) any information or other material that the head of a government institution would be authorized to refuse to disclose if it were requested under subsection 12(1) or contained in a record requested under the *Access to Information Act*; or

(*b*) any information as to whether personal information exists where the head of a government institution, in refusing to disclose the personal information under this Act, does not indicate whether it exists.

. . .

51. (1) Any application under section 41 or 42 relating to personal information that the head of a government institution has refused to disclose by reason of paragraph 19(1)(*a*) or (*b*) or section 21, and any application under section 43 in respect of a file contained in a personal information bank designated as an exempt bank under section 18 to contain files all of which consist predominantly of personal information described in section 21, shall be heard and determined by the Associate Chief Justice of the Federal Court or by such other judge of the Court as the Associate Chief Justice may designate to hear the applications.

(2) An application referred to in subsection (1) or an appeal brought in respect of such application shall

(*a*) be heard *in camera*; and

(*b*) on the request of the head of the government institution concerned, be heard and determined in the National Capital Region described in the schedule to the *National Capital Act*.

(3) During the hearing of an application referred to in subsection (1) or an appeal brought in respect of such application, the head of the government institution concerned shall, on the request of the head of the institution, be given the opportunity to make representations *ex parte*.

[143]Of the three institutions targeted by the appellant's access requests, only CSIS refused to disclose personal information pertaining to the appellant on the basis of sections 19 and 21 of the Act. Consequently, the constitutional challenges to the provisions of section 51 only arise in the context of CSIS's refusal to provide access to personal information contained within two information "banks". (The application for judicial review of that decision is contained within file T-638-91 (A-873-97).)

[144]It will be recalled that the appellant requested access to bank 010 which relates to "sensitive" investigations being conducted by CSIS. In response, CSIS refused to confirm or deny the existence of information in that bank relevant to the appellant's request as provided for under subsection 16(2) of the Act. CSIS added that if information did exist it was exempt from disclosure pursuant to sections 19, 21, 22 and 26 of the Act. It is CSIS's position that the investigations referred to in bank 010 would be jeopardized if individuals or organizations involved in those investigations were able to confirm CSIS's interest in them. The information contained in bank 015 is similar to that in bank 010, but is more dated and, consequently, is said to be less sensitive. Some of the information in bank 015 was released after intervention by the Privacy Commissioner. However, CSIS claimed an exemption for the balance of the information under sections 19, 21, and paragraphs 22(1)(*a*) and (*b*) of the Act.

[145]The central thrust of the appellant's argument is that the mandatory nature of section 51 of the Act is contrary to various provisions of the Charter. Unlike subsection 46(1) of the former which vests in the motions judge a discretion as to whether the proceedings should be *ex parte* or *in camera*, section 51 directs that a hearing into the refusal to disclose information by reason of paragraph 19(1)(*a*) or (*b*) or section 21 shall be *in camera* and that the head of the government institution concerned shall be given the opportunity to make representations *ex parte*. The Motions Judge [1996 CanLII 4052 (FC), [1996] 3 F.C. 134] found that paragraph 51(2)(*a*) and subsection 51(3) of the Act restrict the rights enshrined in paragraph 2(*b*) of the Charter but that the impugned provisions were saved under section 1 of the Charter. The respondent has not appealed against her finding that these provisions violate paragraph 2(*b*). On the issue of whether the subsections infringed a privacy right protected under section 7 or 8 of the Charter, she found that the subsections simply establish procedural rules for the review of a refusal to grant access to personal information and, as such, do not engage an individual's right to

privacy. We shall deal first with the paragraph 2(*b*) argument which was examined fully by the Motions Judge. In our respectful view, she did not err in deciding this issue against the appellant.

[146]As to the appellant's entitlement to raise paragraph 2(*b*) against the mandatory requirements for *in camera* and *ex parte* proceedings in section 51 of the Act, the Motions Judge observed that freedom of expression protects both listeners and readers. The appellant, therefore, was entitled to challenge the provision on the grounds that if the media cannot attend a hearing held pursuant to section 51, the appellant, as a member of the reading public, was practically denied the right to read about the hearing in the press. The Judge found that although there will be situations in which public disclosure of personal information could be destructive to the interests protected in paragraphs 19(1)(*a*) and (*b*) and section 21 of the Act, to provide peremptorily that such personal information must always be dealt with *in camera* and *ex parte* offends paragraph 2(*b*) of the Charter. She expressed the view that it is not appropriate to hold court in private unless, on a case-by-case basis, the Crown demonstrates to the satisfaction of a judge in the exercise of his or her discretion that *in camera* and/or *ex parte* proceedings are justified when weighed against the public interest in an open and accountable judicial system. She then addressed the question of whether the provisions in question were saved under section 1 of the Charter.

[147]She found that the restriction on paragraph 2(*b*) could be justified as a reasonable limit under section 1 of the Charter after applying the analytical framework set out in *The Queen v. Oakes*.[33] That framework imposes a burden on the Attorney General to establish that: (i) the legislation addresses a pressing and substantial objective; (ii) a rational connection between the legislative measure and the objective is present; (iii) the legislation impairs rights and freedoms as little as possible; and (iv) a proportionality exists between the salutary and deleterious effects of the legislation. The latter three are often enumerated together under the heading of "proportionality".

[148]With respect to the first criterion, she held that the affidavit evidence filed in respect of the operations of CSIS, the RCMP, the DEA was sufficient to establish that the section 51 subsections were designed to achieve the pressing and substantial objective of preserving Canada's present supply of intelligence information provided by foreign sources. She found that the evidence indicated that the objective of the section 51 provisions is to avoid the perception on the part of Canada's allies and information sources that an inadvertent disclosure of sensitive information might occur.

[149]She then found there is a rational connection between the impugned provisions and the objective, noting that it was self-evident that *in camera* proceedings with *ex parte* representations reduced the risk of an inadvertent disclosure of sensitive information.

[150]On the question of minimal impairment, she considered whether, from a practical perspective, there is another means to achieve the objective of preserving Canada's present supply of information provided by foreign sources which would intrude to a lesser extent on the right to freedom of the press. She dismissed the appellant's contention that it would be feasible to substitute for the section 51 procedure, a procedure comparable to that approved by the Supreme Court of Canada for the review of affidavits used to obtain wiretaps. Although such a procedure may be less intrusive, she found that it would be impractical in cases where the respondent refused to confirm or deny the existence of information and also in cases involving large numbers of documents or a small number of complicated documents. She then considered whether the access regimes in either Australia and the United States offered any viable, alternative procedures that could be used in place of section 51.

[151]The *Freedom of Information Act* in the United States [5 U.S.C. § 552 (1994)] provides that agencies are exempt from making public matters "specifically authorized under criteria established by an Executive order to be kept secret in the interest of national defence or foreign policy." An individual who objects to such classification of information and its consequent withholding may complain to a U.S. District Court. In determining whether the agency is improperly withholding information, the District Court "may examine the

contents of such agency records *in camera* to determine whether such records or any part thereof shall be withheld under any of the exemptions set forth" [emphasis added]. The burden is on the agency to convince the Court that the documents should be withheld. In determining whether the U.S. practice of granting courts discretion to determine, on a case-by-case basis, the need for *ex parte* and *in camera* hearings could be seamlessly adopted into Canada, the Motions Judge [at page 160] held that Canada's status as a "net importer [of information] with far fewer resources" gave it less room to manoeuvre when it came to instituting permissive review procedures to determine whether to release sensitive information to a private individual. She held that even a small change could jeopardize allied countries' perception of Canada's ability to keep secret sensitive information.

[152]In her recounting of the administrative review process for access denials in Australia, she noted that Australia's *Archives Act 1983* [No. 79, 1983] provides for mandatory *in camera* proceedings when exempt matters are at issue and discretion is given to hold *ex parte* proceedings and issue publication bans. She dismissed the possibility that this model could constitute minimal impairment on two grounds, the first being that the appellant did not suggest it, preferring instead to advance the wiretap affidavit review procedure as the only acceptable model for minimal impairment. Secondly, she considered proposed amendments to the Australian legislation that would operate to preclude any appeal of a decision of the Inspector General of Intelligence and Security to exempt foreign-derived material from disclosure. For those two reasons, she declined to find that the Australian practice represents a reasonable example of minimal impairment.

[153]Finally, with respect to minimal impairment, she considered the procedure used by Canada's Security Intelligence Review Committee (SIRC) pursuant to which SIRC is entitled to all CSIS information except Cabinet confidences. For the most part, the Protocol governing the release of third party information to SIRC does not contain any specific precautions to be taken: the exchange is guided by more of an "honour" system whereby SIRC agrees, for example, to observe any special precautions requested by CSIS, to treat any third party information with extreme care and to not disclose third party information to others, except with the previous authority of the third party from whom the information originated. She did not accept this system of disclosure as a viable alternative to the section 51 process largely because SIRC, as part of CSIS, accepts the importance of protecting third party information.

[154]On the issue of proportionality, she applied the test as restated by Lamer C.J. (as he then was) for the majority of the Court in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*[34] This formulation required a court to review: (i) the proportionality between the deleterious effects of the measures which are responsible for limiting the rights or freedoms in question and the objective, and (ii) the proportionality between the deleterious and salutary effects of the measures. This test has been revised subsequent to the release of her reasons for judgment. In *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*,[35] Bastarache J., writing for the majority, held that the weighing of legislative objectives against the legislation's deleterious effects is effectively accomplished at the rational connection and minimal impairment stages of the analysis. This leaves for consideration whether the salutary benefits of the legislation outweigh its deleterious effects.

[155]In her reasons, the Motions Judge relied on the affidavit of Professor John M. Fraser, a former member of the Canadian Foreign Service. Professor Fraser opined that any change which replaces the mandatory provisions of section 51 of the Act with discretionary protections would be noticed by our intelligence allies and seen as a "significant" though "small" diminution of our ability to protect sensitive information from inadvertent disclosure. While she acknowledged that this evidence was "speculative", she accepted that it was credible, well founded and, in the circumstances, the best evidence available. She concluded that, although hard to quantify, the salutary effects of the section 51 provisions were the preservation of the flow of intelligence information into Canada.

[156]Finally, she concluded that the deleterious effects of paragraph 51(2)(*a*) and subsection 51(3) of the Act are minimal. She based this finding on the view that, even if the mandatory provisions of section 51 were not available, it is virtually certain that if the respondent presented appropriate evidence that the sensitive information and related exemptions under review involved national security issues or foreign confidences, a judge, in the exercise of his or her discretion under subsection 46(1), would hear such matters *in camera* and, if asked, *ex parte*. We would also add that it would take very little evidence to convince a judge that such procedural safeguards are necessary in light of the type of information for which access is being sought.

[157]On appeal to this Court the principal argument advanced by the appellant is directed at the minimal impairment issue. The appellant maintains that mandatory *in camera* and *ex parte* proceedings deny an individual any meaningful information about why access to personal information has been refused. This informational void is said to make it impossible for an affected person to formulate intelligent submissions as to why the government acted improperly in denying access to the information sought.

[158]To redress this informational void, the appellant argues that the law must grant a "judicial discretion" to provide persons such as himself with a description of the withheld information sufficient to enable him to challenge the government's refusal to disclose it. It is argued that this can be accomplished by the use of judicial summaries, as is done in the wiretap context. The thrust of this argument is that the designated judge, using both the public and secret affidavit evidence, would create summaries of the secret evidence and make them available to the appellant. These summaries would make the appellant sufficiently aware of the nature of the withheld material so that he could challenge the government's withholding of personal information by evidence or argument. In our respectful view, this argument cannot succeed for three reasons. Two were advanced by the Motions Judge and are outlined above. The third deals with the appellant's proposed relief.

[159]We agree with the Motions Judge that the solution proposed by the appellant is impracticable in those cases where the respondent is entitled under subsection 16(2) of the Act to refuse to confirm or deny the existence of information and also in cases involving large numbers of documents or a small number of complicated documents. We also accept her observation that even if section 51 granted the judge a discretion, it is virtually certain that if the respondent presented appropriate evidence that the undisclosed information involved national security or foreign confidences the judge would exercise his or her discretion in favour of the Crown and hear the matter *in camera* and, if asked, *ex parte*. Moreover, the fact that the legislation limits the mandatory nature of section 51 to reviewing the non-disclosure of information described in sections 19 and 21 demonstrates that Parliament was acutely aware of the need to ensure as much openness as possible in the disclosure process. As stated earlier, the exceptions fall into a narrow subset and are, with all due respect, self-justifying.

[160]The third reason for rejecting the appellant's argument stems from the disharmony between the appellant's proposed solution, i.e. judicial summaries, and the alleged wrong, the mandatory nature of section 51. In our opinion, the remedy which the appellant seeks bears no relationship to the alleged Charter breach. This can be illustrated if one assumes that section 51 of the Act breached the right to free expression enshrined in paragraph 2(*b*) of the Charter and was not saved under section 1 of that legislation. In those circumstances, the logical constitutional remedy is to replace the mandatory wording of section 51 with a discretionary provision, i.e. by substituting the word "may" for the word "shall". The result would be that in any application to review the government's withholding of personal information on the basis of paragraph 19(1)(*a*) or (*b*) or section 21, a judge would have the discretion to hear the application *in camera* and/or accept *ex parte* representations from the government. Effectively, section 51 would be superseded by the general procedural provisions in section 46 and would only need to be invoked to require the application to be heard and determined in the National Capital Region.

[161]The appellant, however, maintains that such relief is insufficient. In addition, he seeks judicial summaries of

the contents of any confidential affidavit adduced by the Crown, at least to the extent that it is possible to do so without breaching the provisions of the Act. With respect, the relief sought bears no relationship to the alleged Charter breach.

[162]At present there is no statutory obligation on a judge to prepare a judicial summary of evidence contained within a confidential affidavit submitted by the respondent on an *ex parte* basis. For example, in the present case, the MacEwan affidavit would indicate whether information exists in information bank 015 for which exemptions are sought, would annex it and would correlate each item of information with the relevant exemption. As well, that affidavit would indicate whether information exists in bank 010. If it exists, the information would be annexed and the relevant exemptions and justifications set out. As the Motions Judge noted, the only difference between a review governed by section 51 and section 46 of the Act is that, in regard to the former, a confidential affidavit must be accepted and *ex parte* evidence must be received, as well as the review must be *in camera*. Under section 46, the reviewing judge exercises a discretion to exclude the public, accept a confidential affidavit or otherwise receive submissions *in camera* or *ex parte*. However, that section does not oblige the reviewing judge to provide summaries of information contained within confidential affidavits in cases where he or she exercises a discretion to accept such documents on an *in camera* and *ex parte* basis. In effect, the appellant is asking this Court to rewrite both sections 46 and 51 of the Act on the mistaken assumption that section 51 is unconstitutional. In summary, there is no correlation between the alleged constitutional breach and the remedy being sought by the appellant. In conclusion, we are of the respectful view that paragraph 51(2)(*a*) and subsection 51(3) of the Act infringe paragraph 2(*b*) of the Charter as found by the Motions Judge. However, we also agree that these provisions are saved under section 1 of the Charter. In any event, the affirmative set of procedures requested by the appellant as a way to open up the review process concerning the state's refusal to disclose personal information is not an appropriate remedy in this case.

[163]The Motions Judge restricted her section 1 analysis to the alleged infringement of paragraph 2(*b*) of the Charter. She did not consider how the saving provision might impact on the alleged breaches of sections 7 and 8, concluding as she did early on in her judgment that neither of these sections were engaged by the operation of section 51 of the Act. For the purposes of this decision, the parties agree that evidence adduced in relation to the alleged paragraph 2(*b*) violation of the Charter and the justification for this breach under section 1 can be used, if necessary, in the sections 7 and 8 analysis. Notwithstanding this concession, we do not find it necessary to consider section 1, finding as we do that there is no breach of section 7 and, by implication, section 8 of the Charter. We turn now to the appellant's argument as to whether the mandatory nature of section 51 of the Act violates sections 7 and 8 of the Charter.

[164]The appellant submits that the Motions Judge erred in holding that the impugned provisions of section 51 of the Act do not violate section 7 and by implication section 8 of the Charter. The appellant contends that the right to security of the person protected by section 7 includes the right to privacy in a biographical core of personal information to which an individual would wish to control access. This is said to include information which tends to reveal intimate details of lifestyle and individual personal choices. An individual's right to privacy over personal information does not end when that information is in the hands of government. Because privacy in relation to information involves the ability of persons to control the dissemination of information, they have a strong privacy interest in the dissemination and use to which government will put personal information. Moreover, it is argued that only by knowing what information the government has about an individual can that individual correct any inaccuracies and seek relief for information which may have been unlawfully gathered by the government. In that sense, the appellant submits that privacy and access to personal information in the hands of the government are two sides of the same coin. A refusal to grant access to personal information is said to infringe on an individual's security of the person just as the illegal collection of it does.

[165]The appellant focussed his arguments on the broader protections of section 7, taking the position that the

rights at issue are covered by both sections 7 and 8 of the Charter. Section 8 enshrines the right to privacy in the specific context of search and seizure. It is in the review of this protection against unreasonable search and seizure that much of the discussion of individual privacy rights in the jurisprudence of the Supreme Court has taken place. Section 8 of the Charter has been identified as having as its fundamental purpose the protection of individuals from unjustified state intrusions upon their privacy: *Hunter et al. v. Southam Inc.*[36] However, there is an emerging view that an individual's right to privacy is also enshrined in one's liberty interest set out in section 7. This is so because the protection of private life is considered to be at the heart of liberty in a democratic society. Indeed, the Supreme Court's constitutional privacy jurisprudence demonstrates that that Court views privacy as a personal right of the individual based on autonomy, dignity, liberty and security interests.[37]

[166]At present the law recognizes three distinct "zones" of privacy. The territorial zone refers to places such as one's home. Personal or corporeal privacy is concerned with the human body (body, image such as photographs, voice or name). Finally, a person can make a claim to informational privacy which shelters intimate details concerning matters such as health, sexual orientation, employment, social views, friendships and associations.[38]

[167]We accept the appellant's submission that in order for the right to informational privacy to have any substantive meaning it must be concerned with both the acquisition of personal information and its subsequent use. This is especially pertinent when the personal information may have been collected without the subject's express knowledge and the collector of this personal information is the state. While the necessity of the state to demand and collect specific kinds of personal information from each of its residents is undisputed, individuals do have a legitimate interest in knowing what personal information the state possesses about them. In short, persons want to be able to verify the accuracy of personal information and if possible that it was legally obtained. The *Access to Information Act* and the *Privacy Act* facilitate this individual right of access/privacy by the establishment of a regime by which an individual can seek and ideally obtain access to material containing personal information. Section 7 of the *Privacy Act* also instructs us that personal information can only be used for the purpose for which it was obtained. Thus, one has a legitimate concern with respect to ensuring that information has been properly collected and is being used for proper purposes. The improper use of personal information is bad enough. The improper use of inaccurate information only serves to compound the injustice.

[168]That being said, we are cognizant that the meaning and content of the constitutional guarantees of the Charter will vary according to the relevant context. In the realm of privacy rights, there are two operative barometers in assessing the extent of an individual's privacy right: one, the degree to which an individual's liberty or security is threatened by the state's intrusion into a person's private affairs and two, the extent of the individual's reasonable expectation of privacy. On the issue of reasonable expectation of privacy, the law recognizes that the ability to control the dissemination of personal information is an element of the right to privacy. Support for this view of the law is found in *R. v. Mills*,[39] where at paragraph 80 [page 722] McLachlin and Iacobucci JJ. observed:

This interest in being left alone by the state includes the ability to control the dissemination of confidential information. As La Forest J. stated in *R. v. Duarte*, 1990 CanLII 150 (SCC), [1990] 1 S.C.R. 30, at pp. 53-54:

> . . . it has long been recognized that this freedom not to be compelled to share our confidences with others is the very hallmark of a free society. Yates J., in *Millar v. Taylor* (1769), 4 Burr. 2303, 98 E.R. 201, states, at p. 2379 and p. 242:
>
> It is certain every man has a right to keep his own sentiments, if he pleases: he has certainly a right to judge whether he will make them public, or commit them only to the sight of his friends.

These privacy concerns are at their strongest where aspects of one's individual identity are at stake, such as in the context of information "about one's lifestyle, intimate relations or political or religious opinions": *Thomson*

Newspapers, supra, at p. 517, *per* La Forest J., cited with approval in *British Columbia Securities Commission v. Branch*, 1995 CanLII 142 (SCC), [1995] 2 S.C.R. 3, at para. 62.

[169]In a case such as this where an individual may not be fully aware of the information collected and retained by the government, the ability to control the dissemination of personal information is dependent on a corollary right of access, if only to verify the information's accuracy. In short, a reasonable expectation of access is a corollary to a reasonable expectation of privacy.

[170]In our opinion, the fact that the Act provides for the acquisition and accumulation of personal information and its dissemination, in circumstances where the person affected may be unable to test the truth of the information so acquired, may bring into issue the right of privacy recognized in the Supreme Court jurisprudence and the potential application of section 7 of the Charter. Thus, it remains to be decided whether paragraph 51(2)(*a*) and subsection 51(3) of the Act offend section 7 of the Charter. To do so two requirements must be met. First, it must be established that the mandatory nature of section 51 results in a deprivation of the appellant's liberty interest. Assuming that such a deprivation occurs, the second issue is whether that deprivation is contrary to the principles of fundamental justice which have both a procedural and substantive component.

[171]In our opinion, the mandatory provisions of section 51 of the Act dealing with *in camera* and *ex parte* proceedings do not engage the liberty interests envisaged by section 7 of the Charter. Like the Motions Judge, we find section 51 to be merely a procedural provision aimed at preventing the accidental disclosure of national security information or foreign confidences and is tied to a process which, at the end of the day, simply requires disclosure of all personal information to a judge for the purpose of assessing whether the exemptions being claimed by the head of a government institution are justified. By providing, in limited situations, that an *ex parte* and *in camera* hearing will be held with respect to a refusal to disclose, one cannot reasonably maintain that such a procedural safeguard "deprives" an applicant of his liberty interest.

[172]Section 51 of the Act is to be contrasted with sections 19 to 28 inclusive which either prohibit disclosure of personal information or grant a discretion to refuse disclosure of such, notwithstanding the general right of access provided for in section 12 of the Act. Arguably, those restrictive provisions do engage section 7 of the Charter in the sense that they constitute a deprivation of the right to control the dissemination of accurate and properly obtained information by the state. But even if section 7 were engaged by those provisions it would be necessary to show that the deprivation fails to accord with the principles of fundamental justice and, correlatively, whether the right of both the Privacy Commissioner and the Federal Court to review information in order to assess the validity of exemptions claimed by the head of a government institution accords with those unstated principles. For purposes of deciding this appeal, however, what is important to note is that the mandatory nature of section 51 in respect of *ex parte* and *in camera* proceedings does not detract from the right of access provided for under section 12 of the Act. By contrast, the collection, use and dissemination of personal information is what triggers the right to privacy and section 7 of the Charter. Section 51 is only a procedural provision for determining whether an exemption from disclosure has been validly claimed. The deprivation, if it exists, lies elsewhere in the Act. Those provisions, however, are not in issue.

[173]In conclusion, we are of the view that paragraph 51(2)(*a*) and subsection 51(3) of the Act do not engage section 7 of the Charter and, therefore, the appellant's constitutional challenge must fail.

[174]For these reasons, we would allow the appeal in part in file A-872-97 with costs in favour of the appellant against the Department of External Affairs. We would also allow the appeal with costs in file A-873-97.

[175]We would refer the matter back to the Trial Division for a new determination, in accordance with these reasons, of whether the exemptions claimed pursuant to section 19, paragraph 22(1)(*b*) and section 26 of the Act with respect to banks 010 and 015 were properly applied by CSIS, and whether the DEA properly applied with

respect to bank 040 the exemptions it claimed pursuant to paragraphs 22(1)(*a*) and (*b*) of the said Act.

[176]We would order that the affidavit of Mr. Paul Copeland and the transcript of his cross-examination, if any, be filed in evidence as is and that they be considered in assessing whether these exemptions were properly applied by CSIS and the DEA.

[177]We would dismiss the appeal without costs in file A-52-98.

Sexton J.A.: I agree.

[1] Being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].

[2] The index erroneously indicates that the letter was dated March 29, 1978 while it is dated March 28, 1978.

[3] 1990 CanLII 52 (SCC), [1990] 2 S.C.R. 1421.

[4] (1985), 1985 CanLII 117 (ON CA), 52 O.R. (2d) 632 (C.A.), at p. 661.

[5] 1996 CanLII 167 (SCC), [1996] 3 S.C.R. 3, at p. 39.

[6] *Criminal Code* , s. 185 [as am. by S.C. 1993, c. 40, s. 5; 1997, c. 18, s. 8; c. 23, s. 4].

[7] *Ibid.*

[8] *Ibid.*, s. 196 [as am. by S.C. 1993, c. 40, s. 14; 1997, c. 23, s. 7].

[9] 1988 CanLII 5656 (FCA), [1989] 1 F.C. 265 (C.A.), at p. 276. See also *Davidson v. Canada (Solicitor General)*, 1989 CanLII 5170 (FCA), [1989] 2 F.C. 341 (C.A.), at p. 349.

[10] S. 48 of the *Access to Information Act* reads: "In any proceedings before the Court arising from an application under sections 41 or 42, the burden of establishing that the head of a government institution is authorized to refuse to disclose a record requested under this Act or a part thereof shall be on the government institution concerned."

[11] *Rubin, supra*, note 9, at p. 276.

[12] See affidavit of E. R. Johnston, Appeal Book, at p. 149, paras. 6 and 7.

[13] See *Henrie v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, 1988 CanLII 5686 (FC), [1989] 2 F.C. 229 (T.D.), at pp. 242-243; affd by (1992), 1992 CanLII 8549 (FCA), 88 D.L.R. (4th) 575 (F.C.A.).

[14] *D. R. Fraser and Co., Ld. v. Minister of National Revenue*, 1948 CanLII 318 (UK JCPC), [1949] A.C. 24 (P.C.).

[15] E. A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1983), at p. 3.

[16] In *Falconbridge Nickel Mines Ltd. and Minister of Revenue for Ontario, Re* (1981), 1981 CanLII 1641 (ON CA), 121 D.L.R. (3d) 403 (Ont. C.A.), at p. 408.

[17] See also *Dergousoff v. Dergousoff*, 1999 CanLII 12250 (SK CA), [1999] 10 W.W.R. 633 (Sask. C.A.), at para. 46 [p. 648]; *Standard Trustco Ltd. (Trustee of) v. Standard Trust Co.* (1995), 1995 CanLII 3508 (ON CA), 26 O.R. (3d) 1 (C.A.), at p. 22; *Heare v. Insurance Corp. of British Columbia* (1986), 1986 CanLII 777 (BC SC), 32 D.L.R. (4th) 427 (B.C.S.C.), at p. 429; Driedger, *supra*, note 15, at pp. 13-14; and *Canadian Law Dictionary* "may: An auxiliary verb, which, depending on the context, denotes ability, competency, permission, discretion, and sometimes as equivalent to `shall' or `must'".

[18] ;*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1999 CanLII 699 (SCC), [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 54 [p. 854].

[19] Loose-leaf ed., Toronto, Canvasback, 1998, at p. 14-47.

[20] 1990 CanLII 65 (SCC), [1990] 2 S.C.R. 254, at pp. 274-275.

[21] (1880), 5 App. Cas. 214 (H.L.), at p. 235.

[22] *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (C.A.), at p. 1006.

[23] 1997 CanLII 6385 (FCA), [1998] 2 F.C. 430 (C.A.). See also *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Immigration & Refugee Board)* (1997), 1997 CanLII 5922 (FC), 4 Admin. L.R. (3d) 96 (F.C.T.D.), at p. 111, where the interpretation given to s. 16(1)(*c*) of the *Access to Information Act* was applied to s. 22(2)(*b*) of the *Privacy Act*.

[24] *Ibid.*, at pp. 444, 448, 449.

[25] 1997 CanLII 358 (SCC), [1997] 2 S.C.R. 403, at p. 456.

[26] *Ibid.*, at p. 458.

[27] (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 54 (F.C.T.D.); affd by (1993), 13 Admin. L.R. (2d) 304 (F.C.A.).

[28] [1991] 3 F.C. 325 (T.D.), at p. 341.

[29] See the Judge's ruling on the admissibility at pp. 1044-1045 of Vol. VI of the Common Appeal Book.

[30] 1994 CanLII 80 (SCC), [1994] 2 S.C.R. 9.

[31] *Ibid.*, at p. 423.

[32] ;*R. v. Marquard*, 1993 CanLII 37 (SCC), [1993] 4 S.C.R. 223, at p. 224; *R. v. Terceira* (1998), 1998 CanLII 2174 (ON CA), 38 O.R. (3d) 175 (C.A.), at pp. 190-194; *R. v. Buric* (1996), 1996 CanLII 1525 (ON CA), 28 O.R. (3d) 737 (C.A.); affd by 1997 CanLII 380 (SCC), [1997] 1 S.C.R. 535; McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed., loose-leaf. Aurora, Ont.: Canada Law Book, par. 37:20530.

[33] 1986 CanLII 46 (SCC), [1986] 1 S.C.R. 103.

[34] 1994 CanLII 39 (SCC), [1994] 3 S.C.R. 835.

[35] 1998 CanLII 829 (SCC), [1998] 1 S.C.R. 877.

[36] 1984 CanLII 33 (SCC), [1984] 2 S.C.R. 145.

[37] See *R. v. Dyment*, 1988 CanLII 10 (SCC), [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Beare; R. v. Higgins*, 1988 CanLII 126 (SCC), [1988] 2 S.C.R. 387; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, 1995 CanLII 115 (SCC), [1995] 1 S.C.R. 315; *R. v. O'Connor*, 1995 CanLII 51 (SCC), [1995] 4 S.C.R. 411.

[38] See generally La Forest J. in *R. v. Dyment*, 1988 CanLII 10 (SCC), [1988] 2 S.C.R. 417 and J. D. Craig, "Invasion of Privacy and Charter Values: The Common-Law Tort Awakens" (1997), 42 *McGill L.J.* 355.

[39] 1999 CanLII 637 (SCC), [1999] 3 S.C.R. 668.

By lexum for the law societies members of the Federation of Law Societies of Canada

Clayton Charles Ruby *Appellant*

v.

Solicitor General of Canada *Respondent*

and

Privacy Commissioner of Canada and Robert Lavigne *Interveners*

INDEXED AS: RUBY *v.* CANADA (SOLICITOR GENERAL)

Neutral citation: 2002 SCC 75.

File No.: 28029.

2002: April 24; 2002: November 21.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Security of the person — Right to privacy — Privacy Act providing for mandatory in camera hearing and ex parte representations where government denies applicant's request for access to personal information on grounds of national security or maintenance of foreign confidences — Whether provisions infringe s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 51(2)(a), (3).

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Privacy Act providing for mandatory in camera hearing and ex parte representations where government denies applicant's request for access to personal information on grounds of national security or maintenance of foreign confidences — Provisions infringing freedom of expression — Whether infringement constitutional — Canadian Charter of Rights and

Clayton Charles Ruby *Appelant*

c.

Solliciteur général du Canada *Intimé*

et

Commissaire à la protection de la vie privée du Canada et Robert Lavigne *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : RUBY *c.* CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL)

Référence neutre : 2002 CSC 75.

N^{o} du greffe : 28029.

2002 : 24 avril; 2002 : 21 novembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Sécurité de la personne — Droit à la vie privée — Dispositions de la Loi sur la protection des renseignements personnels pourvoyant impérativement à la tenue d'audiences à huis clos et à la présentation d'arguments en l'absence d'une partie lorsque, pour des motifs liés à la sécurité nationale ou à la protection de renseignements confidentiels de source étrangère, l'institution fédérale concernée refuse de communiquer les renseignements personnels demandés — Ces dispositions portent-elles atteinte aux droits garantis par l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 51(2), (3).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Dispositions de la Loi sur la protection des renseignements personnels pourvoyant impérativement à la tenue d'audiences à huis clos et à la présentation d'arguments en l'absence d'une partie lorsque, pour des motifs liés à la sécurité nationale ou à la protection de renseignements confidentiels de source étrangère, l'institution fédérale concernée refuse de communiquer

2002 SCC 75 (CanLII)

Freedoms, ss. 1, 2(b) — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 51(2)(a), (3).

Privacy — Access to personal information — Exemptions — Law enforcement and investigation — Whether exemption in s. 22(1)(b) of Privacy Act limited to current investigations — Whether notion of "injury" in s. 22(1)(b) to be extended to investigations in general — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 22(1)(b).

Privacy — Access to personal information — Review by Federal Court where access refused — Privacy Act providing for mandatory in camera hearing and ex parte representations where government denies applicant's request for access to personal information on grounds of national security or maintenance of foreign confidences — Whether provisions constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 7, 8 — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 51(2)(a), (3).

Costs — Supreme Court of Canada — Constitutional issues — Constitutional issues raised by appellant serious, important and novel in context of access to information litigation — Appropriate in this case to award costs of proceedings in Supreme Court and courts below to appellant even though appeal only allowed in part — Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 47.

Pursuant to s. 12(1)(*a*) of the *Privacy Act*, R made a request to be given access to personal information contained in an information bank maintained by the Canadian Security Intelligence Service ("CSIS"). CSIS would neither confirm nor deny the existence of the information but, if such information did exist, refused to disclose the information claiming the exemptions under ss. 19, 21, 22 and 26 of the Act. Section 19 provides that a government institution shall refuse to disclose personal information that was obtained in confidence from the government of a foreign state or an international

les renseignements personnels demandés — Dispositions portant atteinte à la liberté d'expression — Cette atteinte est-elle inconstitutionnelle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 51(2), (3).

Protection des renseignements personnels — Accès aux renseignements personnels — Exceptions — Enquêtes — L'exception prévue à l'art. 22(1)b) de la Loi sur la protection des renseignements personnels ne vise-t-elle que les enquêtes en cours? — La portée du terme « nuire » utilisé à l'art. 22(1)b) doit-elle être étendue aux enquêtes en général? — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 22(1)b).

Protection des renseignements personnels — Accès aux renseignements personnels — Recours en révision devant la Cour fédérale en cas de refus de communication — Dispositions de la Loi sur la protection des renseignements personnels pourvoyant impérativement à la tenue d'audiences à huis clos et à la présentation d'arguments en l'absence d'une partie lorsque, pour des motifs liés à la sécurité nationale ou à la protection de renseignements confidentiels de source étrangère, l'institution fédérale concernée refuse de communiquer les renseignements personnels demandés — Ces dispositions sont-elles constitutionnelles? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 7, 8 — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 51(2), (3).

Dépens — Cour suprême du Canada — Questions constitutionnelles — Questions constitutionnelles soulevées par l'appelant comportant un caractère sérieux, important et nouveau dans le contexte d'un litige en matière d'accès à l'information — Il convient en l'espèce d'accorder à l'appelant les dépens devant la Cour suprême et devant les juridictions inférieures même si l'appel est accueilli en partie seulement — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 47.

L'appelant, R, a demandé, en vertu de l'al. 12(1)*a*) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, la communication de renseignements personnels contenus dans un fichier tenu par le Service canadien du renseignement de sécurité (le « SCRS »). Le SCRS n'a pas confirmé ou nié l'existence des renseignements, mais a indiqué que, à supposer que de tels renseignements existent, il refusait de les communiquer, appuyant son refus sur les exceptions prévues aux art. 19, 21, 22 et 26 de la Loi. L'article 19 précise que l'institution fédérale concernée doit refuser la communication de

2002 SCC 75 (CanLII)

organization, unless that government or organization agrees to the disclosure. Under s. 21, a government institution may refuse to disclose any personal information if such disclosure can reasonably be expected to be injurious to the conduct of international affairs or the defence of Canada. R made a complaint to the Privacy Commissioner and, after the results of the Commissioner's investigation were reported, filed an application in the Federal Court, Trial Division for a review of CSIS's refusal under s. 41 of the Act. Prior to the review hearing, R challenged the constitutionality of s. 51(2)(*a*) and (3) of the Act on the grounds that they violated ss. 2(*b*), 7, and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Under the impugned provisions, where a government institution has claimed the "foreign confidences" or the "national security" exemption, it is mandatory for a reviewing court to hold the entire hearing of a judicial review application *in camera* (s. 51(2)(*a*)) and to accept *ex parte* submissions at the request of the government institution refusing disclosure (s. 51(3)). The motions judge ruled that s. 51(2)(*a*) and (3) infringed s. 2(*b*) of the *Charter* but that the infringement was justifiable under s. 1. She also ruled that the impugned provisions did not violate s. 7 of the *Charter*. The Federal Court of Appeal affirmed the decision. R appealed to this Court and the respondent cross-appealed on an issue of interpretation of s. 22(1)(*b*) of the Act.

Held: The appeal should be allowed in part. The cross-appeal should be allowed.

Sections 51(2)(*a*) and 51(3) of the *Privacy Act* do not violate s. 7 of the *Charter*. Assuming that R has suffered a deprivation of his liberty or security interest in this case, the s. 51(3) requirement that a court accept *ex parte* submissions on request of the government institution refusing to disclose information is not, in the context of this case, contrary to the principles of fundamental justice. As a general rule, a fair hearing must include an opportunity for the parties to know the opposing party's case so that they may address evidence prejudicial to their case and bring evidence to prove their position. This general rule, however, tolerates certain exceptions as some situations require a measure of secrecy. Fairness can be met through other procedural safeguards such as subsequent disclosure, judicial review and rights of appeal. Here, the

renseignements personnels qui ont été obtenus à titre confidentiel des gouvernements des États étrangers ou des organisations internationales, sauf si ceux-ci consentent à la communication ou rendent les renseignements publics. En vertu de l'art. 21, l'institution fédérale concernée peut refuser de communiquer des renseignements personnels dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la conduite des affaires internationales ou à la défense du Canada. R a porté plainte auprès du Commissaire à la protection de la vie privée et, après avoir pris connaissance des résultats de l'enquête de ce dernier, il a présenté à la Section de première instance de la Cour fédérale, en vertu de l'art. 41 de la Loi, une demande de révision de la décision du SCRS lui refusant la communication des renseignements sollicités. Avant l'audition de sa demande de révision, R a contesté, au regard des art. 7 et 8 et de l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la constitutionnalité des par. 51(2) et (3) de la Loi. Selon les dispositions contestées, lorsque l'institution fédérale concernée invoque l'exception relative aux « renseignements confidentiels de source étrangère » ou à la « sécurité nationale », le tribunal saisi du recours en révision est impérativement tenu d'entendre toute la demande à huis clos (par. 51(2)) et, sur demande en ce sens de l'institution fédérale qui refuse la communication des renseignements demandés, de permettre à celle-ci de présenter des arguments en l'absence d'une partie (par. 51(3)). Le juge des requêtes a conclu que les par. 51(2) et (3) de la Loi portaient atteinte au droit garanti par l'al. 2*b*) de la *Charte*, mais que cette atteinte était justifiée au regard de l'article premier. Le juge des requêtes a également conclu que les dispositions contestées ne violaient pas l'art. 7 de la *Charte*. La Cour d'appel fédérale a confirmé ces décisions. R se pourvoit devant notre Cour et l'intimé se pourvoit de façon incidente relativement à l'interprétation de l'al. 22(1)*b*) de la Loi.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli en partie. Le pourvoi incident est accueilli.

Les paragraphes 51(2) et (3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne violent pas l'art. 7 de la *Charte*. À supposer que R ait subi une privation de son droit à la liberté ou à la sécurité de sa personne, l'obligation qu'a le tribunal, aux termes du par. 51(3), d'entendre sur demande les arguments de l'institution fédérale concernée en l'absence de l'autre partie n'est pas, dans le contexte de la présente affaire, contraire aux principes de justice fondamentale. En règle générale, le droit d'une partie d'obtenir une audience équitable emporte celui de prendre connaissance de la preuve de la partie adverse afin de pouvoir répondre à tout élément préjudiciable à sa cause et apporter des éléments de preuve au soutien de celle-ci. Toutefois, cette règle générale souffre certaines exceptions permettant de tenir

2002 SCC 75 (CanLII)

s. 7 challenge is very narrow and relates only to the lack of discretion of the court to decide whether a government institution that refuses to disclose information should be allowed to make *ex parte* submissions. Within the context of a valid statutory scheme that permits the government to refuse to disclose information when there is a legitimate exemption or to confirm or deny the existence of information, it can only follow that the government must have the capacity to proceed *ex parte*. When a government institution claims the exemptions in ss. 19(1)(*a*) and (*b*) and 21, Parliament has seen fit, through the mandatory *ex parte* provision in s. 51(3), to assert the special sensitive nature of the information involved and has provided added protection and assurance against inadvertent disclosure. Only in these exceptional and limited circumstances will the procedural regime in s. 51 be activated. Recourse to the "national security" and "foreign confidences" exemptions is also subject to two independent levels of scrutiny: the Privacy Commissioner and the Federal Court. They both have access to the information that is being withheld in order to determine whether an exemption has been properly claimed. In enacting s. 51, Parliament attempted to balance the interests in accessing personal information held by government institutions with the state's significant and legitimate interest in national security and in maintaining foreign confidences. Given the statutory framework, the narrow basis of R's constitutional challenge and the significant and exceptional state and social interest in the protection of information involved, the mandatory *ex parte* and *in camera* provisions do not fall below the level of fairness required by s. 7 of the *Charter*. Lastly, a judicial summary of the evidence prepared by the reviewing court would not assist R for it could not provide any further detail without compromising the very integrity of the information. Indeed, the use of such a summary would increase the risk of inadvertent disclosure of the information or its source.

R's arguments presented under s. 8 of the *Charter* were entirely subsumed under s. 7 and need not be addressed independently.

compte de la confidentialité requise par certaines situations. L'équité peut être assurée par d'autres garanties procédurales telles que la communication subséquente de la preuve, le contrôle judiciaire et le droit d'appel. En l'espèce, la contestation fondée sur l'art. 7 a une portée très limitée et ne vise que l'absence de pouvoir discrétionnaire permettant au tribunal de décider si l'institution fédérale concernée devrait être autorisée à présenter des arguments en l'absence de l'autre partie. Vu l'existence d'un régime législatif valide autorisant l'État à refuser de communiquer des renseignements lorsqu'une exception légitime lui permet de le faire ou à refuser de confirmer ou de nier l'existence de renseignements, il s'ensuit nécessairement qu'il doit avoir la possibilité de présenter des arguments en l'absence de l'autre partie. Lorsque l'institution gouvernementale concernée invoque l'exception prévue à l'al. 19(1)*a*) ou *b*) ou à l'art. 21, le législateur a voulu, en établissant la procédure *ex parte* impérative prévue au par. 51(3), affirmer le caractère particulièrement délicat des renseignements en jeu et il a créé une garantie supplémentaire contre les risques de divulgation accidentelle. Ce n'est que dans ces circonstances exceptionnelles que s'applique le régime procédural établi par l'art. 51. Le bien-fondé des exceptions relatives aux « renseignements confidentiels de source étrangère » et à la « sécurité nationale » peut être contesté successivement devant deux juridictions indépendantes — le Commissaire à la protection de la vie privée et la Cour fédérale — qui ont accès aux renseignements dont la communication est refusée pour décider si l'exception est invoquée à bon droit. En édictant l'art. 51, le législateur a tenté de concilier le droit de l'appelant d'avoir accès aux renseignements personnels que détient à son sujet une institution fédérale et le droit important et légitime de l'État de veiller à la sécurité nationale et de protéger les renseignements de source étrangère obtenus à titre confidentiel. Vu le cadre législatif applicable, la portée restreinte de la question constitutionnelle soulevée par R et l'intérêt à la fois important et exceptionnel de l'État et de la société dans la protection des renseignements concernés, les dispositions impératives requérant la tenue d'audiences à huis clos et *ex parte* respectent l'obligation d'équité découlant de l'art. 7 de la *Charte*. Enfin, un résumé de la preuve préparé par le tribunal saisi du recours en révision ne serait pas utile à R, puisque le résumé ne pourrait donner de précisions supplémentaires sans compromettre l'intégrité même des renseignements. De fait, le recours à un tel résumé accroîtrait le risque de divulgation accidentelle des renseignements ou de leur provenance.

Les arguments invoqués par R sur le fondement de l'art. 8 de la *Charte* étant les mêmes que ceux fondés sur l'art. 7, il n'est pas nécessaire de les examiner séparément.

2002 SCC 75 (CanLII)

To the extent that the *in camera* provision in s. 51(2)(*a*) excludes both R and the public from the proceedings, it is clear that the provision violates s. 2(*b*) of the *Charter*. The provision cannot be saved by s. 1. While the protection of information which could reasonably be expected to be injurious to Canada's national security and the preservation of Canada's supply of intelligence information from foreign sources are pressing and substantial objectives, s. 51(2)(*a*) does not meet the proportionality test. The provision is rationally connected to the objective, as *in camera* hearings reduce the risk of an inadvertent disclosure of sensitive information, but it fails on the question of minimal impairment. Section 51(2)(*a*) mandates that the hearing be held *in camera* and does not limit the *in camera* requirement to only those parts of a hearing that involve the merits of an exemption. The requirement that the entire hearing of a s. 41 application or appeal therefrom be heard *in camera* is too stringent. The appropriate remedy is to read down s. 51(2)(*a*) so that it applies only to the *ex parte* submissions mandated by s. 51(3). A reviewing court retains the discretion, pursuant to s. 46, to conduct the remainder of the hearing or any portion thereof in public, or *in camera*, or *in camera* and *ex parte*.

The exemption in s. 22(1)(*b*) of the *Privacy Act* is not limited to current investigations or an identifiable prospective investigation. Since CSIS established a reasonable expectation of probable injury to investigations in general, it was justified in claiming the exemption based on s. 22(1)(*b*).

Cases Cited

Applied: *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, [2002] 2 S.C.R. 773, 2002 SCC 53; **referred to:** *Attorney General of Manitoba v. National Energy Board*, [1994] 2 F.C. 502; *Royal Bank v. W. Got & Associates Electric Ltd.*, [1994] 5 W.W.R. 337, aff'd [1997] 6 W.W.R. 715, aff'd [1999] 3 S.C.R. 408; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R 309; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation*

Dans la mesure où la disposition du par. 51(2) prescrivant le huis clos exclut à la fois R et le public, elle viole de toute évidence l'al. 2*b*) de la *Charte*. La validité de cette disposition ne peut être sauvegardée par l'article premier. Bien que la protection des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la sécurité nationale du Canada et la préservation des sources étrangères de renseignements du Canada soient des préoccupations urgentes et réelles, le par. 51(2) ne respecte pas le critère de la proportionnalité. Comme la tenue d'audiences à huis clos diminue le risque de divulgation accidentelle de renseignements délicats, il existe un lien rationnel entre la disposition et l'objectif qu'elle vise. Toutefois, la disposition ne résiste pas à l'analyse fondée sur l'atteinte minimale. Le paragraphe 51(2) exige le huis clos pendant toute l'audience et non pas seulement pendant l'audition des arguments relatifs au bien-fondé des exceptions invoquées. L'obligation exigeant que l'audition du recours en révision prévu à l'art. 41 et de tout appel s'y rapportant ait entièrement lieu à huis clos est trop rigoureuse. La réparation convenable consiste à donner une interprétation atténuante du par. 51(2), de façon qu'il ne s'applique qu'aux audiences *ex parte* prescrites par le par. 51(3). Le tribunal saisi d'un recours en révision dispose, aux termes de l'art. 46, du pouvoir discrétionnaire de poursuivre tout ou partie du reste de l'audition en audience publique, à huis clos ou encore à huis clos et en l'absence d'une partie.

L'exception prévue à l'al. 22(1)*b*) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne s'applique pas uniquement aux enquêtes déjà en cours ou prévues. Ayant établi que la divulgation des renseignements risquerait vraisemblablement de nuire à ses activités d'enquête en général, le SCRS était justifié d'invoquer l'exception prévue par l'al. 22(1)*b*).

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, [2002] 2 R.C.S. 773, 2002 CSC 53; **arrêts mentionnés :** *Procureur général du Manitoba c. Office national de l'énergie*, [1994] 2 C.F. 502; *Royal Bank c. W. Got & Associates Electric Ltd.*, [1994] 5 W.W.R. 337, conf. par [1997] 6 W.W.R. 715, conf. par [1999] 3 R.C.S. 408; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches,*

2002 SCC 75 (CanLII)

and Research, Restrictive Trade Practices Commission), [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Brown*, [2002] 2 S.C.R. 185, 2002 SCC 32; *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14; *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *Ternette v. Canada (Solicitor General)*, [1992] 2 F.C. 75; *Rubin v. Canada (Minister of Transport)*, [1998] 2 F.C. 430.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*b*), 7, 8.

Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, ss. 11, 12(1), 16(1), (2), 19-28, 19, 21, 22(1)(*a*), (*b*), (3), 26, 29 [am. 1992, c. 21, s. 37], 34(2), 41, 45, 46, 47, 49, 51, 52.

Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 47.

Authors Cited

Alberta Code of Professional Conduct. Calgary: Law Society of Alberta, 1995 (loose-leaf revised December 1999).

de Smith, Stanley A. *Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed. By Lord Woolf and Jeffrey Jowell. London: Sweet & Maxwell, 1995.

Jones, David Phillip. *Principles of Administrative Law*, 3rd ed. By D. P. Jones and Anne S. de Villars. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.

Wade, Sir William. *Administrative Law*, 8th ed. By Sir William Wade and Christopher Forsyth. New York: Oxford University Press, 2000.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [2000] 3 F.C. 589, 187 D.L.R. (4th) 675, 256 N.R. 278, 6 C.P.R. (4th) 289, [2000] F.C.J. No. 779 (QL), upholding the decisions of Simpson J. (1994), 22 C.R.R. (2d) 324, 80 F.T.R. 81, [1994] F.C.J. No. 789 (QL), and [1996] 3 F.C. 134, 113 F.T.R. 13, 136 D.L.R. (4th) 74, [1996] F.C.J. No. 748 (QL), affirming the constitutionality of s. 51 of the *Privacy Act*. Appeal allowed in part.

CROSS-APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [2000] 3 F.C. 589, 187 D.L.R. (4th) 675, 256 N.R. 278, 6 C.P.R. (4th) 289, [2000] F.C.J. No. 779 (QL), reversing the decision of MacKay J., [1998] 2 F.C. 351, 140 F.T.R. 42, 11 Admin. L.R. (3d) 132, [1997] F.C.J. No. 1750 (QL),

Commission sur les pratiques restrictives du commerce), [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Brown*, [2002] 2 R.C.S. 185, 2002 CSC 32; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Ternette c. Canada (Solliciteur général)*, [1992] 2 C.F. 75; *Rubin c. Canada (Ministre des Transports)*, [1998] 2 C.F. 430.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*b*), 7, 8.

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 47.

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 11, 12(1), 16(1), (2), 19-28, 19, 21, 22(1)*a*), *b*), (3), 26, 29 [mod. 1992, ch. 21, art. 37], 34(2), 41, 45, 46, 47, 49, 51, 52.

Doctrine citée

Alberta Code of Professional Conduct. Calgary : Law Society of Alberta, 1995 (loose-leaf revised December 1999).

de Smith, Stanley A. *Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed. By Lord Woolf and Jeffrey Jowell. London : Sweet & Maxwell, 1995.

Jones, David Phillip. *Principles of Administrative Law*, 3rd ed. By D. P. Jones and Anne S. de Villars. Scarborough, Ont. : Carswell, 1999.

Wade, Sir William. *Administrative Law*, 8th ed. By Sir William Wade and Christopher Forsyth. New York : Oxford University Press, 2000.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [2000] 3 C.F. 589, 187 D.L.R. (4th) 675, 256 N.R. 278, 6 C.P.R. (4th) 289, [2000] A.C.F. No. 779 (QL), qui a confirmé les décisions du juge Simpson (1994), 22 C.R.R. (2d) 324, 80 F.T.R. 81, [1994] A.C.F. No. 789 (QL), et [1996] 3 C.F. 134, 113 F.T.R. 13, 136 D.L.R. (4th) 74, [1996] A.C.F. No. 748 (QL), confirmant la constitutionnalité de l'art. 51 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Pourvoi accueilli en partie.

POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [2000] 3 C.F. 589, 187 D.L.R. (4th) 675, 256 N.R. 278, 6 C.P.R. (4th) 289, [2000] A.C.F. No. 779 (QL), qui a infirmé la décision du juge MacKay, [1998] 2 C.F. 351, 140 F.T.R. 42, 11 Admin. L.R. (3d) 132, [1997] A.C.F. No. 1750

2002 SCC 75 (CanLII)

regarding the interpretation of s. 22(1)(*b*) of the *Privacy Act*. Cross-appeal allowed.

Marlys A. Edwardh and *Breese Davies*, for the appellant.

Barbara A. McIsaac, *Q.C.*, *Gregorios S. Tzemenakis* and *Christopher Rupar*, for the respondent.

Dougald E. Brown and *Steven J. Welchner*, for the intervener the Privacy Commissioner of Canada.

Robert Lavigne, on his own behalf.

The judgment of the Court was delivered by

ARBOUR J. — This appeal involves a constitutional challenge to a procedural section of the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, that provides for mandatory *in camera* and *ex parte* proceedings where the government denies an applicant's request for access to personal information on the grounds of national security or the maintenance of foreign confidences. Specifically, the issue is whether ss. 51(2)(*a*) and 51(3) of the Act infringe or deny the appellant's rights and freedoms as guaranteed in ss. 2(*b*) and 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The constitutional challenge in this case is in fact very narrow. For the purposes of this appeal, the appellant does not challenge the right of a government institution to refuse to confirm or deny the existence of personal information. Nor does the appellant challenge the right of a government institution to refuse to disclose information on the basis of the exemptions enumerated in the Act. The appellant only attacks the procedural requirement under the Act that in certain narrow circumstances it is mandatory for a reviewing court to hold the entire hearing of a judicial review application *in camera* and to accept *ex parte* submissions at the request of the government institution refusing disclosure. To be clear, the appellant only challenges the

(QL), relative à l'interprétation de l'al. 22(1)*b*) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Pourvoi incident accueilli.

Marlys A. Edwardh et *Breese Davies*, pour l'appelant.

Barbara A. McIsaac, *c.r.*, *Gregorios S. Tzemenakis* et *Christopher Rupar*, pour l'intimé.

Dougald E. Brown et *Steven J. Welchner*, pour l'intervenant le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada.

Robert Lavigne, en son propre nom.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ARBOUR — L'appelant conteste la constitutionnalité d'une disposition procédurale impérative de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21, qui prévoit la tenue d'audiences à huis clos et en l'absence d'une partie lorsque, pour des motifs liés à la sécurité nationale ou à la protection de renseignements confidentiels de source étrangère, l'institution fédérale concernée refuse de communiquer les renseignements personnels demandés. Plus précisément, il s'agit de décider si les par. 51(2) et (3) de la Loi ont pour effet de violer ou nier les droits et libertés garantis à l'appelant par l'al. 2*b*) et l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. 1

La question constitutionnelle qui se pose en l'espèce a en fait une portée très limitée. Dans le présent pourvoi, l'appelant ne conteste pas le droit d'une institution fédérale de refuser de confirmer ou de nier l'existence de renseignements personnels, ni le droit d'une telle institution de refuser de communiquer des renseignements personnels sur le fondement des exceptions prévues par la Loi. Il attaque seulement l'exigence procédurale selon laquelle, dans certaines circonstances bien précises, le tribunal de révision doit impérativement entendre à huis clos toute la demande de contrôle judiciaire et, sur demande en ce sens de l'institution fédérale concernée, entendre certains arguments en l'absence de l'autre partie. En clair, il ne s'en prend qu'au caractère impératif de 2

2002 SCC 75 (CanLII)

mandatory nature of this provision and not the discretionary regime that applies for all other exemptions allowing a reviewing court to order a hearing *in camera* and accept *ex parte* submissions.

3 For reasons that I will expand upon below, I conclude that it is constitutional, within this statutory scheme, for the *Privacy Act* to require a reviewing court to accept submissions *ex parte* from the government institution refusing disclosure. However, the *in camera* requirement found in s. 51(2)(*a*) is overly broad. The provision must be read down to require only the *ex parte* submissions to be held *in camera*, with the reviewing court's retaining the discretion to order the hearing or portions thereof *in camera*.

I. Legislative Scheme

4 An understanding of the legislative framework of the *Privacy Act* is essential in order to understand this case. I have reproduced all the relevant provisions of the Act as an Appendix to these reasons. I will cite them as necessary in the course of my analysis.

5 First, a brief overview of the Act. Persons have a right to access personal information held about them by a government institution by virtue of s. 12 of the Act. A government institution may refuse to disclose personal information if able to claim one of the exemptions contained in ss. 19 through 28, inclusive. Section 19 is a mandatory exemption. A government institution shall refuse to disclose personal information requested under s. 12(1) that was obtained in confidence from the government of a foreign state or an international organization, unless that government or organization agrees to the disclosure or makes the information public. This exemption is commonly referred to as the "foreign confidences" exemption. Section 21 is a discretionary exemption. A government institution may refuse to disclose any personal information requested under s. 12(1) if such disclosure can reasonably be

la disposition, et non au régime discrétionnaire qui s'applique à toutes les autres exceptions autorisant le tribunal à ordonner la tenue de l'audience à huis clos et à entendre certains arguments en l'absence de l'autre partie.

Pour des raisons que je vais préciser plus loin, je conclus à la constitutionnalité, dans le présent cadre législatif, de la disposition de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* qui oblige le tribunal de révision à entendre les arguments de l'institution fédérale concernée en l'absence de l'autre partie. Toutefois, l'obligation de huis clos prévue par le par. 51(2) a une portée excessive. Cette disposition doit recevoir une interprétation atténuante, de façon que seuls les arguments présentés en l'absence de l'autre partie soient entendus à huit clos, le tribunal conservant le pouvoir discrétionnaire d'ordonner que le reste de l'audience se déroule en totalité ou en partie à huis clos.

I. Le régime législatif

Pour bien saisir la question que soulève le présent pourvoi, il est essentiel de connaître le cadre établi par la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. J'ai reproduit, dans une annexe jointe aux présents motifs, toutes les dispositions pertinentes de la Loi, que je vais citer au besoin dans le cours de mon analyse.

Faisons d'abord un survol de la Loi. L'article 12 de celle-ci confère à tout citoyen le droit de se faire communiquer les renseignements personnels qu'une institution fédérale détient à son sujet. L'institution fédérale concernée peut en refuser la communication si elle est en mesure d'invoquer l'une des exceptions prévues aux art. 19 à 28 inclusivement. L'exception établie à l'art. 19 a un caractère impératif. En effet, l'institution fédérale concernée doit refuser la communication de renseignements personnels qui ont été obtenus à titre confidentiel des gouvernements des États étrangers ou des organisations internationales, sauf si ceux-ci consentent à la communication ou rendent les renseignements publics. Il s'agit de l'exception relative aux « renseignements confidentiels de source étrangère ». L'exception prévue à l'art. 21 est de nature discrétionnaire. L'institution fédérale concernée peut

2002 SCC 75 (CanLII)

expected to be injurious to "the conduct of international affairs, the defence of Canada or any state allied or associated with Canada . . . or the efforts of Canada toward detecting, preventing or suppressing subversive or hostile activities". This exemption is commonly referred to as the "national security" exemption.

The Act provides for two levels of independent review when a government institution refuses a request for access to personal information: the Privacy Commissioner and the Federal Court of Canada. The Privacy Commissioner has broad powers to carry out investigations. Upon completing an investigation, if the Privacy Commissioner finds that the complaint is well-founded, the Commissioner may recommend that the information be disclosed. The Commissioner does not, however, have the power to compel disclosure. Where the Privacy Commissioner has completed an investigation and a government institution continues to refuse to disclose the personal information, the individual who has been refused access may apply to the Federal Court for judicial review of the refusal. Pursuant to s. 46(1), the reviewing judge must take every reasonable precaution to avoid the disclosure of information that, in the end, may be found to be appropriately withheld. Accordingly, s. 46(1) gives the reviewing judge the discretion to receive representations *ex parte* and to conduct hearings *in camera*.

Section 51 changes the discretionary regime of s. 46 to a mandatory one in circumstances where a government institution has claimed an exemption under s. 19(1)(*a*) or (*b*) or s. 21 (the "foreign confidences" and the "national security" exemptions). When an exemption has been claimed under these provisions, s. 51(2)(*a*) mandates that the Federal Court hear the judicial review application or an appeal therefrom *in camera*. Section 51(3) provides that on the request of the head of the government institution that has refused access to material on the basis of one of these provisions, the court must receive submissions from the government institution on an *ex parte* basis.

refuser de communiquer des renseignements personnels dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice « à la conduite des affaires internationales, à la défense du Canada ou d'États alliés ou associés avec le Canada [. . .] ou à ses efforts de détection, de prévention ou de répression d'activités hostiles ou subversives ». Il s'agit de l'exception relative à la « sécurité nationale ».

6 La Loi a établi deux paliers de révision indépendante auxquels l'intéressé peut s'adresser en cas de refus de l'institution fédérale concernée de communiquer les renseignements personnels demandés : le Commissaire à la protection de la vie privée (« Commissaire ») et la Cour fédérale du Canada. Le Commissaire est investi de vastes pouvoirs d'enquête. Lorsque, à l'issue d'une enquête, le Commissaire conclut au bien-fondé de la plainte, il peut recommander à l'institution fédérale de communiquer les renseignements demandés, mais non la contraindre à le faire. Lorsque le Commissaire a terminé son enquête et que l'institution fédérale maintient son refus de communiquer les renseignements personnels demandés, le plaignant peut demander la révision de cette décision à la Cour fédérale. Conformément au par. 46(1), le juge chargé de la révision prend alors toutes les précautions possibles pour éviter que ne soient divulgués des renseignements dont la communication pourrait en définitive avoir à juste titre été refusée. Ce paragraphe accorde donc au juge le pouvoir discrétionnaire d'entendre des arguments en l'absence d'une partie et de tenir des audiences à huis clos.

7 Sous l'effet de l'art. 51, le régime de nature discrétionnaire établi à l'art. 46 prend un caractère impératif dans les cas où l'institution fédérale concernée invoque l'exception prévue à l'al. 19(1)*a*) ou *b*) (« renseignements confidentiels de source étrangère ») ou à l'art. 21 (« sécurité nationale »). Dans un tel cas, le par. 51(2) oblige alors la Cour fédérale, en premier ressort ou en appel, à tenir l'audience à huis clos. Suivant le par. 51(3), si le responsable de l'institution fédérale concernée demande à présenter des arguments en l'absence d'une autre partie, la cour doit accéder à sa demande.

2002 SCC 75 (CanLII)

II. Facts

8 The analysis and outcome of this case do not turn on the facts. However, the facts are useful in order to understand the history of this particular litigation and also as an example of access to information litigation in general.

9 On March 22, 1988 the appellant, Clayton Ruby, requested access to personal information held in personal information bank SIS/P-PU-010 ("Bank 010") maintained by the Canadian Security Intelligence Service ("CSIS"). The request was made pursuant to s. 12(1)(*a*) of the Act. The request to CSIS was only one of a number of access to information requests made by the appellant to the Royal Canadian Mounted Police ("RCMP") and the Department of External Affairs. Only CSIS named ss. 19 and 21 as exemptions and therefore the constitutional challenge to s. 51 involves only the request to CSIS. In the original application the respondent filed an affidavit of Robert Ian MacEwan, Director General, Counter Terrorism, CSIS. In order to describe the information contained in Bank 010, the affidavit reproduced the Personal Information Index published in 1987 in accordance with s. 11 of the Act:

This bank contains information on individuals whose activities may, on reasonable grounds, be suspected of directly relating to espionage or sabotage that is against or is detrimental to the interests of Canada; or, activities directed toward or in support of such activity; foreign influenced activities within or relating to Canada that are detrimental to the interests of Canada, and are clandestine or deceptive, or involve a threat to any person; activities within or relating to Canada directed toward or in support of the threat or use of acts of serious violence against persons or property for the purpose of achieving a political objective within Canada or a foreign state; and, activities directed toward undermining by covert unlawful acts, or directed toward or intended ultimately to lead to the destruction or overthrow by violence of the constitutionally established system of government in Canada. This bank may also contain personal information that, in relation to the defence of Canada or to the conduct of the international affairs of Canada, pertains to the capabilities, intentions; or activities of any foreign state or group of foreign states; of any person other than a Canadian citizen or permanent resident; or, any corporation except

II. Les faits

Bien que l'issue du pourvoi et l'analyse requise ne soient pas tributaires des faits, ceux-ci permettent toutefois de comprendre l'origine du présent litige et d'illustrer le genre de différends auxquels donnent lieu les demandes d'accès à l'information en général.

Le 22 mars 1988, l'appelant, Clayton Ruby, a demandé la communication de renseignements personnels contenus dans le fichier SRS/P-PU-010 (le « fichier 010 ») du Service canadien du renseignement de sécurité (« SCRS »). Cette demande, présentée en vertu de l'al. 12(1)*a*) de la Loi, s'ajoutait à celles adressées à la Gendarmerie royale du Canada (« GRC ») et au ministère des Affaires étrangères. Le SCRS ayant été le seul organisme à invoquer les exceptions prévues aux art. 19 et 21, la contestation de la constitutionnalité de l'art. 51 ne vise que la demande présentée à cette institution. Dans le cadre de l'instance initiale, l'intimé a produit un affidavit établi par le directeur général de l'antiterrorisme au SCRS, Robert Ian MacEwan. Pour décrire le contenu du fichier 010, l'affidavit reproduisait l'extrait suivant du Répertoire de renseignements personnels publié en 1987 conformément à l'art. 11 de la Loi :

Ce fichier renferme des renseignements sur des [personnes] dont les activités peuvent être, suivant des motifs raisonnables, directement reliées à l'espionnage ou au sabotage visant le Canada ou préjudiciables à ses intérêts, ainsi que les activités tendant à favoriser ce genre d'espionnage ou de sabotage; les activités influencées par l'étranger qui touchent le Canada ou s'y déroulent et sont préjudiciables à ses intérêts et qui sont d'une nature clandestine ou trompeuse ou comportent des menaces de violence contre des personnes ou des biens dans le but d'atteindre un objectif politique au Canada ou dans un État étranger; les activités qui, par des actions cachées et illicites, visent à saper le régime de gouvernement constitutionnellement établi au Canada ou dont le but immédiat ou ultime est sa destruction ou son renversement, par la violence. Ce fichier peut également renfermer des renseignements personnels qui, en ce qui a trait à la défense du Canada ou à la conduite des affaires internationales du Canada, portent sur les ressources, les intentions ou les activités d'un État étranger ou d'un groupe d'États, de personnes qui ne sont ni citoyens canadiens ni résidents du Canada ou de sociétés, sauf celles qui sont

2002 SCC 75 (CanLII)

one incorporated pursuant to the laws of Canada or of any province. Information is also held in respect to CSIS providing advice relating to the *Citizenship* or *Immigration Acts*.

Although the appellant's access request was with respect to personal information contained in Bank 010, CSIS took the liberty of also searching personal information bank SIS/P-PU-015 ("Bank 015"). Bank 015 is described in the Personal Information Index published in 1987 as containing information similar in nature to that in Bank 010 but of a less current and less sensitive nature.

CSIS responded to the appellant's request by letter dated August 12, 1988. With respect to Bank 010 CSIS would neither confirm nor deny the existence of information but if such information did exist CSIS refused to disclose the information claiming the exemptions in ss. 19, 21, 22, and 26 of the Act. With respect to information in Bank 015, CSIS disclosed 41 pages, portions of which were excised and claimed as exempt under ss. 21 and 26. CSIS disclosed a further 71 pages from a different source, or portions therefrom, claiming exemptions under s. 21 of the Act for the excised portions.

The appellant filed a complaint with the federal Privacy Commissioner pursuant to s. 29 of the Act regarding the refusal of CSIS to disclose information in Banks 010 and 015. Subsequent to the complaint the appellant was informed by CSIS that two more documents containing personal information about him existed in Bank 015 but were being claimed as exempt pursuant to ss. 19, 21, 22(1)(*a*)(iii), 22(1)(*b*) and 26. CSIS later amended the exemption to s. 22(1)(*a*)(ii) as opposed to s. 22(1)(*a*)(iii). As a result of the investigations by the Privacy Commissioner, CSIS disclosed an additional four pages, portions of which were excised claiming exemptions under ss. 21 and 26 of the Act.

The Acting Privacy Commissioner conducted an investigation and concluded that CSIS's refusal to

constituées aux termes des lois du Canada ou d'une province canadienne. Le SCRS peut communiquer des renseignements qui serviront à préparer des évaluations de sécurité nationales ou étrangères ou lorsqu'il donne des conseils en vertu de la *Loi sur la citoyenneté* et de la *Loi sur l'immigration*.

10 Bien que la demande de l'appelant portât sur des renseignements personnels contenus dans le fichier 010, le SCRS s'est permis de consulter également le fichier SRS/P-PU-015 (le « fichier 015 »). Selon le Répertoire de renseignements personnels publié en 1987, le fichier 015 renferme des renseignements semblables à ceux du fichier 010, mais de nature moins courante et délicate.

11 Le SCRS a répondu à la demande de l'appelant dans une lettre datée du 12 août 1988. Relativement au fichier 010, le SCRS n'a pas confirmé ou nié l'existence de renseignements, mais il a indiqué que, à supposer que de tels renseignements existent, il refusait de les communiquer, appuyant son refus sur les exceptions prévues aux art. 19, 21, 22 et 26 de la Loi. En ce qui a trait au fichier 015, le SCRS a communiqué 41 pages dont certaines parties avaient été retranchées en vertu des exceptions prévues aux art. 21 et 26. Le SCRS a communiqué 71 autres pages provenant d'une autre source, après en avoir retranché certaines parties sur le fondement de l'art. 21 de la Loi.

12 En vertu de l'art. 29 de la Loi, l'appelant a déposé auprès du Commissaire une plainte concernant le refus du SCRS de lui communiquer des renseignements contenus dans les fichiers 010 et 015. Le SCRS a par la suite informé l'appelant que le fichier 015 renfermait deux autres documents contenant des renseignements personnels à son sujet, mais qu'on invoquait à leur égard les exceptions prévues aux art. 19, 21 et 26, au sous-al. 22(1)*a*)(iii) et à l'al. 22(1)*b*). Le SCRS a ultérieurement apporté une correction, invoquant le sous-al. 22(1)*a*)(ii) plutôt que le sous-al. 22(1)*a*)(iii). À l'issue de l'enquête du Commissaire, le SCRS a communiqué quatre pages supplémentaires, dont certaines parties avaient été retranchées en application des art. 21 et 26 de la Loi.

13 Au terme de son enquête, le Commissaire intérimaire a conclu que le refus du SCRS de confirmer

2002 SCC 75 (CanLII)

neither confirm or deny the existence of information in Bank 010 was within the requirements of s. 16(2) of the Act and thus the complaint in regard to this refusal was not well-founded. In regards to the exemptions claimed in respect of information held in Bank 015, the Privacy Commissioner concluded that, with the exception of two documents, the undisclosed material was properly exempted under the Act. The Privacy Commissioner asked the Solicitor General to disclose two documents but the request was refused. The Commissioner informed the appellant that this was the first case in which a Minister had refused to accept a recommendation that information be disclosed. The documents were subsequently disclosed, with portions excised, after the judicial review proceeding was initiated.

14 Three years after the original access request, the appellant filed an application in the Federal Court, Trial Division under s. 41 of the Act for a review of CSIS's refusal to disclose the information. Section 41 provides that where a person has requested access to information, has been denied, and has filed a complaint with the Privacy Commissioner, he or she may then apply to the Federal Court for a judicial review of the refusal.

15 CSIS released additional documents to the appellant in July 1992. CSIS disclosed 211 pages, portions of which were excised claiming exemptions under ss. 19, 21, 22(1)(*a*), 22(1)(*b*) and 26 of the Act. CSIS maintains its position of non-disclosure with respect to all documents contained in Bank 010 and the remainder of documents in Bank 015, including the excised portions therefrom, based on disclosure exemptions in ss. 19, 21, 22 and 26 of the Act.

16 Prior to the commencement of the judicial review hearing, the appellant filed notice of intent to challenge the s. 51 mandatory procedure provision under ss. 7, 8 and 2(*b*) of the *Charter*.

17 In the application, CSIS submitted a secret affidavit of an officer of CSIS, filed on order of the court.

ou de nier l'existence de renseignements dans le fichier 010 respectait les exigences du par. 16(2) de la Loi et que la plainte s'y rapportant n'était en conséquence pas fondée. Relativement aux exceptions prévues par la Loi invoquées à l'égard de l'information se trouvant dans le fichier 015, le Commissaire a estimé que la communication des éléments avait à bon droit été refusée, sauf pour deux documents. Le Commissaire a demandé au solliciteur général de communiquer les deux documents en question, mais sa demande a été rejetée. Le Commissaire a informé l'appelant que c'était la première fois qu'un ministre refusait de donner suite à une telle recommandation de sa part. Les documents — amputés toutefois de certaines parties — ont par la suite été communiqués à l'appelant, après le dépôt de sa demande de révision judiciaire.

Trois ans après la demande de communication initiale, l'appelant a présenté à la Section de première instance de la Cour fédérale, en vertu de l'art. 41 de la Loi, une demande de révision de la décision du SCRS lui refusant la communication des renseignements sollicités. L'article 41 dispose que la personne qui s'est vue refuser la communication de renseignements et qui a déposé une plainte auprès du Commissaire peut exercer un recours en révision devant la Cour fédérale.

En juillet 1992, le SCRS a communiqué d'autres documents à l'appelant. Il lui a fait parvenir 211 pages, dont il avait retranché certaines parties sur le fondement des exceptions prévues par les art. 19, 21 et 26, et les al. 22(1)*a*) et *b*) de la Loi. Invoquant les exceptions établies aux art. 19, 21, 22 et 26 de la Loi, le SCRS maintient son refus de communiquer tous les documents contenus dans le fichier 010 et le reste des documents que renferme le fichier 015, y compris les parties retranchées des documents déjà communiqués.

Avant le début de l'audition de la demande de révision, l'appelant a signifié son intention de contester, au regard des art. 7 et 8 et de l'al. 2*b*) de la *Charte*, la constitutionnalité de la procédure impérative prévue à l'art. 51.

Durant l'instance devant la Cour fédérale, le SCRS a produit un affidavit secret établi par un

2002 SCC 75 (CanLII)

The affidavit informed the court whether personal information about the appellant existed in Bank 010 and if it did exist, the documents were provided with an explanation of the claimed exemptions for examination by the court. The undisclosed information that was contained in Bank 015 was also provided for examination by the court with an explanation of the exemption claimed.

Both the Trial Division and appellate level of the Federal Court ruled that s. 51(2)(*a*) and (3) violated s. 2(*b*) of the *Charter* but that they were saved by s. 1. Both levels of the Federal Court also found that the mandatory procedure in s. 51 did not violate s. 7, however they differed with respect to their characterizations of a right to privacy under s. 7.

The appellant appeals to this Court on the issues as to whether s. 7 of the *Charter* is engaged by s. 51(3), whether the violation of s. 2(*b*) is justifiable under s. 1 and costs. The Solicitor General cross-appeals on an issue of interpretation of s. 22(1)(*b*) of the Act and whether "injury" contemplated in that section is restricted to injury to current ongoing or identifiable prospective investigations.

III. Judgments Below

The constitutional validity of s. 51 and the merits of the exemptions claimed by CSIS were determined separately in the Federal Court, Trial Division. The Court of Appeal consolidated the appeals on the constitutional question and the merits of the exemptions.

A. *Federal Court, Trial Division* (1994), 80 F.T.R. 81 and [1996] 3 F.C. 134

Simpson J. ruled in the preliminary proceeding on the constitutional validity of s. 51. She held that any privacy rights protected by the *Charter* were not engaged by s. 51. She did, however, find that

de ses agents et déposé par suite d'une ordonnance de la Cour fédérale. L'affidavit indiquait à cette dernière s'il y avait ou non des renseignements personnels sur l'appelant dans le fichier 010 et, lorsque de tels renseignements existaient, les documents étaient communiqués à la cour, accompagnés d'explications concernant les exceptions invoquées. Les renseignements qui figuraient dans le fichier 015 et que le SCRS avait refusé de communiquer ont également été remis à la cour, avec des explications à l'égard de l'exception revendiquée.

18 Tant la Section de première instance de la Cour fédérale que la Cour d'appel fédérale ont jugé que les par. 51(2) et (3) de la Loi portaient atteinte au droit garanti par l'al. 2*b*) de la *Charte*, mais que leur validité était sauvegardée par l'article premier. Toutes deux ont en outre conclu que la procédure impérative prévue par l'art. 51 ne violait pas l'art. 7, mais elles ont qualifié différemment le droit à la protection de la vie privée que protégerait l'art. 7.

19 L'appelant demande à la Cour de décider si le par. 51(3) de la Loi fait intervenir l'art. 7 de la *Charte* et si la violation de l'al. 2*b*) est justifiable au regard de l'article premier. Il nous demande en outre de statuer sur les dépens. Le solliciteur général se pourvoit de façon incidente quant à l'interprétation de l'al. 22(1)*b*) de la Loi et à la question de savoir si le terme « nuire » qui y est employé ne vise que les enquêtes en cours ou prévues.

III. Les décisions des juridictions inférieures

20 La Section de première instance de la Cour fédérale a statué séparément sur la constitutionnalité de l'art. 51 et sur le bien-fondé des exceptions invoquées par le SCRS. La Cour d'appel a réuni les appels interjetés relativement aux deux questions.

A. *Section de première instance de la Cour fédérale* (1994), 80 F.T.R 81 et [1996] 3 C.F. 134

21 Dans la procédure préliminaire, madame le juge Simpson s'est prononcée sur la constitutionnalité de l'art. 51. Elle a conclu que cette disposition ne soulevait aucun droit à la protection de la vie privée

2002 SCC 75 (CanLII)

s. 51 was contrary to s. 2(*b*) of the *Charter* but that such violation was saved by s. 1.

B. *Federal Court of Appeal*, [2000] 3 F.C. 589

22 The Federal Court of Appeal held that the mandatory *in camera* and *ex parte* provisions did not engage the liberty interest enshrined in s. 7. The court agreed with the decision of Simpson J. that the provisions are procedural in nature and do not interfere with the right of access granted by the *Privacy Act*. The Solicitor General did not appeal Simpson J.'s finding that the mandatory provisions in s. 51 violate s. 2(*b*). The Court of Appeal held that the provisions were saved by s. 1.

IV. Constitutional Questions

23 The following constitutional questions were stated by Order of this Court on June 21, 2001:

1. Do ss. 51(2)(*a*) and 51(3) of the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, as amended, infringe or deny the appellant's rights or freedoms guaranteed by s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If the answer to Question 1 is in the affirmative, are ss. 51(2)(*a*) and 51(3) of the *Privacy Act* reasonable limits, prescribed by law, that can be demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

3. Does s. 51(3) of the *Privacy Act* infringe or deny the appellant's rights and freedoms guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

4. If the answer to Question 3 is in the affirmative, is s. 51(3) of the *Privacy Act* a reasonable limit, prescribed by law, that can be demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

garanti par la *Charte*. Elle a cependant jugé que l'art. 51 contrevenait à l'al. 2*b*) de la *Charte*, mais que sa validité était sauvegardée par l'article premier.

B. *Cour d'appel fédérale*, [2000] 3 C.F. 589

La Cour d'appel fédérale a estimé que les dispositions impératives concernant la tenue d'audiences à huis clos et en l'absence d'une partie ne mettaient pas en jeu le droit à la liberté constitutionnalisé à l'art. 7. Elle a souscrit à l'opinion de madame le juge Simpson selon laquelle ces dispositions ont un caractère procédural et ne portent pas atteinte au droit d'accès à l'information reconnu par la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Le solliciteur général n'a pas appelé de la conclusion du juge Simpson selon laquelle les dispositions impératives de l'art. 51 violent l'al. 2*b*). La Cour d'appel a jugé que la validité de ces dispositions était sauvegardée par l'article premier.

IV. Les questions constitutionnelles

Le 21 juin 2001, la Cour a formulé, par voie d'ordonnance, les questions constitutionnelles suivantes :

1. Les paragraphes 51(2) et (3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21, et ses modifications, portent-ils atteinte aux droits et libertés que l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à l'appelant?

2. Si la réponse à la première question est affirmative, les par. 51(2) et (3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* constituent-ils des limites raisonnables prescrites par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

3. Le paragraphe 51(3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* porte-t-il atteinte aux droits et libertés que l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à l'appelant?

4. Si la réponse à la question 3 est affirmative, le par. 51(3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* constitue-t-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2002 SCC 75 (CanLII)

V. Analysis

It is important to clarify at the outset the meaning and effect of the mandatory *in camera* and *ex parte* provisions. Section 51 reads:

51. (1) Any application under section 41 or 42 relating to personal information that the head of a government institution has refused to disclose by reason of paragraph 19(1)(*a*) or (*b*) or section 21 . . . shall be heard and determined by the Associate Chief Justice of the Federal Court or by such other judge of the Court as the Associate Chief Justice may designate to hear the applications.

(2) An application referred to in subsection (1) or an appeal brought in respect of such application shall

(*a*) be heard *in camera*; and

(*b*) on the request of the head of the government institution concerned, be heard and determined in the National Capital Region described in the schedule to the *National Capital Act*.

(3) During the hearing of an application referred to in subsection (1) or an appeal brought in respect of such application, the head of the government institution concerned shall, on the request of the head of the institution, be given the opportunity to make representations *ex parte*.

Section 51 requires a court, in an application for judicial review brought under s. 41 of the Act, to hear the application or any appeal therefrom *in camera*. Simpson J., in her s.1 analysis, noted that there was a judicial practice of reading down s. 51 as requiring only those portions of the hearing in which the *ex parte* submissions are received to be *in camera*. I will discuss this practice later in my reasons. Suffice it to say, at this point, however, that such an interpretation cannot be reasonably supported on a plain reading of the Act. The provision is clear that the entire hearing and any appeal therefrom, are to be held *in camera*.

Ex parte, in a legal sense, means a proceeding, or a procedural step, that is taken or granted at the instance of and for the benefit of one party only, without notice to or argument by any adverse party:

V. L'analyse

Il importe au départ de clarifier le sens et l'effet des dispositions impératives concernant la tenue d'audiences à huis clos et en l'absence d'une partie. Voici le texte de l'art. 51 : 24

51. (1) Les recours visés aux articles 41 ou 42 et portant sur les cas où le refus de donner communication de renseignements personnels est lié aux alinéas 19(1)*a*) ou *b*) ou à l'article 21 [. . .] sont exercés devant le juge en chef adjoint de la Cour fédérale ou tout autre juge de cette Cour qu'il charge de leur audition.

(2) Les recours visés au paragraphe (1) font, en premier ressort ou en appel, l'objet d'une audition à huis clos; celle-ci a lieu dans la région de la capitale nationale définie à l'annexe de la *Loi sur la capitale nationale* si le responsable de l'institution fédérale concernée le demande.

(3) Le responsable de l'institution fédérale concernée a, au cours des auditions en première instance ou en appel et sur demande, le droit de présenter des arguments en l'absence d'une autre partie.

Aux termes de l'art. 51, le tribunal saisi d'une demande de révision présentée en vertu de l'art. 41 de la Loi doit, en premier ressort ou en appel, entendre la demande à huis clos. Dans son analyse relative à l'article premier, madame le juge Simpson a souligné que la Cour fédérale a pour pratique de donner une interprétation atténuante de l'art. 51 et de n'ordonner le huis clos que pendant l'audition des arguments en l'absence de l'autre partie. Je vais examiner cette pratique plus loin dans mes motifs. Qu'il suffise pour l'instant de dire que la simple lecture de la Loi ne saurait raisonnablement appuyer une telle interprétation. Le texte de la disposition pertinente indique clairement que l'audition de la demande et de tout appel s'y rapportant doit se dérouler entièrement à huis clos.

En droit, l'expression *ex parte* (« en l'absence d'une partie ») s'entend d'une procédure ou d'une étape de la procédure qui se déroule à la demande et au bénéfice d'une seule partie, sans avis à la partie 25

2002 SCC 75 (CanLII)

Attorney General of Manitoba v. National Energy Board, [1974] 2 F.C. 502 (T.D.). The circumstances in which a court will accept submissions *ex parte* are exceptional and limited to those situations in which the delay associated with notice would result in harm or where there is a fear that the other party will act improperly or irrevocably if notice were given. For instance, temporary injunctions are often issued *ex parte* in order to preserve the *status quo* for a short period of time before both parties can be heard (to prevent the demolition of a building, for example).

26 *Ex parte* proceedings need not be held *in camera*. Indeed, *ex parte* submissions are often made in open court (in interlocutory matters, for example). In fact, an order will still be considered *ex parte* where the other party happens to be present at the hearing but does not make submissions (for instance, because of insufficient notice): *Royal Bank v. W. Got & Associates Electric Ltd.*, [1994] 5 W.W.R. 337 (Alta. Q.B.), at para. 10, aff'd [1997] 6 W.W.R. 715 (Alta. C.A.), aff'd (without reference to this point) [1999] 3 S.C.R. 408. On the other hand, other *ex parte* proceedings are, by necessity, not held in public. An application for a wiretap authorization, for instance, must be made both *ex parte* and *in camera*.

27 In all cases where a party is before the court on an *ex parte* basis, the party is under a duty of utmost good faith in the representations that it makes to the court. The evidence presented must be complete and thorough and no relevant information adverse to the interest of that party may be withheld: *Royal Bank*, *supra*, at para. 11. Virtually all codes of professional conduct impose such an ethical obligation on lawyers. See for example the *Alberta Code of Professional Conduct*, c. 10, r. 8.

28 Section 51 of the *Privacy Act* contemplates the following: where a "foreign confidence" or "national security" exemption is claimed by a government institution, the hearing must be held *in camera* (s. 51(2)(*a*)). This means that the hearing is not open to the public but the applicant is not

adverse ou présentation d'arguments de sa part : *Procureur général du Manitoba c. Office national de l'énergie*, [1974] 2 C.F. 502 (1re inst.). Les tribunaux n'entendent des arguments de cette façon qu'à titre exceptionnel, lorsque le délai occasionné par la signification d'un avis serait préjudiciable ou que l'on craint que l'autre partie n'agisse de façon irrégulière ou irrévocable si un avis lui est donné. Par exemple, il arrive souvent qu'une injonction provisoire soit décernée en l'absence de l'autre partie afin de maintenir brièvement le statu quo, jusqu'à ce que les deux parties puissent être entendues (afin de prévenir la démolition d'un immeuble par exemple).

Une instance *ex parte* ne se déroule pas nécessairement à huis clos. De fait, des arguments présentés *ex parte* sont souvent entendus dans le cadre d'une audience publique (en matière interlocutoire par exemple). En fait, une ordonnance est considérée rendue *ex parte* lorsque l'autre partie assiste à l'audience mais ne présente pas d'arguments (en raison, par exemple, d'un avis insuffisant) : *Royal Bank c. W. Got & Associates Electric Ltd.*, [1994] 5 W.W.R. 337 (B.R. Alb.), par. 10, conf. par [1997] 6 W.W.R. 715 (C.A. Alb.), conf. (sans mention de cette question) par [1999] 3 R.C.S. 408. Par contre, d'autres procédures *ex parte* se déroulent nécessairement à huis clos, notamment les demandes d'autorisation d'écoute électronique, qui sont entendues à la fois *ex parte* et à huis clos.

La partie qui plaide *ex parte* devant un tribunal a l'obligation de présenter ses arguments avec la bonne foi la plus absolue. Elle doit offrir une preuve complète et détaillée, et n'omettre aucune donnée pertinente qui soit défavorable à son intérêt : *Royal Bank*, précité, par. 11. Presque tous les codes de déontologie professionnelle applicables aux avocats leur font cette obligation. Voir, par exemple, l'*Alberta Code of Professional Conduct*, ch. 10, règle 8.

L'article 51 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* envisage la situation suivante : lorsqu'une institution fédérale invoque l'exception relative à un « renseignement confidentiel de source étrangère » ou à la « sécurité nationale », l'audience doit se dérouler à huis clos (par. 51(2)). Cela signifie

2002 SCC 75 (CanLII)

excluded and may participate. In the course of that *in camera* hearing, the government institution may request that the applicant be excluded and, in such a case, the court must hear the government *ex parte* (s. 51(3)) (and, of course, still *in camera*). Therefore it is only through the operation of ss. 51(2)(*a*) and 51(3) together that the appellant is excluded from the proceeding.

Properly understood, the constitutional challenge on the basis of s. 7 relates essentially to the appellant's exclusion from the hearing as a result of the operation of ss. 51(2)(*a*) and 51(3) together, resulting in portions of the government's submissions being *ex parte* and *in camera* and therefore unavailable to the appellant. It is the exclusion of the appellant from portions of the government's submissions that is alleged to be contrary to the principles of fundamental justice. As for the s. 2(*b*) challenge, it relates to the statutory requirement that the entire hearing be *in camera*, inclusive of the *ex parte* submissions. It is the mandatory exclusion of the public and the media, (of which the appellant is a member) from the proceedings that the appellant alleges violates s. 2(*b*) of the *Charter*.

A. *Section 7*

In addition to his claim under s. 7, the appellant also argued a violation of s. 8 of the *Charter*. The arguments presented under s. 8 are entirely subsumed under s. 7 and need not be addressed independently.

The appellant argues that the right to security of the person protected by s. 7 of the *Charter* protects the right to privacy in a biographical core of information to which an individual would wish to control access. This biographical core of information includes information which tends to reveal intimate details of lifestyle and individual personal or political choices. This right to privacy is said to include a concomitant right of access to personal information in the hands of government in order that an individual may know what information the government possesses. This, in turn, will ensure that government action in the collection of personal information can

que le public ne peut assister à l'audience, mais le demandeur n'en est pas pour autant exclu et il peut y prendre part. Pendant cette audience à huis clos, l'institution fédérale peut demander l'exclusion du demandeur et, en pareil cas, le tribunal doit entendre l'institution en l'absence du demandeur (par. 51(3)) (et toujours à huis clos, bien sûr). En conséquence, ce n'est que par l'application successive des par. 51(2) et (3) que l'appelant est exclu de la salle d'audience.

29 En définitive, la contestation constitutionnelle fondée sur l'art. 7 vise essentiellement l'exclusion de l'appelant de l'audience résultant de l'application combinée des par. 51(2) et (3), situation qui a pour effet que certains des arguments de l'État sont alors présentés à la fois *ex parte* et à huis clos et sont, de ce fait, inconnus de l'appelant. De prétendre l'appelant, c'est son exclusion de cette partie de l'instance qui est contraire aux principes de justice fondamentale. L'argument fondé sur l'al. 2*b*) concerne l'obligation faite par la Loi au tribunal de tenir toute l'audience à huis clos, y compris durant la présentation d'arguments en l'absence de l'autre partie. Selon l'appelant, c'est l'exclusion impérative du public et des médias (dont il fait partie) qui viole l'al. 2*b*) de la *Charte*.

A. *L'article 7*

30 L'appelant a plaidé qu'il y avait atteinte non seulement à l'art. 7 mais également à l'art. 8 de la *Charte*. Ses arguments étant les mêmes dans les deux cas, il n'est pas nécessaire de les examiner séparément.

31 L'appelant soutient que le droit à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7 de la *Charte* protège le droit de l'individu au respect de sa vie privée relativement à un ensemble de renseignements personnels auxquels il pourrait vouloir restreindre l'accès. Cet ensemble comprend des renseignements tendant à dévoiler des détails intimes sur le mode de vie de l'intéressé, ainsi que sur ses choix personnels ou politiques. Ce droit à la vie privée emporterait corollairement pour le citoyen le droit d'accès aux renseignements personnels que l'État détient à son sujet afin de pouvoir en connaître la teneur. Grâce à ce droit d'accès, les mesures gouvernementales de

2002 SCC 75 (CanLII)

be scrutinized and inaccuracies in the information collected may be corrected. Any limit on this right to access must accord with the principles of fundamental justice. Following this argument, the appellant submits that the procedural provisions in s. 51 directly affect an individual's ability to "control such information in the hands of the state" and for that reason the procedural unfairness created by s. 51 violates s. 7 of the *Charter*.

32 The Federal Court of Appeal, citing *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, and *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, observed that there is an emerging view that the liberty interest in s. 7 of the *Charter* protects an individual's right to privacy. They accepted the appellant's view that in order for the right to informational privacy to have any substantive meaning it must be concerned both with the acquisition and the subsequent use of personal information. Recognizing that one has a legitimate interest in ensuring that information has been properly collected and is being used for the proper purpose, the Court of Appeal held that the right to privacy includes the ability to control the dissemination of personal information obtained by the government. To this end the court stated (at para. 169):

> In a case such as this where an individual may not be fully aware of the information collected and retained by the government, the ability to control the dissemination of personal information is dependent on a corollary right of access, if only to verify the information's accuracy. In short a reasonable expectation of access is a corollary to the reasonable expectation of privacy.

33 In my view, it is unnecessary to the disposition of this case to decide whether a right to privacy comprising a corollary right of access to personal information triggers the application of s. 7 of the *Charter*. Assuming, for the purposes of this analysis, that the appellant has suffered a deprivation of his liberty or security of the person interest, that deprivation is not contrary to the principles of fundamental justice. In

collecte de renseignements personnels pourraient être contrôlées et toute inexactitude des renseignements recueillis pourrait être corrigée. Toute restriction de ce droit d'accès devrait respecter les principes de justice fondamentale. L'appelant soutient en conséquence que les dispositions procédurales prévues par l'art. 51 affectent directement la capacité d'une personne de [TRADUCTION] « vérifier quels renseignements se trouvent en la possession de l'État » et que, pour cette raison, l'iniquité procédurale créée par l'art. 51 viole l'art. 7 de la *Charte*.

Se référant aux arrêts *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, et *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, la Cour d'appel fédérale a signalé qu'il se dégage une tendance reconnaissant que le droit à la liberté garanti aux individus par l'art. 7 de la *Charte* protège le droit de ceux-ci au respect de leur vie privée. Elle a retenu l'argument de l'appelant portant que, pour avoir un sens concret, le droit à la vie privée en matière de renseignements personnels doit viser tant leur acquisition que leur utilisation subséquente. Reconnaissant qu'une personne a le droit légitime de s'assurer que les renseignements la concernant ont été recueillis de façon régulière et qu'ils sont utilisés à des fins licites, la Cour d'appel a conclu que le droit à la vie privée suppose la capacité de contrôler la diffusion des renseignements personnels recueillis par l'État (au par. 169) :

> Dans un cas comme celui-ci où un individu n'est peut-être pas parfaitement au courant des renseignements que le gouvernement a recueillis et conservés, la capacité de contrôler la diffusion de renseignements personnels dépend d'un droit d'accès connexe, ne serait-ce que pour vérifier l'exactitude des renseignements. Bref, l'attente raisonnable en ce qui concerne l'accès est liée à l'attente raisonnable en ce qui concerne la vie privée.

À mon avis, il est inutile pour trancher le présent pourvoi de décider si un droit à la vie privée assorti corollairement d'un droit d'accès à l'information personnelle déclenche l'application de l'art. 7 de la *Charte*. À supposer, pour les besoins de l'analyse, que l'appelant subisse une privation de son droit à la liberté ou à la sécurité de sa personne, cette privation n'est pas contraire aux principes de justice

2002 SCC 75 (CanLII)

order to determine whether an alleged deprivation of the right to life, liberty and security of the person is or is not in accordance with the principles of fundamental justice, it is necessary to appreciate the exact nature of the deprivation. Here, without deciding if there is a deprivation of a liberty or security interest, we can take the alleged deprivation to be as stated by the appellant: he claims that he has a right to access personal information already in the hands of government in order to correct inaccurate information and ensure that the information was collected lawfully. He then asserts that this component of his liberty and security interest is infringed by the mandatory secrecy of some of the government's submissions.

fondamentale. Pour juger si la prétendue privation du droit d'un individu à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne est conforme ou non aux principes de justice fondamentale, il est nécessaire d'apprécier la nature exacte de la privation. En l'espèce, sans pour autant décider s'il y a violation du droit à la liberté ou à la sécurité, nous pouvons néanmoins examiner la prétendue privation telle qu'elle a été énoncée par l'appelant : il prétend qu'il a le droit de consulter les renseignements personnels le concernant que détient déjà l'État afin de faire corriger toute information inexacte et de s'assurer que ces renseignements ont été recueillis légalement. Il poursuit en affirmant que le caractère impérativement secret de la procédure par laquelle l'État présente certains arguments porte atteinte à cet aspect de son droit à la vie et à la sécurité de sa personne.

The appellant stresses that it is the mandatory nature of s. 51(3) that does not comply with the principles of fundamental justice. Because the provisions are mandatory, the court does not have the discretion to control what information should be provided to an applicant in order to enable him or her to challenge effectively the government's refusal to disclose information and the legitimacy of the exemption claimed. The appellant submits that a provision permitting *ex parte* and *in camera* proceedings must contain a judicial discretion to provide the applicant with sufficient information in order to answer the government's case effectively. This could be accomplished, the appellant submits, through the use of judicial summaries similar to those that are used in wiretap proceedings.

34 L'appelant souligne que c'est le caractère impératif du par. 51(3) qui est incompatible avec les principes de justice fondamentale. En raison du caractère impératif de ces dispositions, le tribunal est privé du pouvoir discrétionnaire de décider quels renseignements devraient être communiqués au demandeur pour lui permettre de contester effectivement le refus de l'institution fédérale et la légitimité de l'exception invoquée par cette dernière. L'appelant fait valoir qu'une disposition autorisant la tenue d'audiences *ex parte* et à huis clos doit conférer au tribunal le pouvoir discrétionnaire de faire en sorte que le demandeur dispose de suffisamment d'information pour être vraiment en mesure de répondre aux prétentions de l'État. À cette fin, il préconise l'établissement de résumés judiciaires semblables à ceux utilisés dans le cadre des demandes d'autorisation d'écoute électronique.

I agree with the view expressed by the Federal Court of Appeal that there is a disharmony between the appellant's proposed solution of judicial summaries and the alleged *Charter* violation brought about by the mandatory *ex parte* submissions at the request of a government institution. Section 46 of the Act provides a court with the authority to receive representations *ex parte* and conduct hearings *in camera* in order to guard against the inadvertent disclosure of information the government institution may have legitimately refused to confirm exists, as

35 À l'instar de la Cour d'appel fédérale, j'estime qu'il y a absence de connexité entre la solution proposée par l'appelant, savoir le recours à des résumés judiciaires, et la violation de la *Charte* qu'entraînerait le fait que des arguments de l'institution fédérale sont impérativement entendus *ex parte* sur demande en ce sens de cette dernière. L'article 46 de la Loi habilite le tribunal à entendre des arguments en l'absence d'une partie et à tenir des audiences à huis clos afin de prévenir la divulgation accidentelle de renseignements dont l'institution fédérale a

2002 SCC 75 (CanLII)

well as information that may be found to be properly exempted:

> **46.** (1) In any proceedings before the Court arising from an application under section 41, 42 or 43, the Court shall take every reasonable precaution, including, when appropriate, receiving representations *ex parte* and conducting hearings *in camera*, to avoid the disclosure by the Court or any person of
>
> (*a*) any information or other material that the head of a government institution would be authorized to refuse to disclose if it were requested under subsection 12(1) or contained in a record requested under the *Access to Information Act*; or
>
> (*b*) any information as to whether personal information exists where the head of a government institution, in refusing to disclose the personal information under this *Act*, does not indicate whether it exists.
>
> (2) The Court may disclose to the appropriate authority information relating to the commission of an offence against any law of Canada or a province on the part of any officer or employee of a government institution, if in the opinion of the Court there is evidence thereof.

When a court exercises its discretion under s. 46 to receive evidence *ex parte*, either through a confidential affidavit or otherwise, there is no obligation to provide the applicant with a judicial summary. The *Privacy Act* does not impose an obligation on a court to prepare a judicial summary of evidence in any circumstance. The appellant has not challenged the discretionary power of a court to accept *ex parte* submissions under s. 46. The alternative to the mandatory *in camera* and *ex parte* provisions in s. 51 is therefore the discretion conferred on the court under s. 46 to order proceedings *in camera* or accept submissions *ex parte*.

36 In any event, I fail to see how a judicial summary of the evidence would assist the appellant. Where the institution body has refused to confirm or deny the existence of information a judicial summary is simply inappropriate. Where the existence of information is known to the appellant, the use of

pu légitimement refuser de confirmer l'existence ou qui pourraient être jugés validement soustraits à la communication :

> **46.** (1) À l'occasion des procédures relatives aux recours prévus aux articles 41, 42 ou 43, la Cour prend toutes les précautions possibles, notamment, si c'est indiqué, par la tenue d'audiences à huis clos et l'audition d'arguments en l'absence d'une partie, pour éviter que ne soient divulgués de par son propre fait ou celui de quiconque :
>
> *a*) des renseignements qui justifient un refus de communication de renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) ou de renseignements contenus dans un document demandé sous le régime de la *Loi sur l'accès à l'information*;
>
> *b*) des renseignements faisant état de l'existence de renseignements personnels que le responsable d'une institution fédérale a refusé de communiquer sans indiquer s'ils existaient ou non.
>
> (2) Dans les cas où, à son avis, il existe des éléments de preuve touchant la perpétration d'infractions aux lois fédérales ou provinciales par un cadre ou employé d'une institution fédérale, la Cour peut faire part à l'autorité compétente des renseignements qu'elle détient à cet égard.

Lorsque, en application de l'art. 46, le tribunal exerce son pouvoir discrétionnaire d'entendre des arguments en l'absence d'une partie, notamment par l'examen d'un affidavit confidentiel, il n'est pas tenu de remettre un résumé judiciaire au demandeur. En aucun cas la *Loi sur la protection des renseignements personnels* n'oblige le tribunal à établir un résumé de la preuve. L'appelant n'a pas contesté le pouvoir discrétionnaire que l'art. 46 accorde au tribunal d'entendre des arguments en l'absence d'une partie. La solution de rechange aux dispositions impératives de l'art. 51 touchant la tenue d'audiences à huis clos et *ex parte* résiderait donc dans le pouvoir discrétionnaire que l'art. 46 reconnaît au tribunal d'ordonner le huis clos ou d'entendre des arguments en l'absence d'une partie.

Quoi qu'il en soit, je ne vois pas en quoi un résumé judiciaire de la preuve serait utile à l'appelant. Dans le cas où l'institution fédérale refuse de confirmer ou de nier l'existence de renseignements, un résumé judiciaire ne convient tout simplement pas. Lorsque l'appelant connaît l'existence des renseignements,

2002 SCC 75 (CanLII)

judicial summaries would not appreciably increase the amount of information already available to the appellant through the public affidavits. The public affidavits outline the purpose of the exemption, its importance and the risk associated with disclosure. The secret affidavit and the *ex parte* submissions directly involve the information exempted, if any exists. I accept the respondent's claim that a judicial summary could not provide any further detail without compromising the very integrity of the information.

le recours à un résumé judiciaire n'augmentera pas sensiblement la quantité des renseignements dont il dispose déjà grâce aux affidavits publics. Ces derniers font état de la raison pour laquelle l'exception est invoquée, de son importance et du risque que comporte la divulgation des renseignements demandés. L'affidavit secret et les arguments présentés en l'absence de l'autre partie portent directement sur les renseignements inconsultables, à supposer qu'ils existent. J'accepte l'argument de l'intimé selon laquelle un résumé judiciaire ne pourrait donner de précisions supplémentaires sans compromettre l'intégrité même des renseignements.

Furthermore, the use of judicial summaries would increase the risk of inadvertent disclosure of the information or its source. Parliament has seen fit, in those cases involving national security or foreign confidences, to provide for the maximum protection against disclosure. For a court to embark upon preparing summaries of confidential information would imperil confidentiality without adding much to the transparency requested by the appellant.

37 De plus, le recours à un résumé judiciaire accroîtrait le risque de divulgation accidentelle des renseignements ou de leur provenance. Dans les situations mettant en jeu la sécurité nationale ou des renseignements confidentiels de source étrangère, le législateur a jugé bon de protéger au maximum ce type d'information contre la divulgation. Si les tribunaux étaient appelés à résumer des renseignements confidentiels, une telle mesure compromettrait la confidentialité de ceux-ci sans favoriser beaucoup la transparence recherchée par l'appelant.

It remains to determine whether the requirement in s. 51(3) that a court accept *ex parte* submissions on request of the government institution refusing to disclose information is contrary to the principles of fundamental justice. As I have already noted, the circumstances in which a court will accept *ex parte* submissions are exceptional. The circumstances in which a court will be obliged to hear *ex parte* submissions at the request of one party are even more exceptional. The question is whether, in the context of this case, such a provision is consistent with the principles of fundamental justice. I believe that it is.

38 Reste la question de savoir si l'obligation qu'a le tribunal, aux termes du par. 51(3), d'entendre sur demande les arguments de l'institution fédérale concernée en l'absence de l'autre partie est contraire aux principes de justice fondamentale. Comme je l'ai signalé précédemment, ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles qu'un tribunal entend des arguments en l'absence d'une partie. Les cas dans lesquels un tribunal est tenu de le faire à la demande de l'une des parties sont encore plus rares. La question qui se pose est de savoir si, dans le contexte de la présente affaire, la disposition prescrivant une telle obligation est compatible avec les principes de justice fondamentale. Je crois que oui.

The principles of fundamental justice are informed in part by the rules of natural justice and the concept of procedural fairness. What is fair in a particular case will depend on the context of the case: *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at p. 682; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999]

39 Les règles de justice naturelle et la notion d'équité procédurale font partie des principes de justice fondamentale. Ce qui est équitable dans une affaire donnée dépend du contexte de cette affaire : *Knight c. Indian Head School Division No.19*, [1990] 1 R.C.S. 653, p. 682; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2

2002 SCC 75 (CanLII)

2 S.C.R. 817, at para. 21; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at p. 743. As stated by La Forest J. for the majority in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 361, and quoted with approval in *Chiarelli*, *supra*, at p. 743:

> It is clear that, at a minimum, the requirements of fundamental justice embrace the requirements of procedural fairness (see, e.g., the comments to this effect of Wilson J. in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at pp. 212-13). It is also clear that the requirements of fundamental justice are not immutable; rather, they vary according to the context in which they are invoked. Thus, certain procedural protections might be constitutionally mandated in one context but not in another.

In assessing whether a procedure accords with the principles of fundamental justice, it may be necessary to balance the competing interests of the state and individual: *Chiarelli*, *supra*, at p. 744, citing *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 539. It is also necessary to consider the statutory framework within which natural justice is to operate. The statutory scheme may necessarily imply a limit on disclosure. "The extent of the disclosure required by natural justice may have to be weighed against the prejudice to the scheme of the Act which disclosure may involve": W. Wade and C. Forsyth, *Administrative Law* (8th ed. 2000), at p. 509. See also *Baker*, *supra*, at para. 24.

40 As a general rule, a fair hearing must include an opportunity for the parties to know the opposing party's case so that they may address evidence prejudicial to their case and bring evidence to prove their position: see generally Wade and Forsyth, *supra*, at p. 506; S. A. de Smith, J. Jowell and H. Woolf, *Judicial Review of Administrative Action* (5th ed. 1995), at p. 441; D. P. Jones and A. S. de Villars, *Principles of Administrative Law* (3rd ed. 1999), at p. 261. The exclusion of the appellant from portions of the government's submissions is an exceptional departure from this general rule. The

R.C.S. 817, par. 21; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, p. 743. Comme l'a dit le juge La Forest au nom des juges majoritaires de la Cour dans *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 361 (cité avec approbation dans *Chiarelli*, précité, p. 743) :

> Évidemment, les exigences de la justice fondamentale englobent tout au moins l'équité en matière de procédure (voir par, par exemple, les observations dans ce sens faites par le juge Wilson dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, aux pp. 212 et 213). Il est également clair que les exigences de la justice fondamentale ne sont pas immuables; elles varient selon le contexte dans lequel on les invoque. Ainsi, certaines garanties en matière de procédure pourraient être requises par la Constitution dans une situation donnée et ne pas l'être dans une autre.

Pour juger si une procédure est conforme à la justice fondamentale, il peut être nécessaire de soupeser les intérêts opposés de l'État et du particulier : *Chiarelli*, précité, p. 744, citant *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, p. 539. Il est également nécessaire d'examiner le cadre législatif dans lequel doivent être appliquées les règles de justice naturelle. Ce cadre peut, par nécessité, impliquer la restriction de la communication de la preuve : [TRADUCTION] « L'étendue de la communication de la preuve requise par la justice naturelle peut devoir être appréciée au regard du préjudice que la communication est susceptible de causer au régime établi par la Loi » : W. Wade et C. Forsyth, *Administrative Law* (8e éd. 2000), p. 509. Voir également l'arrêt *Baker*, précité, par. 24.

En règle générale, le droit d'une partie à une audience équitable emporte celui de prendre connaissance de la preuve de la partie adverse afin de pouvoir répondre à tout élément préjudiciable à sa cause et apporter des éléments de preuve au soutien de celle-ci : voir, généralement, Wade et Forsyth, *op. cit.*, p. 506; S. A. de Smith, J. Jowell et H. Woolf, *Judicial Review of Administrative Action* (5e éd. 1995), p. 441; D. P. Jones et A. S. de Villars, *Principles of Administrative Law* (3e éd. 1999), p. 261. L'exclusion de l'appelant pendant l'audition de certains arguments de l'État constitue une

2002 SCC 75 (CanLII)

appellant operates in an informational deficit when trying to challenge the legitimacy of the exemptions claimed by the government. However, the general rule does tolerate certain exceptions. As indicated earlier, some situations require a measure of secrecy, such as wiretap and search warrant applications. In such circumstances, fairness is met through other procedural safeguards such as subsequent disclosure, judicial review and rights of appeal. In other cases, for instance where a privilege is successfully asserted, the content of the disputed information may never be revealed (see *R. v. Brown*, [2002] 2 S.C.R. 185, 2002 SCC 32; *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14).

The context of this case is therefore critical. As I indicated earlier, the constitutional challenge is very narrow. The s. 7 challenge relates only to the lack of discretion of the court to decide whether a government institution which refuses to disclose information should be allowed to make *ex parte* submissions. Section 51(3) requires a court to hear submissions *ex parte* at the request of a government institution. The appellant is not challenging the right of a government institution, when faced with an access to information request under s. 12 of the Act, to refuse to disclose certain information on the basis of the exemptions enumerated in the Act. The appellant also does not challenge the right of the government under s. 16(2) to refuse to confirm or deny the existence of personal information when claiming an exemption. Within the context of a valid statutory scheme that permits the government to refuse to confirm or deny the existence of information (we must assume that it is valid since it is not challenged) and where the judicial review may conclude that the information was properly withheld and must therefore not be disclosed, it necessarily follows that a government institution must be able to make submissions *ex parte*. Accepting that it is appropriate for the government to refuse to disclose information when there is a legitimate exemption and accepting that it is not inappropriate for the government, when claiming an exemption, to refuse to confirm or deny the existence of information, it can only follow that

dérogation exceptionnelle à cette règle générale. L'appelant se trouve de ce fait désavantagé, étant privé de données susceptibles de servir à contester la légitimité des exceptions invoquées. Toutefois, la règle générale souffre certaines exceptions. Comme je l'ai dit précédemment, le secret s'impose parfois, notamment en cas de demandes d'autorisation d'écoute électronique ou de mandat de perquisition. En pareils cas, l'équité est assurée par d'autres garanties procédurales telles que la communication subséquente de la preuve, le contrôle judiciaire et le droit d'appel. Dans d'autres situations, par exemple lorsque le secret professionnel est invoqué avec succès, la teneur des renseignements en litige peut ne jamais être dévoilée (voir *R. c. Brown*, [2002] 2 R.C.S 185, 2002 CSC 32; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14).

41 Le contexte est donc crucial en l'espèce. Comme je l'ai indiqué plus tôt, la question constitutionnelle a une portée très limitée. La contestation fondée sur l'art. 7 ne vise que l'absence de pouvoir discrétionnaire permettant au tribunal de décider si l'institution fédérale concernée devrait être autorisée à présenter des arguments en l'absence de l'autre partie. Le paragraphe 51(3) oblige le tribunal, lorsque l'institution fédérale concernée le demande, à entendre ses arguments en l'absence de l'autre partie. L'appelant ne conteste pas le droit d'une institution fédérale à laquelle une demande de communication est présentée en application de l'art. 12 de la Loi de refuser de communiquer certains renseignements en invoquant les exceptions prévues par la Loi. Il ne conteste pas non plus le droit que le par. 16(2) reconnaît à l'institution de refuser de confirmer ou de nier l'existence de renseignements personnels lorsqu'il invoque une exception. Vu l'existence d'un régime législatif valide autorisant l'État à refuser de confirmer ou de nier l'existence de renseignements (nous devons en effet supposer sa validité puisqu'il n'est pas contesté) et le fait que le tribunal saisi d'un recours en révision peut conclure que la communication des renseignements demandés a à bon droit été refusée et que, de ce fait, ceux-ci ne doivent pas être divulgués, il s'ensuit nécessairement qu'une institution fédérale doit avoir la possibilité de présenter des arguments en l'absence de l'autre partie. Si l'on reconnaît, d'une part, que l'État peut

2002 SCC 75 (CanLII)

the government must have the capacity to proceed *ex parte*.

à juste titre refuser de communiquer des renseignements lorsqu'une exception légitime lui permet de le faire et, d'autre part, qu'il n'est pas déraisonnable que l'État, lorsqu'il invoque l'application d'une exception, refuse de confirmer ou de nier l'existence de renseignements, il s'ensuit nécessairement qu'il doit avoir la possibilité de présenter des arguments en l'absence de l'autre partie.

42 For all the exemptions in the Act other than s. 19(1)(*a*) or (*b*) or s. 21 the government's ability to make *ex parte* submissions is subject to the discretion of the reviewing court. Through the mandatory *ex parte* provision in s. 51(3), Parliament has seen fit to assert the special sensitive nature of the information involved and has provided added protection and assurance against inadvertent disclosure. Even though the adversarial challenge to the claim of exemptions in such cases is limited, recourse to the Privacy Commissioner and to two levels of court who will have access to the information sought and to the evidence supporting the claimed exemption is sufficient, in my view, to meet the constitutional requirements of procedural fairness in this context.

Pour toutes les exceptions prévues par la Loi, sauf celles établies par l'al. 19(1)*a*) ou *b*) ou l'art. 21, la possibilité pour l'État de présenter des arguments en l'absence de l'autre partie dépend de l'exercice par le tribunal de révision de son pouvoir discrétionnaire à cet égard. En établissant la procédure *ex parte* impérative prévue au par. 51(3), le législateur a voulu affirmer le caractère particulièrement délicat des renseignements en jeu et il a créé une garantie supplémentaire contre les risques de divulgation accidentelle. Même si le débat contradictoire est limité lorsque la légitimité des exceptions invoquées est contestée dans des affaires de cette nature, l'existence d'un recours devant le Commissaire et les deux sections de la Cour fédérale — juridictions qui auront toutes accès aux renseignements demandés et à la preuve présentée pour justifier l'exception invoquée — permet, à mon avis, de satisfaire en l'espèce aux exigences constitutionnelles en matière d'équité procédurale.

43 The purpose of the exemption contained in s. 19(1)(*a*) and (*b*) is to prevent an inadvertent disclosure of information obtained in confidence from foreign governments or institutions. This provision is directly aimed at the state's interest in preserving Canada's present supply of intelligence information received from foreign sources. Section 21 is aimed at Canada's national security interests. The appellant acknowledges that the state's legitimate interest in protection of information which, if released, would significantly injure national security is a pressing and substantial concern. This Court recognized the interest of the state in protecting national security and the need for confidentiality in national security matters in *Chiarelli*, *supra*, at p. 745.

L'exception prévue aux al. 19(1)*a*) et *b*) vise à prévenir la divulgation accidentelle de renseignements obtenus à titre confidentiel de gouvernements ou d'organismes étrangers. Elle vise directement l'intérêt de l'État à maintenir ses sources étrangères de renseignements. L'article 21 tend à protéger les intérêts du Canada en matière de sécurité nationale. L'appelant reconnaît que l'intérêt légitime de l'État à protéger des renseignements qui, s'ils étaient divulgués, porteraient sensiblement atteinte à la sécurité nationale est une préoccupation urgente et réelle. Dans l'arrêt *Chiarelli*, précité, p. 745, la Cour a reconnu l'intérêt de l'État à protéger la sécurité nationale ainsi que la nécessité de protéger le secret dans les affaires touchant à celle-ci.

44 The mandatory *ex parte in camera* provision is designed to avoid the perception by Canada's allies

Les dispositions impératives pourvoyant à la tenue d'audiences *ex parte* et à huis clos ont pour

2002 SCC 75 (CanLII)

and intelligence sources that an inadvertent disclosure of information might occur, which would in turn jeopardize the level of access to information that foreign sources would be willing to provide. In her reasons, Simpson J. reviewed five affidavits filed by the respondent from CSIS, the RCMP, the Department of National Defence ("DND"), and two from the Department of External Affairs ("DEA"). These affidavits emphasize that Canada is a net importer of information and the information received is necessary for the security and defence of Canada and its allies. The affidavits further emphasize that the information providers are aware of Canada's access to information legislation. If the mandatory provisions were relaxed, all predict that this would negatively affect the flow and quality of such information. This extract from one of the affidavits from the DEA is typical:

> Canada is not a great power. It does not have the information gathering and assessment capabilities of, for instance, the United States, the United Kingdom or France. Canada does not have the same quantity or quality of information to offer in exchange for the information received from the countries which are our most important sources. If the confidence of these partners in our ability to protect information is diminished, the fact that we are a relatively less important source of information increases our vulnerability to having our access to sensitive information cut off.
>
> . . . Without these extra procedural protections [the mandatory *in camera* nature of the hearing and the right to make *ex parte* representations provided for in s. 51] the substantive protections in sections 19 and 21 are greatly diminished in value. The confidence in foreign states would be diminished because, while the Government of Canada could give assurances that a request for such information could and would be refused under Canadian law, it could not give assurances that it would necessarily be protected from inadvertent disclosure during a hearing.

In her reasons Simpson J. provided a brief overview of the affidavit evidence. The affidavit from CSIS stated that sensitive information is received

objet d'éviter que les alliés et les sources de renseignements du Canada aient l'impression qu'une divulgation accidentelle pourrait survenir et que, pour cette raison, ils soient moins disposés à communiquer des renseignements à notre pays. Dans ses motifs, madame le juge Simpson a examiné cinq affidavits déposés par l'intimé, trois ayant été établis par le SCRS, la GRC et le ministère de la Défense nationale (« MDN ») respectivement, et deux par le ministère des Affaires étrangères (« MAE »). Les auteurs de ces affidavits insistent sur le fait que le Canada est un importateur net d'information et que l'information recueillie est nécessaire à la sécurité et à la défense du Canada et de ses alliés. Ils ajoutent que les sources de renseignements connaissent les dispositions législatives canadiennes en matière d'accès à l'information. Tous affirment que l'assouplissement des dispositions impératives aurait un effet néfaste sur la circulation des renseignements et la qualité de ceux-ci. L'extrait suivant de l'un des affidavits du MAE est représentatif :

> [TRADUCTION] Le Canada n'est pas une grande puissance. Il n'a pas la même capacité de recueillir et d'évaluer l'information que les États-Unis, le Royaume-Uni ou la France, par exemple. Il ne peut offrir en échange le même volume et la même qualité de renseignements qu'il obtient des pays qui sont sa principale source d'information. Si la confiance de ces partenaires dans notre aptitude à protéger ces renseignements venait à être ébranlée, le fait que nous soyons une source d'information relativement moins importante que d'autres accroît le risque que les portes d'accès aux renseignements délicats nous soient fermées.
>
> . . . À défaut de ces sauvegardes supplémentaires d'ordre procédural [la tenue obligatoire d'une audience à huis clos et le droit de présenter des arguments en l'absence d'une autre partie, prévus à l'art. 51], les protections [substantielles qui font l']objet des articles 19 et 21 de la Loi perdraient largement de leur valeur. La confiance des gouvernements étrangers ne serait plus la même, car si le Canada peut donner l'assurance qu'une demande visant à obtenir ce genre d'information pourrait être et serait rejetée en vertu de la loi canadienne, il ne pourrait garantir que l'information serait nécessairement protégée contre une divulgation involontaire survenant au cours d'une audition.

45

Dans ses motifs, madame le juge Simpson a donné un aperçu de la preuve par affidavit. Le SCRS dit qu'on lui communique des renseignements

2002 SCC 75 (CanLII)

on the understanding that neither the source nor the information will be disclosed unless the provider consents. The affidavit from the RCMP representative discussed the agreements, as for example with Interpol, which operate on the basis that information will be kept confidential. The DND affidavit predicts that increasing the number of persons with access to information during the legal review process would "almost certainly restrict, if not completely eliminate" the possibility of Canada receiving information in the future. One of the affidavits from DEA observed that international convention and practice dictates that such information is received in confidence unless there is an express agreement to the contrary. The other DEA affidavit noted first that confidentiality is necessary to protect information critical to diplomacy, intelligence, and security. This affidavit acknowledged that whether the predicted drying up of information would actually occur if the mandatory protections were loosened would be hard to know since "you don't know what you are not getting", but he stressed his belief that under a different calculation of risks and benefits, foreign sources would likely screen information passed to Canada for fear that it would be compromised.

46 In the *Privacy Act* Parliament has recognized and attempted to balance the interests of the appellant in accessing personal information held by government institutions with the significant and legitimate interest of the state in national security and in maintaining foreign confidences. Only in the exceptional and limited circumstance where a government institution is claiming an exemption on the basis that the information involves national security and foreign confidences will the procedural regime in s. 51 requiring *ex parte in camera* proceedings be activated. The principles of fundamental justice do not require that the applicant have the most favourable proceedings. They do require that the proceedings be fair: *Lyons*, *supra*, at p. 362; *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519,

délicats pour autant que ni les renseignements non plus que leur origine ne seront dévoilés sans le consentement de la source. L'affidavit du représentant de la GRC fait état d'ententes conclues, par exemple avec Interpol, et fondées sur le principe que les renseignements échangés demeureront confidentiels. Pour sa part, le représentant du MDN estime que l'accroissement du nombre de personnes ayant accès aux renseignements dans le cadre d'un recours en révision aurait [TRADUCTION] « pour conséquence quasi certaine de restreindre, sinon d'écarter complètement » la possibilité que le Canada obtienne des renseignements à l'avenir. Dans un des affidavits du MAE, l'auteur signale que la pratique et l'usage internationaux prescrivent que de tels renseignements soient obtenus sous le sceau de la confidentialité, sauf entente expresse à l'effet contraire. L'auteur du second affidavit du MAE souligne d'abord que la confidentialité est nécessaire à la protection d'informations cruciales en matière de diplomatie, de renseignement et de sécurité. Il reconnaît qu'il est impossible de prédire avec certitude qu'il y aurait tarissement des sources de renseignements du Canada si les dispositions de la Loi étaient assouplies, car [TRADUCTION] « on ne connaît pas ce que l'on n'obtient pas ». Il dit cependant estimer que, après réévaluation des risques et des avantages, les sources étrangères communiqueraient vraisemblablement moins de renseignements au Canada de crainte qu'ils ne soient divulgués.

En adoptant la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, le législateur a reconnu le droit de l'appelant d'avoir accès aux renseignements personnels que détient à son sujet une institution fédérale et le droit important et légitime de l'État de veiller à la sécurité nationale et de protéger les renseignements de source étrangère obtenus à titre confidentiel, et il a tenté d'établir un équilibre entre les deux. Ce n'est que dans le cas exceptionnel et bien précis où une institution fédérale refuse de communiquer des renseignements au motif qu'ils touchent à la sécurité nationale ou à des renseignements confidentiels de source étrangère que s'applique la procédure établie à l'art 51, savoir la tenue obligatoire d'audiences *ex parte* et à huis clos. Les principes de justice fondamentale n'exigent pas que

2002 SCC 75 (CanLII)

2000 SCC 48, at para. 130; *B. (R.)*, *supra*, at para. 101.

le demandeur bénéficie de la procédure la plus favorable, mais ils requièrent que la procédure soit équitable : *Lyons*, précité, p. 362; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48, par. 130; *B. (R.)*, précité, par. 101.

The *Privacy Act* includes alternative procedural protections in order to protect the interests of applicants. The government does not have unrestrained use of the exemptions. The government bears the burden of establishing that the information is properly exempted (s. 47). As mentioned before, when making *ex parte* submissions to the reviewing court, the government institution is under a duty to act in utmost good faith and must make full, fair and candid disclosure of the facts, including those that may be adverse to its interest. I also stress again that recourse to these exemptions is subject to two independent levels of scrutiny: the Privacy Commissioner and the Federal Court on a judicial review application under s. 41. Both the Privacy Commissioner and the reviewing court have access to the information that is being withheld (ss. 34(2) and 45) in order to determine whether an exemption has been properly claimed. In addition, the Federal Court has the power to order the release of the personal information if the court determines that the material was not received in confidence from a foreign source or is not within the bounds of the national security exemption.

47 La *Loi sur la protection des renseignements personnels* comporte d'autres garanties procédurales visant à protéger les droits des personnes demandant l'accès à des renseignements. L'État ne peut invoquer les exceptions à son gré. La charge d'établir le bien-fondé du refus de communication des renseignements demandés lui incombe (art. 47). Comme je l'ai mentionné précédemment, l'institution fédérale qui présente des arguments en l'absence de l'autre partie devant le tribunal de révision est tenue d'agir avec la bonne foi la plus absolue et d'exposer les faits de manière complète, franche et impartiale, y compris ceux qui pourraient lui être défavorables. Je rappelle également que le bien-fondé d'une exception peut être contesté successivement devant deux juridictions indépendantes : le Commissaire et, au moyen du recours prévu à l'art. 41, la Cour fédérale. Tant le Commissaire que la Cour fédérale ont accès aux renseignements dont la communication est refusée (par. 34(2) et art. 45) pour décider si l'exception est invoquée à bon droit. De plus, la Cour fédérale peut ordonner la communication des renseignements personnels lorsqu'elle estime qu'ils n'ont pas été obtenus à titre confidentiel d'une source étrangère ou qu'ils ne relèvent pas de l'exception relative à la sécurité nationale.

The appellant argues that the provision for discretion in other contexts involving national security, such as those at issue in *Chiarelli*, *supra*, shows that there is neither the need, nor the constitutional justification for the mandatory rule in s. 51 of the Act. It is true that s. 51(3) grants no discretion to the reviewing court to receive submissions *ex parte*. However, in order to determine whether the procedure accords with the principles of fundamental justice, in this case, it must be considered in the specific context in which it arises.

48 L'appelant plaide que l'existence du pouvoir discrétionnaire accordé dans d'autres contextes touchant la sécurité nationale, par exemple les circonstances de l'arrêt *Chiarelli*, précité, démontre que la règle impérative prévue par l'art. 51 de la Loi n'est ni nécessaire ni justifiée du point de vue constitutionnel. Il est vrai que, aux termes du par. 51(3), le tribunal de révision n'a pas le pouvoir discrétionnaire de décider de l'opportunité d'entendre des arguments en l'absence de l'autre partie. Toutefois, pour déterminer si, en l'espèce, la procédure est conforme aux principes de justice naturelle, il faut l'examiner eu égard au contexte précis dans lequel elle s'applique.

2002 SCC 75 (CanLII)

49 I agree with the observations of both Simpson J. and the Federal Court of Appeal that if the statutory scheme in s. 51 were discretionary as opposed to mandatory, it is virtually certain that a reviewing court would exercise its discretion to hear the matter *in camera* and accept submissions *ex parte* whenever the government presented appropriate evidence that the undisclosed material was received in confidence from foreign sources or involved national security.

50 It is also important to understand that the information withheld from an applicant under these exemptions may be quite innocuous to the applicant but, rather, reveal the interest of a government institution in other persons or groups or reveal the source of information, as in the case of information received from foreign sources. Section 19 protects information received in confidence from foreign sources regardless of how innocuous it may be as it relates to the applicant.

51 In this case, given the statutory framework, the narrow basis of the appellant's constitutional challenge and the significant and exceptional state and social interest in the protection of information involved, I find that the mandatory *ex parte* and *in camera* provisions do not fall below the level of fairness required by s. 7.

B. *Section 2(b)*

52 The respondent did not appeal the finding of the motions judge (Simpson J.) that the mandatory nature of ss. 51(2)(*a*) and 51(3) infringe the appellant's rights and freedoms as guaranteed by s. 2(*b*). Simpson J. held that the appellant's rights as a reader were directly affected if the hearing was held *ex parte* and *in camera*. In such situations, members of the public, including the press, are excluded. As a member of the reading public the appellant was entitled to raise s. 2(*b*) to challenge the mandatory *ex parte* and *in camera* provision in s. 51. In support of this, Simpson J. cited *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, for the

À l'instar de madame le juge Simpson et de la Cour d'appel fédérale, j'estime que si la procédure établie à l'art. 51 était discrétionnaire plutôt qu'impérative, il est à peu près certain que le tribunal de révision exercerait son pouvoir discrétionnaire de tenir l'audience à huis clos et d'entendre des arguments en l'absence de l'autre partie dans tous les cas où l'État établit que les renseignements dont la communication est refusée sont des renseignements confidentiels de source étrangère ou des renseignements touchant à la sécurité nationale.

Il importe également de comprendre que les renseignements dont la communication est refusée sur le fondement de ces exceptions peuvent être tout à fait inoffensifs pour le demandeur, mais avoir pour effet soit de révéler l'intérêt que porte l'institution fédérale à d'autres personnes ou à d'autres groupes soit de dévoiler la source de l'information, comme dans le cas de renseignements émanant de l'étranger. L'article 19 protège les renseignements de source étrangère obtenus à titre confidentiel, aussi inoffensifs soient-ils pour le demandeur.

Dans la présente affaire, vu le cadre législatif applicable, la portée restreinte de la question constitutionnelle soulevée par l'appelant, de même que l'intérêt à la fois important et exceptionnel de l'État et de la société dans la protection des renseignements concernés, j'estime que les dispositions impératives requérant la tenue d'audiences à huis clos et *ex parte* respectent l'obligation d'équité découlant de l'art. 7 de la *Charte*.

B. *L'alinéa 2b)*

L'intimé n'a pas interjeté appel de la conclusion du juge des requêtes (madame le juge Simpson) voulant que le caractère impératif des par. 51(2) et (3) porte atteinte aux droits et libertés garantis à l'appelant par l'al. 2*b*). Madame le juge Simpson a conclu que les droits de l'appelant en tant que lecteur étaient directement touchés si l'audience se déroulait *ex parte* et à huis clos. En pareil cas, le public, y compris la presse, serait exclu. En tant que membre du public lecteur, l'appelant pouvait contester, sur le fondement de l'al. 2*b*), les dispositions de l'art. 51 imposant la tenue d'audiences *ex parte* et à huis clos. Au soutien de cette con-

2002 SCC 75 (CanLII)

principle that freedom of expression in s. 2(*b*) protects both listeners and readers.

The concept of open courts is deeply embedded in our common law tradition and has found constitutional protection in s. 2(*b*) of the *Charter*. This Court confirmed in *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, the importance of this principle, which is inextricably linked to the rights guaranteed by s. 2(*b*). As stated by La Forest J. at para. 23:

> Openness permits public access to information about the courts, which in turn permits the public to discuss and put forward opinions and criticisms of court practices and proceedings. While the freedom to express ideas and opinions about the operation of the courts is clearly within the ambit of the freedom guaranteed by s. 2(*b*), so too is the right of members of the public to obtain information about the courts in the first place. Cory J. in *Edmonton Journal* described the equally important aspect of freedom of expression that protects listeners as well as speakers and ensures that this right to information about the courts is real and not illusory. At pages 1339-40, he states:
>
> > That is to say as listeners and readers, members of the public have a right to information pertaining to public institutions and particularly the courts. Here the press plays a fundamentally important role. It is exceedingly difficult for many, if not most, people to attend a court trial. Neither working couples nor mothers or fathers house-bound with young children, would find it possible to attend court. Those who cannot attend rely in large measure upon the press to inform them about court proceedings — the nature of the evidence that was called, the arguments presented, the comments made by the trial judge — in order to know not only what rights they may have, but how their problems might be dealt with in court. It is only through the press that most individuals can really learn of what is transpiring in the courts. They as "listeners" or readers have a right to receive this information. Only then can they make an assessment of the institution. Discussion of court cases and constructive criticism of court proceedings is dependent upon the receipt by the public of information as to what transpired in court.

clusion, le juge Simpson a cité l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, où la Cour a dit que la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) protège tant l'auditeur que le lecteur.

Le principe de la publicité des débats judiciaires est profondément enraciné dans notre tradition de common law, et il est protégé constitutionnellement par l'al. 2*b*) de la *Charte*. Dans *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, la Cour a confirmé l'importance de ce principe, qui est inextricablement lié aux droits garantis par l'al. 2*b*). Comme l'a dit le juge La Forest au par. 23 :

> Grâce à ce principe [la publicité des débats en justice], le public a accès à l'information concernant les tribunaux, ce qui lui permet ensuite de discuter des pratiques des tribunaux et des procédures qui s'y déroulent, et d'émettre des opinions et des critiques à cet égard. La liberté d'exprimer des idées et des opinions sur le fonctionnement des tribunaux relève clairement de la liberté garantie à l'al. 2*b*), mais en relève également le droit du public d'obtenir au préalable de l'information sur les tribunaux. Dans *Edmonton Journal*, le juge Cory a décrit l'autre aspect tout aussi important de la liberté d'expression qui protège à la fois ceux qui s'expriment et ceux qui les écoutent, et qui garantit que ce droit à l'information sur les tribunaux est réel et non illusoire. Aux pages 1339 et 1340, il a dit ceci :
>
> > C'est donc dire que, comme ensemble d'auditeurs et de lecteurs, le public a le droit d'être informé de ce qui se rapporte aux institutions publiques et particulièrement aux tribunaux. La presse joue ici un rôle fondamental. Il est extrêmement difficile pour beaucoup, sinon pour la plupart, d'assister à un procès. Ni les personnes qui travaillent ni les pères ou mères qui restent à la maison avec de jeunes enfants ne trouveraient le temps d'assister à l'audience d'un tribunal. Ceux qui ne peuvent assister à un procès comptent en grande partie sur la presse pour être tenus au courant des instances judiciaires — la nature de la preuve produite, les arguments présentés et les remarques faites par le juge du procès — et ce, non seulement pour connaître les droits qu'ils peuvent avoir, mais pour savoir comment les tribunaux se prononceraient dans leur cas. C'est par l'intermédiaire de la presse seulement que la plupart des gens peuvent réellement savoir ce qui se passe devant les tribunaux. À titre d'« auditeurs » ou de lecteurs, ils ont droit à cette information. C'est comme cela seulement qu'ils

53

2002 SCC 75 (CanLII)

Practically speaking, this information can only be obtained from the newspapers or other media.

That the right of the public to information relating to court proceedings, and the corollary right to put forward opinions pertaining to the courts, depend on the freedom of the press to transmit this information is fundamental to an understanding of the importance of that freedom. The full and fair discussion of public institutions, which is vital to any democracy, is the *raison d'être* of the s. 2(*b*) guarantees. Debate in the public domain is predicated on an informed public, which is in turn reliant upon a free and vigorous press. The public's entitlement to be informed imposes on the media the responsibility to inform fairly and accurately. This responsibility is especially grave given that the freedom of the press is, and must be, largely unfettered. [Emphasis added by La Forest J.]

To the extent that the *in camera* provision excludes both the appellant and the public from the proceedings it is clear that the provision violates s. 2(*b*). The respondent did not appeal the finding of Simpson J. that the mandatory nature of ss. 51(2)(*a*) and 51(3) infringe the appellant's rights and freedoms as guaranteed by s. 2(*b*). The respondent has not challenged the appellant's standing to challenge the provision under s. 2(*b*). I therefore assume, without comment, that he has standing to do so.

54 It remains to determine whether the *in camera* provision in s. 51(2)(*a*) can be saved by s. 1 as a reasonable limit that can be demonstrably justified in a free and democratic society. I conclude that it cannot. In relation to s. 21, the appellant concedes that the protection of information which could reasonably be expected to be injurious to Canada's national security is a pressing and substantial concern. In reference to s. 19(1)(*a*) and (*b*) I agree with Simpson J. that the preservation of Canada's supply of intelligence information from foreign sources is also a pressing and substantial objective. *In camera* hearings reduce the risk of an

peuvent évaluer l'institution. L'analyse des décisions judiciaires et la critique constructive des procédures judiciaires dépendent des informations que le public a reçues sur ce qui se passe devant les tribunaux. En termes pratiques, on ne peut obtenir cette information que par les journaux et les autres médias.

L'idée que le droit du public à l'information concernant les procédures judiciaires et le droit correspondant d'émettre des opinions sur les tribunaux sont tributaires de la liberté de la presse de communiquer cette information est fondamentale pour bien comprendre l'importance de cette liberté. La raison d'être des garanties de l'al. 2*b*) est de permettre des discussions complètes et impartiales sur les institutions publiques, condition vitale à toute démocratie. Le débat au sein du public suppose que ce dernier est informé, situation qui à son tour dépend de l'existence d'une presse libre et vigoureuse. Le droit du public d'être informé impose aux médias la responsabilité d'informer de façon exacte et impartiale. Cette responsabilité est particulièrement lourde, étant donné que la liberté de la presse s'exerce et doit s'exercer en grande partie sans entrave. [Soulignement du juge La Forest.]

Dans la mesure où la disposition prescrivant le huis clos exclut à la fois l'appelant et le public, elle viole de toute évidence l'al. 2*b*). L'intimé n'a pas appelé de la conclusion du juge Simpson portant que la nature obligatoire des par. 51(2) et (3) porte atteinte aux droits et libertés garantis à l'appelant par l'al. 2*b*). Comme l'intimé n'a pas plaidé que l'appelant n'avait pas qualité pour contester la disposition au regard de l'al. 2*b*), je présume en conséquence, sans commenter ce point davantage, que ce dernier a la qualité requise pour le faire.

Il reste maintenant à décider si le par. 51(2), qui prescrit la tenue de l'audience à huis clos, constitue une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique et si, de ce fait, sa validité peut être sauvegardée par l'article premier. Je conclus que non. Relativement à l'art. 21, l'appelant reconnaît que la protection des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la sécurité nationale du Canada est une préoccupation urgente et réelle. En ce qui a trait aux al. 19(1)*a*) et *b*), je souscris à l'opinion de madame le juge Simpson que la préservation des sources

2002 SCC 75 (CanLII)

inadvertent disclosure of sensitive information and thus the provision is rationally connected to the objective.

étrangères de renseignements du Canada constitue également un objectif urgent et réel. Comme la tenue d'audiences à huis clos diminue le risque de divulgation accidentelle de renseignements délicats, il existe un lien rationnel entre la disposition et l'objectif qu'elle vise.

The provision fails, however, on the question of minimal impairment. Simpson J. identified a judicial practice of reading down s. 51 as requiring only those portions of the hearing in which the *ex parte* submissions are received to be *in camera.* Indeed, it is evident from her reasons that the Solicitor General consented to proceeding on such a basis in this case ((1994), 80 F.T.R. 81, at para. 5). As an example of this judicial practice Simpson J. cited *Ternette v. Canada (Solicitor General)*, [1992] 2 F.C. 75 (T.D.).

55 Toutefois, la disposition ne résiste pas à l'analyse fondée sur l'atteinte minimale. Madame le juge Simpson a signalé que les tribunaux ont pour pratique de donner une interprétation atténuante de l'art. 51 et de n'ordonner le huis clos que pendant l'audition d'arguments en l'absence de l'autre partie. De fait, il ressort de ses motifs que le solliciteur général a en l'espèce consenti à ce que la procédure se tienne ainsi ((1994), 80 F.T.R. 81, par. 5). À titre d'exemple de cette pratique, madame le juge Simpson a mentionné l'affaire *Ternette c. Canada (Solliciteur général)*, [1992] 2 C.F. 75 (1re inst.).

Ternette was an application under s. 41 of the Act for a review of a refusal to disclose personal information pursuant to s. 21. Although the respondent Solicitor General filed a notice of motion in advance of the hearing for the hearing to be conducted *in camera*, at the commencement of the hearing the Solicitor General proposed, with the consent of the applicant and the intervener Privacy Commissioner, that the hearing proceed in open court with the exception that the *ex parte* submissions would be made *in camera*. The motions judge acknowledged that s. 51(2) provides that in an application such as the one before him, where the refusal to disclose personal information is based on s. 21, the hearing "shall be heard *in camera*" (emphasis added). Despite this, he ordered that the hearing proceed in public, as proposed, with the opportunity for the Solicitor General to make submission *ex parte* and *in camera*. He explained the reason for his order as follows (at p. 89):

56 Dans *Ternette*, l'intéressé avait exercé un recours en révision en vertu de l'art. 41 de la Loi après s'être vu refuser la communication de renseignements personnels sur le fondement de l'art. 21. Malgré le fait qu'il avait produit au préalable un avis de requête sollicitant la tenue de l'audience à huis clos, le solliciteur général intimé avait proposé, au début de l'audience, avec le consentement du demandeur et de l'intervenant, le Commissaire, que les débats soient publics, sauf pendant l'audition des arguments en l'absence de l'autre partie. Le juge des requêtes avait reconnu que, suivant le par. 51(2), les recours visant un refus fondé sur l'art. 21 « [font] [. . .] l'objet d'une audition à huis clos » (je souligne). Il avait néanmoins ordonné que l'audience se déroule publiquement, comme on le proposait, mais que le solliciteur général ait la possibilité de présenter à huit clos des arguments en l'absence de l'autre partie. Il a expliqué sa décision de la manière suivante (à la p. 89) :

That order was based on the principle that the Court's proceedings are open and public unless there be a particular ground urged by a party that is deemed to warrant exceptional proceedings *in camera* or *ex parte*. Such a ground exists by virtue of subsections 51(2) and (3). That provision is intended for the protection of public and private interests in information. If it is not seen as

Cette ordonnance est fondée sur le principe selon lequel les procédures de la Cour ont lieu en public à moins qu'une partie n'invoque un motif particulier qui est réputé justifier exceptionnellement une audience à huis clos ou en l'absence d'une partie. Pareil motif découle des paragraphes 51(2) et (3). Cette disposition est destinée à protéger les intérêts public et privé.

2002 SCC 75 (CanLII)

necessary for protection of those interests for the entire proceedings but only for a portion of them to be held *in camera*, by counsel representing the head of the government institution concerned, by the applicant, or by the Privacy Commissioner, in my view it would be contrary to the longstanding tradition of our judicial system and the Rules of this Court (*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663) for the Court *ex proprio motu* to direct that the hearing be fully *in camera*.

Si l'avocat représentant le responsable de l'institution fédérale concernée, le requérant ou le Commissaire à la protection de la vie privée n'estiment pas nécessaire, en vue de la protection de ces intérêts, que l'audience au complet soit tenue à huis clos, mais qu'une partie seulement se déroule ainsi, la Cour irait, à mon avis, à l'encontre de la tradition établie depuis longtemps dans notre régime judiciaire et dans les Règles de la Cour (*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663) si elle ordonnait *ex proprio motu* que l'audience au complet soit tenue à huis clos.

57 In our case, counsel for the Solicitor General informed the Court during oral argument that the hearing in this case before MacKay J. with respect to the merits of the exemptions claimed, was heard *in camera*. On the other hand, the hearings before Simpson J. on the constitutional questions were conducted in public. Counsel for the Solicitor General further represented to the Court that the Department of Justice has interpreted s. 51 narrowly, limiting the *in camera* requirement only to those portions of a hearing that concern the merits of the exemptions claimed under s. 19(1)(*a*) or (*b*) or s. 21 but allowing the Crown to consent to "collateral" issues (i.e., constitutional or procedural issues) being heard in open court.

Dans la présente affaire, les avocats du solliciteur général ont, pendant les plaidoiries, informé la Cour que le juge MacKay avait entendu à huis clos les arguments relatifs au bien-fondé des exceptions invoquées, alors que les questions constitutionnelles avaient été débattues devant madame le juge Simpson dans le cadre d'audiences publiques. Ils ont en outre fait valoir que le ministère de la Justice avait interprété l'art. 51 de manière restrictive, n'exigeant le huis clos que pendant l'audition des arguments relatifs au bien-fondé des exceptions invoquées en application de l'al. 19(1)*a*) ou *b*) ou de l'art. 21 et autorisant ses représentants à consentir à l'audition publique des questions « incidentes » (de nature constitutionnelle ou procédurale par exemple).

58 Aside from the constitutional issue, the Solicitor General's interpretation of s. 51(2)(*a*) is not one that the statute can reasonably bear. Section 51(2)(*a*) mandates that the hearing of an application under s. 41 and an appeal therefrom relating to personal information that a government institution has refused to disclose by reason of s. 19(1)(*a*) or (*b*) or s. 21 be heard *in camera*. Contrary to the apparent practice referred to by the Solicitor General, the statute does not limit the *in camera* requirement to only those parts of a hearing that involve the merits of an exemption. It is not open to the parties, even on consent, to bypass the mandatory *in camera* requirements of s. 51. Nor is open to a judge to conduct a hearing in open court in direct contradiction to the requirements of the statute, regardless of the proposal put forth by the parties. Unless the mandatory requirement is found to be unconstitutional and the section is "read down" as a constitutional

Abstraction faite de la question constitutionnelle, cette interprétation du par. 51(2) ne peut raisonnablement s'appuyer sur le texte de la loi. Le paragraphe 51(2) prescrit l'audition à huis clos, en premier ressort et en appel, de tout recours en révision exercé en vertu de l'art. 41 à la suite du refus d'une institution fédérale, sur le fondement de l'al. 19(1)*a*) ou *b*) ou de l'art. 21, de communiquer des renseignements personnels. Contrairement à la pratique qui, selon le solliciteur général, aurait cours devant les tribunaux, la Loi ne limite pas l'application de l'obligation relative au huis clos uniquement à l'audition des arguments portant sur le bien-fondé d'une exception. En effet, il n'est pas loisible aux parties, même si elles y consentent toutes, d'écarter les dispositions impératives de l'art. 51 relatives au huis clos. Il n'est pas non plus loisible au tribunal de tenir une audience publique et, de ce fait, de contrevenir directement à la loi, quoi que puissent proposer les parties à cet égard. À moins que la disposition créant l'exigence

2002 SCC 75 (CanLII)

remedy, it cannot otherwise be interpreted to bypass its mandatory nature.

impérative ne soit jugée inconstitutionnelle et que, à titre de réparation d'ordre constitutionnel, on ne lui donne une interprétation « atténuante », elle ne saurait être interprétée d'une manière permettant de faire abstraction de son caractère impératif.

The existence of this judicial practice makes clear, though, that the requirement that the entire hearing of a s. 41 application or appeal therefrom be heard *in camera*, as is required by s. 51(2)(*a*), is too stringent. The practice endorsed by the Solicitor General and courts alike demonstrates that the section is overbroad in closing the court to the public even where no concern exists to justify such a departure from the general principle of open courts.

59 L'existence de cette pratique des tribunaux fait toutefois ressortir la rigueur excessive de l'obligation que l'audition du recours en révision prévu à l'art. 41 et de tout appel s'y rapportant ait entièrement lieu à huis clos. La pratique susmentionnée — à laquelle souscrivent le solliciteur et les tribunaux — démontre que le par. 51(2) a une portée excessive en ce qu'il exclut le public de l'audience, même en l'absence de crainte justifiant une telle dérogation au principe général de la publicité des débats en justice.

I have already concluded that the *Privacy Act* validly obliges a reviewing court to accept *ex parte* submissions from a government institution, on request, in order to prevent the inadvertent disclosure of sensitive information. It follows, for the same reasons, that these *ex parte* submissions must be received *in camera*. The appropriate remedy is therefore to read down s. 51(2)(*a*) so that it applies only to the *ex parte* submissions mandated by s. 51(3). A reviewing court retains the discretion, pursuant to s. 46, to conduct the remainder of the hearing or any portion thereof, either in public, or *in camera*, or *in camera* and *ex parte*.

60 J'ai conclu, plus tôt, à la constitutionnalité des dispositions de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* qui, sur demande en ce sens de l'institution fédérale concernée, obligent le tribunal saisi d'un recours en révision à entendre les arguments de cette institution en l'absence de l'autre partie, afin de prévenir toute divulgation accidentelle de renseignements délicats. Il s'ensuit, pour les mêmes motifs, que ces arguments doivent également être entendus à huis clos. La réparation convenable consiste donc à donner une interprétation atténuante du par. 51(2), de façon qu'il ne s'applique qu'aux audiences *ex parte* prescrites par le par. 51(3). Le tribunal saisi d'un recours en révision dispose, aux termes de l'art. 46, du pouvoir discrétionnaire de poursuivre tout ou partie du reste de l'audition en audience publique, à huis clos ou encore à huis clos et en l'absence d'une partie.

VI. Cross-Appeal

Subsequent to the decision of Simpson J. in respect of the constitutionality of the provisions, MacKay J. ruled on the applicability of the various exemptions claimed. The cross-appeal concerns the decisions of MacKay J. ([1998] 2 F.C. 351) and the Federal Court of Appeal ([2000] 3 F.C. 589) with regards to the exemption in s. 22(1)(*b*) specifically. MacKay J. held that CSIS was justified in claiming the exemption based on s. 22(1)(*b*) as they had established a reasonable expectation of probable

VI. Le pourvoi incident

61 Après le prononcé de la décision de madame le juge Simpson sur la constitutionnalité des dispositions, le juge MacKay a statué sur l'applicabilité des différentes exceptions invoquées. Le pourvoi incident vise les décisions du juge MacKay ([1998] 2 C.F. 351) et de la Cour d'appel fédérale ([2000] 3 C.F. 589) concernant l'exception prévue à l'al. 22(1)*b*). Le juge MacKay a estimé que le SCRS avait invoqué à bon droit cette exception, puisque l'organisme avait établi que la divulgation des ren-

2002 SCC 75 (CanLII)

injury to investigations in general. MacKay J. commented that the only evidence on the public record before him was the public affidavit filed by CSIS. The evidence was uncontradicted and strengthened by CSIS's secret affidavit.

62 Soon after MacKay J. issued his reasons on the merits of the exemptions, the Federal Court of Appeal released its decision in *Rubin v. Canada (Minister of Transport)*, [1998] 2 F.C. 430. *Rubin* involved the interpretation of s. 16(1)(*c*) of the *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1, a similar, almost identical, provision to s. 22(1)(*b*) of the Act. The court in *Rubin* held that the exemption involved was limited to circumstances where a reasonable expectation of harm could be established to a current specific investigation or identifiable prospective investigation. The Federal Court of Appeal cited *Rubin* with approval and held that MacKay J. should not have extended the notion of injury in s. 22(1)(*b*) to investigations in general. The material was ordered sent back for a new review.

63 In light of this Court's decision in *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, [2002] 2 S.C.R. 773, 2002 SCC 53, the cross-appeal must be allowed and the decision of the motions judge restored. The motions judge interpreted s. 22(1)(*b*) in a manner consistent with this Court's ruling in *Lavigne*. The exemption in s. 22(1)(*b*) is not limited to current investigations or an identifiable prospective investigation. The appellant, respondent on cross appeal, did not challenge the finding of the motions judge that the Solicitor General had established a reasonable expectation of harm. The decision of MacKay J. is therefore restored.

VII. Costs

64 The appellant requested but was not awarded costs of his original application for a declaration that s. 51 was unconstitutional. Nor was he awarded costs on his appeal to the Federal Court of Appeal dealing with the constitutionality of s. 51. He asks this Court to award him costs on this appeal, the original constitutional application before Simpson J. of

seignements risquerait vraisemblablement de nuire à ses activités d'enquête en général. Il a fait observer que le seul élément de preuve dans le dossier public dont il disposait était l'affidavit public produit par le SCRS. Cet élément de preuve n'a pas été contredit et il était étayé par l'affidavit secret du SCRS.

Peu après que le dépôt des motifs du juge MacKay quant au bien-fondé des exceptions, la Cour d'appel fédérale a rendu jugement dans l'affaire *Rubin c. Canada (Ministre des Transports)*, [1998] 2 C.F. 430, qui portait sur l'interprétation de l'al. 16(1)*c*) de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, ch. A-1, disposition quasi identique à l'al. 22(1)*b*) de la Loi. La cour a jugé que l'exception concernée ne pouvait être invoquée que lorsqu'il était établi que la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire à une enquête particulière déjà en cours ou prévue. En l'espèce, la Cour d'appel fédérale a cité et approuvé l'arrêt *Rubin* concluant que le juge MacKay n'aurait pas dû étendre aux enquêtes en général la notion de préjudice prévue à l'al. 22(1)*b*). Elle a ordonné le renvoi des documents à la Section de première instance en vue d'une nouvelle révision.

Eu égard à l'arrêt de la Cour *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, [2002] 2 R.C.S. 773, 2002 CSC 53, le pourvoi incident doit être accueilli et la décision du juge des requêtes rétablie. Le juge des requêtes a interprété l'al. 22(1)*b*) d'une manière compatible avec cet arrêt. L'exception prévue à l'al. 22(1)*b*) ne s'applique pas qu'aux enquêtes déjà en cours ou prévues. L'appelant/intimé au pourvoi incident n'a pas contesté la conclusion du juge des requêtes selon laquelle le solliciteur général avait établi l'existence d'un risque vraisemblable de préjudice. La décision du juge MacKay est en conséquence rétablie.

VII. Les dépens

L'appelant a réclamé sans succès les dépens afférents à sa demande initiale visant à faire déclarer l'art. 51 inconstitutionnel. Il n'a pas non plus eu droit aux dépens en Cour d'appel fédérale sur cette question. L'appelant demande à la Cour de lui accorder les dépens afférents au présent pourvoi ainsi qu'à la contestation constitutionnelle devant

2002 SCC 75 (CanLII)

the Federal Court, Trial Division and on the appeal of the constitutional issue to the Federal Court of Appeal.

Although routinely costs follow the outcome of a case, this Court has the discretion, pursuant to s. 47 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, to award costs on an appeal regardless of the outcome. It also has the discretion to order the payment of costs of the proceedings in the courts below.

The *Privacy Act* specifically contemplates an award of costs to an unsuccessful party where an important and novel issue has been raised.

52. . . .

(2) Where the Court is of the opinion that an application for review under section 41 or 42 has raised an important new principle in relation to this Act, the Court shall order that costs be awarded to the applicant even if the applicant has not been successful in the result.

The spirit and purpose of s. 52(2) is a relevant consideration for this Court in the exercise of its discretion. The constitutional issues raised by the appellant in this case were serious, important and novel in the context of access to information litigation.

VIII. Conclusion

The appeal is allowed in part. I am of the opinion that it is appropriate in this case to award costs of the proceedings, here and in the courts below, to the appellant. The cross-appeal is allowed with costs to the respondent, appellant on the cross-appeal. The constitutional questions are answered as follows:

1. Do ss. 51(2)(*a*) and 51(3) of the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, as amended, infringe or deny the appellant's rights or freedoms guaranteed by s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes, as was conceded by the respondent.

madame le juge Simpson de la Section de première instance de la Cour fédérale et à l'appel de cette question devant la Cour d'appel fédérale.

65 Bien que les dépens suivent habituellement l'issue de la cause, l'art. 47 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, donne à la Cour le pouvoir discrétionnaire d'ordonner le paiement des dépens quelle que soit l'issue de l'affaire. La Cour peut également ordonner le paiement des dépens des juridictions inférieures.

66 La *Loi sur la protection des renseignements personnels* indique expressément que la partie déboutée de son recours peut se voir accorder les frais et dépens lorsque l'objet du recours a soulevé un principe important et nouveau :

52. . . .

(2) Dans les cas où elle estime que l'objet du recours a soulevé un principe important et nouveau quant à la présente loi, la Cour accorde les frais et dépens à la personne qui a exercé le recours devant elle, même si cette personne a été déboutée de son recours.

L'esprit et l'objet de cette disposition constituent, pour la Cour, une considération pertinente dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Les questions constitutionnelles soulevées par l'appelant en l'espèce revêtaient un caractère sérieux, important et nouveau dans le contexte d'un litige en matière d'accès à l'information.

VIII. Conclusion

67 Le pourvoi est accueilli en partie. Je suis d'avis qu'il convient, dans la présente affaire, d'accorder à l'appelant les dépens devant la Cour et devant les juridictions inférieures. Le pourvoi incident est accueilli avec dépens en faveur de l'intimé/appelant au pourvoi incident. Les réponses aux questions constitutionnelles sont les suivantes :

1. Les paragraphes 51(2) et (3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21, et ses modifications, portent-ils atteinte aux droits et libertés que l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à l'appelant?

Réponse : Oui, comme l'a concédé l'intimé.

2002 SCC 75 (CanLII)

2. If the answer to Question 1 is in the affirmative, are ss. 51(2)(*a*) and 51(3) of the *Privacy Act* reasonable limits, prescribed by law, that can be demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No. Section 51(2)(*a*) is read down to apply to subsection (3) only.

3. Does s. 51(3) of the *Privacy Act* infringe or deny the appellant's rights and freedoms guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Assuming without deciding that s. 7 applies, the answer is no.

4. If the answer to Question 3 is in the affirmative, is s. 51(3) of the *Privacy Act* a reasonable limit, prescribed by law, that can be demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: This question need not be answered.

APPENDIX

Relevant Constitutional and Statutory Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . .

(*b*) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

. . .

2. Si la réponse à la première question est affirmative, les par. 51(2) et (3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* constituent-ils des limites raisonnables prescrites par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non. Le paragraphe 51(2) fait l'objet d'une interprétation atténuante de façon qu'il ne s'applique qu'au par. (3).

3. Le paragraphe 51(3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* porte-t-il atteinte aux droits et libertés que l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à l'appelant?

Réponse : En supposant que l'art. 7 s'applique, sans pour autant trancher la question, la réponse est non.

4. Si la réponse à la question 3 est affirmative, le par. 51(3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* constitue-t-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'y a pas lieu de répondre à cette question.

ANNEXE

Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

. . .

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

. . .

2002 SCC 75 (CanLII)

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21

12. (1) Subject to this Act, every individual who is a Canadian citizen or a permanent resident within the meaning of the *Immigration Act* has a right to and shall, on request, be given access to

(*a*) any personal information about the individual contained in a personal information bank; and

(*b*) any other personal information about the individual under the control of a government institution with respect to which the individual is able to provide sufficiently specific information on the location of the information as to render it reasonably retrievable by the government institution.

. . .

16. (1) Where the head of a government institution refuses to give access to any personal information requested under subsection 12(1), the head of the institution shall state in the notice given under paragraph 14(*a*)

(*a*) that the personal information does not exist, or

(*b*) the specific provision of this Act on which the refusal was based or the provision on which a refusal could reasonably be expected to be based if the information existed,

and shall state in the notice that the individual who made the request has a right to make a complaint to the Privacy Commissioner about the refusal.

(2) The head of a government institution may but is not required to indicate under subsection (1) whether personal information exists.

. . .

19. (1) Subject to subsection (2), the head of a government institution shall refuse to disclose any personal information requested under subsection 12(1) that was obtained in confidence from

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21

12. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, tout citoyen canadien et tout résident permanent, au sens de la *Loi sur l'immigration*, a le droit de se faire communiquer sur demande :

a) les renseignements personnels le concernant et versés dans un fichier de renseignements personnels;

b) les autres renseignements personnels le concernant et relevant d'une institution fédérale, dans la mesure où il peut fournir sur leur localisation des indications suffisamment précises pour que l'institution fédérale puisse les retrouver sans problèmes sérieux.

. . .

16. (1) En cas de refus de communication de renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1), l'avis prévu à l'alinéa 14*a*) doit mentionner, d'une part, le droit de la personne qui a fait la demande de déposer une plainte auprès du Commissaire à la protection de la vie privée et, d'autre part :

a) soit le fait que le dossier n'existe pas;

b) soit la disposition précise de la présente loi sur laquelle se fonde le refus ou sur laquelle il pourrait vraisemblablement se fonder si les renseignements existaient.

(2) Le paragraphe (1) n'oblige pas le responsable de l'institution fédérale à faire état de l'existence des renseignements personnels demandés.

. . .

19. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication des renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) qui ont été obtenus à titre confidentiel :

2002 SCC 75 (CanLII)

(*a*) the government of a foreign state or an institution thereof;

(*b*) an international organization of states or an institution thereof;

(*c*) the government of a province or an institution thereof; or

(*d*) a municipal or regional government established by or pursuant to an Act of the legislature of a province or an institution of such a government.

(2) The head of a government institution may disclose any personal information requested under subsection 12(1) that was obtained from any government, organization or institution described in subsection (1) if the government, organization or institution from which the information was obtained

(*a*) consents to the disclosure; or

(*b*) makes the information public.

. . .

21. The head of a government institution may refuse to disclose any personal information requested under subsection 12(1) the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the conduct of international affairs, the defence of Canada or any state allied or associated with Canada, as defined in subsection 15(2) of the *Access to Information Act*, or the efforts of Canada toward detecting, preventing or suppressing subversive or hostile activities, as defined in subsection 15(2) of the *Access to Information Act*, including, without restricting the generality of the foregoing, any such information listed in paragraphs 15(1)(*a*) to (*i*) of the *Access to Information Act*.

22. (1) The head of a government institution may refuse to disclose any personal information requested under subsection 12(1)

(*a*) that was obtained or prepared by any government institution, or part of any government institution, that is an investigative body specified in the regulations in the course of lawful investigations pertaining to

(i) the detection, prevention or suppression of crime,

(ii) the enforcement of any law of Canada or a province, or

(iii) activities suspected of constituting threats to the security of Canada within the meaning

a) des gouvernements des États étrangers ou de leurs organismes;

b) des organisations internationales d'États ou de leurs organismes;

c) des gouvernements provinciaux ou de leurs organismes;

d) des administrations municipales ou régionales constituées en vertu de lois provinciales ou de leurs organismes.

(2) Le responsable d'une institution fédérale peut donner communication des renseignements personnels visés au paragraphe (1) si le gouvernement, l'organisation, l'administration ou l'organisme qui les a fournis :

a) consent à la communication;

b) rend les renseignements publics.

. . .

21. Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication des renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la conduite des affaires internationales, à la défense du Canada ou d'États alliés ou associés avec le Canada, au sens du paragraphe 15(2) de la *Loi sur l'accès à l'information*, ou à ses efforts de détection, de prévention ou de répression d'activités hostiles ou subversives, au sens du paragraphe 15(2) de la même loi, notamment les renseignements visés à ses alinéas 15(1)*a*) à *i*).

22. (1) Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication des renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) :

a) soit qui remontent à moins de vingt ans lors de la demande et qui ont été obtenus ou préparés par une institution fédérale, ou par une subdivision d'une institution, qui constitue un organisme d'enquête déterminé par règlement, au cours d'enquêtes licites ayant trait :

(i) à la détection, la prévention et la répression du crime,

(ii) aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales,

(iii) aux activités soupçonnées de constituer des menaces envers la sécurité du Canada au sens de

2002 SCC 75 (CanLII)

of the *Canadian Security Intelligence Service Act*,

if the information came into existence less than twenty years prior to the request;

(*b*) the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of any law of Canada or a province or the conduct of lawful investigations, including, without restricting the generality of the foregoing, any such information

(i) relating to the existence or nature of a particular investigation,

(ii) that would reveal the identity of a confidential source of information, or

(iii) that was obtained or prepared in the course of an investigation; or

. . .

(3) For the purposes of paragraph (1)(*b*), "investigation" means an investigation that

(*a*) pertains to the administration or enforcement of an Act of Parliament;

(*b*) is authorized by or pursuant to an Act of Parliament; or

(*c*) is within a class of investigations specified in the regulations.

. . .

34. . . .

(2) Notwithstanding any other Act of Parliament or any privilege under the law of evidence, the Privacy Commissioner may, during the investigation of any complaint under this Act, examine any information recorded in any form under the control of a government institution, other than a confidence of the Queen's Privy Council for Canada to which subsection 70(1) applies, and no information that the Commissioner may examine under this subsection may be withheld from the Commissioner on any grounds.

. . .

41. Any individual who has been refused access to personal information requested under subsection 12(1) may, if a complaint has been made to the Privacy

la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*;

b) soit dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales ou au déroulement d'enquêtes licites, notamment :

(i) des renseignements relatifs à l'existence ou à la nature d'une enquête déterminée,

(ii) des renseignements qui permettraient de remonter à une source de renseignements confidentielle,

(iii) des renseignements obtenus ou préparés au cours d'une enquête;

. . .

(3) Pour l'application de l'alinéa (1)*b*), « enquête » s'entend de celle qui :

a) se rapporte à l'application d'une loi fédérale;

b) est autorisée sous le régime d'une loi fédérale;

c) fait partie d'une catégorie d'enquêtes précisée dans les règlements.

. . .

34. . . .

(2) Nonobstant toute autre loi fédérale ou toute immunité reconnue par le droit de la preuve, le Commissaire à la protection de la vie privée a, pour les enquêtes qu'il mène en vertu de la présente loi, accès à tous les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, qui relèvent d'une institution fédérale, à l'exception des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada auxquels s'applique le paragraphe 70(1); aucun des renseignements auxquels il a accès en vertu du présent paragraphe ne peut, pour quelque motif que ce soit, lui être refusé.

. . .

41. L'individu qui s'est vu refuser communication de renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) et qui a déposé ou fait déposer une plainte

2002 SCC 75 (CanLII)

Commissioner in respect of the refusal, apply to the Court for a review of the matter within forty-five days after the time the results of an investigation of the complaint by the Privacy Commissioner are reported to the complainant under subsection 35(2) or within such further time as the Court may, either before or after the expiration of those forty-five days, fix or allow.

. . .

45. Notwithstanding any other Act of Parliament or any privilege under the law of evidence, the Court may, in the course of any proceedings before the Court arising from an application under section 41, 42 or 43, examine any information recorded in any form under the control of a government institution, other than a confidence of the Queen's Privy Council for Canada to which subsection 70(1) applies, and no information that the Court may examine under this section may be withheld from the Court on any grounds.

46. (1) In any proceedings before the Court arising from an application under section 41, 42 or 43, the Court shall take every reasonable precaution, including, when appropriate, receiving representations *ex parte* and conducting hearings *in camera*, to avoid the disclosure by the Court or any person of

(*a*) any information or other material that the head of a government institution would be authorized to refuse to disclose if it were requested under subsection 12(1) or contained in a record requested under the *Access to Information Act*; or

(*b*) any information as to whether personal information exists where the head of a government institution, in refusing to disclose the personal information under this Act, does not indicate whether it exists.

(2) The Court may disclose to the appropriate authority information relating to the commission of an offence against any law of Canada or a province on the part of any officer or employee of a government institution, if in the opinion of the Court there is evidence thereof.

47. In any proceedings before the Court arising from an application under section 41, 42 or 43, the burden of establishing that the head of a government institution is authorized to refuse to disclose personal information requested under subsection 12(1) or that a file should be included in a personal information bank designated as an exempt bank under section 18 shall be on the government institution concerned.

. . .

à ce sujet devant le Commissaire à la protection de la vie privée peut, dans un délai de quarante-cinq jours suivant le compte rendu du Commissaire prévu au paragraphe 35(2), exercer un recours en révision de la décision de refus devant la Cour. La Cour peut, avant ou après l'expiration du délai, le proroger ou en autoriser la prorogation.

. . .

45. Nonobstant toute autre loi fédérale ou toute immunité reconnue par le droit de la preuve, la Cour a, pour les recours prévus aux articles 41, 42 ou 43, accès à tous les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, qui relèvent d'une institution fédérale, à l'exception des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada auxquels s'applique le paragraphe 70(1); aucun des renseignements auxquels la Cour a accès en vertu du présent article ne peut, pour quelque motif que ce soit, lui être refusé.

46. (1) À l'occasion des procédures relatives aux recours prévus aux articles 41, 42 ou 43, la Cour prend toutes les précautions possibles, notamment, si c'est indiqué, par la tenue d'audiences à huis clos et l'audition d'arguments en l'absence d'une partie, pour éviter que ne soient divulgués de par son propre fait ou celui de quiconque :

a) des renseignements qui justifient un refus de communication de renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) ou de renseignements contenus dans un document demandé sous le régime de la *Loi sur l'accès à l'information*;

b) des renseignements faisant état de l'existence de renseignements personnels que le responsable d'une institution fédérale a refusé de communiquer sans indiquer s'ils existaient ou non.

(2) Dans le cas où, à son avis, il existe des éléments de preuve touchant la perpétration d'infractions aux lois fédérales ou provinciales par un cadre ou employé d'une institution fédérale, la Cour peut faire part à l'autorité compétente des renseignements qu'elle détient à cet égard.

47. Dans les procédures découlant des recours prévus aux articles 41, 42 ou 43, la charge d'établir le bien-fondé du refus de communication de renseignements personnels ou le bien-fondé du versement de certains dossiers dans un fichier inconsultable classé comme tel en vertu de l'article 18 incombe à l'institution fédérale concernée.

. . .

2002 SCC 75 (CanLII)

49. Where the head of a government institution refuses to disclose personal information requested under subsection 12(1) on the basis of section 20 or 21 or paragraph 22(1)(*b*) or (*c*) or 24(*a*), the Court shall, if it determines that the head of the institution did not have reasonable grounds on which to refuse to disclose the personal information, order the head of the institution to disclose the personal information, subject to such conditions as the Court deems appropriate, to the individual who requested access thereto, or shall make such other order as the Court deems appropriate.

. . .

51. (1) Any application under section 41 or 42 relating to personal information that the head of a government institution has refused to disclose by reason of paragraph 19(1)(*a*) or (*b*) or section 21. . . shall be heard and determined by the Associate Chief Justice of the Federal Court or by such other judge of the Court as the Associate Chief Justice may designate to hear the applications.

(2) An application referred to in subsection (1) or an appeal brought in respect of such application shall

(*a*) be heard *in camera*; and

(*b*) on the request of the head of the government institution concerned, be heard and determined in the National Capital Region described in the schedule to the *National Capital Act*.

(3) During the hearing of an application referred to in subsection (1) or an appeal brought in respect of such application, the head of the government institution concerned shall, on the request of the head of the institution, be given an opportunity to make representations *ex parte*.

52. (1) Subject to subsection (2), the costs of and incidental to all proceedings in the Court under this Act shall be in the discretion of the Court and shall follow the event unless the Court orders otherwise.

(2) Where the Court is of the opinion that an application for review under section 41 or 42 has raised an important new principle in relation to this Act, the Court shall order that costs be awarded to the applicant even if the applicant has not been successful in the result.

Appeal allowed in part with costs to the appellant. Cross-appeal allowed with costs to the respondent.

Solicitors for the appellant: Ruby & Edwardh, Toronto.

49. Dans les cas où le refus de communication des renseignements personnels s'appuyait sur les articles 20 ou 21 ou sur les alinéas 22(1)*b*) ou *c*) ou 24*a*), la Cour, si elle conclut que le refus n'était pas fondé sur des motifs raisonnables, ordonne, aux conditions qu'elle juge indiquées, au responsable de l'institution fédérale dont relèvent les renseignements d'en donner communication à l'individu qui avait fait la demande; la Cour rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.

. . .

51. (1) Les recours visés aux articles 41 ou 42 et portant sur les cas où le refus de donner communication de renseignements personnels est lié aux alinéas 19(1)*a*) ou *b*) ou à l'article 21 [. . .] sont exercés devant le juge en chef adjoint de la Cour fédérale ou tout autre juge de cette Cour qu'il charge de leur audition.

(2) Les recours visés au paragraphe (1) font, en premier ressort ou en appel, l'objet d'une audition à huis clos; celle-ci a lieu dans la région de la capitale nationale définie à l'annexe de la *Loi sur la capitale nationale* si le responsable de l'institution fédérale concernée le demande.

(3) Le responsable de l'institution fédérale concernée a, au cours des auditions en première instance ou en appel et sur demande, le droit de présenter des arguments en l'absence d'une autre partie.

52. (1) Sous réserve du paragraphe (2), les frais et dépens sont laissés à l'appréciation de la Cour et suivent, sauf ordonnance contraire de la Cour, le sort du principal.

(2) Dans les cas où elle estime que l'objet du recours a soulevé un principe important et nouveau quant à la présente loi, la Cour accorde les frais et dépens à la personne qui a exercé le recours devant elle, même si cette personne a été déboutée de son recours.

Pourvoi accueilli en partie, avec dépens en faveur de l'appelant. Pourvoi incident accueilli, avec dépens en faveur de l'intimé.

Procureurs de l'appelant : Ruby & Edwardh, Toronto.

2002 SCC 75 (CanLII)

Solicitors for the respondent: McCarthy Tétrault, Ottawa; The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Privacy Commissioner of Canada: Nelligan O'Brien Payne, Ottawa.

Procureurs de l'intimé : McCarthy Tétrault, Ottawa; le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada : Nelligan O'Brien Payne, Ottawa.

2002 SCC 75 (CanLII)

Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 580, Al Peterson and Donna Alexander *Appellants*

v.

Dolphin Delivery Ltd. *Respondent*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of British Columbia, Attorney General for Alberta and Attorney General of Newfoundland *Interveners*

INDEXED AS: RWDSU *v.* DOLPHIN DELIVERY LTD.

File No.: 18720.

1984: December 6, 7; 1986: December 18.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Interlocutory injunction against secondary picketing — Application based on common law rule against inducing breach of contract — Whether injunction offending Charter right to freedom of expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 32(1) — Constitution Act, 1982, s. 52(1).

Appellant was the federally certified bargaining agent for the locked out employees of Purolator, an Ontario based courier. Prior to the lockout, respondent made deliveries for Purolator in its area and afterwards, for Supercourier, a company connected with Purolator. Appellant applied to the British Columbia Labour Relations Board for a declaration that respondent and Supercourier were allies of Purolator in their dispute with appellant. Such a finding would have rendered the picketing of respondent's business premises lawful, and consequently would have affected its business in that its collective agreement provided that its employees' refusal to cross a lawful picket line was not a violation of the agreement or grounds for disciplinary action or discharge. When the Board declined to hear the application for want of jurisdiction, the labour relations of the appellant being within federal jurisdiction, the legality of appellant's proposed picketing then fell for determination under the common law because the *Canada Labour Code* was silent on the issue. No picketing occurred at respondent's premises as respondent was

Syndicat des détaillants, grossistes et magasins à rayons, section locale 580, Al Peterson et Donna Alexander *Appelants*

c.

Dolphin Delivery Ltd. *Intimée*

et

Procureur général du Canada, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de l'Alberta et procureur général de Terre-Neuve *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: SDGMR *c.* DOLPHIN DELIVERY LTD.

N° du greffe: 18720.

1984: 6, 7 décembre: 1986: 18 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Wilson et Le Dain.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Injonction interlocutoire empêchant le piquetage secondaire — Demande fondée sur la règle de common law interdisant l'incitation à la rupture de contrat — L'injonction porte-t-elle atteinte au droit à la liberté d'expression conféré par la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 32(1) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).

Le syndicat appelant était accrédité en vertu de la loi fédérale comme agent négociateur des employés lock-outés de Purolator, une entreprise de messageries ayant son siège social en Ontario. Antérieurement au lock-out, l'intimée effectuait des livraisons pour Purolator dans la région qu'elle desservait et, après le lock-out, en a fait autant pour Supercourier, une société ayant des liens avec Purolator. L'appelant a demandé à la Commission des relations de travail de la Colombie-Britannique une déclaration portant que l'intimée et Supercourier étaient des alliées de Purolator dans le conflit en cause. Une pareille déclaration aurait rendu légal le piquetage de l'établissement de l'intimée, ce qui aurait eu un effet sur son entreprise puisque, aux termes de la convention collective, le refus des employés de franchir une ligne de piquetage légalement dressée ne constituait pas une violation de la convention et n'entraînait ni mesures disciplinaires ni renvoi. Quand la Commission s'est déclarée incompétente pour entendre la demande, les relations de travail de l'appelant étant de compétence fédérale, la légalité du piquetage envisagé par l'appelant

1986 CanLII 5 (SCC)

granted a *quia timet* injunction which was upheld on appeal. At issue here is whether secondary picketing in a labour dispute is protected as freedom of expression under s. 2(*b*) of the *Charter* and accordingly not the proper subject of an injunction to restrain it.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and Estey, McIntyre, Chouinard and Le Dain JJ: All picketing involves some form of expression and enjoys *Charter* protection unless some action on the part of the picketers alters its nature and removes it from *Charter* protection. *Charter* protection of this freedom does not encompass violence, threats of violence or other unlawful acts. The picketing at issue, although intended to bring about economic pressure and to induce the common law tort of breach of contract, was protected by the *Charter*.

The *Charter* applies to the common law. The language of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* clearly includes the common law and a construction of that section that would exclude the common law from the *Charter*'s application would be wholly unrealistic.

The *Charter* does not apply to private litigation completely divorced from any connection with government. Section 32 specifies that the *Charter* applies to the legislative, executive and administrative branches of government: their actions are subject to the *Charter* whether invoked in public or private litigation. An order of the Court, however, cannot be equated with government action for the purposes of *Charter* application notwithstanding political theory. The Courts, while bound by the *Charter*, act as neutral arbiters and to regard a court order as an element of government action necessary to invoke the *Charter* would unduly widen the scope of the *Charter*'s application to virtually all litigation.

Although government action is generally dependant on statutory authority, it may rely as well on the common law as in the case of the prerogative. The *Charter* will apply to the common law where the common law is the basis for some governmental action

a donc dû être déterminée en fonction de la *common law* étant donné le silence du *Code canadien du travail* sur la question. Il n'y a pas eu de piquetage à l'établissement de l'intimée parce que celle-ci a obtenu une injonction *quia timet*, laquelle a été confirmée en appel. La question en l'espèce est de savoir si le piquetage secondaire dans le cadre d'un conflit de travail relève de la liberté d'expression accordée par l'al. 2*b*) de la *Charte*, de sorte qu'il ne peut pas à bon droit être empêché par voie d'injonction.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges Estey, McIntyre, Chouinard et Le Dain: Tout piquetage comporte un certain élément d'expression et jouit de la protection de la *Charte*, à moins que quelque acte des piqueteurs ne vienne changer la nature du piquetage de manière qu'il ne bénéficie plus de la protection de la *Charte*. La protection que la *Charte* accorde à cette liberté n'englobe ni les cas de violence ou de menaces de violence ni d'autres actes illégaux. Quoiqu'il ait eu pour objet la création d'une pression économique et l'incitation à la perpétration du délit civil de rupture de contrat prévu par la *common law*, le piquetage en cause était protégé par la *Charte*.

La *Charte* s'applique à la *common law*. Les termes du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* comprennent manifestement la *common law* et il serait tout à fait irréaliste d'interpréter ce paragraphe de manière à exclure la *common law* du champ d'application de la *Charte*.

La *Charte* ne s'applique pas aux litiges privés n'ayant aucun lien avec le gouvernement. L'article 32 précise que la *Charte* s'applique aux branches législative, exécutive, et administrative du gouvernement: leurs actes sont soumis à la *Charte*, qu'elle soit invoquée dans un litige public ou un litige privé. Toutefois, malgré ce que dit la théorie politique, on ne saurait aux fins de l'application de la *Charte* assimiler l'ordonnance d'un tribunal à un acte du gouvernement. Les tribunaux, bien que liés par la *Charte*, agissent en tant qu'arbitres impartiaux et, si l'ordonnance d'un tribunal devait être considérée comme l'élément d'intervention gouvernementale requise pour que la *Charte* puisse être invoquée, on se trouverait à élargir indûment la portée de la *Charte* pour la rendre applicable à presque tous les litiges.

Bien que les actes du gouvernement dépendent généralement d'une autorisation conférée par la loi, un acte peut aussi reposer sur la *common law*, comme dans le cas de la prérogative. La *Charte* s'applique à la *common law* dans la mesure où celle-ci constitue le fondement

1986 CanLII 5 (SCC)

which is alleged to have infringed a guaranteed right or freedom.

It is difficult and probably dangerous to attempt to define with narrow precision that element of government intervention necessary to bring the *Charter* into play by private litigants in private litigation. It would seem that the *Charter* would apply to delegated legislation such as regulations, orders in council, possibly municipal by-laws and by-laws and regulations of other creatures of Parliament and the legislatures. Where government action of such nature is present, and where a private litigant relies on it to cause an infringement of the *Charter* rights of another, the *Charter* applies. Where, however, a private party sues another relying on the common law and where no government action is relied upon to support the action, the *Charter* will not apply.

The *Charter* did not apply to the case at bar. This litigation was between purely private parties and did not involve any exercise of or reliance on governmental action which would invoke the *Charter*. The application for the injunction was supported in this Court solely on the basis of the common law tort of inducing a breach of contract. Had the *Charter* applied, s. 1 of the *Charter* would have been effective to justify the granting of the injunction.

Per Beetz J.: For reasons stated by the majority of the British Columbia Court of Appeal, the picketing enjoined here would not have been a form of expression and consequently no question of infringement of s. 2(*b*) of the *Charter* could arise. The reasons of McIntyre J. were otherwise agreed with.

Per Wilson J.: On a s. 1 analysis the purpose and objectives of a common law principle must be ascertained through an objective approach in the same way as the purposes and objectives of an impugned piece of legislation are ascertained. Two distinct questions must be answered in this case. First, does the tort of inducing breach of contract represent a reasonable limit under s. 1 on freedom of expression in the labour relations context? Second, if the tort represents a reasonable limit under s. 1, should injunctive relief be granted in this case? If the tort does not survive the first question, the conduct is not wrongful and no injunction can issue. If the tort survives the first question, the facts must be considered to see whether the other requirements for the award of an interlocutory injunction are present, i.e.,

d'un acte gouvernemental qu'on dit porter atteinte à un droit ou à une liberté garantis.

Il est difficile et probablement dangereux de tenter de définir avec une précision trop rigoureuse l'élément d'intervention gouvernementale nécessaire pour que des justiciables privés puissent invoquer la *Charte* dans un litige privé. Il semblerait que la *Charte* s'applique à la législation déléguée, tels les règlements, les décrets, peut-être les règlements municipaux et les règlements administratifs et généraux d'autres organes créés par le Parlement et les législatures. Lorsqu'il y a un acte gouvernemental de ce genre et qu'un justiciable privé l'invoque et que cela occasionne une violation des droits conférés à une autre personne par la *Charte*, celle-ci doit s'appliquer. Quand toutefois une partie privée en poursuit une autre en s'appuyant sur la *common law* et que l'action n'est fondée sur aucun acte du gouvernement, la *Charte* ne s'applique pas.

La *Charte* ne s'applique pas en l'espèce. Il s'agit d'un litige entre parties privées seulement, litige dans lequel il n'y a pas eu d'acte gouvernemental susceptible d'entraîner l'application de la *Charte* et dans lequel aucun acte du gouvernement n'a été invoqué. La demande d'injonction ne s'est appuyée en cette Cour que sur le délit civil d'incitation à la rupture de contrat prévu par la *common law*. Si la *Charte* s'était appliquée, l'article premier aurait joué pour justifier la délivrance de l'injonction.

Le juge Beetz: Pour les motifs exposés par la majorité en Cour d'appel de la Colombie-Britannique, le piquetage qui a été interdit en l'espèce ne peut constituer une forme d'expression et il ne peut donc être aucunement question de violation de l'al. 2*b*) de la *Charte*. Pour le reste, les motifs du juge McIntyre reçoivent un accord.

Le juge Wilson: Au cours d'une analyse en vertu de l'article premier, il faut déterminer les buts et objectifs d'un principe de *common law* selon une démarche objective comme celle suivie pour déterminer les buts et objectifs d'un texte législatif en litige. Il faut répondre à deux questions distinctes en l'espèce. D'abord le délit civil d'incitation à la rupture de contrat représente-t-il, au sens de l'article premier, une limite raisonnable de la liberté d'expression dans le contexte des relations de travail? Ensuite, si le délit civil représente une limite raisonnable au sens de l'article premier, une injonction doit-elle être accordée en l'espèce? Si le délit civil ne passe pas le cap de la première question, il s'ensuit évidemment que la conduite n'est pas préjudiciable et qu'on ne peut pas délivrer d'injonction. Si, par contre, il passe ce cap, on doit considérer les faits pour déterminer si les autres critères de délivrance d'une injonction interlocutoire sont présents, c'est-à-dire, la prépondérance des inconvénients est-elle favorable au demandeur? Pour

1986 CanLII 5 (SCC)

whether the balance of convenience favours the plaintiff. The reasons of McIntyre J. were otherwise agreed with.

Cases Cited

By McIntyre J.

Considered: *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 26 D.L.R. (4th) 728, 54 O.R. (2d) 513; **referred to**: *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919); *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940); *Milk Wagon Drivers Union v. Meadowmoor Dairies*, 312 U.S. 287 (1941); *Channel Seven Television Ltd. v. National Association of Broadcast Employees and Technicians*, [1971] 5 W.W.R. 328; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Cat Productions Ltd. v. Macedo*, [1985] 1 F.C. 269.

By Wilson J.

Referred to: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

Statutes and Regulations Cited

Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*b*), (*d*), 15(1), 32(1).
Constitution Act, 1867, ss. 12, 16, 132.
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Human Rights Code, 1981, S.O. 1981, c. 53, s. 19(2).
Labour Code, R.S.B.C. 1979, c. 212, ss. 85(3), 88.

Authors Cited

Gibson, Dale. "The Charter of Rights and the Private Sector" (1982), 12 *Man. L.J.* 213.
Gibson, Dale. "Distinguishing the Governors from the Governed: The Meaning of 'Government' under Section 32(1) of the Charter" (1983), 13 *Man. L.J.* 505.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
Manning, Morris. *Rights, Freedoms and the Courts*. Toronto: Edmond-Montgomery, 1983.
McLellan, A. Anne and Bruce P. Elman. "To Whom Does the Charter Apply? Some Recent Cases on Section 32" (1986), 24 *Alta. L. Rev.* 361.
Mill, John Stuart. "On Liberty". In *On Liberty and considerations on Representative Government*. Edited by R. B. McCallum. Oxford: Basil Blackwell, 1946.
Milton, John. *Areopagitica; A Speech of Mr. John Milton for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England*. London: 1644.
Swinton, Katherine. "Application of the Canadian

le reste, les motifs du juge McIntyre reçoivent un accord.

Jurisprudence

Citée par le juge McIntyre

Arrêt examiné: *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 26 D.L.R. (4th) 728, 54 O.R. (2d) 513; **arrêts mentionnés**: *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919); *Boucher v. The King*, [1951] R.C.S. 265; *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940); *Milk Wagon Drivers Union v. Meadowmoor Dairies*, 312 U.S. 287 (1941); *Channel Seven Television Ltd. v. National Association of Broadcast Employees and Technicians*, [1971] 5 W.W.R. 328; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Cat Productions Ltd. c. Macedo*, [1985] 1 C.F. 269.

Citée par le juge Wilson

Arrêts mentionnés: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*b*), *d*), 15(1), 32(1).
Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1.
Code des droits de la personne, L.O. 1981, chap. 53, art. 19(2).
Labour Code, R.S.B.C. 1979, chap. 212, art. 85(3), 88.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 12, 16, 132.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).

Doctrine citée

Gibson, Dale. «The Charter of Rights and the Private Sector» (1982), 12 *Man. L.J.* 213.
Gibson, Dale. «Distinguishing the Governors from the Governed: The Meaning of 'Government' under Section 32(1) of the Charter» (1983), 13 *Man. L.J.* 505.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
Manning, Morris. *Rights, Freedoms and the Courts*. Toronto: Edmond-Montgomery, 1983.
McLellan, A. Anne and Bruce P. Elman. «To Whom Does the Charter Apply? Some Recent Cases on Section 32 » (1986), 24 *Alta. L. Rev.* 361.
Mill, John Stuart. «On Liberty». In *On Liberty and considerations on Representative Government*. Edited by R. B. McCallum. Oxford: Basil Blackwell, 1946.
Milton, John. *Areopagitica; A Speech of Mr. John Milton for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England*. London: 1644.
Swinton, Katherine. «Application de la Charte cana-

1986 CanLII 5 (SCC)

Charter of Rights and Freedoms". In W. S. Tarnopolsky and G.-A. Beaudoin, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms—Commentary*. Toronto: Carswells, 1982.

Tarnopolsky, Walter S. "The Equality Rights". In W. S. Tarnopolsky and G.-A. Beaudoin, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms—Commentary*. Toronto: Carswells, 1982.

Weiler, Paul C. *Reconcilable Differences*. Toronto: Carswells, 1980.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal, [1984] 3 W.W.R. 481, 52 B.C.L.R. 1, 84 CLLC ¶14,036, dismissing an appeal from an order of Sheppard L.J.S.C., [1983] B.C.W.L.D. 100, granting an interlocutory injunction. Appeal dismissed.

F. Schroeder, for the appellants.

Peter Gall and *Donald Jordan*, for the respondent.

James M. Mabbutt and *Peter K. Doody*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Jack Giles, Q.C., and *Robert McDonell*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Brian R. Burrows, for the intervener the Attorney General for Alberta.

James L. Thistle and *Deborah E. Fry*, for the intervener the Attorney General of Newfoundland.

The judgment of Dickson C.J. and Estey, McIntyre, Chouinard and Le Dain JJ. was delivered by

MCINTYRE J.—This appeal raises the question of whether secondary picketing by members of a trade union in a labour dispute is a protected activity under s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, accordingly, not the proper subject of an injunction to restrain it. In reaching the answer, consideration must be given to the application of the *Charter* to the common law and as well to its application in private litigation.

dienne des droits et libertés». Dans Gérald-A. Beaudoin et Walter S. Tarnopolsky, éd., *Charte canadienne des droits et libertés*. Montréal: Wilson & Lafleur/Sorej, 1982.

Tarnopolsky, Walter S. «Les droits à l'égalité». Dans Gérald-A. Beaudoin et Walter S. Tarnopolsky, éd., *Charte canadienne des droits et libertés*. Montréal: Wilson & Lafleur/Sorej, 1982.

Weiler, Paul C. *Reconcilable Differences*. Toronto, Carswells, 1980.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, [1984] 3 W.W.R. 481, 52 B.C.L.R. 1, 84 CLLC ¶14,036, qui a rejeté un appel d'une ordonnance du juge local Sheppard de la Cour suprême, [1983] B.C.W.L.D. 100, qui avait accordé une injonction interlocutoire. Pourvoi rejeté.

F. Schroeder, pour les appelants.

Peter Gall et *Donald Jordan*, pour l'intimée.

James M. Mabbutt et *Peter K. Doody*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Jack Giles, c.r., et *Robert McDonell*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Brian R. Burrows, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

James L. Thistle et *Deborah E. Fry*, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Estey, McIntyre, Chouinard et Le Dain rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Ce pourvoi soulève la question de savoir si le piquetage secondaire fait par les membres d'un syndicat ouvrier dans le cadre d'un conflit de travail est une activité protégée par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qui, en conséquence, ne peut pas à bon droit être empêchée par voie d'injonction. En cherchant la réponse à cette question, il faut prendre en considération l'application de la *Charte* à la *common law* ainsi que son application aux litiges privés.

1986 CanLII 5 (SCC)

The respondent, Dolphin Delivery Ltd. ("Dolphin"), is a company engaged in the courier business in Vancouver and the surrounding area. Its employees are represented by a trade union, not the appellant. A collective agreement is in effect between Dolphin and the union representing its employees, which provides in clause 8: "it shall not be a violation of this agreement or cause for discipline or discharge if an employee refuses to cross a picket line which has been established in full compliance with the *British Columbia Labour Code*". The appellant trade union is the bargaining agent under a federal certification for the employees of Purolator Courier Incorporated ("Purolator"). That company has a principal place of operations in Ontario but, prior to the month of June, 1981 when it locked out its employees in a labour dispute, it had a place of operations in Vancouver. That dispute is as yet unresolved. Prior to the lock-out, Dolphin did business with Purolator making deliveries within its area for Purolator. Since the lock-out, Dolphin has done business in a similar manner with another company, known as Supercourier Ltd. ("Supercourier"), which is incorporated in Ontario. There is a connection between Supercourier and Purolator, the exact particulars of which are not clearly established in the evidence, but it appears that Dolphin carries on in roughly the same manner with Supercourier as it had formerly done with Purolator and about twenty per cent of its total volume of business originates with Supercourier. This is about the same percentage of business as was done with Purolator before the lock-out.

In October of 1982 the appellant applied to the British Columbia Labour Relations Board for a declaration that Dolphin and Supercourier were allies of Purolator in their dispute with the appellant. A declaration to this effect would have rendered lawful the picketing of the place of business of Dolphin under British Columbia legislation. The Board, however, declined to make the declaration sought, on the basis that it had no jurisdiction because the union's collective bargaining relationship with Purolator and any picketing which might be done were governed by the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1. In the face of this

L'intimée Dolphin Delivery Ltd. («Dolphin») est une société qui exploite une entreprise de messageries à Vancouver et dans les environs. Ses employés sont représentés par un syndicat autre que l'appelant. Suivant l'art. 8 de la convention collective qui régit les rapports entre Dolphin et le syndicat représentant ses employés, [TRADUCTION] «le refus d'un employé de franchir une ligne de piquetage établie en pleine conformité avec le *British Columbia Labour Code* ne constitue pas une violation de la présente convention et ne justifie ni mesures disciplinaires ni renvoi». Le syndicat appelant, accrédité en vertu de la loi fédérale, est l'agent négociateur des employés de Purolator Courier Incorporated («Purolator»). L'établissement principal de cette dernière société se trouve en Ontario mais, avant de lock-outer ses employés en juin 1981 lors d'un conflit de travail, elle avait un établissement à Vancouver. Ce conflit n'est pas encore réglé. Antérieurement au lock-out, Dolphin faisait affaires avec Purolator en effectuant pour celle-ci des livraisons dans la région qu'elle desservait. Depuis le lock-out, Dolphin fait affaires de la même manière avec une autre société connue sous le nom de Supercourier Ltd. («Supercourier») et constituée sous le régime de la loi ontarienne. Il existe entre Supercourier et Purolator un lien dont la nature exacte n'est pas établie clairement dans la preuve. Toutefois, il appert que Dolphin traite avec Supercourier à peu près de la même manière qu'elle le faisait auparavant avec Purolator et qu'environ vingt pour cent de son chiffre d'affaires provient de Supercourier. Cela correspond approximativement au pourcentage de ses affaires avec Purolator avant le lock-out.

En octobre 1982, l'appelant a demandé à la Commission des relations de travail de la Colombie-Britannique une déclaration portant que Dolphin et Supercourier étaient des alliées de Purolator dans le conflit qui les opposait. Aux termes de la loi de la Colombie-Britannique, une déclaration en ce sens aurait rendu légal le piquetage à l'établissement de Dolphin. La Commission a toutefois refusé d'accorder la déclaration demandée, pour le motif qu'elle n'avait pas compétence pour le faire étant donné que les négociations collectives entre le syndicat et Purolator et tout piquetage qui pourrait avoir lieu étaient régis par

1986 CanLII 5 (SCC)

finding it became common ground between the parties that where the *Labour Code* of British Columbia, R.S.B.C. 1979, c. 212, does not apply, the legality of picketing falls for determination under the common law because the *Canada Labour Code* is silent on the question. In November of 1982 the individual appellants, on behalf of the appellant union, advised Dolphin that its place of business in Vancouver would be picketed unless it agreed to cease doing business with Supercourier. An application was made at once for a *quia timet* injunction to restrain the threatened picketing. No picketing occurred, the application being made before its commencement.

The matter came before Sheppard L.J.S.C. and on November 30 he granted the injunction in these terms:

> ... that the Defendants and each of them and anyone acting for them or under their instructions, and anyone who has knowledge of such Order, be restrained from picketing or causing to be picketed the Plaintiff's place of business or near 30 West Pender Street, Vancouver, or elsewhere in the Province of British Columbia pending the trial or other disposition of this action.

He declined to find that Purolator and Dolphin were in fact allies, and said:

> On the material before me, I cannot agree with Counsel's interpretation of the facts. Clearly, the plaintiff is owned by persons who have no relationship with the persons who own Supercourier or Purolator. On a balance of probabilities and on the material before me, I find that even if Supercourier is a subterfuge set up by Purolator to circumvent the labour dispute, (a hypothesis which I find not to have been proven on the material) the plaintiff had no knowledge of this arrangement.

He then went on to say:

> On these facts, it appears to me that one of the leading authorities is the *Moffat Communications* case (supra) and that what the Union proposes in picketing

le *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1. Face à cette conclusion, les parties s'entendent pour dire que, dans les cas où le *Labour Code* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, chap. 212, ne s'applique pas, la légalité du piquetage doit être déterminée en fonction de la *common law* vu le silence du *Code canadien du travail* sur cette question. En novembre 1982, les particuliers appelants ont, au nom du syndicat appelant, prévenu Dolphin que son établissement à Vancouver ferait l'objet de piquetage à moins qu'elle n'accepte de mettre fin à ses relations d'affaires avec Supercourier. Une demande a été faite immédiatement en vue d'obtenir une injonction *quia timet* qui empêcherait ce piquetage. En fait, il n'y a pas eu de piquetage puisque la demande a été faite avant qu'il n'ait pu commencer.

Le juge local Sheppard de la Cour suprême a été saisi de l'affaire et, le 30 novembre, il a accordé une injonction portant:

> [TRADUCTION] ... qu'il est interdit aux défendeurs, individuellement et collectivement, et à toute personne agissant en leur nom ou conformément à leurs directives et à toute personne ayant connaissance de cette ordonnance, de se livrer au piquetage, ou de faire faire du piquetage, à l'établissement de la demanderesse ou aux alentours de 30 ouest, rue Pender à Vancouver ou ailleurs dans la province de la Colombie-Britannique en attendant que le litige soit réglé par voie de procès ou autrement.

Le juge Sheppard a refusé de conclure que Purolator et Dolphin étaient en réalité des alliées, disant à ce propos:

> [TRADUCTION] Je ne puis, sur la foi de la preuve dont je dispose, retenir l'interprétation donnée aux faits par l'avocat. Visiblement, la demanderesse appartient à des personnes qui n'ont aucun lien avec les propriétaires de Supercourier ou de Purolator. Selon la prépondérance des probabilités et compte tenu des éléments de preuve qu'on a produits, je conclus que, même si Supercourier est un subterfuge auquel a eu recours Purolator afin de contourner le conflit de travail (hypothèse qui, selon moi, n'a pas été prouvée), la demanderesse n'était pas au courant de cet arrangement.

Il a ajouté:

> [TRADUCTION] Compte tenu de ces faits, il me semble que l'un des arrêts de principe applicables est *Moffat Communications* (précité) et que ce que compte

1986 CanLII 5 (SCC)

the plaintiff applicant is secondary picketing for the purpose either of the tort of inducing breach of contract, or of the tort of civil conspiracy in that the predominant purpose of the picketing is to injure the plaintiff rather than the dissemination of information and the protection of the defendant's interest. Accordingly, I find that the plaintiff is entitled to an injunction to restrain the picketing.

The Court of Appeal (Taggart, Hutcheon and Esson JJ.A.) [[1984] 3 W.W.R. 481] dismissed the appeal. The appellant did not seek to dispute the application of the common law by the Chambers judge. It chose to advance its argument under the *Charter*. The *Charter* had not been raised before the Chambers judge but was argued in the Court of Appeal, the respondent raising no objection to its introduction at that point. The position advanced by the appellant in the Court of Appeal was that the basis for the granting of the injunction, that is, the common law principles adopted and applied by the Chambers judge, had the effect of infringing the fundamental freedoms of the appellant guaranteed under s. 2 of the *Charter*, particularly s. 2(*b*), freedom of expression, and s. 2(*d*), freedom of association.

Esson J.A., speaking for himself and Taggart J.A., concluded that neither freedom of expression nor freedom of association could be invoked to protect the activity being restrained, and that even if freedom of expression of the appellant were infringed it would constitute a reasonable limitation under s. 1 of the *Charter*. Hutcheon J.A. was of the opinion that peaceful picketing is a protected form of expression under the *Charter*. He was of the view, however, that in so far as the purpose of the picketing was to induce a breach of contract, restraint of such picketing might be a reasonable limit under s. 1. He rejected the application of the tort of civil conspiracy in a labour dispute. He agreed with the majority as to the question of freedom of association. He considered that it should be left to the Chambers judge to decide whether the picketing would induce a breach of contract and also whether Dolphin and Purolator were allies. A finding that they were allies would have excluded, in his opinion, operation of s. 1 of the *Charter* because picketing of an ally would be an exercise of free-

faire le syndicat en faisant du piquetage chez la demanderesse requérante est du piquetage secondaire visant la perpétration des délits d'incitation à rompre un contrat ou de complot civil, en ce sens qu'il vise principalement à nuire à la demanderesse plutôt qu'à assurer la diffusion d'information et la protection des intérêts du défendeur. Par conséquent, je conclus que la demanderesse a droit à une injonction empêchant le piquetage.

La Cour d'appel (les juges Taggart, Hutcheon et Esson) [[1984] 3 W.W.R. 481] a rejeté l'appel. L'appelant n'a pas cherché à contester l'application de la *common law* par le juge en chambre. Il a choisi plutôt de s'appuyer sur la *Charte*. Or, la *Charte* n'avait pas été invoquée devant le juge en chambre, mais, l'intimée ne s'y étant pas opposée, elle l'a été en Cour d'appel où l'appelant a fait valoir qu'en adoptant et en appliquant des principes de *common law* comme fondement de sa décision d'accorder l'injonction, le juge en chambre a porté atteinte aux libertés fondamentales que lui garantit l'art. 2 de la *Charte*, en particulier l'al. 2*b*) relatif à la liberté d'expression et l'al. 2*d*) relatif à la liberté d'association.

Le juge Esson, s'exprimant en son propre nom et en celui du juge Taggart, a conclu qu'on ne saurait invoquer ni la liberté d'expression ni la liberté d'association pour protéger l'activité faisant l'objet de l'injonction et que, même s'il y avait atteinte à la liberté d'expression de l'appelant, cela constituerait une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*. Le juge Hutcheon pour sa part a été d'avis que le piquetage paisible est une forme d'expression protégée par la *Charte*. Il a estimé toutefois que, dans la mesure où le piquetage a pour but d'inciter à rompre un contrat, le fait de l'empêcher pourrait constituer une limite raisonnable au sens de l'article premier. Il a écarté l'applicabilité du délit de complot civil dans le cas d'un conflit de travail. Sur la question de la liberté d'association, il a partagé l'avis de la majorité. Il a estimé qu'il appartenait au juge en chambre de décider si le piquetage occasionnerait une rupture de contrat et aussi si Dolphin et Purolator étaient des alliées. Selon lui, une conclusion affirmative sur ce dernier point aurait exclu l'application de l'article premier de la *Charte* parce que le pique-

1986 CanLII 5 (SCC)

dom of expression. In the result, because one basis for the injunction had been shown, he agreed that the appeal should be dismissed.

In this Court, the appellants abandoned any appeal on the basis that the injunction infringed its freedom of association under s. 2(*d*) of the *Charter*. The appeal was limited to the claim that freedom of expression, secured under s. 2(*b*) of the *Charter*, had been infringed and that such an infringement was not a reasonable limit imposed by law under s. 1. The respondent contended that no freedom of expression had been infringed since picketing of the nature contemplated here was not a form of expression and, in the alternative, the injunction would constitute, in any event, a reasonable limit under s. 1.

The task of the Court in dealing with this case is made difficult by the way it developed in the courts below. The application for the injunction was made before any picketing occurred. The evidence was limited to affidavits, and some cross-examination upon them. Findings of fact on the crucial question of the nature of the apprehended picketing are limited. Ordinarily, the Court would not entertain constitutional questions without a more secure factual basis upon which to rest the argument. Because of the nature of this case, however, the Court has felt obliged to do so. I refer below to the findings of fact and to certain assumptions upon which the Court's judgment will rest.

It was said by Esson J.A. in the Court of Appeal [at p. 499]:

> The injunction is directed against secondary picketing, i.e., picketing of the premises and operation of some one who carries on business with the employer but who is a third party to the dispute between the union and employer. The chamber judge considered the question whether the relationship between the plaintiff, Super-Courier and Purolator was such that the plaintiff should not be considered a third party. He concluded that it was a third party. That conclusion must, for the purposes of this appeal, be accepted.

tage dirigé contre une alliée constituerait un exercice de la liberté d'expression. En dernière analyse, puisqu'on avait établi une justification de l'injonction, il a été d'accord pour dire qu'il y avait lieu de rejeter l'appel.

En cette Cour, les appelants ont renoncé à plaider que l'injonction portait atteinte à la liberté d'association que leur confère l'al. 2*d*) de la *Charte*. On a simplement allégué qu'il y a eu violation de la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte* et que cette violation ne constituait pas une limite raisonnable imposée par une règle de droit au sens où l'entend l'article premier. L'intimée a soutenu qu'il n'y avait pas eu d'atteinte à la liberté d'expression puisque le type de piquetage envisagé en l'espèce ne constituait pas une forme d'expression et, subsidiairement, que l'injonction représentait en tout état de cause une limite raisonnable au sens de l'article premier.

La tâche de cette Cour est rendue difficile en l'espèce par la manière dont le litige s'est déroulé devant les tribunaux d'instance inférieure. La demande d'injonction a été faite avant même qu'il n'y ait eu du piquetage. La preuve se limitait à des affidavits et à des contre-interrogatoires portant sur ceux-ci. Les conclusions de fait sur la question fondamentale de la nature du piquetage appréhendé sont limitées. Normalement, la Cour n'accepte d'examiner des questions constitutionnelles que dans les cas où les arguments se fondent sur une base factuelle plus solide. Cependant, en raison de la nature de la présente affaire, la Cour se sent obligée de le faire. Voilà qui m'amène aux conclusions de fait et à certaines hypothèses sur lesquelles reposera la décision de la Cour.

Le juge Esson de la Cour d'appel a dit [à la p. 499]:

> [TRADUCTION] L'injonction vise à empêcher le piquetage secondaire, c.-à-d. le piquetage dirigé contre les locaux et l'entreprise d'une personne qui fait des affaires avec l'employeur, mais qui est étrangère au conflit entre celui-ci et le syndicat. Le juge en chambre s'est penché sur la question de savoir si les rapports entre la demanderesse Supercourier et Purolator étaient tels que la demanderesse ne doit pas être considérée comme un tiers. Il a conclu qu'elle avait cette qualité et on doit, aux fins du présent appel, accepter sa conclusion.

1986 CanLII 5 (SCC)

This finding of fact was contested. Counsel for the appellant contended that no such finding could be inferred from the reasons of the Chambers judge. I am of the view, however, from a perusal of the Chambers judge's reasons earlier quoted, that Esson J.A.'s comment was justified and I would accept as a fact that the respondent was found by the Chambers judge to be a third party to the dispute. In addition, the Chambers judge found that the purpose of the picketing was tortious and that the dominant purpose was to injure the plaintiff rather than the dissemination of information and protection of the defendant's interest.

Hutcheon J.A. in the Court of Appeal also seems to have recognized the difficulty regarding the factual underpinning. He said [at p. 484]:

> The interim injunction was granted before any picketing took place. The proper assumptions to be made are that the picketing would be peaceful, that some employees of Dolphin Delivery and other trade union members of customers would not cross the picket line, and that the daily business of Dolphin Delivery would be disrupted to a considerable extent.

These assumptions are reasonable and I adopt them. In summary then, it has been found that the respondent was a third party, that the anticipated picketing would be tortious, that the purpose was to injure the plaintiff. It was assumed that the picketing would be peaceful, that some employees of the respondent and other trade union members of customers would decline to cross the picket lines, and that the business of the respondent would be disrupted to a considerable extent.

The following questions arise:

1. Does the injunction complained of in this case restrict the freedom of expression secured under s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. Does the *Charter* apply to the common law?
3. Does the *Charter* apply in private litigation?
4. If it is found that the injunction does restrict freedom of information, is the limit imposed by the injunction a reasonable limit in accordance with s. 1 of the *Charter*?

Cette conclusion de fait a été contestée. L'avocat de l'appelant soutient qu'aucune conclusion du genre ne se dégage des motifs du juge en chambre. Toutefois, ayant examiné les extraits précités des motifs du juge en chambre, je suis d'avis que l'observation du juge Esson était justifiée et que le juge en chambre a réellement conclu que l'intimée était étrangère au conflit. Le juge de première instance a décidé en outre que l'objet du piquetage était de nature délictuelle et qu'il visait avant tout à nuire à la demanderesse plutôt qu'à assurer la diffusion d'information et la protection des intérêts du défendeur.

Le juge Hutcheon de la Cour d'appel semble avoir lui aussi reconnu la difficulté du fondement factuel. Voici ce qu'il a affirmé [à la p. 484]:

> [TRADUCTION] L'injonction provisoire a été accordée avant même qu'il n'y ait eu du piquetage. Cela étant, il faut présumer que le piquetage serait paisible, que certains employés de Dolphin Delivery et d'autres syndiqués travaillant pour des clients ne franchiraient pas la ligne de piquetage, et que les activités quotidiennes de Dolphin Delivery seraient considérablement perturbées.

Ces hypothèses sont raisonnables et je les fais miennes. En résumé donc, il a été conclu que l'intimée était étrangère au conflit, que le piquetage envisagé serait de nature délictuelle et qu'il avait pour objet de nuire à la demanderesse. On a présumé que le piquetage se passerait paisiblement, que certains employés de l'intimée et d'autres syndiqués travaillant pour des clients refuseraient de franchir les lignes de piquetage et que les affaires de l'intimée seraient considérablement perturbées.

Les questions suivantes se posent:

1. L'injonction dont on se plaint en l'espèce a-t-elle pour effet de restreindre la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. La *Charte* s'applique-t-elle à la *common law*?
3. La *Charte* s'applique-t-elle aux litiges privés?
4. Si on conclut que l'injonction impose une limite à la liberté d'information, cette limite est-elle raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*?

1986 CanLII 5 (SCC)

Freedom of Expression

As has been noted above, the only basis on which the picketing in question was defended by the appellants was under the provisions of s. 2(*b*) of the *Charter* which guarantees the freedom of expression as a fundamental freedom. Freedom of expression is not, however, a creature of the *Charter*. It is one of the fundamental concepts that has formed the basis for the historical development of the political, social and educational institutions of western society. Representative democracy, as we know it today, which is in great part the product of free expression and discussion of varying ideas, depends upon its maintenance and protection.

The importance of freedom of expression has been recognized since early times: see John Milton, *Areopagitica; A Speech for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England* (1644), and as well John Stuart Mill, "On Liberty" in *On Liberty and considerations on Representative Government* (Oxford 1946), at p. 14:

> If all mankind minus one were of one opinion, and only one person were of the contrary opinion, mankind would be no more justified in silencing that one person, than he, if he had the power, would be justified in silencing mankind.

And, after stating that "All silencing of discussion is an assumption of infallibility", he said, at p. 16:

> Yet it is as evident in itself, as any amount of argument can make it, that ages are no more infallible than individuals; every age having held many opinions which subsequent ages have deemed not only false but absurd; and it is as certain that many opinions now general will be rejected by future ages, as it is that many, once general, are rejected by the present.

Nothing in the vast literature on this subject reduces the importance of Mill's words. The principle of freedom of speech and expression has been firmly accepted as a necessary feature of modern democracy. The courts have recognized this fact.

Liberté d'expression

Comme je l'ai déjà souligné, les appelants n'invoquent pour justifier le piquetage en question que les dispositions de l'al. 2*b*) de la *Charte* qui garantissent la liberté d'expression à titre de liberté fondamentale. La liberté d'expression n'est toutefois pas une création de la *Charte*. Elle constitue l'un des concepts fondamentaux sur lesquels repose le développement historique des institutions politiques, sociales et éducatives de la société occidentale. La démocratie représentative dans sa forme actuelle, qui est en grande partie le fruit de la liberté d'exprimer des idées divergentes et d'en discuter, dépend pour son existence de la préservation et de la protection de cette liberté.

La reconnaissance de l'importance de la liberté d'expression ne date pas d'hier: voir John Milton, *Areopagitica; A Speech for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England* (1644), et John Stuart Mill, «On Liberty» dans *On Liberty and considerations on Representative Government* (Oxford 1946), à la p. 14:

> [TRADUCTION] Si tous les hommes sauf un étaient du même avis et qu'une seule personne fût d'avis contraire, il ne serait pas justifié que l'ensemble des hommes bâillonnent ce seul individu, pas plus qu'il ne serait justifié que ce dernier, s'il en avait le pouvoir, bâillonne tous les autres hommes.

Puis, après avoir dit que [TRADUCTION] «Tout acte ayant pour effet de supprimer la discussion suppose l'infaillibilité de son auteur», il a ajouté à la p. 16:

> [TRADUCTION] Il est toutefois évident d'une évidence qui se passe de démonstration qu'une époque n'est pas plus infaillible que des individus, car chaque époque a été caractérisée par un grand nombre d'opinions qui, à des époques subséquentes, ont été considérées non seulement comme fausses mais comme absurdes; et il est tout autant certain que beaucoup d'opinions maintenant généralement acceptées seront un jour rejetées de la même manière que le sont à présent un bon nombre d'opinions jadis courantes.

L'importance des propos de Mill n'est nullement diminuée par l'abondante documentation qui traite de ce sujet. Le principe de la liberté de parole et d'expression a été accepté sans réserve comme une caractéristique nécessaire de la démocratie

1986 CanLII 5 (SCC)

For an American example, see the words of Holmes J. in his dissent in *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), at p. 630:

> Persecution for the expression of opinions seems to me perfectly logical. If you have no doubt of your premises or your power and want a certain result with all your heart you naturally express your wishes in law and sweep away all opposition .... But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas—that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out.

Prior to the adoption of the *Charter*, freedom of speech and expression had been recognized as an essential feature of Canadian parliamentary democracy. Indeed, this Court may be said to have given it constitutional status. In *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265, Rand J., who formed a part of the majority which narrowed the scope of the crime of sedition, said, at p. 288:

> There is no modern authority which holds that the mere effect of tending to create discontent or disaffection among His Majesty's subjects or ill-will or hostility between groups of them, but not tending to issue in illegal conduct, constitutes the crime, and this for obvious reasons. Freedom in thought and speech and disagreement in ideas and beliefs, on every conceivable subject, are of the essence of our life. The clash of critical discussion on political, social and religious subjects has too deeply become the stuff of daily experience to suggest that mere ill-will as a product of controversy can strike down the latter with illegality. A superficial examination of the word shows its insufficiency: what is the degree necessary to criminality? Can it ever, as mere subjective condition, be so? Controversial fury is aroused constantly by differences in abstract conceptions; heresy in some fields is again a mortal sin; there can be fanatical puritanism in ideas as well as in mortals; but our compact of free society accepts and absorbs these differences and they are exercised at large within the framework of freedom and order on broader and

moderne. Les tribunaux ont reconnu ce fait. Pour un exemple américain, voir les motifs de dissidence du juge Holmes dans l'arrêt *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), à la p. 630:

> [TRADUCTION] « La persécution pour l'expression d'opinions me semble parfaitement logique. Il est naturel que quelqu'un qui ne doute pas de ses prémisses ni de son pouvoir et qui désire de tout son cœur obtenir un certain résultat exprime sa volonté sous la forme d'une loi et qu'il balaie toute opposition ... Mais lorsque les hommes se seront rendus compte que le temps a détruit beaucoup de convictions pour lesquelles on était prêt à se battre, ils pourront en arriver à croire, encore plus fermement qu'ils ne croient en le fondement même de leur propre conduite, que le libre échange des idées est le plus sûr moyen d'atteindre le bien suprême souhaité—que c'est le pouvoir d'une idée de triompher de toute concurrence pour enfin se faire accepter qui est la meilleure preuve de sa vérité et que ce n'est qu'à partir d'une base de vérité que les souhaits des hommes peuvent se réaliser sans que cela n'entraîne de risque.

Avant l'adoption de la *Charte*, la liberté de parole et d'expression avait été reconnue comme une caractéristique essentielle de la démocratie parlementaire canadienne. En fait, on peut dire que c'est cette Cour qui lui a conféré son statut constitutionnel. Dans l'arrêt *Boucher v. The King*, [1951] R.C.S. 265, le juge Rand, l'un des juges formant la majorité qui ont restreint la portée du crime de sédition, affirme, à la p. 288:

> [TRADUCTION] Pour des raisons évidentes, aucune décision moderne n'établit que le simple fait de tendre à provoquer le mécontentement ou la désaffection chez les sujets de Sa Majesté ou de causer de l'animosité ou de l'hostilité entre des groupes de ses sujets, sans toutefois tendre à aboutir à une conduite illégale, constitue le crime en question. La liberté d'opinion et de parole et les divergences d'opinions en matière d'idées et de croyances sur tous les sujets concevables sont l'essence de notre vie. Le choc des discussions critiques sur des sujets politiques, sociaux et religieux est tellement ancré dans l'expérience quotidienne qu'on ne peut incriminer les controverses pour le seul motif qu'elles font naître des inimitiés. Un examen superficiel du terme révèle son insuffisance: que faut-il en fait pour qu'une conduite soit criminelle? D'un point de vue purement subjectif, peut-elle jamais l'être? Des divergences d'opinions sur des conceptions abstraites soulèvent continuellement de vives controverses; dans certains domaines l'hérésie tient encore du péché mortel; les idées au même titre que les êtres humains peuvent porter l'empreinte d'un purita-

1986 CanLII 5 (SCC)

deeper uniformities as bases of social stability. Similarly in discontent, affection and hostility: as subjective incidents of controversy, they and the ideas which arouse them are part of our living which ultimately serve us in stimulation, in the clarification of thought and, as we believe, in the search for the constitution and truth of things generally.

In *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, where this Court struck down Quebec's padlock law, Rand J. again spoke strongly on this issue. He said, at p. 306:

But public opinion, in order to meet such a responsibility, demands the condition of a virtually unobstructed access to and diffusion of ideas. Parliamentary government postulates a capacity in men, acting freely and under self-restraints, to govern themselves; and that advance is best served in the degree achieved of individual liberation from subjective as well as objective shackles. Under that government, the freedom of discussion in Canada, as a subject-matter of legislation, has a unity of interest and significance extending equally to every part of the Dominion. With such dimensions it is *ipso facto* excluded from head 16 as a local matter.

This constitutional fact is the political expression of the primary condition of social life, thought and its communication by language. Liberty in this is little less vital to man's mind and spirit than breathing is to his physical existence. As such an inherence in the individual it is embodied in his status of citizenship.

In the same case, Abbott J. said, at p. 326:

The right of free expression of opinion and of criticism, upon matters of public policy and public administration, and the right to discuss and debate such matters, whether they be social, economic or political, are essential to the working of a parliamentary democracy such as ours.

He went on to make extensive reference to the words of Duff C.J. in *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100, at pp. 132-33, strongly

nisme fanatique; mais notre société libre accepte et assimile ces différences et, reposant sur une uniformité plus profonde et plus étendue qui constitue le fondement de la stabilité sociale, elles se manifestent dans le cadre général de la liberté et de l'ordre. Ainsi en va-t-il aussi du mécontentement, de la désaffection et de l'hostilité; en tant que phénomènes subjectifs découlant de la controverse, ces sentiments et les idées qui les suscitent font partie de notre vie quotidienne et, en dernière analyse, servent à nous stimuler, à clarifier nos idées et, à notre avis, nous aident dans nos efforts de déterminer la nature et la vérité de toutes choses.

Dans l'arrêt *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, cette Cour a déclaré invalide la «loi du cadenas» du Québec et, une fois de plus, le juge Rand s'est prononcé vigoureusement sur la question. À la page 306, il affirme ce qui suit:

[TRADUCTION] Toutefois, l'opinion publique, pour faire face à une telle responsabilité, exige un accès à peu près libre aux idées et leur diffusion sans entraves. Le gouvernement parlementaire considère comme admise l'aptitude qu'a l'homme, agissant librement et sous son propre empire, à se gouverner lui-même. Ce progrès se réalise le mieux dans le degré de libération de l'homme de ses entraves, tant subjectives qu'objectives. Sous cette forme de gouvernement, la liberté de discussion au Canada, comme sujet de législation, revêt une importance et un intérêt égaux pour toutes les régions. Avec de telles dimensions, elle est *ipso facto* exclue du paragraphe 16 qui traite des matières de nature locale.

Ce fait constitutionnel est l'expression politique de la condition essentielle de la vie sociale, de la pensée et de sa communication par le langage. La liberté en ce domaine est tout aussi vitale à l'esprit humain que l'est la respiration à l'existence physique de l'individu. En tant que caractère propre à l'individu, elle fait partie de son statut de citoyen.

Dans la même affaire, le juge Abbott dit, à la p. 326:

[TRADUCTION] Le droit d'exprimer librement nos opinions et nos critiques sur des questions d'intérêt public et sur l'administrationn des affaires publiques et le droit de discuter et de débattre ces questions, qu'elles soient sociales, économiques ou politiques, sont des droits essentiels au fonctionnement d'une démocratie parlementaire comme la nôtre.

Il poursuit en se référant abondamment aux propos du juge en chef Duff dans le *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, aux pp. 132

1986 CanLII 5 (SCC)

supporting what could almost be described as a constitutional position for the concept of freedom of speech and expression in Canadian law, and then said, at p. 328:

> Although it is not necessary, of course, to determine this question for the purposes of the present appeal, the Canadian constitution being declared to be similar in principle to that of the United Kingdom, I am also of opinion that as our constitutional Act now stands, Parliament itself could not abrogate this right of discussion and debate. The power of Parliament to limit it is, in my view, restricted to such powers as may be exercisable under its exclusive legislative jurisdiction with respect to criminal law and to make laws for the peace, order and good government of the nation.

It will be seen at once that Professor Peter W. Hogg, at p. 713 in his text, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), is justified in his comment that:

> Canadian judges have always placed a high value on freedom of expression as an element of parliamentary democracy and have sought to protect it with the limited tools that were at their disposal before the adoption of the Charter of Rights.

The *Charter* has now in s. 2(*b*) declared freedom of expression to be a fundamental freedom and any questions as to its constitutional status have therefore been settled.

The question now arises: Is freedom of expression involved in this case? In seeking an answer to this question, it must be observed at once that in any form of picketing there is involved at least some element of expression. The picketers would be conveying a message which at a very minimum would be classed as persuasion, aimed at deterring customers and prospective customers from doing business with the respondent. The question then arises. Does this expression in the circumstances of this case have *Charter* protection under the provisions of s. 2(*b*), and if it does, then does the injunction abridge or infringe such freedom?

et 133, où celui-ci a prôné énergiquement ce qu'on pourrait presque décrire comme un statut constitutionnel pour la notion de la liberté de parole et d'expression en droit canadien. Puis, à la p. 328, il affirme ceci:

> [TRADUCTION] Même si, naturellement, il n'est pas nécessaire de trancher cette question aux fins du présent pourvoi, puisqu'on a déclaré que la Constitution canadienne reposait sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni, je suis également d'avis que, dans l'état actuel de notre Loi constitutionnelle, le Parlement lui-même ne pourrait abroger ce droit de discussion et de débat. Le pouvoir du Parlement de le limiter se restreint, à mon avis, aux pouvoirs qu'il peut exercer en vertu de sa compétence législative exclusive en matière de droit criminel et à ce qui peut se ranger sous son pouvoir de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement de la nation.

On constate immédiatement que c'est avec raison que le professeur Peter W. Hogg a fait remarquer ce qui suit, à la p. 713 de son ouvrage intitulé *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985):

> [TRADUCTION] Les juges canadiens ont toujours attaché beaucoup d'importance à la liberté d'expression comme élément de la démocratie parlementaire et, par les moyens limités dont ils disposaient avant l'adoption de la Charte des droits, ils se sont efforcés de protéger cette liberté.

L'alinéa 2*b*) de la *Charte* déclare que la liberté d'expression est une liberté fondamentale et son statut constitutionnel ne fait donc plus aucun doute.

La question qui se pose maintenant est la suivante: La liberté d'expression est-elle en cause en l'espèce? En cherchant la réponse à cette question, il convient de souligner au départ que, quelle que soit la forme qu'il prend, le piquetage comporte un certain élément d'expression. Les piqueteurs se trouveraient à transmettre un message qui serait considéré à tout le moins comme de la persuasion visant à dissuader les clients actuels et éventuels de l'intimée de faire affaires avec celle-ci. La question se pose ensuite de savoir si, dans les circonstances de la présente espèce, il s'agit là d'une forme d'expression qui bénéficie de la protection accordée par l'al. 2*b*) de la *Charte* et, dans l'affirmative, si l'injonction restreint ou porte atteinte à cette liberté.

1986 CanLII 5 (SCC)

The appellants argue strongly that picketing is a form of expression fully entitled to *Charter* protection and rely on various authorities to support the proposition, including *Reference re Alberta Statutes*, *supra*; *Switzman v. Elbling*, *supra*; the American cases of *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940) (*per* Murphy J., at p. 95); *Milk Wagon Drivers Union v. Meadowmoor Dairies*, 312 U.S. 287 (1941), (*per* Black J., at p. 302), and various other Canadian authorities. They reject the American distinction between the concept of speech and that of conduct made in picketing cases, and they accept the view of Hutcheon J.A. in the Court of Appeal, in adopting the words of Freedman C.J.M. in *Channel Seven Television Ltd. v. National Association of Broadcast Employees and Technicians*, [1971] 5 W.W.R. 328, that "Peaceful picketing falls within freedom of speech".

Les appelants soutiennent énergiquement que le piquetage est une forme d'expression qui peut parfaitement bénéficier de la protection de la *Charte* et, à l'appui de leur point de vue, ils invoquent plusieurs arrêts dont le *Reference re Alberta Statutes*, précité; *Switzman v. Elbling*, précité; les arrêts américains *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940), (le juge Murphy, à la p. 95); *Milk Wagon Drivers Union v. Meadowmoor Dairies*, 312 U.S. 287 (1941), (le juge Black, à la p. 302); ainsi que plusieurs autres décisions canadiennes. Rejetant la distinction entre la notion de la parole et celle de la conduite que fait la jurisprudence américaine dans les affaires de piquetage, les appelants acceptent l'opinion exprimée par le juge Hutcheon de la Cour d'appel en faisant siens les propos du juge en chef Freeman dans l'arrêt manitobain *Channel Seven Television Ltd. v. National Association of Broadcast Employees and Technicians*, [1971] 5 W.W.R. 328, savoir que [TRADUCTION] «Le piquetage paisible relève du domaine de la liberté de parole».

The respondent contends for a narrower approach to the concept of freedom of expression. The position is summarized in the respondent's factum:

> 4. We submit that constitutional protection under section 2(b) should only be given to those forms of expression that warrant such protection. To do otherwise would trivialize freedom of expression generally and lead to a downgrading or dilution of this freedom.

L'intimée pour sa part donnerait à la notion de la liberté d'expression une portée plus étroite. Sa position est résumée dans son mémoire:

> [TRADUCTION] 4. Nous soutenons que la protection constitutionnelle accordée par l'al. 2*b*) ne doit jouer qu'en faveur des formes d'expression qui méritent cette protection, sinon il y aurait une banalisation générale de la liberté d'expression, qui ne pourrait qu'entraîner l'avilissement ou la dilution de celle-ci.

Reliance is placed on the view of the majority in the Court of Appeal that picketing in a labour dispute is more than mere communication of information. It is also a signal to trade unionists not to cross the picket line. The respect accorded to picket lines by trade unionists is such that the result of the picketing would be to damage seriously the operation of the employer, not to communicate any information. Therefore, it is argued, since the picket line was not intended to promote dialogue or discourse (as would be the case where its purpose was the exercise of freedom of expression), it cannot qualify for protection under the *Charter*.

On s'appuie sur l'opinion, exprimée par la Cour d'appel à la majorité, selon laquelle le piquetage dans un conflit de travail ne sert pas qu'à communiquer de l'information. C'est aussi un appel aux syndiqués à ne pas franchir la ligne de piquetage. Les lignes de piquetage sont à ce point respectées par les syndiqués que le piquetage aurait pour effet non pas de communiquer des renseignements, mais de nuire gravement à l'entreprise de l'employeur. Par conséquent, prétend-on, puisque la ligne de piquetage n'avait pas pour but de favoriser le dialogue ou la discussion (comme ce serait le cas s'il avait pour objet l'exercice de la liberté d'expression), il ne peut bénéficier de la protection de la *Charte*.

1986 CanLII 5 (SCC)

On the basis of the findings of fact that I have referred to above, it is evident that the purpose of the picketing in this case was to induce a breach of contract between the respondent and Supercourier and thus to exert economic pressure to force it to cease doing business with Supercourier. It is equally evident that, if successful, the picketing would have done serious injury to the respondent. There is nothing remarkable about this, however, because all picketing is designed to bring economic pressure on the person picketed and to cause economic loss for so long as the object of the picketing remains unfulfilled. There is, as I have earlier said, always some element of expression in picketing. The union is making a statement to the general public that it is involved in a dispute, that it is seeking to impose its will on the object of the picketing, and that it solicits the assistance of the public in honouring the picket line. Action on the part of the picketers will, of course, always accompany the expression, but not every action on the part of the picketers will be such as to alter the nature of the whole transaction and remove it from *Charter* protection for freedom of expression. That freedom, of course, would not extend to protect threats of violence or acts of violence. It would not protect the destruction of property, or assaults, or other clearly unlawful conduct. We need not, however, be concerned with such matters here because the picketing would have been peaceful. I am therefore of the view that the picketing sought to be restrained would have involved the exercise of the right of freedom of expression.

Compte tenu des conclusions de fait déjà mentionnées, il est évident que le piquetage envisagé en l'espèce avait pour objet d'inciter à la rupture du contrat entre l'intimée et Supercourier et, par ce moyen, d'exercer sur elle une pression économique qui la forcerait à cesser de faire affaires avec Supercourier. Il est évident aussi qu'en cas de réussite le piquetage aurait causé à l'intimée un préjudice grave. Cela n'a toutefois rien de remarquable puisque tout piquetage vise à exercer une pression économique sur la personne qui en fait l'objet et à provoquer des pertes financières tant que le but du piquetage n'est pas atteint. Le piquetage, je le répète, comporte toujours un élément d'expression. Le syndicat informe le grand public qu'il est impliqué dans un conflit de travail, qu'il cherche à imposer sa volonté à l'entreprise qui fait l'objet du piquetage et qu'il demande aux membres du public de l'aider en respectant la ligne de piquetage. Cette forme d'expression sera évidemment toujours accompagnée d'actes de la part des piqueteurs, mais ce ne sont pas tous leurs actes qui auront pour effet de changer la nature de l'ensemble de l'opération et de la soustraire à la protection accordée à la liberté d'expression par la *Charte*. Bien sûr, cette liberté ne jouerait pas dans le cas de menaces ou d'actes de violence. Aucune protection n'est accordée lorsqu'il y a destruction de biens, voies de fait ou autres types de conduite manifestement illégale. Nous n'avons toutefois pas à nous préoccuper de cela puisque, en l'espèce, le piquetage aurait été paisible. Je suis donc d'avis que le piquetage qu'on a voulu empêcher aurait comporté l'exercice du droit à la liberté d'expression.

Section 1 of the *Charter*

It is not necessary, in view of the disposition of this appeal that I propose, to deal with the application of s. 1 of the *Charter*. It was, however, referred to in the Court of Appeal and I will deal with it here. It will be recalled that the Chambers judge in granting the injunction did so on the basis that the picketing involved the commission of two common law torts, that of civil conspiracy to injure and that of inducing a breach of contract. Hutcheon J.A. in the Court of Appeal said [at pp. 486-87]:

L'article premier de la *Charte*

Vu l'issue du pourvoi que je propose, il n'est pas nécessaire d'examiner l'application de l'article premier de la *Charte*. Toutefois, comme on s'y est penché en Cour d'appel, je vais en traiter ci-dessous. Il faut se rappeler que le juge en chambre a accordé l'injonction parce que le piquetage comportait la perpétration de deux délits de *common law*, celui de complot civil en vue de nuire et celui d'incitation à la rupture d'un contrat. En Cour d'appel, le juge Hutcheon a dit [aux pp. 486 et 487]:

1986 CanLII 5 (SCC)

I think that the two torts must be treated differently. The tort of conspiracy to injure has not received acceptance in this province; s. 5 of the Trade-unions Act, 1959 (B.C.), c. 90, repealed the doctrine of civil conspiracy where the trade-union acted in contemplation or furtherance of a labour dispute. It remains in that state today under the Labour Code (s. 89). Section 89 reads:

"89. An act done by 2 or more persons acting by agreement or combination, if done in contemplation or furtherance of a labour dispute, is not actionable unless it would be wrongful without an agreement or combination."

Without attempting to trace the position of the tort of conspiracy in the other provinces, I am satisfied that it warrants this description by Professor Arthurs, "Tort Liability for Strikes in Canada" (1960), 38 Can. Bar Rev. 346, at p. 362.

"The modern tort of conspiracy stands condemned, almost universally, as the vehicle of judicial anti-unionism. Authors throughout the common-law world have denounced it as a "weapon . . . wielded with transparent partisanship to counter the aspirations of the trade union movement."

It should be noted that in British Columbia the common law tort of conspiracy to injure, as employed in labour disputes, has been abolished by statute and it would not be available as a support for an injunction. I am aware that the labour relations of the appellants are governed by the *Canada Labour Code*. However, since the *Canada Labour Code* is silent on the question of picketing, the common law applies, in this case the common law of British Columbia from which the tort of conspiracy has been expunged in labour disputes. In my view then the tort of civil conspiracy to injure may not be relied upon to support the injunction, which therefore must find its sole support from the tort of inducing a breach of contract.

The question then is: Can an injunction based on the common law tort of inducing a breach of contract, which has the effect of limiting the *Charter* right to freedom of expression, be sustained as a reasonable limit imposed by law in the peculiar facts of this case. The question of the

[TRADUCTION] J'estime que ces deux délits doivent être traités différemment. Le délit civil de complot en vue de nuire n'est pas reconnu dans cette province; l'art. 5 de la *Trade Union Act*, 1959, a rendu inapplicable la doctrine du complot civil dans le cas où un syndicat agissait en vue ou dans le cadre d'un conflit de travail. Tel est encore le cas aujourd'hui sous le régime du *Labour Code* (art. 89). L'article 89 est ainsi conçu:

«89. Un acte, qui n'est pas par ailleurs illégal, accompli par au moins deux personnes agissant de concert ou par suite d'une entente, ne donne pas lieu à des poursuites s'il est accompli en vue ou dans le cadre d'un conflit de travail.»

Sans tenter de décrire ce que peut être la situation dans les autres provinces relativement au délit civil de complot, je suis convaincu que la description qu'en donne le professeur Arthurs, dans «Tort Liability for Strikes in Canada» (1960), 38 R. du B. can. 346, à la p. 362, est justifiée.

«Le délit civil moderne de complot est presque universellement condamné comme un instrument d'antisyndicalisme judiciaire. Partout dans les pays de *common law*, les auteurs de doctrine l'ont dénoncé comme étant une «arme . . . brandie avec un esprit franchement partisan pour contrecarrer les aspirations du mouvement syndical.»

Soulignons qu'en Colombie-Britannique le délit civil de complot en vue de nuire prévu par la *common law* semblerait avoir été aboli par voie législative et, du moins en ce qui concerne les conflits de travail, il ne saurait fonder une injonction. Je suis conscient que les relations de travail des appelants sont régies par le *Code canadien du travail* dans la mesure où il s'applique. Toutefois, vu le silence du *Code canadien du travail* sur la question du piquetage, c'est la *common law* qui s'applique—en l'occurrence celle de la Colombie-Britannique—où ce délit a été supprimé en matière de conflits de travail. J'estime donc que le délit de complot civil en vue de nuire ne peut être invoqué pour justifier une injonction qui ne peut en conséquence avoir d'autre fondement que le délit d'incitation à la rupture d'un contrat.

La question qui se pose est donc la suivante: compte tenu des faits particuliers de la présente affaire, l'injonction fondée sur le délit de *common law* d'incitation à la rupture d'un contrat, qui a pour effet de limiter le droit à la liberté d'expression garanti par la *Charte*, peut-elle être confirmée

1986 CanLII 5 (SCC)

application of s. 1 of the *Charter* has been the subject of comment in this Court in earlier cases, for example, *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; and, more recently, *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. Ordinarily, some evidence will be necessary to enable the Court to decide whether s. 1 should be applied to preserve a limitation on a right, and the burden of proof will lie upon the party supporting the limitation. Dickson C.J. in the *Oakes* case, however, at p. 138, remarked concerning the need for evidence:

> I should add, however, that there may be cases where certain elements of the s. 1 analysis are obvious or self-evident.

This, in my view, is such a case in so far as the need for evidence is concerned. The evidence before the Chambers judge, together with the assumptions and findings referred to above, provide a sufficient basis for the consideration of this question.

From the evidence, it may well be said that the concern of the respondent is pressing and substantial. It will suffer economically in the absence of an injunction to restrain picketing. On the other hand, the injunction has imposed a limitation upon a *Charter* freedom. A balance between the two competing concerns must be found. It may be argued that the concern of the respondent regarding economic loss would not be sufficient to constitute a reasonable limitation on the right of freedom of expression, but there is another basis upon which the respondent's position may be supported. This case involves secondary picketing—picketing of a third party not concerned in the dispute which underlies the picketing. The basis of our system of collective bargaining is the proposition that the parties themselves should, wherever possible, work out their own agreement. Professor Weiler in *Reconcilable Differences* (Toronto 1980), at pp. 64-65, states:

> The basic assumption of our industrial relations system is the notion of freedom of contract between the

à titre de limite raisonnable imposée par une règle de droit? L'applicabilité de l'article premier de la *Charte* a déjà été commentée par cette Cour, notamment dans les arrêts *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, et plus récemment, *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Ordinairement, la Cour a besoin d'éléments de preuve pour pouvoir décider s'il y a lieu d'appliquer l'article premier pour confirmer une limite apportée à un droit et c'est à la partie qui plaide en faveur de cette limite qu'incombe la charge de la preuve. Toutefois, à la p. 138 de l'arrêt *Oakes*, le juge en chef Dickson fait observer ceci au sujet de la nécessité d'une preuve:

> Je dois cependant ajouter qu'il peut arriver que certains éléments constitutifs d'une analyse en vertu de l'article premier soient manifestes ou évidents en soi.

Tel est, à mon avis, le cas en l'espèce en ce qui concerne la nécessité d'une preuve. La preuve soumise au juge en chambre ainsi que les présomptions et les conclusions susmentionnées fournissent un fondement suffisant pour l'examen de cette question.

D'après la preuve, on peut fort bien affirmer que la préoccupation de l'intimée est urgente et réelle. En l'absence d'une injonction empêchant le piquetage, elle subira un préjudice économique. Par ailleurs, l'injonction impose une limite à une liberté garantie par la *Charte*. Il nous faut donc établir un juste équilibre entre ces deux intérêts opposés. On peut soutenir que la préoccupation de l'intimée concernant une perte économique ne suffit pas pour rendre raisonnable une limite au droit à la liberté d'expression, mais il y a un autre fondement sur lequel peut s'appuyer la position de l'intimée. Il est question en l'espèce de piquetage secondaire, c.-à-d. de piquetage dirigé contre un tiers qui n'est nullement impliqué dans le conflit à l'origine du piquetage. Or, notre régime de négociation collective repose sur le principe selon lequel les parties doivent, dans la mesure du possible, en venir elles-mêmes à une entente. Le professeur Weiler dans *Reconcilable Differences* (Toronto 1980), aux pp. 64 et 65, affirme ceci:

> [TRADUCTION] L'idée fondamentale qui sous-tend notre système de relations industrielles est la notion de

1986 CanLII 5 (SCC)

union and the employer. There are powerful arguments in favour of that policy of freedom of contract. We are dealing with the terms and conditions under which labour will be purchased by employers and will be provided by employees. The immediate parties know best what are the economic circumstances of their relationship, what are their non-economic priorities and concerns, what trade-offs are likely to be most satisfactory to their respective constituencies. General legal standards formulated by government bureaucrats are likely to fit like a procrustean bed across the variety and nuances of individual employment situations.

. . .

The freedom to agree logically entails the right to disagree, to fail to reach an acceptable compromise. Most of the time good faith negotiation does produce a settlement at the bargaining table, often without a great deal of trouble. But often enough it does not; and of course it is the failures which generate the visible tumult and shouting. And at that point the collective bargaining system diverges sharply from other components in the market economy.

When the parties do exercise the right to disagree, picketing and other forms of industrial conflict are likely to follow. The social cost is great, man-hours and wages are lost, production and services will be disrupted, and general tensions within the community may be heightened. Such industrial conflict may be tolerated by society but only as an inevitable corollary to the collective bargaining process. It is therefore necessary in the general social interest that picketing be regulated and sometimes limited. It is reasonable to restrain picketing so that the conflict will not escalate beyond the actual parties. While picketing is, no doubt, a legislative weapon to be employed in a labour dispute by the employees against their employer, it should not be permitted to harm others. Weiler, *supra*, at p. 80, again comments:

> ... strike action is legal only in order to resolve a dispute with an employer about the negotiation of a new collective agreement. Logically a picket line should be legitimate only on such an occasion. As well the only

la liberté contractuelle du syndicat et de l'employeur. Des arguments puissants militent en faveur de ce principe de la liberté contractuelle. En effet, il est question de modalités selon lesquelles le travail sera acheté par les employeurs et fourni par les employés. Ce sont les parties immédiates qui sont les mieux placées pour connaître les circonstances économiques de leurs rapports et pour savoir quelles sont leurs priorités et préoccupations non économiques et quels compromis conviendront vraisemblablement le mieux aux personnes qu'elles représentent. Des normes juridiques générales établies par des bureaucrates gouvernementaux risqueraient de tenir compte assez mal de la variété des cas qui peuvent se présenter et de leurs nuances.

. . .

Logiquement, la liberté de se mettre d'accord suppose le droit d'être en désaccord, de ne pas en arriver à un compromis acceptable. La plupart du temps, des négociations menées de bonne foi aboutissent à un règlement à la table de négociation, et ce, souvent sans trop de difficulté. Toutefois, il arrive assez fréquemment qu'il n'en soit pas ainsi; et, évidemment, ce sont les échecs qui donnent naissance aux disputes ouvertes. C'est à ce moment-là que le régime de négociation collective s'écarte radicalement des autres composantes de l'économie de marché.

Lorsque les parties exercent leur droit d'être en désaccord, le piquetage et d'autres formes de conflit de travail sont susceptibles de s'ensuivre. Sur le plan social, le coût d'un conflit est très élevé; il y a perte d'heures-personnes et de salaires; la production et les services sont perturbés et les tensions générales au sein de la collectivité risquent d'être aggravées. Si la société tolère de tels conflits de travail, ce n'est qu'à titre de corollaire inévitable du processus de négociation collective. Il est en conséquence nécessaire dans l'intérêt général de la société que le piquetage soit réglementé et, parfois, limité. Il est raisonnable d'empêcher le piquetage de manière à limiter le conflit aux parties elles-mêmes. Bien que le piquetage constitue sans aucun doute une arme dont les employés peuvent légitimement se servir contre leur employeur dans un conflit de travail, il ne doit pas être permis d'y recourir pour nuire à d'autres personnes. Weiler, précité, à la p. 80, fait de nouveau observer:

> [TRADUCTION] ... le recours à la grève n'est légal que pour régler un différend avec un employeur relativement à la négociation d'une nouvelle convention collective. Logiquement, ce devrait être le seul cas où une ligne de

1986 CanLII 5 (SCC)

permissible target of the picket line should be the *primary* employer—that employer with whom the union is negotiating and whom it is trying to compel to make favourable concessions in order to settle the agreement. Putting it the other way, unions should not be permitted to picket the business of a third party. Such a *secondary* employer is not involved in the primary dispute, it does not have it within its power to make the concessions that will settle the new contract, and thus it should not be the target of a weapon whose legitimate purpose is to extract such economic concessions.

piquetage serait légitime. De plus, il ne devrait être permis de diriger le piquetage que contre l'employeur *principal*—l'employeur avec lequel le syndicat est en train de négocier et qu'il veut amener à faire des concessions en sa faveur afin qu'on puisse en arriver à une entente. Autrement dit, il ne devrait pas être permis aux syndicats de faire du piquetage contre l'entreprise d'un tiers. Un tel employeur *secondaire* n'est pas impliqué dans le conflit principal; il n'est pas en mesure de faire les concessions qui aboutiront à une nouvelle convention; par conséquent, il ne devrait pas être la cible d'une arme dont le but légitime est de forcer des concessions économiques.

It should be noted here that in the Province of British Columbia, secondary picketing of the nature involved in this case, save for the picketing of allies of the employer, has been made unlawful by the combined effect of ss. 85(3) and 88 of the British Columbia *Labour Code*, R.S.B.C. 1979, c. 212, as amended. This statute, of course, does not apply in this case, but it is indicative of the legislative policy, in respect of the regulation of picketing in that Province. It shows that the application of s. 1 of the *Charter* to sustain the limitation imposed by the common law would be consistent with legislative policy in British Columbia. I would say that the requirement of proportionality is also met, particularly when it is recalled that this is an interim injunction effective only until trial when the issues may be more fully canvassed on fuller evidence. It is my opinion then that a limitation on secondary picketing against a third party, that is, a non-ally, would be a reasonable limit in the facts of this case. I would therefore conclude that the injunction is "a reasonable limit prescribed by law which can be demonstrably justified in a free and democratic society".

Il faut souligner ici qu'en Colombie-Britannique, sauf s'il s'agit du piquetage des alliés de l'employeur, le piquetage secondaire, tel celui en l'espèce, est illégal de par l'effet combiné du par. 85(3) et de l'art. 88 du *Labour Code* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, chap. 212, et modifications. Cette loi ne s'applique évidemment pas en l'espèce, mais elle est indicative de la politique législative en ce qui concerne la réglementation du piquetage dans cette province. Cela indique que le recours à l'article premier de la *Charte* pour maintenir la limite imposée en *common law* serait compatible avec la politique législative de la Colombie-Britannique. Je souligne que l'exigence de proportionnalité a aussi été remplie, particulièrement lorsqu'on se rappelle qu'il s'agit en l'espèce d'une injonction provisoire qui ne demeurera en vigueur que jusqu'au procès au cours duquel les questions litigieuses pourront être étudiées d'une manière plus approfondie en fonction d'une preuve plus complète. Je suis donc d'avis que, compte tenu des faits de la présente affaire, la limite imposée au piquetage secondaire dirigé contre un tiers, c.-à-d. contre un non-allié, est raisonnable. En conséquence, je conclus que l'injonction est «une limite raisonnable qui est prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique».

Does the *Charter* apply to the Common Law?

In my view, there can be no doubt that it does apply. Section 52(1) of the *Constitution Act, 1982* provides:

La *Charte* s'applique-t-elle à la *common law*?

À mon avis, il n'y a pas de doute qu'elle s'y applique. Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit:

1986 CanLII 5 (SCC)

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

The English text provides that "any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect". If this language is not broad enough to include the common law, it should be observed as well that the French text adds strong support to this conclusion in its employment of the words "*elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de tout autre règle de droit*". (Emphasis added.) To adopt a construction of s. 52(1) which would exclude from *Charter* application the whole body of the common law which in great part governs the rights and obligations of the individuals in society, would be wholly unrealistic and contrary to the clear language employed in s. 52(1) of the Act.

Le texte anglais de la disposition se lit ainsi: «*any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect*». À supposer que ces termes ne soient pas assez généraux pour inclure la *common law*, on devrait faire observer également que le texte français vient appuyer davantage cette conclusion en ce qu'il utilise les mots «elle rend inopérantes les dispositions de toute autre règle de droit». (C'est moi qui souligne.) Adopter une interprétation du par. 52(1) qui soustrairait à l'application de la *Charte* l'ensemble de la *common law* qui régit dans une large mesure les droits et les obligations des individus dans la société, serait totalement irréaliste et contraire aux termes clairs utilisés dans ce paragraphe.

Does the *Charter* apply to private litigation?

This question involves consideration of whether or not an individual may found a cause of action or defence against another individual on the basis of a breach of a *Charter* right. In other words, does the *Charter* apply to private litigation divorced completely from any connection with Government? This is a subject of controversy in legal circles and the question has not been dealt with in this Court. One view of the matter rests on the proposition that the *Charter*, like most written constitutions, was set up to regulate the relationship between the individual and the Government. It was intended to restrain government action and to protect the individual. It was not intended in the absence of some governmental action to be applied in private litigation.

La *Charte* s'applique-t-elle aux litiges privés?

Cette question exige qu'on examine si, entre particuliers, une cause d'action peut être fondée sur la violation d'un droit garanti par la *Charte* ou si une telle violation peut être invoquée comme moyen de défense. En d'autres termes, la *Charte* s'applique-t-elle à des litiges privés qui n'ont absolument rien à voir avec le gouvernement? Voilà un point controversé en milieu juridique sur lequel cette Cour n'a pas encore eu à se prononcer. Selon un point de vue, la *Charte*, comme la plupart des constitutions écrites, a été créée pour régir les rapports entre les particuliers et le gouvernement. Elle vise à imposer des restrictions à l'action du gouvernement et à protéger les particuliers. Elle n'est pas destinée, en l'absence d'une action gouvernementale quelconque, à être appliquée aux litiges privés.

Support for this view is found in Peter W. Hogg, *supra*, at pp. 670-78, and in an article by Katherine Swinton, "Application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms", in Tarnopolsky and

Cette opinion est appuyée par Peter W. Hogg, précité, aux pp. 670 à 678, et par un article de Katherine Swinton, intitulé «Application de la Charte canadienne des droits et libertés», dans

1986 CanLII 5 (SCC)

Beaudoin, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms—Commentary.*

At pages 674-75 in his text, Professor Hogg says:

The rights guaranteed by the Charter take effect only as restrictions on the power of government over the persons entitled to the rights. The Charter regulates the relations between government and private persons, but it does not regulate the relations between private persons and private persons. Private action is therefore excluded from the application of the Charter. Such actions as an employer restricting an employee's freedom of speech or assembly, a parent restricting the mobility of a child, or a landlord discriminating on the basis of race in his selection of tenants, cannot be breaches of the Charter, because in no case is there any action by the Parliament or government of Canada or by the Legislature or government of a province. In cases where private action results in a restriction of a civil liberty, there may be a remedy for the aggrieved person under a human rights code, under labour law, family law, tort law, contract law or property law, or under some other branch of the law governing relations between private persons; but there will be no breach of the Charter.

In her discussion of this question, Professor Swinton has pointed out that certain sections of the *Charter* might support the proposition that it could apply in private litigation, but she makes it clear on an overall view of the *Charter* that its application to private litigation is, in her view, excluded. She has pointed out that the *Charter* is not designed to be employed in private litigation and by its very nature it is not suited for that purpose. At pages 47-48, she says:

Moreover, in considering whether the Charter should be directly applicable, the courts should bear in mind its drawbacks as a method of dealing with private action and the advantages of leaving the regulation of such conduct to human rights legislation or other legal controls. Legislation can be tailored to deal with the tension between privacy rights and equality or that between freedom of expression and prohibition of hate literature. It can expressly limit the applicability of equality guarantees to services or to areas open to the public, or specify the right to set *bona fide* job qualifications. The Charter is not so refined, and provides no guidelines for

Beaudoin et Tarnopolsky, éd., *Charte canadienne des droits et libertés.*

Aux pages 674 et 675 de l'ouvrage du professeur Hogg, on peut lire ce qui suit:

[TRADUCTION] Les droits garantis par la Charte ne jouent qu'à titre de restrictions au pouvoir du gouvernement sur les titulaires de ces droits. La Charte régit les rapports entre le gouvernement et les particuliers, mais non pas ceux entre particuliers. Les actions privées échappent donc à son application. Si, par exemple, un employeur impose des restrictions à la liberté de parole ou de réunion d'un employé, si un parent limite la liberté de circulation et d'établissement de son enfant, ou si un propriétaire en choisissant ses locataires fait des distinctions fondées sur la race, ces actes ne peuvent constituer des infractions à la Charte puisque, dans ces cas, il n'y a aucune intervention du Parlement ou du gouvernement du Canada ou de la législature ou du gouvernement d'une province. Lorsque l'acte d'un particulier entraîne une restriction à une liberté civile, il est possible que la personne lésée puisse exercer un recours en vertu d'un code des droits de la personne, en vertu du droit du travail, du droit de la famille, du droit en matière de responsabilité délictuelle, du droit des contrats ou des biens, ou en vertu de quelque autre domaine du droit régissant les relations entre particuliers; mais il n'y a pas dans ce cas-là de violation de la Charte.

Dans son analyse de cette question, le professeur Swinton souligne que certains articles de la *Charte* pourraient appuyer la thèse de son applicabilité aux litiges privés, mais elle prend bien soin de préciser qu'une vue d'ensemble de la *Charte* exclut, à son avis, son application aux actions privées. En effet, elle fait remarquer que la *Charte* n'est pas destinée à être utilisée dans des litiges privés et que, de par sa nature même, elle ne se prête pas à une telle utilisation. Aux pages 58 et 59, elle affirme ceci:

En outre, en jugeant si la *Charte* devrait s'appliquer directement aux particuliers, les tribunaux devraient tenir compte de ses désavantages en tant que façon de traiter des actes des particuliers et des avantages qu'il y a à laisser la réglementation de cette conduite aux lois sur les droits de la personne ou aux autres contrôles légaux. Les lois peuvent être adaptées de façon à tenir compte de la tension entre le droit à l'intimité et celui à l'égalité ou entre la liberté d'expression et l'interdiction de la propagande haineuse. Elles peuvent expressément limiter l'application des garanties d'égalité aux services ou aux secteurs ouverts au public, ou préciser le droit

1986 CanLII 5 (SCC)

its application. These would have to be judicially determined.

As well, statutes such as particular human rights and equal pay laws contain an administrative structure designed to promote mediated settlements of disputes, rather than resort to litigation. There is an elaborate structure of conciliation preceding adjudications by an administrative tribunal, which can have an educative effect between the parties. The Charter will be interpreted for the most part in the courts, where there is no built-in mechanism to encourage settlement.

and later, she said, at p. 48:

One should also keep in mind the concerns of the federal and provincial governments in drafting and agreeing to the Charter. Their focus was its effect on their own governmental operations. That is the reason for s. 1, requiring the courts to interpret the guarantees so as to allow reasonable limitations imposed by law. The override section (s. 33), allowing the legislatures to enact laws infringing the Charter, also indicates that governments were concerned about bounds on legislative action. The governments did not address the application of the Charter to private action, and indeed it would have been strange for them to do so, for their existing human rights codes address that matter.

More recently, Dubin J.A., speaking for the majority of the Court of Appeal for Ontario (Dubin, Morden JJ.A., Finlayson J.A. dissenting) in *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 26 D.L.R. (4th) 728, 54 O.R. (2d) 513, in a case involving a claim for discrimination on account of sex, said: "In my opinion s. 15 of the Charter does not reach private activity within a province". He then expressed agreement with the words of Professor Tarnopolsky (as he then was) in Tarnopolsky and Beaudoin, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms—Commentary (supra)*, at pp. 422-23, where he said:

In our own case under the Charter, it is suggested that s. 15 is not likely to be applied in the courts except in cases where a discriminatory act is committed by legislative action, and the jurisdiction concerned does

d'exiger certaines compétences pour un travail. La *Charte* n'est pas aussi détaillée et ne fournit aucune directive quant à son application. Celles-ci devront être établies par les tribunaux.

Aussi, des lois comme certaines lois sur les droits de la personne et sur l'égalité de rémunération prévoient une structure administrative destinée à favoriser le règlement des conflits sans recourir aux tribunaux. Avant que la décision soit rendue par un tribunal administratif, il y a toute une structure de conciliation qui peut avoir un effet éducatif sur les parties. Par contre, dans la plupart des cas, la *Charte* sera interprétée par les cours de justice, où il n'existe aucun mécanisme visant à encourager les règlements à l'amiable.

Plus loin, aux pp. 59 et 60, elle ajoute:

Il faudrait également tenir compte des préoccupations des gouvernements fédéral et provinciaux lorsqu'ils ont rédigé et accepté la *Charte*. Ils se préoccupaient surtout de ses effets sur leur propre fonctionnement. C'est là la raison d'être de l'article 1 qui exige que les tribunaux interprètent les garanties de façon à permettre des limites raisonnables imposées par la loi. L'article de dérogation (art. 33), qui permet aux législatures d'adopter des lois dérogeant à la *Charte*, montre aussi que les gouvernements se préoccupaient des limites imposées aux mesures législatives. Les gouvernements ne se sont pas préoccupés de l'application de la *Charte* aux actes des particuliers, et il aurait d'ailleurs été curieux qu'ils le fassent, car leurs codes des droits de la personne en traitent.

Plus récemment, voici ce qu'a affirmé le juge Dubin de la Cour d'appel de l'Ontario, s'exprimant au nom des juges formant la majorité (les juges Dubin et Morden et le juge Finlayson, dissident) dans l'arrêt *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 26 D.L.R. (4th) 728, 54 O.R. (2d) 513, où il était question d'une plainte de discrimination fondée sur le sexe: [TRADUCTION] «À mon avis, l'art. 15 de la *Charte* ne s'applique pas aux activités de particuliers dans la province». Il s'est ensuite dit d'accord avec les propos du professeur Tarnopolsky (maintenant juge de la Cour d'appel de l'Ontario), dans Beaudoin et Tarnopolsky, éd., *Charte canadienne des droits et libertés*, précité, à la p. 533 où ce dernier affirme:

En ce qui regarde la *Charte* canadienne, nous croyons que, l'article 15 ne sera probablement pas appliqué par les tribunaux sauf dans des circonstances où un geste discriminatoire est posé *au moyen* d'une loi et qu'il

1986 CanLII 5 (SCC)

not have an overriding clause in its Human Rights Act, as do Alberta, Quebec and Saskatchewan. This would be so for the following reasons:

1. By s. 32(1), the *Charter* is specifically made applicable only *to* the Parliament and government of Canada and *to* the legislature and government of each province "*in respect of* all matters within the authority" of the respective legislative body. Thus, although legislative and executive actions are covered by the Charter, it is not made applicable to private action.

2. Section 15 refers to equality before and under the *law*, as well as equal protection and benefit of the *law*. Thus, although an anti-discrimination (human rights) law would *itself* have to conform to s. 15, it, and not s. 15, would be directly applicable to discriminatory actions by private persons.

3. Every jurisdiction in Canada has an anti-discrimination statute which is explicitly made applicable to the Crown. It is unlikely, therefore, that a complainant would resort to a constitutional action in the courts, rather than the complaint process under the anti-discrimination laws.

Dubin J.A. then noted that McNair J., of the Federal Court, Trial Division, in *Cat Productions Ltd. v. Macedo*, [1985] 1 F.C. 269, had approved the words of Professor Swinton, at pp. 44-45 in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary*, *supra*:

The automatic response to a suggestion that the Charter can apply to private activity, without connection to government, will be that a Charter of Rights is designed to bind governments, not private actors. That is the nature of a constitutional document: to establish the scope of governmental authority and to set out the terms of the relationship between the citizen and the state and those between the organs of government. The purpose of a Charter of Rights is to regulate the relationship of an individual with the government by invalidating laws and governmental activity which infringe the rights guaranteed by the document, while relationships between individuals are left to the regulation of human rights codes, other statutes, and common law remedies, such as libel and slander laws. Furthermore, s. 32(1) specifically states that the Charter applies to "the Parliament and government of Canada *in respect* of all matters within

n'existe pas de «clause nonobstant» dans la Loi sur les droits de l'homme du gouvernement en question, comme c'est le cas de l'Alberta, du Québec et de la Saskatchewan. Ceci se produirait pour les raisons suivantes:

1. En vertu du paragraphe 1 de l'article 32, la *Charte* s'applique exclusivement *au* Parlement et *au* gouvernement du Canada et *à* la législature et *au* gouvernement de chaque province «pour tous les domaines relevant» de chaque organisme législatif. Par conséquent, même si la Charte s'applique à des actes législatifs ou exécutifs, sa portée ne s'étend pas à l'activité des particuliers.

2. L'article 15 porte sur l'égalité devant la *loi*, de même que sur l'égalité de bénéfice et la protection égale de la *loi*. Même si une loi antidiscriminatoire (sur les droits de la personne) doit respecter les dispositions de l'article 15, c'est cette loi et non l'article 15 qui s'appliquerait directement à des actes discriminatoires posés par des individus.

3. Il existe au sein de chaque ordre de gouvernement au Canada une loi antidiscriminatoire qui s'applique de façon explicite à la Couronne. Il est par conséquent peu probable qu'un plaignant intente des poursuites devant les tribunaux en vertu de la Constitution plutôt qu'en vertu des lois antidiscriminatoires.

Le juge Dubin souligne ensuite que, dans la décision *Cat Productions Ltd. c. Macedo*, [1985] 1 C.F. 269, le juge McNair de la Cour fédérale, Division de première instance, a approuvé les propos tenus par le professeur Swinton à la p. 55 de l'ouvrage intitulé *Charte canadienne des droits et libertés*, précité:

À la suggestion que la *Charte* peut s'appliquer aux activités de particuliers, sans lien avec le gouvernement, on peut répondre automatiquement qu'une charte des droits lie les gouvernements et non les particuliers. Telle est la nature d'un document constitutionnel: établir la portée des pouvoirs gouvernementaux et exposer les conditions des relations entre les citoyens de l'État et entre les divers organes du gouvernement. Le but d'une charte des droits est de régir les rapports entre un particulier et le gouvernement en rendant invalides les lois et les mesures gouvernementales qui empiètent sur les droits garantis par le document, les rapports entre les particuliers étant laissés aux codes des droits de la personne, aux autres lois et aux recours de la «common law», par exemple les lois sur la diffamation. En outre, le paragraphe 32(1) déclare expressément que la *Charte* s'applique au «Parlement et au gouvernement du

1986 CanLII 5 (SCC)

the authority of Parliament" (emphasis added). It is governmental action which is caught, not private action.

He concluded on this point: "I agree with McNair J., and, with respect, I do not agree with the contrary opinion to be found in *R. v. Lerke* (1984), 11 D.L.R. (4th) 185, 13 C.C.C. (3d) 515, 55 A.R. 216 (Alta. Q.B.)"

Further support for the view that the *Charter* does not apply in litigation between private parties is to be found in a helpful article in (1986), 24 *Alta. L. Rev.* 361, by Anne McLellan and Bruce P. Elman, entitled, "To Whom Does the Charter Apply? Some recent cases on s. 32", which reviews the case law as it has developed, and says at p. 367:

In conclusion it is suggested that the better view is that the Charter applies only to government action. To hold otherwise would be to increase the scope of the Charter immeasurably. In cases involving arrests, detentions, searches and the like, to apply the Charter to purely private action would be tantamount to setting up an alternative tort system. In the area of private discrimination, an entirely new system of civil liability in competition with the dispute resolution mechanisms fostered by human rights legislation would result.

Views to the contrary have been expressed in articles by Dale Gibson: "The Charter of Rights and the Private Sector" (1982), 12 *Man. L.J.* 213; "Distinguishing the Governors from the Governed: The Meaning of 'Government' under Section 32(1) of the Charter" (1983), 13 *Man. L.J.* 505, as well as Morris Manning, *Rights, Freedoms and the Courts* (Toronto 1983).

I am in agreement with the view that the *Charter* does not apply to private litigation. It is evident from the authorities and articles cited above that that approach has been adopted by most judges and commentators who have dealt with this question. In my view, s. 32 of the *Charter*, specifically dealing with the question of *Charter* application, is conclusive on this issue. Section 32 is reproduced hereunder:

Canada, *pour* tous les domaines relevant du Parlement» (les italiques sont de nous). Ce sont les actes du gouvernement qui sont visés, non ceux des particuliers.

Il a conclu sur ce point: [TRADUCTION] «Je suis d'accord avec le juge McNair et, avec égards, je ne partage pas l'opinion contraire exprimée dans *R. v. Lerke* (1984), 11 D.L.R. (4th) 185, 13 C.C.C. (3d) 515, 55 A.R. 216 (B.R. Alb.)»

Le point de vue selon lequel la *Charte* ne s'applique pas aux litiges opposant des particuliers est également appuyé par un article utile de Anne McLellan et Bruce P. Elman, intitulé «To Whom Does the Charter Apply? Some recent cases on s. 32», que l'on trouve à (1986), 24 *Alta. L. Rev.* 361, et qui passe en revue la jurisprudence telle qu'elle s'est développée. On peut lire à la p. 367:

[TRADUCTION] Finalement, on laisse entendre que le meilleur point de vue est celui que la Charte ne s'applique qu'aux actions gouvernementales. Conclure autrement reviendrait à augmenter démesurément la portée de la Charte. Dans les affaires où il est question d'arrestations, de détentions, de fouilles, de perquisitions et ainsi de suite, appliquer la Charte aux actions purement privées reviendrait à instituer un régime subsidiaire de responsabilité civile. Dans le domaine de la discrimination entre particuliers, il résulterait un tout nouveau régime de responsabilité civile qui ferait concurrence aux mécanismes de règlement des litiges favorisés par les lois en matière de droits de la personne.

Pour des points de vue contraires, voir les articles de Dale Gibson: «The Charter of Rights and the Private Sector» (1982), 12 *Man. L.J.* 213; «Distinguishing the Governors from the Governed: The Meaning of 'Government' under Section 32(1) of the Charter» (1983), 13 *Man. L.J.* 505, ainsi que Morris Manning, *Rights, Freedoms and the Courts* (Toronto 1983).

Je suis d'accord avec le point de vue que la *Charte* ne s'applique pas aux litiges privés. Il ressort nettement de la jurisprudence et des articles précités que c'est le point de vue qu'ont adopté la plupart des juges et des glossateurs qui ont abordé cette question. À mon sens, l'art. 32 de la *Charte*, qui traite expressément de l'application de la *Charte*, est déterminant sur ce point. Voici le texte de l'art. 32:

1986 CanLII 5 (SCC)

32. (1) This Charter applies

(*a*) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and

(*b*) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

32. (1) La présente charte s'applique:

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

b) à la législature et au gouvernement de chaque province pour tous les domaines relevant de cette législature.

32. (1) This Charter applies

(*a*) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and

(*b*) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

32. (1) La présente charte s'applique:

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

b) à la législature et au gouvernement de chaque province pour tous les domaines relevant de cette législature.

Section 32(1) refers to the Parliament and Government of Canada and to the legislatures and governments of the Provinces in respect of all matters within their respective authorities. In this, it may be seen that Parliament and the Legislatures are treated as separate or specific branches of government, distinct from the executive branch of government, and therefore where the word 'government' is used in s. 32 it refers not to government in its generic sense—meaning the whole of the governmental apparatus of the state—but to a branch of government. The word 'government', following as it does the words 'Parliament' and 'Legislature', must then, it would seem, refer to the executive or administrative branch of government. This is the sense in which one generally speaks of the Government of Canada or of a province. I am of the opinion that the word 'government' is used in s. 32 of the *Charter* in the sense of the executive government of Canada and the Provinces. This is the sense in which the words 'Government of Canada' are ordinarily employed in other sections of the *Constitution Act, 1867*. Sections 12, 16, and 132 all refer to the Parliament and the Government of Canada as separate entities. The words 'Government of Canada', particularly where they follow a reference to the word 'Parliament', almost always refer to the executive government.

It is my view that s. 32 of the *Charter* specifies the actors to whom the *Charter* will apply. They are the legislative, executive and administrative branches of government. It will apply to those

Le paragraphe 32(1) mentionne le Parlement et le gouvernement du Canada ainsi que la législature et le gouvernement de chaque province en ce qui concerne tous les domaines qui relèvent de leurs compétences respectives. À cet égard, on peut constater que le Parlement et les législatures sont traités comme des branches de gouvernement séparées ou spécifiques, distinctes de l'exécutif, et que, par conséquent, le terme «gouvernement» utilisé à l'art. 32 désigne non pas le gouvernement au sens général—c'est-à-dire au sens de l'ensemble de l'appareil gouvernemental de l'État—mais plutôt une branche de gouvernement. Le terme «gouvernement», qui suit les termes «Parlement» et «législature», doit alors, semble-t-il, désigner la branche exécutive ou administrative du gouvernement. C'est en ce sens qu'on parle en général du gouvernement du Canada ou d'une province. Je suis d'avis que le mot «gouvernement» utilisé à l'art. 32 de la *Charte* désigne le pouvoir exécutif à l'échelon fédéral et à l'échelon provincial. C'est en ce sens que l'expression «gouvernement du Canada» est ordinairement utilisée dans d'autres articles de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les articles 12, 16 et 132 désignent tous le Parlement et le gouvernement du Canada comme des entités distinctes. L'expression «gouvernement du Canada», en particulier lorsqu'elle suit le mot «Parlement», désigne presque toujours le pouvoir exécutif.

J'estime donc que l'art. 32 de la *Charte* mentionne de façon précise les acteurs auxquels s'applique la *Charte*. Il s'agit des branches législative, exécutive et administrative. Elle leur est applicable

1986 CanLII 5 (SCC)

branches of government whether or not their action is invoked in public or private litigation. It would seem that legislation is the only way in which a legislature may infringe a guaranteed right or freedom. Action by the executive or administrative branches of government will generally depend upon legislation, that is, statutory authority. Such action may also depend, however, on the common law, as in the case of the prerogative. To the extent that it relies on statutory authority which constitutes or results in an infringement of a guaranteed right or freedom, the *Charter* will apply and it will be unconstitutional. The action will also be unconstitutional to the extent that it relies for authority or justification on a rule of the common law which constitutes or creates an infringement of a *Charter* right or freedom. In this way the *Charter* will apply to the common law, whether in public or private litigation. It will apply to the common law, however, only in so far as the common law is the basis of some governmental action which, it is alleged, infringes a guaranteed right or freedom.

The element of governmental intervention necessary to make the *Charter* applicable in an otherwise private action is difficult to define. We have concluded that the *Charter* applies to the common law but not between private parties. The problem here is that this is an action between private parties in which the appellant resists the common law claim of the respondent on the basis of a *Charter* infringement. The argument is made that the common law, which is itself subject to the *Charter*, creates the tort of civil conspiracy and that of inducing a breach of contract. The respondent has sued and has procured the injunction which has enjoined the picketing on the basis of the commission of these torts. The appellants say the injunction infringes their *Charter* right of freedom of expression under s. 2(*b*). Professor Hogg meets this problem when he suggests, at p. 677 of his text, after concluding that the *Charter* does not apply to private litigation, that:

> Private action is, however, a residual category from which it is necessary to subtract those kinds of action to which s. 32 does make the Charter applicable.

peu importe que leurs actes soient en cause dans des litiges publics ou privés. Il semblerait que ce n'est que dans sa législation qu'une législature peut porter atteinte à une liberté ou un droit garantis. Les actes de la branche exécutive ou administrative du gouvernement se fondent généralement sur une loi, c'est-à-dire sur un texte législatif. Toutefois, ces actes peuvent aussi se fonder sur la *common law* comme dans le cas de la prérogative. Dans la mesure où ils se fondent sur un texte législatif qui constitue ou entraîne une atteinte à une liberté ou à un droit garantis, la *Charte* s'applique et ils sont inconstitutionnels. Ces actes sont également inconstitutionnels dans la mesure où ils sont autorisés ou justifiés par une règle de *common law* qui constitue ou engendre une atteinte à une liberté ou à un droit garantis par la *Charte*. C'est ainsi que la *Charte* s'applique à la *common law* tant dans les litiges publics que dans les litiges privés. Cependant, elle ne s'applique à la *common law* que dans la mesure où la *common law* constitue le fondement d'une action gouvernementale qui, allègue-t-on, porte atteinte à une liberté ou à un droit garantis.

Il est difficile de définir l'élément d'intervention gouvernementale nécessaire pour rendre la *Charte* applicable dans un litige par ailleurs privé. Nous avons conclu que la *Charte* s'applique à la *common law*, mais non pas entre particuliers. Le problème en l'espèce est qu'il s'agit d'une action entre des particuliers, dans laquelle l'appelant oppose une violation de la *Charte* à la demande de l'intimée fondée sur la *common law*. On fait valoir que la *common law*, qui est elle-même assujettie à la *Charte*, crée le délit de complot civil et celui d'incitation à la rupture de contrat. L'intimée a demandé et obtenu une injonction empêchant le piquetage en invoquant la perpétration de ces délits civils. Les appelants de leur côté affirment que l'injonction porte atteinte au droit à la liberté d'expression que leur confère l'al. 2*b*) de la *Charte*. Le professeur Hogg fait face à ce problème lorsque, après avoir conclu que la *Charte* ne s'applique pas aux litiges privés, il fait remarquer, à la p. 677 de son ouvrage:

> [TRADUCTION] Les actions de particuliers constituent toutefois une espèce de catégorie résiduelle dont il faut exclure le genre d'actions auxquelles l'art. 32 rend la *Charte* applicable.

He added:

The Charter will apply to any rule of the common law that specifically authorizes or directs an abridgement of a guaranteed right.

and he concluded by saying, at p. 678:

The fact that a court order is governmental action means that the Charter will apply to a purely private arrangement, such as a contract or proprietary interest, but only to the extent that the Charter will preclude judicial enforcement of any arrangement in derogation of a guaranteed right.

Professor Hogg, at p. 678, rationalized his position in these words:

In a sense, the common law authorizes any private action that is not prohibited by a positive rule of law. If the Charter applied to the common law in that attenuated sense, it would apply to all private activity. But it seems more reasonable to say that the common law offends the Charter only when it crystallizes into a rule that can be enforced by the courts. Then, if an enforcement order would infringe a Charter right, the Charter will apply to preclude the order, and, by necessary implication, to modify the common law rule.

I find the position thus adopted troublesome and, in my view, it should not be accepted as an approach to this problem. While in political science terms it is probably acceptable to treat the courts as one of the three fundamental branches of Government, that is, legislative, executive, and judicial, I cannot equate for the purposes of *Charter* application the order of a court with an element of governmental action. This is not to say that the courts are not bound by the *Charter*. The courts are, of course, bound by the *Charter* as they are bound by all law. It is their duty to apply the law, but in doing so they act as neutral arbiters, not as contending parties involved in a dispute. To regard a court order as an element of governmental intervention necessary to invoke the *Charter* would, it seems to me, widen the scope of *Charter* application to virtually all private litigation. All cases must end, if carried to completion, with an enforcement order and if the *Charter* precludes the making of the order, where a *Charter* right would be infringed, it would seem that all private litiga-

Il ajoute:

[TRADUCTION] La *Charte* s'applique à n'importe quelle règle de *common law* qui permet ou ordonne expressément une atteinte à un droit garanti.

Pour terminer, il souligne, à la p. 678:

[TRADUCTION] Le fait que l'ordonnance d'une cour constitue une action gouvernementale signifie que la *Charte* s'appliquera à une affaire purement privée, telle qu'un contrat ou un droit de propriété, mais seulement pour empêcher les tribunaux de forcer l'exécution d'un arrangement qui porte atteinte à un droit garanti.

À la page 678, le professeur Hogg justifie ainsi sa position:

[TRADUCTION] Dans un sens, la *common law* autorise toute action privée qui n'est pas interdite par une règle de droit positif. Si la *Charte* s'appliquait à la *common law* dans ce sens atténué, elle s'appliquerait à l'ensemble des activités privées. Il semble toutefois plus raisonnable d'affirmer que la *common law* n'enfreint la *Charte* que si elle se cristallise en une règle susceptible d'application par les tribunaux. À ce moment-là, dans l'hypothèse où une ordonnance d'exécution porterait atteinte à un droit garanti par la *Charte*, cette dernière s'appliquerait de manière à empêcher l'ordonnance et, par déduction nécessaire, de manière à modifier la règle de *common law*.

J'estime que le point de vue ainsi adopté est dangereux et qu'il ne doit pas être accepté comme solution à ce problème. Même si, en science politique, il est probablement acceptable de considérer les tribunaux judiciaires comme l'un des trois organes fondamentaux de gouvernement, savoir les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, je ne puis assimiler, aux fins de l'application de la *Charte*, l'ordonnance d'un tribunal à un élément d'action gouvernementale. Ce n'est pas pour dire que les tribunaux ne sont pas liés par la *Charte*. Les tribunaux sont évidemment liés par la *Charte* comme ils le sont par toute autre règle de droit. Il leur incombe d'appliquer les règles de droit, mais, ce faisant, ils sont des arbitres neutres et non des parties opposées dans un litige. Considérer l'ordonnance d'un tribunal comme un élément d'intervention gouvernementale nécessaire pour invoquer la *Charte* aurait pour effet, me semble-t-il, d'élargir la portée de l'application de la *Charte* à pratiquement toutes les litiges privés. Toute affaire doit se terminer, si elle est menée à terme, par une ordon-

1986 CanLII 5 (SCC)

tion would be subject to the *Charter*. In my view, this approach will not provide the answer to the question. A more direct and a more precisely-defined connection between the element of government action and the claim advanced must be present before the *Charter* applies.

An example of such a direct and close connection is to be found in *Re Blainey and Ontario Hockey Association, supra*. In that case, proceedings were brought against the hockey association in the Supreme Court of Ontario on behalf of a twelve year old girl who had been refused permission to play hockey as a member of a boys' team competing under the auspices of the Association. A complaint against the exclusion of the girl on the basis of her sex alone had been made under the provisions of the *Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53, to the Ontario Human Rights Commission. It was argued that the hockey association provided a service ordinarily available to members of the public without discrimination because of sex, and therefore that the discrimination against the girl contravened this legislation. The Commission considered that it could not act in the matter because of the provisions of s. 19(2) of the *Human Rights Code*, which are set out hereunder:

19.—(1) . . .

(2) The right under section 1 to equal treatment with respect to services and facilities is not infringed where membership in an athletic organization or participation in an athletic activity is restricted to persons of the same sex.

In the Supreme Court of Ontario it was claimed that s. 19(2) of the *Human Rights Code* was contrary to s. 15(1) of the *Charter* and that it was accordingly void. The application was dismissed. In the Court of Appeal, the appeal was allowed (Dubin, Morden JJ.A., Finlayson J.A. dissenting). Dubin J.A., writing for the majority, stated the issue in these terms at [D.L.R., p. 735]:

Indeed, it was on the premise that the ruling of the Ontario Human Rights Commission was correct that

nance d'exécution et si la *Charte* empêche de rendre une telle ordonnance dans le cas où il y aurait atteinte à un droit qu'elle garantit, tous les litiges privés seraient alors, semble-t-il, assujettis à la *Charte*. À mon avis, ce point de vue n'apporte pas de réponse à la question. Pour que la *Charte* s'applique, il doit exister un lien plus direct et mieux défini entre l'élément d'action gouvernementale et la revendication qui est faite.

On trouve l'exemple d'un tel lien direct et étroit dans l'affaire *Re Blainey and Ontario Hockey Association*, précitée. Dans cette espèce, des procédures ont été intentées en Cour suprême de l'Ontario contre une association de hockey, au nom d'une fillette de douze ans qui s'était vu refuser la permission de jouer au hockey au sein d'une équipe de garçons parrainée par l'Association. Conformément aux dispositions du *Code des droits de la personne*, L.O. 1981, chap. 53, on s'était plaint auprès de la Commission ontarienne des droits de la personne du fait que la fillette avait été exclue en raison de son sexe seulement. On a fait valoir que l'association de hockey assurait un service auquel tous les membres du public sans distinction de sexe pouvaient ordinairement recourir et que, par conséquent, la distinction dont faisait l'objet de fillette violait cette loi. La Commission a jugé qu'elle ne pouvait agir dans l'affaire en raison des dispositions du par. 19(2) du *Code des droits de la personne*, qui se lit ainsi:

[TRADUCTION] **19.**—(1) . . .

(2) Ne constitue pas une atteinte au droit, reconnu à l'article 1, de traitement égal en matière de services et d'installations le fait de restreindre l'adhésion à un organisme sportif ou la participation à une activité sportive à des personnes du même sexe.

En Cour suprême de l'Ontario, on a soutenu que le par. 19(2) du *Code des droits de la personne* est contraire au par. 15(1) de la *Charte* et qu'il est donc entaché de nullité. La demande a été rejetée. La Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté (les juges Dubin et Morden et le juge Finlayson, dissident). Le juge Dubin, s'exprimant au nom de la Cour d'appel à la majorité, énonce ainsi la question en litige [D.L.R., à la p. 735]:

[TRADUCTION] En fait, c'est en fonction de la prémisse que la décision de la Commission ontarienne des

1986 CanLII 5 (SCC)

these proceedings were launched and which afforded the status to the applicant to complain now that, by reason of s. 19(2) of the *Human Rights Code* she is being denied the equal protection and equal benefit of the *Human Rights Code* by reason of her sex, contrary to the provisions of s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the "Charter").

He concluded that the provisions of s. 19(2) were in contradiction of the *Charter* and hence of no force or effect. In the *Blainey* case, a law suit between private parties, the *Charter* was applied because one of the parties acted on the authority of a statute, i.e., s. 19(2) of the Ontario *Human Rights Code* which infringed the *Charter* rights of another. *Blainey* then affords an illustration of the manner in which *Charter* rights of private individuals may be enforced and protected by the courts, that is, by measuring legislation—government action—against the *Charter*.

As has been noted above, it is difficult and probably dangerous to attempt to define with narrow precision that element of governmental intervention which will suffice to permit reliance on the *Charter* by private litigants in private litigation. Professor Hogg has dealt with this question, at p. 677, *supra*, where he said:

> . . . the Charter would apply to a private person exercising the power of arrest that is granted to "any one" by the Criminal Code, and to a private railway company exercising the power to make by-laws (and impose penalties for their breach) that is granted to a "railway company" by the Railway Act; all action taken in exercise of a statutory power is covered by the Charter by virtue of the references to "Parliament" and "legislature" in s. 32. The Charter would also apply to the action of a commercial corporation that was an agent of the Crown, by virtue of the reference to "government" in s. 32.

It would also seem that the *Charter* would apply to many forms of delegated legislation, regulations, orders in council, possibly municipal by-laws, and by-laws and regulations of other creatures of Parliament and the Legislatures. It is not suggested that this list is exhaustive. Where such

droits de la personne était juste que les présentes procédures ont été engagées et que la requérante a maintenant qualité pour se plaindre qu'en raison du par. 19(2) du *Code des droits de la personne*, elle se voit refuser le droit à l'égalité de protection et de bénéfice du *Code des droits de la personne* en raison de son sexe, contrairement aux dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la «*Charte*»).

Il a conclu que les dispositions du par. 19(2) étaient incompatibles avec la *Charte* et, par conséquent, inopérantes. Dans l'affaire *Blainey* où il était question d'une action entre particuliers, la *Charte* a été appliquée pour le motif qu'une partie avait agi en se fondant sur une disposition législative, savoir le par. 19(2) du *Code des droits de la personne* de l'Ontario, qui portait atteinte aux droits que garantit la *Charte* à une autre personne. L'affaire *Blainey* constitue donc un exemple de la manière dont les cours peuvent mettre à exécution et protéger les droits que la *Charte* garantit aux particuliers, c'est-à-dire en appréciant la mesure législative—l'action gouvernementale—en fonction de la *Charte*.

Comme on l'a dit ci-dessus, il est difficile et probablement dangereux de tenter de définir de façon étroite l'élément d'intervention gouvernementale qui suffira à permettre à des parties privées à un litige privé de s'appuyer sur la *Charte*. Le professeur Hogg a traité de cette question, à la p. 677 de son ouvrage précité, en ces termes:

> [TRADUCTION] . . . la Charte s'appliquerait à une personne privée qui exercerait le pouvoir d'arrestation que le Code criminel accorde à «toute personne» et à une compagnie de chemin de fer privée qui exercerait le pouvoir de réglementation (et d'imposer des amendes pour leur violation) que la Loi sur les chemins de fer accorde à une «compagnie de chemin de fer»; toute action prise dans l'exercice du pouvoir législatif est régie par la Charte vu les mentions du «Parlement» et de la «législature» à l'art. 32. La Charte s'appliquerait aussi à l'action d'une société commerciale qui est un agent de Sa Majesté vu la mention du «gouvernement» à l'art. 32.

Il semblerait aussi que la *Charte* s'appliquerait à plusieurs formes de législation déléguée, de réglementation, de décrets, peut-être de règlements municipaux et de règlements administratifs et généraux d'autres organes créés par le Parlement et les législatures. Cette liste n'est certes pas

1986 CanLII 5 (SCC)

exercise of, or reliance upon, governmental action is present and where one private party invokes or relies upon it to produce an infringement of the *Charter* rights of another, the *Charter* will be applicable. Where, however, private party "A" sues private party "B" relying on the common law and where no act of government is relied upon to support the action, the *Charter* will not apply. I should make it clear, however, that this is a distinct issue from the question whether the judiciary ought to apply and develop the principles of the common law in a manner consistent with the fundamental values enshrined in the Constitution. The answer to this question must be in the affirmative. In this sense, then, the *Charter* is far from irrelevant to private litigants whose disputes fall to be decided at common law. But this is different from the proposition that one private party owes a constitutional duty to another, which proposition underlies the purported assertion of *Charter* causes of action or *Charter* defences between individuals.

Can it be said in the case at bar that the required element of government intervention or intrusion may be found? In *Blainey*, s. 19(2) of the Ontario *Human Rights Code*, an Act of a legislature, was the factor which removed the case from the private sphere. If in our case one could point to a statutory provision specifically outlawing secondary picketing of the nature contemplated by the appellants, the case—assuming for the moment an infringement of the *Charter*—would be on all fours with *Blainey* and, subject to s. 1 of the *Charter*, the statutory provision could be struck down. In neither case, would it be, as Professor Hogg would have it, the order of a court which would remove the case from the private sphere. It would be the result of one party's reliance on a statutory provision violative of the *Charter*.

In the case at bar, however, we have no offending statute. We have a rule of the common law which renders secondary picketing tortious and subject to injunctive restraint, on the basis that it induces a breach of contract. While, as we have

exhaustive. Lorsqu'une action gouvernementale est présente ou lorsqu'on l'invoque, et lorsqu'une partie privée l'invoque ou s'appuie sur elle pour entraîner la violation d'un droit d'un tiers garanti par la *Charte*, la *Charte* s'appliquera. Toutefois, lorsque «A», une partie privée, actionne «B», une partie privée, en s'appuyant sur la *common law* et qu'aucun acte du gouvernement n'est invoqué à l'appui de la poursuite, la *Charte* ne s'appliquera pas. Je dois toutefois dire clairement que c'est une question différente de celle de savoir si le judiciaire devrait expliquer et développer des principes de *common law* d'une façon compatible avec les valeurs fondamentales enchâssées dans la Constitution. La réponse à cette question doit être affirmative. En ce sens, donc, la *Charte* est loin d'être sans portée pour les parties privées dont les litiges relèvent de la *common law*. Mais ceci est différent de la proposition qu'une partie privée a envers une autre une obligation constitutionnelle, proposition qui sous-tend la prétendue affirmation de causes d'action en vertu de la *Charte* ou de défenses entre particuliers en vertu de la *Charte*.

Peut-on dire en l'espèce qu'il est possible de conclure à l'existence de l'élément requis d'intervention ou d'ingérence gouvernementale? Dans l'affaire *Blainey*, le par. 19(2) du *Code des droits de la personne* de l'Ontario, qui est une loi d'une législature, a été le facteur qui a retiré l'affaire du domaine privé. Si, dans la présente affaire, on avait une disposition législative qui proscrivait expressément le piquetage secondaire du genre envisagé par les appelants, l'affaire—en supposant pour l'instant qu'il y a violation de la *Charte*—correspondrait exactement à l'affaire *Blainey* et, sous réserve de l'article premier de la *Charte*, la disposition législative pourrait être annulée. Ni dans l'un ni dans l'autre cas, ce ne serait, comme le dirait le professeur Hogg, l'ordonnance d'une cour qui retirerait l'affaire du domaine privé. Ce serait le résultat du fait qu'une partie s'est fondée sur une disposition législative contraire à la *Charte*.

En l'espèce toutefois, il n'y a pas de loi en défaut. Nous avons une règle de *common law* selon laquelle le piquetage secondaire constitue un délit et peut faire l'objet d'une injonction visant à l'empêcher pour le motif qu'il incite à rompre un

1986 CanLII 5 (SCC)

found, the *Charter* applies to the common law, we do not have in this litigation between purely private parties any exercise of or reliance upon governmental action which would invoke the *Charter*. It follows then that the appeal must fail. The appeal is dismissed. The respondent is entitled to its costs. In the circumtances of this case, it becomes unnecessary to answer the constitutional question framed by the Chief Justice on September 5, 1984.

The following are the reasons delivered by

BEETZ J.—I agree with the reasons of the majority in the British Columbia Court of Appeal for holding that in the circumstances and on the evidence of this case, the picketing which has been enjoined would not have been a form of expression and that no question of infringement of s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* could accordingly arise.

This reason suffices for the dismissal of the appeal with costs.

It is unnecessary for me to express any view on other issues in order to reach this conclusion. However, given the importance of these issues, I wish to state that I otherwise agree with the reasons for judgment written by my brother McIntyre.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—I agree with the reasons of my colleague, McIntyre J., with the exception of his reasons dealing with the application of s. 1 of the *Charter*.

The search under s. 1 is, I believe, for the appropriate test to apply when weighing a principle of the common law against a fundamental freedom protected by the *Charter*. On a s. 1 analysis the purposes and objectives of a piece of impugned legislation are ascertained through an objective approach: see, for example, the approach taken by this Court in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295 and *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. It seems to me that the same objective approach must be taken when weighing a principle of the common law against a fundamental freedom.

contrat. Alors que, comme nous l'avons vu, la *Charte* s'applique à la *common law*, dans le présent litige qui oppose simplement des particuliers, on n'a posé aucun acte gouvernemental qui a pour effet de faire jouer la *Charte*. Il s'ensuit alors que le pourvoi doit échouer. Le pourvoi est rejeté. L'intimée a droit à ses dépens. Dans les circonstances, il devient inutile de répondre à la question constitutionnelle formulée par le Juge en chef le 5 septembre 1984.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BEETZ—Je suis d'accord avec les motifs de la majorité en Cour d'appel de la Colombie-Britannique pour décider que, dans les circonstances et vu la preuve en l'espèce, le piquetage qui a été interdit ne pouvait constituer une forme d'expression et qu'il ne peut donc être aucunement question de violation de l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Ce motif suffit à rejeter le pourvoi avec dépens.

Il m'est inutile d'exprimer une opinion sur les autres questions afin d'en venir à cette conclusion. Toutefois, vu leur importance, je veux indiquer que je suis par ailleurs d'accord avec les motifs de jugement rédigés par mon collègue le juge McIntyre.

Version française des motifs rendus par

MADAME LE JUGE WILSON—Je suis d'accord avec les motifs de mon collègue le juge McIntyre, à l'exception de la partie qui traite de l'application de l'article premier de la *Charte*.

Ce qu'il faut déterminer en vertu de l'article premier, c'est le critère approprié à appliquer lorsqu'on évalue un principe de *common law* par rapport à une liberté fondamentale protégée par la *Charte*. Au cours d'une analyse en vertu de l'article premier, on détermine les buts et objets d'un texte législatif en litige en suivant une démarche objective: voir par exemple, la démarche suivie par cette Cour dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, et *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Il me semble qu'on doit suivre la même démarche objective lorsqu'on évalue un principe de *common law* par rapport à une liberté fondamentale.

1986 CanLII 5 (SCC)

There are, as I see it, two distinct questions which must be answered, namely:

(1) Does the tort of inducing breach of contract represent a reasonable limit under s. 1 on freedom of expression in the labour relations context? and

(2) If the tort does represent a reasonable limit under s. 1, should injunctive relief be granted in this particular case?

The first question requires the application of the objective approach mentioned above. If the tort does not survive the first question then, of course, the conduct is not wrongful and no injunction can issue. If, however, it does survive the first question, then the facts of this particular case (including the subjective impact on the employer) must be considered in order to see whether the other requirements for the award of an interlocutory injunction are present, i.e., does the balance of convenience favour the plaintiff? However, even on this question it seems to me that some weight must be given to the freedom of speech of the picketers.

My difficulty with my colleague's approach to s. 1 is twofold. First, he has used the subjective impact on the employer on the first question. It is, on his analysis, the "pressing and substantial concern". And second, he has given no consideration to the origin and historical development of the tort and its role in relation to labour disputes. I would have thought that this was crucial on the s. 1 inquiry. As a consequence the two questions referred to above have been merged into one and no objective criteria for the s. 1 inquiry have been identified.

I nevertheless agree with McIntyre J.'s proposed disposition of the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: Laxton, Pidgeon, Vancouver.

À mon avis, on doit répondre à deux questions distinctes:

1) Le délit civil d'incitation à la rupture de contrat représente-t-il, au sens de l'article premier, une limite raisonnable de la liberté d'expression dans le contexte des relations de travail?

2) Si le délit civil représente une limite raisonnable au sens de l'article premier, une injonction doit-elle être accordée en l'espèce?

La première question exige l'application de la démarche objective susmentionnée. Si le délit civil ne passe pas le cap de la première question, il s'ensuit évidemment que la conduite n'est pas préjudiciable et qu'on ne peut pas délivrer d'injonction. Si, par contre, il passe le cap de la première question, alors on doit considérer les faits de cette affaire précise (y compris l'effet subjectif sur l'employeur) pour déterminer si les autres critères de délivrance d'une injonction interlocutoire sont présents, c'est-à-dire, la prépondérance des inconvénients est-elle favorable au demandeur? Mais même à cet égard, il me semble qu'il faut accorder un certain poids à la liberté d'expression des piqueteurs.

La difficulté que me cause la démarche de mon collègue à l'égard de l'article premier est double. D'abord, il a utilisé l'effet subjectif sur l'employeur pour la première question. C'est selon son analyse, la «préoccupation est urgente et réelle». Deuxièmement, il n'a pas pris en consideration l'origine et l'évolution historique du délit civil et de son rôle relativement aux conflits de travail. J'aurais cru que c'était capital pour l'enquête selon l'article premier. En conséquence, les deux premières questions susmentionnées ont été fondues en une seule et aucun critère objectif relativement à l'enquête en vertu de l'article premier n'a été identifié.

Je suis néanmoins d'accord avec l'issue du pourvoi proposée par le juge McIntyre.

Pourvoi rejeté.

Procureurs des appelants: Laxton, Pidgeon, Vancouver.

1986 CanLII 5 (SCC)

Solicitors for the respondent: Jordan and Gall, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: R. Tassé, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the intervener the Attorney General for Alberta: McLennan, Ross, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland: Attorney General of Newfoundland, St. John's.

Procureurs de l'intimée: Jordan and Gall, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: R. Tassé, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: McLennan, Ross, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve: Procureur général de Terre-Neuve, St-Jean.

1986 CanLII 5 (SCC)

Richard Sauvé *Appellant*

v.

The Attorney General of Canada, the Chief Electoral Officer of Canada and the Solicitor General of Canada *Respondents*

and between

Sheldon McCorrister, Chairman, Lloyd Knezacek, Vice Chairman, on their own behalf and on behalf of the Stony Mountain Institution Inmate Welfare Committee, and Clair Woodhouse, Chairman, Aaron Spence, Vice Chairman, on their own behalf and on behalf of the Native Brotherhood Organization of Stony Mountain Institution, and Serge Bélanger, Emile A. Bear and Randy Opoonechaw *Appellants*

v.

The Attorney General of Canada *Respondent*

and

The Attorney General for Alberta, the Attorney General of Manitoba, the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies, the John Howard Society of Canada, the British Columbia Civil Liberties Association, the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. and the Canadian Bar Association *Interveners*

Richard Sauvé *Appelant*

c.

Le procureur général du Canada, le Directeur général des élections du Canada et le Solliciteur général du Canada *Intimés*

et entre

Sheldon McCorrister, Président, Lloyd Knezacek, Vice-président, en leur propre nom et au nom du Comité chargé du bien-être des détenus de l'Établissement de Stony Mountain, et Clair Woodhouse, Président, Aaron Spence, Vice-président, en leur nom et au nom de la Fraternité des autochtones de l'Établissement de Stony Mountain, et Serge Bélanger, Emile A. Bear et Randy Opoonechaw *Appelants*

c.

Le procureur général du Canada *Intimé*

et

Le procureur général de l'Alberta, le procureur général du Manitoba, l'Association canadienne des sociétés Elizabeth Fry, la Société John Howard du Canada, la British Columbia Civil Liberties Association, l'Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. et l'Association du Barreau canadien *Intervenants*

INDEXED AS: SAUVÉ *v.* CANADA (CHIEF ELECTORAL OFFICER)

Neutral citation: 2002 SCC 68.

File No.: 27677.

2001: December 10; 2002: October 31.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

RÉPERTORIÉ : SAUVÉ *c.* CANADA (DIRECTEUR GÉNÉRAL DES ÉLECTIONS)

Référence neutre : 2002 CSC 68.

N° du greffe : 27677.

2001 : 10 décembre; 2002 : 31 octobre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

2002 SCC 68 (CanLII)

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Right to vote — Prisoners — Canada Elections Act provision disqualifying persons imprisoned in correctional institution serving sentences of two years or more from voting in federal elections — Crown conceding that provision infringes right to vote — Whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 3 — Canada Elections Act, R.S.C. 1985, c. E-2, s. 51(e).

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Prisoners — Canada Elections Act provision disqualifying persons imprisoned in correctional institution serving sentences of two years or more from voting in federal elections — Whether provision infringes equality rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Canada Elections Act, R.S.C. 1985, c. E-2, s. 51(e).

Elections — Disqualifications of electors — Prisoners — Canada Elections Act provision disqualifying persons imprisoned in correctional institution serving sentences of two years or more from voting in federal elections — Whether provision constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 3, 15(1) — Canada Elections Act, R.S.C. 1985, c. E-2, s. 51(e).

Section 51(*e*) of the *Canada Elections Act* denies the right to vote to "[e]very person who is imprisoned in a correctional institution serving a sentence of two years or more." The constitutionality of s. 51(*e*) was challenged on the grounds that it contravenes ss. 3 and 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and is not demonstrably justified under s. 1. In the Federal Court, Trial Division, the Crown conceded that s. 51(*e*) infringes the right to vote guaranteed by s. 3 of the *Charter* and the trial judge found that the infringement was not justified under s. 1 of the *Charter*. The majority of the Federal Court of Appeal set aside the decision and upheld the constitutionality of s. 51(*e*). The court held that the infringement of s. 3 was justifiable in a free and democratic society and that s. 51(*e*) did not infringe the equality rights guaranteed by s. 15(1) of the *Charter*.

Held (L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major and Bastarache JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Iacobucci, Binnie, Arbour and LeBel JJ.: To justify the infringement of a *Charter*

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de vote — Prisonniers — Disposition de la Loi électorale du Canada rendant inhabiles à voter à une élection fédérale les personnes détenues dans un établissement correctionnel et y purgeant une peine de deux ans ou plus — Ministère public reconnaissant que la disposition porte atteinte au droit de vote — L'atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 3 — Loi électorale du Canada, L.R.C. 1985, ch. E-2, art. 51e).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Prisonniers — Disposition de la Loi électorale du Canada rendant inhabiles à voter à une élection fédérale les personnes détenues dans un établissement correctionnel et y purgeant une peine de deux ans ou plus — La disposition porte-t-elle atteinte aux droits à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) — Loi électorale du Canada, L.R.C. 1985, ch. E-2, art. 51e).

Élections — Personnes inhabiles à voter — Prisonniers — Disposition de la Loi électorale du Canada rendant inhabiles à voter à une élection fédérale les personnes détenues dans un établissement correctionnel et y purgeant une peine de deux ans ou plus — La disposition est-elle constitutionnelle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 3, 15(1) — Loi électorale du Canada, L.R.C. 1985, ch. E-2, art. 51e).

L'alinéa 51*e*) de la *Loi électorale du Canada* interdit à « toute personne détenue dans un établissement correctionnel et y purgeant une peine de deux ans ou plus » de voter. La constitutionnalité de l'al. 51*e*) est contestée au motif qu'il va à l'encontre de l'art. 3 et du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que sa justification ne peut se démontrer au regard de l'article premier. Devant la Cour fédérale, Section de première instance, le ministère public reconnaît que l'al. 51*e*) porte atteinte au droit de vote garanti par l'art. 3 de la *Charte* et le juge de première instance statue que l'atteinte n'est pas justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. La Cour fédérale, à la majorité, annule la décision et confirme la constitutionnalité de l'al. 51*e*). Elle conclut que la violation de l'art. 3 peut se justifier dans une société libre et démocratique et que l'al. 51*e*) ne porte pas atteinte aux droits à l'égalité garantis par le par. 15(1) de la *Charte*.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major et Bastarache sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Binnie, Arbour et LeBel : Pour justifier l'atteinte portée

2002 SCC 68 (CanLII)

right under s. 1, the government must show that the infringement achieves a constitutionally valid purpose or objective, and that the chosen means are reasonable and demonstrably justified. The government's argument that denying the right to vote to penitentiary inmates requires deference because it is a matter of social and political philosophy is rejected. While deference may be appropriate on a decision involving competing social and political policies, it is not appropriate on a decision to limit fundamental rights. The right to vote is fundamental to our democracy and the rule of law and cannot be lightly set aside. Limits on it require not deference, but careful examination. The framers of the *Charter* signaled the special importance of this right not only by its broad, untrammeled language, but by exempting it from legislative override under s. 33's notwithstanding clause. The argument that the philosophically-based or symbolic nature of the objectives in itself commands deference is also rejected. Parliament cannot use lofty objectives to shield legislation from *Charter* scrutiny. Here, s. 51(*e*) is not justified under s. 1 of the *Charter*.

The government has failed to identify particular problems that require denying the right to vote, making it hard to conclude that the denial is directed at a pressing and substantial purpose. In the absence of a specific problem, the government asserts two broad objectives for s. 51(*e*): (1) to enhance civic responsibility and respect for the rule of law; and (2) to provide additional punishment or "enhance the general purposes of the criminal sanction". Vague and symbolic objectives, however, make the justification analysis difficult. The first objective could be asserted of virtually every criminal law and many non-criminal measures. Concerning the second objective, nothing in the record discloses precisely why Parliament felt that more punishment was required for this particular class of prisoner, or what additional objectives Parliament hoped to achieve by this punishment that were not accomplished by the sentences already imposed. Nevertheless, rather than dismissing the government's objectives outright, prudence suggests that we proceed to the proportionality inquiry.

Section 51(*e*) does not meet the proportionality test. In particular, the government fails to establish a rational connection between s. 51(*e*)'s denial of the right to vote and its stated objectives. With respect to the first objective of promoting civic responsibility and respect for the law, denying penitentiary inmates the right to vote is more

à un droit garanti par la *Charte* au regard de l'article premier, le gouvernement doit démontrer qu'elle vise un but ou objectif valide du point de vue constitutionnel, et que les mesures choisies sont raisonnables et leur justification peut se démontrer. L'argument du gouvernement selon lequel le fait de priver les détenus du droit de vote appelle la retenue parce que c'est une question de philosophie sociale et politique est rejeté. La retenue peut se révéler appropriée à l'égard d'une décision impliquant des principes opposés en matière politique et sociale. Elle ne l'est pas, cependant, à l'égard d'une décision ayant pour effet de limiter des droits fondamentaux. Le droit de vote est un droit fondamental pour notre démocratie et la primauté du droit, et il ne peut être écarté à la légère. Les restrictions au droit de vote exigent non pas une retenue judiciaire, mais un examen approfondi. Les rédacteurs de la *Charte* ont souligné l'importance privilégiée que revêt ce droit non seulement en employant des termes généraux et absolus, mais aussi en le soustrayant à l'application de l'art. 33, la clause de dérogation. L'argument portant que la nature philosophique ou symbolique des objectifs du gouvernement commande en soi la retenue est également rejeté. Le législateur ne peut s'appuyer sur de nobles objectifs pour soustraire la législation à un examen fondé sur la *Charte*. En l'espèce, l'al. 51*e*) n'est pas justifié selon l'article premier de la *Charte*.

Le gouvernement n'a pas réussi à cerner les problèmes spécifiques qui nécessitent la privation du droit de vote; il est donc difficile de conclure qu'elle vise un but urgent et réel. Vu l'absence de problème spécifique, le gouvernement invoque deux objectifs généraux pour justifier l'al. 51*e*) : (1) accroître la responsabilité civique et le respect de la règle de droit; et (2) infliger une sanction supplémentaire, ou « faire ressortir les objets généraux de la sanction pénale ». Cependant, les objectifs généraux et symboliques rendent l'analyse de la question de la justification plus difficile. Le premier objectif pourrait être invoqué à l'égard de presque toutes les lois criminelles et de nombreuses mesures non criminelles. Pour ce qui est du deuxième objectif, le dossier n'indique pas précisément pourquoi le législateur a estimé qu'il fallait infliger une sanction supplémentaire à cette catégorie de prisonniers en particulier, ni quels objectifs, autres que ceux réalisés par les peines déjà prévues, le législateur espérait ainsi atteindre. Toutefois, la prudence nous conseille de procéder à l'analyse de la proportionnalité au lieu de rejeter catégoriquement ces objectifs.

L'alinéa 51*e*) ne répond pas au critère de la proportionnalité. En particulier, le gouvernement n'a pas réussi à établir un lien rationnel entre la privation du droit de vote prévue à l'al. 51*e*) et les objectifs qu'il poursuit. En ce qui concerne le premier objectif, à savoir accroître la responsabilité civique et le respect de la règle de droit, le

2002 SCC 68 (CanLII)

likely to send messages that undermine respect for the law and democracy than messages that enhance those values. The legitimacy of the law and the obligation to obey the law flow directly from the right of every citizen to vote. To deny prisoners the right to vote is to lose an important means of teaching them democratic values and social responsibility. The government's novel political theory that would permit elected representatives to disenfranchise a segment of the population finds no place in a democracy built upon principles of inclusiveness, equality, and citizen participation. That not all self-proclaimed democracies adhere to this conclusion says little about what the Canadian vision of democracy embodied in the *Charter* permits. Moreover, the argument that only those who respect the law should participate in the political process cannot be accepted. Denial of the right to vote on the basis of attributed moral unworthiness is inconsistent with the respect for the dignity of every person that lies at the heart of Canadian democracy and the *Charter*. It also runs counter to the plain words of s. 3 of the *Charter*, its exclusion from the s. 33 override, and the idea that laws command obedience because they are made by those whose conduct they govern.

With respect to the second objective of imposing appropriate punishment, the government offered no credible theory about why it should be allowed to deny a fundamental democratic right as a form of state punishment. Denying the right to vote does not comply with the requirements for legitimate punishment — namely, that punishment must not be arbitrary and must serve a valid criminal law purpose. Absence of arbitrariness requires that punishment be tailored to the acts and circumstances of the individual offender. Section 51(*e*) *qua* punishment bears little relation to the offender's particular crime. As to a legitimate penal purpose, neither the record nor common sense supports the claim that disenfranchisement deters crime or rehabilitates criminals. By imposing a blanket punishment on all penitentiary inmates regardless of the particular crimes they committed, the harm they caused, or the normative character of their conduct, s. 51(*e*) does not meet the requirements of denunciatory, retributive punishment, and is not rationally connected to the government's stated goal.

The impugned provision does not minimally impair the right to vote. Section 51(*e*) is too broad, catching many people who, on the government's own theory, should not be caught. Section 51(*e*) cannot be saved by

fait de priver les détenus du droit de vote risque plus de transmettre des messages qui compromettent le respect de la règle de droit et de la démocratie que des messages qui prônent ces valeurs. La légitimité de la loi et l'obligation de la respecter découlent directement du droit de vote de chaque citoyen. Priver les prisonniers du droit de vote équivaut à abandonner un important moyen de leur inculquer des valeurs démocratiques et le sens des responsabilités sociales. La nouvelle théorie politique du gouvernement qui permettrait aux représentants élus de priver du droit de vote une partie de la population n'a pas sa place dans une démocratie fondée sur des principes d'inclusion, d'égalité et de participation du citoyen. Que les démocraties autoproclamées n'adhèrent pas toutes à cette conclusion renseigne peu sur ce que permet la vision canadienne de la démocratie consacrée dans la *Charte*. De plus, l'argument portant que seuls ceux qui respectent la loi devraient participer au processus politique est inacceptable. Le retrait du droit de vote fondé sur une supposée absence de valeur morale est incompatible avec le respect de la dignité humaine qui se trouve au cœur de la démocratie canadienne et de la *Charte*. Il va également à l'encontre du libellé même de l'art. 3 de la *Charte*, du fait qu'il ne peut faire l'objet d'une dérogation par application de l'art. 33, et de l'idée que les lois commandent l'obéissance parce qu'elles émanent de ceux dont elles régissent le comportement.

Pour ce qui est du deuxième objectif, à savoir infliger une sanction appropriée, le gouvernement ne présente aucune théorie convaincante pour expliquer pourquoi on devrait lui permettre de retirer ce droit démocratique fondamental à titre de peine infligée par l'État. Le retrait du droit de vote n'est pas conforme aux exigences en matière de peine appropriée, à savoir que la peine ne doit pas être arbitraire et qu'elle doit viser un objectif valide en droit criminel. Pour ne pas être arbitraire, la peine doit être ajustée aux actions et à la situation particulière du contrevenant. L'alinéa 51*e*) en tant que peine a peu à voir avec le crime particulier commis par le contrevenant. Quant à l'objectif pénal légitime, ni le dossier ni le bon sens n'appuient la prétention que la privation du droit de vote a pour effet de dissuader les criminels ou de les réadapter. En imposant une sanction qui s'applique indistinctement à tous les détenus, indépendamment du crime commis, du préjudice causé ou du caractère normatif de leur comportement, l'al. 51*e*) ne satisfait pas aux exigences d'une sanction ayant un effet réprobateur et infligeant un châtiment et n'a donc pas de lien rationnel avec l'objectif invoqué par le gouvernement.

La disposition contestée ne porte pas atteinte au droit de vote de façon minimale. L'alinéa 51*e*) a une portée trop large, touchant de nombreuses personnes qui, de l'avis même du gouvernement, ne devraient pas être

2002 SCC 68 (CanLII)

the mere fact that it is less restrictive than a blanket exclusion of all inmates from the franchise.

Lastly, the negative effects of denying citizens the right to vote would greatly outweigh the tenuous benefits that might ensue. Denying prisoners the right to vote imposes negative costs on prisoners and on the penal system. It removes a route to social development and undermines correctional law and policy directed towards rehabilitation and integration. In light of the disproportionate number of Aboriginal people in penitentiaries, the negative effects of s. 51(*e*) upon prisoners have a disproportionate impact on Canada's already disadvantaged Aboriginal population.

Since s. 51(*e*) unjustifiably infringes s. 3 of the *Charter*, it is unnecessary to consider the alternative argument that it infringes the equality guarantee of s. 15(1) of the *Charter*.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major and Bastarache JJ. (dissenting): This case rests on philosophical, political and social considerations which are not capable of "scientific proof". It involves justifications for and against the limitation of the right to vote which are based upon axiomatic arguments of principle or value statements. When faced with such justifications, this Court ought to turn to the text of s. 1 of the *Charter* and to the basic principles which undergird both s. 1 and the relationship that provision has with the rights and freedoms protected within the *Charter*. Particularly, s. 1 of the *Charter* requires that this Court look to the fact that there may be different social or political philosophies upon which justifications for or against the limitations of rights may be based. In such a context, where this Court is presented with competing social or political philosophies relating to the right to vote, it is not by merely approving or preferring one that the other is necessarily disproved or shown not to survive *Charter* scrutiny. If the social or political philosophy advanced by Parliament reasonably justifies a limitation of the right in the context of a free and democratic society, then it ought to be upheld as constitutional. In the realm of competing social or political philosophies, reasonableness is the predominant s. 1 justification consideration. Section 1 of the *Charter* does not constrain Parliament or authorize this Court to prioritize one reasonable social or political philosophy over reasonable others, but only empowers this Court to strike down those limitations which are not reasonable and which cannot be justified in a free and democratic society. The decision before this Court is therefore not whether or not Parliament has made a proper policy decision, but whether the policy position chosen by Parliament is an

visées. Il ne peut être justifié du seul fait qu'il est moins restrictif qu'une exclusion générale de tous les détenus du droit de vote.

Enfin, les effets négatifs de la privation du droit de vote l'emporteraient facilement sur les minces effets bénéfiques pouvant en découler. Priver les prisonniers du droit de vote a des effets négatifs sur les intéressés et sur le système pénal. Cela fait disparaître un moyen de susciter le développement social et sape les lois et politiques correctionnelles visant la réadaptation et la réinsertion sociale. Compte tenu du nombre disproportionné d'Autochtones dans les pénitenciers, les effets négatifs de l'al. 51*e*) sur les prisonniers sont disproportionnés à l'égard de la population autochtone déjà désavantagée du Canada.

Étant donné que l'al. 51*e*) porte atteinte de manière injustifiée à l'art. 3 de la *Charte,* il n'est pas nécessaire d'examiner l'argument subsidiaire selon lequel il viole le droit à l'égalité garanti par le par. 15(1) de la *Charte.*

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major et Bastarache (dissidents) : La présente affaire repose sur des considérations philosophiques, politiques et sociales dont la « preuve scientifique » ne peut être faite. Elle comporte des justifications soit favorables soit défavorables à la restriction du droit de vote fondées sur des arguments de principe ou énoncés de valeurs de nature axiomatique. Devant de telles justifications, la Cour doit s'en remettre au libellé de l'article premier de la *Charte*, ainsi qu'aux principes fondamentaux qui sous-tendent tant l'article premier que le lien entre cette disposition et les droits et libertés garantis par la *Charte*. En particulier, l'article premier exige de la Cour qu'elle tienne compte du fait que différentes philosophies sociales ou politiques peuvent étayer les justifications favorables ou défavorables à la restriction d'un droit. Dans un tel contexte, lorsque la Cour est appelée à arbitrer des philosophies sociales ou politiques opposées touchant à la question du droit de vote, ce n'est pas simplement parce qu'elle approuve ou préfère l'une d'elles que nécessairement elle désapprouve l'autre ou montre que celle-ci ne résistera pas à un examen fondé sur la *Charte*. Si celle avancée par le législateur justifie raisonnablement la restriction du droit dans le cadre d'une société libre et démocratique, elle doit être tenue pour constitutionnelle. Devant des philosophies sociales ou politiques opposées, le principal facteur à prendre en considération pour ce qui est de la justification en vertu de l'article premier est le caractère raisonnable. L'article premier de la *Charte* n'oblige pas le législateur ni n'autorise la Cour à établir un ordre de priorité parmi différentes philosophies sociales ou politiques raisonnables, mais permet seulement à la Cour d'annuler une restriction qui n'est pas raisonnable et qui

2002 SCC 68 (CanLII)

acceptable choice amongst those permitted under the *Charter*.

Since this case is about evaluating choices regarding social or political philosophies and about shaping and giving practical application to values, especially values that may lie outside the *Charter* but are of fundamental importance to Canadians, the "dialogue" between courts and Parliament is of particular importance. The dialogue metaphor does not signal a lowering of the s. 1 justification standard. It simply suggests that when, after a full and rigorous s. 1 analysis, Parliament has satisfied the court that it has established a reasonable limit to a right that is demonstrably justified in a free and democratic society, the dialogue ends. In this case, 'dialogue' has existed insofar as Parliament had been addressing, since well before the Federal Court of Appeal decision, an evaluation of the right to vote, and specifically, the issue of prisoner disenfranchisement. This evaluation was obviously undertaken with the many cases concerning prisoner disenfranchisement that had occurred up to that point in mind. In enacting s. 51(*e*) of the *Canada Elections Act* and in providing a justification of that provision before the courts, Parliament has indicated that it has drawn a line.

In this case, while it has been conceded that s. 51(*e*) of the *Canada Elections Act* infringes s. 3 of the *Charter*, the infringement is a reasonable limit that is demonstrably justified in a free and democratic society. The objectives of s. 51(*e*) are pressing and substantial. Both objectives are based upon a reasonable and rational social or political philosophy. The first objective, that of enhancing civic responsibility and respect for the rule of law, relates to the promotion of good citizenship. The social rejection of serious crime reflects a moral line which safeguards the social contract and the rule of law and bolsters the importance of the nexus between individuals and the community. The "promotion of civic responsibility" may be abstract or symbolic, but symbolic or abstract purposes can be valid of their own accord and must not be downplayed simply for the reason of their being symbolic. The second objective is the enhancement of the general purposes of the criminal sanction. Section 51(*e*) clearly has a punitive aspect with a retributive function. It is a valid objective for Parliament to develop appropriate sanctions and punishments for serious crime. The

ne peut être justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique. La Cour n'a donc pas à déterminer si le législateur a pris ou non une bonne décision de politique générale, mais plutôt si, parmi les positions de principe qu'autorise la *Charte*, celle qu'il a adoptée est acceptable.

La Cour étant appelée à se prononcer sur des choix en matière de philosophies sociales ou politiques et à façonner des valeurs — dont certaines sont susceptibles d'être étrangères à la *Charte*, mais de revêtir une importance fondamentale pour les Canadiens —, à les formuler et à leur donner une application pratique, le « dialogue » entre les tribunaux et le Parlement s'impose tout particulièrement. La métaphore du dialogue ne signifie pas un affaiblissement de la norme de justification en application de l'article premier. Elle signifie simplement que, lorsque le législateur, après une analyse complète et rigoureuse fondée sur l'article premier, a convaincu le tribunal qu'il a apporté à un droit une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, le dialogue prend fin. En l'espèce, il y a eu « dialogue » dans la mesure où, bien avant la décision de la Cour d'appel fédérale, le législateur a examiné la nature du droit de vote et, plus particulièrement, la question de l'inhabilité des prisonniers à voter. Cet examen faisait manifestement suite aux nombreuses décisions judiciaires rendues à ce sujet. L'adoption de l'al. 51*e*) de la *Loi électorale du Canada* et sa justification devant les tribunaux indiquent que le législateur a tracé une ligne.

En l'espèce, bien qu'il ait été reconnu que l'al. 51*e*) de la *Loi électorale du Canada* porte atteinte à l'art. 3 de la *Charte*, cette atteinte constitue une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique. Les objectifs de l'al. 51*e*) sont urgents et réels. Les deux objectifs se fondent sur une philosophie sociale ou politique, à la fois raisonnable et rationnelle. Le premier objectif, à savoir accroître la responsabilité civique et le respect de la règle de droit, est lié à la promotion du sens civique. La réprobation sociale des actes criminels graves reflète un point de vue moral garantissant le respect du contrat social et de la règle de droit et affirmant l'importance du lien entre l'individu et la collectivité. La « promotion de la responsabilité civique » peut avoir un caractère abstrait ou symbolique, mais des objectifs symboliques ou abstraits peuvent être valables en soi et ne doivent pas être minimisés du simple fait qu'ils sont symboliques. Le deuxième objectif est l'accroissement de la réalisation des objectifs généraux de la sanction pénale. L'alinéa 51*e*) a clairement un aspect punitif et inflige un châtiment. Le législateur peut légitimement concevoir les sanctions et les peines qu'il

2002 SCC 68 (CanLII)

disenfranchisement is a civil disability arising from the criminal conviction.

Section 51(*e*) meets the proportionality test. First, the impugned legislation is rationally connected to the objectives. While a causal relationship between disenfranchising prisoners and the objectives is not empirically demonstrable, reason, logic and common sense, as well as extensive expert evidence, support a conclusion that there is a rational connection between disenfranchising offenders incarcerated for serious crimes and the objectives of promoting civic responsibility and the rule of law and the enhancement of the general objectives of the penal sanction. With respect to the first objective, the removal of the right to vote from serious incarcerated criminals does no injury to, but rather recognizes, their dignity. Further, the disenfranchisement of serious criminal offenders serves to deliver a message to both the community and the offenders themselves that serious criminal activity will not be tolerated by the community. Society may choose to curtail temporarily the availability of the vote to serious criminals to insist that civic responsibility and respect for the rule of law, as goals worthy of pursuit, are prerequisites to democratic participation. With respect to the second objective, the disenfranchisement is carefully tailored to apply to perpetrators of serious crimes, and there is evidence in the record indicating that the denial of the right to vote is perceived as meaningful by the prisoners themselves and can therefore contribute to the rehabilitation of prisoners. Lastly, many other democracies have, by virtue of choosing some form of prisoner disenfranchisement, also identified a connection between objectives similar to those advanced in the case at bar and the means of prisoner disenfranchisement.

Second, the impairment of the *Charter* right is minimal. Minimal impairment is about analyzing the line that has been drawn. This analysis does not require the Crown to have adopted the absolutely least intrusive means for promoting the purpose, although it does require that the Crown prefer a significantly less intrusive means if it is of equal effectiveness. Here, no less intrusive measure would be equally effective. Only "serious offenders", as determined by Parliament, are subject to disenfranchisement. Since Parliament has drawn a two-year cut off line which identifies which incarcerated offenders have committed serious enough crimes to warrant being deprived of the vote, any alternative line will not be of equal effectiveness. Equal effectiveness is a dimension of the analysis that should not be underemphasized, as

convient d'infliger aux auteurs d'actes criminels graves. L'inhabilité à voter est une incapacité civile découlant de la déclaration de culpabilité.

L'alinéa 51*e*) satisfait au critère de la proportionnalité. Premièrement, il existe un lien rationnel entre la disposition contestée et les objectifs. Bien que l'existence d'un lien causal entre l'inhabilité des détenus à voter et les objectifs ne puisse être démontrée de façon empirique, la raison, la logique et le bon sens, ainsi que d'abondants témoignages d'experts, permettent de conclure qu'il y a un lien rationnel entre l'inhabilité à voter des personnes incarcérées pour avoir commis des actes criminels graves et les objectifs de promouvoir la responsabilité civique et le respect de la règle de droit et de favoriser la réalisation des objectifs généraux de la sanction pénale. En ce qui concerne le premier objectif, le retrait du droit de vote aux personnes incarcérées pour avoir commis des actes criminels graves ne porte pas atteinte à leur dignité, mais la reconnaît. De plus, le retrait du droit de vote aux auteurs d'actes criminels graves sert à transmettre à la collectivité et aux contrevenants eux-mêmes le message que la collectivité ne tolérera pas la perpétration d'infractions graves. La société peut donc suspendre temporairement le droit de vote des auteurs d'actes criminels graves pour affirmer que la responsabilité civique et le respect de la règle de droit, en tant qu'objectifs légitimes, sont des conditions préalables à la participation démocratique. Pour ce qui est du deuxième objectif, la privation du droit de vote a été soigneusement adaptée de manière à ne viser que les personnes qui ont commis un acte criminel grave, et il ressort du dossier que la privation du droit de vote est perçue comme significative par les prisonniers eux-mêmes et peut donc contribuer à leur réadaptation. Enfin, de nombreuses autres démocraties, en optant pour une forme ou une autre d'inhabilité des prisonniers à voter, ont également conclu à l'existence d'un lien entre des objectifs semblables à ceux avancés en l'espèce et les moyens retenus pour exclure les détenus de l'électorat.

Deuxièmement, l'atteinte au droit garanti par la *Charte* est minimale. Il s'agit d'examiner la limite qui a été tracée. L'État n'est pas tenu d'adopter le moyen le moins attentatoire qui soit pour favoriser la réalisation des objectifs. Cependant, à efficacité égale, il doit privilégier le moyen sensiblement moins attentatoire. En l'espèce, aucune mesure moins attentatoire ne serait tout aussi efficace. Seuls les « auteurs d'actes criminels graves », définis par le législateur, sont inhabiles à voter. Comme le législateur a fixé la limite de deux ans pour déterminer quels contrevenants incarcérés ont commis des actes criminels suffisamment graves pour justifier la perte du droit de vote, aucune autre ligne de démarcation ne pourrait avoir la même efficacité. L'égalité sur le plan de l'efficacité est une dimension de l'analyse qui

2002 SCC 68 (CanLII)

it relates directly to Parliament's ability to pursue its legitimate objectives effectively. Any other line insisted upon amounts to second-guessing Parliament as to what constitutes a "serious" crime. The provision is reasonably tailored insofar as disenfranchisement reflects the length of the sentence and actual incarceration, which, in turn, reflect the seriousness of the crime perpetrated and the intended progress towards the ultimate goals of rehabilitation and reintegration. Section 51(*e*) is not arbitrary: it is related directly to particular categories of conduct. The two-year cut off line also reflects several practical considerations. Further, since this Court gave the impression that it was up to Parliament to do exactly this after the first *Sauvé* case was heard in 1993, there is a need for deference to Parliament in its drawing of a line. The analysis of social and political philosophies and the accommodation of values in the context of the *Charter* must be sensitive to the fact that there may be many possible reasonable and rational balances. Line drawing, amongst a range of acceptable alternatives, is for Parliament, especially in this case where any alternate line would not be equally effective, in that the line drawn reflects Parliament's identification of what amounts to serious criminal activity.

Third, when the objectives and the salutary effects are viewed in the totality of the context, they outweigh the temporary disenfranchisement of the serious criminal offender. The enactment of the measure is itself a salutary effect. The legislation intrinsically expresses societal values in relation to serious criminal behaviour and the right to vote in our society. Value emerges from the signal or message that those who commit serious crimes will temporarily lose one aspect of the political equality of citizens. Furthermore, the temporary disenfranchisement is perceived as meaningful by the offenders themselves and could have an ongoing positive rehabilitative effect. The most obvious deleterious effect of s. 51(*e*) is the potential temporary loss of the vote. This, however, must be considered in light of Parliament's objectives, as illuminated by the totality of the context. The statistical data mentioned by the Federal Court of Appeal indicate that the provision catches serious and repeat offenders and that most prisoners will only be deprived of participation in one election. Because the duration of the disenfranchisement is directly related to the duration of incarceration, a serious criminal offender may never actually be denied the opportunity to vote if there is no election during the time he is incarcerated. In light of the special context of this case — that the justification advanced by Parliament is rooted in a social or political philosophy that is not susceptible to proof in the traditional sense — deference

ne doit pas être sous-estimée, en ce qu'elle se rattache directement au pouvoir du législateur de poursuivre efficacement ses objectifs légitimes. Toute autre ligne de démarcation préconisée équivaut à évaluer après coup le choix du législateur quant à savoir ce qu'est un acte criminel « grave ». La disposition est raisonnablement bien adaptée en ce que l'inhabilité reflète la durée de la peine et de l'incarcération réelle, qui elle reflète la gravité du crime commis et la progression prévisible vers la réalisation des objectifs ultimes que sont la réadaptation et la réinsertion sociale. L'alinéa 51*e*) n'est pas arbitraire : il se rattache directement à des catégories de comportement en particulier. La limite de deux ans s'appuie également sur des considérations d'ordre pratique. Par ailleurs, étant donné que la Cour a donné l'impression qu'il appartenait au législateur de précisément tracer la limite, après l'audition de la première affaire *Sauvé* en 1993, il est nécessaire de respecter la limite qu'il a fixée. L'analyse de philosophies sociales ou politiques et la conciliation de valeurs dans le contexte de l'application de la *Charte* doivent tenir compte du fait que de nombreux dosages raisonnables et rationnels sont possibles. C'est au législateur de choisir une limite parmi différentes alternatives acceptables, surtout qu'en l'espèce toute autre limite ne serait pas aussi efficace, étant donné que celle fixée par le législateur correspond à ce qui, selon lui, constitue une activité criminelle grave.

Troisièmement, considérés dans leur contexte global, les objectifs et les effets bénéfiques l'emportent sur l'inhabilité temporaire à voter de l'auteur d'un acte criminel grave. L'adoption de cette mesure est bénéfique en soi. La loi, intrinsèquement, exprime des valeurs sociales à l'égard du comportement criminel grave et du droit de vote dans la société. Une valeur se dégage du message : ceux qui commettent des actes criminels graves seront temporairement privés d'une facette de l'égalité politique des citoyens. De plus, l'inhabilité temporaire à voter est perçue comme significative par les contrevenants eux-mêmes et pourrait avoir un effet positif permanent sur le plan de la réadaptation. L'effet le plus clairement préjudiciable de l'al. 51*e*) est la perte temporaire possible du droit de vote. Ce préjudice doit cependant être apprécié d'après les objectifs du législateur et le contexte dans son ensemble. Selon les données statistiques mentionnées par la Cour d'appel fédérale, cette disposition ne vise que les auteurs d'infractions graves et les récidivistes et la plupart des détenus ne seront privés du droit de vote qu'à un seul scrutin. Étant donné que la durée de l'inhabilité est directement liée à celle de l'incarcération, il est en fait possible qu'un détenu ayant perpétré un acte criminel grave ne soit jamais privé du droit de vote dans la mesure où il pourrait ne pas y avoir d'élections au cours de cette période. Vu le contexte particulier de la présente espèce, où la justification avancée par le législateur trouve sa

2002 SCC 68 (CanLII)

is appropriate since the impugned provision raises questions of penal philosophy and policy.

Section 51(*e*) does not infringe s. 15(1) of the *Charter*. Even if it were presumed that the legislation draws a distinction based on personal characteristics, prisoners do not constitute a group protected by analogous or enumerated grounds under s. 15(1). The fact of being incarcerated does not arise because of a stereotypical application of a presumed group characteristic. The status of being a prisoner is brought about by the past commission of serious criminal offences, acts committed by the individual himself or herself. The unifying group characteristic is past criminal behaviour. The argument that imprisonment should be recognized as an analogous ground because of adverse effect or impact discrimination based on the fact that Aboriginal peoples make up a "disproportionate" percentage of prisoners must be rejected. It is not plausible to say that the temporary disenfranchisement provision is in some way targeted at Aboriginal people. The fact of incarceration does not necessarily arise due to any personal attribute such as race or ethnic origin and neither does it necessarily relate to social condition. It hinges only upon the commission of serious criminal offences.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Referred to: *Sauvé v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 438, aff'g (1992), 7 O.R. (3d) 481; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Belczowski v. Canada*, [1992] 2 F.C. 440; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *Canadian Disability Rights Council v. Canada*, [1988] 3 F.C. 622; *Muldoon v. Canada*, [1988] 3 F.C. 628; *August v. Electoral Commission*, 1999 (3) SALR 1; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688.

By Gonthier J. (dissenting)

Sauvé v. Canada (Attorney General) (1988), 66 O.R. (2d) 234, rev'd (1992), 7 O.R. (3d) 481, aff'd [1993] 2

source dans une philosophie sociale ou politique non susceptible d'être étayée par une preuve au sens où on l'entend habituellement, il convient de faire preuve de retenue parce que la disposition contestée soulève des questions de philosophie et de politique pénales.

L'alinéa 51*e*) ne porte pas atteinte au par. 15(1) de la *Charte*. Même si l'on suppose que la loi établit une distinction d'après des caractéristiques personnelles, les prisonniers ne forment pas un groupe protégé par un motif analogue ou un motif énuméré au par. 15(1). L'incarcération ne résulte pas de l'application stéréotypée d'une présumée caractéristique de groupe. Le fait d'être détenu est imputable à la perpétration d'un acte criminel grave, acte que l'intéressé a perpétré lui-même. La caractéristique commune aux membres du groupe est l'activité criminelle antérieure. L'argument voulant que l'emprisonnement devrait être reconnu à titre de motif analogue en raison de son effet préjudiciable ou de la discrimination qui en résulte indirectement du fait que les Autochtones constituent un pourcentage « disproportionné » des prisonniers doit être rejeté. Il n'est pas plausible de dire que la disposition sur l'inhabilité temporaire à voter vise de quelque manière les Autochtones. L'incarcération n'est pas nécessairement attribuable à une caractéristique personnelle, comme la race ou l'origine ethnique, ni liée nécessairement à la condition sociale. Elle découle strictement de la perpétration d'un acte criminel grave.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef McLachlin

Arrêts mentionnés : *Sauvé c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 438, conf. (1992), 7 O.R. (3d) 481; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Belczowski c. Canada*, [1992] 2 C.F. 440; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *Conseil canadien des droits des personnes handicapées c. Canada*, [1988] 3 C.F. 622; *Muldoon c. Canada*, [1988] 3 C.F. 628; *August c. Electoral Commission*, 1999 (3) SALR 1; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688.

Citée par le juge Gonthier (dissident)

Sauvé c. Canada (Attorney General) (1988), 66 O.R. (2d) 234, inf. par (1992), 7 O.R. (3d) 481, conf. par

2002 SCC 68 (CanLII)

S.C.R. 438; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Re Jolivet and The Queen* (1983), 1 D.L.R. (4th) 604; *Gould v. Canada (Attorney General)*, [1984] 2 S.C.R. 124, aff'g [1984] 1 F.C. 1133, rev'g [1984] 1 F.C. 1119; *Lévesque v. Canada (Attorney General)*, [1986] 2 F.C. 287; *Badger v. Attorney-General of Manitoba* (1986), 30 D.L.R. (4th) 108, aff'd (1986), 32 D.L.R. (4th) 310; *Badger v. Canada (Attorney General)* (1988), 55 Man. R. (2d) 211, rev'd (1988), 55 D.L.R. (4th) 177, leave to appeal refused, [1989] 1 S.C.R. v; *Belczowski v. Canada*, [1991] 3 F.C. 151, aff'd [1992] 2 F.C. 440, aff'd [1993] 2 S.C.R. 438; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69; *Pearson v. Secretary of State for the Home Department*, [2001] E.W.J. No. 1566 (QL); *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Driskell v. Manitoba (Attorney General)*, [1999] 11 W.W.R. 615; *Byatt v. Dykema* (1998), 158 D.L.R. (4th) 644; *Richardson v. Ramirez*, 418 U.S. 24 (1974); *X. v. Netherlands*, Application No. 6573/74, December 19, 1974, D.R. 1, p. 87; *H. v. Netherlands*, Application No. 9914/82, July 4, 1983, D.R. 33, p. 242; *Holland v. Ireland*, Application No. 24827/94, April 14, 1998, D.R. 93-A, p. 15; Eur. Court. H. R., *Mathieu-Mohin and Clerfayt* case, judgment of 2 March 1987, Series A No. 113; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; *R. v. Guiller* (1985), 48 C.R. (3d) 226; *R. v. Luxton*, [1990]

[1993] 2 R.C.S. 438; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Renvoi : Circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Re Jolivet and The Queen* (1983), 1 D.L.R. (4th) 604; *Gould c. Canada (Procureur général)*, [1984] 2 R.C.S. 124, conf. [1984] 1 C.F. 1133, inf. [1984] 1 C.F. 1119; *Lévesque c. Canada (Procureur général)*, [1986] 2 C.F. 287; *Badger c. Attorney-General of Manitoba* (1986), 30 D.L.R. (4th) 108, conf. par (1986), 32 D.L.R. (4th) 310; *Badger c. Canada (Attorney General)* (1988), 55 Man. R. (2d) 211, inf. par (1988), 55 D.L.R. (4th) 177, autorisation de pourvoi refusée, [1989] 1 R.C.S. v; *Belczowski c. Canada*, [1991] 3 C.F. 151, conf. par [1992] 2 C.F. 440, conf. par [1993] 2 R.C.S. 438; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69; *Pearson c. Secretary of State for the Home Department*, [2001] E.W.J. No. 1566 (QL); *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Driskell c. Manitoba (Attorney General)*, [1999] 11 W.W.R. 615; *Byatt c. Dykema* (1998), 158 D.L.R. (4th) 644; *Richardson c. Ramirez*, 418 U.S. 24 (1974); *X. c. Pays-Bas*, requête n° 6573/74, 19 décembre 1974, D.R. 1, p. 87; *H. c. Pays-Bas*, requête n° 9914/82, 4 juillet 1983, D.R. 33, p. 242; *Holland c. Irlande*, requête n° 24827/94, 14 avril 1998, D.R. 93-B, p. 15; Cour. eur. D. H., Affaire *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, arrêt du 2 mars 1987, série A n° 113; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; *R. c. Guiller* (1985), 48 C.R. (3d) 226; *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S.

2002 SCC 68 (CanLII)

2 S.C.R. 711; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Jackson v. Joyceville Penitentiary*, [1990] 3 F.C. 55; *McKinnon v. M.N.R.*, 91 D.T.C. 1002; *Armstrong v. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2745; *Mulligan v. R.*, [1997] 2 C.T.C. 2062; *Wells v. R.*, [1998] 1 C.T.C. 2118; *Olson v. Canada*, [1996] 2 F.C. 168, leave to appeal refused, [1997] 3 S.C.R. xii; *Alcorn v. Canada (Commissioner of Corrections)* (1999), 163 F.T.R. 1, aff'd (2002), 95 C.R.R. (2d) 326, 2002 FCA 154; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, rev'g [1990] 2 F.C. 299; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688.

Statutes and Regulations Cited

Canada Elections Act, R.S.C. 1985, c. E-2, ss. 51(*e*) [rep. & sub. 1993, c. 19, s. 23(2)], 51.1 [ad. *idem*, s. 24].
Canada Elections Act, S.C. 2000, c. 9, s. 4(*c*).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, preamble, ss. 1, 3, 6(1), 11, 12, 15(1), 33.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 718.2(*e*), 742.1, 743.1, 743.6.
Election Act, R.S.A. 2000, c. E-1, s. 45(c).
Election Act, R.S.B.C. 1996, c. 106, s. 30(b).
Election Act, R.S.Q., c. E-3.3, s. 273.
Election Act, S.P.E.I. 1996, c. 12.
Election Act, 1996, S.S. 1996, c. E-6.01, s. 17.
Election Statute Law Amendment Act, 1998, S.O. 1998, c. 9, s. 13.
Elections Act, R.S.M. 1987, c. E30, s. 31 [rep. & sub. 1998, c. 4, s. 21].
Elections Act, R.S.N.B. 1973, c. E-3, s. 43(2)(*e*).
Elections Act, R.S.N.S. 1989, c. 140, s. 29(d) [am. 2001, c. 43, s. 13].
Elections Act, R.S.N.W.T. 1988, c. E-2, s. 27(3) [am. 1995, c. 14, s. 6].
Elections Act, R.S.Y. 1986, c. 48, s. 5(d).
Elections Act, 1991, S.N. 1992, c. E-3.1.
European Assembly Elections Act 1978 (U.K.), 1978, c. 10, Sch. 1, s. 2(1).
Human Rights Act 1998 (U.K.), 1998, c. 42.
International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171, Art. 25.
Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Eur. T.S. No. 9, Art. 3.
Representation of the People Act 1983 (U.K.), 1983, c. 2, s. 3(1) [am. 1985, c. 50, Sch. 4, s. 1; am. 2000, c. 2, s. 2].

711; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Jackson c. Pénitencier de Joyceville*, [1990] 3 C.F. 55; *McKinnon c. M.R.N.*, 91 D.T.C. 1002; *Armstrong c. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2745; *Mulligan c. R.*, [1997] 2 C.T.C. 2062; *Wells c. R.*, [1998] 1 C.T.C. 2118; *Olson c. Canada*, [1996] 2 C.F. 168, autorisation de pourvoi refusée, [1997] 3 R.C.S. xii; *Alcorn c. Canada (Commissaire du service correctionnel)* (1999), 163 F.T.R. 1, conf. par (2002), 95 C.R.R. (2d) 326, 2002 CAF 154; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, inf. [1990] 2 C.F. 299; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, préambule, art. 1, 3, 6(1), 11, 12, 15(1), 33.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 718.2*e*), 742.1, 743.1, 743.6.
Constitution des États-Unis, article 1, Quatorzième amendement, Quinzième amendement, Dix-septième amendement, Dix-neuvième amendement, Vingt-quatrième amendement et Vingt-sixième amendement.
Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221.
Election Act, R.S.A. 2000, ch. E-1, art. 45c).
Election Act, R.S.B.C. 1996, ch. 106, art. 30b).
Election Act, S.P.E.I. 1996, ch. 12.
Election Act, 1996, S.S. 1996, ch. E-6.01, art. 17.
Elections Act, R.S.N.S. 1989, ch. 140, art. 29d) [mod. 2001, ch. 43, art. 13].
Elections Act, 1991, S.N. 1992, ch. E-3.1.
European Assembly Elections Act 1978 (R.-U.), 1978, ch. 10, ann. 1, art. 2(1).
Human Rights Act 1998 (R.-U.), 1998, ch. 42.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi de 1998 modifiant des lois en ce qui concerne les élections, L.O. 1998, ch. 9, art. 13.
Loi électorale, L.R.M. 1987, ch. E30, art. 31 [rempl. 1998, ch. 4, art. 21].
Loi électorale, L.R.N.-B. 1973, ch. E-3, art. 43(2)*e*).
Loi électorale, L.R.Q., ch. E-3.3, art. 273.
Loi électorale, L.R.T.N.-O. 1988, ch. E-2, art. 27(3) [mod. 1995, ch. 14, art. 6].
Loi électorale, L.R.Y. 1986, ch. 48, art. 5d).
Loi électorale du Canada, L.C. 2000, ch. 9, art. 4*c*).
Loi électorale du Canada, L.R.C. 1985, ch. E-2, art. 51*e*) [abr. & rempl. 1993, ch. 19, art. 23(2)], 51.1 [aj. *idem*, art. 24].
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171, art. 25.

2002 SCC 68 (CanLII)

United States Constitution, Article 1, Fourteenth Amendment, Fifteenth Amendment, Seventeenth Amendment, Nineteenth Amendment, Twenty-Fourth Amendment, Twenty-Sixth Amendment.

Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. XIV, 3rd Sess., 34th Parl., April 2, 1993, pp. 18015-021.

Canada. Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing. *Final Report of the Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing — Reforming Electoral Democracy*, vol. 1. Ottawa: The Commission, 1991.

Canada. Senate and House of Commons. Special Joint Committee on the Constitution of Canada. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 43, 1st Sess., 32nd Parl., January 22, 1981, pp. 43:79-43:90.

Concise Oxford Dictionary of Current English, 9th ed. Oxford: Clarendon Press, 1995, "moral".

Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

George, Robert P. *Making Men Moral.* Oxford: Clarendon Press, 1993.

Grimm, Dieter. "Human Rights and Judicial Review in Germany", in David M. Beatty, ed., *Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1994, 267.

Hampton, Jean. "Punishment, Feminism, and Political Identity: A Case Study in the Expressive Meaning of the Law" (1998), 11 *Can. J. L. & Jur.* 23.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 2001, release 1).

Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. "The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.

Macklem, P., et al. *Canadian Constitutional Law*, 2nd ed. Toronto: Emond Montgomery Publications, 1997.

Mill, John Stuart. "Thoughts on Parliamentary Reform", in J. M. Robson, ed., *Essays on Politics and Society*, vol. XIX. Toronto: University of Toronto Press, 1977, 311.

Penal Reform International. *Making Standards Work — An International Handbook on Good Prison Practice*. The Hague: Penal Reform International, 1995.

Raz, Joseph. *The Morality of Freedom.* Oxford: Clarendon Press, 1986.

Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, New York: Foundation Press, 1988.

Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, S.T.E. n° 9, art. 3.

Representation of the People Act 1983 (R.-U.), 1983, ch. 2, art. 3(1) [mod. 1985, ch. 50, ann. 4, art. 1; mod. 2000, ch. 2, art. 2].

Doctrine citée

Association internationale de réforme pénale. *Pratique de la prison : Du bon usage des règles pénitentiaires internationales.* Paris : L'Association, 1997.

Canada. Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis. *Rapport final de la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis — Pour une démocratie électorale renouvelée*, vol. 1. Ottawa : La Commission, 1991.

Canada Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. XIV, 3e sess., 34e lég., 2 avril 1993, p. 18015-18021.

Canada. Sénat et Chambre des communes. Comité mixte spécial sur la Constitution du Canada. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 43, 1re sess., 32e lég., 22 janvier 1981, p. 43:79-43:90.

Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge : Harvard University Press, 1977.

George, Robert P. *Making Men Moral.* Oxford : Clarendon Press, 1993.

Grimm, Dieter. « Human Rights and Judicial Review in Germany », in David M. Beatty, ed., *Human Rights and Judicial Review : A Comparative Perspective*. Dordrecht : Martinus Nijhoff Publishers, 1994, 267.

Hampton, Jean. « Punishment, Feminism, and Political Identity : A Case Study in the Expressive Meaning of the Law » (1998), 11 *Can. J. L. & Jur.* 23.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1992 (updated 2001, release 1).

Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. « The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures » (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.

Macklem, P., et al. *Canadian Constitutional Law*, 2nd ed. Toronto : Emond Montgomery Publications, 1997.

Mill, John Stuart. « Thoughts on Parliamentary Reform », in J. M. Robson, ed., *Essays on Politics and Society*, vol. XIX. Toronto : University of Toronto Press, 1977, 311.

Nations Unies. Comité des droits de l'homme. « Observations générales adoptées par le Comité des droits de l'homme au titre du paragraphe 4 de l'article 40 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques », Observation générale n° 25 (57), annexe V, CCPR/C/21, rev. 1, add. 7, 27 août 1996.

2002 SCC 68 (CanLII)

Tribe, Laurence H. "The Disenfranchisement of Ex-Felons: Citizenship, Criminality, and 'The Purity of the Ballot Box'" (1989), 102 *Harv. L. Rev.* 1300.

United Nations. Human Rights Committee. "General Comment Adopted by the Human Rights Committee under Article 40, Paragraph 4, of the International Covenant on Civil and Political Rights", General Comment No. 25 (57), Annex V, CCPR/C/21, Rev. 1, Add. 7, August 27, 1996.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [2000] 2 F.C. 117, 180 D.L.R. (4th) 385, 248 N.R. 267, 29 C.R. (5th) 242, 69 C.R.R. (2d) 106, [1999] F.C.J. No. 1577 (QL), allowing the respondents' appeal and dismissing the appellants' cross-appeal from a decision of the Trial Division, [1996] 1 F.C. 857, 106 F.T.R. 241, 132 D.L.R. (4th) 136, [1995] F.C.J. No. 1735 (QL). Appeal allowed, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major and Bastarache JJ. dissenting.

Fergus J. O'Connor, for the appellant Richard Sauvé.

Arne Peltz, for the appellants Sheldon McCorrister, Lloyd Knezacek, Clair Woodhouse, Aaron Spence, Serge Bélanger, Emile A. Bear and Randy Opoonechaw.

David G. Frayer, *Q.C.*, and *Gérald L. Chartier*, for the respondents.

Thomas W. Wakeling and *Gerald D. Chipeur*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

Heather S. Leonoff, *Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Allan Manson and *Elizabeth Thomas*, for the interveners the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies and the John Howard Society of Canada.

John W. Conroy, *Q.C.*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Kent Roach and *Brian Eyolfson*, for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

Sylvain Lussier, for the intervener the Canadian Bar Association.

Nouveau Petit Robert. Paris, Le Robert, 2000, « moral ».

Raz, Joseph. *The Morality of Freedom.* Oxford : Clarendon Press, 1986.

Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, New York : Foundation Press, 1988.

Tribe, Laurence H. « The Disenfranchisement of Ex-Felons : Citizenship, Criminality, and 'The Purity of the Ballot Box' » (1989), 102 *Harv. L. Rev.* 1300.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [2000] 2 C.F. 117, 180 D.L.R. (4th) 385, 248 N.R. 267, 29 C.R. (5th) 242, 69 C.R.R. (2d) 106, [1999] A.C.F. nº 1577 (QL), qui a accueilli l'appel des intimés et rejeté l'appel incident des appelants contre une décision de la Section de première instance, [1996] 1 C.F. 857, 106 F.T.R. 241, 132 D.L.R. (4th) 136, [1995] A.C.F. nº 1735 (QL). Pourvoi accueilli, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major et Bastarache sont dissidents.

Fergus J. O'Connor, pour l'appelant Richard Sauvé.

Arne Peltz, pour les appelants Sheldon McCorrister, Lloyd Knezacek, Clair Woodhouse, Aaron Spence, Serge Bélanger, Emile A. Bear et Randy Opoonechaw.

David G. Frayer, *c.r.*, et *Gérald L. Chartier*, pour les intimés.

Thomas W. Wakeling et *Gerald D. Chipeur*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Heather S. Leonoff, *c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Allan Manson et *Elizabeth Thomas*, pour les intervenantes l'Association canadienne des sociétés Elizabeth Fry et la Société John Howard du Canada.

John W. Conroy, *c.r.*, pour l'intervenante la British Columbia Civil Liberties Association.

Kent Roach et *Brian Eyolfson*, pour l'intervenante l'Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

Sylvain Lussier, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

2002 SCC 68 (CanLII)

The judgment of McLachlin C.J. and Iacobucci, Binnie, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

1 THE CHIEF JUSTICE — The right of every citizen to vote, guaranteed by s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, lies at the heart of Canadian democracy. The law at stake in this appeal denies the right to vote to a certain class of people — those serving sentences of two years or more in a correctional institution. The question is whether the government has established that this denial of the right to vote is allowed under s. 1 of the *Charter* as a "reasonable limi[t] . . . demonstrably justified in a free and democratic society". I conclude that it is not. The right to vote, which lies at the heart of Canadian democracy, can only be trammeled for good reason. Here, the reasons offered do not suffice.

I. Statutory Provisions

2 The predecessor to s. 51(*e*) of the *Canada Elections Act*, R.S.C. 1985, c. E-2, prohibited all prison inmates from voting in federal elections, regardless of the length of their sentences. This section was held unconstitutional as an unjustified denial of the right to vote guaranteed by s. 3 of the *Charter: Sauvé v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 438. Parliament responded to this litigation by replacing this section with a new s. 51(*e*) (S.C. 1993, c. 19, s. 23), which denies the right to vote to all inmates serving sentences of two years or more. Section 51(*e*), which is now continued in substantially the same form at s. 4(*c*) of the Act (S.C. 2000, c. 9), and the relevant *Charter* provisions are set out below.

Canada Elections Act, R.S.C. 1985, c. E-2

51. The following persons are not qualified to vote at an election and shall not vote at an election:

. . .

(*e*) Every person who is imprisoned in a correctional institution serving a sentence of two years or more;

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges Iacobucci, Binnie, Arbour et LeBel rendu par

LE JUGE EN CHEF — Le droit de vote de tout citoyen, garanti par l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, se trouve au cœur de la démocratie canadienne. La loi mise en cause dans le présent pourvoi prive du droit de vote une certaine catégorie de personnes — celles qui purgent une peine de deux ans ou plus dans un établissement correctionnel. Il s'agit de savoir si le gouvernement a établi que cette privation du droit de vote est autorisée en vertu de l'article premier de la *Charte* parce qu'elle s'inscrit « dans des limites [. . .] raisonnables [. . .] dont la justification [peut] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Je conclus que non. Il faut une bonne raison pour entraver le droit de vote, qui se trouve au cœur de la démocratie canadienne. Or, les raisons présentées en l'espèce ne suffisent pas.

I. Les dispositions législatives

La version antérieure de l'al. 51*e*) de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. 1985, ch. E-2, interdisait à tous les détenus de voter aux élections fédérales, peu importe la durée de leur peine. Cette disposition a été déclarée inconstitutionnelle parce qu'elle constituait une atteinte injustifiée au droit de vote garanti par l'art. 3 de la *Charte* : *Sauvé c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 438. Le législateur a réagi à ce jugement en remplaçant cette disposition par un nouvel al. 51*e*) (L.C. 1993, ch. 19, art. 23), qui prive du droit de vote tous les détenus purgeant une peine de deux ans ou plus. L'alinéa 51*e*), qui est repris essentiellement sous le même libellé à l'al. 4*c*) de la Loi (L.C. 2000, ch. 9), et les dispositions pertinentes de la *Charte* sont reproduits ci-après.

Loi électorale du Canada, L.R.C. 1985, ch. E-2

51. Les individus suivants sont inhabiles à voter à une élection et ne peuvent voter à une élection :

. . .

e) toute personne détenue dans un établissement correctionnel et y purgeant une peine de deux ans ou plus;

2002 SCC 68 (CanLII)

Canadian Charter of Rights and Freedoms

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

. . .

3. Every citizen of Canada has the right to vote in an election of members of the House of Commons or of a legislative assembly and to be qualified for membership therein.

. . .

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

Charte canadienne des droits et libertés

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

. . .

3. Tout citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales.

. . .

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques

II. Judgments

A. *Federal Court, Trial Division*, [1996] 1 F.C. 857

The trial judge, Wetston J., held that s. 51(*e*) of the *Canada Elections Act* violated the *Charter* guarantee of the right to vote without being demonstrably justified, and was therefore void. Although he found that the government's objectives were pressing and substantial, he concluded that the denial of voting rights to all inmates serving a sentence of two years or longer was overbroad and failed the minimal impairment test. In addition, he found at p. 913 that denying the right to vote "hinder[ed] the rehabilitation of offenders and their successful reintegration into the community". The negative consequences of the challenged provision were thus disproportionate to any benefits it might produce.

B. *Federal Court of Appeal*, [2000] 2 F.C. 117

The majority of the Federal Court of Appeal, *per* Linden J.A., reversed the trial judge and upheld the denial of voting rights, holding that Parliament's

II. Les jugements

A. *Cour fédérale, Section de première instance*, [1996] 1 C.F. 857

3 Le juge Wetston, de la Section de première instance, statue que l'al. 51*e*) de la *Loi électorale du Canada* porte atteinte au droit de vote garanti par la *Charte* sans que la justification de cette atteinte puisse se démontrer, et qu'il est donc de nul effet. Bien qu'il estime que les objectifs du gouvernement sont urgents et réels, il conclut que le retrait du droit de vote à tous les détenus purgeant une peine de deux ans ou plus a une portée trop générale et ne satisfait pas au critère de l'atteinte minimale. De plus, il conclut que la suppression du droit de vote « nuit à la réadaptation des contrevenants et leur réinsertion sociale » (p. 913). Les conséquences négatives de la disposition contestée ne sont donc pas proportionnées aux effets bénéfiques qu'elle peut produire.

B. *Cour d'appel fédérale*, [2000] 2 C.F. 117

4 Le juge Linden, qui a rédigé l'opinion majoritaire de la Cour d'appel fédérale, infirme la conclusion du juge de première instance et confirme la privation

2002 SCC 68 (CanLII)

role in maintaining and enhancing the integrity of the electoral process and in exercising the criminal law power both warranted deference. The denial of the right to vote at issue fell within a reasonable range of alternatives open to Parliament to achieve its objectives and was not overbroad or disproportionate. Desjardins J.A., applying the "stringent formulation of the *Oakes* test", emphasized the absence of evidence of benefits flowing from the denial and would have dismissed the appeal.

III. Issues

5 1. Does s. 51(*e*) of the *Canada Elections Act* infringe the guarantee of the right of all citizens to vote under s. 3 of the *Charter* and if so, is the infringement justified under s. 1 of the *Charter*?

2. Does s. 51(*e*) of the *Canada Elections Act* infringe the equality guarantee of s. 15(1) of the *Charter* and if so, is the infringement justified under s. 1 of the *Charter*?

IV. Analysis

6 The respondents concede that the voting restriction at issue violates s. 3 of the *Charter*. The restriction is thus invalid unless demonstrably justified under s. 1. I shall therefore proceed directly to the s. 1 analysis.

A. *The Approach to Section 1 Justification*

7 To justify the infringement of a *Charter* right, the government must show that the infringement achieves a constitutionally valid purpose or objective, and that the chosen means are reasonable and demonstrably justified: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. This two-part inquiry — the legitimacy of the objective and the proportionality of the means — ensures that a reviewing court examine rigorously all aspects of justification. Throughout the justification process, the government bears the burden of

du droit de vote, statuant que le rôle du législateur de préserver et de rehausser l'intégrité du processus électoral ainsi que son rôle d'exercer son pouvoir en matière de droit pénal doivent bénéficier d'une certaine retenue. La privation du droit de vote en question se situe dans une gamme de mesures raisonnables auxquelles le législateur peut recourir pour atteindre ses objectifs, et cette mesure n'a pas une portée trop large pas plus qu'elle n'est disproportionnée. Le juge Desjardins, appliquant la « formulation stricte du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* », insiste sur l'absence de preuve des effets bénéfiques découlant de la privation et aurait rejeté l'appel.

III. Les questions en litige

1. L'alinéa 51*e*) de la *Loi électorale du Canada* porte-t-il atteinte au droit de vote que l'art. 3 de la *Charte* garantit à tous les citoyens et, dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*?

2. L'alinéa 51*e*) de la *Loi électorale du Canada* porte-t-il atteinte au droit à l'égalité garanti par le par. 15(1) de la *Charte* et, dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*?

IV. Analyse

Les intimés reconnaissent que la restriction au droit de vote en question contrevient à l'art. 3 de la *Charte*. Elle est donc invalide à moins que sa justification puisse être démontrée au regard de l'article premier. Je vais donc passer directement à l'analyse fondée sur l'article premier.

A. *L'approche en matière de justification au sens de l'article premier*

Pour justifier l'atteinte portée à un droit garanti par la *Charte*, le gouvernement doit démontrer qu'elle vise un but ou objectif valide du point de vue constitutionnel, et que les mesures choisies sont raisonnables et leur justification peut se démontrer : *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. L'application de ce critère à deux volets — la légitimité de l'objectif et la proportionnalité des mesures — permet au tribunal d'examen d'analyser rigoureusement tous les aspects du processus de justification. Tout au

2002 SCC 68 (CanLII)

proving a valid objective and showing that the rights violation is warranted — that is, that it is rationally connected, causes minimal impairment, and is proportionate to the benefit achieved.

long de ce processus, il incombe au gouvernement de prouver que l'objectif est valide et que l'atteinte portée aux droits est légitime — c'est-à-dire qu'il existe un lien rationnel entre l'objectif et l'atteinte, qu'il s'agit d'une atteinte minimale et que celle-ci est proportionnée aux effets bénéfiques qu'elle produit.

2002 SCC 68 (CanLII)

My colleague Justice Gonthier proposes a deferential approach to infringement and justification. He argues that there is no reason to accord special importance to the right to vote, and that we should thus defer to Parliament's choice among a range of reasonable alternatives. He further argues that in justifying limits on the right to vote under s. 1, we owe deference to Parliament because we are dealing with "philosophical, political and social considerations", because of the abstract and symbolic nature of the government's stated goals, and because the law at issue represents a step in a dialogue between Parliament and the courts.

8 Mon collègue le juge Gonthier propose une approche axée sur la retenue en matière d'atteinte et de justification. Il soutient qu'il n'y a aucune raison d'accorder une importance spéciale au droit de vote et que nous devons nous en remettre au choix du législateur parmi une gamme de solutions raisonnables. Il affirme également qu'en matière de justification des restrictions au droit de vote au sens de l'article premier, nous devons faire preuve de retenue envers le législateur parce qu'il s'agit de « considérations philosophiques, politiques et sociales », parce que les objectifs poursuivis par le gouvernement sont de nature abstraite et symbolique et parce que la loi en question représente une étape du dialogue entre le législateur et les tribunaux.

I must, with respect, demur. The right to vote is fundamental to our democracy and the rule of law and cannot be lightly set aside. Limits on it require not deference, but careful examination. This is not a matter of substituting the Court's philosophical preference for that of the legislature, but of ensuring that the legislature's proffered justification is supported by logic and common sense.

9 Avec égards, je dois exprimer mon désaccord. Le droit de vote est un droit fondamental pour notre démocratie et la primauté du droit, et il ne peut être écarté à la légère. Les restrictions au droit de vote exigent non pas une retenue judiciaire, mais un examen approfondi. Il s'agit ici non pas de substituer la préférence philosophique de la Cour à celle du législateur, mais de s'assurer que la justification de ce dernier est fondée sur la logique et le bon sens.

The *Charter* distinguishes between two separate issues: whether a right has been infringed, and whether the limitation is justified. The complainant bears the burden of showing the infringement of a right (the first step), at which point the burden shifts to the government to justify the limit as a reasonable limit under s. 1 (the second step). These are distinct processes with different burdens. Insulating a rights restriction from scrutiny by labeling it a matter of social philosophy, as the government attempts to do, reverses the constitutionally imposed burden of justification. It removes the infringement from our radar screen, instead of enabling us to zero in on

10 La *Charte* établit une distinction entre deux questions distinctes : celle de savoir s'il y a eu atteinte à un droit et celle de savoir si la restriction est justifiée. Le plaignant a le fardeau de prouver qu'une atteinte a été portée à un droit (première étape), après quoi il incombe au gouvernement de prouver que la restriction constitue une limite raisonnable au sens de l'article premier (deuxième étape). Il s'agit de deux processus distincts impliquant des fardeaux de preuve différents. Isoler de l'examen une restriction à des droits en la qualifiant de question de philosophie sociale, comme le gouvernement essaie de le faire, équivaut à renverser le fardeau

it to decide whether it is demonstrably justified as required by the *Charter*.

de la preuve imposé par la Constitution en matière de justification. Cette démarche supprime la violation de l'écran radar au lieu de nous permettre de nous y concentrer afin de décider si la justification de la violation peut se démontrer comme l'exige la *Charte*.

11 At the first stage, which involves defining the right, we must follow this Court's consistent view that rights shall be defined broadly and liberally: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 156; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 53. A broad and purposive interpretation of the right is particularly critical in the case of the right to vote. The framers of the *Charter* signaled the special importance of this right not only by its broad, untrammeled language, but by exempting it from legislative override under s. 33's notwithstanding clause. I conclude that s. 3 must be construed as it reads, and its ambit should not be limited by countervailing collective concerns, as the government appears to argue. These concerns are for the government to raise under s. 1 in justifying the limits it has imposed on the right.

À la première étape, qui comporte la définition du droit, nous devons suivre l'opinion que la Cour a toujours adoptée, à savoir que les droits doivent recevoir une interprétation large et libérale : *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 156; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 53. Une interprétation large et fondée sur l'objet est particulièrement importante dans le cas du droit de vote. Les rédacteurs de la *Charte* ont souligné l'importance privilégiée que revêt ce droit non seulement en employant des termes généraux et absolus, mais aussi en le soustrayant à l'application de l'art. 33 (clause de dérogation). Je conclus que l'art. 3 doit être interprété littéralement et que sa portée ne devrait pas être limitée par des intérêts collectifs opposés, comme le gouvernement a l'air de soutenir. Il appartient à celui-ci de soulever la question de ces intérêts lorsque vient le temps de justifier, dans le cadre de l'article premier, les limites qu'il a imposées au droit.

12 At the s. 1 stage, the government argues that denying the right to vote to penitentiary inmates is a matter of social and political philosophy, requiring deference. Again, I cannot agree. This Court has repeatedly held that the "general claim that the infringement of a right is justified under s. 1" does not warrant deference to Parliament: *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 78, *per* Iacobucci J. Section 1 does not create a presumption of constitutionality for limits on rights; rather, it requires the state to justify such limitations.

À l'étape de l'article premier, le gouvernement affirme que le fait de priver les détenus du droit de vote est une question de philosophie sociale et politique, qui appelle la retenue. Là encore, je ne suis pas d'accord. La Cour a conclu à maintes reprises que « la proposition générale selon laquelle l'atteinte à un droit est justifiée par l'article premier » n'est pas une raison pour faire preuve de retenue à l'endroit du législateur : *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 78, le juge Iacobucci. L'article premier n'établit pas une présomption de constitutionnalité des limites imposées aux droits; il exige plutôt que l'État justifie ces limites.

13 The core democratic rights of Canadians do not fall within a "range of acceptable alternatives" among which Parliament may pick and choose at its discretion. Deference may be appropriate on a

Les droits démocratiques fondamentaux des Canadiens ne constituent pas « une gamme de solutions acceptables » parmi lesquelles le législateur peut choisir à son gré. La retenue peut se

2002 SCC 68 (CanLII)

decision involving competing social and political policies. It is not appropriate, however, on a decision to limit fundamental rights. This case is not merely a competition between competing social philosophies. It represents a conflict between the right of citizens to vote — one of the most fundamental rights guaranteed by the *Charter* — and Parliament's denial of that right. Public debate on an issue does not transform it into a matter of "social philosophy", shielding it from full judicial scrutiny. It is for the courts, unaffected by the shifting winds of public opinion and electoral interests, to safeguard the right to vote guaranteed by s. 3 of the *Charter*.

Charter rights are not a matter of privilege or merit, but a function of membership in the Canadian polity that cannot lightly be cast aside. This is manifestly true of the right to vote, the cornerstone of democracy, exempt from the incursion permitted on other rights through s. 33 override. Thus, courts considering denials of voting rights have applied a stringent justification standard: *Sauvé v. Canada (Attorney General)* (1992), 7 O.R. (3d) 481 (C.A.) ("*Sauvé No. 1*"), and *Belczowski v. Canada*, [1992] 2 F.C. 440 (C.A.).

The *Charter* charges courts with upholding and maintaining an inclusive, participatory democratic framework within which citizens can explore and pursue different conceptions of the good. While a posture of judicial deference to legislative decisions about social policy may be appropriate in some cases, the legislation at issue does not fall into this category. To the contrary, it is precisely when legislative choices threaten to undermine the foundations of the participatory democracy guaranteed by the *Charter* that courts must be vigilant in fulfilling their constitutional duty to protect the integrity of this system.

révéler appropriée à l'égard d'une décision impliquant des principes opposés en matière politique et sociale. Elle ne l'est pas, cependant, à l'égard d'une décision ayant pour effet de limiter des droits fondamentaux. En l'espèce, il s'agit non pas simplement d'une concurrence entre des philosophies sociales opposées, mais d'un conflit entre le droit de vote des citoyens — un des droits les plus fondamentaux garantis par la *Charte* — et la suppression de ce droit par le législateur. Le débat public sur une question ne la transforme pas en une question de « philosophie sociale », la soustrayant ainsi à un examen judiciaire complet. Il appartient aux tribunaux, insensibles aux revirements de l'opinion publique et aux intérêts électoraux, de protéger le droit de vote garanti par l'art. 3 de la *Charte*.

14 Les droits garantis par la *Charte* ne sont pas une question de privilège ou de mérite, mais une question d'appartenance à la société canadienne qui ne peut être écartée à la légère. Cela est particulièrement vrai du droit de vote, pierre angulaire de la démocratie, qui, contrairement à d'autres droits, ne peut faire l'objet d'une dérogation par application de l'art. 33. Les tribunaux ont donc appliqué une norme stricte en matière de justification lorsqu'ils ont eu à examiner des questions de privation du droit de vote : *Sauvé c. Canada (Procureur général)* (1992), 7 O.R. (3d) 481 (C.A.) (« *Sauvé n° 1* »), et *Belczowski c. Canada*, [1992] 2 C.F. 440 (C.A.).

15 De par la *Charte*, les tribunaux sont chargés de veiller à la défense et au maintien d'un cadre démocratique universel et participatif au sein duquel les citoyens peuvent explorer et adopter différentes conceptions du bien. Bien qu'une attitude de retenue judiciaire à l'égard des décisions du législateur en matière de politique sociale puisse être appropriée dans certains cas, la loi en cause n'entre pas dans cette catégorie. Au contraire, c'est justement lorsque les choix du législateur risquent de saper les fondements de la démocratie participative défendue par la *Charte* que les tribunaux doivent se montrer vigilants dans l'accomplissement de leur obligation constitutionnelle de protéger l'intégrité de ce système.

2002 SCC 68 (CanLII)

16 Nor can I concur in the argument that the philosophically based or symbolic nature of the government's objectives in itself commands deference. To the contrary, this Court has held that broad, symbolic objectives are problematic, as I discuss below: see *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083, at para. 59, *per* Cory J.; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 87, *per* Bastarache J.; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at paras. 143-44, *per* McLachlin J. (as she then was). Parliament cannot use lofty objectives to shield legislation from *Charter* scrutiny. Section 1 requires valid objectives and proportionality.

17 Finally, the fact that the challenged denial of the right to vote followed judicial rejection of an even more comprehensive denial, does not mean that the Court should defer to Parliament as part of a "dialogue". Parliament must ensure that whatever law it passes, at whatever stage of the process, conforms to the Constitution. The healthy and important promotion of a dialogue between the legislature and the courts should not be debased to a rule of "if at first you don't succeed, try, try again".

18 While deference to the legislature is not appropriate in this case, legislative justification does not require empirical proof in a scientific sense. While some matters can be proved with empirical or mathematical precision, others, involving philosophical, political and social considerations, cannot. In this case, it is enough that the justification be convincing, in the sense that it is sufficient to satisfy the reasonable person looking at all the evidence and relevant considerations, that the state is justified in infringing the right at stake to the degree it has: see *RJR-MacDonald*, *supra*, at para. 154, *per* McLachlin J.; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at pp. 502-3, *per* Sopinka J. What is required is "rational, reasoned defensibility": *RJR-MacDonald*, at para. 127. Common sense and inferential reasoning may supplement the evidence: *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R.

Je ne peux pas souscrire non plus à l'argument portant que la nature philosophique ou symbolique des objectifs du gouvernement commande en soi la retenue. Au contraire, la Cour a statué que des objectifs généraux et symboliques sont problématiques, comme je vais l'expliquer plus loin : voir *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083, par. 59, le juge Cory; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 87, le juge Bastarache; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 143-144, le juge McLachlin (maintenant Juge en chef). Le législateur ne peut s'appuyer sur de nobles objectifs pour soustraire la législation à un examen fondé sur la *Charte*. L'article premier exige des objectifs valides et la proportionnalité.

Enfin, le fait que la privation litigieuse du droit de vote survienne après le rejet par les tribunaux d'une privation encore plus générale ne signifie pas que la Cour devrait faire preuve de retenue à l'égard du législateur dans le cadre d'un « dialogue ». Le législateur doit veiller à ce que toute loi qu'il édicte, à toute étape du processus, soit conforme à la Constitution. La promotion saine et importante d'un dialogue entre le législateur et les tribunaux ne devrait pas se réduire à la règle qui porte que « si vous ne réussissez pas la première fois, essayez, et essayez encore ».

Bien que la retenue à l'égard du législateur ne soit pas appropriée en l'espèce, la justification d'une loi ne requiert pas une preuve empirique au sens scientifique du terme. Alors que certaines propositions peuvent être démontrées de façon empirique ou avec une précision mathématique, d'autres, qui impliquent des considérations philosophiques, politiques et sociales, ne peuvent l'être. Dans ce cas, il suffit que la justification soit convaincante, c'est-à-dire qu'il suffit de convaincre la personne raisonnable prenant en compte tous les éléments de preuve et toutes les considérations pertinentes que l'État est justifié de porter une telle atteinte au droit en question : voir *RJR-MacDonald*, précité, par. 154, le juge McLachlin; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 502-503, le juge Sopinka. Ce qui est requis, c'est une « défense rationnelle et raisonnée » :

2002 SCC 68 (CanLII)

45, 2001 SCC 2, at para. 78, *per* McLachlin C.J. However, one must be wary of stereotypes cloaked as common sense, and of substituting deference for the reasoned demonstration required by s. 1.

RJR-MacDonald, par. 127. La preuve peut être complétée par le bon sens et le raisonnement par déduction : *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 78, le juge en chef McLachlin. Cependant, il faut se méfier des stéréotypes qui revêtent les apparences du bon sens et se garder de substituer la retenue à la démonstration raisonnée requise par l'article premier.

Keeping in mind these basic principles of *Charter* review, I approach the familiar stages of the *Oakes* test. I conclude that the government's stated objectives of promoting civic responsibility and respect for the law and imposing appropriate punishment, while problematically vague, are capable in principle of justifying limitations on *Charter* rights. However, the government fails to establish proportionality, principally for want of a rational connection between denying the vote to penitentiary inmates and its stated goals.

19 En gardant à l'esprit ces principes de base de l'examen fondé sur la *Charte*, j'aborde maintenant les étapes bien connues du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*. Je conclus que les objectifs déclarés par le gouvernement, à savoir accroître la responsabilité civique et le respect de la règle de droit et infliger une peine appropriée, bien qu'ils soient trop généraux, peuvent, en principe, justifier des restrictions à des droits garantis par la *Charte*. Cependant, le gouvernement n'a pas réussi à établir la proportionnalité, principalement en ce qui concerne la nécessité d'un lien rationnel entre le retrait du droit de vote aux détenus et ses buts déclarés.

2002 SCC 68 (CanLII)

B. *The Government's Objectives*

B. *Les objectifs du gouvernement*

20 The objectives' analysis entails a two-step inquiry. First, we must ask what the objectives are of denying penitentiary inmates the right to vote. This involves interpretation and construction, and calls for a contextual approach: *Thomson Newspapers*, *supra*, at para. 87. Second, we must evaluate whether the objectives as found are capable of justifying limitations on *Charter* rights. The objectives must not be "trivial", and they must not be "discordant with the principles integral to a free and democratic society": *Oakes*, *supra*, at p. 138. To borrow from the language of German constitutional law, there must be a constitutionally valid reason for infringing a right: see D. Grimm, "Human Rights and Judicial Review in Germany", in D. M. Beatty, ed., *Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective* (1994), 267, at p. 275. Because s. 1 serves first and foremost to protect rights, the range of constitutionally valid objectives is not unlimited. For example, the protection of competing rights might be a valid objective. However, a simple majoritarian political

L'analyse des objectifs comporte deux étapes. Premièrement, il faut définir les objectifs visés par la suppression du droit de vote des détenus. Cela suppose un exercice d'interprétation et nécessite une approche contextuelle : *Thomson Newspapers*, précité, par. 87. Deuxièmement, il faut déterminer si les objectifs ainsi définis sont de nature à justifier des restrictions à des droits garantis par la *Charte*. Les objectifs ne doivent pas être « peu importants » ou « contraires aux principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique » : *Oakes*, précité, p. 138. Pour citer un principe de droit constitutionnel allemand, mentionnons que la restriction d'un droit doit se fonder sur un motif valide du point de vue constitutionnel : voir D. Grimm, « Human Rights and Judicial Review in Germany », dans D. M. Beatty, dir., *Human Rights and Judicial Review : A Comparative Perspective* (1994), 267, p. 275. Étant donné que l'article premier sert avant tout à protéger des droits, la gamme d'objectifs constitutionnellement valides n'est pas illimitée. Par exemple, la protection de droits

preference for abolishing a right altogether would not be a constitutionally valid objective.

21 Section 51(*e*) denying penitentiary inmates the right to vote was not directed at a specific problem or concern. Prisoners have long voted, here and abroad, in a variety of situations without apparent adverse effects to the political process, the prison population, or society as a whole. In the absence of a specific problem, the government asserts two broad objectives as the reason for this denial of the right to vote: (1) to enhance civic responsibility and respect for the rule of law; and (2) to provide additional punishment, or "enhanc[e] the general purposes of the criminal sanction". The record leaves in doubt how much these goals actually motivated Parliament; the Parliamentary debates offer more fulmination than illumination. However, on the basis of "some glimmer of light", the trial judge at p. 878 concluded that they could be advanced as objectives of the denial. I am content to proceed on this basis.

22 This leaves the question of whether the objectives of enhancing respect for law and appropriate punishment are constitutionally valid and sufficiently significant to warrant a rights violation. Vague and symbolic objectives such as these almost guarantee a positive answer to this question. Who can argue that respect for the law is not pressing? Who can argue that proper sentences are not important? Who can argue that either of these goals, taken at face value, contradicts democratic principles? However, precisely because they leave so little room for argument, vague and symbolic objectives make the justification analysis more difficult. Their terms carry many meanings, yet tell us little about why the limitation on the right is necessary, and what it is expected to achieve in concrete terms. The broader and more abstract the objective, the more susceptible it is to different meanings in different contexts, and hence to distortion and manipulation. One

opposés peut être un objectif valide. Toutefois, le seul fait que la majorité exprime politiquement sa préférence pour l'abolition totale d'un droit ne constituerait pas un objectif valide sur le plan constitutionnel.

Le retrait du droit de vote aux détenus prévu par l'al. 51*e*) ne vise aucun problème ou aucune préoccupation spécifique. Les prisonniers ont voté pendant longtemps, ici et à l'étranger, dans diverses situations, sans que des effets préjudiciables apparents aient été causés au processus politique, à la population carcérale ou à la société dans son ensemble. Vu l'absence de problème spécifique, le gouvernement invoque deux objectifs généraux pour justifier cette privation du droit de vote : (1) accroître la responsabilité civique et le respect de la règle de droit; et (2) infliger une sanction supplémentaire, ou [TRADUCTION] « faire ressortir les objets généraux de la sanction pénale ». Le dossier n'indique pas clairement dans quelle mesure ces buts ont réellement motivé le législateur; les débats parlementaires proposent plus d'altercations que d'explications. Cependant, en se fondant sur « quelques éléments de réponse », le juge de première instance a conclu que ces objectifs pouvaient être invoqués pour justifier la privation (p. 878). Je me contenterai de procéder sur cette base.

Il reste à déterminer si l'objectif d'accroître le respect de la règle de droit et celui d'infliger une sanction appropriée sont valides du point de vue constitutionnel et suffisamment importants pour justifier une atteinte à des droits. Des objectifs généraux et symboliques comme ceux-là garantissent presque une réponse affirmative à cette question. Qui peut soutenir que le respect de la règle de droit n'a pas un caractère urgent? Qui peut prétendre qu'il n'est pas important d'infliger une peine appropriée? Qui peut affirmer que l'un ou l'autre de ces buts, en soi, est contraire à des principes démocratiques? Cependant, c'est précisément parce qu'ils laissent si peu place à la contestation que les objectifs généraux et symboliques rendent l'analyse de la question de la justification plus difficile. Les termes qui les traduisent comportent plusieurs sens, mais ne nous éclairent pas vraiment sur la raison qui rend la restriction du droit nécessaire et sur ce que l'on espère

2002 SCC 68 (CanLII)

articulation of the objective might inflate the importance of the objective; another might make the legislative measure appear more narrowly tailored. The Court is left to sort the matter out.

At the end of the day, people should not be left guessing about why their *Charter* rights have been infringed. Demonstrable justification requires that the objective clearly reveal the harm that the government hopes to remedy, and that this objective remain constant throughout the justification process. As this Court has stated, the objective "must be accurately and precisely defined so as to provide a clear framework for evaluating its importance, and to assess the precision with which the means have been crafted to fulfil that objective": *per* Cory J. in *U.F.C.W., Local 1518*, *supra*, at para. 59; see also *Thomson Newspapers*, *supra*, at para. 96; *RJR-MacDonald*, *supra*, at para. 144. A court faced with vague objectives may well conclude, as did Arbour J.A. (as she then was) in *Sauvé No. 1*, *supra*, at p. 487, that "the highly symbolic and abstract nature of th[e] objective . . . detracts from its importance as a justification for the violation of a constitutionally protected right". If Parliament can infringe a crucial right such as the right to vote simply by offering symbolic and abstract reasons, judicial review either becomes vacuously constrained or reduces to a contest of "our symbols are better than your symbols". Neither outcome is compatible with the vigorous justification analysis required by the *Charter.*

The rhetorical nature of the government objectives advanced in this case renders them suspect. The first objective, enhancing civic responsibility and respect for the law, could be asserted of virtually every criminal law and many non-criminal measures. Respect for law is undeniably important.

accomplir concrètement. Plus les objectifs sont généraux et abstraits, plus ils risquent de prendre des sens différents selon les contextes et, par conséquent, de subir une déformation ou de faire l'objet d'une manipulation. Telle formulation de l'objectif peut en exagérer l'importance, alors que telle autre peut donner l'impression que la mesure législative a été conçue de façon plus stricte. C'est à la Cour qu'il revient de trancher la question.

23 En définitive, les gens ne devraient pas avoir à se demander pourquoi des droits qui leur sont garantis par la *Charte* ont été violés. Pour qu'une justification puisse se démontrer, l'objectif doit révéler clairement le préjudice que le gouvernement entend réparer, et cet objectif doit demeurer le même tout au long du processus de justification. Comme la Cour l'a affirmé, l'objectif « doit être défini avec exactitude et précision, de manière à établir un cadre qui permet d'en apprécier l'importance et d'évaluer la précision avec laquelle les moyens nécessaires à sa réalisation ont été élaborés » : le juge Cory dans *T.U.A.C., section locale 1518*, précité, par. 59; voir également *Thomson Newspapers*, précité, par. 96; *RJR-MacDonald*, précité, par. 144. Le tribunal appelé à se prononcer sur des objectifs généraux peut très bien conclure, comme l'a fait le juge Arbour (maintenant juge de notre Cour) dans *Sauvé n° 1*, précité, p. 487, que [TRADUCTION] « le caractère hautement symbolique et abstrait de [l']objectif [. . .] en réduit l'importance en matière de justification de la violation d'un droit protégé par la Constitution ». Si le législateur peut porter atteinte à un droit aussi important que le droit de vote simplement en invoquant des motifs symboliques et abstraits, alors l'examen judiciaire devient ridiculement entravé ou se réduit à un concours où les concurrents prétendent que « nos symboles sont meilleurs que vos symboles ». Ni l'un ni l'autre de ces résultats n'est compatible avec l'analyse rigoureuse exigée par la *Charte* en matière de justification.

24 Le caractère rhétorique des objectifs que fait valoir le gouvernement en l'espèce les rend suspects. Le premier objectif, à savoir accroître la responsabilité civique et le respect de la règle de droit, pourrait être invoqué à l'égard de presque toutes les lois criminelles et de nombreuses mesures non

2002 SCC 68 (CanLII)

But the simple statement of this value lacks the context necessary to assist us in determining whether the infringement at issue is demonstrably justifiable in a free and democratic society. To establish justification, one needs to know what problem the government is targeting, and why it is so pressing and important that it warrants limiting a *Charter* right. Without this, it is difficult if not impossible to weigh whether the infringement of the right is justifiable or proportionate.

25 The second objective — to impose additional punishment on people serving penitentiary sentences — is less vague than the first. Still, problems with vagueness remain. The record does not disclose precisely why Parliament felt that more punishment was required for this particular class of prisoner, or what additional objectives Parliament hoped to achieve by this punishment that were not accomplished by the sentences already imposed. This makes it difficult to assess whether the objective is important enough to justify an additional rights infringement.

26 Quite simply, the government has failed to identify particular problems that require denying the right to vote, making it hard to say that the denial is directed at a pressing and substantial purpose. Nevertheless, despite the abstract nature of the government's objectives and the rather thin basis upon which they rest, prudence suggests that we proceed to the proportionality analysis, rather than dismissing the government's objectives outright. The proportionality inquiry allows us to determine whether the government's asserted objectives are in fact capable of justifying its denial of the right to vote. At that stage, as we shall see, the difficulties inherent in the government's stated objectives become manifest.

C. *Proportionality*

27 At this stage the government must show that the denial of the right to vote will promote the asserted objectives (the rational connection test); that the denial does not go further than reasonably necessary to achieve its objectives (the minimal impairment

criminelles. Il est indéniable que le respect de la règle de droit est important. Mais le simple énoncé de ce principe ne fournit pas le contexte nécessaire pour nous permettre de déterminer si la justification de l'atteinte en question peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Pour démontrer une justification, il faut savoir quel problème vise le gouvernement et en quoi ce problème est si urgent et important qu'il justifie la restriction d'un droit garanti par la *Charte*. Sinon, il est difficile, voire impossible, de décider si l'atteinte portée au droit est justifiable ou proportionnée.

Le deuxième objectif — infliger une sanction supplémentaire aux personnes purgeant une peine d'emprisonnement — est moins général que le premier. Cependant, les problèmes d'imprécision demeurent. Le dossier n'indique pas précisément pourquoi le législateur a estimé qu'il fallait infliger une sanction supplémentaire à cette catégorie de prisonniers en particulier, ni quels objectifs, autres que ceux réalisés par les peines déjà prévues, le législateur espérait ainsi atteindre. Il devient donc difficile de déterminer si l'objectif est suffisamment important pour justifier une atteinte supplémentaire.

Le gouvernement n'a pas réussi à cerner les problèmes spécifiques qui nécessitent la privation du droit de vote; il est donc difficile de dire si celle-ci vise un but urgent et réel. Toutefois, malgré la nature abstraite des objectifs gouvernementaux et le fondement fragile sur lequel ils reposent, la prudence nous conseille de procéder à l'analyse de la proportionnalité au lieu de rejeter catégoriquement ces objectifs. L'analyse de la proportionnalité nous permet de déterminer si les objectifs gouvernementaux invoqués peuvent en fait justifier la privation du droit de vote. À cette étape, comme nous le verrons, la faiblesse inhérente à ces objectifs devient manifeste.

C. *La proportionnalité*

À cette étape-ci, le gouvernement doit démontrer que la privation du droit de vote favorisera la réalisation des objectifs invoqués (critère du lien rationnel), qu'elle ne va pas au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire à la réalisation de ses objectifs

2002 SCC 68 (CanLII)

test); and that the overall benefits of the measure outweigh its negative impact (the proportionate effect test). As will be seen, the vagueness of the government's justificatory goals coupled with the centrality of the right to vote to Canadian democracy, the rule of law, and legitimate sentencing, make the government's task difficult indeed.

1. Rational Connection

Will denying the right to vote to penitentiary inmates enhance respect for the law and impose legitimate punishment? The government must show that this is likely, either by evidence or in reason and logic: *RJR-MacDonald*, *supra*, at para. 153.

The government advances three theories to demonstrate rational connection between its limitation and the objective of enhancing respect for law. First, it submits that depriving penitentiary inmates of the vote sends an "educative message" about the importance of respect for the law to inmates and to the citizenry at large. Second, it asserts that allowing penitentiary inmates to vote "demeans" the political system. Finally, it takes the position that disenfranchisement is a legitimate form of punishment, regardless of the specific nature of the offence or the circumstances of the individual offender. In my respectful view, none of these claims succeed.

The first asserted connector with enhancing respect for the law is the "educative message" or "moral statement" theory. The problem here, quite simply, is that denying penitentiary inmates the right to vote is bad pedagogy. It misrepresents the nature of our rights and obligations under the law, and it communicates a message more likely to harm than to help respect for the law.

Denying penitentiary inmates the right to vote misrepresents the nature of our rights and obligations under the law and consequently undermines them. In a democracy such as ours, the power of

(critère de l'atteinte minimale) et que l'ensemble des effets bénéfiques de la mesure l'emporte sur ses effets négatifs (critère de l'effet proportionné). Comme nous le verrons, l'imprécision des buts invoqués par le gouvernement en matière de justification, conjuguée avec le rôle crucial que joue le droit de vote au sein de la démocratie canadienne, la règle de droit et la recherche d'une peine appropriée rendent la tâche du gouvernement plutôt difficile.

1. Le lien rationnel

28 Le retrait du droit de vote aux détenus accroîtra-t-il le respect de la règle de droit et infligera-t-il une peine appropriée? Le gouvernement doit démontrer que cela est probable, en se fondant sur la preuve ou sur la raison et la logique : *RJR-MacDonald*, précité, par. 153.

29 Le gouvernement propose trois théories pour établir le lien rationnel entre la restriction imposée et l'objectif d'accroître le respect de la règle de droit. Premièrement, il soutient que priver les détenus du droit de vote envoie un « message éducatif » aux détenus et à l'ensemble des citoyens quant à l'importance du respect de la règle de droit. Deuxièmement, il prétend que permettre aux détenus de voter « diminue la valeur » du système politique. Enfin, il affirme que la privation du droit de vote est une forme légitime de sanction, peu importe la nature spécifique de l'infraction ou la situation particulière du contrevenant. À mon avis, aucune de ces théories n'est fondée.

30 Le premier élément invoqué pour établir un lien avec l'objectif d'accroître le respect de la règle de droit est le « message éducatif » ou « message moralisateur ». Le problème ici tient simplement au fait que le retrait du droit de vote aux détenus constitue de la mauvaise pédagogie. Cette mesure donne une fausse idée de la nature de nos droits et obligations selon la loi et transmet un message qui risque plus de diminuer le respect de la règle de droit que de le renforcer.

31 Priver les détenus du droit de vote donne une fausse idée de la nature de nos droits et obligations selon la loi et, par conséquent, les met en péril. Dans une démocratie comme la nôtre, le pouvoir

2002 SCC 68 (CanLII)

lawmakers flows from the voting citizens, and lawmakers act as the citizens' proxies. This delegation from voters to legislators gives the law its legitimacy or force. Correlatively, the obligation to obey the law flows from the fact that the law is made by and on behalf of the citizens. In sum, the legitimacy of the law and the obligation to obey the law flow directly from the right of every citizen to vote. As a practical matter, we require all within our country's boundaries to obey its laws, whether or not they vote. But this does not negate the vital symbolic, theoretical and practical connection between having a voice in making the law and being obliged to obey it. This connection, inherited from social contract theory and enshrined in the *Charter*, stands at the heart of our system of constitutional democracy.

32 The government gets this connection exactly backwards when it attempts to argue that depriving people of a voice in government teaches them to obey the law. The "educative message" that the government purports to send by disenfranchising inmates is both anti-democratic and internally self-contradictory. Denying a citizen the right to vote denies the basis of democratic legitimacy. It says that delegates elected by the citizens can then bar those very citizens, or a portion of them, from participating in future elections. But if we accept that governmental power in a democracy flows from the citizens, it is difficult to see how that power can legitimately be used to disenfranchise the very citizens from whom the government's power flows.

33 Reflecting this truth, the history of democracy is the history of progressive enfranchisement. The universal franchise has become, at this point in time, an essential part of democracy. From the notion that only a few meritorious people could vote (expressed in terms like class, property and gender), there gradually evolved the modern precept that all citizens are entitled to vote as members of a self-governing citizenry. Canada's steady march to universal suffrage culminated in 1982,

des législateurs émane des citoyens votants, et ces législateurs agissent à titre de mandataires des citoyens. Cette délégation de pouvoir des électeurs aux législateurs confère à la loi sa légitimité ou force. En corollaire, l'obligation de respecter la loi découle du fait que celle-ci est élaborée par les citoyens et en leur nom. En somme, la légitimité de la loi et l'obligation de la respecter découlent directement du droit de vote de chaque citoyen. Sur le plan pratique, nous demandons à tous ceux qui se trouvent à l'intérieur des frontières de notre pays de respecter ses lois, qu'ils aient le droit de voter ou non. Mais cela ne rompt pas le lien vital qui existe, d'un point de vue symbolique, théorique et pratique, entre la participation à l'élaboration de la loi et l'obligation de la respecter. Ce lien, issu de la théorie du contrat social et consacré dans la *Charte*, est au cœur de notre système de démocratie constitutionnelle.

Le gouvernement inverse complètement cette logique lorsqu'il prétend que le fait de priver les gens de leur droit de participer aux décisions du gouvernement leur apprend à respecter la loi. Le « message éducatif » que le gouvernement a la prétention d'envoyer en privant les détenus du droit de vote est à la fois antidémocratique et intrinsèquement contradictoire. Priver un citoyen du droit de vote attaque les bases de la légitimité démocratique. Cela revient à dire que les mandataires qui ont été élus par les citoyens peuvent ensuite empêcher ces citoyens, ou une partie d'entre eux, de participer aux prochaines élections. Mais si nous admettons que le pouvoir gouvernemental au sein d'une démocratie émane des citoyens, il est difficile de voir comment ce pouvoir peut légitimement être utilisé pour priver du droit de vote les citoyens de qui il émane.

Reflet de cette vérité, l'histoire de la démocratie correspond à celle de l'octroi progressif du droit de vote. Le suffrage universel constitue aujourd'hui un élément essentiel de la démocratie. À partir de la notion que seules quelques personnes méritantes (suivant des critères tels la classe sociale, la propriété et le sexe) pouvaient voter, s'est progressivement développé le principe moderne voulant que tous les citoyens aient le droit de vote en tant que membres de la cité. La marche constante du Canada

2002 SCC 68 (CanLII)

with our adoption of a constitutional guarantee of the right of all citizens to vote in s. 3 of the *Charter*. As Arbour J.A. observed in *Sauvé No. 1*, *supra*, at p. 487:

> . . . the slow movement toward universal suffrage in Western democracies took an irreversible step forward in Canada in 1982 by the enactment of s. 3 of the *Charter*. I doubt that anyone could now be deprived of the vote on the basis, not merely symbolic but actually demonstrated, that he or she was not decent or responsible. By the time the *Charter* was enacted, exclusions from the franchise were so few in this country that it is fair to assume that we had abandoned the notion that the electorate should be restricted to a "decent and responsible citizenry," previously defined by attributes such as ownership of land or gender, in favour of a pluralistic electorate which could well include domestic enemies of the state.

Under s. 3 of the *Charter*, the final vestiges of the old policy of selective voting have fallen, including the exclusion of persons with a "mental disease" and federally appointed judges: see *Canadian Disability Rights Council v. Canada*, [1988] 3 F.C. 622 (T.D.); and *Muldoon v. Canada*, [1988] 3 F.C. 628 (T.D.). The disenfranchisement of inmates takes us backwards in time and retrenches our democratic entitlements.

The right of all citizens to vote, regardless of virtue or mental ability or other distinguishing features, underpins the legitimacy of Canadian democracy and Parliament's claim to power. A government that restricts the franchise to a select portion of citizens is a government that weakens its ability to function as the legitimate representative of the excluded citizens, jeopardizes its claim to representative democracy, and erodes the basis of its right to convict and punish law-breakers.

More broadly, denying citizens the right to vote runs counter to our constitutional commitment to the inherent worth and dignity of every individual. As the South African Constitutional Court said in *August v. Electoral Commission*, 1999 (3) SALR 1, at para. 17, "[t]he vote of each and every citizen is

vers le suffrage universel a culminé en 1982 avec la constitutionnalisation à l'art. 3 de la *Charte* du droit de vote de chaque citoyen. Comme le juge Arbour l'a fait remarquer dans *Sauvé n° 1*, précité, p. 487 :

> [TRADUCTION] . . . la lente progression des démocraties occidentales vers le suffrage universel a franchi un point de non-retour au Canada en 1982 avec l'entrée en vigueur de l'art. 3 de la *Charte*. Je doute que qui que ce soit puisse maintenant être privé du droit de vote pour le motif, non simplement symbolique, mais dont la preuve a été réellement faite, que cette personne n'est pas honnête ou responsable. Au moment de l'entrée en vigueur de la *Charte*, les exclusions applicables au droit de vote étaient si peu nombreuses dans notre pays qu'on peut supposer à juste titre que nous avions abandonné l'idée que l'électorat doit se limiter aux « citoyens honnêtes et responsables », définis auparavant par des caractéristiques comme le fait d'être propriétaire de biens-fonds ou le sexe, en faveur d'un électorat pluraliste, qui peut très bien inclure des Canadiens qui sont des ennemis de l'État.

L'article 3 de la *Charte* a fait disparaître les derniers vestiges de l'octroi sélectif du droit de vote, dont l'exclusion des personnes atteintes de « maladie mentale » et des juges nommés par le gouvernement fédéral : voir *Conseil canadien des droits des personnes handicapées c. Canada*, [1988] 3 C.F. 622 (1re inst.), et *Muldoon c. Canada*, [1988] 3 C.F. 628 (1re inst.). Retirer aux détenus le droit de vote nous fait régresser et a pour effet de restreindre nos droits démocratiques.

34 Le droit de vote de tout citoyen, indépendamment de la vertu, de la capacité mentale ou de toute autre caractéristique distinctive, sert d'assise à la légitimité de la démocratie canadienne et aux pouvoirs dont se réclame le législateur. Un gouvernement qui n'accorde le droit de vote qu'à un groupe de citoyens choisis est un gouvernement qui diminue sa capacité d'agir à titre de représentant légitime des citoyens exclus de ce groupe, contredit sa prétention à une démocratie représentative et érode son pouvoir de condamner et de punir les contrevenants.

35 De façon plus générale, priver certains citoyens du droit de vote va à l'encontre de notre engagement constitutionnel envers la valeur et la dignité intrinsèques de chaque personne. Comme la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud l'a affirmé dans *August c. Electoral Commission*, 1999 (3) SALR

2002 SCC 68 (CanLII)

a badge of dignity and of personhood. Quite literally, it says that everybody counts." The fact that the disenfranchisement law at issue applies to a discrete group of persons should make us more, not less, wary of its potential to violate the principles of equal rights and equal membership embodied in and protected by the *Charter*.

36 In recognition of the seminal importance of the right to vote in the constellation of rights, the framers of the *Charter* accorded it special protections. Unlike other rights, the right of every citizen to vote cannot be suspended under the "notwithstanding clause". As Arbour J.A. said in *Sauvé No. 1*, *supra*, at p. 486:

> It is indeed significant that s. 3 of the *Charter* is immune from the notwithstanding clause contained in s. 33, which permits Parliament and the legislatures to enact legislation which would otherwise violate the *Charter.* It confirms that the right to vote must be protected against those who have the capacity, and often the interest, to limit the franchise. Unpopular minorities may seek redress against an infringement of their rights in the courts. But like everybody else, they can only seek redress against a dismissal of their political point of view at the polls.

37 The government's vague appeal to "civic responsibility" is unhelpful, as is the attempt to lump inmate disenfranchisement together with legitimate voting regulations in support of the government's position. The analogy between youth voting restrictions and inmate disenfranchisement breaks down because the type of judgment Parliament is making in the two scenarios is very different. In the first case, Parliament is making a decision based on the experiential situation of all citizens when they are young. It is not saying that the excluded class is unworthy to vote, but regulating a modality of the universal franchise. In the second case, the government is making a decision that some people, whatever their abilities, are not morally worthy to vote — that they do not "deserve" to be considered members of the community and hence may be deprived of the most basic

1, par. 17, [TRADUCTION] « [l]e vote de chaque citoyen est un symbole de dignité et d'identité individuelle. Littéralement, il signifie que tout le monde est important. » Le fait que la disposition sur la privation du droit de vote s'applique à un groupe particulier de personnes devrait nous porter à nous inquiéter plutôt davantage que moins de la possibilité qu'elle viole les principes d'égalité des droits et d'appartenance consacrés dans la *Charte* et protégés par celle-ci.

En reconnaissance de l'importance fondamentale que revêt le droit de vote dans l'ensemble des droits, les rédacteurs de la *Charte* lui ont accordé des protections spéciales. Contrairement aux autres droits, le droit de tout citoyen de voter ne peut être suspendu par application de la « clause de dérogation ». Comme le juge Arbour l'a dit dans *Sauvé n° 1*, précité, p. 486 :

> [TRADUCTION] Il est en effet révélateur que l'art. 3 de la *Charte* échappe à l'application de l'art. 33, la clause de dérogation, qui permet au Parlement ou à la législature d'une province d'adopter une loi non conforme à la *Charte*. Ainsi, le droit de vote doit être protégé contre ceux qui ont le pouvoir de limiter son exercice et qui, souvent, ont intérêt à le faire. Les minorités impopulaires peuvent s'adresser aux tribunaux pour obtenir réparation lorsqu'il est porté atteinte à leurs droits. Cependant, à l'instar de n'importe quel citoyen, leurs membres peuvent seulement obtenir réparation lorsqu'on leur refuse le droit d'exprimer leur point de vue politique à un scrutin.

L'appel général du gouvernement à la « responsabilité civique » n'a aucune utilité, tout comme sa tentative d'associer, à l'appui de sa position, la suppression du droit de vote des détenus avec la réglementation légitime en matière de vote. L'analogie qu'il établit entre les restrictions apportées au droit de vote des jeunes et la suppression du droit de vote des détenus ne tient pas parce que la décision que le législateur prend dans les deux cas est très différente. Dans le premier cas, le législateur prend une décision fondée sur la situation expérientielle dans laquelle se trouvent tous les citoyens lorsqu'ils sont jeunes. Cette décision ne signifie pas que la catégorie exclue n'est pas digne de voter, mais établit une modalité d'application du suffrage universel. Dans le second cas, le gouvernement décide que certaines personnes, peu importe leurs capacités, ne sont pas

2002 SCC 68 (CanLII)

of their constitutional rights. But this is not the lawmakers' decision to make. The *Charter* makes this decision for us by guaranteeing the right of "every citizen" to vote and by expressly placing prisoners under the protective umbrella of the *Charter* through constitutional limits on punishment. The *Charter* emphatically says that prisoners are protected citizens, and short of a constitutional amendment, lawmakers cannot change this.

The theoretical and constitutional links between the right to vote and respect for the rule of law are reflected in the practical realities of the prison population and the need to bolster, rather than to undermine, the feeling of connection between prisoners and society as a whole. The government argues that disenfranchisement will "educate" and rehabilitate inmates. However, disenfranchisement is more likely to become a self-fulfilling prophecy than a spur to reintegration. Depriving at-risk individuals of their sense of collective identity and membership in the community is unlikely to instill a sense of responsibility and community identity, while the right to participate in voting helps teach democratic values and social responsibility (testimony of Professor Jackson, appellants' record at pp. 2001-2). As J. S. Mill wrote:

> To take an active interest in politics is, in modern times, the first thing which elevates the mind to large interests and contemplations; the first step out of the narrow bounds of individual and family selfishness, the first opening in the contracted round of daily occupations. . . . The possession and the exercise of political, and among others of electoral, rights, is one of the chief instruments both of moral and of intellectual training for the popular mind . . . .
>
> (J. S. Mill, "Thoughts on Parliamentary Reform" (1859), in J. M. Robson, ed., *Essays on Politics and Society*, vol. XIX, 1977, 311, at pp. 322-23)

moralement dignes de voter — qu'elles ne « méritent » pas d'être considérées comme des membres de la communauté et que, par conséquent, elles peuvent être privées de leur droit constitutionnel le plus fondamental. Mais il n'appartient pas au législateur de prendre cette décision. La *Charte* prend cette décision pour nous en garantissant le droit de vote de « tout citoyen » et en plaçant expressément les prisonniers sous la protection de la *Charte* au moyen de restrictions constitutionnelles en matière de peine. La *Charte* affirme catégoriquement que les prisonniers sont des citoyens protégés, et en l'absence d'une modification constitutionnelle, le législateur n'y peut rien changer.

Les liens théorique et constitutionnel entre le droit de vote et le respect de la règle de droit se reflètent dans la réalité quotidienne de la population carcérale et dans la nécessité d'encourager plutôt que de réprimer le sentiment d'appartenance des prisonniers à la société dans son ensemble. Le gouvernement prétend que la privation du droit de vote permet d'« éduquer » et de réadapter les détenus. Pourtant, cette privation risque davantage de créer un effet Pygmalion que de favoriser la réinsertion sociale des détenus. Priver les personnes à risque de leur identité collective et de leur sentiment d'appartenance à la communauté est peu susceptible de leur insuffler le sens des responsabilités et de l'identité collective, tandis que le droit de participer au vote permet d'inculquer des valeurs démocratiques et le sens des responsabilités sociales (témoignage du professeur Jackson, dossier des appelants, p. 2001-2002). Comme J. S. Mill l'écrit :

> [TRADUCTION] S'intéresser à la politique de façon concrète constitue, de nos jours, la meilleure façon d'élever l'esprit vers de larges intérêts et horizons; le premier pas en dehors du cadre étroit de l'intérêt personnel de l'individu et de la famille, la première étape dans l'accomplissement des obligations sociales quotidiennes. [. . .] La possession et l'exercice de droits politiques, notamment du droit de vote, figurent parmi les principaux outils de formation, tant morale qu'intellectuelle, de l'esprit populaire . . .
>
> (J. S. Mill, « Thoughts on Parliamentary Reform » (1859), dans J. M. Robson, dir., *Essays on Politics and Society*, vol. XIX, 1977, 311, p. 322-323)

2002 SCC 68 (CanLII)

To deny prisoners the right to vote is to lose an important means of teaching them democratic values and social responsibility.

39 Even if these difficulties could be overcome, it is not apparent that denying penitentiary inmates the right to vote actually sends the intended message to prisoners, or to the rest of society. People may be sentenced to imprisonment for two years or more for a wide variety of crimes, ranging from motor vehicle and regulatory offences to the most serious cases of murder. The variety of offences and offenders covered by the prohibition suggests that the educative message is, at best, a mixed and diffuse one.

40 It is a message sullied, moreover, by negative and unacceptable messages likely to undermine civic responsibility and respect for the rule of law. Denying citizen law-breakers the right to vote sends the message that those who commit serious breaches are no longer valued as members of the community, but instead are temporary outcasts from our system of rights and democracy. More profoundly, it sends the unacceptable message that democratic values are less important than punitive measures ostensibly designed to promote order. If modern democratic history has one lesson to teach it is this: enforced conformity to the law should not come at the cost of our core democratic values.

41 I conclude that denying penitentiary inmates the right to vote is more likely to send messages that undermine respect for the law and democracy than messages that enhance those values. The government's novel political theory that would permit elected representatives to disenfranchise a segment of the population finds no place in a democracy built upon principles of inclusiveness, equality, and citizen participation. That not all self-proclaimed democracies adhere to this conclusion says little about what the Canadian vision of democracy embodied in the *Charter* permits. Punitive disenfranchisement of inmates does not send the

Priver les prisonniers du droit de vote équivaut à abandonner un important moyen de leur inculquer des valeurs démocratiques et le sens des responsabilités sociales.

À supposer que ces difficultés puissent être surmontées, il n'est pas évident que le retrait du droit de vote aux détenus transmet bien le message que l'on veut transmettre aux prisonniers, ou au reste de la société. On peut être condamné à une peine d'emprisonnement de deux ans ou plus pour toutes sortes de crimes, allant des infractions aux règles de conduite automobile aux cas les plus graves de meurtre. La diversité des infractions et des contrevenants visés par l'interdiction semble indiquer que le message éducatif est, au mieux, confus et ambigu.

En outre, il s'agit d'un message dénaturé par des messages négatifs et inacceptables qui risquent de compromettre la responsabilité civique et le respect de la règle de droit. Le retrait du droit de vote aux citoyens contrevenants transmet le message que ceux qui commettent des infractions graves ne sont plus considérés comme des membres de la communauté, mais qu'ils sont plutôt temporairement bannis de notre système de droits et de démocratie. De façon plus profonde, il transmet le message inacceptable que les valeurs démocratiques sont moins importantes que les mesures punitives apparemment conçues pour faire régner l'ordre. S'il y a une leçon à tirer de l'histoire de la démocratie moderne, c'est la suivante : ce n'est pas aux dépens de nos valeurs démocratiques fondamentales qu'il convient de faire respecter la loi.

J'estime que priver les détenus du droit de vote risque plus de transmettre des messages qui compromettent le respect de la règle de droit et de la démocratie que des messages qui prônent ces valeurs. La nouvelle théorie politique du gouvernement qui permettrait aux représentants élus de priver du droit de vote une partie de la population n'a pas sa place dans une démocratie fondée sur des principes d'inclusion, d'égalité et de participation du citoyen. Que les démocraties autoproclamées n'adhèrent pas toutes à cette conclusion renseigne peu sur ce que permet la vision canadienne de la démocratie consacrée dans la *Charte*. Le retrait du droit de vote

2002 SCC 68 (CanLII)

"educative message" that the government claims; to the contrary, it undermines this message and is incompatible with the basic tenets of participatory democracy contained in and guaranteed by the *Charter*.

en guise de punition ne transmet pas le « message éducatif » que le gouvernement a la prétention de transmettre; au contraire, il en réduit l'efficacité et est incompatible avec les préceptes fondamentaux de démocratie participative contenus dans la *Charte* et garantis par celle-ci.

The government also argues that denying penitentiary inmates the vote will enhance respect for law because allowing people who flaunt the law to vote demeans the political system. The same untenable premises we have been discussing resurface here — that voting is a privilege the government can suspend and that the commission of a serious crime signals that the offender has chosen to "opt out" of community membership. But beyond this, the argument that only those who respect the law should participate in the political process is a variant on the age-old unworthiness rationale for denying the vote.

42 Le gouvernement prétend également que priver les détenus du droit de vote accroît le respect de la règle de droit parce que le fait de permettre aux gens qui défient la loi de voter diminue la valeur du système politique. Les mêmes prémisses indéfendables que nous avons examinées refont surface ici — c'est-à-dire que le droit de vote est un privilège que le gouvernement peut suspendre et que la commission d'un crime sérieux indique que le contrevenant a choisi de « se retirer » de la communauté. Mais au-delà, l'argument portant que seuls ceux qui respectent la loi devraient participer au processus politique n'est qu'une variante de l'ancienne théorie fondée sur l'absence de valeur qui servait autrefois de justification au retrait du droit de vote.

The idea that certain classes of people are not morally fit or morally worthy to vote and to participate in the law-making process is ancient and obsolete. Edward III pronounced that citizens who committed serious crimes suffered "civil death", by which a convicted felon was deemed to forfeit all civil rights. Until recently, large classes of people, prisoners among them, were excluded from the franchise. The assumption that they were not fit or "worthy" of voting — whether by reason of class, race, gender or conduct — played a large role in this exclusion. We should reject the retrograde notion that "worthiness" qualifications for voters may be logically viewed as enhancing the political process and respect for the rule of law. As Arbour J.A. stated in *Sauvé No. 1*, *supra*, at p. 487, since the adoption of s. 3 of the *Charter*, it is doubtful "that anyone could now be deprived of the vote on the basis . . . that he or she was not decent or responsible".

43 L'idée que certaines personnes ne sont pas moralement aptes à voter et à participer au processus d'élaboration des lois ou moralement dignes de le faire est ancienne et désuète. Édouard III a déclaré les citoyens qui commettaient des crimes graves passibles de « mort civile », c'est-à-dire qu'une personne reconnue coupable d'un acte criminel était réputée perdre tous ses droits civils. Jusqu'à récemment, des catégories entières de personnes, dont les prisonniers, étaient privées du droit de vote. La présomption qu'elles n'étaient pas aptes à voter ou « dignes » de le faire — que ce soit en raison de leur classe sociale, de leur race, de leur sexe ou de leur comportement — a joué un rôle important dans cette exclusion. Nous devrions rejeter l'idée rétrograde qu'exiger que les électeurs aient une certaine « valeur » peut logiquement être considéré comme rehaussant le processus politique et le respect de la règle de droit. Comme l'a déclaré le juge Arbour dans *Sauvé n° 1*, précité, p. 487, depuis l'adoption de l'art. 3 de la *Charte*, il est peu probable que [TRADUCTION] « qui que ce soit puisse maintenant être privé du droit de vote pour le motif [. . .] que cette personne n'est pas honnête ou responsable ».

2002 SCC 68 (CanLII)

44 Denial of the right to vote on the basis of attributed moral unworthiness is inconsistent with the respect for the dignity of every person that lies at the heart of Canadian democracy and the *Charter*: compare *August*, *supra*. It also runs counter to the plain words of s. 3, its exclusion from the s. 33 override, and the idea that laws command obedience because they are made by those whose conduct they govern. For all these reasons, it must, at this stage of our history, be rejected.

45 This brings us to the government's final argument for rational connection — that disenfranchisement is a legitimate weapon in the state's punitive arsenal against the individual lawbreaker. Again, the argument cannot succeed. The first reason is that using the denial of rights as punishment is suspect. The second reason is that denying the right to vote does not comply with the requirements for legitimate punishment established by our jurisprudence.

46 The argument, stripped of rhetoric, proposes that it is open to Parliament to add a new tool to its arsenal of punitive implements — denial of constitutional rights. I find this notion problematic. I do not doubt that Parliament may limit constitutional rights in the name of punishment, provided that it can justify the limitation. But it is another thing to say that a particular class of people for a particular period of time will completely lose a particular constitutional right. This is tantamount to saying that the affected class is outside the full protection of the *Charter*. It is doubtful that such an unmodulated deprivation, particularly of a right as basic as the right to vote, is capable of justification under s. 1. Could Parliament justifiably pass a law removing the right of all penitentiary prisoners to be protected from cruel and unusual punishment? I think not. What of freedom of expression or religion? Why, one asks, is the right to vote different? The government offers no credible theory about why it should be allowed to deny this fundamental democratic right as a form of state punishment.

Le retrait du droit de vote fondé sur une supposée absence de valeur morale est incompatible avec le respect de la dignité humaine qui se trouve au cœur de la démocratie canadienne et de la *Charte* : comparer avec *August*, précité. Il va également à l'encontre du libellé même de l'art. 3, du fait qu'il ne peut faire l'objet d'une dérogation par application de l'art. 33, et de l'idée que les lois commandent l'obéissance parce qu'elles émanent de ceux dont elles régissent le comportement. Pour toutes ces raisons, il doit être rejeté à cette étape de notre histoire.

Cela nous amène au dernier argument qu'invoque le gouvernement pour établir un lien rationnel — à savoir que la privation du droit de vote est une arme légitime dans l'arsenal punitif que l'État peut déployer contre le contrevenant. Cet argument ne peut non plus être retenu. D'abord, parce que le fait de recourir à la privation de droits à des fins punitives est suspect. Ensuite, parce que le retrait du droit de vote n'est pas conforme aux exigences établies par notre jurisprudence en matière de peine appropriée.

Cet argument, dépouillé de sa rhétorique, suggère l'idée qu'il est loisible au législateur d'ajouter une nouvelle arme — la privation de droits constitutionnels — à son arsenal d'outils destinés à punir. Cette idée m'apparaît problématique. C'est une chose de dire que le législateur peut restreindre des droits constitutionnels pour des raisons punitives s'il est en mesure de justifier cette restriction, mais c'en est une autre de dire qu'une catégorie de personnes peut perdre complètement un droit constitutionnel pour une certaine période. Cela revient à dire que la catégorie visée ne bénéficie pas de la protection complète de la *Charte*. Il est peu probable que la justification d'une telle dépossession non modulée, surtout celle d'un droit aussi fondamental que le droit de vote, puisse se démontrer au regard de l'article premier. Le législateur serait-il justifié d'édicter une loi privant tous les prisonniers du droit à la protection contre toute peine cruelle et inusitée? Je ne pense pas. Qu'en est-il de la liberté d'expression ou de religion? En quoi le droit de vote est-il différent? Le gouvernement ne présente aucune théorie convaincante pour expliquer pourquoi on devrait lui permettre de retirer ce droit démocratique fondamental à titre de peine infligée par l'État.

2002 SCC 68 (CanLII)

The social compact requires the citizen to obey the laws created by the democratic process. But it does not follow that failure to do so nullifies the citizen's continued membership in the self-governing polity. Indeed, the remedy of imprisonment for a term rather than permanent exile implies our acceptance of continued membership in the social order. Certain rights are justifiably limited for penal reasons, including aspects of the rights to liberty, security of the person, mobility, and security against search and seizure. But whether a right is justifiably limited cannot be determined by observing that an offender has, by his or her actions, withdrawn from the social compact. Indeed, the right of the state to punish and the obligation of the criminal to accept punishment are tied to society's acceptance of the criminal as a person with rights and responsibilities. Other *Charter* provisions make this clear. Thus s. 11 protects convicted offenders from unfair trials, and s. 12 from "cruel and unusual treatment or punishment".

47 Le contrat social engage le citoyen à respecter les lois issues du processus démocratique. Mais il ne s'ensuit pas qu'un défaut à cet égard annule l'appartenance permanente du citoyen à la cité. D'ailleurs, le recours à l'emprisonnement pour une période déterminée plutôt qu'à l'exil définitif est le signe de notre acceptation de l'appartenance permanente à l'ordre social. Il peut être justifié de restreindre certains droits, tels certains aspects des droits à la liberté et à la sécurité de sa personne, à la liberté de circulation et d'établissement, et à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies, pour des raisons pénales. Mais la question de savoir si la justification de la restriction d'un droit peut se démontrer ne peut être tranchée par la simple constatation qu'un contrevenant a, par ses propres actions, rompu le contrat social. En fait, le pouvoir de l'État d'infliger une peine et l'obligation du criminel d'accepter cette peine sont liés à la reconnaissance du criminel comme une personne ayant des droits et des responsabilités. D'autres dispositions de la *Charte* font clairement ressortir ce point. Ainsi, l'art. 11 protège tout inculpé contre des procès inéquitables et l'art. 12, contre « tous traitements ou peines cruels et inusités ».

The second flaw in the argument that s. 51(*e*) furthers legitimate punishment is that it does not meet the dual requirements that punishment must not be arbitrary and must serve a valid criminal law purpose. Absence of arbitrariness requires that punishment be tailored to the acts and circumstances of the individual offender: *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1073. In the immortal words of Gilbert and Sullivan, the punishment should fit the crime. Section 51(*e*) *qua* punishment bears little relation to the offender's particular crime. It makes no attempt to differentiate among inmates serving sentences of two years and those serving sentences of twenty. It is true that those serving shorter sentences will be deprived of the right to vote for a shorter time. Yet the correlation of the denial with the crime remains weak. It is not only the violent felon who is told he is an unworthy outcast; a person imprisoned for a non-violent or negligent act, or an Aboriginal person suffering from social displacement receives the same message. They are not targeted, but they are caught all the same. For them the message is doubly

48 Le second vice qui entache l'argument voulant que l'al. 51*e*) favorise l'infliction d'une peine appropriée tient à ce qu'il ne satisfait pas à la double exigence que la peine ne doit pas être arbitraire et qu'elle doit viser un objectif valide en droit criminel. Pour ne pas être arbitraire, la peine doit être ajustée aux actions et à la situation particulière du contrevenant : *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1073. Selon les paroles immortelles de Gilbert et Sullivan, la peine doit être adaptée au crime. Or, l'alinéa 51*e*) en tant que peine a peu à voir avec le crime particulier commis par le contrevenant. Il ne cherche pas à établir une distinction entre les détenus purgeant une peine de deux ans et ceux qui purgent des peines de vingt ans. Il est vrai que ceux qui purgent des peines plus courtes sont privés du droit de vote moins longtemps. Cependant, la corrélation entre la privation et le crime demeure quand même faible. Le criminel violent n'est pas le seul à qui on laisse entendre qu'il est un paria sans valeur; la personne emprisonnée pour un acte commis sans violence ou pour négligence ou l'Autochtone ayant

2002 SCC 68 (CanLII)

invidious — not that they are cast out for their apparently voluntary rejection of society's norms, but that they are cast out arbitrarily, in ways that bear no necessary relation to their actual situation or attitude towards state authority.

49 Punishment must also fulfill a legitimate penal purpose: see *Smith*, *supra*, at p. 1068. These include deterrence, rehabilitation, retribution, and denunciation: *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 82. Neither the record nor common sense supports the claim that disenfranchisement deters crime or rehabilitates criminals. On the contrary, as Mill recognized long ago, participation in the political process offers a valuable means of teaching democratic values and civic responsibility.

50 This leaves retribution and denunciation. Parliament may denounce unlawful conduct. But it must do so in a way that closely reflects the moral culpability of the offender and his or her circumstances. As Lamer C.J. indicated in *M. (C.A.)*, *supra*, at para. 80:

> Retribution in a criminal context, by contrast [to vengeance], represents an objective, reasoned and measured determination of an appropriate punishment which properly reflects the moral culpability of the offender, having regard to the intentional risk-taking of the offender, the consequential harm caused by the offender, and the normative character of the offender's conduct. [Emphasis in original.]

Denunciation as a symbolic expression of community values must be individually tailored in order to fulfill the legitimate penal purpose of condemning a particular offender's conduct (see *M. (C.A.)*, *supra*, at para. 81) and to send an appropriate "educative message" about the importance of law-abiding behavior.

51 Section 51(*e*) imposes blanket punishment on all penitentiary inmates regardless of the particular crimes they committed, the harm they caused, or the

subi un déplacement social reçoivent le même message. Ils ne sont pas visés, mais ils se trouvent dans la même barque. Pour eux, le message est doublement odieux — non pas qu'ils soient exclus en raison de leur refus en apparence volontaire de se plier aux normes de la société, mais qu'ils le soient de façon arbitraire, d'une manière qui ne correspond pas nécessairement à leur véritable situation ou à leur attitude à l'égard de l'autorité de l'État.

La peine doit également viser un objectif pénal légitime : voir *Smith*, précité, p. 1068. Ces objectifs comprennent la dissuasion, la réadaptation, le châtiment et la réprobation : *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 82. Ni le dossier ni le bon sens n'appuient la prétention que la privation du droit de vote a pour effet de dissuader les criminels ou de les réadapter. Au contraire, comme Mill l'a reconnu il y a longtemps, la participation au processus politique fournit un moyen précieux d'inculquer des valeurs démocratiques et la responsabilité civique.

Il reste donc le châtiment et la réprobation. Le législateur peut réprouver le comportement illégal, mais il doit le faire de façon à refléter fidèlement la culpabilité morale du contrevenant et sa situation particulière. Comme le juge en chef Lamer l'a indiqué dans *M. (C.A.)*, précité, par. 80 :

> En contexte criminel, par contraste [avec la vengeance], le châtiment se traduit par la détermination objective, raisonnée et mesurée d'une peine appropriée, reflétant adéquatement la culpabilité morale du délinquant, compte tenu des risques pris intentionnellement par le contrevenant, du préjudice qu'il a causé en conséquence et du caractère normatif de sa conduite. [Souligné dans l'original.]

La réprobation en tant qu'expression symbolique des valeurs de la communauté doit être adaptée à chaque cas particulier afin d'atteindre l'objectif pénal légitime de condamner le comportement particulier d'un contrevenant (voir *M. (C.A.)*, précité, par. 81) et de transmettre un « message éducatif » clair quant à l'importance d'un comportement respectueux de la loi.

La sanction prévue par l'al. 51*e*) s'applique indistinctement à tous les détenus, indépendamment du crime commis, du préjudice causé ou du

2002 SCC 68 (CanLII)

normative character of their conduct. It is not individually tailored to the particular offender's act. It does not, in short, meet the requirements of denunciatory, retributive punishment. It follows that it is not rationally connected to the goal of imposing legitimate punishment.

When the facade of rhetoric is stripped away, little is left of the government's claim about punishment other than that criminals are people who have broken society's norms and may therefore be denounced and punished as the government sees fit, even to the point of removing fundamental constitutional rights. Yet, the right to punish and to denounce, however important, is constitutionally constrained. It cannot be used to write entire rights out of the Constitution, it cannot be arbitrary, and it must serve the constitutionally recognized goals of sentencing. On all counts, the case that s. 51(*e*) furthers lawful punishment objectives fails.

I conclude that the government has failed to establish a rational connection between s. 51(*e*)'s denial of the right to vote and the objectives of enhancing respect for the law and ensuring appropriate punishment.

2. Minimal Impairment

If the denial of a right is not rationally connected to the government's objectives, it makes little sense to go on to ask whether the law goes further than is necessary to achieve the objective. I simply observe that if it were established that denying the right to vote sends an educative message that society will not tolerate serious crime, the class denied the vote — all those serving sentences of two years or more — is too broad, catching many whose crimes are relatively minor and who cannot be said to have broken their ties to society. Similarly, if it were established that this denial somehow furthers legitimate sentencing goals, it is plain that the marker of a sentence of two years or more catches many people who, on the government's own theory, should not be caught.

caractère normatif de leur comportement. Elle n'est pas adaptée à l'acte particulier posé par le contrevenant. Bref, cet alinéa ne satisfait pas aux exigences d'une sanction ayant un effet réprobateur et infligeant un châtiment. Il n'a donc pas de lien rationnel avec l'objectif d'infliger une peine légitime.

52 Dépouillée de son apparente rhétorique, la prétention du gouvernement au chapitre de la peine se réduit à peu près à affirmer que les criminels sont des gens qui se sont écartés des normes établies par la société, qu'il peut donc les réprouver et les condamner comme il le juge bon, et même leur retirer des droits constitutionnels fondamentaux. Or, le droit d'infliger une peine et de réprouver, même s'il est important, est restreint par la Constitution. Il ne peut servir à rayer complètement des droits de la Constitution, il ne peut être exercé de façon arbitraire et il doit viser les objectifs constitutionnellement reconnus en matière de détermination de la peine. L'argument portant que l'al. 51*e*) favorise la réalisation d'objectifs licites en matière de peine échoue sur toute la ligne.

53 Je conclus que le gouvernement n'a pas réussi à établir un lien rationnel entre la privation du droit de vote prévue à l'al. 51*e*) et les objectifs d'accroître le respect de la règle de droit et d'assurer l'infliction d'une peine appropriée.

2. L'atteinte minimale

54 En l'absence d'un lien rationnel entre la privation d'un droit et les objectifs du gouvernement, il n'est guère logique de se demander ensuite si la loi va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif. Je soulignerai simplement que même s'il était établi que la privation du droit de vote transmet le message éducatif que la société ne tolérera pas le crime grave, la catégorie privée du droit de vote — c'est-à-dire tous ceux qui purgent des peines de deux ans ou plus — est trop large, englobant nombre de personnes dont les crimes sont relativement mineurs et dont on ne peut dire qu'elles ont rompu leurs liens avec la société. De façon similaire, même s'il était établi que cette privation favorise d'une façon ou d'une autre la réalisation d'objectifs légitimes en matière de peine, il est clair que le seuil de deux ans ou plus touche de nombreuses personnes qui, de l'avis même du gouvernement, ne devraient pas être visées.

2002 SCC 68 (CanLII)

55 The question at this stage of the analysis is not how many citizens are affected, but whether the right is minimally impaired. Even one person whose *Charter* rights are unjustifiably limited is entitled to seek redress under the *Charter*. It follows that this legislation cannot be saved by the mere fact that it is less restrictive than a blanket exclusion of all inmates from the franchise. First, it is difficult to substantiate the proposition that a two-year term is a reasonable means of identifying those who have committed "serious", as opposed to "minor", offences. If serious and minor offences are defined by the duration of incarceration, then this is a tautology. If the two-year period is meant to serve as a proxy for something else, then the government must give content to the notion of "serious" vs. "minor" offences, and it must demonstrate the correlation between this distinction and the entitlement to vote. It is no answer to the overbreadth critique to say that the measure is saved because a limited class of people is affected: the question is why individuals in this class are singled out to have their rights restricted, and how their rights are limited. The perceived "seriousness" of the crime is only one of many factors in determining the length of a convicted offender's sentence and the time served. The only real answer the government provides to the question "why two years?" is because it affects a smaller class than would a blanket disenfranchisement.

La question à cette étape-ci de l'analyse n'est pas de savoir combien de citoyens sont touchés, mais consiste à se demander si l'atteinte portée au droit est minimale. L'atteinte portée sans justification aux droits garantis ne fût-ce que d'une seule personne fonde celle-ci à demander réparation en vertu de la *Charte*. Il s'ensuit que cette législation ne peut être justifiée du seul fait qu'elle est moins restrictive qu'une exclusion générale de tous les détenus du droit de vote. D'abord, il est difficile d'étayer la proposition qu'un terme de deux ans est un moyen raisonnable de distinguer les contrevenants qui ont commis des infractions « graves » de ceux qui ont commis des infractions « mineures ». Si les infractions graves et les infractions mineures sont définies par la durée de l'incarcération, alors il s'agit d'une tautologie. Si le terme de deux ans sert à indiquer quelque chose d'autre, alors le gouvernement doit étoffer la distinction entre infractions « graves » et infractions « mineures », et il doit établir la corrélation entre cette distinction et le droit de voter. À la critique que la mesure a une portée excessive, il ne suffit pas de dire que la mesure est justifiée parce qu'elle vise seulement une catégorie restreinte de personnes. Il faut se demander pourquoi les droits de cette catégorie de personnes en particulier sont restreints et comment ils le sont. La « gravité » perçue de l'acte criminel est seulement un des nombreux facteurs permettant de déterminer la durée de la peine infligée à une personne reconnue coupable de l'infraction et le temps purgé. La seule réponse réelle du gouvernement à la question « pourquoi deux ans? » est que c'est la limite qui touche moins de gens qu'une privation générale.

56 Nor is it any answer to say that the infringement will end when the imprisonment ends. The denial of the right to vote during the period of imprisonment affects penitentiary inmates consistently, to an absolute degree, and in arbitrary ways that bear no necessary relation to their actual situation or attitude towards state authority. Section 51(*e*) thus denies a prisoner's rights in precisely the same fashion as its unconstitutional predecessor.

Il ne suffit pas non plus de dire que l'atteinte prendra fin lorsque l'emprisonnement cessera. La privation du droit de vote pour la durée de l'emprisonnement touche les détenus de manière constante, à un degré absolu et d'une façon qui ne tient pas vraiment compte de leur véritable situation ou de leur attitude à l'égard de l'autorité de l'État. Le paragraphe 51(*e*) porte donc atteinte aux droits des prisonniers de la même façon que sa version antérieure qui a été déclarée inconstitutionnelle.

2002 SCC 68 (CanLII)

3. Proportionate Effect

If a connection could be shown between the denial of the right to vote and the government's objectives, the negative effects of denying citizens the right to vote would greatly outweigh the tenuous benefits that might ensue.

Denial of the right to vote to penitentiary inmates undermines the legitimacy of government, the effectiveness of government, and the rule of law. It curtails the personal rights of the citizen to political expression and participation in the political life of his or her country. It countermands the message that everyone is equally worthy and entitled to respect under the law — that everybody counts: see *August*, *supra*. It is more likely to erode respect for the rule of law than to enhance it, and more likely to undermine sentencing goals of deterrence and rehabilitation than to further them.

The government's plea of no demonstrated harm to penitentiary inmates rings hollow when what is at stake is the denial of the fundamental right of every citizen to vote. When basic political rights are denied, proof of additional harm is not required. But were proof needed, it is available. Denying prisoners the right to vote imposes negative costs on prisoners and on the penal system. It removes a route to social development and rehabilitation acknowledged since the time of Mill, and it undermines correctional law and policy directed towards rehabilitation and integration (testimony of Professor Jackson, appellants' record at pp. 2001-2). As the trial judge clearly perceived at p. 913, s. 51(*e*) "serves to further alienate prisoners from the community to which they must return, and in which their families live".

The negative effects of s. 51(*e*) upon prisoners have a disproportionate impact on Canada's already disadvantaged Aboriginal population, whose overrepresentation in prisons reflects "a crisis in the Canadian criminal justice system": *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at para. 64, *per* Cory and Iacobucci JJ. To the extent that the disproportionate

3. L'effet proportionné

57 Si un lien pouvait être établi entre la privation du droit de vote et les objectifs du gouvernement, les effets négatifs de cette mesure l'emporteraient facilement sur les minces effets bénéfiques pouvant en découler.

58 Priver les détenus du droit de vote mine la légitimité du gouvernement, son efficacité et la règle de droit. Cette mesure restreint les droits personnels du citoyen à l'expression politique et à la participation à la vie politique de son pays. Elle va à l'encontre du message que tous sont égaux et que tous ont droit au bénéfice de la loi — que tout le monde compte : voir *August*, précité. Elle risque de diminuer plutôt que d'accroître le respect de la règle de droit, et de compromettre plutôt que de favoriser la réalisation des objectifs de dissuasion et de réadaptation.

59 L'argument du gouvernement selon lequel il n'a pas été établi qu'un préjudice a été causé aux détenus sonne creux lorsque le droit fondamental de tout citoyen de voter est en jeu. En présence d'une atteinte à des droits politiques fondamentaux, la preuve d'un préjudice additionnel n'est pas nécessaire. Mais si une telle preuve était nécessaire, elle pourrait être fournie. Priver les prisonniers du droit de vote a des effets négatifs sur les intéressés et sur le système pénal. Cela fait disparaître un moyen de susciter le développement social et la réadaptation reconnu depuis l'époque de Mill, et sape les lois et politiques correctionnelles visant la réadaptation et la réinsertion sociale (témoignage du professeur Jackson, dossier des appelants, p. 2001-2002). Comme le juge de première instance l'a clairement perçu (à la p. 913), l'al. 51*e*) « sert [. . .] à isoler davantage les prisonniers de la société dans laquelle ils doivent retourner et au sein de laquelle leurs familles vivent ».

60 Les effets négatifs de l'al. 51*e*) sur les prisonniers sont disproportionnés à l'égard de la population autochtone déjà désavantagée du Canada, dont la surreprésentation dans les prisons reflète une « crise dans le système canadien de justice pénale » : *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 64, les juges Cory et Iacobucci. Dans la mesure

2002 SCC 68 (CanLII)

number of Aboriginal people in penitentiaries reflects factors such as higher rates of poverty and institutionalized alienation from mainstream society, penitentiary imprisonment may not be a fair or appropriate marker of the degree of individual culpability. Added to this is the cost of silencing the voices of incarcerated Aboriginal people; with due respect, the fact that 1,837 Aboriginal people are disenfranchised by this law, while close to 600,000 are not directly affected, does not justify restricting the rights of those 1,837 individuals for reasons not demonstrably justified under the *Charter*: see Court of Appeal decision at para. 169. Aboriginal people in prison have unique perspectives and needs. Yet, s. 51(*e*) denies them a voice at the ballot box and, by proxy, in Parliament. That these costs are confined to the term of imprisonment does not diminish their reality. The silenced messages cannot be retrieved, and the prospect of someday participating in the political system is cold comfort to those whose rights are denied in the present.

où le nombre disproportionné d'Autochtones dans les pénitenciers révèle notamment un taux plus élevé de pauvreté et l'aliénation institutionnalisée de la société en général, l'emprisonnement n'est peut-être pas un indicateur juste et approprié du degré de culpabilité. À cela s'ajoute la réduction au silence des Autochtones incarcérés; le fait que 1 837 Autochtones perdent le droit de vote du fait de cette disposition alors que près de 600 000 ne sont pas directement touchés ne justifie pas la restriction des droits de ces 1 837 personnes pour des raisons dont la justification ne peut se démontrer selon la *Charte*: voir la décision de la Cour d'appel au par. 169. Ces Autochtones en prison ont des points de vue et des besoins uniques. Mais l'alinéa 51*e*) les empêche de faire entendre leur voix aux élections et, par procuration, au Parlement. Le fait que ces effets négatifs se limitent à la durée de l'emprisonnement ne change rien à leur réalité. Les messages qui n'ont pas été entendus ne peuvent être récupérés, et la perspective de pouvoir un jour participer au système politique est une bien mince consolation pour ceux qui sont actuellement privés de leurs droits.

61 In the final analysis, even if there were merit in the Court of Appeal's view that the trial judge relied too heavily on the absence of concrete evidence of benefit, it is difficult to avoid the trial judge's conclusion, at p. 916, that "the salutary effects upon which the defendants rely are tenuous in the face of the denial of the democratic right to vote, and are insufficient to meet the civil standard of proof".

En dernière analyse, même si l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle le juge de première instance a accordé une trop grande importance à l'absence de preuve tangible d'effets bénéfiques était fondée, il est difficile de ne pas tenir compte de la conclusion de ce dernier (à la p. 916), à savoir que « les effets bénéfiques que les défendeurs invoquent sont bien minces par rapport au retrait du droit de vote, qui est un droit démocratique, et sont insuffisants pour satisfaire à la norme de preuve en matière civile ».

62 I conclude that s. 51(*e*)'s disenfranchisement of prisoners sentenced to two years or more cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. I leave for another day whether some political activities, like standing for office, could be justifiably denied to prisoners under s. 1. It may be that practical problems might serve to justify some limitations on the exercise of derivative democratic rights. Democratic participation is not only a matter of theory but also of practice, and legislatures retain the power to limit the modalities of its exercise where this can be

Je conclus que le retrait du droit de vote aux prisonniers purgeant une peine de deux ans ou plus, prévu à l'al. 51*e*), ne peut se justifier au regard de l'article premier de la *Charte*. Je remets à plus tard l'examen de la question de savoir si on peut justifier, au regard de l'article premier, l'interdiction faite aux prisonniers de participer à certaines activités politiques, comme de se porter candidat à une élection. Il se peut que des problèmes d'ordre pratique puissent servir à justifier certaines restrictions à l'exercice de droits démocratiques dérivés.

2002 SCC 68 (CanLII)

justified. Suffice it to say that the wholesale disenfranchisement of all penitentiary inmates, even with a two-year minimum sentence requirement, is not demonstrably justified in our free and democratic society.

D. *The Guarantee of Equality under Section 15(1) of the Charter*

Having found that s. 51(*e*) unjustifiably infringes s. 3 of the *Charter*, it is unnecessary to consider the alternative argument that it infringes the equality guarantee of s. 15(1).

V. Conclusion

I would allow the appeal, with costs to the appellants. Section 51(*e*) infringes s. 3 of the *Charter*, and the infringement is not justified under s. 1. It follows that s. 51(*e*) is inconsistent with the *Charter* and is of no force or effect by operation of s. 52 of the *Constitution Act*, *1982*. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 51(*e*) of the *Canada Elections Act*, R.S.C. 1985, c. E-2, infringe the right to vote in an election of members of the House of Commons, as guaranteed by s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

2. If the answer to Question 1 is yes, is the infringement a reasonable limit, prescribed by law, which can be demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

It is unnecessary to answer the constitutional questions regarding s. 15(1) of the *Charter*.

La participation démocratique est autant une question pratique que théorique, et le législateur conserve le pouvoir de limiter les conditions de son exercice lorsque cela peut être justifié. Qu'il suffise de dire que la justification du retrait général du droit de vote à tous les détenus, même si l'exigence d'une peine minimale de deux ans y est rattachée, ne peut se démontrer dans le cadre de notre société libre et démocratique.

D. *Le droit à l'égalité garanti au par. 15(1) de la Charte*

63 Étant donné ma conclusion que l'al. 51*e*) porte atteinte de manière injustifiée à l'art. 3 de la *Charte,* il n'est pas nécessaire d'examiner l'argument subsidiaire selon lequel il viole le droit à l'égalité garanti par le par. 15(1) de la *Charte.*

V. Conclusion

64 Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, avec dépens en faveur des appelants. L'alinéa 51*e*) porte atteinte à l'art. 3 de la *Charte*, et cette atteinte n'est pas justifiée au sens de l'article premier. L'alinéa 51*e*) est donc incompatible avec la *Charte* et, par conséquent, inopérant par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Je répondrais aux questions constitutionnelles de la façon suivante :

1. L'alinéa 51*e*) de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. 1985, ch. E-2, porte-t-il atteinte au droit de voter aux élections législatives fédérales, garanti par l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, cette atteinte est-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

Il est inutile de répondre aux questions constitutionnelles concernant le par. 15(1) de la *Charte*.

2002 SCC 68 (CanLII)

The reasons of L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major and Bastarache JJ. were delivered by

GONTHIER J. (dissenting) —

I. Introduction

A) *Specific Issue Before this Court*

65 Is Parliament able to temporarily suspend the exercise of the right to vote for criminals incarcerated for the commission of serious crimes for the duration of their incarceration? This is the question raised by this appeal. The answer will depend on whether s. 51(*e*) of the *Canada Elections Act*, R.S.C. 1985, c. E-2 (the "Act"), which prohibits "[e]very person who is imprisoned in a correctional institution serving a sentence of two years or more" from voting, is in breach of ss. 3 or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in a manner not justifiable under s. 1.

66 The trial judge was of the view that s. 51(*e*) of the Act did not satisfy the test mandated by s. 1 of the *Charter*. I am in respectful disagreement with the reasons of my colleague, Chief Justice McLachlin, which support the disposition reached by the trial judge. I generally agree with the reasoning of the majority of the Federal Court of Appeal below that this provision is constitutionally sound. In my view, s. 51(*e*) of the Act is not an infringement of s. 15 of the *Charter*, and while having been conceded to be an infringement of the s. 3 *Charter* right, it is capable of being justified under s. 1 of the *Charter* as a reasonable limitation thereupon.

B) *The More Fundamental Issue Arising from the Context of the Case at Bar*

67 My disagreement with the reasons of the Chief Justice, however, is also at a more fundamental level. This case rests on philosophical, political and social considerations which are not capable of "scientific proof". It involves justifications for and against the limitation of the right to vote which are based upon axiomatic arguments of principle or value statements. I am of the view that when faced with such justifications, this Court ought to turn to the text of s. 1 of the *Charter* and to the basic

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major et Bastarache rendus par

LE JUGE GONTHIER (dissident) —

I. Introduction

A) *La question en litige*

Le législateur peut-il priver du droit de vote les auteurs d'actes criminels graves pour la durée de leur incarcération? Telle est la question que soulève le présent pourvoi. Il s'agit dès lors de déterminer si l'al. 51*e*) de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. 1985, ch. E-2 (la « Loi »), qui interdit à « toute personne détenue dans un établissement correctionnel et y purgeant une peine de deux ans ou plus » de voter, porte atteinte aux art. 3 ou 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* d'une manière qui ne peut être justifiée en vertu de l'article premier.

Selon le juge de première instance, l'al. 51*e*) de la Loi ne respecte pas le critère prescrit à l'article premier de la *Charte*. Avec égards, je ne partage pas les motifs de ma collègue, le juge en chef McLachlin, qui appuie la conclusion du juge de première instance. Dans l'ensemble, je souscris au raisonnement de la majorité de la Cour d'appel fédérale selon lequel la disposition est constitutionnelle. À mon sens, l'al. 51*e*) de la Loi ne contrevient pas à l'art. 15 de la *Charte* et, même si on a reconnu qu'il porte atteinte au droit garanti par l'art. 3 de la *Charte*, il s'agit d'une restriction justifiable en application de l'article premier.

B) *La question plus fondamentale que posent les circonstances de l'espèce*

Mon désaccord avec le Juge en chef revêt par ailleurs un caractère plus fondamental. La présente affaire repose sur des considérations philosophiques, politiques et sociales dont la « preuve scientifique » ne peut être faite. Elle comporte des justifications soit favorables soit défavorables à la restriction du droit de vote fondées sur des arguments de principe ou énoncés de valeurs de nature axiomatique. Devant de telles justifications, la Cour doit, selon moi, s'en remettre au libellé de l'article

2002 SCC 68 (CanLII)

principles which undergird both s. 1 and the relationship that provision has with the rights and freedoms protected within the *Charter*. Particularly, s. 1 of the *Charter* requires that this Court look to the fact that there may be different social or political philosophies upon which justifications for or against the limitations of rights may be based. In such a context, where this Court is presented with competing social or political philosophies relating to the right to vote, it is not by merely approving or preferring one that the other is necessarily disproved or shown not to survive *Charter* scrutiny. If the social or political philosophy advanced by Parliament reasonably justifies a limitation of the right in the context of a free and democratic society, then it ought to be upheld as constitutional. I conclude that this is so in the case at bar.

II. Legislative Provision in Question

I am of the view that by enacting s. 51(*e*) of the Act, Parliament has chosen to assert and enhance the importance and value of the right to vote by temporarily disenfranchising serious criminal offenders for the duration of their incarceration. This point is worth underlining. The Chief Justice and I are in agreement that the right to vote is profoundly important, and ought not to be demeaned. Our differences lie principally in the fact that she subscribes to a philosophy whereby the temporary disenfranchising of criminals does injury to the rule of law, democracy and the right to vote, while I prefer deference to Parliament's reasonable view that it strengthens these same features of Canadian society.

The reasons of the Chief Justice refer to the historical evolution of the franchise in Canada. This evolution has generally involved the weeding out of discriminatory exclusions. It is undeniable and, obviously, to be applauded, that, over time, Canada has been evolving towards the universalization of the franchise in such a manner. The provision in question in the case at bar, however, is strikingly and qualitatively different from these past

premier de la *Charte*, ainsi qu'aux principes fondamentaux qui sous-tendent tant l'article premier que le lien entre cette disposition et les droits et libertés garantis par la *Charte*. En particulier, l'article premier exige de la Cour qu'elle tienne compte du fait que différentes philosophies sociales ou politiques peuvent étayer les justifications favorables ou défavorables à la restriction d'un droit. Dans un tel contexte, lorsque la Cour est appelée à arbitrer des philosophies sociales ou politiques opposées touchant à la question du droit de vote, ce n'est pas simplement parce qu'elle approuve ou préfère l'une d'elles que nécessairement elle désapprouve l'autre ou montre que celle-ci ne résistera pas à un examen fondé sur la *Charte*. Si celle avancée par le législateur justifie raisonnablement la restriction du droit dans le cadre d'une société libre et démocratique, elle doit être tenue pour constitutionnelle. Je conclus que c'est le cas en l'espèce.

II. La disposition législative en cause

68 J'estime qu'en adoptant l'al. 51*e*) de la Loi, le législateur a choisi d'affirmer l'importance du droit de vote et de le valoriser en privant du droit de vote l'auteur d'un acte criminel grave pour la durée de son incarcération. C'est un point qui mérite d'être souligné. Le Juge en chef et moi convenons que le droit de vote est profondément important et ne doit pas être dévalorisé. Nos différences résident principalement dans le fait que le Juge en chef souscrit à une philosophie selon laquelle le retrait temporaire du droit de vote aux criminels va à l'encontre de la règle de droit, de la démocratie et du droit de vote, alors que je préfère la retenue judiciaire à l'égard de l'opinion raisonnable du législateur, selon laquelle cette mesure renforce ces mêmes caractéristiques de la société canadienne.

69 Dans ses motifs, le Juge en chef évoque l'évolution historique du droit de vote au Canada. Cette évolution a généralement été orientée vers la suppression des exclusions discriminatoires. Il est indéniable et, certes, louable que, avec le temps, le Canada ait progressé ainsi vers l'universalisation du droit de vote. Toutefois, la disposition contestée en l'espèce se distingue radicalement et qualitativement de ces exclusions discriminatoires antérieures.

2002 SCC 68 (CanLII)

discriminatory exclusions. It is a temporary suspension from voting based exclusively on the serious criminal activity of the offender. It is the length of the sentence, reflecting the nature of the offence and the criminal activity committed, that results in the temporary disenfranchisement during incarceration. Thus, far from being repugnant and discriminatory, based on some irrelevant personal characteristic, such as gender, race, or religion, s. 51(*e*) of the Act distinguishes persons based on the perpetrating of acts that are condemned by the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. Parliament has recognized this distinction as being different from other exclusions by its continued assertion that being convicted of a serious criminal offence is a ground for temporary disenfranchisement.

70 The reasons of the Chief Justice at para. 33 cite with approval a passage from Arbour J.A.'s reasons in the first *Sauvé* case which suggests that:

> By the time the *Charter* was enacted, exclusions from the franchise were so few in this country that it is fair to assume that we had abandoned the notion that the electorate should be restricted to a "decent and responsible citizenry", previously defined by attributes such as ownership of land or gender, in favour of a pluralistic electorate which could well include domestic enemies of the state.
>
> (*Sauvé v. Canada (Attorney General)* (1992), 7 O.R. (3d) 481 (C.A.), at p. 487)

While there is little logical correlation between maintaining a "decent and responsible citizenry" and any of the past discriminatory exclusions (such as land-ownership, religion, gender, ethnic background), there clearly is such a logical connection in the case of distinguishing persons who have committed serious criminal offences. "Responsible citizenship" does not relate to what gender, race, or religion a person belongs to, but is logically related to whether or not a person engages in serious criminal activity.

71 A further dimension of this qualitative difference is that serious criminal offenders are excluded from the vote for the reason that they are the subjects of

Elle établit une inhabilité temporaire à voter fondée uniquement sur l'acte criminel grave commis par le contrevenant. C'est la durée de la peine, laquelle reflète la nature de l'infraction et de l'acte criminel commis, qui donne lieu à l'inhabilité pour la durée de l'incarcération. Ainsi, loin d'être répugnante et discriminatoire, fondée sur quelque caractéristique personnelle non pertinente, comme le sexe, la race ou la religion, la distinction établie à l'al. 51*e*) de la Loi s'appuie sur la perpétration d'actes réprouvés par le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Le législateur a reconnu que cette distinction différait des autres exclusions en maintenant que la perpétration d'un acte criminel grave justifie la privation temporaire du droit de vote.

Dans ses motifs, le Juge en chef cite au par. 33, en l'approuvant, un extrait des motifs du juge Arbour de la Cour d'appel dans la première affaire *Sauvé* :

> [TRADUCTION] Au moment de l'entrée en vigueur de la *Charte*, les exclusions applicables au droit de vote étaient si peu nombreuses dans notre pays qu'on peut supposer à juste titre que nous avions abandonné l'idée que l'électorat doit se limiter aux « citoyens honnêtes et responsables », définis auparavant par des caractéristiques comme le fait d'être propriétaire de biens-fonds ou le sexe, en faveur d'un électorat pluraliste, qui peut très bien inclure des Canadiens qui sont des ennemis de l'État.
>
> (*Sauvé c. Canada (Attorney General)* (1992), 7 O.R. (3d) 481 (C.A.), p. 487)

Alors que la logique de la corrélation entre le maintien d'un électorat composé de « citoyens honnêtes et responsables » et les anciennes exclusions discriminatoires (notamment celles fondées sur la propriété de biens-fonds, la religion, le sexe, l'origine ethnique) est faible, un tel lien rationnel existe manifestement lorsque la distinction vise les auteurs d'infractions criminelles graves. La notion de « citoyens responsables » ne renvoie pas au sexe, à la race ou à la religion, mais se rattache logiquement au fait qu'une personne se livre ou non à une activité criminelle grave.

Un autre aspect de cette différence qualitative est que l'auteur d'un acte criminel grave est privé du droit de vote parce qu'il fait l'objet d'une peine.

2002 SCC 68 (CanLII)

punishment. The disenfranchisement only lasts as long as the period of incarceration. Thus, disenfranchisement, as a dimension of punishment, is attached to and mirrors the fact of incarceration. This fact makes the Canadian experience significantly different from the situation in some American states which disenfranchise ex-offenders for life, a situation addressed by many American academics: see, for example, L. H. Tribe, "The Disenfranchisement of Ex-Felons: Citizenship, Criminality, and 'The Purity of the Ballot Box'" (1989), 102 *Harv. L. Rev.* 1300.

It is important to look at prisoner disenfranchisement from the perspective of each serious criminal offender rather than perceive it as a form of targeted group treatment. Disenfranchised prisoners can be characterized loosely as a group, but what is important to realize is that each of these prisoners has been convicted of a serious criminal offence and is therefore serving a personalized sentence which is proportionate to the act or acts committed. Punishment is guided by the goals of denunciation, deterrence, rehabilitation and retribution and is intended to be morally educative for incarcerated serious criminal offenders. Each prisoner's sentence is a temporary measure aimed at meeting these goals, while also being aimed at the long-term objective of reintegration into the community.

The reasons of the Chief Justice express the view that the temporary disenfranchisement of serious criminal offenders necessarily undermines their inherent "worth" or "dignity." I disagree. In fact, it could be said that the notion of punishment is predicated on the dignity of the individual: it recognizes serious criminals as rational, autonomous individuals who have made choices. When these citizens exercise their freedom in a criminal manner, society imposes a concomitant responsibility for that choice. As Professor J. Hampton, one of the Crown's experts, writes in an article cited by Linden J.A. below, "Punishment, Feminism, and Political Identity: A Case Study in the Expressive Meaning of the Law" (1998), 11 *Can. J. L. & Jur.* 23, at p. 43:

Cette privation ne dure que le temps de l'incarcération. En tant qu'élément de la peine, elle est donc liée à l'incarcération et en est le reflet. La situation au Canada est donc très différente de celle qui existe dans certains États américains, où un ex-détenu perd à vie le droit de vote; de nombreux universitaires américains en ont traité : voir, par exemple, L. H. Tribe, « The Disenfranchisement of Ex-Felons : Citizenship, Criminality, and "The Purity of the Ballot Box" » (1989), 102 *Harv. L. Rev.* 1300.

2002 SCC 68 (CanLII)

72 Il importe de considérer la privation du droit de vote selon la perspective de chaque auteur d'actes criminels graves et non de la voir comme un traitement réservé à un groupe en particulier. On peut qualifier les prisonniers privés du droit de vote comme constituant en quelque sorte un groupe, mais il importe de se rappeler que chacun d'eux a été déclaré coupable d'un acte criminel grave et purge donc une peine personnalisée et déterminée en fonction de cet acte. La peine est infligée dans un but de réprobation, de dissuasion, de réadaptation et de punition et elle vise l'éducation morale des prisonniers qui ont commis des actes criminels graves. Il s'agit pour chaque prisonnier d'une mesure temporaire visant la réalisation de ces objectifs, y compris, à long terme, la réinsertion sociale.

73 D'après les motifs du Juge en chef, le retrait temporaire du droit de vote aux auteurs d'actes criminels graves porte nécessairement atteinte à leurs « valeur » ou « dignité » intrinsèques. Je ne suis pas d'accord. En fait, on pourrait dire que la notion de punition repose sur la dignité de la personne : elle reconnaît en l'auteur d'un acte criminel grave une personne autonome et rationnelle qui a fait des choix. Lorsque ce citoyen exerce sa liberté d'une façon criminelle, la société le tient responsable de ce choix. Comme le dit l'un des experts du ministère public, le professeur J. Hampton, dans un article cité par le juge Linden de la Cour d'appel fédérale et intitulé « Punishment, Feminism, and Political Identity : A Case Study in the Expressive Meaning of the Law » (1998), 11 *Can. J. L. & Jur.* 23, p. 43 :

By telling people "you can have your right to vote suspended if, through your actions, you show contempt for the values that make our society possible", this law links the exercise of freedom with responsibility for its effects. Indeed, *not* to construct a punishment that sends this message is . . . to indirectly undermine the values of a democratic society. [Underlining added; italics in original.]

74 If there is any negative connotation associated with this temporary disenfranchisement, it arises from the fact that a criminal act was perpetrated, an act for which the criminal offender is consequently being punished. This is not stereotyping. Criminal acts are rightly condemned by society. Serious criminals being punished and temporarily disenfranchised are not in any way of less "worth" or "dignity" because social condemnation is of the criminal acts and its purpose is not to diminish the individual prisoner as a person.

75 The argument that the temporary disenfranchisement of serious criminal offenders undermines the inherent "worth" or "dignity" of prisoners presents a potentially problematic line of reasoning. Is it possible to "punish" serious criminals without undermining their "worth"? It must be so. This is inherently recognized in the *Charter* itself insofar that s. 12 only renders unconstitutional punishment that is "cruel and unusual". The *Criminal Code* and its provisions are declaratory of values, values on which Canadian society rests: see *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 769 and 787. Protecting and enhancing these values through the imposition of punishment for criminal activity is not an affront to dignity. On the contrary, the temporary disenfranchisement of serious criminal offenders reiterates society's commitment to the basic moral values which underpin the *Criminal Code*; in this way it is morally educative for both prisoners and society as a whole.

76 The punishment of serious criminal offenders is also aimed at protecting society and the "dignity" and "worth" of those members of society who have been or may become the victims of crime. Punishment is intended to act as a general

[TRADUCTION] En disant au justiciable « vous pouvez perdre votre droit de vote si, par vos actes, vous faites preuve de mépris envers les valeurs qui rendent notre société possible », cette loi lie l'exercice de la liberté à la responsabilité relativement à ses effets. En fait, *ne pas* prévoir un châtiment qui transmet ce message [. . .] mine indirectement les valeurs d'une société démocratique. [Soulignement ajouté; en italique dans l'original.]

Toute connotation négative associée à cette inhabilité temporaire découle de la perpétration d'un acte criminel, pour lequel l'auteur est par conséquent puni. Il ne s'agit pas d'un stéréotype. La société condamne à juste titre la criminalité. Le fait que l'auteur d'un acte criminel grave soit puni et temporairement privé du droit de vote n'entraîne en aucun cas une diminution de sa « valeur » ou de sa « dignité » puisque la réprobation sociale vise l'acte criminel et que son objet n'est pas de diminuer le prisonnier en tant que personne.

L'argument selon lequel le retrait temporaire du droit de vote aux auteurs d'actes criminels graves sape la « valeur » ou la « dignité » intrinsèques des prisonniers repose sur un raisonnement qui peut être problématique. Est-il possible de « punir » l'auteur d'une infraction grave sans compromettre sa « valeur »? Il doit en être ainsi. La *Charte* le reconnaît implicitement dans la mesure où l'art. 12 ne rend inconstitutionnelles que les peines « cruelles et inusitées ». Le *Code criminel* énonce des valeurs, et c'est sur ces valeurs que repose la société canadienne : voir *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 769 et 787. La protection et le renforcement de ces valeurs par l'imposition d'une peine pour l'activité criminelle ne portent pas atteinte à la dignité. Au contraire, le retrait temporaire du droit de vote aux auteurs d'actes criminels graves traduit l'engagement de la société à défendre les valeurs morales fondamentales qui sous-tendent le *Code criminel*; en ce sens, il contribue à l'éducation morale à la fois pour les prisonniers et pour l'ensemble de la société.

Punir les auteurs d'actes criminels graves vise également à protéger la société et à préserver la « dignité » et la « valeur » des membres de la société qui ont été victimes de tels actes ou qui pourraient l'être. La punition se veut dissuasive vis-à-vis

2002 SCC 68 (CanLII)

deterrent to potential criminals and as a specific deterrent *vis-à-vis* incarcerated persons. *Charter* analysis is meant to consider the *Charter* rights of other members of society: see *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, at para. 187; *Keegstra*, *supra*, at p. 756. Serious criminal activity is clearly often an affront to numerous *Charter* values.

III. The Right to Vote in Section 3 of the *Charter*

The current status of the vote in Canada is that all citizens are empowered to vote in federal elections, save incarcerated offenders who are disenfranchised by s. 51(*e*) of the Act (now continued in substantially the same form at s. 4(*c*) of the Act (S.C. 2000, c. 9)), the Chief and Assistant Chief Electoral Officers, and persons under the age of 18 as of polling day. The most recent changes to the scope of the franchise were made by Parliament in 1993, when the disqualifications of federally appointed judges and persons suffering from "mental disease" were removed: S.C. 1993, c. 19, s. 23 amending s. 51 of the Act, and s. 24 which added s. 51.1. These modifications included s. 51(*e*), which disqualified incarcerated persons serving sentences of two years or more. It was already enacted at the time this Court heard the first *Sauvé* case, [1993] 2 S.C.R. 438 (the "first *Sauvé* case"), but since it was inapplicable to the case under appeal, the Court did not comment on it.

The respondents conceded that s. 3 of the *Charter* has been infringed by s. 51(*e*) of the Act. I would like to sound a cautionary note regarding the appropriateness of concessions of infringement. The specific problem with such a concession is that it may deprive the courts of the benefit of the fruitful argument which most often occurs at that initial phase of the analysis, in defining the scope of the right, particularly with regard to historical and philosophical context. The development of contextual factors examined with regard to the scope of the right is of great importance since they clearly "animate" the later stages of the test elaborated in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103: see McLachlin J.

des criminels éventuels en général et des prisonniers en particulier. L'analyse fondée sur la *Charte* doit tenir compte des droits que celle-ci garantit aux autres membres de la société : voir *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 187; *Keegstra*, précité, p. 756. Souvent, l'activité criminelle grave constitue clairement un affront à de nombreuses valeurs inhérentes à la *Charte*.

III. Le droit de vote garanti à l'art. 3 de la *Charte*

77 À l'heure actuelle, tous les citoyens canadiens ont le droit de voter aux élections fédérales, sauf le détenu visé à l'al. 51*e*) de la Loi (qui est repris essentiellement sous le libellé à l'al. 4*c*) de la Loi (L.C. 2000, ch. 9)), le directeur général des élections et le directeur général adjoint des élections, de même que les personnes qui n'ont pas 18 ans révolus le jour du scrutin. C'est en 1993 que les modifications les plus récentes ont été apportées à la composition de l'électorat. Le législateur a alors supprimé l'inhabilité qui frappait les juges nommés par le gouvernement fédéral et les personnes atteintes de « maladie mentale » : L.C. 1993, ch. 19, art. 23 qui modifie l'art. 51 de la Loi, et l'art. 24 qui ajoute l'art. 51.1. L'alinéa 51*e*), qui prive du droit de vote toute personne incarcérée purgeant une peine de deux ans ou plus, a alors été adopté. Il était déjà en vigueur lorsque la Cour a entendu la première affaire *Sauvé*, [1993] 2 R.C.S. 438 (la « première affaire *Sauvé* »), mais comme il ne s'appliquait pas aux circonstances du pourvoi, la Cour ne s'est pas prononcée à son sujet.

78 Les intimés ont reconnu que l'al. 51*e*) de la Loi portait atteinte à l'art. 3 de la *Charte*. Je tiens à faire une mise en garde quant à l'opportunité d'un tel aveu. Les tribunaux peuvent en effet perdre le bénéfice de l'échange fructueux qui se produit le plus souvent à cette étape initiale de l'analyse, lorsqu'il s'agit de délimiter la portée du droit en tenant compte, tout particulièrement, des contextes historique et philosophique. Les facteurs contextuels examinés dans le cadre de la portée du droit revêtent une grande importance, car ils « animent » clairement les dernières étapes de l'analyse explicitée dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 : voir le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans *Renvoi :*

2002 SCC 68 (CanLII)

(as she then was) in *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158, at p. 182. The following comment, which I shared with L'Heureux-Dubé and Bastarache JJ. in *Sharpe*, *supra*, at para. 151, is equally apposite here: "it is unfortunate that the Crown conceded that the right to free expression was violated in this appeal in all respects, thereby depriving the Court of the opportunity to fully explore the content and scope of s. 2(*b*) as it applies in this case".

IV. Section 1 of the *Charter*

A) *Oakes: Flexibility and Context*

79 To decide whether the limit upon the s. 3 *Charter* right found in s. 51(*e*) of the Act is justified, one must determine whether it constitutes a "reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society". Pursuant to the test formulated in *Oakes*, *supra*, this analysis proceeds in two stages. At the preliminary phase, it must be determined whether the objective behind the limit is of sufficient importance to justify overriding a *Charter* right. At the second stage, we must consider whether the legislative measure chosen is rationally connected to the legislative objective, whether the measure minimally impairs the *Charter* right which has been infringed, and finally whether the effects of the measure are proportional to the significance of the objective and whether the salutary and deleterious effects of the measure are proportional.

80 When engaging in *Charter* analysis, context and flexibility are highly relevant. The need for flexibility in the application of the *Oakes* test was noted by La Forest J. in *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, at pp. 1489-90:

> In the performance of the balancing task under s. 1, it seems to me, a mechanistic approach must be avoided. While the rights guaranteed by the *Charter* must be given priority in the equation, the underlying values must be sensitively weighed in a particular context against other values of a free and democratic society sought to be promoted by the legislature.

Circonscriptions électorales provinciales (Sask.), [1991] 2 R.C.S. 158, p. 182. L'extrait suivant des motifs que j'ai rendus conjointement avec les juges L'Heureux-Dubé et Bastarache dans *Sharpe*, précité, par. 151, est également à propos : « il est malheureux, à notre avis, que le ministère public ait reconnu qu'il y avait eu atteinte, à tous égards, au droit à la liberté d'expression dans la présente affaire et qu'il ait ainsi privé la Cour de la possibilité d'examiner pleinement le contenu et la portée de l'al. 2*b*) qui s'applique en l'espèce ».

IV. L'article premier de la *Charte*

A) *L'arrêt Oakes : la souplesse et le contexte*

Pour décider si la restriction qu'apporte l'al. 51*e*) de la Loi au droit garanti par l'art. 3 de la *Charte* est justifiée, il faut se demander si le droit est restreint « par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Selon le critère formulé dans *Oakes*, précité, cette analyse comporte deux volets. Tout d'abord, il faut déterminer si l'objectif de la restriction est suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la *Charte*. Deuxièmement, il faut se demander s'il existe un lien rationnel entre la mesure législative adoptée et l'objectif en question, si la mesure porte le moins possible atteinte au droit constitutionnel en cause puis, enfin, s'il y a proportionnalité entre les effets de la mesure et l'importance de l'objectif et si les effets bénéfiques et les effets préjudiciables de la mesure sont proportionnés.

Il est très important de tenir compte du contexte et de faire preuve de souplesse en procédant à l'analyse fondée sur la *Charte*. Dans *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, p. 1489-1490, le juge La Forest a signalé la nécessité d'appliquer avec souplesse le critère dégagé dans l'arrêt *Oakes* :

> Il me semble qu'en effectuant cette évaluation en vertu de l'article premier il faut éviter de recourir à une méthode mécaniste. Bien qu'il faille accorder priorité dans l'équation aux droits garantis par la *Charte*, les valeurs sous-jacentes doivent être, dans un contexte particulier, évaluées délicatement en fonction d'autres valeurs propres à une société libre et démocratique que le législateur cherche à promouvoir.

2002 SCC 68 (CanLII)

Dickson C.J. adopted the above passage in his majority reasons in *Keegstra*, *supra*, and he went on to state at pp. 737-38:

> . . . I hope it is clear that a rigid or formalistic approach to the application of s. 1 must be avoided. The ability to use s. 1 as a gauge which is sensitive to the values and circumstances particular to an appeal has been identified as vital in past cases . . . The sentiments of La Forest J. correctly suggest that the application of the *Oakes* approach will vary depending on the circumstances of the case, including the nature of the interests at stake.

Factual, social, historical, and political context provides a backdrop which is essential to develop in order to properly analyse what is at stake in the case of an alleged infringement of a right. As Bastarache J. noted in *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 87:

> The analysis under s. 1 of the *Charter* must be undertaken with a close attention to context. This is inevitable as the test devised in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, requires a court to establish the objective of the impugned provision, which can only be accomplished by canvassing the nature of the social problem which it addresses. Similarly, the proportionality of the means used to fulfil the pressing and substantial objective can only be evaluated through a close attention to detail and factual setting. In essence, context is the indispensable handmaiden to the proper characterization of the objective of the impugned provision, to determining whether that objective is justified, and to weighing whether the means used are sufficiently closely related to the valid objective so as to justify an infringement of a *Charter* right. [Emphasis added.]

See also *Sharpe*, *supra*, at paras. 132 and 156.

L'Heureux-Dubé and Bastarache JJ. and myself in *Sharpe*, *supra*, at para. 153, noted that it is by virtue of attention to context that courts come to consider other communal values which must be addressed in s. 1 analysis:

> While the guidelines set out in *Oakes* provide a useful analytical framework for the practical application of s. 1, it is important not to lose sight of the underlying purpose of that section, namely to balance individual rights and our communal values. Where courts are asked to consider whether a violation is justified under s. 1, they must be

Dans *Keegstra*, précité, le juge en chef Dickson a repris cet extrait dans les motifs qu'il a rédigés au nom de la majorité et il a ajouté aux p. 737-738 :

> J'ose espérer qu'il ressort clairement [. . .] que la rigidité et le formalisme sont à éviter dans l'application de l'article premier. La possibilité d'utiliser l'article premier comme une jauge s'adaptant aux valeurs et circonstances propres à un appel a été reconnue comme primordiale dans la jurisprudence [. . .] Le juge La Forest indique avec raison que l'application de la méthode de l'arrêt *Oakes* variera en fonction des circonstances de l'instance, notamment la nature des intérêts en jeu.

81 Le contexte factuel, social, historique et politique constitue une toile de fond qu'il est essentiel de déployer pour analyser convenablement ce qui est en jeu dans une affaire d'atteinte alléguée à un droit. Comme le juge Bastarache l'a signalé dans *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 87 :

> L'analyse fondée sur l'article premier doit être réalisée en accordant une grande attention au contexte. Cette démarche est incontournable car le critère élaboré dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, exige du tribunal qu'il dégage l'objectif de la disposition contestée, ce qu'il ne peut faire que par un examen approfondi de la nature du problème social en cause. De même, la proportionnalité des moyens utilisés pour réaliser l'objectif urgent et réel visé ne peut être évaluée qu'en s'attachant étroitement au détail et au contexte factuel. Essentiellement, le contexte est l'indispensable support qui permet de bien qualifier l'objectif de la disposition attaquée, de décider si cet objectif est justifié et d'apprécier si les moyens utilisés ont un lien suffisant avec l'objectif valide pour justifier une atteinte à un droit garanti par la *Charte*. [Je souligne.]

Voir également *Sharpe*, précité, par. 132 et 156.

82 Dans *Sharpe*, précité, par. 153, les juges L'Heureux-Dubé et Bastarache et moi-même avons fait remarquer que c'est en portant attention au contexte que les tribunaux en arrivent à tenir compte des autres valeurs collectives dont il faut tenir compte dans l'analyse fondée sur l'article premier :

> Même si les lignes directrices énoncées dans l'arrêt *Oakes* offrent un cadre analytique utile pour l'application pratique de l'article premier, il importe de ne pas perdre de vue l'objectif sous-jacent de cet article, qui est d'établir un équilibre entre les droits individuels et nos valeurs collectives. Lorsqu'ils sont appelés à déterminer

2002 SCC 68 (CanLII)

sensitive to the competing rights and values that exist in our democracy.

These other communal values have a legitimate role to play in *Charter* analysis. As stated by Dickson C.J. in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1056: "There are many diverse values that deserve protection in a free and democratic society such as that of Canada, only some of which are expressly provided for in the *Charter*."

83 In the case at bar, given that the context involves evaluating choices regarding social or political philosophies and relates to shaping, giving expression, and giving practical application to communal values, it is of the utmost significance.

B) *Section 3 is Subject to Section 1*

84 The flexible contextual approach to s. 1 of the *Charter* and the *Oakes* test necessitates that this Court keep in mind first principles. The right to vote for all citizens is clearly encapsulated in s. 3 of the *Charter* and, by the terms of s. 1, it is subject to "such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society". The right, therefore, is not absolute, but is qualified — as are all rights under the *Charter* — by s. 1. A violation of the *Charter* only manifests after the s. 1 inquiry has been entertained, since s. 1 permits and envisions that the rights and freedoms enshrined in the *Charter* are capable of such limitation.

85 An examination of the development of the language of s. 3 when the wording of the *Charter* was being reviewed by the Special Joint Committee on the Constitution evidences Parliament's intent that s. 3 must be read as subject to s. 1 limitations. Professor P. W. Hogg, in *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), offers the following commentary regarding an earlier version of the language of s. 3, at p. 42-2, fn. 12:

si une atteinte est justifiée au sens de l'article premier, les tribunaux doivent tenir compte des droits et des valeurs opposés qui existent dans notre démocratie.

Ces autres valeurs collectives ont un rôle légitime à jouer dans l'analyse relative à la *Charte*. Comme l'a dit le juge en chef Dickson dans *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1056 : « [i]l existe plusieurs valeurs différentes qui méritent d'être protégées dans une société libre et démocratique comme la société canadienne, et seules certaines d'entre elles sont expressément prévues dans la *Charte* ».

En l'espèce, étant donné que son examen implique l'évaluation de choix concernant différentes philosophies sociales ou politiques et touche au façonnage, à l'expression et à l'application pratique de valeurs collectives, le contexte revêt la plus grande importance.

B) *L'article 3 est subordonné à l'article premier*

L'application contextuelle et souple de l'article premier de la *Charte* et du critère de l'arrêt *Oakes* exige que la Cour garde présents à l'esprit les principes premiers. L'article 3 de la *Charte* accorde clairement le droit de vote à tout citoyen et, vu le libellé de l'article premier, ce droit peut être restreint « par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Il s'agit donc d'un droit non pas absolu, mais limité — comme tous les droits garantis par la *Charte* — par l'article premier. On ne peut conclure à une violation de la *Charte* qu'à l'issue de l'analyse fondée sur l'article premier puisque cette disposition autorise et prévoit la restriction d'un droit ou d'une liberté garanti par la *Charte*.

Le libellé de l'art. 3 tel qu'il existait lors de la révision de la *Charte* par le Comité spécial mixte sur la Constitution montre que l'intention du législateur était que cet article soit interprété comme étant subordonné aux restrictions prévues à l'article premier. Dans son ouvrage *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), le professeur P. W. Hogg commente ainsi une version antérieure de l'art. 3 (à la p. 42-2, note 12) :

2002 SCC 68 (CanLII)

Section 3 of the Charter was in the October 1980 version in the following terms:

> 3. Every citizen of Canada has, without unreasonable distinction or limitation, the right to vote in an election of members of the House of Commons or of a legislative assembly and to be qualified for membership therein.

The April 1981 version contained the final version of s. 3. In the final version the words "without unreasonable distinction or limitation" are deleted. The reason for the deletion was, no doubt, that the words were redundant having regard to s. 1. [Emphasis added.]

The Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee on the Constitution of Canada, Issue No. 43, January 22, 1981, at pp. 43:79 - 43:90, support this statement: that Committee decided to remove the built-in limitation within s. 3 simply because s. 1 was intended to apply to s. 3 and allow demonstrably justifiable limitations to survive constitutional scrutiny.

This general approach to s. 3 does not mean that justificatory concerns play a role in defining the content of s. 3, or that the right to vote necessarily has inherent limitations within it. This proposition was rejected by the majority of this Court in *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876, at paras. 29-32. It does mean that the specific context needs to be brought into the s. 1 *Charter* test for the balancing of interests, since s. 3, like all *Charter* rights, is not absolute. This is similar to the approach advocated in *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at para. 61, where McLachlin J. and Iacobucci J. stressed:

> . . . the importance of interpreting rights in a contextual manner — not because they are of intermittent importance but because they often inform, and are informed by, other similarly deserving rights or values at play in particular circumstances.

To graphically illustrate the above as it might be applied to prisoners, one may ask the question: could a prisoner argue successfully that, by reason of his incarceration, there was a violation of s. 6(1)

[TRADUCTION] L'article 3 de la Charte, dans sa version d'octobre 1980, est ainsi libellé :

> 3. Tout citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales; ce droit ne peut, sans motif valable, faire l'objet d'aucune distinction ou restriction.

La version d'avril 1981 correspond au libellé définitif de l'art. 3. L'énoncé « ce droit ne peut, sans motif valable, faire l'objet d'aucune distinction ou restriction » n'y figure plus. La raison en est sans doute la redondance avec l'article premier. [Je souligne.]

Les procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial sur la Constitution du Canada, fascicule n° 43, le 22 janvier 1981, p. 43:79 à 43:90, étayent cette thèse : le Comité a supprimé la restriction prévue à l'art. 3 simplement parce que l'intention du législateur était que l'article premier s'applique à l'art. 3 et permette à une restriction de résister à l'examen constitutionnel lorsque sa justification peut se démontrer.

86 Cette façon générale d'aborder l'art. 3 ne signifie pas que les préoccupations en matière de justification jouent un rôle dans la définition de la teneur de l'art. 3 ou que le droit de vote comporte nécessairement des restrictions inhérentes. La Cour à la majorité a d'ailleurs écarté cette possibilité dans *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876, par. 29-32. Elle signifie que le contexte particulier de l'espèce doit être soumis à l'analyse fondée sur l'article premier pour la pondération des intérêts en cause, étant donné que, à l'instar de tous les droits garantis par la *Charte*, celui conféré à l'art. 3 n'est pas absolu. Cette démarche s'apparente à celle préconisée dans *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 61, où le juge McLachlin et le juge Iacobucci ont souligné :

> . . . l'importance de donner aux droits une interprétation fondée sur le contexte — non parce qu'ils ont une importance sporadique, mais parce qu'ils sous-tendent ou s'inspirent souvent d'autres droits ou valeurs aussi louables qui sont en jeu dans des circonstances particulières.

87 La question suivante illustre bien l'application de ce qui précède aux faits de l'espèce : un prisonnier pourrait-il convaincre une cour de justice que son incarcération porte atteinte au par. 6(1) de la *Charte*,

2002 SCC 68 (CanLII)

of the *Charter*, which guarantees that "[e]very citizen of Canada has the right to enter, remain in and leave Canada"? It would border on the ludicrous to suggest that a limitation on this right was not possible under s. 1 of the *Charter*.

88 In the same vein, what of the s. 3 *Charter* guarantee that every citizen has a right to be qualified for membership in the House of Commons? Must a prisoner have the right to stand as a candidate? Were an incarcerated offender to be elected, would he or she have a right to be released from prison to take up that representative role?

89 To construe s. 3 as an absolute right presents other problems. For example, currently only persons of the age of 18 or older are permitted to vote. How, then, can there be a justification for denying the vote to a politically mature 16 or 17 year-old? To justify this line, would Parliament have to resort to the argument that persons below the age of majority are not, in some sense, citizens in the fullest sense? The answer must simply lie in the fact that s. 1 allows Parliament to make such choices as long as they are rational and reasonable limitations which are justified in a free and democratic society.

C) *Justification Under Section 1 Where the Context Involves Competing Social or Political Philosophies*

90 Generally, the result of a concession of a breach of a right is that the burden for justifying the infringement falls to the Crown. With regard to the standard of proof for s. 1 analysis, the civil standard of the balance of probabilities applies, and it is important to stress that this standard does not require scientific proof: *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569, at para. 39. The application of common sense to what is known will suffice, even if this falls short of a scientific standard: McLachlin J. at para. 137 of *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199. Justification can be based upon reason, logic, common sense, and knowledge of human nature: see *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at p. 524, referring to *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927,

qui prévoit que « [t]out citoyen canadien a le droit de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir »? Laisser entendre que la restriction de ce droit n'est pas possible en application de l'article premier de la *Charte* frôlerait le ridicule.

Dans le même ordre d'idée, qu'en est-il de l'éligibilité de tout citoyen aux élections législatives fédérales garantie à l'art. 3? Un prisonnier doit-il avoir le droit de se porter candidat? S'il était élu, aurait-il droit à une mise en liberté pour exercer sa fonction de député?

Tenir pour absolu le droit garanti à l'art. 3 soulève d'autres problèmes. Par exemple, seules les personnes âgées de 18 ans ou plus sont actuellement habiles à voter. Comment peut-on alors justifier qu'un jeune de 16 ou 17 ans sensibilisé aux questions politiques soit privé du droit de vote? Pour justifier cette restriction, le législateur devrait-il faire valoir que, d'une certaine manière, les mineurs ne sont pas des citoyens à part entière? La solution doit simplement s'appuyer sur le fait que l'article premier autorise le législateur à faire de tels choix, à condition que les restrictions soient rationnelles et raisonnables et puissent être justifiées dans le cadre d'une société libre et démocratique.

C) *La justification en application de l'article premier en présence de philosophies sociales ou politiques opposées*

En règle générale, lorsque l'État reconnaît qu'il y a atteinte à un droit, il lui incombe de justifier cette atteinte. La norme de preuve à respecter pour l'analyse fondée sur l'article premier est celle qui s'applique en matière civile, à savoir la prépondérance des probabilités; précisons que, suivant cette norme, aucune preuve scientifique n'est exigée : *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569, par. 39. L'application du bon sens à ce qui est connu suffit, même si cela ne respecte pas la norme de preuve scientifique : le juge McLachlin, dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 137. La justification peut s'appuyer sur la raison, la logique, le bon sens et la connaissance de la nature humaine : voir *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 524, où sont cités les

2002 SCC 68 (CanLII)

and *Keegstra*, *supra.* In the case at bar, there is very little quantitative or empirical evidence either way. In such cases, the task of justification relates to the analysis of human motivation, the determination of values, and the understanding of underlying social or political philosophies — it truly is justification rather than measurement.

Justifying, therefore, is not a matter of one value clearly prevailing over the other, but is rather a matter of developing the significance of the values being dealt with and asking whether Parliament, in its attempt to reconcile competing interests, has achieved a rational and reasonable balance. Proportionality, in the context of *Charter* analysis, does not mean a perfect solution, as any balance arising from competing interests will involve preferring one value over the other to some extent.

As emerges from the submissions before this Court, there seem generally to be two options available for dealing with the issue at hand. The first, that chosen by the Chief Justice, is to prefer an inclusive approach to democratic participation for serious criminal offenders incarcerated for two years or more. This view locates democratic participation as a central dimension of rehabilitation, insofar as the incarcerated offenders remain citizens with the fullest exercise of their democratic rights. By the same token, the unrestricted franchise enhances democratic legitimacy of government, and confirms or enhances the citizenship or standing of prisoners in society. To do otherwise, it is suggested, undermines the "dignity" or "worth" of prisoners. The alternative view, adopted by Parliament, considers that the temporary suspension of the prisoner's right to vote, in fact, enhances the general purposes of the criminal sanction, including rehabilitation. It does so by underlining the importance of civic responsibility and the rule of law. This approach sees the temporary removal of the vote as a deterrent to offending or re-offending and the return of the vote as an inducement to reject further criminal conduct. In withdrawing for a time one expression of political participation concurrently with personal freedom,

arrêts *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, et *Keegstra*, précité. En l'espèce, la preuve quantitative ou empirique étayant l'une ou l'autre des thèses avancées est très mince. En pareil cas, la démarche de justification tient à l'analyse de la motivation humaine, à la détermination de valeurs et à la compréhension des philosophies sociales ou politiques sous-jacentes; il s'agit vraiment d'une justification, et non d'un calcul.

91 La justification ne consiste donc pas à établir qu'une valeur l'emporte clairement sur une autre, mais bien à dégager la signification des valeurs en cause et à se demander si le législateur, afin de concilier des intérêts opposés, a réalisé un équilibre à la fois rationnel et raisonnable. Dans le contexte de l'analyse fondée sur la *Charte*, la proportionnalité ne s'entend pas d'une solution parfaite, puisque toute pondération d'intérêts opposés implique qu'une valeur est jusqu'à un certain point privilégiée par rapport à une autre.

92 Dans l'ensemble, il semble ressortir des arguments présentés à la Cour deux démarches permettant de trancher la question que soulève le présent pourvoi. La première, celle choisie par le Juge en chef, peut être qualifiée d'inclusive et reconnaît à l'auteur d'un acte criminel grave incarcéré pour deux ans ou plus le droit de prendre part au processus démocratique. Elle situe la participation démocratique au cœur de la réadaptation, dans la mesure où le détenu demeure un citoyen apte à exercer pleinement ses droits démocratiques. De ce fait, le droit de vote sans restriction renforce la légitimité du gouvernement et confirme ou rehausse la qualité de citoyen du prisonnier ou sa position sociale. Les tenants de cette démarche laissent entendre que, s'il en était autrement, la « dignité » ou la « valeur » des prisonniers serait compromise. Selon l'autre point de vue, adopté par législateur, le retrait temporaire du droit de vote au prisonnier favorise, en fait, la réalisation des objectifs généraux de la sanction pénale, y compris la réadaptation, car il souligne l'importance de la responsabilité civique et le respect de la règle de droit. Selon ses tenants, la perte temporaire du droit de vote serait de nature à décourager la commission d'une infraction ou la récidive, et la perspective de le recouvrer inciterait le détenu

2002 SCC 68 (CanLII)

the significance of both are enhanced. Rather than undermine the dignity or worth of prisoners, the removal of their vote takes seriously the notion that they are free actors and attaches consequences to actions that violate certain core values as expressed in the *Criminal Code*.

93 Both of these approaches, however, entail accepting logically prior political or social philosophies about the nature and content of the right to vote. The former approach, that accepted by the reasons of the Chief Justice, entails accepting a philosophy that preventing criminals from voting does damage to both society and the individual, and undermines prisoners' inherent worth and dignity. The latter approach also entails accepting a philosophy, that not permitting serious incarcerated criminals to vote is a social rejection of serious crime which reflects a moral line which safeguards the social contract and the rule of law and bolsters the importance of the nexus between individuals and the community. Both of these social or political philosophies, however, are aimed at the same goal: that of supporting the fundamental importance of the right to vote itself. Further, both of these social or political philosophies are supported by the practices of the various Canadian provinces, the practices of other liberal democracies, and academic writings. Finally, neither position can be proven empirically — rather, the selection of one over the other is largely a matter of philosophical preference. What is key to my approach is that the acceptance of one or the other of these social or political philosophies dictates much of the constitutional analysis which ensues, since the reasonableness of any limitation upon the right to vote and the appropriateness of particular penal theories and their relation to the right to vote will logically be related to whether or not the justification for that limitation is based upon an "acceptable" social or political philosophy.

94 The reasons of the Chief Justice hold, at para. 18, that the challenge of the government is to present a

à renoncer à l'activité criminelle. L'exclusion temporaire d'une forme de participation politique jumelée à la privation de liberté accroît la signification de l'une et de l'autre. Loin de saper la dignité ou la valeur des prisonniers, le retrait du droit de vote renforce la notion que ce sont des personnes libres de leurs actes et attache des conséquences aux actions qui violent certaines valeurs fondamentales exprimées dans le *Code criminel*.

Toutefois, ces deux démarches supposent logiquement que l'on adhère préalablement à une philosophie politique ou sociale donnée concernant la nature et la teneur du droit de vote. La première, celle acceptée par le Juge en chef, suppose l'adhésion au principe selon lequel le fait d'empêcher des criminels de voter porte préjudice tant à la société qu'à la personne et sape la valeur et la dignité intrinsèques des prisonniers. La seconde s'appuie également sur un principe philosophique : priver du droit de vote un détenu ayant perpétré un acte criminel grave emporte la réprobation sociale de cet acte. Il s'agit de l'application d'un point de vue moral garantissant le respect du contrat social et de la règle de droit et affirmant l'importance du lien entre les individus et la collectivité. Cependant, ces deux philosophies sociales ou politiques ont le même objectif : affirmer l'importance fondamentale du droit de vote comme tel. En outre, elles trouvent toutes deux des appuis dans les pratiques suivies dans différentes provinces canadiennes et dans d'autres démocraties libérales, ainsi que dans les traités de doctrine. Enfin, aucune de ces deux positions ne peut être prouvée empiriquement. Le choix de l'une plutôt que l'autre tient essentiellement à une préférence philosophique. L'élément clé de mon raisonnement est que l'adhésion à l'une ou l'autre philosophie sociale ou politique détermine en grande partie l'analyse constitutionnelle qui s'ensuit, car le caractère raisonnable de toute restriction du droit de vote et la pertinence de certaines théories pénales et leur lien avec le droit de vote dépendront logiquement de la question de savoir si la justification de la restriction se fonde sur une philosophie sociale ou politique « acceptable ».

Au paragraphe 18 de ses motifs, le Juge en chef dit que le défi pour le gouvernement est de

2002 SCC 68 (CanLII)

justification that is "convincing, in the sense that it is sufficient to satisfy the reasonable person looking at all the evidence and relevant considerations, that the state is justified in infringing the right at stake to the degree it has". I agree with this test, subject only to a recognition that as the context of the case at bar involves evaluating competing social or political philosophies, the analysis runs the risk of lapsing into the realm of *ipse dixit*. In the realm of competing social or political philosophies, reasonableness is the predominant s. 1 justification consideration.

présenter une justification qui soit « convaincante, c'est-à-dire qu'il suffit de convaincre la personne raisonnable prenant en compte tous les éléments de preuve et toutes les considérations pertinentes que l'État est justifié de porter une telle atteinte au droit en question ». Je souscris à cette norme. Je signale cependant que, comme le contexte en l'espèce exige l'appréciation de philosophies sociales ou politiques opposées, l'analyse comporte le risque que l'on s'en remette à de simples assertions (*ipse dixit*). Devant des philosophies sociales ou politiques opposées, le principal facteur à prendre en considération pour ce qui est de la justification en vertu de l'article premier est le caractère raisonnable.

2002 SCC 68 (CanLII)

The reasons of the Chief Justice apply something seemingly more onerous than the "justification" standard referred to just above. She describes the right to vote as a "core democratic right" and suggests that its exemption from the s. 33 override somehow raises the bar for the government in attempting to justify its restriction (paras. 13 and 14). This altering of the justification standard is problematic in that it seems to be based upon the view that there is only one plausible social or political philosophy upon which to ground a justification for or against the limitation of the right. This approach, however, is incorrect on a basic reading of s. 1 of the *Charter*, which clearly does not constrain Parliament or authorize this Court to prioritize one reasonable social or political philosophy over reasonable others, but only empowers this Court to strike down those limitations which are not reasonable and which cannot be justified in a free and democratic society.

95 Dans ses motifs, le Juge en chef applique une norme qui semble plus exigeante que celle de la « justification » mentionnée précédemment. Elle décrit le droit de vote comme étant un « droit démocratique fondamental » et laisse entendre que le fait qu'il ne puisse faire l'objet d'une dérogation fondée sur l'art. 33 place en quelque sorte la barre haute pour le gouvernement lorsque vient le temps d'en justifier la restriction (par. 13 et 14). L'adoption de cette nouvelle norme de justification est problématique en ce sens qu'elle paraît fondée sur l'avis qu'une seule philosophie sociale ou politique plausible est susceptible de justifier la restriction ou la non-restriction du droit. Elle est erronée au vu du libellé de l'article premier de la *Charte*. Il est clair que cette disposition n'oblige pas le législateur ni n'autorise la Cour à établir un ordre de priorité parmi différentes philosophies sociales ou politiques raisonnables, mais permet seulement à la Cour d'annuler une restriction qui n'est pas raisonnable et qui ne peut être justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique.

The analysis cannot be skirted by qualifying the right to vote as a core democratic right. It does not follow from the fact that Parliament is denied the authority to remove or qualify the right to vote in its sole discretion under s. 33 that limitations on that right may not be justified under s. 1, or that a more onerous s. 1 analysis must necessarily apply. Constitutional writers and commentators point out that s. 33 was a political compromise, meant to bring together provinces opposed to the

96 On ne peut éluder l'analyse en qualifiant le droit de vote de droit démocratique fondamental. Le fait que le Parlement n'a pas le pouvoir de retirer le droit de vote ou de l'assortir de conditions à sa seule discrétion selon l'art. 33 ne signifie pas qu'il est impossible de justifier une restriction à ce droit en vertu de l'article premier ni qu'il faut absolument appliquer un critère de justification plus strict pour une analyse fondée sur l'article premier. Des auteurs et commentateurs constitutionnels ont fait

entrenchment of constitutional rights, with those in favour: P. Macklem et al., *Canadian Constitutional Law* (2nd ed. 1997), at pp. 597 and 646. Indeed Macklem et al. write at p. 597: "Added to the Charter at the last moment, this controversial provision captured the final political compromise among the provinces and federal government that facilitated the adoption of the Charter". There is little evidence of the intention behind excluding democratic rights (along with mobility rights, language rights, and enforcement provisions) from the ambit of s. 33, nor has this Court ever seriously considered the significance of such exclusion. The Chief Justice's conclusion at para. 11 that "[t]he framers of the *Charter* signaled the special importance of this right . . . by exempting it from legislative override . . ." requires examination before it can be used as support for nearly insulating the right to vote from s. 1 limitations. In fact, s. 33 and s. 1 are clearly different in their purpose, and the *Charter* clearly distinguishes their application to the right to vote. It does not behoove the Court to read s. 33 into s. 3 by finding in s. 3, when divorced from s. 1, the statement of a political philosophy which preempts another political philosophy which is reasonable and justified under the latter section. The *Charter* was not intended to monopolize the ideological space.

97 There is a flaw in an analysis which suggests that because one social or political philosophy can be justified, it necessarily means that another social or political philosophy is not justified: in other words, where two social or political philosophies exist, it is not by approving one that you disprove the other. Differences in social or political philosophy, which result in different justifications for limitations upon rights, are perhaps inevitable in a pluralist society. That having been said, it is only those limitations which are not reasonable or demonstrably justified in a free and democratic society which are unconstitutional. Therefore, the most significant analysis in

remarquer que l'art. 33 représentait un compromis politique, destiné à rapprocher les provinces hostiles à la consécration des droits constitutionnels et celles qui étaient en sa faveur : P. Macklem et autres, *Canadian Constitutional Law* (2e éd. 1997), p. 597 et 646. Voici ce qui est écrit à la p. 597 : [TRADUCTION] « Ajoutée à la Charte au dernier moment, cette disposition controversée représente le compromis politique de dernière heure entre les provinces et le gouvernement fédéral qui a facilité l'adoption de la Charte ». Il existe peu de preuve de l'intention du législateur quant à l'exclusion des droits démocratiques (au même titre que la liberté de circulation et d'établissement, les droits linguistiques et les dispositions sur les recours) du champ d'application de l'art. 33. Par ailleurs, la Cour n'a jamais sérieusement examiné l'importance d'une telle exclusion. La conclusion du Juge en chef au par. 11 selon laquelle « [l]es rédacteurs de la *Charte* ont souligné l'importance privilégiée que revêt ce droit [. . .] en le soustrayant à l'application de l'art. 33 (clause de dérogation) » doit faire l'objet d'un examen avant que l'on puisse l'invoquer pour quasiment isoler le droit de vote des restrictions prévues à l'article premier. En fait, l'art. 33 et l'article premier ont des objets manifestement différents, et la *Charte* établit une distinction claire quant à leur application au droit de vote. Il n'appartient pas à la Cour d'interpréter l'art. 3 en fonction de l'art. 33 en trouvant dans l'art. 3, pris indépendamment de l'article premier, l'énoncé d'une philosophie politique qui en écarte une autre, raisonnable et justifiée en vertu de l'article premier. La *Charte* n'a pas été conçue en vue de monopoliser l'espace idéologique.

Est vicié le raisonnement selon lequel, lorsqu'une philosophie sociale ou politique peut être justifiée, il s'ensuit nécessairement qu'une autre ne l'est pas. En d'autres termes, en présence de deux philosophies sociales ou politiques, l'approbation de l'une n'emporte pas la réfutation de l'autre. Les divergences philosophiques d'ordre social ou politique qui donnent lieu à différentes justifications de restrictions apportées à des droits sont peut-être inévitables dans une société pluraliste. Cela dit, seules sont inconstitutionnelles les restrictions qui ne sont pas raisonnables ou dont la justification ne peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et

2002 SCC 68 (CanLII)

this case is the examination of the social or political philosophy underpinning the justification advanced by the Crown. This is because it will indicate whether the limitation of the right to vote is reasonable and is based upon a justification which is capable of being demonstrated in a free and democratic society. If the choice made by Parliament is such, then it ought to be respected. The range of choices made by different legislatures in different jurisdictions, which I will review below, supports the view that there are many resolutions to the particular issue at bar which are reasonable; it demonstrates that there are many possible rational balances.

The role of this Court, when faced with competing social or political philosophies and justifications dependent on them, is therefore to define the parameters within which the acceptable reconciliation of competing values lies. The decision before this Court is therefore not whether or not Parliament has made a proper policy decision, but whether or not the policy position chosen is an acceptable choice amongst those permitted under the *Charter*. This was the view advanced by Linden J.A. for the Court of Appeal ([2000] 2 F.C. 117, at para. 60):

> Whether paragraph 51(*e*) of the Act is good penal policy or good public policy is not at issue in this appeal. It is not the role of this Court to decide what works with regard to penal policy and what does not. It is not the role of this Court to determine what theories of penology should be adopted by our elected legislatures. This case is about what, if anything, Parliament may or may not do to interfere with prisoner voting rights within the bounds of section 1 of the Charter. At issue is whether the statutory prohibition is sufficiently tailored and appropriately proportional, or whether Parliament must try again to fashion a still narrower bar, adopt a different approach, or abandon the objective altogether. [Emphasis in original.]

This Court has often affirmed this view that courts must be cautious not to unduly interfere in decisions which involve the balancing of conflicting policy considerations: see *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, *per* Le Dain J., at p. 392; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, *per* La Forest J., at pp. 522-23;

démocratique. En conséquence, l'analyse la plus déterminante en l'espèce est celle portant sur la philosophie sociale ou politique qui sous-tend la justification invoquée par le ministère public. Cette analyse permettra en effet de déterminer si la restriction du droit de vote est raisonnable et fondée sur une justification qui puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Si tel est le cas de la restriction en cause, le choix du législateur doit être respecté. On peut donc conclure, à partir des solutions retenues dans différents ressorts et dont il est question ci-après, qu'il y a de nombreuses manières raisonnables de régler la question en litige, les dosages rationnels possibles étant multiples.

2002 SCC 68 (CanLII)

98

Face à des philosophies sociales ou politiques opposées et à des justifications fondées sur elles, la Cour est donc appelée à définir les paramètres d'une conciliation acceptable des différentes valeurs en cause. La Cour n'a donc pas à déterminer si le législateur a pris ou non une bonne décision de politique générale, mais plutôt si, parmi les positions de principe qu'autorise la *Charte*, celle qu'il a adoptée est acceptable. C'est le point de vue qu'a exprimé le juge Linden, au nom de la Cour d'appel fédérale ([2000] 2 C.F. 117, par. 60) :

> L'appel ne porte pas sur la question de savoir si l'alinéa 51*e*) constitue une politique pénale ou gouvernementale valable. Il n'appartient pas à la Cour de décider ce qui convient ou non sur le plan de la politique pénale. Il n'est pas de son ressort de déterminer quelles théories de la science pénale devraient être retenues par nos législatures élues. L'instance porte sur les mesures attentatoires au droit de vote des prisonniers que le Parlement est autorisé ou non à prendre, le cas échéant, en regard de l'article premier de la Charte. La question à trancher est celle de savoir si l'interdiction légale est suffisamment adaptée et bien proportionnée à son objectif, ou si le Parlement doit tenter d'édicter une autre interdiction de portée plus restreinte, adopter une approche différente ou renoncer carrément à son objectif. [Souligné dans l'original.]

La Cour a dit à maintes reprises que les tribunaux devaient éviter toute ingérence indue dans des décisions comportant de la pondération de considérations de principe opposées : voir *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, le juge Le Dain, p. 392; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, le juge

Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources), [1989] 2 S.C.R. 49, *per* Dickson C.J., at pp. 90-92.

D) *Symbolic Arguments and Evidentiary Problems*

99 A subject that is related to and follows from the above discussion concerning the evaluation of competing social or political philosophies is the role of symbolic arguments in *Charter* adjudication. In the context of the *Charter* analysis, it is important not to downplay the importance of symbolic or abstract arguments. Symbolic or abstract arguments cannot be dismissed outright by virtue of their symbolism: many of the great principles, the values upon which society rests, could be said to be symbolic. In fact, one of the more important dimensions of s. 3 of the *Charter* is clearly its symbolism: the affirmation of political equality reflected in all citizens being guaranteed the right to vote, subject only to reasonable limits prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society. The case at bar concerns debates about symbolism, as the arguments involved relate to abstract concepts such as democracy, rights, punishment, the rule of law and civic responsibility. To choose a narrow reading of rights over the objectives advanced by Parliament is to choose one set of symbols over another.

100 In her reasons, the Chief Justice claims at para. 16 that Parliament is relying on "lofty objectives", and suggests at para. 23 that the presence of "symbolic and abstract" objectives is problematic. However, the reasons of the Chief Justice have the very same objective — to protect the value of the right to vote and the rule of law — and rely on equally vague concepts. Breaking down the meaning and value of the right to vote, one is unavoidably led to abstract and symbolic concepts such as the rule of law, the legitimacy of law and government, and the meaning of democracy. The Chief Justice discusses these concepts at length, along with theories of

La Forest, p. 522-523; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49, le juge en chef Dickson, p. 90-92.

D) *Les arguments symboliques et les problèmes de preuve*

L'exposé qui précède concernant l'appréciation de philosophies sociales ou politiques opposées soulève la question du rôle des arguments symboliques dans le cadre d'un examen fondé sur la *Charte*. Dans ce contexte, il importe de ne pas minimiser l'importance des arguments symboliques ou abstraits. La nature de ces arguments ne justifie pas leur rejet pur et simple : bon nombre des grands principes et des valeurs sur lesquels repose notre société pourraient être qualifiés de symboliques. En fait, ce qui caractérise le plus l'art. 3 de la *Charte* est certainement son caractère symbolique : l'affirmation de l'égalité politique se traduisant par l'octroi du droit de vote à tous les citoyens, sous réserve uniquement d'une restriction par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Bon nombre des arguments formulés en l'espèce portent sur le symbolisme en ce sens qu'ils comportent des notions abstraites comme la démocratie, les droits, la punition, la primauté du droit et la responsabilité du citoyen. Opter pour une interprétation stricte des droits au détriment des objectifs avancés par le législateur, c'est opter pour un ensemble de symboles au détriment d'un autre.

Dans ses motifs, le Juge en chef soutient au par. 16 que le législateur s'appuie sur de « nobles objectifs » et laisse entendre au par. 23 que la présence d'objectifs « symboliques et abstraits » est problématique. Pourtant les motifs du Juge en chef ont exactement le même objectif — protéger la valeur du droit de vote et la primauté du droit — et reposent sur des notions tout aussi vagues. Pour cerner la signification et la valeur du droit de vote, on doit nécessairement recourir à des concepts abstraits et symboliques, tels la primauté du droit, la légitimité du droit et du gouvernement ainsi que la signification de la démocratie. Le Juge en chef analyse

2002 SCC 68 (CanLII)

individual motivation. For instance, relying on the philosopher J. S. Mill, she suggests at para. 38 that "[t]o deny prisoners the right to vote is to lose an important means of teaching them democratic values and social responsibility". This type of statement is as symbolic, abstract and philosophical as the government's claim that denying serious incarcerated criminals the right to vote will strengthen democratic values and social responsibility.

longuement ces concepts, se fondant sur des théories de la motivation individuelle. Ainsi, citant le philosophe J. S. Mill au par. 38, elle écrit que « [p]river les prisonniers du droit de vote équivaut à abandonner un important moyen de leur inculquer des valeurs démocratiques et le sens des responsabilités sociales. » Ce genre de déclaration est aussi symbolique, abstrait et philosophique que la thèse du gouvernement, à savoir que le retrait du droit de vote aux détenus ayant commis des actes criminels graves renforcera les valeurs démocratiques et la responsabilité sociale.

Most of the evidence in this case is that of expert opinions on the matters of political theory, moral philosophy, philosophy of law, criminology, correctional policy, and penal theory. I would suggest distinguishing between two kinds of expert evidence in this case. First, there is very limited social scientific evidence, e.g. in the field of criminology, that seeks to establish the practical or empirical consequences of maintaining or lifting the ban on prisoner voting. Second, there is copious expert testimony in the nature of legal and political philosophy. I do not think that the Court need necessarily defer to this second type of expertise, or take into account the "skill" and "reputation" of the experts in weighing this evidence (as the trial judge purported to do at [1996] 1 F.C. 857, at pp. 865-66). First, most if not all of the philosophers or theorists on which these experts rely never in fact even addressed the specific issue of prisoner enfranchisement or disenfranchisement. Second, legal theory expert testimony in this context essentially purports to justify axiomatic principles. Therefore, these arguments are either persuasive or not. In this context, it is appropriate for courts to look not only to such theoretical arguments but also beyond, to factors such as the extent of public debate on an issue, the practices of other liberal democracies and, most especially, to the reasoned view of our democratically elected Parliament.

101 En l'espèce, la preuve est constituée principalement d'avis d'experts en matière de théorie politique, d'éthique, de philosophie du droit, de criminologie, de principes correctionnels et de théorie pénale. Il convient, selon moi, de regrouper ces éléments de preuve dans deux catégories. Premièrement, la preuve relevant des sciences sociales, notamment de la criminologie, et tendant à établir les conséquences pratiques ou empiriques de l'habilité ou de l'inhabilité des détenus à voter est très ténue. Deuxièmement, la preuve d'expert est abondante dans le domaine de la philosophie du droit et de la philosophie politique. Je ne crois pas que la Cour doive nécessairement s'en remettre à cette seconde catégorie ou tenir compte de la « compétence » ou de la « renommée » des experts pour soupeser cette preuve (comme le juge de première instance a dit le faire ([1996] 1 C.F. 857, p. 865-866)). Tout d'abord, la plupart des philosophes ou des théoriciens, sinon tous, sur lesquels s'appuient ces experts, n'abordent en fait jamais la question précise du droit de vote des prisonniers. D'autre part, le témoignage d'un théoricien du droit vise essentiellement, dans ce contexte, à justifier des énoncés axiomatiques. Ces arguments sont donc convaincants ou non. Dans ce contexte, les tribunaux doivent tenir compte non seulement de ces arguments théoriques, mais également de facteurs comme l'importance du débat public que suscite une question, les solutions appliquées dans d'autres démocraties libérales et, surtout, l'opinion éclairée de notre Parlement démocratiquement élu.

The evidence in this case, offered by both the appellants and the Crown, is abstract and symbolic and does not lend itself to being easily demonstrated.

102 La preuve offerte tant par les appelants que par le ministère public est abstraite et symbolique et son caractère probant n'est pas facile à établir. Par

2002 SCC 68 (CanLII)

For example, it was submitted before this Court that the Crown ought to have to demonstrate actual benefits or actual effectiveness of the provision which Parliament has chosen. On the facts, this is a nearly impossible task. The same demand, however, if made with regard to the effectiveness of the *Criminal Code* in general or in its specific provisions, would raise similar challenges: can it be shown that the *Criminal Code* is generally effective? It is as if to say that because there are still criminals, we ought to do away with the *Criminal Code*, because the existence of crime itself points towards an effectiveness problem. Symbolic or abstract arguments must be examined seriously for what they are, because that is effectively all that is before this Court. Further, one must not deny that the choices between and the interpretation of these symbolic or abstract arguments are clearly connected to significant concrete effects.

103 A key justification before this Court, to be analysed in depth below, is that serious crime reflects contempt for the rule of law and a rejection of the basis for the operation of a free and democratic society. This, if it is symbolic or abstract, reflects a core value of the community, a value that is reflected throughout the *Criminal Code* and in the provision before us today. As will be argued below, this value is based on a reasonable social or political philosophy. Temporarily removing the vote from serious criminal offenders while they are incarcerated is both symbolic and concrete in effect. Returning it on being released from prison is the same.

E) *"Dialogue" and Deference*

104 Linden J.A., in the Federal Court of Appeal below, stressed the importance of deference to Parliament. In para. 56 of his reasons, he stated:

> This case is another episode in the continuing dialogue between courts and legislatures on the issue of prisoner voting. In 1992 and 1993, two appeal courts and the Supreme Court of Canada held that a blanket disqualification of prisoners from voting, contained in earlier legislation which was challenged, violated section 3 of the Charter and could not be saved by section 1 of

exemple, on a fait valoir devant la Cour qu'il incombait au ministère public de faire la preuve de l'efficacité ou des avantages réels de la disposition pour laquelle le législateur a opté. Vu les circonstances de l'espèce, il s'agit presque d'une mission impossible. Cependant, si elle visait l'efficacité du *Code criminel* en général, ou de certaines de ses dispositions, cette exigence poserait la même difficulté : peut-on établir l'efficacité générale du *Code criminel*? C'est comme dire : puisqu'il y a encore des criminels, il faut abroger le *Code criminel*, la persistance de la criminalité faisant ressortir son inefficacité. Les arguments symboliques ou abstraits doivent faire l'objet d'un examen sérieux, compte tenu de leur nature, parce qu'ils constituent en fait toute la preuve dont dispose la Cour. De plus, il faut reconnaître que l'interprétation de ces arguments et l'adhésion à l'un d'eux ont manifestement des conséquences importantes sur le plan pratique.

La principale justification avancée en l'espèce, qui fait l'objet d'une analyse approfondie ci-après, est que les actes criminels graves traduisent le mépris de la primauté du droit et le rejet des assises d'une société libre et démocratique. Cet argument, s'il est symbolique ou abstrait, reflète une valeur fondamentale de la collectivité, une valeur qui imprègne toutes les dispositions du *Code criminel*, de même que la disposition contestée en l'espèce. Comme je vais m'employer à le démontrer, cette valeur se fonde sur une philosophie sociale ou politique raisonnable. Priver du droit de vote l'auteur d'un acte criminel grave pour la durée de son incarcération a un effet à la fois symbolique et tangible. Lui rendre ce droit à sa sortie de prison a le même effet.

E) *« Le dialogue » et la retenue*

Le juge Linden de la Cour d'appel fédérale a souligné l'importance de faire preuve de retenue vis-à-vis des décisions du Parlement. Voici ce qu'il dit au par. 56 de ses motifs :

> L'instance représente un nouvel épisode du dialogue incessant entre les tribunaux et les législatures sur la question du vote des prisonniers. En 1992 et 1993, deux tribunaux d'appel et la Cour suprême du Canada ont statué que l'inhabilité générale des prisonniers à voter, prévue par l'ancienne loi alors contestée, contrevenait à l'article 3 de la Charte et ne pouvait être validée par

2002 SCC 68 (CanLII)

the Charter. Parliament responded to this judicial advice by enacting legislation aimed at accomplishing part of its objectives while complying with the Charter. That legislation, which is being challenged in this case, disqualifies from voting only prisoners who are serving sentences of two years or more. [Footnotes omitted.]

This Court has stressed the importance of "dialogue" in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at paras. 138-39, and in *Mills*, *supra*, at paras. 20, 57 and 125. (See also P. W. Hogg and A. A. Bushell, "The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.) I am of the view that since this case is about evaluating choices regarding social or political philosophies and about shaping, giving expression, and giving practical application to values, especially values that may lie outside the *Charter* but are of fundamental importance to Canadians, "dialogue" is of particular importance. In my view, especially in the context of the case at bar, the heart of the dialogue metaphor is that neither the courts nor Parliament hold a monopoly on the determination of values. Importantly, the dialogue metaphor does not signal a lowering of the s. 1 justification standard. It simply suggests that when, after a full and rigorous s. 1 analysis, Parliament has satisfied the court that it has established a reasonable limit to a right that is demonstrably justified in a free and democratic society, the dialogue ends; the court lets Parliament have the last word and does not substitute Parliament's reasonable choices with its own.

Linden J.A. stressed the need for deference to Parliament's having chosen to draw a particular line regarding which criminal offences are serious enough to warrant the loss of the vote. I suggest that regardless of the relationship between the timing of the Royal Assent to the modifications to s. 51(*e*) of the Act and the decision of this Court in the first *Sauvé* case, there has been, generally, "dialogue" undertaken between the courts and Parliament. "Dialogue" has existed insofar as Parliament had been addressing, since well before the decision of the Court of Appeal below, an evaluation of the

l'article premier de la Charte. Le Parlement a réagi à cette opinion judiciaire en édictant des dispositions législatives visant à réaliser en partie ses objectifs, tout en respectant la Charte. Ces dispositions, qui sont contestées en l'espèce, ne privent du droit de vote que les prisonniers qui purgent une peine de deux ans ou plus. [Notes omises.]

La Cour a souligné l'importance du « dialogue » dans *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 138-139, et *Mills*, précité, par. 20, 57 et 125. (Voir également P. W. Hogg et A. A. Bushell, « The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures » (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.) La Cour étant appelée à se prononcer sur des choix en matière de philosophies sociales ou politiques et à façonner des valeurs — dont certaines sont susceptibles d'être étrangères à la *Charte*, mais de revêtir une importance fondamentale pour les Canadiens —, à les formuler et à leur donner une application pratique, j'estime que le « dialogue » s'impose tout particulièrement en l'espèce. À mon sens, surtout dans les circonstances de l'espèce, la métaphore du dialogue signifie que ni les tribunaux ni le Parlement n'ont le monopole de la détermination des valeurs. L'important est que la métaphore du dialogue ne signifie pas un affaiblissement de la norme de justification en application de l'article premier. Elle signifie simplement que, lorsque le législateur, après une analyse complète et rigoureuse fondée sur l'article premier, a convaincu le tribunal qu'il a apporté à un droit une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, le « dialogue » prend fin; les tribunaux reconnaissent que le dernier mot appartient au Parlement et ne substituent pas leur choix aux choix raisonnables du législateur.

105

Le juge Linden a insisté sur la nécessité de respecter la limite fixée par le législateur quant aux actes criminels qui sont suffisamment graves pour justifier le retrait du droit de vote. Que l'on puisse ou non établir une corrélation entre la date de la sanction royale des modifications apportées à l'al. 51*e*) de la Loi et l'arrêt de la Cour dans la première affaire *Sauvé*, un « dialogue » a généralement eu lieu entre les tribunaux et le législateur. Il y a eu « dialogue » dans la mesure où, bien avant la décision de la Cour d'appel fédérale, le législateur a examiné la nature du droit de vote et, plus particulièrement, la question

2002 SCC 68 (CanLII)

nature of the right to vote, and specifically, the issue of prisoner disenfranchisement. This evaluation was obviously undertaken with the many cases concerning prisoner disenfranchisement that had occurred up to that point in mind, including: *Re Jolivet and The Queen* (1983), 1 D.L.R. (4th) 604 (B.C.S.C.); *Gould v. Canada (Attorney General)*, [1984] 2 S.C.R. 124, aff'g [1984] 1 F.C. 1133 (C.A.), rev'g [1984] 1 F.C. 1119 (T.D.); *Lévesque v. Canada (Attorney General)*, [1986] 2 F.C. 287 (T.D.); *Badger v. Attorney-General of Manitoba* (1986), 30 D.L.R. (4th) 108 (Man. Q.B.), aff'd (1986), 32 D.L.R. (4th) 310 (Man. C.A.); *Badger v. Canada (Attorney General)* (1988), 55 Man. R. (2d) 211 (Q.B.), rev'd (1988), 55 D.L.R. (4th) 177 (Man. C.A.), leave to appeal refused, [1989] 1 S.C.R. v; *Sauvé v. Canada (Attorney General)* (1988), 66 O.R. (2d) 234 (H.C.), rev'd (1992), 7 O.R. (3d) 481 (C.A.); *Belczowski v. Canada*, [1991] 3 F.C. 151 (T.D.), aff'd [1992] 2 F.C. 440 (C.A.). What is also particularly relevant is that s. 51(*e*) of the Act received Royal Assent on May 6, 1993, well after both the Ontario Court of Appeal handed down its decision in the first *Sauvé* case (March 25, 1992) and the Federal Court of Appeal handed down its decision in *Belczowski* (February 17, 1992).

106 I note as well that a Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing, the "Lortie Commission", was established in November 1989. The Final Report of that Commission was submitted to Cabinet in November 1991. That report canvassed specifically the issue of the disqualification of certain groups of voters, including prison inmates.

107 To repeat: deference does not mean that this Court must not rigorously examine the justifications presented by the Crown for s. 51(*e*) of the Act. As Iacobucci J. noted in his partial dissent in *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69, at para. 221: "While deference is appropriate, our Court cannot abdicate its duty to demand that the government justify legislation limiting *Charter* rights." This point was also discussed by McLachlin J. in *RJR-MacDonald*, *supra*, at para. 136, explaining that there is a fine line between the appropriateness

de l'inhabilité des prisonniers à voter. Cet examen faisait manifestement suite aux nombreuses décisions judiciaires rendues à ce sujet, dont : *Re Jolivet and The Queen* (1983), 1 D.L.R. (4th) 604 (C.S.C.-B.); *Gould c. Canada (Procureur général)*, [1984] 2 R.C.S. 124, conf. [1984] 1 C.F. 1133 (C.A.), inf. [1984] 1 C.F. 1119 (1re inst.); *Lévesque c. Canada (Procureur général)*, [1986] 2 C.F. 287 (1re inst.); *Badger c. Attorney-General of Manitoba* (1986), 30 D.L.R. (4th) 108 (B.R. Man.), conf. par (1986), 32 D.L.R. (4th) 310 (C.A. Man.); *Badger c. Canada (Attorney General)* (1988), 55 Man. R. (2d) 211 (B.R.), inf. par (1988), 55 D.L.R. (4th) 177 (C.A. Man.), autorisation de pourvoi refusée, [1989] 1 R.C.S. v; *Sauvé c. Canada (Attorney General)* (1988), 66 O.R. (2d) 234 (H.C.), inf. par (1992), 7 O.R. (3d) 481 (C.A.); *Belczowski c. Canada*, [1991] 3 C.F. 151 (1re inst.), conf. par [1992] 2 C.F. 440 (C.A.). Un autre facteur fort pertinent est que l'al. 51*e*) de la Loi a obtenu la sanction royale le 6 mai 1993, soit bien après que la Cour d'appel de l'Ontario eut rendu sa décision dans la première affaire *Sauvé* (25 mars 1992) et que la Cour d'appel fédérale eut prononcé l'arrêt *Belczowski* (17 février 1992).

Je remarque par ailleurs que la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis, la « Commission Lortie », a été mise sur pied en novembre 1989. Elle a présenté son rapport final au Cabinet en novembre 1991. Dans ce rapport, elle analysait précisément la question du retrait du droit de vote à certaines catégories d'électeurs, dont les prisonniers.

Je le répète : la retenue judiciaire ne signifie pas que la Cour ne doit pas examiner rigoureusement les justifications présentées par le ministère public à l'appui de l'al. 51*e*) de la Loi. Comme l'a fait remarquer le juge Iacobucci, dissident en partie, dans *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69, par. 221, « [q]uoiqu'il convienne de faire montre de déférence, notre Cour ne peut pas faire abstraction de l'obligation qui lui incombe d'exiger du gouvernement qu'il justifie les mesures législatives restreignant des droits garantis par la *Charte* ».

2002 SCC 68 (CanLII)

of deference and the role of this Court to safeguard *Charter* rights:

> . . . care must be taken not to extend the notion of deference too far. Deference must not be carried to the point of relieving the government of the burden which the *Charter* places upon it of demonstrating that the limits it has imposed on guaranteed rights are reasonable and justifiable. Parliament has its role: to choose the appropriate response to social problems within the limiting framework of the Constitution. But the courts also have a role: to determine, objectively and impartially, whether Parliament's choice falls within the limiting framework of the Constitution. The courts are no more permitted to abdicate their responsibility than is Parliament. To carry judicial deference to the point of accepting Parliament's view simply on the basis that the problem is serious and the solution difficult, would be to diminish the role of the courts in the constitutional process and to weaken the structure of rights upon which our constitution and our nation is founded.

Most basically, what the commentary regarding "dialogue" and deference goes to in this case is keeping in mind the importance of what was discussed above regarding the existence of competing social or political philosophies when embarking upon flexible and contextual s. 1 *Charter* analysis. In the specific factual context of the case at bar, I think that this challenge was well summarized by Lord Justice Kennedy in a recent case from the United Kingdom regarding prisoner disenfranchisement in the context of the U.K.'s incorporation in the *Human Rights Act 1998* (U.K.), 1998, c. 42, of the European *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (also known as the *European Convention on Human Rights* ("*ECHR*")), 213 U.N.T.S. 221. In *Pearson v. Secretary of State for the Home Department*, [2001] E.W.J. No. 1566 (QL) (Div. Ct.), Lord Justice Kennedy stated, at para. 23:

> As Parliament has the responsibility for deciding what shall be the consequences of conviction by laying down the powers and duties of a sentencing tribunal or other body it necessarily follows that lines have to be drawn,

Le juge McLachlin s'est également prononcée sur la question dans *RJR-MacDonald*, précité, par. 136, où elle a expliqué qu'il existe un équilibre subtil entre l'opportunité de faire preuve de retenue et le rôle qu'a la Cour de protéger les droits conférés par la *Charte* :

> . . . il faut prendre soin de ne pas pousser trop loin la notion du respect. Le respect porté ne doit pas aller jusqu'au point de libérer le gouvernement de l'obligation que la *Charte* lui impose de démontrer que les restrictions qu'il apporte aux droits garantis sont raisonnables et justifiables. Le Parlement a son rôle : choisir la réponse qui convient aux problèmes sociaux dans les limites prévues par la Constitution. Cependant, les tribunaux ont aussi un rôle : déterminer de façon objective et impartiale si le choix du Parlement s'inscrit dans les limites prévues par la Constitution. Les tribunaux n'ont pas plus le droit que le Parlement d'abdiquer leur responsabilité. Les tribunaux se trouveraient à diminuer leur rôle à l'intérieur du processus constitutionnel et à affaiblir la structure des droits sur lesquels notre constitution et notre nation sont fondées, s'ils portaient le respect jusqu'au point d'accepter le point de vue du Parlement simplement pour le motif que le problème est sérieux et la solution difficile.

2002 SCC 68 (CanLII)

108

Plus fondamentalement, ce qu'il faut retenir en l'espèce des observations sur le « dialogue » et la retenue judiciaire c'est que, au moment d'entreprendre, de manière souple et contextuelle, l'analyse fondée sur l'article premier de la *Charte*, il faut se rappeler l'importance des considérations précédentes concernant l'existence de philosophies sociales ou politiques opposées. Vu les circonstances de la présente affaire, je crois que le lord juge Kennedy a bien résumé cette obligation dans une affaire britannique récente portant sur l'inhabilité des détenus à voter au regard de l'intégration dans la loi nationale (la *Human Rights Act 1998* (R.-U.), 1998, ch. 42) de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* (également appelée *Convention européenne des droits de l'homme*) (« *CEDH* »)), 213 R.T.N.U. 221. Dans *Pearson c. Secretary of State for the Home Department*, [2001] E.W.J. No. 1566 (QL) (Div. Ct.), le lord juge Kennedy déclare au par. 23 :

> [TRADUCTION] Comme il appartient au Parlement de décider des conséquences d'une déclaration de culpabilité en établissant les attributions et les obligations du tribunal (ou autre organisme) qui inflige la peine, il

and that on subsequent examination a case can be made in favour of the line being drawn somewhere else, but in deference to the legislature courts should not easily be persuaded to condemn what has been done, especially where it has been done in primary legislation after careful evaluation and against a background of increasing public concern about crime.

F) *A Rational and Reasonable Social or Political Philosophy Underpins the Crown's Justification for the Limitation of the Section 3 Right*

109 What social or political philosophy has motivated Parliament to insist on the temporary disenfranchisement of prisoners? Is it reasonable and rational? I suggest that, in enacting s. 51(*e*) of the Act and in providing a justification of that provision before the courts, Parliament has indicated that it has drawn a line. This line reflects a moral statement about serious crime, and about its significance to and within the community. The core of this moral statement is the denunciation of serious crime, serious antisocial acts. Parliament has indicated that criminal conduct of such severity that it warrants imprisonment for a sentence of two years or more also carries with it the disenfranchisement of the offender for the duration of his or her incarceration. Most importantly, as I will develop below, this basis for the Crown's justification is both rational and reasonable.

110 The fact that the line drawn is related to sentences which flow from the commission of crimes under the *Criminal Code* is of great relevance. As noted above, this Court has held that the *Criminal Code* and its provisions are declaratory of values, values on which society rests: see *Keegstra*, *supra*, at pp. 769 and 787. Therefore, it is perfectly appropriate to look to these underlying values and their explanation to assist in the seeking of a reconciliation of the competing interests at hand. With regard to importing such values into *Charter* analysis, I refer not only to my discussion above regarding reading s. 3 of the *Charter* with s. 1, but also to the oft-cited statement by Dickson C.J. for the majority in *Slaight Communications*, *supra*, at p. 1056, that

s'ensuit nécessairement que la ligne de démarcation doit être tracée quelque part et que, lors d'un examen ultérieur, on pourra soutenir que la ligne aurait dû être tracée ailleurs. Cependant, par respect pour le législateur, les tribunaux ne doivent pas se laisser facilement convaincre de condamner une mesure législative, surtout lorsqu'elle a été adoptée dans le cadre d'une loi principale à l'issue d'une évaluation minutieuse et dans le contexte de l'inquiétude croissante de la population face à la criminalité.

F) *Une philosophie sociale ou politique à la fois rationnelle et raisonnable sous-tend la justification, avancée par le ministère public, de la restriction du droit garanti à l'art. 3*

Quelle philosophie sociale ou politique a amené le Parlement à priver temporairement les prisonniers du droit de vote? Est-elle raisonnable et rationnelle? Selon moi, l'adoption de l'al. 51*e*) de la Loi et sa justification devant les tribunaux indiquent que le législateur a tracé une ligne. La limite ainsi établie reflète une prise de position morale vis-à-vis des actes criminels graves et de leur signification pour la collectivité. Cette prise de position morale dénonce essentiellement les crimes et les comportements antisociaux graves. Le Parlement a indiqué que le comportement criminel dont la gravité justifie une peine d'emprisonnement de deux ans ou plus a aussi pour conséquence la privation du droit de vote pour la durée de l'incarcération. Mais surtout, comme je l'explique plus loin, ce fondement de la justification avancée par le ministère public est à la fois rationnel et raisonnable.

Le fait que la ligne de démarcation soit tracée en fonction des peines infligées par suite de la perpétration de crimes prévus dans le *Code criminel* est très pertinent. Je le répète, la Cour a statué que le *Code criminel* énonce les valeurs sur lesquelles se fonde notre société : voir *Keegstra*, précité, p. 769 et 787. Il est donc tout à fait opportun de tenir compte de ces valeurs sous-jacentes et de leur raison d'être pour la conciliation des intérêts qui s'opposent en l'espèce. Quant à l'intégration de ces valeurs à l'analyse fondée sur la *Charte*, je renvoie non seulement aux remarques antérieures concernant l'interprétation de l'art. 3 de pair avec l'article premier de la *Charte*, mais également au passage maintes fois cité des motifs

2002 SCC 68 (CanLII)

"[t]he underlying values of a free and democratic society both guarantee the rights in the *Charter* and, in appropriate circumstances, justify limitations upon those rights."

du juge en chef Dickson, s'exprimant au nom des juges majoritaires, dans *Slaight Communications*, précité, p. 1056 : « Les valeurs fondamentales d'une société libre et démocratique garantissent les droits prévus dans la *Charte* et, lorsque cela est indiqué, justifient la restriction de ces droits ».

In my concurring opinion in *Butler*, *supra*, I discussed the legitimate role of the state to act on the basis of morality. I stated, at p. 522, that "I cannot conceive that the State could not legitimately act on the basis of morality. Since its earliest *Charter* pronouncements, this Court has acknowledged this possibility". I continued at pp. 523-24:

111 Dans *Butler*, précité, je me suis prononcé, dans mes motifs concourants, sur le pouvoir légitime de l'État d'agir en se fondant sur la moralité et j'ai dit à la p. 522 : « je ne puis concevoir que l'État ne puisse légitimement agir en se fondant sur la moralité. Depuis ses premières décisions concernant la *Charte*, la Cour a reconnu cette possibilité ». Puis j'ai ajouté aux p. 523-524 :

> In a pluralistic society like ours, many different conceptions of the good are held by various segments of the population. The guarantees of s. 2 of the *Charter* protect this pluralistic diversity. However, if the holders of these different conceptions agree that some conduct is not good, then the respect for pluralism that underlies s. 2 of the *Charter* becomes less insurmountable an objection to State action . . . . In this sense a wide consensus among holders of different conceptions of the good is necessary before the State can intervene in the name of morality. This is also comprised in the phrase "pressing and substantial".

> Dans une société pluraliste comme la nôtre, les divers segments de la population ont maintes conceptions différentes de ce qui est bien. Les garanties prévues à l'art. 2 de la *Charte* protègent cette diversité pluraliste. Cependant, si les tenants de ces diverses conceptions reconnaissent qu'une conduite donnée n'est pas bonne, alors le respect du pluralisme qui sous-tend l'art. 2 de la *Charte* devient une objection moins insurmontable à l'intervention de l'État [. . .] En ce sens, il doit exister un vaste consensus entre les tenants des diverses conceptions du bien pour que l'État puisse intervenir en invoquant la moralité. Cela est également compris dans l'expression « urgent et réel ».

This view of the role of morality in law has been developed by Professor J. Raz, who states in his book *The Morality of Freedom* (1986), at p. 133, that ". . . it is the goal of all political action to enable individuals to pursue valid conceptions of the good and to discourage evil or empty ones". I agree with this view. In *Making Men Moral* (1993), at p. 170, Professor R. P. George describes Professor Raz's view as the following:

112 Le professeur J. Raz a développé cette conception du rôle de la moralité dans le droit. Dans son ouvrage *The Morality of Freedom* (1986), il dit ce qui suit à la p. 133 : [TRADUCTION] « le but de toute action politique est d'inciter les individus à rechercher de justes conceptions du bien et à se détourner des mauvaises ou de celles qui sont creuses ». Je partage ce point de vue. Dans son ouvrage *Making Men Moral* (1993), p. 170, le professeur R. P. George décrit ainsi la thèse du professeur Raz :

> . . . political theory cannot prescind from questions of individual morality — it cannot simply leave individual morality to the individual. The principles of political morality are tightly connected to the principles that establish the moral rectitude or culpability of individual action. He [Professor Raz] does not conclude that the state is warranted in enforcing every moral norm; but he does argue that the state cannot adopt a position of neutrality with respect to these norms.

> [TRADUCTION] . . . la théorie politique ne peut être dissociée des questions de moralité individuelle — elle ne peut pas simplement confier à l'individu le soin de définir la moralité individuelle. Les principes de moralité politique sont étroitement liés aux principes qui établissent la droiture morale ou la responsabilité de chacun vis-à-vis de ses actes. Le professeur Raz ne conclut pas que l'État est justifié d'appliquer toute norme morale; mais il soutient que l'État ne peut être neutre vis-à-vis de ces normes.

2002 SCC 68 (CanLII)

113 In my view, the real challenge is not justifying state activity on the basis of morality in the abstract, but determining which specific moral claims are sufficient to warrant consideration in determining the extent of *Charter* rights. As I quoted in *Butler*, *supra*, at p. 523, Professor R. Dworkin's *Taking Rights Seriously* (1977) notes, at p. 255, that:

> The claim that a moral consensus exists is not itself based on a poll. It is based on an appeal to the legislator's sense of how his community reacts to some disfavored practice. But this same sense includes an awareness of the grounds on which that reaction is generally supported. If there has been a public debate involving the editorial columns, speeches of his colleagues, the testimony of interested groups, and his own correspondence, these will sharpen his awareness of what arguments and positions are in the field. He must sift these arguments and positions, trying to determine which are prejudices or rationalizations, which pre-suppose general principles or theories vast parts of the population could not be supposed to accept, and so on.

The issue is therefore identifying what amounts to a fundamental enough conception of morality. In *Butler*, *supra*, at p. 523, I developed reasoning to assist in such identification. The first inquiry to be satisfied is that the moral claim is grounded, meaning that it ". . . must involve concrete problems such as life, harm, well-being . . . and not merely differences of opinion or of taste. Parliament cannot restrict *Charter* rights simply on the basis of dislike; this is what is meant by the expression 'substantial and pressing' concern". The second inquiry is that ". . . a consensus must exist among the population on these claims. They must attract the support of more than a simple majority of people".

114 In the case at bar, the provision in question denounces serious crime, with a view to enhancing the general purposes of the criminal sanction and to promoting civic responsibility and the rule of law. Surely such objectives qualify as reflecting a "fundamental conception of morality". Attention to what is "moral" is concerned ". . . with the

J'estime que le véritable défi n'est pas de justifier l'activité de l'État sur le fondement de la moralité dans l'abstrait, mais bien de décider quelles prétentions morales méritent d'être prises en considération pour déterminer la portée des droits garantis par la *Charte*. Dans *Butler*, précité, p. 523, je citais le professeur R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), p. 255 :

> [TRADUCTION] La prétention qu'il existe un consensus moral ne repose pas sur un sondage. Elle se fonde sur la façon dont le législateur perçoit la réaction de la société face à certaines pratiques désapprouvées. Toutefois, le législateur doit aussi être conscient des motifs sur lesquels cette réaction se fonde généralement. S'il y a eu un débat public qui a donné lieu à des éditoriaux dans les journaux, à des discours de ses collègues, à des témoignages des groupes intéressés et des lettres, il sera d'autant plus conscient des arguments et des positions en présence. Il doit passer en revue ces arguments et positions et tenter d'établir lesquels constituent des partis pris ou des rationalisations, ce qui présuppose le recours à des théories ou à des principes généraux que de grands segments de la population pourraient bien ne pas accepter, et ainsi de suite.

Il s'agit donc de déterminer dans quelles circonstances une conception morale revêt un caractère suffisamment fondamental. Dans *Butler*, précité, p. 523, j'ai proposé une démarche à cette fin. Le tribunal doit tout d'abord être convaincu que la prétention morale est fondée : elle doit « porter sur des problèmes concrets, comme la vie, le préjudice, le bien-être [. . .]; il ne doit pas s'agir simplement de divergences d'opinions ou de goûts. Le Parlement ne saurait restreindre les droits garantis par la *Charte* simplement pour des motifs d'aversion; c'est ce qu'on entend par préoccupation ''réelle et urgente'' ». Deuxièmement, il faut établir qu'il existe « un consensus au sein de la population quant à ces prétentions. Elles doivent bénéficier de l'appui de plus d'une majorité simple de la population ».

En l'espèce, la disposition en question dénonce l'acte criminel grave dans le but de favoriser la réalisation des objectifs généraux de la sanction pénale et d'accroître la responsabilité civique et le respect de la règle de droit. On peut certainement considérer que ces objectifs reflètent une « conception fondamentale de la moralité ». Le sens moral s'entend

2002 SCC 68 (CanLII)

distinction between right and wrong" (*Concise Oxford Dictionary* (9th ed. 1995)). The provision in question, like the *Criminal Code* in its entirety, by virtue of the focus upon criminal activity, is addressed at specifically this.

The denunciation of crime and its effects on society is often explained by reference to the notion of the social contract. The social contract is the theoretical basis upon which the exercise of rights and participation in the democratic process rests. In my view, the social contract necessarily relies upon the acceptance of the rule of law and civic responsibility and on society's need to promote the same. The preamble to the *Charter* establishes that ". . . Canada is founded upon principles that recognize the supremacy of God and the rule of law . . .". In *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at p. 750, this Court cited with approval a passage from *The Authority of Law* (1979) by Professor Raz, wherein he states that "'The rule of law' means literally what it says . . . . It has two aspects: (1) that people should be ruled by the law and obey it, and (2) that the law should be such that people will be able to be guided by it." The important point arising from that passage is the corollary that promoting law-abiding behaviour can be thought to be a dimension of the rule of law as well. Further, the rule of law, as was said in the *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at p. 257, "vouchsafes to the citizens and residents of the country a stable, predictable and ordered society in which to conduct their affairs." Given its fundamental importance in our society, it is not surprising that Parliament occasionally insists on taking some action to promote it, to safeguard it. As was stated by Wilson J. in *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, at p. 489: "There is no liberty without law and there is no law without some restriction of liberty: see Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), p. 267."

Permitting the exercise of the franchise by offenders incarcerated for serious offences undermines the rule of law and civic responsibility because such persons have demonstrated a great disrespect for the community in their committing

du « discernement du bien et du mal » (*Le Nouveau Petit Robert* (2000) à l'entrée « moral »). C'est précisément ce que fait la disposition en cause, tout comme le *Code criminel* en entier, puisqu'elle met l'accent sur l'activité criminelle.

115 On invoque souvent la notion de contrat social pour expliquer la dénonciation du crime et de ses effets sur la société. Le contrat social est le fondement théorique de l'exercice des droits et de la participation au processus démocratique. À mon sens, il s'appuie nécessairement sur l'acceptation de la règle de droit et de la responsabilité civique, ainsi que sur la nécessité, pour la société, de les promouvoir. Le préambule de la *Charte* établit que « le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit . . . » Dans *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 750, la Cour a cité en l'approuvant l'extrait suivant de l'ouvrage *The Authority of Law* (1979) du professeur Raz : [TRADUCTION] « La "primauté du droit" signifie littéralement ce que l'expression dit : [. . .] L'expression signifie deux choses : (1) que les gens doivent être régis par le droit et tenus d'y obéir et (2) que le droit doit être de nature à pouvoir servir de guide aux gens ». Il ressort surtout de cet extrait que promouvoir le respect de la règle de droit peut également être assimilé à une dimension de la règle de droit. De plus, comme la Cour l'a dit dans *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, p. 257, la primauté du droit « assure aux citoyens et résidents une société stable, prévisible et ordonnée où mener leurs activités. » Vu son importance fondamentale dans notre société, il n'est pas étonnant que le législateur tienne parfois à prendre des mesures afin de la promouvoir, de la préserver. Comme l'a dit le juge Wilson dans *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, p. 489 : « Il n'y a pas de liberté sans règles de droit et il n'y a pas de règles de droit sans une certaine restriction de la liberté : voir Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), p. 267 ».

116 Accorder le droit de vote aux personnes incarcérées pour avoir commis des actes criminels graves va à l'encontre de la primauté du droit et de la responsabilité civique. En effet, ces personnes ont fait preuve d'un profond mépris pour la collectivité en

2002 SCC 68 (CanLII)

serious crimes: such persons have attacked the stability and order within our community. Society therefore may choose to curtail temporarily the availability of the vote to serious criminals both to punish those criminals and to insist that civic responsibility and respect for the rule of law, as goals worthy of pursuit, are prerequisites to democratic participation. I say "goals worthy of pursuit" because it is clear that not all those who are otherwise eligible to vote are guaranteed to exercise civic responsibility, since, for example, there may be serious criminal offenders who may have avoided being apprehended and therefore still vote. This does not, however, detract from the laudability of the goal.

117 Related to the notion of the social contract is the importance of reinforcing the significance of the relationship between individuals and their community when it comes to voting. This special relationship is inherent in the fact that it is only "citizens" who are guaranteed the right to vote within s. 3 of the *Charter*. This limitation of the scope of s. 3 of the *Charter* stands in stark contrast to the protections offered by the fundamental freedoms, legal rights, and equality rights in the *Charter*, which are available to "everyone" or to "every individual". I am of the view that this limitation reflects the special relationship, characterized by entitlements and responsibilities, between citizens and their community. It is this special relationship and its responsibilities which serious criminal offenders have assaulted.

118 It is for this same reason, the importance of the nexus between voters and their community, that many jurisdictions qualify the right to vote with residency requirements. This Court, in *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, upheld residency requirements as a reasonable qualification to the eligibility to vote in a referendum. While it is clear that there was no breach of s. 3 of the *Charter* in that case since s. 3 does not apply to referenda, *Haig*, *supra*, generally seems to imply that residency requirements may be capable of being reasonable qualifications upon the right to vote. This reasonableness arises not only from practical concerns, but also from the nexus between a particular individual's eligibility to vote in an election, their relationship to the community,

commettant des actes criminels graves : une attaque à la stabilité et à l'ordre social. La société peut donc suspendre temporairement leur droit de vote non seulement pour les punir, mais aussi pour affirmer que la responsabilité civique et le respect de la règle de droit, en tant qu'« objectifs légitimes », sont des conditions préalables à la participation démocratique. J'emploie cette expression parce que, de toute évidence, il n'est pas garanti que tous ceux qui sont par ailleurs habiles à voter feront preuve de responsabilité civique, étant donné, par exemple, que certains auteurs d'actes criminels graves peuvent se soustraire à la justice et conserver ainsi leur droit de vote. L'objectif n'en demeure pas moins louable.

À la notion de contrat social se rattache l'importance de souligner le lien entre l'individu et la collectivité dans le contexte de l'exercice du droit de vote. Ce lien particulier tient à ce que seul le droit de vote des « citoyens » est garanti par l'art. 3 de la *Charte*. La restriction de la portée de l'art. 3 contraste manifestement avec la protection offerte par les libertés fondamentales et les droits, y compris les droits à l'égalité, que la *Charte* garantit à « chacun » ou à « tous ». Selon moi, cette application restrictive traduit l'existence d'un lien particulier entre le citoyen et la collectivité se caractérisant par des droits et des obligations. C'est à ce lien particulier et aux obligations qui en découlent que s'attaquent les auteurs d'actes criminels graves.

De nombreux ressorts invoquent le même motif — l'importance du lien entre les électeurs et la collectivité — pour assortir le droit de vote des conditions de résidence. Dans *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, la Cour a statué que l'application de telles conditions constituait une restriction raisonnable du droit de voter lors de référendums. Même s'il n'y avait manifestement pas d'atteinte à l'art. 3 de la *Charte*, celui-ci ne s'appliquant pas aux référendums, cet arrêt semble généralement indiquer que l'application d'une condition de résidence peut constituer une restriction raisonnable du droit de vote. Ce caractère raisonnable découle non seulement de considérations pratiques, mais aussi du lien entre le droit d'une personne donnée de voter à un

2002 SCC 68 (CanLII)

and the fact that it is that community which will be subjected to the results of the election.

The American constitutional law scholar, Professor L. H. Tribe, notes in his text *American Constitutional Law* (2nd ed. 1988), at p. 1084:

> Every state, as well as the federal government, imposes some restrictions on the franchise. Although free and open participation in the electoral process lies at the core of democratic institutions, the need to confer the franchise on all who aspire to it is tempered by the recognition that completely unlimited voting could subvert the ideal of popular rule which democracy so ardently embraces. Moreover, in deciding who may and who may not vote in its elections, a community takes a crucial step in defining its identity. If nothing else, even though anyone in the world might have some interest in any given election's outcome, a community should be empowered to exclude from its elections persons with no real nexus to the community as such. [Emphasis added.]

This analysis explains why citizenship or residency is a reasonable minimum requirement for voting, since such indicators are often equated with identification to a particular political community. The importance of the nexus, however, also helps to understand the context of the particular disenfranchisement in question in the case at bar. The disenfranchisement of serious criminal offenders serves to deliver a message to both the community and the offenders themselves that serious criminal activity will not be tolerated by the community. In making such a choice, Parliament is projecting a view of Canadian society which Canadian society has of itself. The commission of serious crimes gives rise to a temporary suspension of this nexus: on the physical level, this is reflected in incarceration and the deprivation of a range of liberties normally exercised by citizens and, at the symbolic level, this is reflected in temporary disenfranchisement. The symbolic dimension is thus a further manifestation of community disapproval of the serious criminal conduct.

From the perspective of persons whose criminal activity has resulted in their temporary disenfranchisement, their benefiting from society brought with it the responsibility to be subjected to the sanctions which the state decides will be attached to

scrutin, la relation entre cette personne et la collectivité et le fait que c'est cette collectivité qui sera liée par le résultat du scrutin.

119 Dans *American Constitutional Law* (2e éd. 1988), p. 1084, le professeur L. H. Tribe, spécialiste du droit constitutionnel américain, signale :

> [TRADUCTION] Tous les États, ainsi que le gouvernement fédéral, limitent le droit de vote jusqu'à un certain point. Bien que la libre participation au processus électoral soit au cœur de nos institutions démocratiques, la nécessité d'accorder le droit de vote à quiconque souhaite l'exercer est atténuée par le fait qu'un droit de vote absolu subvertirait l'idéal du suffrage universel auquel la démocratie tient si farouchement. De plus, en décidant qui peut et qui ne peut pas voter à un scrutin, la collectivité franchit une étape cruciale dans la définition de son identité. Même si n'importe qui pourrait avoir un intérêt dans l'issue d'un scrutin, une collectivité devrait pouvoir l'exclure de l'électorat pour le motif qu'il n'a aucun lien réel avec elle. [Je souligne.]

La citoyenneté ou la résidence seraient donc des exigences minimales raisonnables pour l'exercice du droit de vote puisqu'on les considère souvent comme des indicateurs de l'appartenance à une collectivité politique en particulier. Cependant, l'importance du lien permet également de comprendre le contexte de la privation du droit de vote qui est contestée en l'espèce. Le retrait du droit de vote aux auteurs d'actes criminels graves sert à transmettre à la collectivité et aux contrevenants eux-mêmes le message que la collectivité ne tolérera pas la perpétration d'infractions graves. En prenant une telle mesure, le législateur renvoie une image que la société canadienne a d'elle-même. La commission d'un acte criminel grave rompt temporairement ce lien, ce qui se traduit, physiquement, par l'incarcération et la privation des libertés dont jouit normalement le citoyen et, sur le plan symbolique, par la privation temporaire du droit de vote. L'aspect symbolique constitue donc une manifestation supplémentaire de la réprobation sociale du comportement criminel grave.

120 Pour la personne dont l'activité criminelle a entraîné la privation temporaire du droit de vote, les avantages de la vie en société se doublent des sanctions que l'État prévoit à l'égard d'une telle activité. À cela s'ajoute l'objectif de la réadaptation :

2002 SCC 68 (CanLII)

serious criminal activity such as they have chosen to undertake. This understanding is complemented by the rehabilitative view that those who are in jail will hope and expect to regain the exercise of the vote on their release from incarceration, just like they hope and expect to regain the exercise of the fullest expressions of their liberty. Once released from prison, they are on the road to reintegration into the community. Obtaining the vote once released or paroled is a recognition of regaining the nexus with the community that was temporarily suspended during the incarceration.

121 In *Haig*, *supra*, at p. 1031, L'Heureux-Dubé J. stated for the majority that ". . . in a democratic society, the right to vote as expressed in s. 3 must be given a content commensurate with those values embodied in a democratic state". I am of the view that the objectives pursued by Parliament in s. 51(*e*) of the Act do reflect values of the Canadian community, values related specifically to safeguarding the integrity and health of democracy itself. These goals may be abstract, but they are the foundation of our society. These are important values upon which s. 1 of the *Charter* itself rests. A dimension of the rule of law is taking measures to see that law is obeyed. Therefore, the disenfranchisement of serious criminal offenders is to be seen as protecting Canadian democracy rather than undermining it. It is up to Parliament to enhance the value of the franchise. It has responded with s. 51(*e*) of the Act, which is premised on the view that broadening of the franchise does not, in all cases, necessarily mean strengthening it.

G) *Prisoner Disenfranchisement in Canadian Provinces, Other Countries, and International Law: Illustration of a Range of Reasonable Balances*

122 As I noted above, a review of the legislation regarding prisoner disenfranchisement across Canadian provinces, in some other countries, and in some international instruments assists in demonstrating that there are a range of reasonable and rational balances that may be struck regarding this particular issue.

le détenu nourrit l'espoir de retrouver le droit de vote, tout comme son entière liberté, une fois sa peine purgée. À sa sortie de prison, il s'engage dans la voie de la réinsertion sociale. Lui rendre le droit de vote lors de sa mise en liberté ou de sa libération conditionnelle équivaut à rétablir avec la collectivité le lien temporairement rompu pendant l'incarcération.

Dans *Haig*, précité, p. 1031, au nom des juges majoritaires, le juge L'Heureux-Dubé écrit que « . . . dans une société démocratique, l'étendue du droit de vote énoncé à l'art. 3 doit correspondre aux valeurs propres à un État démocratique ». Je suis d'avis que les objectifs poursuivis par le législateur par l'adoption de l'al. 51*e*) de la Loi reflètent des valeurs de la société canadienne, des valeurs qui ont trait précisément au maintien de l'intégrité et de la santé de la démocratie comme telle. Il se peut que ces objectifs soient abstraits, mais ils sont le fondement de notre société. Ce sont des valeurs importantes qui sous-tendent l'article premier de la *Charte* lui-même. L'une des dimensions de la primauté du droit est la prise de mesures visant l'observation de la règle de droit. On doit donc considérer que l'inhabilité à voter de l'auteur d'un acte criminel grave ne compromet pas la démocratie canadienne, mais la protège. Il appartient au législateur de valoriser le droit de vote. Il l'a fait en adoptant l'al. 51*e*) de la Loi, qui repose sur l'idée que l'élargissement du droit de vote n'a pas toujours pour effet de lui donner plus de valeur.

G) *L'inhabilité des prisonniers à voter dans les provinces canadiennes, dans d'autres pays et à l'échelle internationale : dosages raisonnables possibles*

Comme je l'ai signalé, le survol des lois des provinces canadiennes et de certains pays étrangers, ainsi que des dispositions de certains instruments internationaux portant sur l'inhabilité des prisonniers à voter permet de conclure que divers dosages raisonnables et rationnels sont possibles.

2002 SCC 68 (CanLII)

2002 SCC 68 (CanLII)

123

In Canada, the situation across the provinces is obviously related to, and to some extent reflects, the evolution of the ongoing controversy regarding the federal legislation. That having been said, an overview of provincial legislation actually demonstrates that a quite diverse range of balances has been struck with regard to provincial electoral law. In Ontario, Quebec, Newfoundland, Prince Edward Island, and Manitoba, all prisoners vote: *Election Statute Law Amendment Act, 1998*, S.O. 1998, c. 9, s. 13, repealing R.S.O. 1990, c. E.6, s. 16; *Election Act*, R.S.Q., c. E-3.3, s. 273; *Elections Act, 1991*, S.N. 1992, c. E-3.1; *Election Act*, S.P.E.I. 1996, c. 12; *Elections Act*, R.S.M. 1987, c. E30, s. 31 (rep. & sub. S.M. 1998, c. 4, s. 21) disenfranchised "[e]very inmate of a correctional facility serving a sentence of five years or more", but it was struck down by the Manitoba Court of Queen's Bench in *Driskell v. Manitoba (Attorney General)*, [1999] 11 W.W.R. 615. In the Yukon, Saskatchewan and New Brunswick, all inmates serving sentences of imprisonment are disenfranchised: *Election Act, 1996*, S.S. 1996, c. E-6.01, s. 17; *Elections Act*, R.S.N.B. 1973, c. E-3, s. 43(2)(*e*); and *Elections Act*, R.S.Y. 1986, c. 48, s. 5(d). The Alberta Court of Appeal in *Byatt v. Dykema* (1998), 158 D.L.R. (4th) 644, struck down legislation providing for complete prisoner disenfranchisement, as it found itself bound by the decision of this Court in the first *Sauvé* case. The Alberta Legislature then responded with legislation which provides for the disenfranchisement of all incarcerated persons serving a sentence of more than 10 days. Section 45(c) of the *Election Act*, R.S.A. 2000, c. E-1, now declares ineligible to vote

persons who have been convicted of offences and on polling day are serving their sentences in a correctional institution under the *Corrections Act*, in a penitentiary under the *Corrections and Conditional Release Act* (Canada), in a place of custody under the *Young Offenders Act* or the *Young Offenders Act* (Canada) or in any other similar institution outside Alberta, excluding persons sentenced to terms of imprisonment of 10 days or less or for the non-payment of fines.

Au Canada, la situation dans les provinces est manifestement liée à l'évolution du débat constant que suscite la loi fédérale et, dans une certaine mesure, elle le reflète. Cela dit, le survol de la situation dans les provinces révèle des dosages assez variés dans les lois électorales provinciales. En Ontario, au Québec, à Terre-Neuve, à l'Île-du-Prince-Édouard et au Manitoba, tous les prisonniers ont le droit de vote : *Loi de 1998 modifiant des lois en ce qui concerne les élections*, L.O. 1998, ch. 9, art. 13 (qui a abrogé L.R.O. 1990, ch. E.6, art. 16); *Loi électorale*, L.R.Q., ch. E-3.3, art. 273; *Elections Act, 1991*, S.N. 1992, ch. E-3.1; *Election Act*, S.P.E.I. 1996, ch. 12. Au Manitoba, l'art. 31 de la *Loi électorale*, L.R.M. 1987, ch. E30 (remplacé par L.M. 1998, ch. 4, art. 21), dispose que « [l]es détenus d'un établissement correctionnel qui purgent une peine d'au moins cinq ans ne peuvent voter à une élection », mais la disposition a été invalidée par la Cour du Banc de la Reine du Manitoba dans *Driskell c. Manitoba (Attorney General)*, [1999] 11 W.W.R. 615. Au Yukon, en Saskatchewan et au Nouveau-Brunswick, tout détenu purgeant une peine d'emprisonnement perd le droit de vote : *Election Act, 1996*, S.S. 1996, ch. E-6.01, art. 17; *Loi électorale*, L.R.N.-B. 1973, ch. E-3, al. 43(2)*e*), et *Loi électorale*, L.R.Y. 1986, ch. 48, al. 5d). Dans *Byatt c. Dykema* (1998), 158 D.L.R. (4th) 644, s'estimant liée par la décision de la Cour dans la première affaire *Sauvé*, la Cour d'appel de l'Alberta a annulé la disposition prévoyant l'interdiction totale de voter faite aux détenus. La législature albertaine a donc adopté par la suite une loi rendant inhabile à voter tout détenu purgeant une peine d'emprisonnement de plus de 10 jours. L'alinéa 45c) de l'*Election Act*, R.S.A. 2000, ch. E-1, prive désormais du droit de vote :

[TRADUCTION] . . . les personnes qui ont été reconnues coupables d'infractions et qui, le jour du scrutin, purgent leur peine dans un établissement correctionnel suivant la *Corrections Act*, dans un pénitencier suivant la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (Canada), dans un lieu de garde suivant la *Young Offenders Act* ou la *Loi sur les jeunes contrevenants* (Canada) ou dans tout autre établissement semblable situé à l'extérieur de l'Alberta, à l'exclusion des personnes condamnées à une peine de 10 jours ou moins ou incarcérées pour non-paiement d'une amende.

The law in British Columbia, Nova Scotia, and the Northwest Territories and Nunavut parallels s. 51(*e*) of the Act that is being challenged in the case at bar: *Election Act*, R.S.B.C. 1996, c. 106, s. 30(b); *Elections Act*, R.S.N.S. 1989, c. 140, s. 29(d) as amended by S.N.S. 2001, c. 43, s. 13; *Elections Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. E-2, s. 27(3), as amended by S.N.W.T. 1995, c. 14, s. 6.

124 Turning to the United States, the U.S. Constitution does not explicitly protect the vote. In fact, § 2 of the Fourteenth Amendment makes tangential reference to the ability of the States to disenfranchise persons ". . . for participation in rebellion, or other crime". That having been said, the Fifteenth Amendment provides that the vote cannot be denied "on account of race, color, or previous conditions of servitude". Other constraints on the legislature's ability to control the franchise include the Nineteenth Amendment, which disallows denial of the vote "on account of sex"; the Twenty-Fourth Amendment, which disallows denial "by reason of failure to pay any poll tax or other tax"; and the Twenty-Sixth Amendment, which disallows denial "on account of age" greater than 18 years.

125 In the United States, it is the states that have control of disenfranchising inmates for both state and federal elections: U.S. Constitution, Art. 1, § 2, cl. 1 (for the House of Representatives); Seventeenth Amendment, § 1 (for the Senate). A general overview yields the conclusion that nearly all states (48 of 50 plus the District of Columbia) disqualify inmates incarcerated for felony offences for both state and federal elections, while some disenfranchise offenders permanently. Only two states do not disqualify at all: Maine and Vermont. In November 2000, the Massachusetts electorate voted in favour of a State constitutional amendment limiting prisoners' voting rights.

Les lois électorales de la Colombie-Britannique, de la Nouvelle-Écosse ainsi que des Territoires du Nord-Ouest et du Nunavut reprennent essentiellement le libellé de l'al. 51*e*) de la Loi contesté en l'espèce : *Election Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 106, al. 30b); *Elections Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 140, al. 29d) (modifié S.N.S. 2001, ch. 43, art. 13); *Loi électorale*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. E-2, par. 27(3) (modifié L.T.N.-O. 1995, ch. 14, art. 6).

Aux États-Unis, la Constitution ne protège pas expressément le droit de vote. En fait, § 2 du Quatorzième amendement renvoie accessoirement au pouvoir des États de priver du droit de vote la personne [TRADUCTION] « . . . qui a pris part à un acte criminel, y compris une rébellion ». Le Quinzième amendement dispose par ailleurs que [TRADUCTION] « la race, la couleur ou la condition antérieure d'esclave » ne peuvent faire obstacle à l'exercice du droit de vote. Parmi les autres dispositions empêchant la législature de limiter le droit de vote, mentionnons le Dix-neuvième amendement, qui interdit le refus du droit de vote [TRADUCTION] « fondé sur le sexe », le Vingt-quatrième, qui dispose qu'un citoyen ne peut être déchu du droit de vote [TRADUCTION] « pour non-paiement d'une taxe, y compris une taxe de vote », et le Vingt-sixième, qui prévoit qu'une personne ne peut être exclue de l'électorat au motif qu'elle n'a pas atteint un âge supérieur à 18 ans.

Chez nos voisins, ce sont les États qui décident du droit des détenus de voter aux élections, y compris à l'échelon fédéral : Constitution américaine, art. 1, § 2, cl. 1 (pour la Chambre des représentants); Dix-septième amendement, § 1 (pour le Sénat). Un survol général permet de conclure que la quasi-totalité d'entre eux (48 sur 50, plus le District de Columbia) prive du droit de voter aux élections des États et aux élections fédérales les personnes détenues après avoir commis des infractions graves. Dans certains États, le contrevenant perd son droit de vote pour toujours. Seulement deux États, le Maine et le Vermont, ne restreignent aucunement le droit de vote. En novembre 2000, l'électorat du Massachusetts a voté en faveur d'un amendement constitutionnel de l'État limitant le droit de vote des prisonniers.

2002 SCC 68 (CanLII)

A majority of the states which deprive inmates of the right to vote do so for the entirety of their sentence, including parole: 32 states prohibit felons from voting while they are on parole and 28 of those 32 also exclude felony probationers. Other states allow a convicted felon to vote once incarceration ends. Some states only remove the vote if the criminal has committed certain crimes. A felon automatically regains the right to vote in most states upon completion of his or her sentence. In a small number of states, a felon must apply for a pardon to be permitted to vote. As mentioned above, some states remove the vote from convicted felons even after they have completed their sentences and paroles. This practice was upheld as constitutional by the U.S. Supreme Court in *Richardson v. Ramirez*, 418 U.S. 24 (1974).

126 Dans la majorité des États qui privent les détenus du droit de vote, l'inhabilité vaut pendant toute la durée de la peine infligée, y compris la période de libération conditionnelle : 32 États interdisent à l'auteur d'un acte criminel grave de voter pendant qu'il est en libération conditionnelle et 28 de ces 32 États privent également du droit de vote le contrevenant qui fait l'objet d'une ordonnance de probation. D'autres États permettent au contrevenant de voter à nouveau une fois qu'il a purgé sa peine. Dans certains États, seule la perpétration de crimes en particulier entraîne le retrait du droit de vote. Dans la plupart des États, le criminel redevient automatiquement habile à voter lorsqu'il a purgé sa peine. Dans un petit nombre d'États, il doit présenter une demande de réhabilitation pour recouvrer son droit de vote. Comme il est mentionné précédemment, dans certains États, le contrevenant demeure inhabile à voter même s'il a purgé sa peine et respecté les conditions de sa libération conditionnelle. Dans *Richardson c. Ramirez*, 418 U.S. 24 (1974), la Cour suprême des États-Unis a jugé cette pratique constitutionnelle.

Looking now to Europe, Art. 3 of the First Protocol to the *ECHR* (Eur. T.S. No. 9) guarantees ". . . free elections at reasonable intervals by secret ballot, under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature". Article 3 has been considered on three occasions by the European Human Rights Commission ("the Commission"): *X. v. Netherlands*, Application No. 6573/74, December 19, 1974, D.R. 1, p. 87; *H. v. Netherlands*, Application No. 9914/82, July 4, 1983, D.R. 33, p. 242; and *Holland v. Ireland*, Application No. 24827/94, April 14, 1998, D.R. 93-A, p. 15.

127 En Europe, l'art. 3 du Protocole nº 1 de la *CEDH* (S.T.E. nº 9) garantit « . . . à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif ». La Commission européenne des droits de l'homme (la « Commission ») a examiné cet article dans trois décisions : *X. c. Pays-Bas*, requête nº 6573/74, 19 décembre 1974, D.R. 1, p. 87; *H. c. Pays-Bas*, requête nº 9914/82, 4 juillet 1983, D.R. 33, p. 242; et *Holland c. Irlande*, requête nº 24827/94, 14 avril 1998, D.R. 93-B, p. 15.

In *H. v. Netherlands*, *supra*, the Commission established that Art. 3 of the First Protocol to the *ECHR* recognizes the principle of universal suffrage, but it also noted that the right to vote is not absolute and noted that "a large number of State Parties to the Convention have adopted legislation whereby the right to vote of a prisoner serving a term of imprisonment of a specific duration is suspended in certain cases, even beyond the duration of the sentence" (p. 245). The general principle which

128 Dans *H. c. Pays-Bas*, précité, la Commission a établi que l'art. 3 du Protocole nº 1 de la *CEDH* reconnaît le principe du suffrage universel, mais elle a signalé par ailleurs que le droit de vote n'est pas absolu et que « bon nombre d'Etats parties à la Convention ont adopté une législation aux termes de laquelle le droit de vote du détenu purgeant une peine privative de liberté d'une durée déterminée est suspendu, dans certains cas, même au-delà de la durée de la peine » (p. 243). Elle a énoncé comme

2002 SCC 68 (CanLII)

supported the ability of the legislator to restrict the right to vote in respect of convicted persons was addressed as follows, at p. 246:

> Such restrictions can be explained by the notion of dishonour that certain convictions carry with them for a specific period, which may be taken into consideration by legislation in respect of the exercise of political rights. Although, at first glance, it may seem inflexible that a prison sentence of more than one year should always result in the suspension of the exercise of the right to vote for three years, the Commission does not feel that such a measure goes beyond the restrictions justifiable in the context of Article 3 of the Protocol.

More recently, in *Holland*, *supra*, the Commission, at pp. 26-27, made a reference to:

> . . . its constant case-law to the effect that, although Article 3 of Protocol No. 1 implies a recognition of the principle of universal suffrage (including the right to vote in elections for the legislature), this right is neither absolute nor without limitations but subject to such restrictions which are not arbitrary and which do not affect the expression of the opinion of the people in the choice of the legislature. . . .

In that same case, the Commission noted that it did not consider the disenfranchisement of prisoners for the duration of their incarceration to affect the expression of the opinion of the people in their choice of the legislature.

129 The European Court of Human Rights addressed the issue in the *Mathieu-Mohin and Clerfayt* case, judgment of 2 March 1987, Series A No. 113. Therein, the court found, at para. 51, that Art. 3 of the First Protocol conferred the right to vote and to stand for election, despite the wording of the Article, which, on its face, seems not to confer such rights. The court went on to state in para. 52 of its judgment, however, that:

> The rights in question are not absolute. Since Article 3 recognises them without setting them forth in express terms, let alone defining them, there is room for implied limitations . . . . In their internal legal orders the Contracting States make the rights to vote and to stand for election subject to conditions which are not in principle precluded under Article 3 . . . . They have a wide margin of appreciation in this sphere, but it is for the Court to determine in the last resort whether the requirements of

suit le principe général appuyant le pouvoir du législateur de restreindre le droit de vote des personnes condamnées à une peine d'emprisonnement (à la p. 244) :

> De telles limitations s'expliquent par l'idée que certaines condamnations marquent d'infamie pour un temps déterminé qui peut être pris en considération par la législation quant à l'exercice des droits politiques. Bien qu'à première vue il puisse paraître rigide qu'une condamnation supérieure à un an ait toujours pour conséquence une suspension de l'exercice du droit de vote pour trois ans, la Commission ne trouve pas qu'une telle mesure excède les limitations justifiables dans le cadre de l'article 3 du Protocole additionnel.

Plus récemment, dans *Holland*, précité, la Commission a rappelé aux p. 26-27 :

> . . . sa jurisprudence constante selon laquelle si l'article 3 du Protocole n° 1 implique la reconnaissance du suffrage universel (y compris le droit de vote aux élections du corps législatif), ce droit n'est ni absolu ni illimité, mais soumis à des restrictions pour autant que celles-ci ne sont ni arbitraires ni contraires à la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif . . .

Elle a par ailleurs déclaré que l'inhabilité à voter pour la durée de l'incarcération n'entrave pas la libre expression de l'opinion du peuple dans le choix du corps législatif.

La Cour européenne des droits de l'homme examine la question dans l'affaire *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, arrêt du 2 mars 1987, série A n° 113. Au paragraphe 51 de son arrêt, elle statue que l'art. 3 du Protocole n° 1 confère le droit de vote et d'éligibilité, même si, à première vue, ce ne semble pas être le cas. Puis, elle ajoute au par. 52 :

> Les droits en question ne sont pas absolus. Comme l'article 3 les reconnaît sans les énoncer en termes exprès ni moins encore les définir, il y a place pour des limitations implicites [. . .] Dans leurs ordres juridiques internes respectifs, les États contractants entourent les droits de vote et d'éligibilité de conditions auxquelles l'article 3 ne met en principe pas obstacle [. . .] Ils jouissent en la matière d'une large marge d'appréciation, mais il appartient à la Cour de statuer en dernier ressort sur

2002 SCC 68 (CanLII)

Protocol No. 1 have been complied with; it has to satisfy itself that the conditions do not curtail the rights in question to such an extent as to impair their very essence and deprive them of their effectiveness; that they are imposed in pursuit of a legitimate aim; and that the means employed are not disproportionate . . . . In particular, such conditions must not thwart "the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature".

European countries demonstrate a broad range of practices. Seventeen European countries have no form of electoral ban for incarcerated offenders: Bosnia, Croatia, Cyprus, Denmark, Iceland, Ireland, Finland, Latvia, Lithuania, Macedonia, Netherlands, Poland, Slovenia, Spain, Sweden, Switzerland and the Ukraine. In Greece, prisoners serving life sentences or indefinite sentences are disqualified; otherwise the matter is left to the discretion of the court. In some other European countries, electoral disqualification depends on the crime committed or the length of the sentence: Austria, Malta and San Marino ban all prisoners serving more than one year from voting; Belgium disqualifies all offenders serving sentences of four months or more; Italy disenfranchises based on the crime committed and/or the sentence length; Norway removes the vote for prisoners sentenced for specific offences; and in France and Germany, the disqualification of a prisoner is dependent upon the sentence handed down by the court specifically providing for disenfranchisement (in France, certain crimes are identified which carry automatic forfeiture of political rights; in Germany, prisoners convicted of offences which target the integrity of the German state or its democratic order lose the vote). Armenia, Bulgaria, the Czech Republic, Estonia, Hungary, Luxembourg, Romania and Russia all have complete bans for sentenced offenders.

Australia, New Zealand and the United Kingdom all disenfranchise at least some of the inmate population. In Australia, prisoners vote in two of seven states. In federal elections, inmates serving sentences of five years or more are disqualified from voting. In New Zealand, prisoners serving

l'observation des exigences du Protocole n° 1; il lui faut s'assurer que lesdites conditions ne réduisent pas les droits dont il s'agit au point de les atteindre dans leur substance même et de les priver de leur effectivité, qu'elles poursuivent un but légitime et que les moyens employés ne se révèlent pas disproportionnés [. . .] Spécialement, elles ne doivent pas contrecarrer « la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif ».

130 Les mesures appliquées en Europe sont très diversifiées. Dans 17 pays européens, le droit de vote du détenu ne fait l'objet d'aucune restriction : la Bosnie, la Croatie, Chypre, le Danemark, l'Islande, l'Irlande, la Finlande, la Lettonie, la Lituanie, la Macédoine, les Pays-Bas, la Pologne, la Slovénie, l'Espagne, la Suède, la Suisse et l'Ukraine. En Grèce, la personne condamnée à l'emprisonnement à perpétuité ou à une peine d'une durée indéterminée ne peut voter; dans les autres cas, la question est laissée à l'appréciation du tribunal. Dans certains autres pays d'Europe, la perte du droit de vote dépend de la nature de l'acte criminel perpétré ou de la durée de la peine : l'Autriche, Malte et Saint-Marin privent du droit de vote tout détenu purgeant une peine d'un an ou plus; en Belgique, le détenu purgeant une peine de quatre mois ou plus est inhabile à voter; en Italie, la privation du droit de vote dépend de la nature de l'acte criminel commis ou la durée de la peine, ou des deux; en Norvège, les prisonniers reconnus coupables de certaines infractions perdent le droit de vote; en France et en Allemagne, le détenu est privé du droit de vote si le tribunal qui détermine la peine en décide ainsi (en France, la perpétration de certains crimes entraîne automatiquement la déchéance des droits politiques; en Allemagne, le détenu reconnu coupable d'une infraction touchant à l'intégrité de l'État allemand ou à son régime démocratique perd le droit de vote). En Arménie, en Bulgarie, en République tchèque, en Estonie, en Hongrie, au Luxembourg, en Roumanie et en Russie, tout délinquant qui purge une peine d'emprisonnement est inhabile à voter.

131 En Australie, en Nouvelle-Zélande et au Royaume-Uni, au moins une partie de la population carcérale est privée du droit de vote. En Australie, les détenus demeurent habiles à voter dans deux des sept États. Le détenu purgeant une peine de cinq ans ou plus est inhabile à voter aux élections

2002 SCC 68 (CanLII)

sentences for three years or more, preventative detention or life imprisonment are not qualified to vote. In the United Kingdom, prisoners are completely disenfranchised for Parliamentary elections, elections to the European Assembly, and local government elections: s. 3(1) of the *Represention of the People Act 1983* (U.K.), 1983, c. 2 (as amended in 1985 and 2000), and s. 2(1) of Schedule 1 to the *European Assembly Elections Act 1978* (U.K.), 1978, c. 10. The only exceptions are for remand prisoners, persons imprisoned for contempt of court and persons detained for default in complying with their sentence.

132 When the *Human Rights Act 1998* came into force in the United Kingdom in October 2000, the guarantee found in Art. 3 of Protocol No. 1 to the *ECHR* became part of U.K. law. Three prisoners recently challenged the ban on prisoners' voting as contained in the *Representation of the People Act 1983*, as being incompatible with the *Human Rights Act 1998*: *Pearson*, *supra*. In that case, the court construed the question before it as whether s. 3(1) of the *Representation of the People Act 1983* satisfied the standard outlined by the European Court of Human Rights in *Mathieu-Mohin*, *supra*. The analysis undertaken therein by Lord Justice Kennedy is informative, and very much in line with my disposal of the case at bar. In fact, Lord Justice Kennedy devoted much of his analysis to the Canadian experience, and he specifically approved of the reasoning of Linden J.A. in the Federal Court of Appeal in the case at bar, with which I substantially agree. Lord Justice Kennedy found that the balancing that was undertaken in the Canadian constitutional context was highly informative for the balancing which had to be undertaken under Art. 3 of Protocol No. 1 to the *ECHR*, as incorporated in the *Human Rights Act 1998*. Lord Justice Kennedy stated, at para. 50, that:

> . . . there is a broad spectrum of approaches among democratic societies, and the United Kingdom falls into the middle of the spectrum. In course of time this position may move, either by way of further fine tuning, as was done recently in relation to remand prisoners and others, or more radically, but its position in the

fédérales. En Nouvelle-Zélande, la personne qui purge une peine d'emprisonnement de trois ans ou plus, qui fait l'objet d'une détention préventive ou qui est condamnée à l'emprisonnement à perpétuité est inhabile à voter. Au Royaume-Uni, le prisonnier perd tout droit de participer aux élections du Parlement, de l'Assemblée européenne et de l'administration municipale : par. 3(1) de la *Representation of the People Act 1983* (R.-U.), 1983, ch. 2 (modifiée en 1985 et en 2000), et par. 2(1) de l'annexe 1 de la *European Assembly Elections Act 1978* (R.-U.), 1978, ch. 10. Ne demeurent habiles à voter que les personnes détenues provisoirement et celles qui sont incarcérées pour outrage au tribunal ou non-respect des conditions dont le tribunal a assorti leur peine.

L'entrée en vigueur de la *Human Rights Act 1998* au Royaume-Uni, en octobre 2000, a eu pour effet d'intégrer au droit britannique la garantie prévue à l'art. 3 du Protocole n° 1 de la *CEDH*. Récemment, dans *Pearson*, précité, trois détenus ont contesté leur inhabilité à voter suivant la *Representation of the People Act 1983*, alléguant qu'elle était incompatible avec la *Human Rights Act 1998*. Dans cette affaire, le tribunal a estimé qu'il devait trancher la question de savoir si le par. 3(1) de la *Representation of the People Act 1983* satisfaisait à la norme établie par la Cour européenne des droits de l'homme dans *Mathieu-Mohin*, précité. L'analyse du lord juge Kennedy est instructive et va dans le même sens que mes conclusions en l'espèce. Le lord juge Kennedy a d'ailleurs consacré une bonne partie de ses réflexions à la jurisprudence canadienne et a approuvé expressément le raisonnement du juge Linden de la Cour fédérale du Canada dans la présente affaire, auquel je souscris pour l'essentiel. Selon le lord juge Kennedy, l'exercice de pondération réalisé dans le contexte constitutionnel canadien apportait un éclairage fort utile sur la démarche qu'appelait l'art. 3 du Protocole n° 1 de la *CEDH*, intégré à la *Human Rights Act 1998*. Voici ce qu'il dit au par. 50 :

> [TRADUCTION] . . . les mesures appliquées dans les différentes sociétés démocratiques forment un large spectre au centre duquel se situe la solution britannique. Avec le temps, le choix du législateur britannique peut se déplacer vers l'une ou l'autre des extrémités, que ce soit légèrement (p. ex. la modification récente visant notamment

2002 SCC 68 (CanLII)

spectrum is plainly a matter for Parliament not for the courts.

I find this informative, especially in light of the fact that the line chosen by Parliament in Canada in s. 51(*e*) of the Act is far more moderate than the line drawn by Parliament in the United Kingdom.

Certain international instruments also address the issue of prisoner voting. Article 25 of the *International Covenant on Civil and Political Rights* ("*ICCPR*") states that every citizen shall have the "right and the opportunity" to vote "without unreasonable restrictions": *ICCPR*, 999 U.N.T.S. 171, entered into force March 23, 1976. The United Nations Human Rights Committee, in a comment on Art. 25 of the *ICCPR*, stated that restrictions on the right to vote should be "objective and reasonable" and that "[i]f conviction for an offence is a basis for suspending the right to vote, the period of such suspension should be proportionate to the offence and the sentence": "General Comment Adopted by the Human Rights Committee under Article 40, Paragraph 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights", General Comment No. 25 (57), Annex V, CCPR/C/21, Rev. 1, Add. 7, August 27, 1996. It is likely caveats, such as the one in Art. 25 of the *ICCPR*, which led the international non-governmental organization Penal Reform International, in their 1995 publication *Making Standards Work — An International Handbook on Good Prison Practice*, at pp. 13-14, to distinguish between "retained rights", which it advocated must be retained in a prison setting, and other rights which may be limited, amongst which was listed the right to vote.

Therefore, when one looks to the range of balances selected by Canadian provinces, other countries, and as reflected in international instruments, it becomes clear that in theory there is not a single response to the question at hand. The overview presents a range of reasonable and rational balances

les personnes détenues provisoirement) ou radicalement. Mais il appartient au Parlement, et non aux cours de justice, d'en décider.

Ces propos sont d'autant plus pertinents que la voie choisie par le législateur canadien par l'adoption de l'al. 51*e*) de la Loi est bien plus modérée que celle retenue par le Parlement du Royaume-Uni.

133 Certains instruments internationaux renferment également des dispositions sur le droit de vote des prisonniers. L'article 25 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (« *PIRDCP* ») dispose que tout citoyen doit avoir « le droit et la possibilité » de voter « sans restrictions déraisonnables » : *PIRDCP*, 999 R.T.N.U. 171, entré en vigueur le 23 mars 1976. Dans ses observations générales sur l'art. 25 du *PIRDCP*, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a dit que les restrictions au droit de vote devaient reposer sur des critères « objectifs et raisonnables » et que « [s]i le fait d'avoir été condamné pour une infraction est un motif de privation du droit de vote, la période pendant laquelle l'interdiction s'applique devrait être en rapport avec l'infraction et la sentence » : « Observations générales adoptées par le Comité des droits de l'homme au titre du paragraphe 4 de l'article 40 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques », Observation générale n° 25 (57), annexe V, CCPR/C/21, rev. 1, add. 7, 27 août 1996. Ce sont vraisemblablement des réserves comme celles exprimées à l'art. 25 du *PIRDCP* qui ont amené l'Association internationale de réforme pénale, organisation non gouvernementale, dans sa publication de 1997 *Pratique de la prison : Du bon usage des règles pénitentiaires internationales*, p. 6, à établir une distinction entre les « droits particuliers », qui, selon elle, devraient continuer de s'appliquer dans le contexte carcéral et les droits qui peuvent être restreints, dont celui de voter.

134 D'après les différentes solutions qui sont retenues dans les provinces canadiennes et à l'étranger et que reflètent les instruments internationaux, il est clair que, théoriquement, il n'y a pas qu'un seul moyen de résoudre le problème qui se pose en l'espèce. Le survol fait ressortir toute une gamme de

which have been struck. On the spectrum which is the result of the above overview, Canada's line appears quite moderate.

H) *Application of the Oakes Test*

135 With all of the above commentary regarding flexibility, context, especially the relationship between the justification put forth by the Crown and a reasonable and logical prior social or political philosophy, the role of symbolic arguments, the importance of deference, and the variety of reasonable and rational balances struck by Canadian provinces and within the international community in mind, I now turn to the application of the *Oakes* test itself.

(1) Is the Limit Prescribed by Law?

136 It is obvious that the limit is prescribed by law: s. 51(*e*) of the Act is clear and not vague.

(2) Are the Objectives Pressing and Substantial?

137 The task of the Court at this phase of the *Oakes* test is to determine whether the concern which prompted the enactment of the impugned provision is pressing and substantial and whether the purpose of the legislation is one of sufficient importance: *Irwin Toy*, *supra*, at p. 987, *per* Dickson C.J., Lamer J. (as he then was) and Wilson J. At this stage, there is an important distinction to be made between the objective and the means chosen to implement that objective, since this phase is related to the Court's checking that the objectives are consistent with the principles, integral in a free and democratic society, pressing and substantial and directed to the realization of collective goals of fundamental importance: *Oakes*, *supra*, at pp. 138-39.

138 As a preliminary matter I think it is important to stress that, given the nature of the impugned provision and the nature of this particular context, it is advisable to not become over-constrained by the specific language or formulation of the objectives offered by the Crown. Therefore, I agree with Linden J.A. in his general statement, at para. 99:

dosages raisonnables et rationnels parmi lesquels la position canadienne paraît très modérée.

H) *L'application du critère de l'arrêt Oakes*

En gardant présentes à l'esprit toutes les observations qui précèdent concernant la souplesse, le contexte, en particulier le lien entre la justification avancée par le ministère public et l'adhésion préalable à une philosophie sociale ou politique à la fois raisonnable et logique, le rôle des arguments symboliques, l'importance de la retenue judiciaire et la variété de dosages raisonnables et rationnels établis dans les provinces canadiennes et à l'échelle internationale, je me penche maintenant sur l'application du critère dégagé dans l'arrêt *Oakes*.

(1) Le droit est-il restreint par une règle de droit?

Le droit en cause est manifestement restreint par une règle de droit, l'al. 51*e*) de la Loi étant clair, et non imprécis.

(2) Les objectifs sont-ils urgents et réels?

Il incombe à la Cour, à ce stade-ci du critère de l'arrêt *Oakes*, de décider si la préoccupation qui a incité le législateur à adopter la disposition en cause est urgente et réelle et si l'objectif de la mesure législative est suffisamment important : *Irwin Toy*, précité, p. 987, le juge en chef Dickson, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) et le juge Wilson. À cette étape de l'analyse, il importe de distinguer entre l'objectif et le moyen choisi pour l'atteindre, la Cour devant s'assurer qu'il s'agit d'un objectif urgent et réel, conforme aux principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique et visant la réalisation d'objectifs collectifs d'une importance fondamentale (*Oakes*, précité, p. 138-139).

Vu la nature de la disposition en cause et le contexte particulier de l'espèce, il convient de signaler tout d'abord qu'il ne faut pas s'en tenir trop strictement aux termes employés par le ministère public pour formuler les objectifs. Je souscris donc à l'affirmation générale du juge Linden de la Cour d'appel fédérale (au par. 99) :

. . . I would leave to philosophers the determination of the "true nature" of the disenfranchisement. It may be argued that this legislation does different things — it imposes a civil consequence, it fixes a civil disability, it imposes a criminal penalty, it furthers a civic goal, it promotes an electoral goal, or it is part of the sentencing process. I believe that these arguments, made alone, are of limited assistance. There are elements of all these ideas and ideals at work here. [Emphasis in original.]

Je laisserai aussi aux philosophes la question de la « véritable nature » de l'inhabilité à voter. On pourrait plaider que la loi agit à différents égards — elle impose une conséquence civile, elle établit une incapacité civile, elle impose une sanction pénale, elle poursuit un but civique, elle favorise la réalisation d'un but électoral ou elle fait partie intégrante de la détermination de la peine. Je crois que ces arguments, seuls, ne sont que d'une utilité limitée. Des éléments de tous ces concepts ou idéaux sont en jeu en l'espèce. [Souligné dans l'original.]

Parliament's two principal objectives in s. 51(*e*) of the Act, accepted by both the trial judge and the Federal Court of Appeal below, are: the enhancement of civic responsibility and respect for the rule of law, and the enhancement of the general purposes of the criminal sanction. Above, I developed the view that these objectives are based upon a reasonable and rational social or political philosophy. Thus, I am of the view that any provision which seeks to advance such objectives clearly has a pressing and substantial purpose.

139 Reconnus tant par le juge de première instance que par la Cour d'appel fédérale, les deux principaux objectifs qui sous-tendent l'al. 51*e*) de la Loi sont d'accroître la responsabilité civique et le respect de la règle de droit et de favoriser la réalisation des objectifs généraux de la sanction pénale. Comme je l'ai démontré précédemment, ces objectifs se fondent sur une philosophie sociale ou politique à la fois raisonnable et rationnelle. Je suis donc d'avis que toute disposition visant la réalisation de ces objectifs répond clairement à un besoin urgent et réel.

With regard to the first objective, that of enhancing civic responsibility and respect for the rule of law, the Crown submits that it basically relates to the promotion of good citizenship. This objective also reflects society's desire to buttress the rule of law. I discussed both of these notions above, where I addressed how they relate to a reasonable and rational political or social philosophy, the view that the social rejection of serious crime reflects a moral line which safeguards the social contract and the rule of law and bolsters the importance of the nexus between individuals and the community.

140 En ce qui concerne le premier objectif — accroître la responsabilité civique et le respect de la règle de droit —, le ministère public soutient qu'il est fondamentalement lié à la promotion du sens civique. Cet objectif traduit également la volonté sociale d'affirmer la primauté du droit. Lorsque j'ai analysé ces deux notions, j'ai indiqué en quoi elles se rattachent à une philosophie sociale ou politique, raisonnable et rationnelle : la réprobation sociale des actes criminels graves reflète un point de vue moral garantissant le respect du contrat social et de la règle de droit et affirmant l'importance du lien entre l'individu et la collectivité.

The Crown submits that it is illustrative to look to other jurisdictions so as to note that many liberal democracies do limit prisoner voting. The trial judge, agreeing with Strayer J. in *Belczowski* (at the trial level), *supra*, questioned the usefulness of looking to other jurisdictions. Particularly, after having surveyed the evidence, Wetston J. at trial below noted that it was difficult to draw meaningful conclusions about why some free and democratic societies disenfranchise criminal offenders while others do not. It has been submitted that the fact that there is no single accepted theoretical basis for

141 Le ministère public fait valoir qu'il suffit de se tourner vers les autres ressorts pour remarquer que de nombreuses démocraties libérales limitent le droit de vote des prisonniers. Partageant le point de vue du juge Strayer dans *Belczowski* (première instance), précité, le juge Wetston a remis en question l'utilité de l'examen des solutions adoptées dans d'autres ressorts. Au procès, après un survol de la preuve, le juge Wetston a particulièrement signalé qu'il était difficile de tirer des conclusions valables quant aux motifs pour lesquels, dans certaines sociétés libres et démocratiques, les prisonniers

2002 SCC 68 (CanLII)

liberal democracy, no unified liberal political theory, means that civic responsibility should not be considered a significant objective of public policy. I do not agree with this submission. I acknowledge that the practices of other liberal democracies, as reviewed above, are mixed. I suggest, however, that while such evidence is clearly not capable of disposing of the issue, it is highly relevant. The examination of other liberal democracies simply demonstrates that there is a range of reasonable and rational balances that have been struck. The promotion of civic responsibility does not hinge on there being a single theory for liberal democracy. The lack of there being a unified political theory is, so to speak, the point of the overview. Reasonable and rational persons and legislatures disagree on the issue of prisoner disenfranchisement.

142 As noted above, it has been alleged that the "promotion of civic responsibility" is excessively abstract, generalized, symbolic, unrealistic and ambiguous. I spent some time above discussing that symbolic or abstract purposes can be valid of their own accord and must not be downplayed simply for the reason of their being symbolic.

143 The crux of the trial judge's analysis regarding this first objective is found at pp. 882-83 of his reasons:

> . . . attention must be focussed on the democratic ideals which Canada, as a free and democratic society, fosters. There may well be no unified western tradition of political theory, but it is clear from the evidence in this trial that civic and moral responsibility are key components of our liberal democratic traditions. In fact, the preamble to the Charter declares that Canada is founded upon principles that recognize "the rule of law". The rule of law may be the subject of a number of interpretations, such as a call to law and order, or a legal ordering of social life: J. Rawls, *A Theory of Justice* . . . at pages 235-243. The ideals of the rule of law express the requirements of legal rules formulated in such a manner as to secure voluntary compliance with the standard of conduct which they set. Of course, while no legal system can expect that all of its laws will be known by the public, it is nevertheless

sont habiles à voter et, dans d'autres, ils ne le sont pas. On a invoqué le fait qu'il n'existe pas un fondement théorique unique de la démocratie libérale ni une théorie unifiée de la politique libérale pour soutenir que la responsabilité civique ne doit pas être considérée comme un objectif important de la politique gouvernementale. Je ne suis pas d'accord. Je reconnais que les solutions retenues dans d'autres démocraties libérales sont variées. Même si elle ne permet manifestement pas de trancher la question en litige, j'estime cependant que cette preuve est très pertinente. L'examen de la situation dans d'autres démocraties libérales montre simplement que différents dosages raisonnables et rationnels ont été établis. La promotion de la responsabilité civique ne dépend pas de l'existence d'un fondement théorique unique à la démocratie libérale. L'intérêt du survol est justement de montrer qu'il n'y a pas de théorie politique unifiée. Des citoyens et des élus raisonnables et rationnels ne s'entendent pas sur la question du droit de vote des prisonniers.

Comme je l'ai mentionné précédemment, on a allégué que la « promotion de la responsabilité civique » revêt un caractère trop abstrait, général, symbolique, irréaliste et équivoque. J'ai déjà expliqué qu'un argument symbolique ou abstrait peut être valable en soi et ne doit pas être minimisé du simple fait qu'il est symbolique.

Le juge de première instance conclut essentiellement ce qui suit au sujet de ce premier objectif (aux p. 882-883) :

> . . . il convient d'examiner avec attention les idéaux démocratiques que le Canada, comme société libre et démocratique, cherche à promouvoir. Il se peut que la théorie politique ne repose sur aucune tradition occidentale unifiée, mais il appert clairement de la preuve présentée en l'espèce que le sens du devoir civique et la responsabilité morale constituent des éléments clés de nos traditions démocratiques libérales. En fait, selon le préambule de la Charte, le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la « primauté du droit ». La primauté du droit peut se prêter à différentes interprétations, notamment la nécessité d'adopter des règles sur les questions d'intérêt public ou des règles régissant la vie en société : J. Rawls, *A Theory of Justice* [. . .], aux pages 235 à 243. Les idéaux sous-jacents à la primauté du droit traduisent la nécessité de formuler des règles de droit

2002 SCC 68 (CanLII)

important, as part of the shaping of the voluntary social order, for persons to know in advance what the consequences of their actions might be: E. Colvin, "Criminal Law and The Rule of Law" in *Crime, Justice & Codification* . . . at page 125.

de façon à assurer le respect volontaire de la norme de conduite fixée par lesdites règles. Bien entendu, il serait vain de souhaiter que toutes les règles d'un système de droit donné soient connues du public, mais il est important, pour façonner l'ordre social volontaire, de faire en sorte que les personnes sachent à l'avance quelles pourraient être les conséquences de leurs actes : E. Colvin, « Criminal Law and The Rule of Law » dans *Crime, Justice & Codification* [. . .], à la page 125.

2002 SCC 68 (CanLII)

The pressing and substantial nature of this objective was agreed with by the majority of the Federal Court of Appeal below. To support this, Linden J.A. cited as fn. 103 in para. 100 a passage from the decision of this Court in *Harvey*, *supra*, where the majority of this Court upheld similarly abstract objectives. At para. 38 of that case, La Forest J. wrote that:

144 La majorité de la Cour d'appel fédérale a convenu du caractère urgent et réel de cet objectif. Le juge Linden a cité à l'appui, dans la note 103 du par. 100, un extrait de l'arrêt *Harvey*, précité, où les juges majoritaires de la Cour ont confirmé la validité d'une disposition ayant des objectifs abstraits semblables. Au paragraphe 38, le juge La Forest écrit :

I have no doubt that the primary goal of the impugned legislation is to maintain and enhance the integrity of the electoral process. Nor do I doubt that such an objective is always of pressing and substantial concern in any society that purports to operate in accordance with the tenets of a free and democratic society. [Emphasis added.]

Je ne doute pas que la loi contestée ait principalement pour but de maintenir et de renforcer l'intégrité du processus électoral. Je ne doute pas non plus qu'un tel objectif soit toujours une préoccupation urgente et réelle de toute société qui prétend suivre les préceptes d'une société libre et démocratique. [Je souligne.]

I am of the view that the objectives advanced in the case at bar are highly similar and are clearly pressing and substantial.

Je suis d'avis que les objectifs invoqués en l'espèce sont très semblables et qu'ils sont nettement urgents et réels.

Turning now to the second objective, that of the enhancement of the general purposes of the criminal sanction, the Crown submits that this objective has retributive, denunciatory and morally educative functions. The appellants submit that this is an additional and gratuitous punishment, and serves only to comfort those outside prison by further stigmatizing those in prison as disconnected social outcasts. They submit that a retributive philosophy of punishment does not correspond to the empirical realities of present-day Canadian society.

145 Quant au deuxième objectif — favoriser la réalisation des objectifs généraux de la sanction pénale —, le ministère public soutient qu'il a une fonction punitive, exemplaire et édifiante. Les appelants y voient un châtiment supplémentaire et gratuit qui ne sert qu'à apaiser la population en stigmatisant davantage les détenus et en les traitant comme des parias. Ils avancent que la philosophie punitive invoquée ne correspond pas aux réalités empiriques de la société canadienne d'aujourd'hui.

Hugessen J.A., in *Belczowski* at the Federal Court of Appeal, and Arbour J.A., in the first *Sauvé* case, were of the view that disenfranchisement of prisoners is problematic since it effectively amounts to a "punishment for imprisonment rather than for the commission of an offence". I disagree. Disenfranchisement arising from s. 51(*e*) of the Act is directly related to the length of the sentence, reflecting the nature of the criminal offence and the

146 Le juge Hugessen de la Cour d'appel fédérale dans *Belczowski* et le juge Arbour de la Cour d'appel de l'Ontario dans la première affaire *Sauvé* ont tous deux estimé que le retrait du droit de vote aux prisonniers était problématique parce qu'il équivalait en fait à une punition pour l'emprisonnement et non pour la perpétration d'une infraction. Je ne suis pas de cet avis. La privation du droit de vote découlant de l'al. 51*e*) de la Loi

criminal activity committed. It is a valid objective for Parliament to develop appropriate sanctions and punishments for serious crime. Further, it cannot be necessary for the nature of a sanction to be in some way directly related to the nature of the crime perpetrated, i.e. that only those convicted of electoral offences be deprived of the vote. As discussed above, incarcerated persons lose the vote because they have been convicted of serious criminal offences and are the subjects of punishment. The disenfranchisement is a civil disability arising from the criminal conviction. The key fact which gives rise to the disenfranchisement is serious criminal activity as identified by Parliament.

147 The trial judge held that s. 51(*e*) of the Act clearly does have a punitive aspect with a retributive function. This conclusion was adopted by Linden J.A. at the Court of Appeal, in para. 100.

> Paragraph 51(*e*) of the CEA has a punitive aspect. There is little doubt that retribution is a concept that is not alien to criminal sanctions. Indeed, sentences are invariably partly punitive in nature. As stated by La Forest J. in *R. v. Lyons* . . . at page 329: "In a rational system of sentencing, the respective importance of prevention, deterrence, retribution and rehabilitation will vary according to the nature of the crime and the circumstances of the offender." See also *R. v. Goltz* . . . at page 503.

148 I am of the view that there was no error made by the courts below in identifying the objectives and in determining them to be pressing and substantial. I think that the importance of both objectives is obvious.

(3) Proportionality

(a) *Rational Connection*

149 This first branch of the proportionality inquiry demands that this Court examine whether there is a rational connection between the disenfranchisement

est directement liée à la durée de la peine infligée et, par conséquent, à la nature de l'infraction et de l'acte criminel commis. Le législateur peut légitimement concevoir les sanctions et les peines qu'il convient d'infliger aux auteurs d'actes criminels graves. Par ailleurs, on ne saurait exiger que la nature de la sanction soit de quelque manière liée directement à la nature de l'acte criminel perpétré, c.-à-d. que seules les personnes reconnues coupables d'une infraction en matière électorale soient privées du droit de vote. Comme je l'ai expliqué précédemment, les personnes incarcérées perdent le droit de vote parce qu'elles ont été déclarées coupables d'actes criminels graves et font l'objet d'une punition. L'inhabilité à voter est une incapacité civile découlant de la déclaration de culpabilité. Fondamentalement, c'est l'activité criminelle grave, définie par le législateur, qui donne lieu à l'inhabilité.

Le juge de première instance a statué que l'al. 51*e*) de la Loi a clairement un aspect punitif et inflige un châtiment. Le juge Linden de la Cour d'appel fédérale en a convenu (au par. 100) :

> L'alinéa 51*e*) de la LEC comporte un aspect punitif. Le châtiment est sans doute un concept qui n'est pas étranger aux sanctions imposées en matière pénale. Effectivement, les peines sont, dans tous les cas, de nature punitive, du moins en partie. Comme l'a dit le juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [. . .], à la page 329 : « Dans un système rationnel de détermination des peines, l'importance respective de la prévention, de la dissuasion, du châtiment et de la réinsertion sociale variera selon la nature du crime et la situation du délinquant ». Voir également l'arrêt *R. c. Goltz*, [. . .], à la page 503.

J'estime que les tribunaux d'instance inférieure n'ont commis aucune erreur en déterminant les objectifs et en concluant qu'ils étaient urgents et réels. Je crois que l'importance des deux objectifs est manifeste.

(3) La proportionnalité

a) *Le lien rationnel*

Ce premier volet de l'application du critère de la proportionnalité exige que la Cour décide s'il existe ou non un lien rationnel entre l'inhabilité à

2002 SCC 68 (CanLII)

in s. 51(*e*) of the Act and the objectives of the legislation. Therefore, the question is whether Parliament had a reasonable basis, based on the arguments and evidence advanced, for thinking that the temporary disenfranchisement of serious criminal offenders would augment civic responsibility and respect for the rule of law and enhance the general purposes of the criminal sanction. In *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, at p. 291, Wilson J. summarized what this inquiry demands:

> The *Oakes* inquiry into "rational connection" between objectives and means to attain them requires nothing more than a showing that the legitimate and important goals of the legislature are logically furthered by the means government has chosen to adopt. [Emphasis added.]

This Court has unanimously agreed that "[r]ational connection is to be established, upon a civil standard, through reason, logic or simply common sense": *RJR-MacDonald*, *supra*, *per* La Forest J., at para. 86, McLachlin J., at paras. 156-58, and Iacobucci J., at para. 184; referred to in *Thomson Newspapers*, *supra*, at para. 39. The existence of scientific proof is simply of probative value in supporting this reason, logic or common sense. In the case at bar, as discussed above, a causal relationship between disenfranchising prisoners and the objectives approved of above is not empirically demonstrable. However, this Court has clearly stated that Parliament must be afforded a margin of appreciation in regard to legitimate objectives which may, nonetheless, be based upon somewhat inconclusive social science evidence: Sopinka J. in *Butler*, *supra*, at pp. 502-3. I offer two examples: in *Butler*, Sopinka J. found, at p. 502, that it was "reasonable to presume" that there was a causal relationship between obscenity and harm to society, and in *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at para. 101, La Forest J. stated that it was "reasonable to anticipate" that there was a causal link between anti-Semitic activity by school teachers outside school and discriminatory attitudes within school. Thus, it is clear that this Court's approach to this dimension of the test demands not the

voter prévue à l'al. 51*e*) et les objectifs de la Loi. La question est donc de savoir si, compte tenu des arguments et des éléments de preuve présentés, le législateur avait des motifs raisonnables de croire que le retrait temporaire du droit de vote aux auteurs d'actes criminels graves accroîtrait la responsabilité civique et le respect de la règle de droit et favoriserait la réalisation des objectifs généraux de la sanction pénale. Dans *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, p. 291, le juge Wilson a résumé l'objet de l'analyse :

> L'examen, proposé dans *Oakes*, du « lien rationnel » entre les objectifs et les moyens choisis pour les atteindre n'exige rien de plus que la démonstration que les moyens retenus par le gouvernement favorisent logiquement la réalisation des objectifs légitimes et importants du législateur. [Je souligne.]

150 La Cour a statué à l'unanimité que « [l]e lien rationnel doit être établi, selon la norme de preuve en matière civile, par la raison, la logique ou le simple bon sens » : *RJR-MacDonald*, précité, le juge La Forest, par. 86, le juge McLachlin, par. 156-158, et le juge Iacobucci, par. 184; cité dans *Thomson Newspapers*, précité, par. 39. L'existence d'une preuve scientifique n'a valeur probante qu'à l'appui de la raison, de la logique ou du bon sens. Comme je l'ai expliqué, il n'est pas possible, en l'espèce, d'établir empiriquement l'existence d'un lien causal entre l'inhabilité des détenus à voter et les objectifs légitimes susmentionnés. La Cour a cependant dit clairement que le législateur doit avoir une marge d'appréciation à l'égard d'objectifs qui sont légitimes, mais qui peuvent néanmoins se fonder sur des preuves plus ou moins concluantes relevant des sciences humaines : le juge Sopinka, dans *Butler*, précité, p. 502-503. En outre, dans ce même arrêt, le juge Sopinka conclut à la p. 502 qu'il était « raisonnable de supposer » qu'il existe un lien causal entre l'obscénité et le préjudice causé à la société; dans *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, par. 101, le juge La Forest écrit qu'il était « raisonnable de s'attendre » à ce qu'il y ait un lien causal entre les activités antisémites des enseignants après les heures de classe et les comportements discriminatoires au sein de l'école. Il est donc manifeste que, pour

2002 SCC 68 (CanLII)

strongest connection, the most convincing rational connection, but a logical or rational connection.

151 In my view, it is obvious that s. 51(*e*) of the Act meets this requirement. The arguments in favour of the rational connection clearly meet the standard which this Court normally applies at this stage of the analysis, that the pressing and substantial legislative objectives are at least logically furthered by the means selected by Parliament in s. 51(*e*) of the Act. At this phase of the proportionality inquiry, it is particularly important to continue to keep in mind the contextual factors which have been discussed above.

152 The trial judge below stated that while he was of the view that there was a complete lack of empirical evidence to support the rational connection, this was not determinative, in that he was satisfied that there was a rational or common sense basis upon which to assume that disenfranchising prisoners is meant to promote civic responsibility. He thus concluded that a rational connection was, as a matter of common sense, made out. I agree. He based this largely upon the view that the objectives here are symbolic: society strongly disapproves of certain forms of conduct. He also found the morally educative argument to be a compelling basis for the rational connection. The fact that many offenders are not caught, and thus perhaps those who are actually incarcerated are clearly singled out, also fails to undermine the rational connection.

153 The crux of the trial judge's reasoning concerning the first objective was that he

> seems to have accepted the evidence of Dr. Thomas Pangle and Dr. Christopher Manfredi, who testified that a legislative objective of enhancing civic responsibility and fostering respect for the rule of law was rationally connected to legislation which denounces disrespect for the process of law and for the social contract, and which restricts the franchise as a means of showing connection to the Canadian polity.
>
> (As *per* Linden J.A. at the Federal Court of Appeal, para. 105)

que, pour l'application de ce volet du critère, la Cour n'exige pas le lien le plus solide, le lien rationnel le plus convaincant, mais bien un lien logique ou rationnel.

Il me paraît évident que l'al. 51*e*) de la Loi satisfait à cette exigence. Les arguments favorables à l'existence d'un lien rationnel respectent clairement la norme que la Cour applique normalement à ce stade de l'analyse, à savoir que la mesure choisie par le législateur à l'al. 51*e*) de la Loi favorise au moins logiquement la réalisation des objectifs législatifs urgents et réels. À cette étape de l'examen de la proportionnalité, il importe tout particulièrement de ne pas perdre de vue les facteurs contextuels dont j'ai fait état précédemment.

Le juge de première instance affirme que, même s'il était d'avis qu'aucune donnée empirique n'appuyait l'existence d'un lien rationnel, cela n'était pas déterminant, puisqu'il était convaincu de l'existence d'un fondement rationnel ou logique permettant de présumer que le retrait du droit de vote aux prisonniers visait à promouvoir le sens civique. Il a donc conclu que l'existence d'un lien rationnel avait logiquement été établie. Je suis d'accord. Cette conclusion s'appuie essentiellement sur le caractère symbolique des objectifs considérés en l'espèce : la société désapprouve fortement certains types de comportement. Il trouve convaincant aussi l'argument de l'éducation morale pour conclure à l'existence d'un lien rationnel. Le fait que de nombreux contrevenants échappent à la justice alors que ceux qui se retrouvent derrière les barreaux écopent ne compromet pas non plus l'existence d'un lien rationnel.

Le raisonnement du juge de première instance au sujet du premier objectif repose essentiellement sur le fait qu'il a retenu

> la preuve émanant de MM. Thomas Pangle et Christopher Manfredi, dont le témoignage portait qu'il existe un lien rationnel entre l'objectif législatif consistant à rehausser le sens du devoir civique et à promouvoir le respect de la primauté du droit et des mesures législatives qui réprouvent le manque de respect pour la voie légale et le contrat social, et restreignent l'habilité à voter comme moyen de démontrer un lien avec le régime politique canadien.
>
> (Le juge Linden de la Cour d'appel fédérale, par. 105)

2002 SCC 68 (CanLII)

With regard to the second objective, the trial judge found at p. 892 of his reasons that:

> . . . a rational connection exists between the impugned provision and the stated objective of enhancing the criminal sanction. As an aid to punishment, the provision clearly imposes a sanction, and denounces bad conduct. In the present case, the sanction takes the form of a disenfranchisement, in addition to the loss of liberty. A fundamental democratic right has been removed for crimes committed, and its removal is clearly felt as a deprivation by Mr. Sauvé and Mr. Spence. It is also reasonable to conclude that a morally educative message is sent to offenders, and possibly to the general population, by the imposition of a sanction.

The majority of the Federal Court of Appeal agreed with the trial judge that the promotion of civic responsibility is rationally connected to the impugned provision. The majority noted specifically that, while it was also possible to argue that all laws strive to promote civic responsibility, the common sense connection was adequately established in this case. Linden J.A. also agreed with the trial judge that the objective of promoting the criminal sanction was also made out.

Linden J.A. was satisfied that the two-year cutoff did catch serious and repeat offenders, based on the statistical data which showed that, as of April 1995, of a sample of 14,179 inmates in federal penitentiaries who had been sentenced to two or more years, each had committed, on average, 29.5 offences. I think that this is highly relevant, particularly given the Chief Justice's view that the disenfranchising provision is insufficiently tailored. Wetston J., at pp. 878-79, looked to the criminal records of the appellants as illustrative of this point:

> Mr. Sauvé, for example, was convicted of murder as an aider and abettor. While he committed only one significant offence, he was sentenced to a period of twenty-five years in prison. In contrast, Mr. Spence's criminal record

En ce qui a trait au deuxième objectif, le juge de première instance a conclu à la p. 892 de ses motifs :

> . . . il existe un lien rationnel entre la disposition attaquée et l'objectif avoué de mettre en relief la sanction pénale. Comme auxiliaire à la peine imposée, il est bien certain que la disposition impose une sanction et dénonce la mauvaise conduite. Dans la présente affaire, la sanction prend la forme de la perte du droit de vote en plus de la perte de la liberté. Un droit démocratique fondamental a été retiré par suite des crimes qui ont été commis et MM. Sauvé et Spence considèrent indéniablement la suppression de ce droit comme une privation. Il est également raisonnable de conclure que l'imposition d'une sanction transmet un message moralisateur aux contrevenants et peut-être même à l'ensemble de la population.

154 Les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont convenu avec le juge de première instance qu'il y avait un lien rationnel entre la promotion de la responsabilité civique et la disposition contestée. Ils ont précisé que même s'il était par ailleurs possible de soutenir que toute disposition législative vise à promouvoir le sens civique, l'existence d'un lien logique était adéquatement établie en l'espèce. Pour sa part, le juge Linden a également convenu avec le juge de première instance que l'objectif de promouvoir la sanction pénale a aussi été établi.

155 Sur la foi de données statistiques selon lesquelles, en avril 1995, les 14 179 contrevenants détenus dans des établissements fédéraux et purgeant une peine de deux ans ou plus compris dans l'échantillon avaient commis en moyenne 29,5 infractions chacun, le juge Linden s'est dit convaincu que la limite de deux ans permettait d'exclure de l'électorat les grands criminels et les récidivistes. Cela me paraît très pertinent, surtout compte tenu de l'opinion du Juge en chef selon laquelle la disposition sur la privation du droit de vote n'est pas suffisamment circonscrite. De son examen des casiers judiciaires des appelants, le juge Wetston (aux p. 878-879) en tire l'illustration suivante :

> Par exemple, M. Sauvé a été reconnu coupable de complicité de meurtre. Même s'il n'a commis qu'une seule infraction grave, il a été condamné à une peine d'emprisonnement de vingt-cinq ans. En revanche, le dossier de

2002 SCC 68 (CanLII)

reveals a history of repeated crimes which eventually led to a four-year term of imprisonment for armed robbery and related offences. Clearly, both individuals engaged in serious criminal conduct, which the courts punished by way of prison sentences of more than two years. Thus, the records of Mr. Sauvé and Mr. Spence also lend support to the defendants' assertion that prison sentences of two years or more target serious criminals and repeat offenders.

156 I note that in *Harvey*, *supra*, La Forest J. was convinced that the five-year disqualification from voting, holding office, or being elected to the Legislative Assembly for persons found guilty of illegal electoral practices found in the New Brunswick *Elections Act* was rationally connected to the legislative objective of enhancing the integrity of the electoral process. He noted at para. 41:

> A mandatory disqualification acts as a strong deterrent and helps to promote confidence in the electoral system . . . . [T]he . . . contention that the disqualification displays paternalism on the part of the legislature misses the point. The provision is meant to protect the public not only from a particular offender, but from offenders in general. In other words the legislature is aiming at both general and specific deterrence.

He concluded at para. 43 by noting:

> . . . s. 119(*c*) is rationally connected to the objective of preserving the integrity of the electoral process and is not arbitrary in that it applies only to a specified group of individuals who are charged with and convicted of specified offences.

In my view, a similar analysis applies in the case at bar.

157 I support the analysis of the courts below: reason, logic and common sense, as well as extensive expert evidence support a conclusion that there is a rational connection between disenfranchising offenders incarcerated for serious crimes and the objectives of promoting civic responsibility and the rule of law and the enhancement of the general objectives of the penal sanction. The rational connection between the disenfranchisement and the first objective is explained above, in my discussion of dignity and the fact that removing the right to vote

M. Spence est celui d'un récidiviste qui a été condamné à une peine d'emprisonnement de quatre ans pour avoir commis un vol à main armée et différentes infractions connexes. De toute évidence, l'un comme l'autre ont commis des crimes graves que les tribunaux ont punis par des peines d'emprisonnement de plus de deux ans. Les casiers judiciaires de MM. Sauvé et Spence appuient donc la thèse des défendeurs selon laquelle les peines d'emprisonnement d'au moins deux ans visent les personnes coupables de crimes graves et les récidivistes.

Dans *Harvey*, précité, le juge La Forest s'est dit convaincu de l'existence d'un lien rationnel entre l'interdiction de cinq ans prévue par la *Loi électorale* du Nouveau-Brunswick, selon laquelle les personnes déclarées coupables de pratiques électorales illicites ne peuvent voter, remplir une charge ou être élues à l'Assemblée législative et l'objectif législatif de préserver l'intégrité du processus électoral. Voici ce qu'il dit au par. 41 :

> En effet, une période d'inéligibilité obligatoire constitue un bon moyen de dissuasion et contribue à donner confiance dans le système électoral. [. . .] [L]'appelant rate la cible lorsqu'il prétend que l'inéligibilité est une manifestation de paternalisme de la part du législateur. La disposition vise à protéger le public non seulement contre un contrevenant en particulier, mais encore contre les contrevenants en général. Autrement dit, le législateur vise un objectif de dissuasion à la fois générale et spécifique.

Puis il conclut au par. 43 :

> . . . l'al. 119*c*) a un lien rationnel avec l'objectif de préservation de l'intégrité du processus électoral et [. . .] il n'est pas arbitraire du fait qu'il s'applique seulement à un groupe précis de personnes qui sont accusées et déclarées coupables d'infractions précises.

J'estime que la même analyse vaut en l'espèce.

Je souscris à l'analyse des tribunaux d'instance inférieure selon laquelle la raison, la logique et le bon sens, ainsi que d'abondants témoignages d'experts, permettent de conclure qu'il y a un lien rationnel entre l'inhabilité à voter des personnes incarcérées pour avoir commis des actes criminels graves et les objectifs de promouvoir la responsabilité civique et le respect de la règle de droit et de favoriser la réalisation des objectifs généraux de la sanction pénale. J'ai déjà expliqué le lien qui existe entre la privation du droit de vote et le premier objectif

2002 SCC 68 (CanLII)

from serious incarcerated criminals does no injury to, but rather recognizes their dignity (see paras. 68-76). It is also explained above in the section entitled "A Rational and Reasonable Social or Political Philosophy Underpins the Crown's Justification for the Limitation of the Section 3 Right" (see especially paras. 114-121), and below in my discussion of the salutary effects of the measure (see especially paras. 180-183). In the latter section, I discuss the legislation's expression of societal values and its signalling effect. The Chief Justice prefers a different line of reasoning. Citing Mill as her authority, she states that "denying penitentiary inmates the right to vote is more likely to send messages that undermine respect for the law and democracy than messages that enhance those values" (para. 41). However, apart from one philosopher, she provides no support for this contention; she simply replaces one reasonable position with another, dismissing the government's position as "unhelpful" (para. 37 of the Chief Justice's reasons).

lorsque j'ai parlé de la dignité et mentionné que le retrait du droit de vote aux personnes incarcérées pour avoir commis des actes criminels graves ne porte pas atteinte à leur dignité, mais la reconnaît (voir par. 68-76). Je l'explique aussi dans la partie intitulée « Une philosophie sociale ou politique à la fois rationnelle et raisonnable sous-tend la justification, avancée par le ministère public, de la restriction du droit garanti à l'art. 3 » (voir particulièrement par. 114-121) et dans mon analyse des effets bénéfiques de la mesure (voir particulièrement par. 180-183). Dans la deuxième partie, j'ai parlé des valeurs sociales que celle-ci exprime et du message qu'elle transmet. Le Juge en chef préfère un autre raisonnement. Citant Mill à l'appui, elle écrit : « priver les détenus du droit de vote risque plus de transmettre des messages qui compromettent le respect de la règle de droit et de la démocratie que des messages qui prônent ces valeurs » (par. 41). Toutefois, à part ce philosophe, elle n'assortit sa déclaration d'aucune justification; elle remplace simplement un point de vue raisonnable par un autre, rejetant celui du gouvernement au motif qu'il « n'a aucune utilité » (par. 37 des motifs du Juge en chef).

The rational connection between the legislation and the enhancement of the criminal sanction is also elaborated on elsewhere. Below, at paras. 160 to 174 on minimal impairment, I explain at length that the disenfranchisement is carefully tailored to apply to perpetrators of serious crimes. I therefore disagree with the Chief Justice's statement that denial of the right to vote is insufficiently tailored and therefore not rationally connected to legitimate punishment. I also explain below, at para. 183 of my discussion of salutary effects, that denial of the right to vote is perceived as meaningful by the prisoners themselves (the evidence of the appellant Aaron Spence supports this) and can therefore contribute to the rehabilitation of prisoners.

158 J'ai aussi analysé ailleurs le lien rationnel entre la disposition législative et l'accroissement de la sanction pénale. Plus loin, aux par. 160-174 sur l'atteinte minimale, j'ai longuement expliqué que la privation du droit de vote a été soigneusement adaptée de manière à ne viser que les personnes qui ont commis un acte criminel grave. Je ne souscris donc pas à la déclaration du Juge en chef que le retrait du droit de vote n'est pas suffisamment adapté et qu'il n'a donc aucun lien rationnel avec la punition légitime. Je vais aussi expliquer plus loin, au par. 183 de mon analyse des effets bénéfiques, que la privation du droit de vote est perçue comme significative par les prisonniers eux-mêmes (le témoignage de l'appelant Aaron Spence appuie cette thèse) et peut donc contribuer à leur réadaptation.

The arguments raised by the appellants are not destructive of the rational connection between Parliament's objectives and legislative action, and do not support disregarding the findings of both lower courts. As *per* Wilson J. in *Lavigne*, *supra*, Parliament's goals are obviously "logically

159 Les arguments des appelants ne réfutent pas l'existence d'un lien rationnel entre les objectifs du législateur et la mesure législative ni la pertinence des conclusions tirées des deux tribunaux d'instance inférieure. Comme l'a dit le juge Wilson dans *Lavigne*, précité, de toute évidence, les moyens

2002 SCC 68 (CanLII)

furthered by the means government has chosen to adopt" (p. 291 (emphasis added)). In particular, I share the view of the courts below that given that, the objectives are largely symbolic, common sense dictates that social condemnation of criminal activity and a desire to promote civic responsibility are reflected in disenfranchisement of those who have committed serious crimes. This justification is rooted in a reasonable and rational social and political philosophy which has been adopted by Parliament. Further, it can hardly be seen as "novel", as stated in the Chief Justice's reasons, at para. 41. The view of the courts below is that generally supported by democratic countries. Countries including the United States, the United Kingdom, Australia, New Zealand, and many European countries such as France and Germany, have, by virtue of choosing some form of prisoner disenfranchisement, also identified a connection between objectives similar to those advanced in the case at bar and the means of prisoner disenfranchisement.

retenus par le législateur « favorisent logiquement » la réalisation de ses objectifs (p. 291 (je souligne)). Plus particulièrement, je conviens avec les tribunaux d'instance inférieure que, dans la mesure où les objectifs sont essentiellement symboliques, le bon sens veut que la réprobation sociale de l'activité criminelle et la volonté de favoriser la responsabilité civique se traduisent par l'inhabilité à voter de ceux qui ont commis des actes criminels graves. Cette justification prend sa source dans une philosophie sociale ou politique, à la fois raisonnable et rationnelle, à laquelle a adhéré le législateur. De plus, on peut difficilement qualifier de « nouvelle » cette théorie, comme le Juge en chef le fait dans ses motifs (par. 41). La thèse des tribunaux d'instance inférieure est celle que retiennent généralement les pays démocratiques. Certains pays, dont les États-Unis, le Royaume-Uni, l'Australie, la Nouvelle-Zélande, ainsi que bon nombre d'États européens, dont la France et l'Allemagne, en optant pour une forme ou une autre d'inhabilité des prisonniers à voter, ont également conclu à l'existence d'un lien entre des objectifs semblables à ceux avancés en l'espèce et les moyens retenus pour exclure les détenus de l'électorat.

(b) *Minimal Impairment*

b) *L'atteinte minimale*

160 The Crown must demonstrate that the impairment of rights is minimal, i.e. that the law was carefully tailored so that *Charter* rights are impaired no more than is necessary to meet the legislative provision's objectives. Minimal impairment is about analysing the line that has been drawn. This analysis does not, notably, require the Crown to have adopted the absolutely least intrusive means for promoting the purpose, although it does require that the Crown prefer a significantly less intrusive means if it is of equal effectiveness. In *RJR-MacDonald*, *supra*, at para. 160, McLachlin J. stated:

> The tailoring process seldom admits of perfection and the courts must accord some leeway to the legislator. If the law falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find it overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement. . . .

Le ministère public doit prouver que l'atteinte est minimale, c'est-à-dire que la disposition a été soigneusement adaptée de façon à ne pas porter atteinte aux droits garantis par la *Charte* au-delà de ce qui est nécessaire à la réalisation des objectifs du législateur. Il faut alors examiner la limite qui a été tracée. L'État n'est évidemment pas tenu d'établir qu'il a adopté le moyen le moins attentatoire qui soit pour favoriser la réalisation des objectifs. Cependant, à efficacité égale, le moyen sensiblement moins attentatoire doit avoir été privilégié. Dans *RJR-MacDonald*, précité, par. 160, le juge McLachlin dit :

> Le processus d'adaptation est rarement parfait et les tribunaux doivent accorder une certaine latitude au législateur. Si la loi se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu'elle a une portée trop générale simplement parce qu'ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l'objectif et à la violation . . .

2002 SCC 68 (CanLII)

In *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 782, Dickson C.J. stated: "The courts are not called upon to substitute judicial opinions for legislative ones as to the place at which to draw a precise line." See also *Ross*, *supra*, at para. 108. In the case at bar, these passages are of the utmost relevance, insofar as they encompass a recognition of the need for deference in the context of a case such as the one at bar.

Dans *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 782, le juge en chef Dickson a dit que « [l]es tribunaux ne sont pas appelés à substituer des opinions judiciaires à celles du législateur quant à l'endroit où tracer une ligne de démarcation. » Voir également *Ross*, précité, par. 108. Ces extraits revêtent la plus grande importance en l'espèce dans la mesure où la Cour y reconnaît la nécessité de faire preuve de retenue dans des circonstances apparentées à celles de la présente affaire.

I emphasize that it was "particularly" on the ground of minimal impairment that this Court, in the first *Sauvé* case, established that the previous s. 51(*e*) of the Act, which disenfranchised all prisoners regardless of the duration of their incarceration, was contrary to the *Charter* and incapable of being justified under s. 1. Our decision was, at pp. 439-40:

161 Je souligne que, dans la première affaire *Sauvé*, c'est en se fondant « particulièrement » sur le critère de l'atteinte minimale que la Cour a statué que l'ancien al. 51*e*) de la Loi, qui privait du droit de vote tous les détenus indépendamment de la durée de leur incarcération, était contraire à la *Charte* et ne pouvait être justifié en vertu de l'article premier. Nous avons donc rendu la décision suivante (aux p. 439-440) :

> We are all of the view that these appeals should be dismissed.
>
> The Attorney General of Canada has properly conceded that s. 51(*e*) of the *Canada Elections Act*, R.S.C., 1985, c. E-2, contravenes s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* but submits that s. 51(*e*) is saved under s. 1 of the *Charter*. We do not agree. In our view, s. 51(*e*) is drawn too broadly and fails to meet the proportionality test, particularly the minimal impairment component of the test, as expressed in the s. 1 jurisprudence of the Court.

> Nous sommes tous d'avis qu'il y a lieu de rejeter ces pourvois.
>
> Le procureur général du Canada a concédé à bon droit que l'al. 51*e*) de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. E-2, enfreint l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais il prétend qu'il est sauvegardé par l'article premier de la *Charte*. Nous ne sommes pas d'accord. À notre avis, l'al. 51*e*) a une portée trop large et ne satisfait pas au critère de la proportionnalité, particulièrement en ce qui concerne l'élément de l'atteinte minimale, énoncé dans la jurisprudence de notre Cour touchant l'article premier.

The language of Iacobucci J.'s reasons seem to imply that, while Parliament's complete ban of prisoner voting in the old provision was unconstitutional, Parliament was free to investigate where an appropriate line could be drawn. This is exactly what it was in the process of doing at the time the first *Sauvé* case was heard. It has drawn a line in the form of s. 51(*e*) of the Act.

Dans ses motifs, le juge Iacobucci donne à penser que malgré l'inconstitutionnalité de la disposition rendant tous les prisonniers inhabiles à voter, il était loisible au législateur de rechercher l'endroit où il conviendrait de tracer une ligne de démarcation. C'est précisément ce que le Parlement faisait à l'époque de l'audition de la première affaire *Sauvé*, et la limite retenue correspond à l'actuel al. 51*e*) de la Loi.

The appellants and their experts have argued that there are less intrusive means for the Crown to pursue its objectives: disenfranchisement could be left to the discretion of the sentencing judge; as *per* the Lortie Commission, only those convicted of the most serious offences (those punishable by

162 Les appelants et leurs experts font valoir que des moyens moins attentatoires pourraient permettre à l'État de réaliser ses objectifs : confier au tribunal qui détermine la peine le soin de décider de l'habilité ou de l'inhabilité à voter; comme l'a recommandé la Commission Lortie, ne priver du

2002 SCC 68 (CanLII)

a maximum of life) and the most serious sentences (those punishable by 10 years in jail or more) could lose the vote; an offence-oriented approach could define specific types of crimes which could be seen as bearing a rational connection to the franchise; or the measure could allow for the vote to be restored if the offender demonstrated good behaviour while incarcerated. To these I add that it is obvious that any higher cutoff line, i.e. 5, 10, or 25 years of incarceration, would also, technically, be less intrusive.

163 I am of the view that no less intrusive measure would be equally effective. Since Parliament has drawn a line which identifies which incarcerated offenders have committed serious enough crimes to warrant being deprived of the vote, any alternative line will not be of equal effectiveness. Equal effectiveness is a dimension of the analysis that should not be underemphasized, as it relates directly to Parliament's ability to pursue its legitimate objectives effectively. Any other line insisted upon amounts to second-guessing Parliament as to what amounts to "serious" crime.

164 The trial judge below stressed that the legislative process did undertake a rigorous evaluation of the line chosen regarding "serious" crime. He noted that the legislative history of s. 51(*e*) of the Act involved a report from the Lortie Commission. Notably, the Lortie Commission, despite the conclusion of a Research Study commissioned under it which recommended that all prisoners get the right to vote, concluded that prisoners who had been convicted of an offence punishable by a maximum of life imprisonment and who had been sentenced to a prison term of 10 years or more should be disqualified from voting for the duration of their incarceration. A Special Committee on Electoral Reform, which reviewed the Lortie Commission's Report, recommended, however, that a two-year cutoff was appropriate since this would catch "serious offenders". Wetston J. stated, at p. 877:

droit de vote que les auteurs des infractions les plus graves (punissables de l'emprisonnement à vie) et les personnes condamnées aux peines les plus lourdes (10 ans d'emprisonnement ou plus); privilégier une démarche axée sur la nature de l'infraction et déterminer quels types de crimes ont un lien rationnel avec le droit de vote; prévoir le rétablissement du droit de vote lorsque le détenu fait preuve de bonne conduite pendant son incarcération. Je me permets d'ajouter que, techniquement, une limite supérieure (par ex. 5, 10 ou 25 ans d'emprisonnement) serait aussi formellement moins attentatoire.

J'estime qu'aucune mesure moins attentatoire ne serait tout aussi efficace. Comme le législateur a fixé une limite qui permet de déterminer quels contrevenants incarcérés ont commis des actes criminels suffisamment graves pour justifier la perte du droit de vote, aucune autre ligne de démarcation ne pourrait avoir la même efficacité. L'égalité sur le plan de l'efficacité est une dimension de l'analyse qui ne doit pas être sous-estimée, en ce qu'elle se rattache directement au pouvoir du législateur de poursuivre efficacement ses objectifs légitimes. Toute autre ligne de démarcation préconisée équivaut à évaluer après coup le choix du législateur quant à savoir ce qu'est un acte criminel « grave ».

Le juge de première instance a souligné que le législateur avait procédé à une évaluation rigoureuse de la ligne de démarcation retenue pour ce qui est de l'acte criminel « grave ». Il a fait observer que le contexte de l'adoption de l'al. 51*e*) de la Loi englobait le rapport de la Commission Lortie. Plus particulièrement, même si une étude commandée par elle avait préconisé le maintien du droit de vote pour tous les détenus, la Commission Lortie a décidé que les détenus déclarés coupables d'une infraction punissable de l'emprisonnement à vie ou condamnés à une peine d'emprisonnement de 10 ans ou plus devaient être privés du droit de vote pour la durée de leur incarcération. Le Comité spécial sur la réforme électorale, qui a examiné le rapport Lortie, a toutefois recommandé une limite de deux ans, car elle engloberait « les individus ayant commis de graves infractions ». Voici ce que dit le juge Wetston (à la p. 877) :

2002 SCC 68 (CanLII)

The Special Committee spent a great deal of time trying to determine whether a two-year limit for the disqualification was appropriate, or whether a cutoff of five years, or seven years, or ten years (as recommended by the Lortie Commission) was more justifiable. Eventually, the Special Committee recommended a two-year cutoff since, in their view, serious offenders may be considered to be those individuals who have been sentenced to a term of two years or more in a correctional institution. Generally, that means a federal penitentiary, but not exclusively.

The debates in the House of Commons regarding the provision in question demonstrate that there was a view that disenfranchisement would have an "educative effect": see Wetston J. at pp. 877-78 of his reasons and *House of Commons Debates*, vol. XIV, 3rd Sess., 34th Parl., April 2, 1993, at pp. 18015-21. Further, the debates emphasize the view that the prisoners actually disenfranchised themselves by their engaging in criminal conduct. Most generally, and most importantly, Linden J.A. aptly noted, at para. 96:

> . . . that Parliament, both in general session and in Committee, debated this measure vigorously. The Parliamentary Committee reviewing the matter carefully considered the submissions of the Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing (the Lortie Commission), recommending disenfranchisement to all those prisoners serving sentences of 10 years or more. While in session, Parliament debated and ultimately rejected a motion to repeal the disenfranchisement, and an alternative motion to trigger the disenfranchisement only after a sentence of five years or more is handed down.

Linden J.A. noted that Parliament did not consider a finite list of offences which would result in the loss of the vote, but he noted that the cutoff selected achieved the same objective by a different method: serious offences were specifically targeted.

The Crown and its experts submitted that the impugned provision is minimally impairing for three reasons: only prisoners serving sentences for two years or more are disenfranchised, and thus the provision only targets what Parliament has identified as those who have perpetrated "serious"

Le Comité spécial s'est longuement attardé à la question de savoir si la limite de deux ans à l'égard de l'inhabilité à voter était justifiée, ou si une période de cinq ans, sept ans ou même dix ans (selon la recommandation de la Commission Lortie) convenait davantage. Finalement, le Comité spécial a recommandé une période d'exclusion de deux ans étant donné que, à son avis, les individus ayant commis de graves infractions sont probablement des personnes qui ont été condamnées à purger une peine d'au moins deux ans dans un établissement correctionnel. De façon générale, il s'agira d'un pénitencier fédéral, mais ce n'est pas toujours le cas.

165 L'idée que l'inhabilité à voter pourrait avoir un « effet éducatif » a été avancée pendant les débats de la Chambre des communes au sujet de la disposition en cause : voir les motifs du juge Wetston, p. 877-878, et les *Débats de la Chambre des communes*, vol. XIV, 3e sess., 34e lég., 2 avril 1993, p. 18015-18021. Par ailleurs, les débats mettent en évidence l'idée que les détenus se rendent eux-mêmes inhabiles à voter en se livrant à des activités criminelles. Mais surtout, de manière plus générale, et le juge Linden de la Cour d'appel fédérale l'a signalé à juste titre (au par. 96) :

> . . . le Parlement, en session générale et en comité, a tenu un débat animé sur cette mesure. Le comité parlementaire qui a examiné la question a étudié avec soin les observations de la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis (la Commission Lortie), qui recommandait l'inhabilité de tous les prisonniers purgeant des peines de dix ans ou plus. La session du Parlement a débattu et rejeté, en bout de ligne, une motion visant à abolir l'inhabilité, ainsi qu'une motion subsidiaire en vertu de laquelle l'inhabilité ne serait survenue que lorsqu'une sentence imposant une peine de cinq ans ou plus a été prononcée.

Le juge Linden a fait remarquer que le législateur n'avait pas envisagé l'établissement d'une liste d'infractions précises dont la perpétration entraînerait la perte du droit de vote, mais que la limite fixée arrivait au même résultat — l'inhabilité des auteurs d'infractions graves —, mais par un autre moyen.

166 Le ministère public et ses experts prétendent que la disposition contestée porte atteinte de façon minimale et ce, pour trois raisons : seuls les prisonniers purgeant une peine de deux ans ou plus sont privés du droit de vote, de sorte que la disposition vise uniquement les personnes ayant perpétré des actes

2002 SCC 68 (CanLII)

offences; the disenfranchisement is temporary, in the sense that the vote returns to the offenders once they leave jail; and the return of the vote once the offender leaves jail is automatic.

167 The trial judge, appropriately, was concerned that Parliament be granted some latitude to select alternative policy options. In his final analysis, however, Wetston J. rejected all but one of the appellants' suggested "less intrusive" options. What he believed would be a less intrusive measure is the selective disenfranchisement of each individual offender as a matter of the sentencing judge's discretion. He preferred this approach since it would not be automatic; it would take into account the particular circumstances of each offender. He noted that this option was not heavily considered by Parliament. Further, he noted that legislative criteria could assist the sentencing judge in his or her determinations. The trial judge was also of the view that there would be a greater degree of public attention if the issue of disqualification were to be decided by the sentencing judge, and thus the morally educative dimension of the disenfranchisement would be enhanced. The trial judge thus found that in light of this available option the provision was not minimally impairing. Desjardins J.A., in dissent at the Federal Court of Appeal, was effectively of the same view.

168 I am not convinced by the trial judge's preference for this approach. First, it seems to designate the actual purpose of the voting ban to be more clearly the enhancement of the punitive sanction than the promotion of civic responsibility. I am of the view that if the offender has committed a crime which falls within the category identified by Parliament as bringing with it disenfranchisement, the sentencing judge's discretion has little place in determining whether civic responsibility will be better or worse promoted by the disenfranchisement of the particular offender. It is therefore clearly not of equal effectiveness. Second, I cannot imagine what factors a sentencing judge would appropriately weigh to decide this issue. The "personal circumstances" which a sentencing judge might employ to reduce a sentence have, in my view, no place in determining whether a particular offender be permitted to vote.

criminels jugés « graves » par le législateur; l'inhabilité est temporaire, le détenu redevenant habile à voter à sa sortie de prison; le droit de vote est rétabli automatiquement à la sortie de prison.

Le juge de première instance a à juste titre estimé que le législateur devait disposer d'une certaine marge de manœuvre dans le choix des solutions de rechange. Toutefois, le juge Wetston a finalement rejeté toutes les options « moins attentatoires » proposées par les appelants, sauf une. Selon lui, il aurait été moins attentatoire de laisser au tribunal qui détermine la peine le soin de décider dans chaque cas s'il y a lieu de suspendre le droit de vote. Cette solution lui paraissait plus acceptable parce que l'inhabilité ne serait pas automatique et la situation personnelle de chaque contrevenant serait prise en considération. Il a fait remarquer que le Parlement n'avait pas bien soupesé cette possibilité. Il a ajouté que des critères pourraient être prévus dans la loi pour aider le tribunal à rendre sa décision. En outre, si elle était décidée par le tribunal fixant la peine, la privation du droit de vote retiendrait davantage l'attention du public et sa fonction d'éducation morale serait accrue. L'existence de cette autre avenue l'a donc amené à conclure que la disposition ne constituait pas une atteinte minimale. Dissidente, madame le juge Desjardins de la Cour d'appel fédérale s'est rangée à son avis.

La préférence exprimée par le juge de première instance ne me convainc pas. Premièrement, selon la démarche qu'il privilégie, le véritable objectif de la privation du droit de vote paraît être l'accroissement de la sanction pénale et non la promotion de la responsabilité civique. J'estime que, lorsqu'une personne a commis un acte criminel faisant partie de ceux qui, selon le législateur, justifient la privation du droit de vote, le tribunal appelé à déterminer la peine peut difficilement exercer son pouvoir discrétionnaire pour décider si, dans un cas en particulier, la privation du droit de vote favorisera ou non la responsabilité civique. Ce moyen n'est donc pas aussi efficace. Deuxièmement, je ne vois pas quels facteurs le tribunal pourrait légitimement prendre en considération pour trancher la question. La « situation personnelle » dont il peut tenir compte pour réduire la peine n'a à mon sens rien à voir

2002 SCC 68 (CanLII)

The disenfranchisement comes solely from having committed a crime serious enough to bring with it a term of incarceration of two years or more.

The trial judge also noted that legislative guidelines could be provided to assist the sentencing judge. I fail to see how such guidelines would be any more effective than the line currently drawn since the current line is Parliament's choice of a guideline: it clearly identifies a line which Parliament believes represents what amounts to "serious crime". The suggestion that a sentencing judge be able to exercise a discretion, in my view, trivialises the gravity of all offences which Parliament has said, by virtue of the cutoff line selected in relation to the *Criminal Code*, are serious.

It could be said that there are many other less intrusive methods to promote civic responsibility or the rule of law, methods which do not involve prisoners at all. For example, it could be said that a program of compulsory voting for all citizens, as is in effect in Australia or Belgium, might be such an alternative. With regard to such suggestions, I note the following passage from Dickson C.J. in *Keegstra*, *supra*, at pp. 784-85:

> . . . s. 1 should not operate in every instance so as to force the government to rely upon only the mode of intervention least intrusive of a *Charter* right or freedom. It may be that a number of courses of action are available in the furtherance of a pressing and substantial objective, each imposing a varying degree of restriction upon a right or freedom. In such circumstances, the government may legitimately employ a more restrictive measure, either alone or as part of a larger programme of action, if that measure is not redundant, furthering the objective in ways that alternative responses could not, and is in all other respects proportionate to a valid s. 1 aim. [Emphasis added.]

The approach taken by Linden J.A. for the majority of the Federal Court of Appeal below is sound. He held that the current provision was minimally impairing for a number of reasons: only

avec l'opportunité de maintenir le droit de vote d'un détenu en particulier. L'inhabilité résulte uniquement de la perpétration d'un acte criminel suffisamment grave pour entraîner une peine d'emprisonnement de deux ans ou plus.

169 Le juge de première instance a par ailleurs fait observer que le législateur pourrait établir des lignes directrices à l'intention du tribunal appelé à déterminer la peine. Je ne vois pas en quoi de telles lignes directrices seraient plus efficaces que la limite actuelle, puisque celle-ci correspond au choix d'une ligne directrice par le législateur : ce dernier établit clairement ce qui, pour lui, constitue un « acte criminel grave ». Selon moi, vouloir s'en remettre au pouvoir discrétionnaire du tribunal qui détermine la peine banalise les infractions que le législateur juge graves suivant la limite qu'il a fixée en liaison avec le *Code criminel*.

170 Certains pourraient affirmer qu'il existe de nombreux autres moyens moins attentatoires de favoriser la responsabilité civique ou le respect de la règle de droit, des moyens qui n'ont rien à voir avec les détenus. L'un de ces autres moyens pourrait être, par exemple, l'exercice obligatoire du droit de vote par tous les citoyens, comme en Australie ou en Belgique. À cet égard, il me paraît opportun de citer l'extrait suivant des motifs du juge en chef Dickson dans *Keegstra*, précité, p. 784-785 :

> . . . l'article premier ne doit pas jouer dans tous les cas de manière à contraindre le gouvernement à n'intervenir que de la manière qui porte le moins possible atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*. Il se peut en effet qu'il y ait plusieurs moyens d'atteindre un objectif urgent et réel, dont chacun impose un degré plus ou moins grand de restriction à un droit ou à une liberté. Dans ces circonstances, le gouvernement peut légitimement recourir à une mesure plus restrictive, soit isolément soit dans le cadre d'un plan d'action plus étendu, pourvu que cette mesure ne fasse pas double emploi, qu'elle permette de réaliser l'objectif de façons qui seraient impossibles par le biais d'autres mesures, et qu'elle soit à tous autres égards proportionnée à un objectif légitime aux fins de l'article premier. [Je souligne.]

171 Au nom de la majorité de la Cour d'appel fédérale, le juge Linden a correctement analysé la question. Il a conclu que la disposition actuelle portait atteinte de façon minimale pour plusieurs raisons :

2002 SCC 68 (CanLII)

"serious offenders", as determined by Parliament, are subject to disenfranchisement; accused persons and those convicted but out on bail are permitted to vote; those out on parole are permitted to vote; and the provision acts proportionately since it is individualized insofar as those with longer sentences will be disenfranchised longer. The provision is reasonably tailored insofar as disenfranchisement reflects the length of the sentence and actual incarceration, which, in turn, reflects the seriousness of the crime perpetrated and the intended progress towards the ultimate goals of rehabilitation and reintegration.

172 Linden J.A. also, correctly in my view, drew a parallel to the approach to minimal impairment adopted by this Court in *Harvey*, *supra*. He noted at para. 123:

> Here too Parliament has sought to further electoral goals with a period during which the person convicted of the most serious crimes will be prohibited from participating in the law-making process. I can see no reason why this Court should declare invalid the balancing engaged in by Parliament in this case.

173 I agree with the Crown that the impugned provision is not arbitrary: it is related directly to particular categories of conduct. I also note that the two-year cutoff line also reflects practical considerations: it reflects a distinguishing between offenders incarcerated in federal rather than provincial institutions (s. 743.1 of the *Criminal Code*); persons sentenced to a term of imprisonment of two years or more are not eligible to serve their sentence in open custody (s. 742.1 of the *Criminal Code*); and persons subject to a sentence of imprisonment of two years or more are subject to having a court delay parole until one half of the sentence is served (s. 743.6 of the *Criminal Code*).

174 In my view, it is particularly inappropriate, in the case at bar, to find the justification of the limitation of the right to be unconvincing at this phase of the *Oakes* test. First, as was noted above, there is a need for deference to Parliament in its drawing of a line, especially since this Court gave the impression that

seuls les « auteurs d'actes criminels graves », définis par le législateur, sont inhabiles à voter; les accusés et les personnes déclarées coupables, mais bénéficiant d'une liberté sous caution, ont le droit de vote; les détenus bénéficiant d'une libération conditionnelle peuvent voter et la disposition a un effet proportionné et adapté à chacun dans la mesure où plus la peine est longue, plus l'inhabilité dure longtemps. La disposition est raisonnablement bien adaptée en ce que l'inhabilité reflète la durée de la peine et de l'incarcération réelle, qui elle reflète la gravité du crime commis et la progression prévisible vers la réalisation des objectifs ultimes que sont la réadaptation et la réinsertion sociale.

Par ailleurs, le juge Linden établit à juste titre un parallèle avec l'analyse à laquelle la Cour s'est livrée dans *Harvey*, précité, relativement à l'atteinte minimale. Voici ce qu'il dit au par. 123 :

> Ici aussi, le Parlement a voulu poursuivre des objectifs électoraux en fixant une période au cours de laquelle il est interdit à une personne déclarée coupable d'une infraction parmi les plus graves de participer au processus législatif. Je ne vois pas pourquoi la Cour devrait déclarer invalide le choix fait par le législateur en l'espèce dans la recherche d'un équilibre.

Je conviens avec le ministère public que la disposition contestée n'est pas arbitraire : elle se rattache directement à des catégories de comportement en particulier. La limite de deux ans s'appuie en outre sur des considérations d'ordre pratique : elle tient compte de la distinction entre les contrevenants détenus dans des pénitenciers fédéraux et ceux détenus dans des établissements provinciaux (art. 743.1 du *Code criminel*), ainsi que du fait que les personnes condamnées à deux ans d'emprisonnement ou plus ne peuvent purger leur peine au sein de la collectivité (art. 742.1 du *Code criminel*) et, si le tribunal l'ordonne, ne sont admissibles à la libération conditionnelle qu'après avoir purgé la moitié de leur peine (art. 743.6 du *Code criminel*).

J'estime qu'il est particulièrement inopportun, à cette étape de l'application du critère de l'arrêt *Oakes*, de tenir pour non convaincante la justification avancée en l'espèce relativement à la restriction du droit en cause. Premièrement, comme je le dis précédemment, il est nécessaire de respecter la

2002 SCC 68 (CanLII)

it was up to Parliament to do exactly that after the first *Sauvé* case was heard in 1993. Second, also as developed above, the analysis of social and political philosophies and the accommodation of values in the context of the *Charter* must be sensitive to the fact that there may be many possible reasonable and rational balances. Developing this point, it is important to note that, given the theoretical nature of the arguments raised by both parties in the case at bar, they do not gain proportionally in strength as the bar is moved higher. Symbolic and theoretical justifications such as employed in this case do not get stronger as the line changes. The fundamental premises underlying the line chosen would be the same if the cutoff was 10 years, or even 25 years. See, for example, *Driskell*, *supra*, in which similar analytical problems to those in the case at bar arose and resulted in a line of five years being held unconstitutional. Line drawing, amongst a range of acceptable alternatives, is for Parliament. This view is compounded by the point developed above that it is plain that any alternate line would not be equally effective, in that the line drawn reflects Parliament's identification of what amounts to serious criminal activity. The Federal Court of Appeal was correct to find the provision in question minimally impairing.

(c) *Proportionality of Effects*

The final prong of the *Oakes* test demands that the effects of the limiting measure (the impugned provision) must not so severely trench on *Charter* rights that the legislative objective, albeit important, is outweighed by the infringement of the rights. The basic test for determining proportionality is that the objectives must be balanced with the actual effects of the impugned provision: *Oakes*, *supra*; *Edwards Books*, *supra*; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229. This basic test, however, was restated and modified by Lamer C.J. in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835. Therein, it was held that in cases where a measure fully, or nearly fully, meets its legislative objective

limite fixée par le législateur, d'autant plus que la Cour a laissé entendre qu'il lui appartenait précisément d'en établir une à l'issue de l'audition de la première affaire *Sauvé* en 1993. Deuxièmement, et je l'ai déjà expliqué également, l'analyse de philosophies sociales ou politiques et la conciliation de valeurs dans le contexte de l'application de la *Charte* doivent tenir compte du fait que de nombreux dosages raisonnables et rationnels sont possibles. Il importe de signaler à cet égard que, en raison de leur nature théorique, les arguments avancés par les deux parties en l'espèce ne seraient pas plus convaincants si une limite supérieure était fixée. Les justifications symboliques et théoriques, comme celles invoquées en l'espèce, ne gagnent pas en vigueur du fait que la limite est modifiée. Les prémisses fondamentales qui la sous-tendent seraient les mêmes si elle correspondait à 10 ans ou même 25 ans. Voir par exemple *Driskell*, précité, où le tribunal était aux prises avec des difficultés analytiques semblables et où une limite de cinq ans a été finalement jugée inconstitutionnelle. C'est au législateur de choisir une limite parmi différentes alternatives acceptables. En outre, comme nous l'avons déjà expliqué, toute autre limite ne serait pas aussi efficace, étant donné que celle fixée par le législateur correspond à ce qui, selon lui, constitue une activité criminelle grave. La Cour d'appel fédérale a eu raison de conclure que la disposition contestée constitue une atteinte minimale.

c) *La proportionnalité des effets*

175 Selon le dernier volet du critère de l'arrêt *Oakes*, les effets de la mesure restrictive (la disposition contestée) ne doivent pas porter atteinte aux droits garantis par la *Charte* au point que la violation des droits l'emporte sur l'objectif législatif, même s'il est important. Le critère fondamental permettant de déterminer s'il y a proportionnalité est le suivant : il doit y avoir un équilibre entre les objectifs et les effets réels de la disposition en cause : *Oakes*, précité; *Edwards Books*, précité; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229. Ce critère fondamental a cependant été reformulé et modifié par le juge en chef Lamer dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*,

2002 SCC 68 (CanLII)

or objectives, then the conventional *Oakes* analysis stands: weigh the objectives with the actual effects of the impugned provision. Where a measure only partially achieves its legislative objective or objectives, the proportionality requirement is dual: not only must there be proportionality between the deleterious effects of the measure which are responsible for the limiting of the right in question and the objective, but there must also be proportionality between the deleterious and the salutary effects of the measures.

176 What of this case? The Crown alleges that the objectives have been fully met, and thus the pre-*Dagenais* approach should apply. As submitted by the Crown at para. 64 of their factum, "[t]he enactment of the legislation creates the norm and fulfills the moral aim of the legislation. As in *Harvey* . . . there is no need to balance the salutary and deleterious effects of this legislation".

177 In *Harvey*, *supra*, at para. 48, La Forest J. stated that "[t]he final step in the *Oakes* analysis is to determine if the effects of s. 119(c), the removal of the appellant as the member for Carleton North and his five-year disqualification from running as a candidate, are proportional to the section's objective of ensuring the integrity of the electoral process." Thus, La Forest J. did not go on to balance salutary and deleterious effects *per se*; the emphasis was only on weighing the proportionality of the deleterious effects to the objectives of the provision. While Linden J.A. did not definitively prefer the *Harvey* approach in this case, he noted at para. 133 that it "highlights that the context of the particular case is paramount in the *Oakes* analysis". Further, he noted at para. 134 that "it is hard to speak of salutary effects in the context of the penal sanction, especially in an age where there is little evidence proving that the penal sanction is effective in reducing or deterring crime, or in reducing recidivism". I agree and am of the view that regardless of which test is engaged, given the nature of the evidence and the fact that the objectives have clear symbolic effect,

[1994] 3 R.C.S. 835. La Cour a alors statué que, lorsque la mesure permet d'atteindre pleinement ou presque l'objectif législatif, l'analyse traditionnelle fondée sur l'arrêt *Oakes* s'applique : on compare les objectifs de la disposition en cause avec ses effets réels. Lorsque la mesure ne permet d'atteindre que partiellement l'objectif législatif, l'exigence de la proportionnalité est double : il doit y avoir proportionnalité non seulement entre l'objectif de la mesure et ses effets préjudiciables sur le droit en cause, mais également entre les effets préjudiciables et les effets bénéfiques de la mesure.

Qu'en est-il en l'espèce? Le ministère public au par. 64 de leur mémoire allègue que les objectifs ont été pleinement atteints, de sorte que l'analyse antérieure à l'arrêt *Dagenais* devrait s'appliquer. Pour reprendre les termes qu'il a employés dans son mémoire, [TRADUCTION] « [l]'adoption de la loi crée la norme et atteint le but moral de la loi. Tout comme dans *Harvey* [. . .], il n'est pas nécessaire de mettre en balance les effets bénéfiques et les effets préjudiciables de la loi ».

Dans *Harvey*, précité, par. 48, le juge La Forest dit que « [l]a dernière étape de l'analyse proposée dans *Oakes* consiste à déterminer si les effets de l'al. 119*c*), à savoir la destitution de l'appelant de sa charge de député de Carleton-Nord et la période d'inéligibilité de cinq ans, sont proportionnels à l'objectif de cette disposition, qui est de garantir l'intégrité du processus électoral ». Le juge La Forest n'a donc pas mis en balance les effets bénéfiques et les effets préjudiciables comme tels; il n'a mis l'accent que sur la proportionnalité des effets préjudiciables et des objectifs de la disposition. En l'espèce, même s'il n'a pas opté définitivement pour la démarche préconisée dans *Harvey*, le juge Linden, de la Cour d'appel fédérale, a fait observer que cette démarche « met encore davantage en lumière l'importance primordiale du contexte dans l'analyse décrite dans *Oakes* » (par. 133) . Il a ajouté qu'« il est difficile de parler d'effets bénéfiques dans le contexte d'une sanction pénale, plus particulièrement à une époque où il existe peu de preuves établissant que la sanction pénale est efficace pour réduire la criminalité, dissuader les criminels ou empêcher les récidives »

2002 SCC 68 (CanLII)

that the proportionality analysis is nonetheless satisfied.

It is my view that the arguments in this dimension of the analysis are basically either persuasive or not. If the objectives are taken to reflect a moral choice by Parliament which has great symbolic importance and effect and which are based on a reasonable social or political philosophy, then their resulting weight is great indeed. Over all, while the temporary disenfranchisement is clear, the salutary effects and objectives are, in my view, of greater countervailing weight. Generally, I agree with the analysis of Linden J.A. at the Federal Court of Appeal below to this effect.

The trial judge considered this dimension of the *Oakes* test despite having found that the impugned provision was not minimally impairing. He discussed the current situation across Canadian provinces with regard to prisoner enfranchisement for the purpose of provincial elections. He noted that four provinces (I note that it is now five) permit all prisoners to vote in provincial elections, others place some limits, while yet others provide for complete disenfranchisement. He then found that the Crown did not provide any evidence of harm flowing from instances where prisoners had exercised the right to vote, such as provincial elections or referenda. He also noted that the Crown did not provide any evidence of harm flowing from prisoner voting in other countries. I do not find this reasoning persuasive: the harm which flows from serious offenders voting is obviously not empirically demonstrable. As long as one holds democracy to be an abstract good, to find that empirically measurable harm flows from the result of any fair democratic process is an impossible argument to make.

The salutary effects in the case at bar are particularly difficult to demonstrate by empirical evidence given their largely symbolic nature. On this point, I

(par. 134). Je partage son point de vue et j'estime que, peu importe le critère appliqué, étant donné la nature de la preuve et l'effet clairement symbolique des objectifs, il y a bel et bien proportionnalité.

178 En fait, les arguments examinés à cette étape de l'analyse sont soit convaincants, soit non convaincants. Si l'on considère que les objectifs reflètent un choix moral du législateur d'une grande importance et d'une grande incidence symboliques et qu'ils se fondent sur une philosophie sociale ou politique raisonnable, leur poids est en effet très grand. Mais surtout, même si l'inhabilité temporaire à voter ne fait pas de doute, les effets bénéfiques et les objectifs la justifient amplement. Dans l'ensemble, je me range donc à l'avis du juge Linden, de la Cour d'appel fédérale.

179 Le juge de première instance a abordé ce volet du critère de l'arrêt *Oakes* même s'il a conclu que la disposition contestée ne constituait pas une atteinte minimale. Il a examiné le droit des détenus de voter aux élections provinciales dans les différentes provinces canadiennes. Quatre provinces (je précise qu'elles sont désormais au nombre de cinq) autorisent tous les prisonniers à voter aux élections provinciales, d'autres établissent certaines restrictions et certaines excluent carrément les détenus de l'électorat. Il a ensuite conclu que le ministère public n'avait offert aucune preuve du préjudice découlant de la participation des détenus à certaines élections provinciales ou à certains référendums. Il a par ailleurs signalé que le ministère public n'avait présenté aucun élément de preuve quant au préjudice découlant de l'exercice du droit de vote par les détenus dans d'autres pays. Ce raisonnement ne me paraît pas convaincant : on ne saurait manifestement pas établir de manière empirique le préjudice imputable à l'exercice du droit de vote par des personnes reconnues coupables d'actes criminels graves. Tant que l'on tient la démocratie pour un bien abstrait, on ne peut soutenir qu'un préjudice empiriquement mesurable découle du résultat d'un processus démocratique régulier.

180 En l'espèce, il est particulièrement difficile de prouver de manière empirique les effets bénéfiques étant donné leur nature essentiellement symbolique.

2002 SCC 68 (CanLII)

note that it would be difficult for the Crown to justify all penal sanctions, if scientific proof was the standard which was required. I discussed this above, and would like to reiterate that many core values of the Canadian community might suffer if put to such a test. In such cases, the weighty merit of the objectives themselves must be considered with the social, legislative and factual context in mind. In this case, a central dimension of the context is Parliament's choice of a particular social or political philosophy on which the justification for the limitation of the right is based. As Bastarache J. noted in *Thomson Newspapers*, *supra*, at para. 125, this third phase of the proportionality prong of the *Oakes* test is unique in that it

> provides an opportunity to assess, in light of the practical and contextual details which are elucidated in the first and second stages, whether the benefits which accrue from the limitation are proportional to its deleterious effects as measured by the values underlying the *Charter*.

181 Linden J.A. found that the primary salutary effect was that the legislation, intrinsically, expresses societal values in relation to serious criminal behaviour and the right to vote in our society. He thus concluded, at para. 137, that it has more than symbolic effect:

> This legislation sends a message signalling Canadian values, to the effect that those people who are found guilty of the most serious crimes will, while separated from society, lose access to one of the levers of electoral power. This is an extremely important message, one which is not sent by incarceration alone. Incarceration is essentially separation from the community. Incarceration alone signals a denunciation of the offender's anti-societal behaviour and indicates society's hope for rehabilitation through separation from the community. Incarceration by itself, however, leaves those convicted of serious crimes free to exercise all the levers of electoral power open to all law-abiding citizens. This maintains a political parity between those convicted of society's worst crimes and their victims. Disqualification from voting, however, signals a denunciation of the criminal's anti-societal behaviour and sends the message that those people convicted of causing the worst forms of indignity to others will be deprived of one aspect of the political equality of citizens — the right to vote. It can be said that, in this context, "kindness toward the criminal can be an act of

Je signale à cet égard que le ministère public aurait du mal à justifier n'importe quelle sanction pénale s'il devait satisfaire à la norme de la preuve scientifique. Je le répète, l'application d'un tel critère pourrait être préjudiciable à de nombreuses valeurs fondamentales de la société canadienne. En pareils cas, le bien-fondé des objectifs eux-mêmes doit être soupesé compte tenu du contexte social, législatif et factuel. En l'espèce, l'adhésion du législateur à une philosophie sociale ou politique donnée sur laquelle se fonde la justification avancée à l'appui de la restriction du droit en cause est au cœur du contexte à considérer. Comme le dit le juge Bastarache dans *Thomson Newspapers*, précité, par. 125, ce troisième volet du critère de l'arrêt *Oakes* portant sur la proportionnalité est unique en ce qu'il

> donne l'occasion d'apprécier, à la lumière des détails d'ordre pratique et contextuel qui ont été dégagés aux première et deuxième étapes, si les avantages découlant de la limitation sont proportionnels aux effets préjudiciables, mesurés au regard des valeurs consacrées par la *Charte*.

Selon le juge Linden, le principal effet bénéfique est que la loi, intrinsèquement, exprime des valeurs sociales à l'égard du comportement criminel grave et du droit de vote dans la société. Il conclut au par. 137 de ses motifs que la loi n'a pas qu'un effet symbolique :

> La loi véhicule un message mettant en relief les valeurs canadiennes, selon lequel les personnes reconnues coupables des infractions les plus graves perdront, pendant leur isolement de la société, leur accès à l'un des leviers du pouvoir électoral. Ce message est extrêmement important et il n'est pas transmis par la seule incarcération. L'incarcération consiste essentiellement à isoler une personne de la collectivité. L'incarcération seule exprime la réprobation du comportement antisocial du contrevenant et révèle l'espoir de la société de parvenir à sa réadaptation en l'isolant de la collectivité. L'incarcération en soi n'entrave toutefois pas la possibilité pour les personnes coupables des infractions les plus graves d'utiliser tous les leviers du pouvoir électoral auxquels tout citoyen respectueux de la loi a accès. L'égalité politique entre les auteurs des crimes les plus graves et leurs victimes est donc préservée. L'inhabilité à voter exprime toutefois la réprobation du comportement antisocial du contrevenant et fait savoir que les personnes reconnues coupables d'avoir fait subir les pires affronts à autrui seront privées de l'un des aspects de l'égalité politique des citoyens —

2002 SCC 68 (CanLII)

cruelty toward his victims, and the larger community". [Footnotes omitted; emphasis in original.]

Linden J.A. suggested that value emerges from the signal or message that those who commit serious crimes will temporarily lose one aspect of the political equality of citizens. Therefore, "the enactment of the measure is itself a salutary effect" (para. 138). I agree. As can be drawn out from the overview of the arguments which were placed before this Court, one is forced to either accept the objectives, and consequently grant them weight at this stage of the analysis, or discount them. I am of the view that the salutary effects and objectives must be granted the respect of this Court.

The signalling function of s. 51(*e*) is highly important. Linden J.A., below, noted at paras. 139 and 141 of his reasons, that:

The signal itself is a double signal, a message about the community's view of crime and a repudiation of the indignity perpetrated on victims of crime. Where someone, by committing a serious crime, evinces contempt for our basic societal values, their right to vote may be properly suspended. Indeed, not to do so undermines our democratic values.

. . .

In context, this legislation puts forward a statement of principles by which Canadians live. That is a valid role which Parliament may play. The formal enactment of these principles itself is as important as any tangible effects that the law may have. [Footnotes omitted.]

This view is supported by the Crown's experts, Professors Pangle and Manfredi. Professor Pangle emphasized that the provision in question reflects a signal to society and to offenders that the commission of serious criminal acts will result in the loss of a dimension of political participation. Professor Manfredi developed the argument, employed above, that there is something important about the nexus between the exercise of the vote by citizens and the responsibilities and duties inherent in citizenship. Also as reflected upon above, the provision reflects society's desire to promote the rule of law and civic responsibility, which are inherent in and required

le droit de vote. On peut dire que, dans ce contexte, [TRADUCTION] « la bonté envers le criminel peut constituer de la cruauté envers ses victimes et l'ensemble de la collectivité ». [Notes omises; souligné dans l'original.]

Le juge Linden laisse entendre qu'une valeur se dégage du message : ceux qui commettent des actes criminels graves seront temporairement privés d'une facette de l'égalité politique des citoyens. Il conclut donc que « l'adoption de cette mesure est bénéfique en soi » (par. 138). J'en conviens. Au vu des arguments qui ont été présentés à la Cour, il faut soit accepter les objectifs et, par conséquent, leur accorder de l'importance à cette étape de l'analyse, soit les rejeter. Selon moi, la Cour doit reconnaître l'importance des effets bénéfiques et des objectifs de la disposition contestée.

Comme le juge Linden l'écrit aux par. 139 et 141 de ses motifs, le message que transmet l'al. 51*e*) est très important : 182

[Ce signal] est double : il exprime l'opinion que la collectivité a du crime et désavoue l'affront fait aux victimes du crime. Lorsqu'une personne démontre son mépris pour les valeurs de notre société, en perpétrant une infraction grave, son droit de vote peut à bon droit être suspendu. En fait, le défaut d'agir ainsi minerait nos valeurs démocratiques.

. . .

En contexte, la loi formule un énoncé des principes qui régissent la vie des Canadiens. C'est un rôle que le Parlement peut jouer valablement. L'adoption officielle de ces principes revêt autant d'importance que les éventuels effets tangibles de la loi. [Notes omises.]

Les experts du ministère public, les professeurs Pangle et Manfredi, partagent ce point de vue. Le professeur Pangle insiste sur le fait que la disposition transmet à la société et aux contrevenants le message que la perpétration d'un acte criminel grave entraînera la perte d'une facette de la participation politique. Le professeur Manfredi a développé l'argument, exposé précédemment, que le lien entre l'exercice du droit de vote par les citoyens et les obligations inhérentes à la citoyenneté recèle quelque chose d'important. La disposition traduit également la volonté de la société de promouvoir la règle de droit et la responsabilité civique, qui

2002 SCC 68 (CanLII)

by the rule of law and the notion of the social contract. This provision draws a line which sends a strong and beneficial moral message to society as a whole, the message that crime will not be tolerated. As was said in *Sharpe*, *supra*, by L'Heureux-Dubé and Bastarache JJ. and myself, at para. 191: "The Court should be particularly sensitive to the legitimate role of government in legislating with respect to our social values".

183 Another salutary effect of the impugned provision is that it has an effect that is noticed by the disenfranchised offenders themselves. Linden J.A. agreed and substantiated this view by quoting testimony from the appellant Aaron Spence to the effect that Mr. Spence was troubled by the fact that he was denied the vote, at para. 143:

Q. The fact that you are deprived of the right to vote doesn't bother you?

A. It does, it does bother me.

Q. The answer to my question, then, Mr. Spence, unless I misunderstood your answer, is that you are, in fact, deprived of certain things that you think are valuable?

A. Definitely.

Q. Like the right to vote?

A. That is true.

I am of the view that this evidences the salutary effect that the temporary disenfranchisement is perceived as meaningful by the offenders themselves. I am also of the view that based on this, there is reason to believe that the disenfranchisement could have an ongoing positive rehabilitative effect. Since the vote is meaningful to these offenders, then perhaps its temporary loss will be a factor which these offenders will carry with them as they pursue reintegration into the community on their release. The reasons of the Chief Justice deny this and suggest that the denial of the vote to prisoners makes reintegration and rehabilitation more difficult. As just stated, I disagree. I note as well, however, that it is possible to argue that incarceration itself may make rehabilitation and reintegration more difficult, but it is still,

sont inhérentes à la primauté du droit et au contrat social. Elle établit une limite qui envoie à la société dans son ensemble un message de nature morale, à la fois ferme et bénéfique, à savoir que le crime ne sera pas toléré. Comme les juges L'Heureux-Dubé et Bastarache et moi-même l'avons dit dans *Sharpe*, précité, par. 191, « [n]otre Cour devrait prêter une attention toute particulière au rôle légitime que le gouvernement joue en légiférant à l'égard de nos valeurs sociales ».

La disposition en cause est par ailleurs bénéfique en ce sens que son effet n'échappe pas aux principaux intéressés. Le juge Linden en convient et cite à l'appui le témoignage de l'appelant Aaron Spence, qui se disait troublé par la perte du droit de vote (au par. 143) :

[TRADUCTION]

Q. Le fait d'être privé de votre droit de vote ne vous dérange pas?

R. Oui. Oui, ça me dérange.

Q. La réponse à ma question alors, M. Spence, à moins que je ne vous comprenne pas, c'est que vous êtes en fait privé de certaines choses qui ont de la valeur pour vous?

R. Certainement.

Q. Comme le droit de vote?

R. C'est vrai.

Il semble donc que les contrevenants eux-mêmes jugent significative l'inhabilité temporaire à voter, ce qui atteste, à mon avis, l'effet bénéfique de la disposition. De ce fait, j'estime aussi qu'il y a lieu de croire que la privation du droit de vote pourrait avoir un effet positif permanent sur le plan de la réadaptation. Comme le droit de vote est important pour le détenu, il se peut que sa perte temporaire demeure présente à son esprit lorsqu'il s'engagera dans la voie de la réinsertion sociale après sa mise en liberté. Le Juge en chef exprime l'avis contraire et soutient que le retrait du droit de vote rend la réinsertion sociale et la réadaptation plus difficiles. Je ne suis évidemment pas d'accord. Je remarque aussi, toutefois, que l'on peut soutenir que l'incarcération elle-même rend plus ardues la réinsertion sociale et

2002 SCC 68 (CanLII)

in some cases, an important dimension of punishment and indeed a step towards rehabilitation.

The most obvious deleterious effect of s. 51(*e*) is the potential temporary loss of the vote. This, however, must be considered in light of Parliament's objectives, as illuminated by the totality of the context. Based on statistical data, Linden J.A. concluded that the provision was effective insofar as it affected only the most serious offenders. Linden J.A. presented an overview of the number and percentage of inmates in federal penitentiaries serving time for particular offences in the form of a table reproduced at para. 145 of his reasons. Basically, it reflected the serious nature of the offences committed by those persons incarcerated for two years or more. As noted above, of the sample of 14,179 offenders incarcerated for two years or more, each was found to have, on average, 29.5 convictions. Linden J.A. thus properly concluded that the provision catches serious and repeat offenders. The statistics also indicate that 75 percent of prisoners incarcerated in federal penitentiaries are serving sentences of five years or less. Therefore, most prisoners will only be deprived of participation in one election: see Linden J.A., at para. 145; see also Linden J.A., at para. 122, where fixed periods of disenfranchisement are discussed and a helpful parallel is drawn to this Court's approach in *Harvey*, *supra*. Lastly, because the duration of the disenfranchisement is directly related to the duration of incarceration, it may in fact be the case that a serious criminal offender who is technically disenfranchised during the period of his or her incarceration may never actually be denied the opportunity to vote, as there may be no election during the time he or she is incarcerated.

The reasons of the Chief Justice suggest that to be temporarily disenfranchised while incarcerated is to be severed from the body politic and silenced as an unworthy outsider. Above, I explained how temporary disenfranchisement does not undermine the "worth" or "dignity" of any offender but is instead focussed at criminal offences. I also have discussed how temporary disenfranchisement is to be seen as

la réadaptation, mais il s'agit encore, dans certains cas, d'un aspect important de la punition et, en fait, d'une étape vers la réadaptation.

184 L'effet le plus clairement préjudiciable de l'al. 51*e*) est la perte temporaire possible du droit de vote. Ce préjudice doit cependant être apprécié d'après les objectifs du législateur et le contexte dans son ensemble. S'appuyant sur des données statistiques, le juge Linden a conclu que la disposition était efficace du fait qu'elle ne visait que les contrevenants coupables des infractions les plus graves. Dans un tableau figurant au par. 145 de ses motifs, le juge Linden donne un aperçu du nombre et du pourcentage de détenus des pénitenciers fédéraux qui purgent des peines pour diverses infractions. Ce tableau fait essentiellement ressortir la gravité des infractions commises par ces personnes incarcérées pour deux ans ou plus. Comme je l'ai signalé, les 14 179 contrevenants condamnés à une peine de deux ans ou plus compris dans l'échantillon ont commis en moyenne 29,5 infractions chacun. Le juge Linden a donc conclu à bon droit que la disposition vise les auteurs d'infractions graves et les récidivistes. Les données statistiques révèlent également que 75 pour 100 des détenus sous responsabilité fédérale purgent une peine de cinq ans ou moins. Par conséquent, la plupart des détenus ne seront privés du droit de vote qu'à un seul scrutin : voir le juge Linden, par. 145; voir aussi le par. 122, où il examine la possibilité d'une période déterminée d'inhabilité et établit un parallèle utile avec l'analyse de la Cour dans *Harvey*, précité. Enfin, parce que la durée de l'inhabilité est directement liée à celle de l'incarcération, il est en fait possible qu'un détenu ayant perpétré un acte criminel grave et étant techniquement inhabile à voter durant son incarcération ne soit jamais privé du droit de vote dans la mesure où il pourrait ne pas y avoir d'élections au cours de cette période.

185 Les motifs du Juge en chef donnent à penser qu'être inhabile à voter pendant l'incarcération équivaut à être exclu de la société et réduit au silence comme un vulgaire étranger. J'ai déjà expliqué en quoi l'inhabilité temporaire à voter ne sape pas la « valeur » ou la « dignité » du contrevenant, mais découle plutôt de la perpétration d'un acte criminel. J'ai également dit que l'inhabilité

2002 SCC 68 (CanLII)

a dimension of punishment that is tailored towards rehabilitation and reintegration: it is therefore ultimately focussed upon inclusion rather than exclusion. One other point which I would like to make briefly is to note that, while being temporarily disenfranchised is clearly a significant measure, which is part of the reason why it carries such great symbolic weight, it does not amount to the complete extinguishment of all means of political expression or participation. There are many other avenues by which serious criminals who are incarcerated for two or more years may still exercise political expression: they can write to and lobby elected representatives, publish their ideas or policy proposals, or in other ways make their views known.

temporaire doit être considérée comme un élément de la punition conçu en fonction de la réadaptation et la réinsertion sociale : elle met donc l'accent en fin de compte sur l'inclusion, et non sur l'exclusion. Il est un autre motif que je voudrais exposer brièvement. Même si l'inhabilité temporaire constitue clairement une mesure significative, ce qui explique en partie qu'elle ait une telle importance symbolique, elle n'emporte pas la suppression totale de tous les moyens d'expression ou de participation politiques. Les auteurs d'infractions graves purgeant des peines de deux ans ou plus peuvent emprunter de nombreuses autres avenues pour exercer leur liberté d'expression politique : ils peuvent écrire à leurs représentants élus et exercer des pressions sur eux, publier leurs idées et leurs propositions en matière de politique ou recourir à d'autres moyens pour faire connaître leurs opinions.

186 I return to the issue of deference to Parliament, and to the special context of this case, that the justification advanced by Parliament is rooted in a social or political philosophy that is not susceptible to proof in the traditional sense. Linden J.A. noted at the Federal Court of Appeal, at para. 114, that:

> While the notion of ensuring a "decent" or "moral" electorate may have little place in today's society, it is Parliament's role to maintain and enhance the integrity of the electoral process. Such considerations are by definition political and therefore warrant deference.

Je reviens à la question de la retenue judiciaire à l'égard du législateur et au contexte particulier de la présente espèce, où la justification avancée par le législateur trouve sa source dans une philosophie sociale ou politique non susceptible d'être étayée par une preuve au sens où on l'entend habituellement. Le juge Linden de la Cour d'appel fédérale fait observer ce qui suit au par. 114 de ses motifs :

> Même si la notion de constitution d'un électorat « honnête » et « responsable » n'occupe peut-être plus une bien grande place dans la société actuelle, il incombe au Parlement de préserver et de rehausser l'intégrité du processus électoral. De telles considérations sont, par définition, de nature politique et doivent bénéficier d'une certaine retenue.

Deference is appropriate since the impugned provision raises questions of penal philosophy and policy. Linden J.A. stated, at para. 135 that "[t]he courts cannot prevent Parliament from proportionately compromising Charter rights in the name of denouncing crime, even if they disagree with Parliament's penal philosophy". On the issue of deference to choices regarding penal philosophy, I refer to this Court's decision in *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485, where it upheld a mandatory sentence imposed under the British Columbia *Motor Vehicle Act*, on the basis that it was not an infringement of the guarantee against cruel or unusual punishment

Il convient de faire preuve de retenue parce que la disposition contestée soulève des questions de philosophie et de politique pénales. Le juge Linden ajoute ce qui suit au par. 135 : « Les tribunaux ne peuvent pas empêcher le Parlement de porter une atteinte proportionnée aux droits garantis par la Charte afin de réprouver le crime, même s'ils sont en désaccord avec sa philosophie pénale ». En ce qui concerne la question du respect des choix du législateur en matière de philosophie pénale, je renvoie à l'arrêt *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485, où la Cour a confirmé une peine obligatoire infligée en application de la *Motor Vehicle Act* de la

2002 SCC 68 (CanLII)

found in s. 12 of the *Charter*. In *Goltz* at p. 502, speaking for a majority of the Court, I cited from *R. v. Guiller* (1986), 48 C.R. (3d) 226 (Ont. Dist. Ct.), *per* Borins J., the following passage, approved of by Lamer J. in both *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711, at p. 725, and *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1070:

> It is not for the court to pass on the wisdom of Parliament with respect to the gravity of various offences and the range of penalties which may be imposed upon those found guilty of committing the offences. Parliament has broad discretion in proscribing conduct as criminal and in determining proper punishment. While the final judgment as to whether a punishment exceeds constitutional limits set by the *Charter* is properly a judicial function, the court should be reluctant to interfere with the considered views of Parliament and then only in the clearest cases. . . .

Colombie-Britannique, au motif qu'elle ne portait pas atteinte à la garantie contre les peines cruelles et inusitées que prévoit l'art. 12 de la *Charte*. Dans cet arrêt, au nom de la majorité de la Cour, je cite à la p. 502 l'extrait suivant de *R. c. Guiller* (1986), 48 C.R. (3d) 226 (C. dist. Ont.), le juge Borins, que le juge Lamer a approuvé dans *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711, p. 725, et dans *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1070 :

> [TRADUCTION] Il n'appartient pas au tribunal de se prononcer sur la sagesse du législateur fédéral en ce qui concerne la gravité de diverses infractions et les différentes peines qui peuvent être infligées aux personnes reconnues coupables de les avoir commises. Le législateur jouit d'une compétence discrétionnaire étendue pour interdire certains comportements considérés comme criminels et pour déterminer quelle doit être la sanction appropriée. Si le jugement définitif quant à savoir si une peine excède les limites constitutionnelles fixées par la *Charte* constitue à bon droit une fonction judiciaire, le tribunal devrait néanmoins hésiter à intervenir dans les vues mûrement réfléchies du législateur et ne le faire que dans les cas les plus manifestes . . .

In his reasons, Linden J.A. made the appropriate comment that the recent evolution of penal policy has been an issue attracting significant political attention. At para. 116 he stated:

> This Court can appropriately note that since 1992 Canada has seen two federal elections in which views of crime and punishment were important. Since 1992, Canada's denunciation of crime and criminal behaviour has grown louder. The federal government has strengthened many aspects of the criminal law in an attempt to reflect the growing intolerance of crime in our communities. It is noteworthy that Parliament has also expended resources seeking alternatives to incarceration, and placing emphasis on victim's rights. While it is important to remember that the Charter exists to protect vulnerable people from oppressive public moods, it is also important to be sensitive to legitimate changes in Parliamentary attitudes toward what is and is not sound penal policy.

187 Dans ses motifs, le juge Linden fait remarquer à juste titre que l'évolution récente de la politique pénale a suscité d'importants débats dans l'arène politique. Voici ce qu'il dit au par. 116 :

> La Cour peut à bon droit noter que, depuis 1992, le Canada a connu deux élections fédérales dans lesquelles les points de vue sur la criminalité et le châtiment ont joué un rôle important. Depuis 1992, la criminalité et les comportements criminels sont réprouvés avec de plus en plus de force au Canada. Le gouvernement fédéral a renforcé de nombreux aspects du droit criminel dans le but de donner écho à l'intolérance croissante face au crime qu'on peut constater dans nos collectivités. Il convient de mentionner que le Parlement a aussi affecté davantage de ressources à la recherche de solutions de rechange à l'incarcération et a mis l'accent sur les droits des victimes. Certes, il importe de se rappeler que la raison d'être de la Charte est de protéger les personnes vulnérables des humeurs abusives de la population, mais il faut aussi être sensible aux changements légitimes dans les attitudes du Parlement à l'égard de ce qui constitue ou non une saine politique pénale.

When the objectives and the salutary effects are viewed in the totality of the context, they outweigh the temporary disenfranchisement of the serious criminal offender which mirrors the fact of his or her

188 Considérés dans leur contexte global, les objectifs et les effets bénéfiques l'emportent sur l'inhabilité temporaire à voter de l'auteur d'un acte criminel grave, laquelle découle de son

2002 SCC 68 (CanLII)

incarceration. In my view, Parliament has enacted a law which is reasonable, and which is justified in a free and democratic society.

V. Section 15(1) of the *Charter*

189 I agree with the trial judge and unanimous Court of Appeal below (Desjardins J.A. was in agreement with Linden J.A.'s reasoning regarding s. 15(1)) that it is clear that there has been no infringement of s. 15(1) of the *Charter*.

190 In *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, Iacobucci J. summarized, at para. 88, the proper approach to s. 15(1) as follows:

> (3) . . . a court that is called upon to determine a discrimination claim under s. 15(1) should make the following three broad inquiries:
>
> (A) Does the impugned law (a) draw a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics, or (b) fail to take into account the claimant's already disadvantaged position within Canadian society resulting in substantively differential treatment between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics?
>
> (B) Is the claimant subject to differential treatment based on one or more enumerated and analogous grounds?
>
> and
>
> (C) Does the differential treatment discriminate, by imposing a burden upon or withholding a benefit from the claimant in a manner which reflects the stereotypical application of presumed group or personal characteristics, or which otherwise has the effect of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable or worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration?

191 In *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 63, Cory and Iacobucci JJ. noted that for distinctions to be discriminatory, they must be made on the basis of an enumerated or analogous ground:

incarcération. Je suis d'avis que le législateur a adopté une disposition raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

V. Le paragraphe 15(1) de la *Charte*

Je conviens avec le juge de première instance et les juges unanimes de la Cour d'appel fédérale (le juge Desjardins souscrivant au raisonnement du juge Linden sur ce point) qu'il n'y a manifestement pas d'atteinte au par. 15(1) de la *Charte*.

Dans *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 88, le juge Iacobucci résume la démarche que commande l'application du par. 15(1) :

> (3) . . . le tribunal ayant à se prononcer sur une allégation de discrimination fondée sur le par. 15(1) doit se poser trois grandes questions :
>
> (A) La loi contestée : a) établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou b) omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles?
>
> (B) Le demandeur fait-il l'objet d'une différence de traitement fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues?
>
> et
>
> (C) La différence de traitement est-elle discriminatoire en ce qu'elle impose un fardeau au demandeur ou le prive d'un avantage d'une manière qui dénote une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou qui a par ailleurs pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion que l'individu touché est moins capable ou est moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération?

Dans *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 63, les juges Cory et Iacobucci ont précisé que, pour qu'elle soit discriminatoire, une distinction doit être faite sur le fondement d'un motif énuméré ou analogue :

2002 SCC 68 (CanLII)

Not every legislative distinction is discriminatory. Before it can be found that it gives rise to discrimination, it must be shown that an equality right was denied on the basis of an enumerated or analogous ground, and that this differential treatment discriminates "in a substantive sense, bringing into play the purpose of s. 15(1) of the *Charter*": *Law*, *supra*, at para. 39. [Emphasis in original.]

Les distinctions créées par les lois n'emportent pas toutes discrimination. Avant de pouvoir conclure à la discrimination, il faut établir qu'un droit à l'égalité a été nié sur le fondement d'un motif énuméré ou analogue et que cette différence de traitement est « réellement discriminatoire, faisant ainsi intervenir l'objet du par. 15(1) de la *Charte* » : *Law*, précité, au par. 39. [Souligné dans l'original.]

Even if I were to presume that a distinction has been based on personal characteristics pursuant to inquiry (A) of the *Law* criteria, I am of the view that the answer to (B) is clearly in the negative. The status of being a prisoner does not constitute an analogous ground.

192 Même si je supposais qu'une distinction a été établie d'après des caractéristiques personnelles selon le volet (A) du critère de l'arrêt *Law*, je crois que la réponse au volet (B) est clairement négative. Le fait d'être prisonnier ne constitue pas un motif analogue.

Several courts have canvassed the issue of whether prisoner status constitutes an analogous ground: *Jackson v. Joyceville Penitentiary*, [1990] 3 F.C. 55 (T.D.); *Belczowski* (at the trial level), *supra*; *McKinnon v. M.N.R.,* 91 D.T.C. 1002 (T.C.C.); *Armstrong v. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2745 (T.C.C.); *Mulligan v. R.*, [1997] 2 C.T.C. 2062 (T.C.C.), followed in *Wells v. R.*, [1998] 1 C.T.C. 2118 (T.C.C.); *Olson v. Canada*, [1996] 2 F.C. 168 (T.D.), leave to appeal refused, [1997] 3 S.C.R. xii; and *Alcorn v. Canada (Commissioner of Corrections)* (1999), 163 F.T.R. 1, aff'd (2002), 95 C.R.R. (2d) 326, 2002 FCA 154. All have held that prisoner status does not amount to a ground analogous to those enumerated under s. 15(1) of the *Charter.*

193 Plusieurs tribunaux ont examiné minutieusement la question de savoir si la condition de prisonnier constitue un motif analogue : *Jackson c. Pénitencier de Joyceville*, [1990] 3 C.F. 55 (1re inst.); *Belczowski* (1re inst.), précité; *McKinnon c. M.R.N.*, 91 D.T.C. 1002 (C.C.I.); *Armstrong c. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2745 (C.C.I.); *Mulligan c. R.*, [1997] 2 C.T.C. 2062 (C.C.I.), décision suivie dans *Wells c. R.*, [1998] 1 C.T.C. 2118 (C.C.I.); *Olson c. Canada*, [1996] 2 C.F. 168 (1re inst.), autorisation de pourvoi refusée, [1997] 3 R.C.S xii; *Alcorn c. Canada (Commissaire du service correctionnel)* (1999), 163 F.T.R.1, conf. par (2002), 95 C.R.R. (2d) 326, 2002 CAF 154. Tous ont conclu que les prisonniers ne constituent pas un motif analogue à ceux énumérés au par. 15(1) de la *Charte*.

194 In *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, this Court agreed with the reasoning of the Federal Court of Appeal below on the point that permanent residents who had been convicted of criminal offences involving terms of imprisonment of five years or more did not constitute a category of persons analogous to those enumerated in s. 15(1). Pratte J.A. at the Federal Court of Appeal, [1990] 2 F.C. 299, at p. 311, stated:

Dans *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, notre Cour a convenu avec la Cour d'appel fédérale que les résidents permanents reconnus coupables d'infractions criminelles entraînant des peines d'emprisonnement de cinq ans ou plus n'appartenaient pas à une catégorie de personnes analogue à celles énumérées au par. 15(1). Le juge Pratte de la Cour d'appel fédérale, [1990] 2 C.F. 299, dit à la p. 311 :

No analogy can be made between the grounds of discrimination mentioned in section 15 and the fact that certain permanent residents have been convicted of serious offences. Permanent residents who have been convicted of serious criminal offences do not fall into an analogous category to those specifically enumerated in section 15.

Aucune analogie ne peut être établie entre les motifs de discrimination définis à l'article 15 et le fait que certains résidents permanents ont été déclarés coupables d'infractions graves. Les résidents permanents qui ont été reconnus coupables d'actes criminels graves ne tombent pas dans une catégorie analogue à celles qui sont énumérées à l'article 15.

2002 SCC 68 (CanLII)

I am of the view that a similar analysis applies in the case at bar, although here the distinction drawn is between citizens who have committed serious criminal offences for which they have been incarcerated as punishment and other citizens, rather than the distinction in *Chiarelli* drawn between permanent residents who have committed serious offences warranting terms of imprisonment of five years or more and other permanent residents.

195 Prisoners do not constitute a group analogous to those enumerated in s. 15(1) because the fact of being incarcerated cannot be said to have arisen because of a stereotypical application of a presumed group characteristic. The status of being a prisoner is brought about by the past commission of serious criminal offences, acts committed by the individual himself or herself. The unifying group characteristic is past criminal behaviour. This was the view of the trial judge in *Jackson*, *supra*, noted by the trial judge in the case at bar: the differential treatment arises "not from their personal characteristics, but from past courses of conduct" (p. 920). This was also the view of Strayer J. in *Belczowski* at the trial level, *supra*, at p. 162: "I am unable to conclude that a law applied to the plaintiff to his disadvantage by reason of the circumstance that he has committed a crime and is imprisoned under lawful sentence amounts to discrimination on some ground analogous to those specified in subsection 15(1)".

196 Linden J.A., below, correctly stated at para. 166 of his reasons:

> . . . I cannot describe one's status as a prisoner as "a personal characteristic that is immutable or changeable only at unacceptable cost to personal identity". Imprisonment is neither immutable nor unchangeable; for all but a few prisoners it is a status that is meant to change over time. Further, it cannot be said that "the government has no legitimate interest in expecting" prisoners to change in order "to receive equal treatment under the law". In fact, the contrary is true — the government has every reason to expect convicted criminals to change their behaviour in order to achieve equal

Selon moi, le même raisonnement vaut en l'espèce, bien que la distinction soit établie entre les citoyens ayant commis des actes criminels graves pour lesquels ils sont incarcérés en guise de punition et les autres citoyens, alors que dans *Chiarelli* la distinction est entre les résidents permanents ayant commis des infractions graves justifiant des peines d'emprisonnement de cinq ans ou plus et les autres résidents permanents.

Les prisonniers ne forment pas un groupe analogue à ceux énumérés au par. 15(1), parce que l'on ne peut considérer que l'incarcération résulte de l'application stéréotypée d'une présumée caractéristique de groupe. Le fait d'être détenu est imputable à la perpétration d'un acte criminel grave, acte que l'intéressé a perpétré lui-même. La caractéristique commune aux membres du groupe est l'activité criminelle antérieure. Tel était l'avis du juge de première instance dans *Jackson*, précité, comme l'a fait remarquer le juge de première instance en l'espèce : la différence de traitement découle « non pas de leurs caractéristiques personnelles, mais de leur conduite antérieure » (p. 920). C'était également le point de vue du juge Strayer dans *Belczowski* (première instance), précité, p. 162 : « Je ne peux pas conclure que l'application d'une loi au demandeur, à son détriment, parce qu'il a commis un acte criminel et qu'il est incarcéré en vertu d'une condamnation légitime, constitue de la discrimination pour un motif analogue à ceux que spécifie le paragraphe 15(1) ».

C'est à juste titre que le juge Linden de la Cour d'appel fédérale dit ce qui suit au par. 166 de ses motifs :

> . . . je ne puis décrire l'état de prisonnier comme « une caractéristique personnelle qui est soit immuable, soit modifiable uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l'identité personnelle ». L'emprisonnement n'est ni immuable ni impossible à modifier; pour la presque totalité des prisonniers, c'est un état qui peut changer avec le temps. De plus, on ne peut affirmer que « le gouvernement ne peut légitimement s'attendre » que les prisonniers changent « pour avoir droit à l'égalité de traitement garantie par la loi ». En fait, l'inverse est vrai — le gouvernement a toutes les raisons de s'attendre

2002 SCC 68 (CanLII)

treatment under the law. That is the very reason for imprisonment.

With regard to the argument that being imprisoned could be said to be immutable or constructively immutable, insofar as incarceration is, obviously, once it has begun, beyond a prisoner's control, the immutability or constructive immutability is nonetheless an inherent and necessary dimension of being incarcerated, which obviously and validly relates to the state's legitimate role of punishing serious criminals for their criminal activity. If one could change the fact of being incarcerated at one's own whim, then it would be a useless concept. Most importantly, while being incarcerated is beyond the immediate control of a prisoner, it is the result of their criminal activity, the commission of which was within their control. As Professor Hogg has aptly suggested, at p. 52-29 of *Constitutional Law of Canada*, *supra*:

> Another way of looking at immutability as the common element of the listed personal characteristics is to notice that the characteristics are inherent, rather than acquired. They do not reflect a voluntary choice by anyone, but rather an involuntary inheritance. . . . Section 15 prohibits laws that distinguish between people on the basis of their inherent attributes as opposed to their behaviour. Section 15 therefore does not prohibit laws that make special provision for those who have committed a crime, become insolvent, manufactured food or drugs, joined the legal profession, made a will, purchased a taxable good or service, etc. It is true that individuals may claim to be treated unfairly by the law for conditions that are their own responsibility, but this kind of claim even if fully justified does not warrant a constitutional remedy.

When discussing punishment and incarceration, it is important to also address s. 12 of the *Charter*. Section 12, which protects "[e]veryone" from "cruel and unusual treatment or punishment", addresses the condition of incarcerated persons and persons undergoing other forms of punishment or treatment. It, however, inherently recognizes the fact that incarcerated persons are clearly subject to a kind of

que les personnes déclarées coupables d'une infraction criminelle modifient leur comportement pour avoir droit à l'égalité de traitement garantie par la loi. C'est la raison d'être de l'emprisonnement.

197 En ce qui concerne l'argument selon lequel l'incarcération peut être immuable ou présumée immuable puisque de toute évidence, une fois qu'elle a commencé, elle est indépendante de la volonté du détenu, l'immuabilité ou l'immuabilité présumée constitue néanmoins une dimension nécessaire inhérente à l'incarcération, et cette dimension se rattache manifestement et à juste titre au pouvoir légitime de l'État de punir les auteurs d'actes criminels graves. Si l'on pouvait à son gré changer quelque chose au fait d'être incarcéré, la mesure n'aurait aucun sens. Surtout, bien qu'elle soit indépendante de la volonté immédiate du détenu, l'incarcération résulte d'un acte criminel que le détenu a délibérément perpétré. Comme le professeur Hogg l'a judicieusement laissé entendre à la p. 52-29 de son ouvrage *Constitutional Law of Canada*, *op. cit.* :

> [TRADUCTION] Il est une autre façon d'envisager l'immuabilité en tant qu'élément commun des caractéristiques personnelles énumérées; on peut constater en effet qu'il s'agit de traits inhérents qu'on n'acquiert pas par soi-même. Ils ne résultent pas d'un choix volontaire, mais constituent un héritage reçu involontairement. [. . .] L'article 15 proscrit toute mesure législative qui fait des distinctions entre les gens sur le fondement de leurs attributs, par opposition à leur comportement. Il n'interdit donc pas l'adoption de lois qui renferment des dispositions particulières visant les personnes qui commettent un crime, qui deviennent insolvables, se livrent à la fabrication d'aliments ou de drogues, qui se font avocats, qui dressent un testament, qui achètent un produit ou un service taxables, etc. On peut bien sûr se prétendre injustement traité en vertu d'une loi par suite d'une situation dont on est soi-même l'auteur, mais ce genre d'allégation, même à la supposer tout à fait justifiée, ne donne pas lieu à une réparation fondée sur la Constitution.

198 En matière de punition et d'incarcération, il importe d'examiner également l'art. 12 de la *Charte*, qui protège « [c]hacun » contre « tous traitements ou peines cruels et inusités ». Cette disposition vise les personnes emprisonnées et les personnes qui font l'objet d'autres types de peine ou de traitement. Cependant, elle reconnaît implicitement que le détenu fait clairement l'objet d'un traitement

2002 SCC 68 (CanLII)

unequal treatment, but a form of treatment that is nonetheless constitutional as long as it is not "cruel and unusual".

199 I spent much time above addressing how being incarcerated for having committed a serious crime does not go to the "dignity" or "worth" of the perpetrator: it relates to the crime committed. Crime is appropriately disapproved of: disapproval is inherent in its definition, which relates to committing offences which are punishable by law. Prisoner status relates to the valid fact of punishment for this criminal activity.

200 Further, from the perspective of the general community and of victims or potential victims, I note that serious criminal conduct is often directly inimical to one of the two purposes of s. 15(1), that of ensuring the equal worth and dignity of all human persons: see *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 54.

201 It is clear that the case law of this Court indicates that equality does not necessarily connote identical treatment. In my view, to find prisoner status to be an analogous ground would be a distortion of the purpose of s. 15(1) and would come close to making a mockery of the *Criminal Code* and the values on which it is based and which it enshrines. This is because it makes little sense to suggest that the distinction being drawn between incarcerated persons and other citizens is based on a stereotypical or irrelevant ground. The relevant and valid ground of differentiation which results in becoming a prisoner is the conviction for a serious criminal offence.

202 An alternative argument was made before this Court that imprisonment should be recognized as an analogous ground because of adverse effect or impact discrimination based on the fact that Aboriginal peoples make up a "disproportionate" percentage of prisoners. I am not convinced by this argument. On this point, I adopt the following analysis of Linden J.A., from para. 169 of his reasons:

inégal, mais que ce traitement est constitutionnel s'il n'est pas « cruel et inusité ».

J'ai déjà longuement expliqué pourquoi l'incarcération consécutive à la perpétration d'un acte criminel grave ne compromet ni la « dignité » ni la « valeur » du contrevenant : il se rattache à l'acte perpétré. Le crime est à juste titre désapprouvé : cet opprobre est inhérent à sa définition, soit la perpétration d'une infraction punissable par la loi. La condition de prisonnier est liée à la peine infligée à juste titre pour la perpétration d'un acte criminel.

Par ailleurs, du point de vue de la collectivité en général et des victimes ou des victimes éventuelles, je souligne que, souvent, les actes criminels graves vont directement à l'encontre de l'un des deux objets du par. 15(1), celui d'assurer l'égalité et la dignité de tous les êtres humains : voir *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 54.

Il ressort de la jurisprudence de la Cour qu'égalité ne signifie pas nécessairement identité de traitement. À mon sens, conclure que la condition de prisonnier confère un motif analogue équivaudrait à déformer l'objet du par. 15(1) et reviendrait presque à ridiculiser le *Code criminel* et les valeurs qui le sous-tendent et qu'il consacre. La raison en est qu'il n'est guère logique de laisser entendre que la distinction établie entre les détenus et les autres citoyens se fonde sur un stéréotype ou un motif non pertinent. La distinction qui donne lieu à l'emprisonnement se fonde sur le fait que l'intéressé a été déclaré coupable d'un acte criminel grave, ce qui constitue un motif pertinent et valable.

À titre subsidiaire, on a fait valoir devant la Cour que l'emprisonnement devait être reconnu à titre de motif analogue en raison de son effet préjudiciable ou de la discrimination qui en résulte indirectement du fait que les Autochtones constituent un pourcentage « disproportionné » de la population carcérale. Je ne suis pas convaincu par cet argument. Je me range plutôt à l'avis du juge Linden, de la Cour d'appel fédérale, exprimé au par. 169 de ses motifs :

2002 SCC 68 (CanLII)

First, since, according to the data offered, 1,837 Aboriginal people are disenfranchised by this law, it cannot be said that the over-representation of Aboriginal peoples in the prison system adversely affects the political expression of Aboriginal peoples generally, as there are over six hundred thousand registered Aboriginal people in Canada. If Aboriginal people generally, or a particular group of Aboriginal people, could show that disenfranchisement effectively and adversely compromised their political expression, a constitutional exemption from the operation of paragraph 51(*e*) of the CEA might conceivably be justified. This has not been done. Second, it cannot be said that the over-representation of Aboriginal peoples in prison is so overwhelming as to justify a conclusion that a law aimed at prisoners is *de facto* a law aimed at Aboriginal peoples. If the over-representation of Aboriginal peoples in prisons reaches a level where it could be said that a law aimed at prisoners was, *de facto*, a law aimed at Aboriginal peoples, then constitutional exemption from the operation of paragraph 51(*e*) of the CEA might be considered. That is not the case here. [Footnotes omitted.]

Beyond this, I find any analysis of adverse impact or effect discrimination seems parasitic on finding that prisoner status constitutes an analogous ground, since the adverse effect or impact is allegedly upon Aboriginal prisoners; it is the prisoner status which is alleged to result in the disadvantage, something which is not furthered within the category of Aboriginal prisoner status. It is clear that if the treatment was targeted against Aboriginal people in a direct way, they would have a valid objection based on an enumerated ground of s. 15(1). As Linden J.A. noted, the numbers do not warrant the conclusion that the disenfranchisement provision is being used to target Aboriginal persons *per se* or has this effect.

The key is that the fact of incarceration does not necessarily arise due to any personal attribute such as race or ethnic origin and neither does it necessarily relate to social condition. It necessarily relates to having committed crimes. If Aboriginal inmates had their votes taken away for life, while non-Aboriginal inmates only suffered a temporary suspension, or if Aboriginal inmates were disenfranchised but not non-Aboriginal inmates, then such differential

Premièrement, selon les données produites, la loi prive 1 837 Autochtones de leur droit de vote; on ne peut donc pas affirmer que la surreprésentation des Autochtones dans le système pénitentiaire a une incidence négative sur l'expression politique des peuples autochtones en général, car le Canada compte plus de six cent mille Autochtones inscrits. Si l'ensemble des Autochtones ou un groupe particulier d'Autochtones pouvaient démontrer que l'inhabilité à voter a une incidence négative réelle sur leur expression politique, il serait concevable qu'une exemption constitutionnelle à l'application de l'alinéa 51*e*) de la LEC soit justifiée. Une telle incidence n'a pas été démontrée. Deuxièmement, on ne peut affirmer que la surreprésentation des Autochtones dans la population carcérale est à ce point considérable qu'elle justifierait une conclusion portant que toute loi privant les prisonniers vise de fait les Autochtones. Si la surreprésentation des Autochtones dans la population carcérale atteint un niveau qui permette de dire qu'une loi visant les prisonniers vise de fait les Autochtones, il sera possible d'envisager une exemption constitutionnelle à l'application de l'alinéa 51*e*) de la LEC. Ce n'est toutefois pas le cas en l'espèce. [Notes omises.]

Par ailleurs, il me semble que l'examen de l'effet préjudiciable ou de la discrimination indirecte est lié à l'idée que la condition de prisonnier constitue un motif analogue, puisque l'effet préjudiciable ou la discrimination indirecte toucherait les détenus autochtones. Or c'est la condition de prisonnier qui — allègue-t-on — occasionnerait le désavantage, ce qui ne saurait être démontré en fonction de la catégorie des prisonniers autochtones. Il est clair que si le traitement visait directement les peuples autochtones, ceux-ci pourraient le contester à juste titre sur le fondement d'un motif énuméré au par. 15(1). Comme l'a fait remarquer le juge Linden, les données ne permettent pas de conclure que la disposition établissant l'inhabilité à voter vise à désavantager les Autochtones ou a cet effet.

203

La considération principale est que l'incarcération n'est pas nécessairement attribuable à une caractéristique personnelle, comme la race ou l'origine ethnique, ni liée nécessairement à la condition sociale. Il découle nécessairement de la perpétration d'un crime. Si les détenus autochtones perdaient à vie le droit de vote alors que les autres détenus ne le perdraient que temporairement, ou si les détenus autochtones étaient privés du droit de

2002 SCC 68 (CanLII)

treatment would clearly warrant different analysis. But this is not the case here.

204 The reasons of the Chief Justice, at para. 60, refer to the fact that this Court, in *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, noted that the overrepresentation of Aboriginal persons in the criminal justice system and the prison population reflects a "crisis in the Canadian criminal justice system". I agree that a sad and pressing social problem exists, but suggest that it is quite a leap to then say that Parliament is incapable of enacting a provision which disenfranchises serious criminal offenders who have been sentenced to two or more years of incarceration. As noted above, it is not plausible to say that the temporary disenfranchisement is in some way targeted at Aboriginal people: it hinges only upon the commission of serious criminal offences. If there is a problem with the overrepresentation of Aboriginal people in our criminal justice system and prisons, then that issue must continue to be addressed, by not only continuing to pay attention to the sentencing considerations pursuant to s. 718.2(*e*) of the *Criminal Code*, which are specifically aimed at such a reduction, but also by addressing some of the root causes of the overrepresentation identified by this Court in *Gladue*, *supra*, including poverty, substance abuse, lack of education, lack of employment opportunities, and bias against Aboriginal people. The continuing need to address these factors does not, however, preclude the ability of Parliament to address other pressing social problems, including denouncing serious crime, enhancing the meaning of the criminal sanction and promoting civic responsibility and the rule of law, which s. 51(*e*) of the Act is directed to. Also in *Gladue*, at para. 78, this Court stated that it is unreasonable to assume that Aboriginal people do not believe in goals of punishment such as denunciation, deterrence and separation, to which I add, obviously, the principle of rehabilitation. These goals of punishment, as discussed above, are related to the temporary disenfranchisement of serious criminal offenders and are ultimately aimed at the reintegration of

vote, contrairement aux autres détenus, une telle différence de traitement appellerait clairement une autre conclusion. Mais ce n'est pas le cas en l'espèce.

Au paragraphe 60 de ses motifs, le Juge en chef signale que dans *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, la Cour a dit que la surreprésentation des Autochtones dans le système de justice pénale et la population carcérale reflète une « crise dans le système canadien de justice pénale ». Je reconnais l'existence d'un problème social à la fois attristant et urgent, mais je ne crois pas que l'on puisse en conclure que le législateur ne peut adopter une disposition qui rend inhabiles à voter les auteurs d'actes criminels graves condamnés à une peine d'emprisonnement de deux ans ou plus. Je le répète, il n'est pas vraisemblable que l'inhabilité temporaire vise de quelque manière les Autochtones étant donné qu'elle découle strictement de la perpétration d'une infraction criminelle grave. Si la surreprésentation des Autochtones au sein du système de justice pénale et de la population carcérale constitue un problème, il faut tenter d'y remédier non seulement en continuant d'appliquer le principe de détermination de la peine énoncé à l'al. 718.2*e*) du *Code criminel*, dont l'objectif est précisément de diminuer le nombre des détenus autochtones, mais également en s'attaquant aux causes profondes de cette surreprésentation dont la Cour a fait état dans *Gladue*, précité, y compris la pauvreté, la toxicomanie, le manque d'instruction, l'absence de possibilités d'emploi et les préjugés contre les Autochtones. La nécessité de lutter sans relâche contre ces facteurs n'empêche cependant pas le législateur de s'attaquer à d'autres problèmes sociaux urgents, notamment en dénonçant les actes criminels graves, en rehaussant la signification de la sanction pénale ainsi qu'en favorisant la responsabilité civique et le respect de la règle de droit, ce qui est la raison d'être de l'al. 51*e*) de la Loi. Dans *Gladue*, par. 78, la Cour a également dit qu'il était déraisonnable de présumer que les Autochtones ne croient pas dans les objectifs de la sanction pénale, comme la dénonciation, la dissuasion et l'isolement, auxquels j'ajouterais évidemment la réadaptation. Comme j'en ai déjà discuté, ces objectifs sont liés au retrait temporaire du droit de vote aux auteurs d'actes criminels graves et visent en fin de compte

2002 SCC 68 (CanLII)

offenders, Aboriginal or otherwise, back into the community.

I also note that this Court stated in *Gladue*, at para. 79, that the more serious the offence, the more likely it will be that the terms of imprisonment for Aboriginal and non-Aboriginal persons will be similar or the same, even if the different considerations for sentencing are taken into account. Since the temporary disenfranchisement provision hinges on serious criminal activity, this point is directly relevant.

Having found that there is no infringement of s. 15(1) of the *Charter*, it is unnecessary to consider s. 1.

VI. Conclusion

Section 51(*e*) of the Act does not infringe s. 15(1) of the *Charter*. While it has been conceded that it does infringe s. 3 of the *Charter*, the infringement is a reasonable limit that is demonstrably justified in a free and democratic society. I would therefore dismiss the appeal.

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 51(*e*) of the *Canada Elections Act*, R.S.C. 1985, c. E-2, infringe the right to vote in an election of members of the House of Commons, as guaranteed by s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes; the infringement was conceded by the Crown.

2. If the answer to Question 1 is yes, is the infringement a reasonable limit, prescribed by law, which can be demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

3. Does s. 51(*e*) of the *Canada Elections Act*, R.S.C. 1985, c. E-2, infringe the right to equality before and under the law and equal benefit of the law without discrimination, as guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

la réinsertion sociale du contrevenant, autochtone ou non.

205 En outre, dans *Gladue*, par. 79, la Cour écrit que plus l'infraction est grave, plus il est probable que la durée des peines d'emprisonnement des Autochtones et la durée de celles des non-Autochtones seront identiques ou semblables, même si des facteurs différents sont pris en considération pour la détermination de la peine. Il s'agit d'une considération pertinente puisque la disposition en cause vise les auteurs d'actes criminels graves.

206 Comme j'ai conclu qu'il n'y a pas d'atteinte au par. 15(1) de la *Charte*, il est inutile de procéder à l'analyse fondée sur l'article premier.

VI. Conclusion

207 L'alinéa 51*e*) de la Loi ne porte pas atteinte au par. 15(1) de la *Charte*. Même s'il a été admis qu'il porte atteinte à l'art. 3 de la *Charte*, il s'agit d'une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

208 Je répondrais aux questions constitutionnelles de la manière suivante :

1. L'alinéa 51*e*) de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. 1985, ch. E-2, porte-t-il atteinte au droit de voter aux élections législatives fédérales, garanti par l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui, le ministère public l'a reconnu.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, cette atteinte est-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

3. L'alinéa 51*e*) de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. 1985, ch. E-2, porte-t-il atteinte au droit à l'égalité devant la loi et dans l'application de la loi, et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, garanti par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

2002 SCC 68 (CanLII)

4. If the answer to Question 3 is yes, is the infringement a reasonable limit, prescribed by law, which can be demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is not necessary to answer this question.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER, MAJOR *and* BASTARACHE JJ. *dissenting.*

Solicitor for the appellant Richard Sauvé: Fergus J. O'Connor, Kingston, Ontario.

Solicitor for the appellants Sheldon McCorrister, Lloyd Knezacek, Clair Woodhouse, Aaron Spence, Serge Bélanger, Emile A. Bear and Randy Opoonechaw: Public Interest Law Centre, Winnipeg.

Solicitor for the respondents: The Department of Justice, Winnipeg.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Alberta: Fraser Milner Casgrain, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

Solicitors for the interveners the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies and the John Howard Society of Canada: Allan Manson, Queen's University, Kingston; Elizabeth Thomas, Kingston.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Conroy & Co., Abbotsford, B.C.

Solicitor for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.: The Aboriginal Legal Services of Toronto — Legal Clinic, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Desjardins Ducharme Stein Monast, Montréal.

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, cette atteinte est-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il est inutile de répondre à cette question.

Pourvoi accueilli, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER, MAJOR *et* BASTARACHE *sont dissidents*.

Procureur de l'appelant Richard Sauvé : Fergus J. O'Connor, Kingston, Ontario.

Procureur des appelants Sheldon McCorrister, Lloyd Knezacek, Clair Woodhouse, Aaron Spence, Serge Bélanger, Emile A. Bear et Randy Opoonechaw : Public Interest Law Centre, Winnipeg.

Procureur des intimés : Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Fraser Milner Casgrain, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Procureurs des intervenantes l'Association canadienne des sociétés Elizabeth Fry et la Société John Howard du Canada : Allan Manson, Université Queen's, Kingston; Elizabeth Thomas, Kingston.

Procureurs de l'intervenante la British Columbia Civil Liberties Association : Conroy & Co., Abbotsford, C.-B.

Procureur de l'intervenante l'Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. : The Aboriginal Legal Services of Toronto — Legal Clinic, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Desjardins Ducharme Stein Monast, Montréal.

2002 SCC 68 (CanLII)

IN THE MATTER OF AN ARBITRATION

2011 CanLII 98078 (ON LA)

Date : October 27, 2011

BEFORE : **Claude H. Foisy, Q.C., Arbitrator**

UNIVERSITY OF OTTAWA
Hereinafter called the « Employer »

And

ASSOCIATION OF PROFESSORS OF THE UNIVERSITY OF OTTAWA (APUO)
Hereinafter called (the "Union")

Grievances : Letters of Reprimand and Dismissal of Professor Denis Rancourt

For the Employer : Lynn H. Harnden and Celine Delorme
For the Union: Sean T. McGee
Date of Hearing : Ottawa, October 12, 2011

INTERIM AWARD

2011 CanLII 98078 (ON LA)

[1] The hearings in this matter commenced on May 2, 2011. On that day preliminary procedural issues were dealt with. A significant number of people attended. With the consent of the parties the proceedings were audio and video recorded and photographs were taken. The Employer requested an Order for the Exclusion of Witnesses. The hearing was adjourned with the understanding that the parties would make written submissions on the requested Order and possibly other procedural matters. The next hearing date was scheduled for October 12, 2011. On September 30, I received the Employer's submissions and on October 7, the Union's reply.

[2] The Employer is not objecting to the audio and video tapings of the proceedings. However, it raised concerns that the manner in which the taping was done on May 2 was distractive and disruptive of the proceedings. It also, given the above, states that it was to be anticipated that such taping would also be distracting and potentially intimidating to witnesses who testify in the proceedings. The Employer made further submissions in relation to its seeking a Witness Exclusion Order. Finally, it sought an Order pertaining to the confidentiality of documents to be entered in evidence.

[3] The Supreme Court of Canada in *Canadian Broadcasting Corporation*[1] restated the principle that court proceedings are to be public, in accordance with Section 2b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*[2].

[4] It found that only the official audio recordings by the court could be released to the media, but that a ban on broadcasting said audio reporting is a valid limitation to free speech granted under section 2b). The court reasoned that the maintaining of decorum and the protection of witnesses was paramount

---

[1] 2011, SCC 2 (2011) 1 S.C.R. 19

[2] 2. Everyone has the following fundamental freedoms:
(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media

in balancing conflicting rights of free speech and public interest in ensuring an effective and orderly justice system.

[5] Given the legal precedents that audio and video recording of court procedures are not to be broadcast and the nature of the arbitral process, I raised with the parties in a telephone conference the question of whether audio and video recording of this arbitration should be pursued. Although both parties had initially agreed to audio and video recording, given the above and the Employer's important restrictions to recording, I conveyed my inclination not to permit such recording.

[6] At the hearing I informed the parties and the public in attendance that there would be no audio or video recording, but that I would invite those present to make representations on the issue. The Grievor and four other persons made oral representations, arguing for audio and video recording. Further written submissions were received from the Grievor and Dr. Noble, a former replacement professor at the University.

[7] In short, these persons argued that the issue raised in the case of Professor Rancourt is very important in the academic community, all over North America and Europe, that administrative tribunals are suspect in the public perception, that any curtailment of openness brings the administration of justice into disrespect, that the outcome of this case would define the future of the University of Ottawa, that hundreds of students are concerned about the case of Professor Rancourt and want to follow the proceedings, that students have obtained that proceedings of University Senate meetings be broadcast and not broadcasting the arbitration proceedings of this public institution paid with public funds would be a setback in the fight for openness, that audio and video reporting would help disseminate information to a large audience and, more generally, that the openness of the process is essential in a free and democratic society, that education is a public good funded by the public and all arbitration and court proceedings

---

of communication

2011 CanLII 98078 (ON LA)

involving universities should be audio and visually recorded and all documents emanating from such public institutions be made public.

2011 CanLII 98078 (ON LA)

[8] The CBC decision quoted above establishes that in hearings only the official audio recording (a substitute to official stenographic reporting) of the proceedings is to be released to third parties, i.e. the media, and solely for the purpose of enhancing the accuracy of their reports. The court, at paragraph 83, indicated why the broadcasting of court proceedings should not take place:

> *"83. The official audio recordings of hearings reproduce the words of people who have participated in court proceedings and were compelled, either morally or legally, to do so. Such people are not free to refuse to appear. A person, whether a party or a witness, who is summoned to testify in court must address his or her testimony to the court, in the courtroom, not to the media's audience outside the room. To broadcast the audio recordings of hearings would be to alter the forum in which the testimony is given. Of course, except in cases involving 'in camera' hearings and publication bans, journalists may – and even must – broadcast or print information they gather during hearings. However, courtrooms have always been heavily regulated. This regulation ensures, 'inter alia', that witnesses can participate as calmly as possible in the truth finding process. Possession of a copy of the recording of a hearing does not authorize the holder to alter the environment in which the hearing takes place."*

[9] At paragraphs 92 and 93 the court further commented on the issue as follows:

> *"92. Although I accept that the broadcasting of official audio recordings would add value to media reports and make them more interesting, I cannot find that the prohibition against broadcasting these recordings adversely affects the ability of journalists to describe, analyse or comment rigorously on what takes place in the courts.*
>
> *93. The negative effect that broadcasting the audio recordings would have on the proceedings and the real impact it would have both on those participating in the hearing and on the search for the truth inherent in the judicial process are factors that must be taken into account. The recordings are, first and foremost, a means of keeping a record of such proceedings, and journalists should not use them in a way that would distort that objective. The 'raison d'être' of the records must not be altered. They are a means of conserving evidence. To broadcast them in the name of freedom of the press would undermine the integrity of the judicial process, which the open court principle is supposed to guarantee."*

[10] In Ontario the *Court of Justice Act*[3] prohibits the filming or photographing of any person in a court house. The validity of that provision was confirmed by the Ontario Court of Appeal.[4]

---

[3] R.S.O. 1990, c.C.43, s. 136(1)(a)(iii)
[4] R. v Squires (1992), 11 O.R. (3rd) 385

[11] To sum up, the state of the law in Ontario is that the media, unless the Judge orders otherwise, can be present in the courtroom and it can have access to official audio recording for the purpose of enhancing the accuracy of their reports, and that such official recording or by extension video taken in a courtroom, cannot be broadcast.

[12] Arbitration is the process set up by the legislature[5] to peacefully resolve disputes that may arise between the parties during the life of a collective agreement. The arbitral board is a quasi judicial tribunal and its decision is final, subject to the narrow confines of judicial review. Arbitrators are appointed by the parties or failing such an agreement, by the Minister, at the request of the parties.

[13] The dispute between the parties (the employer and the union) to a collective agreement is basically private in nature and concerns the narrow issue of whether one of the parties has breached its obligations under the collective contract.

[14] Arbitration proceedings, unlike in the courts, are informal and take place in various types of locations such as hotel rooms, hearing centers and where possible, at the employer's or union's premises. The arbitrator applies the rules of natural justice and although he is the master of his own procedure, will generally apply the procedure applicable before the courts.

[15] The parties litigating before an arbitrator are part of a continuous relationship where discussions on different matters occur almost on a daily basis and where complaints and grievances are discussed, with a view of compromising and arriving at a settlement. It is thus important that arbitral hearings take place in surroundings that favour continued discussion, with a view to arriving at a settlement even while the grievance is being heard in arbitration.

[5] Labour Relations Act 1995, S.O. 1995 at s.s. 48 and 49

2011 CanLII 98078 (ON LA)

[16] In that context arbitrators, in contrast with courts where official audio recordings of the proceedings take place, have been very reluctant to permit audio recordings. In a recent decision Arbitrator Tims[6] denied the request to tape record, even in the context where the grievor suffered from a disability which prevented her from writing or keyboarding. At paragraphs 20 and 21, Mr. Tims wrote:

> *"20. Labour arbitration is intended to provide the parties to a dispute, the City and the Union here, with a fair, timely and an effective means of resolution. Matters addressed at arbitration are significant and of importance to the parties, and arbitration proceedings are therefore appropriately serious with certain formalized procedures. As a matter of practice, however, they do not incorporate all the formalities of judicial process. Rather, as noted in 'Re Clarke Institute, supra', arbitration proceedings "adopt an informality and flexibility that is of enormous benefit to the fact finding and analysis functions of a board of arbitration." (at p. 290) I agree that such informality and flexibility assist arbitrators in their role of resolving the real substance of the matters in dispute before them, and that it is in the interests of both parties that this be considered when making procedural rulings impacting on the conduct of a hearing.*
>
> *21. With this in mind, I share the concerns voiced by the City that in the absence of agreement between the parties, the introduction of a tape recording device would indeed prove intimidating to some participants in the hearing and would effectively stifle "informality and flexibility" in the proceedings to the detriment of the parties. I have considered the jurisprudence of the Ontario Labour Relations Board relied upon by the Union. I am of the view, however, that even with the sorts of conditions addressed by the board and agreed to by the Union here, that tape recording would negatively impact on the conduct of this hearing and would outweigh any comfort or convenience potentially derived by the grievor if she were permitted to do so."*

[17] In *Clarke Institute*[7] P. Knopf permitted the presence of the media but denied the audio taping of the proceeding. Arbitrator Knopf, at page 290, wrote:

> *"However, the board must emphasize that the only official record of these proceedings is that made by the board itself. No notes of the parties, their representatives, or any tape-recording device would be accepted as a formal record of the proceedings. Therefore, it is difficult to imagine any positive purpose for the making of such a recording. The only one offered by counsel for O.N.A. was that it would give the grievors more confidence in the process and allow them to review the record at their leisure at the end of the day. While these are understandable purposes, it cannot be ignored that the presence of a tape recording device will inevitably have a negative effect on the conduct of the hearing. Arbitration proceedings are serious and formalized matters. However, by convention, they do not incorporate the formalized strictures of a judicial process. Instead, they adopt an informality and flexibility that is of enormous benefit to the fact finding and analysis functions of a board of arbitration. The presence of a tape-recording device in such a hearing would have an inhibiting influence on witnesses and all the participants in the process. No matter how well intentioned the grievors may be, a non-professional tape-recording device cannot avoid being intrusive and has little hope of resulting in an accurate record of any real value to even the grievors. The comfort level that the grievors may individually gain by having access to a tape recording of the proceedings is outweighed by the negative effect that the tape-recording device would have on the*

[6] City of Toronto and QP Local 79, 101 C.L.A.S. 201
[7] 1995 45 L.A.C. (4th) 284 (P. Knopf)

2011 CanLII 98078 (ON LA)

proceedings. We are convinced that prohibiting a tape-recording device will in no way prevent justice or prejudice the grievors."

[18] In the present instance we are at a very preliminary stage, i.e. before opening statements and the formal introduction of preliminary documents, such as the collective agreement, the grievances, etc. The only documents I have on file were remitted to me during the very brief procedural session on May 2, 2011, namely, two letters of reprimand addressed to Doctor Rancourt dated November 20, 2007, both contested by grievances dated December 10 and 13, 2007, students complaints, a letter of E. Lalonde to the chair of the Board of Governors recommending the dismissal of Mr. Rancourt and the Board of Governor's decision to dismiss the Grievor and his grievance contesting the Employer's decision. Essentially, Professor Rancourt was reprimanded and dismissed because he had engaged in a grading of students practice which was inconsistent with that approved by the Faculty of Science and for continuance of said practice after being told to conform with the established practice, the whole constituting insubordination, and for intimidating students. Professor Rancourt stated in his grievance that he has not violated the Collective Agreement and more particularly the Employer's practice regarding student grading, and denied having intimidated students.

[19] Publicly funded institutions (except for government employees), at the moment, are not considered different or special employers exempt from the application of sections 48 and 49 of the *Labour Relations Act*. I was not made aware of any statute or judicial precedent that recognizes a "fundamental right" of openness and disclosure in regards to university employees working as academics or in other occupations.

[20] I am not chairing a Royal Commission on whether publicly funded institutions such as Universities, Municipalities, Transit Commissions, School Boards, Hydro, etc, should make public all their documents and that all proceedings in which they are involved, whether before courts or arbitration boards, should be audio and visually taped and broadcast. This is a subject for public debating and an

2011 CanLII 98078 (ON LA)

arbitration hearing is not the proper forum for that. An arbitration board is not a Royal Commission which is governed by different rules and objectives. Nor am I chairing an Academic Conference on Pedagogy and the value of grading vs non-grading of students. I am dealing with a matter concerning an employer-employee relationship. I suspect that in the end I will have to decide whether Mr. Rancourt's actions constitute insubordination and, if so, whether the penalty of dismissal is warranted given the circumstances of the case.

[21] I can well imagine that the dismissal of a tenured professor with over 20 years of seniority is the subject of discussion on campus at large, and the academic community in particular, and that it is newsworthy. Visual and audio taping will enhance media reporting but media reporting is not paramount here. These proceedings are public and accessible to the media. The media representatives can take notes and comment on the case as long as their reporting of witnesses' testimonies is not a verbatim rendering so as to defeat the Exclusion of Witnesses Order.

[22] I may add here that the parties (Union and Employer) have expressed to the Board that they do not need official recording of the proceedings for the purpose of helping them manage their respective cases. I do not need it. In the circumstances, the audio and video taping would serve no purpose in the efficient running of this arbitration case.

[23] What makes this case special, however, is the fact that both parties have agreed to the audio and video tapings of the proceedings. This agreement, however, is not so clear, given that the Employer is also seeking important restrictions to the taping and broadcasting and is also requesting an Order for the Exclusion of Witnesses.

2011 CanLII 98078 (ON LA)

[24] The Employer, relying on a recent Practice Direction of the Supreme Court of British Columbia issued in 2010 providing a comprehensive protocol for televising court proceedings, requested that I issue the following directions partially derived from those developed by the Practice Direction:

1. No more than one television camera is allowed which shall be located at a fixed location at the back of the hearing room;

2. The camera must be in place at least 10 minutes prior to the scheduled commencement of the hearing;

3. The camera will be stationary without an operator during the proceedings. The video will be made available on a 'pool' basis to third parties upon request;

4. Cameras and sound recording equipment must be unobtrusive and not distracting. Photographs may be taken prior to the commencement of the proceedings and following the conclusion but not during the proceedings;

5. Any witness, counsel or other participant in the proceedings who objects to being identified pictorially *or by voice, or to being portrayed on television, including on a video recording posted on the internet, must not be recorded*;

6. There must be no recording of conversations between counsel or between counsel and their clients or witnesses at any time.

7. None of the electronic record of the proceeding shall be admissible as evidence in the proceeding or upon any review or appeal of the proceeding;

8. The Arbitrator may summarily terminate the authorization for video and/or audio recording at any time upon finding that the conditions imposed by the Arbitrator have been breached or upon finding that the continued recording might prejudice the fairness of the proceeding or the privacy rights of any participant.

[25] The Employer is also seeking an Order to exclude witnesses from the hearing room until their evidence is heard, with the exception of the Grievor and an advisor to the Employer. The Employer states that it is concerned about the impact upon witnesses of dissemination of any audio and video recordings of their evidence. It mentions that the Grievor was currently following a practice of carrying out a running commentary on the proceedings on a blog which included a video excerpt of the first day of proceedings, with commentary, entitled *Natural Justice as Foreign Concept::: U of O's Dismissal of Denis Rancourt* (link to video) and *University's lawyer Lynn Harnden want to ban the reasons for a ban*

2011 CanLII 98078 (ON LA)

in hearings of the Rancourt dismissal case (link to video). The Employer then states that it is concerned that witnesses will be intimidated by the prospect of the Grievor's treatment of their testimony in internet postings.

2011 CanLII 98078 (ON LA)

[26] In relation to the eight limitations being set by the Employer in relation to audio and video taping, the Union did not take issue with the directions sought as contained in paragraphs 2, 4 and 7. However, in relation to paragraphs 1, 3, 5, 6 and 8, it had the following comments:

> *"ii. With respect to paragraph #1, APUO requests that a fixed TV or film camera area be set up at the back of the hearing room. There would not be any predetermined number of cameras. If there are any difficulties presented by the number of cameras proposed that cannot be resolved, they could bring the issue forward for a decision. Give the positioning of the cameras, and n the event that existing audio systems in the hearing room, if any, re not sufficient for sound pickup, we propose that those with cameras be permitted to place unobtrusive microphones and related wiring at the end of the main conference table.*
>
> *iii. With respect to paragraph #3, APUO is of the view that, while the installation of a stationary camera without an operator, coupled with a media pool arrangement may be workable where two or more media agencies intend to cover the proceedings, this direction is not appropriate in a context where independent and/or academic media is anticipated. APUO proposes that any photographers and/or camera operators, witnesses and observers be given explicit instructions on each day concerning decorum both in and outside of the hearing and they be cautioned beforehand that any disruptions could result in conditions being imposed, up to and including a requirement to leave the room. This may include the limitations on the operation of all equipment.*
>
> *iv. With respect to paragraph #5, APUO requests that any witness, counsel or other participant in the proceedings who objects to being identified pictorially or by voice, or to being portrayed on television including on a video recording posted on the Internet be required to bring a motion before the Arbitrator to do so. We are not aware of any circumstances in this case that should give an "as of right" veto on being recorded.*
>
> *v. With respect to paragraph #6, APUO wishes to propose a slight change to the University's suggested direction, to state that there be no recording of 'off the record" conversations between counsel or of conversations between counsel and their clients or witnesses at any time.*
>
> *vi. With respect to paragraph #8, APUO requests that the parties be granted the opportunity to make submissions prior to the Arbitrator terminating the authorization for video and/or audio recording.*

[27] In relation to the Exclusion of Witness Order and the comments made regarding Professor Rancourt's blog, the Union wrote the following:

*"**Witness Exclusion Order***

Part of professor Rancourt's approach in his academic environment has been to criticise and to expose what he believes requires public examination. He has done so through various means including internet blogs, etc. He cannot guarantee that he would not post a comment on this arbitration process, unless of course he is ordered not to do so.

It is our view that prior restraint would be inappropriate in these circumstances, but that any concerns should be addressed if they occur and the parties be allowed to make appropriate submissions at that time. In addition, if there are specific requests to prohibit certain forms and forums from making comments, we would want to address those issues specifically.

On the other hand, professor Rancourt also understands that there may be particular sensitivities at issue, including the interests of students. We have been instructed that we can advise the Board on his behalf that he will not be commenting on any of the testimony of students or former students."

2011 CanLII 98078 (ON LA)

[28] An Exclusion of Witnesses Order is granted so that witnesses to be called should not hear what prior witnesses have said. When such an Order is requested, it is rarely ever denied. Here it is expected that the hearings will take at least 20 days. What was said in Professor Rancourt's classes may be an issue, and a question of credibility may arise. I therefore grant the Employer's request excluding witnesses. This means that no witnesses to be called by the parties, except for the Grievor and one representative for each party assisting their legal representatives, are permitted to be in the hearing room until they are called to testify. The parties are to advise their witnesses accordingly.

[29] If audio and visual tapings are broadcast, given the modern technology for disseminating the information, it will be almost impossible to enforce the Exclusion of Witnesses Order. In my opinion, an Exclusion of Witnesses Order is incompatible with permitting the broadcasting of the proceedings. Furthermore, the position taken by the Employer that any person who objects to being audio and/or video-taped should, combined with the Union's position that said witnesses who object would have to make a motion to be exempt, will place this Board in the position of having to continuously decide whether such taping take place or not. This exercise will be time-consuming and distracting to the issues at hand.

[30] The Grievor argued that all parts of this hearing where witnesses are not heard, for example, opening statements and arguments, should be filmed and broadcast. I see no value for permitting partial transmission of the hearing where statements made do not necessarily conform with the evidence. This position illustrates that this hearing could be used to foster a larger public debate than the narrow issues with which this Board is concerned. I am not chairing a public opinion tribunal, but one that must decide whether the dismissal of professor Rancourt is justified on the basis of the relevant facts entered into evidence and in accordance with the principles developed by the arbitral jurisprudence in similar cases.

2011 CanLII 98078 (ON LA)

[31] For the reasons given by my colleagues Tims and Knopf and for those outlined by the Supreme Court of Canada, I am of the opinion that audio and video tapings should not be permitted in this case.

[32] The Employer is also seeking an Order pertaining to the confidentiality of documents. The parties are in agreement on the principle that documents produced in arbitration proceedings are subject to an implied undertaking with respect to maintenance of their confidentiality. Further to their respective oral representations before me, they have agreed to the following Order, which is taken from a recent decision of the Ontario Labour Relations Board in *Morris Brown & Sons Co. V. UFCW Canada, Local 1993*[8]. I therefore issue the following confidentiality Order:

(A) The parties to the proceedings are directed:

i) to comply with the following directions;

ii) to direct their agents, officers, employees and counsel to comply with the following directions; and

iii) to obtain the agreement of any third party to whom they might properly give any of the documents that such third party shall comply with the following directions.

(B) With respect to the use of documents produced, all parties are directed to follow these requirements:

[8] 2011 CLB 14302

i) all documents are to be kept confidential as among the parties;

ii) no copies are to be made of any document except for the purpose of the hearing of these applications;

(iii) no copies are to be circulated to third parties, except as necessary for the conduct of the litigation of these applications, and once that purpose has been completed the copies are to be retrieved from the third parties;

(iv) the documents are to be used for the purpose of this hearing only and for no other or improper purpose;

(v) all copies of all documents are to be returned to the provider of the documents at the conclusion of these applications and any judicial review proceedings arising out of these applications, save for one copy to be retained by each counsel in their file; and

(vi) no commercial information contained in any of the documents, and in particular no financial information found in a document, shall be disclosed to any person except for the purposes of these applications, or except as required by law.

Claude H. Foisy, Q.C., Arbitrator

2011 CanLII 98078 (ON LA)